

LA ANULACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS COMUNITARIOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

CARLOS ORTEGA SANTIAGO

*Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid
Letrado de las Cortes de Castilla y León*

SUMARIO:

- I. El Tribunal de Justicia como *tribunal constitucional*. Las singularidades de la anulación parcial de los actos comunitarios.
- II. Las aportaciones del Tribunal de Justicia sobre la nulidad parcial de los actos comunitarios.
- III. Las cuestiones pendientes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la nulidad parcial de los actos comunitarios.

I. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. LAS SINGULARIDADES DE LA ANULACIÓN PARCIAL DE LOS ACTOS COMUNITARIOS

I.1. La nulidad parcial en la jurisdicción constitucional

La evolución de las originarias Comunidades Europeas hacia una auténtica unión política que trascendiera la unión económica de sus inicios ha conllevado una aproximación cada vez mayor de su organización institucional y de su ordenamiento jurídico a los parámetros clásicos de los Estados democráticos de Derecho y a un distanciamiento progresivo de las estructuras propias de las organizaciones internacionales. No obstante, tal unión política no deja de ser aún una tendencia *in fieri* cuya *incompletud* se proyecta también, necesariamente, en algunas peculiaridades institucionales y normativas de la Unión Europea que ponen en evidencia su naturaleza *no estatal*. Entre otras concreciones significativas de esa naturaleza *en negativo*, pretendemos ocuparnos en este trabajo de una que guarda directa relación con la organización de los poderes de la Unión y con la posición del Tribunal de Justicia en su entramado institucional.

Como es sabido, este Tribunal ha venido a situarse como el *tribunal constitucional* de una Comunidad de Derecho al que corresponde, además de garantizar la primacía (*ad extra*) de todo el Derecho comunitario, la función de preservar la supremacía (*ad intra*) del Derecho originario respecto del Derecho derivado¹, de los Tratados, entendidos como la *carta constitucional fundamental* de esa Comunidad, frente a los actos emanados por sus instituciones, incluidos los que se configuran como actos legislativos.

Sin embargo, al Tribunal de Justicia le corresponde esta condición de *tribunal constitucional* de la Unión Europea bajo unas premisas que lo diferencian sustancialmente de los tribunales estatales que asumen las funciones propias de la jurisdicción constitucional². Puede decirse, en este sentido, que el Tribunal de Justicia es una institución *superiorem non recognoscentes* privilegiada cuando se trata de preservar la supremacía del Derecho originario frente al legislador comunitario.

En primer lugar, porque la tradicional contraposición entre *rey-juez* y *rey-legislador* que subyace al control de constitucionalidad de la ley, cualquiera que sea la forma estatal que adopte este control, no se expresa en las mismas condiciones de equilibrio en el ámbito comunitario, y ello por la insuficiente relevancia del poder legislativo de la Unión Europea como poder democrático que expresa la voluntad popular (del *demos* europeo) a través de disposiciones con una presunción fuerte de constitucionalidad, las que en el ámbito estatal se identifican bajo la tipología de las *leyes (forma da esse rei)* y que podría tener un cierto equivalente en la Unión Europea, tras el Tratado de Lisboa, en los denominados actos legislativos³.

En segundo lugar, esa posición particular del Tribunal de Justicia respecto del legislador europeo trae causa de la inexistencia de vías procedimentales específicas para que este Tribunal actúe como garante de la supremacía de los Tratados, de manera que el control de *constitucionalidad* de los actos legislativos transita en el ámbito comunitario por las mismas vías que las del control de la legalidad de cualquier acto⁴. Desde esta perspectiva, los límites de la actuación jurisdiccional del Tribunal de Justicia frente a los actos legislativos de la Unión Europea están menos delimitados (*codificados*) que lo

1 Y de este último también respecto del Derecho Internacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2001, Asunto C-366/10).

2 Sobre esta cuestión, SAIZ ARNARZ, Alejandro, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 53, 1999, pp. 233 y ss.

3 En el asunto C-583/11, sobre el que volveremos al final de este trabajo, el Tribunal de Justicia no utiliza el criterio de la especial legitimación democrática de los actos legislativos comunitarios para justificar la limitación de los legitimados para su impugnación, como sí hace sin embargo la Abogada General Kokott en sus conclusiones (Sentencia de 3 de octubre de 2013; apartado 38 de las conclusiones).

4 Que el control de legalidad (en sentido amplio) que realiza el Tribunal de Justicia a través de las vías previstas en los tratados es, en ocasiones, un control de constitucionalidad, se ha expresado así en algunas resoluciones de éste, en concreto en relación con la adopción de medidas cautelares (autos dictados en el Asunto 46/87 y T-18/01, de 26 de marzo de 1987 y de 29 de marzo de 2001 respectivamente). Para Vidal Fernández, Begoña, *El proceso de anulación comunitario*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 33, «el control por el Tribunal de Justicia puede asemejarse muy estrechamente a un control de constitucionalidad, cuando se trata de verificar la conformidad de un acto de naturaleza legislativa... con los "textos superiores" de los Tratados». Sarmiento, Daniel, *Poder judicial e integración europea*, Garrigues Cátedra-Thomson Civitas, Madrid, 2004, se refiere al Tribunal de Justicia como «un intérprete materialmente constitucional» (p. 109).

que suele ser habitual en las disposiciones estatales relativas a la jurisdicción constitucional interna, además de tratarse de una regulación no especializada según las peculiaridades propias del contencioso constitucional⁵.

Una concreción rica de matices de este difícil equilibrio entre *legislador democrático* y *juez de la constitucionalidad* lo constituye la capacidad de la que dispone el órgano de control para extender su enjuiciamiento a la totalidad del texto legal que se impugna ante esa jurisdicción, o a reducirlo sólo a determinados preceptos del mismo, y a la capacidad de la que dispone el *tribunal constitucional* en ese sentido para actuar de oficio, esto es, para hacerlo en el margen del *petitum* de la correspondiente demanda. En la cuestión de la inconstitucionalidad (y consiguiente nulidad) total o parcial de las leyes entran en juego aspectos esenciales de la organización del Estado constitucional que han estado presentes, implícita o explícitamente, desde el mismo surgimiento de la jurisdicción constitucional.

Así, una diferente configuración inicial de la jurisdicción constitucional en Europa y en los Estados Unidos explica que, en el *judicial review* americano, el juicio de inconstitucionalidad de las leyes se proyecte principalmente sobre una parte de la ley, aquélla que resulta de aplicación en el *case or controversy* donde surgen las dudas de su constitucionalidad, de manera que sólo subsidiariamente, y con base en diferentes motivos, cabe extender la declaración de inconstitucionalidad a otros preceptos de esa ley, cuando se trate de disposiciones *no separables* de las juzgadas inconstitucionales. Que la inconstitucionalidad de las leyes es en Estados Unidos tendencialmente parcial se pone ya de manifiesto en la primera sentencia del Tribunal Supremo en la que se afirma el *judicial review*, la del caso *Marbury vs. Madison*, sin que esa tendencia fuera impedimento desde temprano, no obstante, para que el Tribunal Supremo considerara que, en determinados supuestos, la inconstitucionalidad se pudiera comunicar y extender a otras disposiciones de la ley no aplicables al caso⁶.

Desde este punto de vista, en los Estados Unidos el debate jurisprudencial y doctrinal sobre la *severability* (*separabilidad*) de las disposiciones de las leyes, en orden a justificar o negar esa extensión de la inconstitucionalidad, tiene como punto clave el de determinar si la escisión de la ley puede ser decidida por el tribunal o éste viene vinculado por las cláusulas de *separabilidad* o *no separabilidad* que el legislador incorpora con cierta frecuencia en las leyes en relación con las disposiciones que contiene. Una cuestión, en definitiva, directamente vinculada a la organización de la separación de poderes y a la exclusividad del Congreso frente al Tribunal Supremo cuando se trata de legislar⁷.

En Europa, por su parte, la jurisdicción constitucional concentrada parece estar anclada, en su formulación original, en el enjuiciamiento de las leyes en su totalidad, y en la consiguiente nulidad conjunta de todas sus disposiciones si aquélla es declarada inconstitucional en el procedimiento de control abstracto por parte del tribunal consti-

5 A la coincidencia de las técnicas de control de constitucionalidad y de legalidad se refiere Alonso García, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2012, p. 182 y 183.

6 Stern, Robert L., «Separability and Separability Clauses in the Supreme Court», en *Harvard Law Review*, 51, 1937; Lage, John Copeland, «Severability», en *North Carolina Law Review*, 72, 1993, p. 203 y ss.

7 Walsh, Kevin C., «Partial Unconstitutionality», en *New York Law Review*, 85, 2010, p. 738 y ss.; Shumsky, Michael D., «Severability, Inseparability, and the Rule of Law», en *Harvard Journal of Legislation*, 41, 2004.

tucional-*legislador negativo*. La razón de esta afirmación trae causa de la propia caracterización del enjuiciamiento que corresponde a los tribunales constitucionales sobre las leyes en esta jurisdicción concentrada, basado en la verificación de la regularidad de la formación de la ley en relación con los presupuestos constitucionales de la misma (fundamentalmente el procedimiento de elaboración previsto en la constitución); o, en el supuesto de que se trate de impugnaciones de constitucionalidad suscitadas en el ámbito de la distribución territorial del poder, que la ley esté viciada de incompetencia⁸.

No obstante, ya en el propio período de entreguerras en el que surge en Europa la jurisdicción constitucional, entra en cuestión la premisa de que las leyes se enjuician y, en su caso, se anulan en su totalidad, puesto que por diferentes motivos debe admitirse que la inconstitucionalidad *puede* (y en buena parte de las ocasiones *va a*) recaer en concretos preceptos de la ley impugnada. Por eso, aunque constituciones de la época como la española, la austríaca o la checoslovaca parecen prever, en su formulación literal, que la decisión de inconstitucionalidad recae en la ley en su conjunto, y que no cabría la inconstitucionalidad parcial de concretas disposiciones de un texto legal, en la práctica jurisprudencial y en las leyes de los respectivos tribunales constitucionales ya se concretó la posibilidad de la inconstitucionalidad parcial⁹.

