

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Nº 20 - 1^{er} semestre 2011

- *Editorial: La crisis institucional de la Unión Europea: La responsabilidad de Merkel y Sarkozy.* Enrique Linde Paniagua.
- *La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales.* Javier Guillén Caramés.
- *La PAC tras el Tratado de Lisboa: procesos legislativos ordinarios y actos de ejecución.* Javier Guillem Carrau.
- *Investigación y desarrollo tecnológico y espacio.* Antonio Calonge Velázquez.
- *La gestión de los Fondos europeos.* David Ordoñez Solís.
- *La Agencia de Cooperación de Reguladores de Energía: ¿autoridad europea de regulación o institucionalización de la cooperación de los reguladores nacionales?* Elisenda Malaret i García.

UNED



REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 20 - 1^{er} semestre 2011



RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad
6. La gobernanza europea
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea
8. La Constitución de la Unión Europea
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior
13. Las regiones en la Unión Europea
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein)
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas
16. La Unión Europea en la encrucijada de la globalización
17. Cuatro perspectivas sobre la inmigración
18. Sobre el Tratado de Lisboa: Algunas perspectivas críticas
19. Sin título
20. Sin título

Copyright © 2012

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.
Gran Vía, 48 - 1º B
28220 Majadahonda - Madrid
colex@colex.es
www.colex.es

I.S.S.N.: 1695-1085
Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufiercomp S.L., San Fernando de Henares (Madrid)
Imprime: Edipack Gráfico. Tel.: 91 648 73 24

Consejo de Redacción

Director: Enrique LINDE PANIAGUA (Dpto. Derecho Administrativo)

Director Ejecutivo: Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR (Dpto. Derecho Administrativo)

Secretaria: Pilar MELLADO PRADO (Dpto. Derecho Político)

Vicesecretaria Primera: Pilar CELMA ALONSO (Dpto. Derecho Administrativo)

Vicesecretaria Segunda: Susana VIÑUALES FERREIRO (Dpto. Derecho Administrativo)

Vocales:

Juan CRUZ ALLI TURRILLAS (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Alicia ARROYO APARICIO (Dpto. Derecho Mercantil UNED)

Mariano BACIGALUPO SAGGESE (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Diego CÁMARA DEL PORTILLO (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO (Dpto. Derecho Procesal UNED)

Miguel GÓMEZ JENE (Dpto. Derecho de la Empresa UNED)

Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Juan José MONTERO PASCUAL (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Ramón PAIS RODRÍGUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Ramón PARADA VÁZQUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Silvia DEL SAZ CORDERO (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Consejo Asesor

Manuel Ahijado Quintillán (UNED)

Óscar Alzaga Villaamil (UNED)

Francisco Aldecoa Luzárraga

Univ. Complutense de Madrid

Alfredo Allue Buiza

Universidad de Valladolid

Paz Andrés Sáenz de Santa María

Universidad de Oviedo

Enrique Barón Crespo

Expresidente del Parlamento Europeo

Antonio Calonge Velázquez

Universidad de Valladolid

Alberto A. de la Fuente

Universidad de Valladolid

Mercedes Fuertes López

Universidad de León

José María Gil Robles y Gil Delgado

Expresidente del Parlamento Europeo

Vicente Gimeno Sendra (UNED)

Mónica Guzmán Zapater (UNED)

Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

Expresidente del Tribunal Constitucional

Araceli Mangas Martín

Universidad Complutense de Madrid

Ramón Martín Mateo

Universidad de Alicante

Manuel Medina Ortega

Exdiputado europeo

Luciano Parejo Alfonso

Universidad Carlos III de Madrid

Beatriz Pérez de las Heras

Universidad de Deusto

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Universidad de Málaga

Álvaro Rodríguez Bereijo

Expresidente del Tribunal Constitucional

Gil Carlos Rodríguez Iglesias

Expresidente del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea

Pedro Solbes Mira

Excomisario Europeo

Francisco Sosa Wagner

Universidad de León

Leopoldo Tolivar Alas

Universidad de Oviedo

Carlos Westendorp y Cabeza

Exministro de Asuntos Exteriores

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 20 euros

Suscripción anual, 2 números: 33 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, S.A. (COLEX)

Gran Vía, 48 - 1º B

28220 Majadahonda. Madrid

Tel.: 91 639 37 72

Fax: 91 639 37 70

E-mail: colex@colex.es - <http://www.colex.es>

UNED (Difusión y ventas)

C/ Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE), en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE).
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la REDUE serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la REDUE encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la REDUE.

La correspondencia con la Revista de Derecho de la Unión Europea debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.
28040 Madrid
Tel.: 91 398 61 40
Fax: 91 398 61 24

Págs.