Por otra parte, esta tendencia a privilegiar la inconstitucionalidad parcial de las leyes frente a su inconstitucionalidad total se consolida con mayor fuerza en la organización de los tribunales constitucionales europeos tras la II Guerra Mundial, por diferentes motivos conectados con la extensión de las vías de control incidental (y, en consecuencia, generalmente parcial) de las leyes, y por el interés de salvaguardar, siempre que ello sea posible, la decisión del legislador democrático. De este modo, la inconstitucionalidad parcial se convierte en la regla y la extensión de la inconstitucionalidad en la excepción, como se pone de manifiesto nítidamente en el artículo 164.2 de la Constitución española, aunque en el control preventivo francés se parta aún del principio contrario¹⁰. Por último, en el ámbito europeo debe ponerse de relieve que subsiste un interés generalizado por codificar al máximo las posibilidades de actuación *no rogada* (de

8 Incluso «la llamada inconstitucionalidad material es en definitiva también una inconstitucionalidad formal, en el sentido de que una ley cuyo contenido es contrario a la constitución dejaría de ser inconstitucional siempre que fuese votada como ley constitucional», Kelsen, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)», en *Revue du droit public et de la science politique*, XXXV, 1928, p. 197-257 (citamos por su traducción al italiano publicada bajo el título *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 153 y 154).

9 En Austria, además, la inconstitucionalidad parcial se consolidó por vía constitucional (reforma de 1925, artículo 140.3); en España se previó en el artículo 59.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; en Alemania se barajó esta posibilidad en el proyecto de ley de 1926 que pretendía someter al control de constitucionalidad el derecho del Reich. Sobre estas cuestiones, Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1987, p. 194, 367 y ss., 394 y ss.

10 El artículo 164.2 de la Constitución española dispone que «Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad». En Francia, el artículo 22 de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional establece que «En el caso de que el Consejo Constitucional declare que la ley de la que está conociendo contiene una disposición contraria a la Constitución e inseparable del conjunto de la ley, ésta no puede ser promulgada».

oficio) de los tribunales constitucionales¹¹, lo cual tiene una evidente proyección cuando se trata de extender la declaración de inconstitucionalidad más allá de los concretos preceptos de una ley impugnados¹².

En resumen, tanto en Europa como en los Estados Unidos la extensión de la inconstitucionalidad de las leyes más allá de los preceptos legales impugnados es una cuestión especialmente delicada, en cuya solución pueden desequilibrarse con facilidad los mecanismos que hacen tolerable la convivencia de un legislador democrático que expresa la voluntad popular en la forma de la ley, y de un tribunal de la constitucionalidad que preserva la supremacía de la norma fundamental desde parámetros de actuación jurídicos y no discrecionales.

1.2. La regulación de la nulidad de los actos comunitarios en el ordenamiento de la Unión Europea

En el caso de la Unión Europea, la posible facultad del Tribunal de Justicia para decidir sobre la extensión de la nulidad de un acto comunitario más allá de las concretas disposiciones que se hayan sometido a su enjuiciamiento no aparece como una cuestión que suscite debate o interés, como se pone de manifiesto en el sucinto tratamiento del que es objeto por parte de la doctrina¹³. Y ello a pesar de que se trata de una actuación jurisdiccional sin apenas regulación en las normas comunitarias que disciplinan las competencias y los procedimientos ante el Tribunal de Justicia y de que, como consecuencia de ello, este Tribunal ha sido bastante innovador en su jurisprudencia sobre esta materia.

En cuanto a la regulación referida, debe recordarse que el Tribunal de Justicia (en ocasiones, también el Tribunal General) pueden conocer sobre la legalidad de los actos comunitarios fundamentalmente a través del recurso directo de anulación (artículos 263, 264 y 266 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—), de la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE) y de la excepción de ilegalidad (artículo 277 TFUE). No obstante, mientras que en los dos primeros procedimientos la ilegalidad del

11 Sobre la codificación de la actuación de los tribunales constitucionales como elemento esencial de la jurisdicción constitucional concentrada, Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Garrigues Cátedra-Thomson Civitas, Pamplona, 2005, p. 295 y ss.

12 Por ejemplo, en España el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia». En Alemania, el artículo 78 de la *Gesetz über Bundesverfassungsgericht* dispone que «Cuando la Corte Constitucional Federal llegue al convencimiento de que una norma del derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental..., declarará la nulidad de la norma en cuestión. Cuando otras disposiciones de la misma ley sean incompatibles por los mismos motivos con la Ley Fundamental..., la Corte Constitucional Federal podrá declarar asimismo la nulidad». En Italia, el artículo 27 de la Ley n° 87 de 1953, relativa a la Corte constitucional italiana dispone que ésta, en la sentencia de inconstitucionalidad «..., cuando estima una instancia o un recurso relativo a la cuestión de inconstitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley, declara, dentro de los límites de la impugnación, cuales son las disposiciones legislativas inconstitucionales. La Corte declara, además, cuales son las otras disposiciones legislativas cuya inconstitucionalidad se deriva como consecuencia de la decisión adoptada» (cursivas nuestras).

13 Por ejemplo, en el completo *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Beneyto Pérez, José M^a (dir.), CEU-Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, Tomo V, p. 375; Vidal Fernández, B., *op. cit.*, p. 467 y ss., se refiere con un poco más de extensión a esta cuestión.

acto comunitario conlleva la nulidad (invalidez) del mismo, en la excepción de ilegalidad sólo acarrea su inaplicación al caso concreto en el que se suscita.

Más en detalle, el artículo 264 TFUE parece partir de que la nulidad declarada en el recurso directo frente a los actos comunitarios se proyecta sobre el acto en su conjunto, puesto que allí se dispone que «si el recurso fuera fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado». Al mismo tiempo, si éste debiera ser el contenido de la sentencia, eso puede interpretarse como que los legitimados para impugnar los actos comunitarios han de recurrir el acto en su totalidad, aunque sólo cuestionen en realidad la legalidad de alguna parte del mismo; o, lo que parecería más lógico, que el Tribunal viene obligado a extender la declaración de nulidad a la totalidad del acto, aunque sólo haya sido impugnado y esté incurso en una causa de ilegalidad una parte del mismo.

No obstante, la literalidad de las normas que regulan los procedimientos ante el Tribunal de Justicia dan a entender que la impugnación ya debe recaer, desde la propia demanda, en la totalidad del acto impugnado; por ejemplo, cuando el artículo 21 del Protocolo (nº 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo a los Tratados, establece que «la demanda deber ir acompañada, si ha lugar, del acto cuya anulación se solicita»; o cuando en el artículo 51 del mismo Estatuto, al regularse la competencia del Tribunal de Justicia en el recurso de anulación en detrimento del Tribunal General en razón de los demandantes y de la procedencia del acto comunitario, se alude a los recursos que vayan dirigidos «contra un acto»; o, en fin, en el artículo 54 del Estatuto, cuando se establece a favor del Tribunal de Justicia la competencia frente a demandas que impugnen «el mismo acto» presentadas ante ese Tribunal y ante el Tribunal General. Por último, esta misma manera de regular la impugnación de actos comunitarios, sin distinguir entre impugnación total o parcial, se traslada al Derecho derivado, cuando el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia regula el plazo de interposición de un recurso contra un acto de una institución (artículo 50).

En cuanto a la cuestión prejudicial, el Estatuto parece partir de que al Tribunal de Justicia se le ha de solicitar pronunciamiento sobre la validez (o interpretación) de un acto comunitario en su conjunto, porque en el artículo 23 se hace referencia a «la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona»; o también en el artículo 54, en relación con el sometimiento al Tribunal de Justicia y al Tribunal General de asuntos «que cuestionen la validez del mismo acto». No obstante, más ambiguo es el Reglamento de Procedimiento al regular el contenido de la petición de decisión prejudicial, en la que se han de indicar las razones que llevan al órgano remitente a preguntarse sobre la interpretación o validez de «determinadas disposiciones de la Unión» (artículo 94). Lo cual puede entenderse como la posibilidad de que se cuestionen distintas disposiciones entendidas como actos comunitarios (un reglamento y una directiva, por ejemplo), o bien como la posibilidad de preguntar sobre concretas disposiciones contenidas en un solo acto comunitario, o ambas posibilidades.

Como habrá ocasión de explicar a continuación, el Tribunal de Justicia no ha llevado a cabo una interpretación tan estricta como la que parece derivarse de las normas que se acaban de referir, y no ha optado por exigir en todo caso la impugnación en su conjunto de un acto comunitario, ni por extender siempre su declaración de nulidad a

la totalidad del mismo a partir de la ilegalidad de alguna de sus partes. A su vez, tampoco cabe exigir que el legislador europeo especifique en todas y cada una de las disposiciones que se han indicado con anterioridad que los actos comunitarios son impugnables y, en su caso, anulables parcialmente, si considera que debe ser así, como tampoco se concreta ese extremo con claridad en todas las disposiciones de los ordenamientos nacionales que regulan la impugnación y el control jurisdiccional de las leyes.

Pero en estos últimos, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento comunitario, sí que se explicita normativamente la posible inconstitucionalidad parcial de una ley, bien al regularse los efectos y el contenido de las sentencias del correspondiente tribunal constitucional, bien al disciplinarse el objeto de las correspondientes impugnaciones de inconstitucionalidad. Como se ha apuntado con anterioridad, toda esa regulación detallada cumple diversos objetivos que son fundamentales para un Estado de Derecho y para el equilibrio institucional que lo sustenta, pues con ello se explicita que la inconstitucionalidad parcial es, en principio, la regla del sistema, se preserva en la medida de lo posible la ley aprobada por la mayoría democrática, y también, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, se garantiza la pervivencia de la regulación conforme a la constitución contenida en una ley parcialmente inconstitucional, *cauterizándose* con ello la *herida* del vacío normativo que tanta alarma (*horror*) suscita en cualquier ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, en el ordenamiento europeo, a falta de una regulación explícita sobre el cuándo, el por qué y el cómo de la nulidad total o parcial de los actos comunitarios (y, en concreto, los legislativos), la determinación de todos esos extremos recae íntegramente en el propio Tribunal de Justicia, de cuyo *self restraint* va a depender que sus declaraciones de nulidad se acomoden o sobrepasen el *petitum* y las alegaciones de las partes en el proceso, y a cuya reiteración de argumentos jurisprudenciales sobre la nulidad total o parcial de los actos comunitarios va a supeditarse la consolidación de criterios firmes de interpretación sobre la materia.

II. LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA NULIDAD PARCIAL DE LOS ACTOS COMUNITARIOS

II.1. Los orígenes jurisprudenciales en el ámbito de los actos que revisten la forma de una decisión

Como se apuntaba al inicio de este artículo, en el ordenamiento comunitario el sistema de recursos y la organización de la jurisdicción que ha de resolverlos conducen directamente a que el juicio especial de *constitucionalidad* sobre el vehículo normativo privilegiado de los actos legislativos se realice por los mismos cauces procedimentales que el control de las disposiciones reglamentarias y los actos en sentido estricto. De hecho, esta última distinción entre disposiciones normativas de carácter legislativo, actos reglamentarios y simples actos era, y aún es, difícil de articular en el ordenamiento de la Unión Europea, desde el momento en que unos y otros pueden adoptar la misma

forma (reglamento, directiva, decisión), que no es determinante, por ello, de la esencia —*naturaleza*— del mismo (*forma non dat esse rei*)¹⁴.

Y al mismo tiempo, tampoco resulta sencillo discernir entre un enjuiciamiento de constitucionalidad o de legalidad de los actos comunitarios, puesto que las distintas causas de nulidad en que pueden incurrir estos según lo dispuesto en los Tratados pueden derivarse bien del Derecho originario *constitucional* bien de cualquier otra disposición comunitaria, cuando lleven aparejado un vicio de competencia o un vicio sustancial de forma, una desviación de poder o, en general, cualquier violación del ordenamiento de la Unión Europea¹⁵.

Desde estas premisas, no es de extrañar que el Tribunal de Justicia haya formulado una doctrina sobre la nulidad parcial de los actos de naturaleza legislativa que es trasunto de la previamente establecida respecto de actos en sentido estricto (decisiones), de modo que todas las conclusiones alcanzadas por el Tribunal sobre la nulidad parcial se proyectan en su jurisprudencia indistintamente sobre cualquier acto comunitario, con independencia de la forma que adopte (reglamento, directiva, decisión) y de la naturaleza jurídica que le sea propia (legislativa, reglamentaria o acto administrativo).

En la Sentencia de 15 de julio de 1964, dictada en el asunto 66/63, el Tribunal de Justicia admite por primera vez, aunque implícitamente, que un acto comunitario puede ser anulado de forma parcial. En esta resolución el Tribunal se limita a anular un concreto inciso de un artículo de una de las dos decisiones comunitarias recurridas, y lo hace con unos argumentos y bajo unas condiciones que esbozan ya sus futuras líneas jurisprudenciales sobre la materia. Así, la nulidad parcial es acordada por el Tribunal aunque el recurrente había impugnado las dos decisiones en su conjunto, como se ponía de manifiesto en el *petitum* de la demanda y en las propias causas de ilegalidad aducidas.

De hecho, el Tribunal anula el inciso en cuestión porque contiene una mención «carente de fundamento jurídico [que] no puede figurar en las decisiones impugnadas», sin imputar a dicho inciso, que no había sido cuestionado de modo particular en las alegaciones del recurrente, ninguna de las tachas de ilegalidad planteadas por éste al conjunto de las decisiones. Pero la afirmación más relevante que se contiene en la sentencia, para la futura jurisprudencia del Tribunal sobre la nulidad parcial, es que el inciso controvertido «puede ser separado del resto de las decisiones impugnadas».

14 Sobre esa difícil articulación, Mangas Martín, Araceli, «Algunos aspectos del Derecho Derivado en el Tratado de Lisboa: Categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía», en *Revista General de Derecho Europeo*, 18, 2009, p. 1-32; Bellido Barrionuevo, María, «El Derecho derivado de la Unión Europea: evolución desde los años cincuenta hasta nuestros días», en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, Tomo IV, p. 249 y ss. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2013, Asunto C-583/11, y las conclusiones de la Abogada General Kokott en dicho asunto, contienen aportaciones interesantes para la distinción de los actos legislativos y los actos reglamentarios a efectos de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 263 TFUE.

15 Aunque la relevancia que vaya adquiriendo la Carta y los derechos fundamentales en ella previstos como límite de los actos comunitarios actuarán a favor de la especialización del *juicio de constitucionalidad* en el Tribunal de Justicia, como se pone de manifiesto por ejemplo en las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el Asunto C-293/12, en sus consideraciones acerca de la reserva de ley (formal y material —*calidad de la ley*—) para establecer limitaciones al derecho a la vida privada (protección de datos personales) —apartados 108 y ss.—. La dimensión constitucional de este enjuiciamiento se muestra también en la Sentencia de 8 de abril de 2014 que resuelve este Asunto y el C-594/12 acumulado al mismo.

Tal *separabilidad* es la que permite al Tribunal de Justicia cumplir con su función nomofiláctica sin necesidad de extender su declaración de nulidad más allá del contenido viciado de ilegalidad («carente de fundamento jurídico» según la sentencia), aunque la simplicidad de este criterio deja en el aire otros aspectos que habrán de matizarse por el Tribunal en el futuro: *el primero, qué es lo que hace a un contenido parcial de un acto comunitario separable del resto; el segundo, qué debe hacer el Tribunal en el caso de que el contenido parcial viciado no sea separable del resto del acto comunitario, debe declarar la nulidad del conjunto del acto, o precisamente esa no separabilidad hace que no puedan ser declarados nulos ni la parte ni el todo.*

Estas cuestiones han sido resueltas en posteriores sentencias del Tribunal de Justicia, pero antes de que fuera así otras resoluciones de la jurisdicción comunitaria han abordado otros aspectos relevantes de la nulidad parcial. De hecho, la sentencia que suele utilizarse como el antecedente de referencia al respecto es la dictada por el Tribunal en el Asunto 17/74 (Sentencia de 23 de octubre de 1974), en la que se resuelve un recurso de anulación en el que se impugna un determinado precepto de una decisión de la Comisión autorizando un acuerdo restrictivo de la competencia.

La impugnación parcial está justificada en este caso porque tal precepto era la única parte de la decisión incurso en un vicio sustancial de forma¹⁶. El Tribunal no sólo admite tal impugnación parcial, considera factible también la anulación parcial de la decisión porque la parte viciada, aun siendo importante, podía ser separada —con carácter provisional— de las restantes disposiciones de la decisión, al tiempo que estima que la anulación parcial estaba justificada porque la decisión era globalmente favorable a los intereses de las empresas afectadas —destinatarias de la decisión—, que eran las personas jurídicas recurrentes (apartado 21 de la sentencia).

Pues bien, aunque esta sentencia es mencionada habitualmente por el Tribunal de Justicia en sus resoluciones como precedente clave en cuanto a la viabilidad de la nulidad parcial de los actos comunitarios, es claro que sólo puede serlo desde un punto de vista general, pero no respecto de particulares condiciones para que la nulidad parcial se pueda declarar (*que el acto sea globalmente favorable a los recurrentes*), o de cómo se tiene que producir la separación-nulidad parcial (*con carácter provisional*).

II.2. La concreción de las condiciones para que concurra la separabilidad (no modificación de la esencia del acto) y la nulidad parcial en los actos normativos

A pesar de estos antecedentes que se acaban de referir, el asunto de la nulidad parcial no irrumpe con relevancia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta mediados de la década de los noventa. En ese período llegan ante la jurisdicción comunitaria determinados asuntos que obligan al Tribunal a afinar el criterio de la *separabilidad* de las partes viciadas del acto y las consecuencias de que la separación sea posible o no, a la vez que empieza a trasladarse la cuestión desde el ámbito de las decisiones (actos en

16 En concreto, porque a diferencia del resto de contenidos de la decisión, sobre el impugnado los destinatarios de la misma con intereses afectados no habían tenido la oportunidad de mostrar su parecer, con la consiguiente vulneración de los requisitos de procedimiento para adoptar esa parte de la decisión.

sentido estricto) al de las disposiciones generales (directivas, reglamentos o decisiones con alcance normativo).

En cuanto al criterio de la *separabilidad*, en la Sentencia de 31 de marzo de 1998 (Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95), el Tribunal de Justicia concluye que la separación de una parte de una decisión y su consiguiente nulidad parcial sólo son posibles si con ello no se modifica la esencia de tal decisión (apartados 35 y 253); y considera el Tribunal en el asunto en cuestión que, al formar el precepto viciado de nulidad una unidad inseparable con el resto de la decisión, procede declarar la nulidad total de ésta (apartados 257 y 258).

En cuanto a la nulidad parcial de disposiciones generales, el Tribunal admite esta posibilidad en la sentencia dictada en el Asunto C-84/94 (Sentencia de 12 de noviembre de 1996, en relación con la Directiva 93/104/CE, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*), aunque el Tribunal se limitará a estimar la pretensión de nulidad parcial porque el precepto de la directiva en cuestión «puede desligarse de las demás disposiciones de la Directiva» (apartado 37), sin mayor motivación, sin concretar porqué es posible tal separación.

Habría que esperar a las conclusiones del Abogado General Fennelly en los Asuntos C-376/98 y C-74/99 (recurso de anulación y cuestión prejudicial, respectivamente, sobre la Directiva 98/43/CE, de publicidad y patrocinio de los productos derivados del tabaco), para encontrar una elaboración más completa y precisa sobre la procedencia de la *separabilidad*-anulación parcial de una parte de una disposición general. Las apreciaciones realizadas por el Abogado General en estos asuntos son especialmente interesantes desde varios puntos de vista, aparte del que nos ocupa de las condiciones para que proceda la nulidad parcial de una disposición general, aunque también muy vinculadas con esta materia.

Así, en los asuntos de referencia el Abogado General se enfrenta a la cuestión de la invalidez parcial por un camino inverso a los que hemos explicado hasta ahora, esto es, lo hace para intentar determinar si hay disposiciones de la directiva controvertida que pueden quedar a salvo de la declaración de nulidad que, en principio, debe proyectarse sobre el conjunto de la misma por haberse adoptado sin que el legislador comunitario pudiera hacerlo con arreglo a la base jurídica elegida. Y además, el Abogado General plantea la posible *separabilidad* no ya de concretos preceptos de la directiva (artículos, apartados o párrafos de artículos...), sino de las normas contenidas o deducibles de determinados preceptos de la directiva (apartado 122)¹⁷.

En otras palabras, en las conclusiones se trata de determinar si la nulidad de la prohibición de la publicidad y del patrocinio del tabaco, contenida en términos generales y de forma indiferenciada en la directiva, puede no predicarse de la prohibición

17 Lo que en la doctrina americana se identifica como *application severability* (cuando se distinguen las interpretaciones constitucionales e inconstitucionales de un precepto de la ley), para diferenciarlo de la *text severability* (separación de las disposiciones de una ley conformes a la constitución de aquellas otras que no lo son), Walsh, Kevin C., *op. cit.*, p. 743 y 744. En la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos es habitual también que en el juicio de constitucionalidad de las leyes se distingan aquellas interpretaciones de sus preceptos que son conformes a la Constitución de aquellas que no lo son, para declarar en la sentencia la interpretación que hace compatible a la ley con la norma fundamental o, en otras ocasiones, para excluir la interpretación o interpretaciones inconstitucionales de la ley.

particular, que se deduce de esa general, de la publicidad en determinados medios de comunicación (prensa), para cuya regulación sí que dispondría de competencia el legislador comunitario. El Abogado General niega esta *separabilidad* de esa concreta prohibición, porque si así actuara el Tribunal de Justicia, estaría dando una nueva redacción a la norma al interpretarla y estaría suplantando al legislador comunitario, que había concebido la prohibición sin diferenciación en cuando a los medios de patrocinio o publicidad del tabaco (apartado 128). Por todo ello, no es factible la anulación parcial (aun que aquí sería más correcto referirse a la «*no anulación parcial*») de la directiva¹⁸.