• Editorial: <i>La crisis institucional de la Unión Europea: La responsabilidad de Merkel y Sarkozy</i> . Enrique Linde Paniagua	11
• <i>La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales</i> . Javier Guillén Caramés	15
• <i>La PAC tras el Tratado de Lisboa: procesos legislativos ordinarios y actos de ejecución</i> . Javier Guillem Carrau	43
• <i>Investigación y desarrollo tecnológico y espacio</i> . Antonio Calonge Velázquez	91
• <i>La gestión de los fondos europeos</i> . David Ordóñez Solís	117
• <i>La Agencia de Cooperación de Reguladores de Energía: ¿autoridad europea de regulación o institucionalización de la cooperación de los reguladores nacionales?</i> Elisenda Malaret i García	151

EDITORIAL

LA CRISIS INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA: LA RESPONSABILIDAD DE MERKEL Y SARKOZY

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

En la Unión Europea, desde la fundación de la CECA en 1951, existe una tensión entre fuerzas centrípetas y centrífugas. Dicha tensión se ha expresado con formas diferentes a lo largo de los años. Una de sus manifestaciones es la tensión entre las instituciones de la Unión, en particular entre las instituciones de carácter supranacional (Comisión y Parlamento) y las instituciones de naturaleza intergubernamental (Consejo Europeo y Consejo). La tensión entre Comisión y Parlamento, de una parte, y Consejo y Consejo Europeo, de otra, es connatural a la Unión, ya que, dicho *grosso modo*, los primeros representan con mayor intensidad los intereses de la Unión y de los ciudadanos europeos, mientras que los segundos representan de un modo relevante los intereses de los Estados miembros en cuanto organizaciones políticas; y unos y otros no siempre son coincidentes. Mientras la Unión siga teniendo una naturaleza singular en que se combinan los caracteres supranacionales e intergubernamentales las tensiones entre las instituciones que representan caracteres contrapuestos están aseguradas; forman parte de su sustancia.

Y precisamente su naturaleza singular alejada del modelo federal, en lo fundamental, le ha restado en el pasado, y sigue restándole en el presente, eficiencia y credibilidad internacional. Los líderes europeos han sido conscientes desde la misma fundación de la Unión de dicha debilidad, y asimismo han sido conscientes de las consecuencias que tendría una configuración federal de la Unión para el estatus de sus Estados y, en particular, para el estatus de las clases políticas nacionales. De alguna forma se puede aplicar a los líderes europeos ese dicho español de que «no se puede estar en misa y repicando». Y lo cierto es que hasta la fecha no se han conciliado del modo más eficiente los deseos contradictorios de fortalecer la Unión sin debilitar a los Estados miembros. El Tratado de Lisboa, es un ejemplo más de cómo se pone remedio, ficticiamente, a algunas de las debilidades de la Unión mediante reformas lastradas desde un principio a través de manipulaciones de lo más variado.

Así, por ejemplo, se creó el Presidente del Consejo Europeo con objeto de que la Unión se visualizara hacia el exterior y hacia el interior. Pero, para dicho cargo se eligió a VAN ROMPUY primer ministro belga, al que sus colegas jefes de Estado y de Gobierno conocían bien. Con pacto o sin pacto VAN ROMPUY no ha perturbado el estado de cosas existente antes de su nombramiento en diciembre de 2009, en que se estaba acentuando una deriva nacionalista que no ha cesado, y que no tiene trazos de cesar. Desde el primer momento el presidente del Consejo Europeo nació lastrado al mantenerse las presidencias semestrales rotatorias de los Estados miembros previstas en el artículo 16.9 del TUE. Es decir, el Tratado de Lisboa en vez de fortalecer al Presidente del Consejo Europeo atribuyéndole, también, la presidencia del Consejo de la Unión, sigue manteniendo ambas instituciones que después de Lisboa entran en competencia. Y, aunque del Tratado de Lisboa no se puede deducir que existan dos presidentes, el del Consejo Europeo y el del Consejo de la Unión, la presidencia española del primer semestre de 2010, primera después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lejos de contribuir a fortalecer al Presidente del Consejo Europeo aportó un alto grado de confusión esgrimiendo la existencia de un presidente del Consejo de la Unión, lo que resultaba inverosímil, sin respaldo en los Tratados y debilitando profundamente al Presidente del Consejo Europeo y la imagen de la Unión en el exterior y en el interior. En dichas circunstancias ni han sido relevantes las presidencias rotatorias del Consejo ni está siendo relevante la Presidencia del Consejo Europeo.