En cuanto a los criterios para determinar si cabe la separación-nulidad parcial de una parte de un acto comunitario legislativo, el Abogado General considera que «el Tribunal de Justicia no ha facilitado una orientación general sobre el problema de la separabilidad de las partes válidas e inválidas de una medida legislativa» (apartado 122), con lo que está partiendo, acertadamente a mi entender, de que los criterios u orientaciones fijados con anterioridad por el Tribunal respecto de decisiones (actos en sentido estricto) no tienen porqué ser suficientes para determinar la nulidad parcial de los actos legislativos.

En concreto, el Abogado General considera que para que pueda optarse por la anulación parcial deben darse dos condiciones (apartado 122): *la primera, que una concreta disposición del acto comunitario pueda distinguirse y separarse de las restantes sin alterarlas* (a lo que el Tribunal se había referido en su jurisprudencia como la separación que no modifica la esencia del acto —Asunto C-68/94); *la segunda, que la anulación —parcial— de esa disposición no afecte a la coherencia del conjunto del régimen normativo del que forma parte*, condición esta última que el Abogado General considera implícita en las sentencias del Asunto C-84/94 y del Asunto 17/74, y que podría pensarse que es la proyección, en el ámbito de los actos legislativos, del criterio de la pervivencia de la esencia del acto tras la anulación de una de sus partes.

Además, en las conclusiones se trae a colación, aunque sucintamente, la jurisprudencia de dos tribunales supremos, el de Irlanda y el de los Estados Unidos, sobre la *separabilidad* de las cláusulas de una ley para la declaración de su nulidad parcial, apoyando el Abogado General «la adopción expresa de un criterio similar en el Derecho Comunitario» al mantenido por esos tribunales en cuanto a que la *separabilidad* y la nulidad parcial de parte de una ley tiene cabida salvo que la parte subsistente no pueda por sí sola mantenerse en vigor y surtir efectos jurídicos (*criterio objetivo*), o salvo que la intención del legislador haya sido que no subsistan partes de la ley si otras son invalidadas (*criterio subjetivo*) —apartado 126—.

18 Esta es la parte de las conclusiones que toma en consideración el Tribunal de Justicia en su sentencia sobre estos asuntos, donde considera que «el artículo 100 A del Tratado habría permitido adoptar una Directiva que prohiba determinadas clases de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. No obstante, dado el carácter general de la prohibición de la publicidad y del patrocinio de los productos del tabaco establecida por la Directiva, la anulación parcial de ésta supondría la modificación, por parte del Tribunal de Justicia, de las disposiciones de la Directiva, modificación que incumbe al legislador comunitario. Por tanto, el Tribunal de Justicia no puede anular parcialmente la Directiva» (apartado 117 de la Sentencia de 5 de octubre de 2000, Asunto C-376/98).

II.3. La jurisprudencia posterior: no diferenciación de la nulidad parcial de los actos legislativos, irrelevancia del criterio subjetivo y vinculación de la no separabilidad a la inadmisibilidad del recurso

A pesar de la extensión con la que se aborda la cuestión de la nulidad parcial de los actos legislativos en estas conclusiones del Abogado General Fennelly, la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia discurre por unos derroteros sustancialmente diferentes. Así ocurre, en primer lugar, en cuanto al criterio para determinar la *separabilidad* de las concretas disposiciones de un acto comunitario para su posible nulidad parcial, puesto que el Tribunal sigue utilizando la condición formulada en origen en relación con las decisiones (*que las partes cuya anulación se solicita sean separables porque su anulación no modifica la esencia del acto*), pero no suele indagar con mayor intensidad, cuando se trata de actos legislativos, sobre la necesidad de que la parte subsistente del acto comunitario mantenga su coherencia como sistema normativo si se le despoja de las partes viciadas de nulidad.

Una buena muestra en este sentido se ofrece en la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, dictada en el Asunto C-29/99. En este caso la Comisión impugna un párrafo de la declaración aneja a la Decisión del Consejo por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea de la Energía Atómica a la Convención sobre Seguridad Nuclear. El Tribunal de Justicia considera, correctamente, que la declaración (y, en concreto, el párrafo impugnado de la misma) es separable de la decisión de la que forma parte, entre otras cosas porque la nulidad de ese párrafo de la declaración se postula por lo que omite, de modo que su anulación no modificaría la esencia de la decisión (apartados 45 y 46).

Pero, al mismo tiempo, el Tribunal elude pronunciarse sobre la nulidad de otro párrafo de la misma declaración cuya anulación no había sido solicitada por la Comisión, aunque considere que «si el examen del presente recurso pusiera de manifiesto que el Consejo omitió mencionar en el párrafo tercero de la declaración determinados artículos que tampoco se mencionan en su párrafo segundo, ello implicaría que este segundo párrafo sería incompleto» (apartado 50). Así, aunque ambos párrafos están íntimamente relacionados formando un sistema normativo, el Tribunal, quizás para evitar actuar *ultra petita*, se limita a anular el párrafo tercero impugnado y a justificar, sin mayor fundamento, que «no obstante, la relación entre ambos párrafos no puede impedir que se controle la legalidad de uno de ellos, independientemente del control que se efectúe sobre el otro» (apartado 50).

En definitiva, en esta resolución del Tribunal se pone de manifiesto que la sencillez de la condición «*separabilidad*-no afectación a la esencia del acto» es insuficiente para resolver las complejas cuestiones que se derivan de la nulidad parcial de los actos comunitarios, especialmente los de alcance general (normativos). De hecho, el Tribunal debe recurrir a argumentos más elaborados que esa simple regla cuando la cuestión de la nulidad parcial presenta mayor complejidad, como ocurre en las conclusiones y en la sentencia del Asunto C-378/00.

En este caso, frente a la impugnación de un concreto precepto de un reglamento, el Abogado General Geelhoed concluye que, a pesar de su importancia, dicho precepto no afecta de modo esencial a la parte legislativa del reglamento y puede disociarse del conjunto del acto, porque éste, sin la parte cuya anulación se solicita, puede seguir produ-

ciendo efectos jurídicos (apartados 134 a 137). No obstante, en la sentencia, siguiendo el criterio del Abogado General, se opta por la anulación parcial del reglamento, pero manteniéndose en su integridad los efectos del precepto anulado hasta que sea sustituido con nuevas disposiciones por el legislador comunitario (Parlamento y Consejo) —apartados 29 y 73 y ss. de la Sentencia de 21 de enero de 2003—. Y ello en aras de la seguridad jurídica, y como manifestación implícita, a mi entender, de que la disposición anulada no era tan claramente separable del conjunto del acto legislativo.

En segundo lugar, la escasa influencia de las conclusiones del Abogado General dictadas en el Asunto C-376/98 sobre la posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de nulidad parcial se pone de manifiesto, a su vez, en la irrelevancia que otorga el Tribunal al criterio subjetivo (la *intención o voluntad* del legislador) para determinar la *separabilidad* o no de determinadas partes de un acto comunitario. Desde esta perspectiva, para el Tribunal carece de trascendencia la intención de la institución o instituciones que adoptan el acto comunitario de configurarlo como una unidad inescindible y de vincular, de ese modo, la nulidad de alguna de sus partes con la del acto en su conjunto.

Así lo expresa el Tribunal en la sentencia dictada en el Asunto C-239/01 al considerar, siguiendo el criterio del Abogado General, que «la cuestión de si una anulación parcial modificaría la sustancia del acto impugnado constituye un criterio objetivo y no un criterio subjetivo, ligado a la voluntad política de la autoridad que ha adoptado el acto controvertido» (apartado 37 de la Sentencia de 30 de septiembre de 2003). Con un criterio jurisprudencial que ha permanecido inalterado en posteriores sentencias y que, al menos para los actos legislativos, seguramente debiera matizarse por las implicaciones de política normativa y de acuerdos institucionales que subyacen a los mismos, como se intentará explicar en el último apartado de este artículo y como se desprende de otras decisiones del Tribunal a las que allí haremos referencia.

Por último, y en tercer lugar, en su jurisprudencia posterior a la sentencia del Asunto C-367/98 el Tribunal incorpora un criterio de enorme trascendencia para la nulidad parcial de disposiciones concretas de un acto comunitario. En concreto, a partir de la sentencia dictada en el Asunto C-244/03, para el Tribunal la condición de separable o no de la concreta disposición de un acto comunitario pasa de ser un criterio para determinar el alcance de la declaración de nulidad (las disposiciones concretas recurridas, o el acto en su conjunto que vería modificada su esencia por la nulidad parcial de una de sus partes), para convertirse en un criterio que determina la admisión o inadmisión a trámite del recurso (apartados 17 a 21 de la Sentencia de 24 de mayo de 2005). De este modo, en el supuesto de que la concreta disposición recurrida forme un todo indisoluble con el acto en su conjunto, o con alguna parte del mismo, y estos últimos no hubieran sido impugnados, aunque fuera de manera subsidiaria, deberá declararse la inadmisibilidad del recurso.

Ciertamente, las circunstancias que concurren en la sentencia en la que el Tribunal llega a esta conclusión son peculiares. En este caso el recurrente pretendía la anulación de un punto de un artículo de una directiva que establecía prohibiciones y restricciones a la comercialización de productos cosméticos obtenidos con ensayos en animales (Directiva 2003/15/CE), al tiempo que otro punto de ese mismo artículo (no recurrido) derogaba la anterior regulación sobre la materia; de manera que la nulidad parcial ha-

bría tenido un efecto pernicioso al crear un vacío normativo sobre la materia, el ocasionado por el precepto derogador de la regulación anterior y el derivado de la anulación del precepto que establecía la nueva regulación al respecto (el impugnado).

No obstante, con ser esto cierto, deben tenerse presentes dos cuestiones al respecto: Primero, que esa vinculación indisociable entre dos puntos del mismo artículo, uno recurrido y otro no, y los efectos perniciosos de la anulación de sólo uno de ellos, podrían haberse remediado sin necesidad de negar, por la vía de la inadmisión, la facultad *objetiva* de la que disponen los legitimados privilegiados (en este caso un Estado) para interponer el recurso de anulación; y se podría haber hecho optando por otras formas de enjuiciamiento más propias de las jurisdicciones de carácter constitucional y sobre las que volveremos en el tercer apartado de este trabajo. Y segundo, que después de esta sentencia el Tribunal ha seguido reiterando en términos generales, al margen de las circunstancias del caso, esta regla de la inadmisibilidad del recurso frente a una parte de un acto comunitario no separable de otra parte o del resto de dicho acto (por ejemplo, en el Asunto C-36/04); lo que ha llevado a los legitimados en el recurso de anulación que pretenden impugnar sólo concretas disposiciones de un acto comunitario a solicitar, de forma subsidiaria y de modo ritual, la anulación del acto en su conjunto para evitar la inadmisión del recurso (por ejemplo, en el Asunto C-133/06).

III. LAS CUESTIONES PENDIENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA NULIDAD PARCIAL DE LOS ACTOS COMUNITARIOS

III.1. Sobre las consecuencias anudadas a la no separabilidad de determinadas partes de un acto comunitario

Una vez explicada cual ha sido la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión de la nulidad parcial, y cuales son los criterios de interpretación consolidados al respecto, procederemos a continuación a intentar explicar las carencias y contradicciones que traen causa de esa jurisprudencia y las posibles vías interpretativas que podría seguir el Tribunal para superarlas, tomando como referencia para ello el modo en que abordan los tribunales nacionales (supremos o constitucionales) el juicio de inconstitucionalidad parcial de las disposiciones legislativas.

La nulidad de un acto o de una disposición normativa depende en buena medida de cómo puedan impugnarse aquéllos ante la correspondiente jurisdicción, si cabe la impugnación parcial de los mismos o si, por el contrario, deben recurrirse en su totalidad, ya sea de forma principal o de forma subsidiaria. Como se ha avanzado al principio de este artículo, en el ámbito comunitario los Tratados y el Estatuto del Tribunal de Justicia parecen dar a entender que la impugnación ha de recaer en el acto en su conjunto, aunque la práctica procesal, y la propia lógica del ordenamiento jurídico, no dejan lugar a dudas de que en los procedimientos donde se lleva a cabo un control de la legalidad de

los actos comunitarios pueden impugnarse tanto partes (el Tribunal se suele referir a *elementos*) de un acto, como el acto en su totalidad. Por lo demás, esta conclusión es de recibo con independencia del concreto vicio de ilegalidad que se impute a la parte del acto comunitario que se impugna, aunque haya vicios como los sustanciales de forma que tiendan a proyectarse sobre el conjunto del acto y no sobre partes del mismo¹⁹.

Más en concreto, la posibilidad de la impugnación total o parcial de un acto comunitario en la cuestión prejudicial es consecuencia lógica de las condiciones previstas en el artículo 267 TFUE para que un órgano judicial pueda o deba someter aquélla al Tribunal de Justicia. Debe tenerse presente que los requisitos para plantear la cuestión prejudicial son más laxos que los que se suelen exigir en los ordenamientos nacionales para el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad y que suelen conducir, en este último caso, a que se eleven al tribunal constitucional correspondiente dudas de inconstitucionalidad sólo sobre partes de un texto legislativo²⁰. Por el contrario, en la cuestión prejudicial comunitaria basta con que el órgano judicial nacional remitente estime necesario, para poder emitir su fallo, que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la validez (o la interpretación) de los actos comunitarios, necesidad que puede predicarse con facilidad tanto del acto en su conjunto como de determinadas partes del mismo²¹.

En cuanto al recurso de anulación, la posible impugnación parcial de los actos comunitarios encuentra fácil explicación tanto en referencia a los legitimados privilegiados como a los que no lo son para este recurso²². Respecto de los primeros (Estados miembros e instituciones) porque su legitimación implica el derecho a impugnar la legalidad de cualquier acto comunitario sin necesidad de justificar un interés para ejercitar su acción (Asunto 166/78, Sentencia de 12 de julio de 1979, apartado 6; y Asunto 45/86, Sentencia de 26 de marzo de 1987, apartado 3), lo que parece que debe conllevar, también, la facultad para seleccionar y optar entre recurrir un acto en su conjunto o sólo algunas partes del mismo. Selección y opción que puede traer causa de cualquier razón, tanto la *objetiva* del convencimiento de que sólo determinadas partes del acto comunitario están viciadas de ilegalidad, como la *subjetiva* de la *política de recursos* que ha de permitir a los legitimados privilegiados optar por impugnar partes de un acto o éste

19 Por ejemplo, en el Asunto C-378/00 el Tribunal anula parcialmente un reglamento porque, para la parte impugnada del mismo, el legislador comunitario incumplió su obligación de motivación (apartados 49 y ss. de la Sentencia de 21 de enero de 2003).

20 En España, como consecuencia de los requisitos de la necesaria aplicación de la ley cuestionada al caso del que conoce el órgano judicial y de la preceptiva relevancia para resolver el mismo.

21 No siendo extraño que el órgano judicial remitente se cuestione indistintamente sobre la invalidez total o parcial de un determinado acto legislativo, como por ejemplo en el asunto C-74/99 (directiva sobre la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco, Sentencia de 5 de octubre de 2000).

22 Respecto de estos legitimados no privilegiados, Tribunal de Cuentas, Banco Central Europeo, Comité de las Regiones, y las personas físicas o jurídicas destinatarias o afectadas directa e individualmente por un acto o afectadas directamente por un acto reglamentario que no incluya medidas de ejecución, no es preciso ocuparse con detalle en este momento por su poca incidencia en la impugnación de los actos legislativos. Baste con señalar que las prerrogativas (en el caso de esos órganos comunitarios) o los intereses subjetivos (en el caso de las personas físicas o jurídicas) pueden verse vulnerados por un acto comunitario en su conjunto o sólo por una parte del mismo (por ejemplo, para las personas físicas o jurídicas, así ocurre en el Asunto 17/74 ya citado).

en su totalidad, igual que pueden decidir recurrir unos actos u otros al margen de las dudas que alberguen sobre su legalidad²³.

Según lo que se acaba de decir, el Tribunal de Justicia puede verse abocado a resolver sobre la nulidad total o parcial de un acto comunitario a partir de un recurso o de una cuestión prejudicial en los que se impugna aquél en su totalidad o bien sólo en parte²⁴. Cuando la impugnación recae sobre la totalidad del acto comunitario, la anulación parcial o la total no son problemáticas en cuanto a que la sentencia respete el *petitum* de la demanda y las cuestiones sobre las que han podido alegar las partes en el proceso; en este caso, para poder optar por la nulidad parcial, el Tribunal está supeditado únicamente a que esos elementos del acto sean separables del resto del mismo, en los términos que ya se han explicado. Pero queda la duda de saber si el Tribunal de Justicia puede o debe extender su declaración de nulidad al resto del acto comunitario que vería modificada su esencia si se anulase la parte viciada del mismo, puesto que en estas circunstancias hay que entender que esa parte remanente no está viciada de ilegalidad, ya que eso conllevaría su nulidad directa y no la derivada de su *inescindibilidad*; la jurisprudencia del Tribunal parece decantarse porque en este supuesto debe extenderse la nulidad a la totalidad del acto comunitario²⁵.

En el supuesto de que la nulidad parcial se derive de una impugnación también parcial del acto comunitario se plantea la misma duda de si debe anularse el acto en su totalidad y, además, otra añadida, vinculada a que la extensión de la nulidad derivada de la *inescindibilidad* sí que podría producirse, en este caso, *ultra petita* y poniendo en cuestión el principio de congruencia²⁶. Estas cuestiones no aparecen resueltas de forma clara en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que hemos referido en el apartado anterior.

En cuanto a la extensión de la declaración de nulidad desde un elemento no separable a la totalidad del acto comunitario en el que se integra y su incidencia en la congruencia de la sentencia, se trata de una cuestión que se plantea con cierta frecuencia en los casos que hemos estudiado pero que no es polémica, en principio, si partimos de que el procedimiento ante el Tribunal de Justicia está estructurado de tal forma que el planteamiento

23 No obstante lo dicho, en la práctica del recurso de anulación puede percibirse una cierta tendencia a entender que la impugnación se proyecta sobre el acto como una unidad, aun cuando se pretenda recurrir sólo una parte del mismo; como cuando el recurrente solicita la anulación del acto comunitario en tanto en cuanto contiene una determinada regulación que incurre en una causa de ilegalidad, y el Tribunal de Justicia procede a delimitar los preceptos concretos que se han de considerar recurridos y a anular solamente estos si incurren en ilegalidad (Sentencia de 21 de enero de 2013, Asunto C-378/00, apartado 71).

24 Conviene recordar que la declaración de invalidez en la cuestión prejudicial tiene los mismos efectos que la anulación en el recurso, como reconoce expresamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 6 de junio de 1996, Asunto C-127/94, apartado 58, donde se hace referencia además a la «invalidez total o parcial de un acto de las Instituciones comunitarias».

25 Así, en el asunto T-183/07, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009, apartados 154 y 163, confirmada en casación por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 29 de marzo de 2012, asunto C-504/09. Y, del mismo modo, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005, Asunto C-176/03, y de 23 de octubre de 2007, Asunto C-440/05, donde se anulan decisiones marco en su totalidad, aunque determinadas partes de las mismas inescindibles del acto no estuvieran viciadas de ilegalidad, como expresamente pone de manifiesto el Tribunal (apartados 47, 51 y 53 de la primera sentencia, y 69, 71, 72, 73 y 74 de la segunda).

26 Sobre la congruencia en el recurso de anulación, Martín Brañas, Carlos, *El control de la legalidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, Pamplona, 2012, p. 109.

que éste puede hacerse acerca de la nulidad parcial y su extensión al conjunto del acto *no separable*, normalmente a través de las conclusiones del Abogado General, podrá ser objeto de conocimiento y de alegaciones por las partes en la fase oral prevista en el artículo 20 del Estatuto del Tribunal. Así ocurre, por ejemplo, en los Asuntos C-244/03 (apartados 9 a 11 de la Sentencia de 24 de mayo de 2005) y C-36/04 (apartados 9 y 10 de la Sentencia de 3 de marzo de 2006)²⁷; lo que no admite el Tribunal de Justicia es que se pueda alegar en casación que el tribunal inferior ha incurrido en error de Derecho al declarar la nulidad de un acto en su totalidad si el recurrente en casación no alegó en primera instancia que la anulación debiera ser parcial²⁸. Y esas alegaciones sobre la posible extensión de la invalidez durante el proceso son factibles también en la cuestión prejudicial, teniendo en cuenta, no obstante, que la modificación material de las cuestiones prejudiciales por su remitente no tienen cabida según el Tratado, precisamente para que las partes en el proceso no vean afectado su derecho a presentar observaciones²⁹.