El presidente de Francia y la Canciller de Alemania han aprovechado el desorden existente para consolidar un liderazgo efectivo al margen de los Tratados. La Unión seguía sin visualizarse, y MERKEL cayó rápidamente en la tentación de alemanizar a Europa, en contra de los más conspicuos europeístas alemanes (Helmut SCHMIDT, Helmut KOHL y otros) que siempre postularon que en el futuro de Europa no procedía alemanizar a Europa sino europeizar a Alemania. Y Francia, con el gran oportunismo que siempre le ha caracterizado, se unió a Alemania creando un tándem al margen de los Tratados. Los medios de comunicación se refieren desde hace varios años, sin ambages, a los dictados de MERKEL y SARKOZY, *Merkozy*, que ahora imponen a modo de ley del embudo normas que fueron los primeros en incumplir (me refiero al Pacto de estabilidad y crecimiento). Es más, incluso obligan a los Estados a modificar sus constituciones. Ése es el caso, lamentable, de la modificación de la Constitución española que ha introducido una concepción ideológica extrema en un texto caracterizado por todo lo contrario.

Mediante la creación del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, nueva versión de Mister PESC, se pretendía crear una auténtica política exterior de la Unión y una cierta coordinación de la política exterior de los Estados miembros. Pero resultaba evidente que, desde el primer momento, el propósito de los Jefes de Estado y de Gobierno no era cumplir lo previsto en los Tratados pues el nombramiento de la inglesa ALSTON se podía aplicar mediante la metáfora de la zorra guardando el gallinero. Dicho nombramiento garantizaba que

los estados pudieran seguir haciendo lo que han venido haciendo en las últimas décadas, esto es, la política que les ha venido en gana de acuerdo con sus limitados y contradictorios intereses. En definitiva, no existe una política exterior de la Unión; en todos y cada uno de los conflictos relevantes sucedidos en los últimos dos años la posición de la Unión y de los Estados miembros ha sido cuando menos contradictoria. Los grandes líderes del mundo siguen sin tener un único interlocutor de la Unión y en el barullo MERKEL y SARKOZY se han erigido en los representantes de la Unión en el exterior relegando a un segundo plano al Presidente del Consejo Europeo y al Presidente de la Comisión.

En el orden interno los datos no son halagüeños. La incapacidad para afrontar la crisis económico-financiera por la que atraviesa la Unión desde 2008 con los instrumentos de que se ha dotado la Unión en el Tratado de Lisboa, ponen de manifiesto que solo un salto adelante hacia el federalismo fiscal y presupuestario pueden dotar a la Unión de los instrumentos precisos para afrontar la crisis presente y las futuras que tengan lugar. Pero en vez de dar ese paso, a imagen y semejanza de lo que se hizo con la política monetaria, se ha debilitado a las instituciones de la Unión, en particular al Banco Central Europeo y a la Comisión Europea. Así, se podría haber aplicado lo previsto en el artículo 127.6 del TFUE en el sentido de atribuir al Banco Central Europeo la supervisión financiera en la Unión. Pero, como era de esperar, esa competencia no se ha atribuido ni al Banco Central Europeo ni a la Comisión, optándose por crear un ramillete de autoridades de supervisión con el fin, entre otros, de no fortalecer ni a la Comisión ni al Banco Central Europeo, creando una mayor confusión institucional. Podría seguir poniendo ejemplos que acreditan que bajo las apariencias que podrían deducirse del Tratado de Lisboa, ya sea por la reinterpretación de los mismos, o por su incumplimiento simple y llano, la tendencia centrífuga se ha acentuado.

Alemania y Francia, con la inestimable colaboración activa o pasiva del resto de los estados miembros han conseguido debilitar al Presidente del Consejo, al Alto Representante, al Presidente de la Comisión y al Presidente del Banco Central Europeo. La estrategia de Alemania y Francia ha sido muy clara: extendiendo la debilidad de las instituciones se potenciaba su propio liderazgo y a la postre se debilitaba la Unión. Los únicos Estados que podían hacer frente al anacrónico tándem alemán-francés eran Italia, España y el Reino Unido. Pero Italia arrastra una crisis profunda que se inicia con la liquidación de los partidos socialista y cristiano demócrata y no está en condiciones de asumir ningún liderazgo, menos aún desde que MERKEL y SARKOZY impusieran un gobierno tecnocrático. España no ha sido capaz de alcanzar ningún protagonismo, está desaparecida de Europa. Y el Reino Unido sigue ocupado en poner palos en la rueda de la construcción europea. Y, obviamente, los demás Estados de la Unión carecen de la masa crítica suficiente para servir de contrapeso al tantas veces citado tándem. El resultado final es la visualización de las reformas de la Unión no como un proceso de clarificación sino, al contrario, como un gallinero

tiene ahora más gallos y el griterío de unos y otros impide que se oiga alguna voz con claridad.