En cuanto a la extensión de la nulidad parcial al acto en su conjunto a partir de una impugnación parcial de alguno de sus elementos, la cuestión consiste en determinar si la circunstancia de que la parte del acto comunitario objeto de anulación sea inescindible ha de tener como consecuencia su nulidad total o si, por el contrario, tal vinculación impide incluso que se anule esa parte que puede incurrir en nulidad parcial. En la jurisprudencia inicial la máxima de que «la anulación parcial de un acto comunitario sólo es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita pueden separarse del resto del acto», se entendió en el sentido de que la *no separabilidad* conllevaba la nulidad del acto en su totalidad (Asunto 68/94, ya citado). No obstante, esta resolución del Tribunal se adoptó respecto de una decisión (acto en sentido estricto), pero cuando el problema de la *separabilidad*-anulación parcial se ha trasladado al ámbito de los actos normativos, la jurisprudencia comunitaria parece haber virado hacia la otra dirección.

Al menos ese es el planteamiento que subyace en las sentencias del Tribunal en las que ha optado por establecer, en primer término, la *no separabilidad* de los elementos del acto comunitario impugnados aisladamente para, a partir de ahí, excluir no ya la nulidad parcial o su extensión, sino para decidir, con carácter previo, la propia inadmisibilidad del recurso (Asuntos C-244/03 y C-36/04). Sobre esta cuestión volveremos a continuación, pero ahora es preciso poner de manifiesto que, aunque se trate de actos comunitarios de alcance general (*normativos*), no debe excluirse que la nulidad parcial de alguno de sus elementos pueda o deba conllevar la nulidad del acto en su conjunto, o de otras partes del mismo, cuando forman un todo indisociable. La función nomofiláctica que corresponde a cualquier tribunal encargado de verificar la validez de las disposiciones del correspondiente ordenamiento sólo puede ser plenamente eficaz si éste dispone de un cierto margen de actuación, más allá de la petición original de la demanda, para

27 Los abogados generales también abordan en sus conclusiones la cuestión de la *separabilidad*-nulidad parcial aunque no haya sido alegada por las partes, por ejemplo en las conclusiones de los Asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04 para proponer la *no separabilidad*-nulidad total (apartados 61 y 111), o en las del Asunto C-236/09 para concluir a favor de la *separabilidad*-nulidad parcial (apartado 71).

28 Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Asuntos C-199/01 y C-200/01, apartados 58 y 59.

29 Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1997, Asunto C-352/95, apartado 14.

depurar el ordenamiento de las normas viciadas de ilegalidad y de aquellas otras vinculadas esencialmente a éstas.

En definitiva, el Tribunal no puede eludir su responsabilidad como garante del ordenamiento comunitario en aras de la preservación de un acto en su integridad sólo porque las partes impugnadas del mismo son inescindibles del conjunto. El Tribunal dispone de la suficiente capacidad de modulación de los efectos de sus resoluciones como para no tener que evitar con tantas cautelas la nulidad de un acto comunitario en su totalidad (o en partes no impugnadas de éste), a partir de la nulidad parcial de alguno de sus elementos recurrido aisladamente; por ejemplo, a través de la técnica de la nulidad diferida y la consiguiente habilitación de un período de tiempo para que el legislador comunitario repare las ilegalidades declaradas respecto del acto comunitario en cuestión. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia vería reforzada su posición de garante de la *constitucionalidad* comunitaria, en la línea de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros, sin que ello suponga menoscabo de la debida deferencia hacia el legislador europeo y hacia las competencias que le son propias.

III.2. La no separabilidad de los elementos impugnados del acto comunitario como causa de inadmisión del recurso

Pero si complicado es admitir que el tribunal de Justicia vea limitada su capacidad de anular actos comunitarios cuando concurren la impugnación parcial del acto y la indisolubilidad del mismo, menos justificado parece que esta concurrencia se considere causa de inadmisibilidad del recurso de anulación. Como se ha dicho, este planteamiento aparece por primera vez en la sentencia del Asunto C-244/03, y se justifica porque, en esa situación de impugnación parcial y de no *separabilidad* de los elementos del acto recurridos, la nulidad total podría ir más allá de las pretensiones del recurrente³⁰.

Sin embargo, siendo esto posible, lo que parece poco congruente es que, por no ir más allá de las pretensiones del recurrente, no se dé respuesta alguna al fondo de su recurso, al no entrar a valorar el Tribunal tan siquiera la posible invalidez de la parte del acto comunitario impugnada. Como se acaba de decir, los problemas que podrían derivarse de la *inseparabilidad* de los elementos del acto impugnados e inválidos tiene solución a través de diversas técnicas, sin necesidad de acudir a la inadmisibilidad, como pueda ser la extensión de la nulidad no a la totalidad del acto sino a las partes del mismo que realmente perderían su esencia y dejarían de producir efectos jurídicos con la anulación de los elementos recurridos del acto, o la mencionada nulidad diferida del acto comunitario.

La propia jurisprudencia posterior al Asunto C-244/03 pone de manifiesto la necesidad de una rectificación expresa o de una reconducción tácita de este criterio de la inadmisibilidad del recurso que a lo único que conduciría, en la práctica, es a instaurar una suerte de requisito formal que llevaría a impugnar, ya sea de modo principal ya sea

30 Así lo expresa la Abogada General Kokott en las conclusiones en el Asunto C-540/03: «En el presente asunto tampoco cabe anular las demás disposiciones de la Directiva, que no sean separables, es decir, toda la Directiva. Esto rebasaría las pretensiones del Parlamento y sería incompatible con los intereses perseguidos mediante la interposición del recurso... Por consiguiente, el recurso es inadmisibile» (apartados 48 y 49).

de modo subsidiario, el conjunto del acto comunitario, al menos cuando el recurrente tenga indicios de que sus elementos no son separables³¹.

Así, como la inadmisión parecería una consecuencia excesiva para un recurso con impugnación parcial de elementos de un acto comunitario no separables, el Tribunal de Justicia, en la sentencia del Asunto C-36/04, sin entrar en el fondo del asunto y valorando únicamente la *no separabilidad* de las partes del acto impugnadas, concluye que lo que se deduce del carácter inseparable de las disposiciones impugnadas es que «procede declarar la inadmisibilidad de la pretensión de anulación parcial de dicho Reglamento... y que, por consiguiente, el recurso debe ser desestimado» (apartado 21 de la Sentencia de 30 de marzo de 2006), decidiéndose en el fallo la desestimación del recurso, a diferencia de lo resuelto en el Asunto C-244/03 (declaración de inadmisibilidad).

No obstante, que el fallo de la sentencia se pronuncie por la desestimación en vez de por la inadmisibilidad añade muy poco si en los fundamentos de la resolución no se han enjuiciado las posibles causas de ilegalidad de las disposiciones recurridas. Por eso, en el Asunto C-540/03, donde está presente también la aplicación del criterio de la impugnación parcial-*no separabilidad* como causa de inadmisión (así lo propone la Abogada General en sus conclusiones), el Tribunal de Justicia opta en primer término por examinar el fondo del litigio, y considera que sólo en el caso de que el recurso hubiera estado fundado y la parte del acto impugnado fuera nula, hubiera procedido examinar a continuación si las disposiciones impugnadas podían separarse del resto del acto (apartados 29 y 108 de la Sentencia de 27 de junio de 2006).

Esta parece la forma correcta de proceder ante los supuestos de impugnaciones parciales de elementos que pueden no ser separables del acto comunitario en el que se integran, como se deriva también de otras circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta en la jurisprudencia comunitaria. En primer lugar, tal y como ha sido justificada esta causa de inadmisibilidad por el Tribunal, sería de aplicación al recurso de anulación pero no a la cuestión prejudicial, puesto que al órgano judicial remitente no se le podría exigir que cuestionase un acto comunitario en su totalidad cuando pretende preguntar al Tribunal de Justicia sólo por la validez de una parte del mismo porque es la única sobre la que estima necesaria una decisión de aquél para poder emitir su fallo³². Y, como ya se ha dicho, una declaración de invalidez en la cuestión prejudicial produce los mismos efectos que una declaración de nulidad en el recurso de anulación³³.

31 Este criterio de la inadmisibilidad de las impugnaciones parciales de elementos no separables de un acto comunitario irrumpió con tanta relevancia en el Tribunal que, en ocasiones, el abogado general se ha planteado si concurre esta causa de inadmisibilidad sin que hubiera sido alegada por las partes (conclusiones del Abogado General Léger en el Asunto C-380/03, apartados 44 a 53).

32 Hasta donde se nos alcanza, la *no separabilidad* de los elementos de un acto comunitario cuestionados prejudicialmente no ha sido considerada por el Tribunal de Justicia como causa de inadmisibilidad de la cuestión, y no parece que esta circunstancia pueda subsumirse en alguno de los distintos límites que ha ido definiendo el Tribunal para el reenvío prejudicial. Sobre estos límites, Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso, *La justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2011, p. 156 y ss.

33 Por eso, en la Sentencia de 27 de septiembre de 2012, que resuelve los Asuntos acumulados C-113/10, C-147/10 y C-234/10, se declaran inválidas las disposiciones de un reglamento comunitario, salvo aquéllas ya declaradas nulas previamente por una resolución del Tribunal General (en la Sentencia de 29 de septiembre de 2011, Asunto T-4/06). El Tribunal de Justicia vuelve a referirse en la Sentencia de 3 de octubre de 2013, Asunto C-583/11, a que «la remisión judicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de

En segundo lugar, parece poco lógico, desde la perspectiva de la ordenación de los procesos ante el Tribunal de Justicia y de la economía procesal³⁴, que una impugnación parcial por la vía del recurso de anulación conlleve la inadmisión si se recurren elementos inseparables de un acto comunitario, y la impugnación de los mismos preceptos sí que dé lugar a una resolución sobre el fondo del asunto cuando se realiza por la vía de la cuestión prejudicial o de la excepción de ilegalidad. Como ha ocurrido, de hecho, con los elementos no separables de un reglamento sobre cuya ilegalidad no se pronuncia el Tribunal en el asunto C-36/04, al declarar, como se ha dicho, la inadmisibilidad-desestimación del recurso, los cuales sí que han sido objeto de enjuiciamiento por la vía de la excepción de ilegalidad en el Asunto C-442/04 (Sentencia de 15 de mayo de 2008).

III.3. La intención del legislador comunitario como criterio ¿subjetivo? a tener en cuenta para determinar la separabilidad o no de los elementos del acto

Entramos a continuación en una cuestión que ha sido zanjada con rotundidad por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, pero que seguramente debiera ser objeto de alguna matización, sobre todo cuando la jurisdicción comunitaria se enfrenta a la validez de actos legislativos. Como se ha señalado, el Tribunal considera que «la cuestión de si una anulación parcial modificaría la sustancia del acto impugnado constituye un criterio objetivo y no un criterio subjetivo, ligado a la voluntad política de la autoridad que ha adoptado el acto controvertido» (Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-239/01, apartado 37). Por lo tanto, la *intención* de la institución que dicta el acto comunitario carecería de trascendencia para determinar si los elementos de éste son separables o no, con independencia de que la autoridad que adoptó el acto abogue por la indisolubilidad del mismo o por su carácter escindible, y al margen también de que su criterio subjetivo se exprese durante el proceso ante el Tribunal de Justicia o se manifieste en el propio texto del acto, por ejemplo en los considerandos de la exposición de motivos.

No obstante, puede resultar un tanto contradictorio que la *voluntas legislatoris* pueda utilizarse como criterio de interpretación del contenido de un acto normativo y no pueda servir, también, para interpretar cómo se enlazan las disposiciones del acto desde la perspectiva de su *separabilidad*. Ciertamente, en el enjuiciamiento de los elementos de un acto y en su interpretación deben atenderse otros criterios hermenéuticos más allá de la intención del legislador, pero es indudable que esta última puede tener alguna trascendencia³⁵.

En este sentido, es bien distinto que la *voluntad política* de la autoridad que adoptó el acto se revele únicamente en las alegaciones de las partes durante el procedimiento

la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de la legalidad de los actos comunitarios» (apartado 95).

34 El Tribunal General ha considerado que el principio de buena administración de la justicia y las exigencias de economía procesal justifican la transformación del objeto de un recurso de anulación cuando los elementos impugnados de un acto son modificados después de planteado el recurso, de forma que debe entenderse dirigido el recurso frente a la nueva regulación si el recurrente mantiene su demanda, dándole la posibilidad de adaptar sus conclusiones iniciales (Asunto T-4/06 citado en la nota anterior).

35 Sobre la intención del legislador como criterio de interpretación del Derecho originario, Conway, Gerard, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 247 y ss.

ante el Tribunal de Justicia, que cuando esa intención del legislador encuentra plasmación *objetiva* de algún modo, bien en el propio texto del acto comunitario, bien en los documentos generados durante su elaboración. De este modo, sin necesidad de llegar al sistema ampliamente extendido en los Estados Unidos a través del cual el legislador federal o los estatales incluyen de forma expresa *severability clauses* en las leyes para excluir o aceptar la *separabilidad* de las distintas partes de las mismas³⁶, en el ámbito comunitario el resultado final del texto normativo aprobado puede reflejar y trascender la intención subyacente de la institución o instituciones que lo adoptan³⁷.

Así, los compromisos a los que se llega entre el Parlamento y el Consejo en el comité de conciliación, durante el procedimiento legislativo de codecisión, pueden ser la causa de que determinados elementos de un acto comunitario deban considerarse indisolubles y, por ello, no anulables separadamente. Por ejemplo, así lo alega el Parlamento en el Asunto C-244/03, cuando considera que la parte de la directiva impugnada «es el resultado de un compromiso global al que se llegó en el comité de conciliación, a resultas de debates particularmente difíciles y delicados mantenidos entre el Consejo, la Comisión y él mismo»; de forma que, teniendo en cuenta el contexto jurídico en el que se enmarcaba la disposición impugnada, a juicio del Parlamento otras partes de la directiva nunca se habrían aprobado «si no se hubiese adoptado simultáneamente la disposición controvertida, de modo que estas dos disposiciones forman un todo indisoluble» (apartados 9 y 10 de la Sentencia de 24 de mayo de 2003).

Y lo mismo puede ocurrir con contenidos aportados al acto legislativo durante su procedimiento de elaboración, por ejemplo a través de enmiendas parciales del Parlamento, sobre las que recaen distintas tomas de postura (manifestaciones de *intención*) del propio Parlamento, de la Comisión o del Consejo, en las que puede trascender que el contenido de la enmienda se incorpora al acto comunitario partiendo de su *heterogeneidad* material con el conjunto del mismo (lo cual prelude su *separabilidad*), o bien, al contrario, asumiendo su imbricación sustancial con éste (lo cual sería síntoma de la indisolubilidad del acto en su conjunto). Por ejemplo, la Abogada General Kokott considera, en las conclusiones del Asunto C-236/09, que actúa a favor de la posibilidad de anular parcialmente una directiva el hecho de que el precepto impugnado «no estuviera siquiera previsto inicialmente [en el proyecto de directiva] y que fuera incluido en la Directiva 2004/113 con posterioridad, en el transcurso del proceso legislativo» (apartado 71).

III.4. Las peculiaridades de la nulidad parcial de los actos legislativos

Por último, parece necesario también que el Tribunal de Justicia introduzca matizaciones en su jurisprudencia sobre la *separabilidad*-nulidad parcial de los actos comunitarios cuando se enfrenta al enjuiciamiento de actos normativos de alcance general, especialmente los legislativos, en la línea avanzada por el Abogado General

36 Gans, David H., «Severability as Judicial Lawmaking», en *The George Washington Law Review*, 76, 2008, p. 639 y ss.

37 Por ejemplo, en el Asunto C-244/03 para el Tribunal es demostración de que dos preceptos de una directiva no son separables, los motivos alegados para su adopción y explicitados en los considerandos de la misma (apartado 16 de la Sentencia de 24 de mayo de 2005).

Fennelly en las conclusiones de los Asuntos C-376/98 y C-74/99. A este respecto, las relaciones que se establecen entre las disposiciones de los actos legislativos tienen peculiaridades que las distinguen de las que se entablan entre las partes de un acto en sentido estricto.

De partida, las disposiciones que integran un ordenamiento jurídico constituyen entre ellas subsistemas normativos que habitualmente se concretan en un texto legal pero que, en ocasiones, integran a preceptos que forman parte de diferentes textos normativos. Esta realidad se evidencia cuando un determinado acto legislativo contiene disposiciones que modifican uno o varios actos legislativos preexistentes, con lo que, en supuestos como éste, la nulidad parcial de determinados elementos de un acto comunitario podría alterar no sólo la esencia del acto del que forma parte, también podría hacerlo con la del acto preexistente que viene a modificar, de modo que las relaciones de *indisociabilidad* se hacen más complejas³⁸.

Por eso, por ejemplo, determinados preceptos de un acto legislativo (*a*) que modifican otros preceptos de un acto legislativo anterior (*b*), sólo pueden valorarse en el recurso de anulación en cuanto a su *separabilidad*-nulidad parcial en relación con el acto legislativo del que forman parte (*a*), pero a la hora de su aplicación esos preceptos integrarían un subsistema normativo con los del acto legislativo (*b*), de manera que en la cuestión prejudicial la *separabilidad*-invalidez parcial debe valorarse respecto de los otros elementos de este acto legislativo (*b*)³⁹.

En otro orden de cosas, las relaciones que se establecen entre disposiciones normativas son habitualmente más complejas que las que vinculan a los elementos de un acto en sentido estricto. Por esta razón, el criterio de *la modificación de la esencia del acto* para determinar la *separabilidad* de las cláusulas legislativas debería ser objeto de más concreción y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Desde esta perspectiva, no es extraño que las disposiciones de un acto legislativo tengan una vinculación indisoluble no con el acto en su totalidad, sino con algunas partes del mismo. Esta posibilidad ha sido admitida por el propio Tribunal de Justicia como causa impeditiva de la *separabilidad*-anulación parcial de concretos elementos de un acto legislativo (en la sentencia de 24 de mayo de 2005, Asunto C-244/03 ya citado, apartados 15 a 19).

Sin embargo, lo que precisa de más matización son las consecuencias que pueden derivarse de esta vinculación esencial entre partes de un acto legislativo. A este respecto, en un sentido totalmente diferente al seguido por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia⁴⁰, parece que en situaciones como ésta la extensión del enjuiciamiento y de la

38 En España, aunque la LOTC (artículo 39.1) sólo permite la extensión de la inconstitucionalidad a preceptos no impugnados de la misma ley (*texto normativo*) recurrida, la complejidad referida ha conducido al Tribunal Constitucional a admitir la extensión de la inconstitucionalidad más allá del texto legal impugnado (en las sentencias 196/1997 y 194/2000, en relación con las leyes y los decretos legislativos refundidores de las mismas).

39 Una situación similar a la descrita se ha planteado en el Asunto T—/06 (ya citado) y en los Asuntos acumulados C-113/10, C-147/10 (también citados), cuando en la primera sentencia el Tribunal General anula un artículo de un reglamento de 2005 modificado por otro de 2009, y en su sentencia el Tribunal de Justicia anula el reglamento de 2009, salvo la parte ya anulada con la anulación del artículo del reglamento de 2005 operada por el Tribunal General.

40 *vid. infra*, en cuanto a la declaración de inadmisibilidad del recurso en este supuesto en el Asunto C-244/03.

posible declaración de nulidad sólo a partes del acto legislativo satisface, al mismo tiempo, la exigencia de que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del recurso planteado y la necesidad de evitar vacíos normativos, necesidad ésta que estaría preservada porque, en su caso, la nulidad sólo se declararía del precepto impugnado y de aquél o aquéllos con él vinculados esencialmente, y no del acto en su conjunto⁴¹.

En otras ocasiones, la vinculación entre disposiciones legislativas que acarrearía la nulidad de una si se declara la de otra no es fácil de subsumir en el criterio de la *modificación de la esencia*. Así ocurre, por ejemplo, cuando dos disposiciones de un mismo acto están sustancialmente relacionadas entre sí porque cumplen las mismas finalidades y están incurtidas en la misma tacha de ilegalidad. En esta situación, aunque sólo se haya impugnado uno de esos preceptos *paralelos*, no parece que el principio de congruencia (del dispositivo de la sentencia con el *petitum* del recurso) sea suficiente para impedir que el Tribunal de Justicia pueda depurar íntegramente el acto impugnado de aquellos elementos viciados, al menos si las partes en el proceso pueden alegar sobre la cuestión en las distintas fases del mismo, incluida la oral.

En definitiva, se trata de aceptar que entre los distintos elementos de las disposiciones legislativas existen conexiones de diversa índole que justifican su enjuiciamiento conjunto, aunque sólo alguno de ellos sea el impugnado; con la ventaja que esto conlleva para evitar que pervivan en el ordenamiento comunitario *normas imperfectas* tras la anulación de la que les da sustento, o normas de las que se detecta su ilegalidad pero que no han sido impugnadas directamente⁴². No obstante, parece adecuado considerar que constituye un requisito imprescindible para el establecimiento de vínculos entre preceptos legales que conlleve la comunicación del enjuiciamiento y, en su caso, de la declaración de ilegalidad, que los preceptos se encuentren incorporados en un mismo acto comunitario⁴³, como se suele establecer en los ordenamientos nacionales que prevén la declaración de inconstitucionalidad más allá del objeto del litigio⁴⁴.

Esta conclusión de que la anulación no puede extenderse a los preceptos de otro texto legal que se encuentren vinculados con los preceptos impugnados, puede encontrar cierto paralelismo con el criterio formulado por el Tribunal de Justicia de que un

41 En el Asunto C-244/03, precisamente, el vacío normativo se ocasionaba si el Tribunal anulaba el concreto precepto impugnado, pero se evitaba con la sencilla operación de extender la nulidad al concreto precepto vinculado indisociablemente con el recurrido.

42 Que es lo que ocurre, por ejemplo, en el Asunto C-29/99 ya citado, donde el Tribunal asume que un determinado precepto sería nulo (por incompleto), por estar incurrido en la misma tacha de ilegalidad del precepto con el que se vincula y que es el impugnado, sin que su declaración de nulidad se extienda al primero (apartado 50 de la Sentencia de 10 de diciembre de 2002).

43 Con la diferente concreción que puede tener este requisito en el recurso de anulación o en la cuestión prejudicial, como ya se ha dicho.

44 Véase lo referido *infra* a pie de página sobre el ordenamiento español y el alemán, a diferencia de lo que se prevé en el italiano. No obstante, y como también se ha referido anteriormente, no es extraño que en ocasiones los tribunales se vean compelidos a extender la declaración de nulidad a preceptos de otros textos legales distintos del impugnado, como ha hecho el Tribunal Constitucional español con las leyes (cfr. *infra*), pero también los tribunales ordinarios con respecto a los reglamentos (el artículo 33.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé la extensión del enjuiciamiento a preceptos de la misma disposición recurrida, pero el Tribunal Supremo ha admitido el posible enjuiciamiento y la declaración de nulidad de disposiciones reglamentarias distintas a la recurrida —Sentencia de 2 de diciembre de 2010, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo—).

precepto de un acto comunitario, con contenido idéntico al de otro precepto de otro acto ya declarado ilegal, no puede ser enjuiciado e inaplicado por su propia autoridad por los órganos judiciales nacionales, que vienen obligados así a plantear la cuestión prejudicial porque «no cabe excluir la posibilidad de que, incluso en casos a primera vista similares, un examen en profundidad revele que la disposición cuya validez se discute no es asimilable a una disposición declarada inválida, en particular a causa de las diferencias en el contexto jurídico o, en su caso, fáctico»⁴⁵.

Queda por hacer una última reflexión acerca de la nulidad parcial en razón de la naturaleza peculiar de los actos legislativos de la Unión Europea, por las instituciones que participan en su adopción y por los legitimados para su impugnación. El Tratado de Lisboa ha incorporado importantes novedades en el sistema de fuentes comunitario y en los procedimientos para su aprobación⁴⁶, y en el sistema de recursos ante el Tribunal de Justicia, que contribuyen a diferenciar el enjuiciamiento sobre los actos legislativos respecto del que se despliega sobre el resto de actos comunitarios. En concreto, los actos legislativos, que se distinguen como tales básicamente por su procedimiento de adopción pero no por su forma, disponen, por su procedencia, de una especial legitimación democrática⁴⁷, que predetermina una especial deferencia del Tribunal de Justicia cuando ha de enjuiciarlos, lo cual puede ser matizado cuando entran en juego contenidos del Derecho originario esenciales, como los derechos fundamentales de la Carta⁴⁸.

No obstante, al mismo tiempo, sobre los actos legislativos recae un régimen privilegiado de recursos que se concreta en una doble dirección. Por una parte, en la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para su enjuiciamiento cuando el recurso de anulación lo plantea alguno de los legitimados privilegiados (un Estado miembro, el Parlamento, el Consejo o la Comisión), según lo previsto en el artículo 51 del Estatuto del Tribunal, o cuando se trata de una cuestión prejudicial (artículos 256.3 y 267 TFUE, y 23 del Estatuto)⁴⁹. Por otra parte, porque los actos legislativos han quedado al abrigo de las personas físicas o jurídicas, que sólo podrán impugnarlos a través del recurso de anulación cuando sean sus destinatarios o les afecten directa e individualmente, pero no cuando les afecten directamente y no incluyan medidas de ejecución⁵⁰.

45 Sentencia de 6 de diciembre de 2005, Asunto C-461/03, apartado 20; en contra del criterio sólidamente fundado del Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones, favorable a la competencia de los tribunales nacionales.

46 Cfr. las referencias recogidas *infra* en la nota 13 y también Alonso García, R., *op. cit.*, p. 78 y ss.

47 A esa especial legitimación democrática de los actos legislativos se refiere la Abogada General Kokott en sus conclusiones al Asunto C-583/11, ya citado, apartado 38.

48 Como se pone de manifiesto, por ejemplo, en las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el Asunto C-293/12 (citadas *infra*, nota 15), donde se afirma que la Directiva 2002/58/CE es, en su conjunto, incompatible con la Carta; aunque, a pesar de ello, se propone la suspensión de la declaración de invalidez de esa legislación para evitar vacíos normativos.

49 Sarmiento, Daniel, *op. cit.*, p. 218, apunta que la posibilidad de que el Tribunal de Justicia comparta el control de los actos comunitarios con los tribunales nacionales, en vez del monopolio total que ha determinado para sí el propio Tribunal a través de la cuestión prejudicial, debería dejar al margen aquellos actos que dispusieran de una especial legitimidad democrática, generalidad y abstracción.

50 Supuesto este último que habilita a las personas físicas o jurídicas a para recurrir sólo los actos reglamentarios pero no los legislativos, como ha concluido el Tribunal General en su auto de 6 de septiembre de 2011 (Asunto T-18/10), confirmado en casación por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 3 de octubre de 2013 (Asunto C-583/11). A la legitimación de las instituciones y de las personas físicas o jurídicas, en las

Pues bien, este régimen particular de impugnación de los actos legislativos pone de manifiesto que, por regla general, sólo podrán ser recurridos por los legitimados privilegiados y que éstos, a su vez, son los sujetos partícipes en el procedimiento legislativo comunitario (los Estados miembros, a través del Consejo). Esta circunstancia puede conllevar que, al igual que ocurre en los sistemas constitucionales estatales con legitimados privilegiados para impugnar las leyes (órganos constitucionales, minorías parlamentarias, entes territoriales), en el ámbito comunitario también deba interpretarse de forma amplia la legitimación para impugnar actos legislativos; hasta el punto de que se acepte, como expresión de la *política de recursos* que puede subyacer a las impugnaciones de cada institución legitimada *objetivamente*, que pueden recurrirse partes de actos legislativos sin impugnarse, a su vez, otras partes vinculadas a las recurridas por distintos motivos (*por formar un subsistema normativo, por contener similar regulación, por poder estas incursas en similares motivos de invalidez...*).

Pero, al mismo tiempo, precisamente porque tal *política de recursos* puede tener efectos perniciosos sobre la depuración del ordenamiento jurídico, como que subsistan preceptos legales que no pueden producir efectos jurídicos autónomamente, o como que pervivan en el ordenamiento partes de un acto legislativo con el mismo contenido o vicio de ilegalidad de los de otras partes declaradas inválidas y nulas, es adecuado que el Tribunal de Justicia disponga de una cierta capacidad discrecional para extender sus declaraciones de nulidad más allá de la concreta petición contenida en las impugnaciones que recaen sobre los actos legislativos⁵¹. En último extremo, el uso moderado de tal capacidad siempre va a quedar supeditado a la *autocontención* de un Tribunal que se sitúa como *superiorem non recognoscentes* (aunque una codificación precisa de esa capacidad haga más factible esta circunstancia), porque, por más que se quiera, en cualquier comunidad política democrática y de Derecho no es posible articular una respuesta suficiente y definitiva a la cuestión de *Quis custodiet ipsos custodes?*, más allá de la de esperar su propia moderación⁵².

condiciones descritas, hay que añadir la del Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar sus prerrogativas.

51 Los tribunales constitucionales suelen disponer de una cierta capacidad discrecional para actuar de oficio, más allá de las peticiones de las partes, en los procedimientos ante su jurisdicción (por ejemplo, en España, la cuestión interna de inconstitucionalidad —artículo 55.2 LOTC—, la transformación procesal del conflicto de competencias en recurso de inconstitucionalidad —artículo 67 LOTC—) la aplicación del principio *iura novit curia* —artículo 39.2 LOTC—, o la extensión de la inconstitucionalidad a disposiciones legales no impugnadas —artículo 39.1 LOTC—. En el ámbito comunitario también se han avanzado propuestas para que el Tribunal de Justicia, en su condición de *tribunal constitucional*, disponga de competencias discrecionales, como por ejemplo a través de la creación de un *certiorari* europeo al que se refiere Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso, *op. cit.*, p. 138 y ss.

52 «Sería ridículo que el guardián necesitara un guardián», responde Platón (por boca de Glaucón) a la afirmación de Sócrates de que «de nadie es menos propio, creo yo, que de un guardián el embriagarse y no saber ni en qué lugar de la tierra se halla» (Platón, *La República*, Libro III, XII, citamos por la edición bilingüe de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, CEC, Madrid, 1981, Vol. II, p. 35).

TITLE: *The partial or total invalidity of the European Union acts*

ABSTRACT: *The Court of Justice of the European Union acts as a constitutional jurisdiction reviewing European legislative acts. However, the competence of the Court to declare the partial or total invalidity of such acts has not been defined in the Treaties, unlike it happens in the legal systems of the Member States relating to their constitutional courts, and that competence has been unsatisfactorily defined in the Court of Justice jurisprudence on that subject. Therefore, in this article it is proposed a reformulation of that jurisprudence, defining specific criteria for partial annulment of legislative acts, taking into account the intention of the legislature to establish the severability or non-severability of the acts, and excluding the understanding of the inseverability of a legislative act provision as a dismissing action's cause.*

RESUMEN: *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea actúa como una jurisdicción constitucional cuando controla la nulidad y la invalidez de los actos legislativos comunitarios. No obstante, la competencia del Tribunal de Justicia para declarar la nulidad parcial o total de esos actos no ha sido delimitada en los Tratados, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos de los Estados miembros en relación con sus tribunales constitucionales, y ha sido definida de forma poco satisfactoria en la propia jurisprudencia del Tribunal sobre la materia. Por este motivo, se propone una reformulación de esa jurisprudencia que incida en la definición de criterios específicos para la nulidad parcial de los actos legislativos, que tenga en cuenta la intención del legislador de establecer la separabilidad o no de las partes de dichos actos, y que excluya el entendimiento de la no separabilidad de las cláusulas impugnadas de un acto legislativo como una causa de inadmisibilidad del recurso.*

KEY WORDS: *Court of Justice of the European Union, constitutional jurisdiction, legislative acts, partial annulment, legislature intention, action inadmissible.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, jurisdicción constitucional, actos legislativos, nulidad parcial, intención del legislador, inadmisibilidad del recurso.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2013

FECHA DE ACEPTACIÓN: 05.03.2014