Nada está perdido. La construcción europea tiene poco más de 60 años, período muy breve comparado a nuestra larga historia de desunión. El argumentario de los fundadores de la Unión tenía como eje principal la liquidación de la guerra como sistema para la resolución de conflictos entre los distintos estados europeos. Y ese argumentario se ha realizado plenamente en la actualidad, pero no es suficiente para seguir construyendo Europa. El éxito de la construcción europea será el fruto de que seamos capaces de construir la Unión en función de las nuevas necesidades surgidas de la globalización.

Alemania y Francia han sido a lo largo de la historia de la Unión no sólo sus más conspicuos fundadores sino el motor de los grandes avances que han tenido lugar. Pero, dicha dinámica debiera tener un punto de inflexión en que la Unión fuera lo relevante y los Estados lo secundario. Claro está para que dicha inflexión se produjera hubiera sido preciso acentuar el carácter federal de la Unión, dotándola de unos presupuestos de dimensión federal (más cerca de 20% que del 1% del PIB actuales), fortaleciendo al Presidente del Consejo Europeo, entre otras cosas, liquidando las presidencias semestrales, centralizando la política económica de la Unión, a imagen y semejanza de la política monetaria, pero, sobre todo, europeizando a los Estados miembros, en vez de fomentando el nacionalismo en todos los puntos cardinales de la Unión. Muy probablemente un considerable número de Estados no quieren convertir a la Unión en una federación, pero es evidente que hasta la fecha la idea federal representaba la utopía europea para la mayoría de los estados miembros. Y una vez más hay que decir que crear una federación es, en la actualidad, mucho más que una utopía: es una exigencia de los nuevos tiempos.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA
Director de la REDUE

LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA POR LAS AUTORIDADES NACIONALES

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

Profesor Titular de Derecho Administrativo URJC

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA: 1. La Comisión Europea. 2. Las autoridades nacionales: la Comisión Nacional de Competencia. III. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA: 1. La competencia preferente de la Comunidad Europea en la ejecución del Derecho de la Competencia. 2. El papel de las autoridades nacionales de competencia en la ejecución del Derecho Comunitario de la Competencia. La CNC y los Tribunales nacionales como autoridades competentes en el desarrollo de estas actuaciones. 3. Las normas de articulación de competencias: la Red de Autoridades de Competencia: 3.1. Competencia de la Comisión. 3.2. Competencia de las autoridades nacionales. 3.3. Competencia de las jurisdicciones nacionales. 4. Las relaciones interadministrativas en la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia. Las actuaciones inspectoras, a modo de ejemplo: 4.1. La obligada colaboración de las autoridades nacionales en la ejecución de la legislación comunitaria de competencia. 4.2. La intervención de las autoridades nacionales a iniciativa propia en la inspección comunitaria. 4.3. El deber de información de la Comisión a las autoridades nacionales.

I. INTRODUCCIÓN

Las normas de la competencia –comunitarias y nacionales– se caracterizan, entre otros rasgos, por ser su ejecución competencia tanto de la Administración comunitaria como de los Estados miembros. En distinta medida, la Comisión y las autoridades de los Estados miembros participan en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia¹.

¹ *Vid.*, A. DERINGER, «The distribution of powers in the enforcement of the rules of competition under the Rome Treaty», *CMLR*, vol. 1, 1963, págs. 30 y ss. Sobre la ejecución del Derecho Comu-

En el ámbito de la Unión Europea la legislación de competencia es una de las materias en que se excepciona el principio tradicional del Derecho Comunitario de que su aplicación corresponde a las autoridades de los Estados miembros. Como ha indicado G. ISAAC «*si bien la adopción del Derecho comunitario queda centrada en manos de las autoridades comunitarias, éstas no disponen, por el contrario, de ningún monopolio en el nivel de su aplicación que, por el contrario, muy a menudo se confía a las autoridades de los Estados miembros*»². En general, las autoridades de los Estados miembros asumirán una importante parte en la ejecución del Derecho Comunitario, que la harán efectiva de acuerdo con su específica distribución territorial del poder, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, que parte de la premisa de que

«son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencias planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional».

Sin embargo, en la legislación de defensa de la competencia la Administración comunitaria actúa de forma decisiva en su orientación y aplicación. Por lo que la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia se encuentra especialmente residido en las autoridades comunitarias, sin perjuicio, de cómo podremos comprobar el importante papel que están llamadas a desarrollar las autoridades nacionales. Por estas razones será preciso detallar cuáles son las competencias concretas que tienen cada una de las autoridades citadas de cara a ejecutar la legislación comunitaria de competencia, así como cuáles son los mecanismos y técnicas de coordinación y cooperación que se establecen tendentes a conseguir que la ejecución del Derecho Comunitario de Competencia de un modo ordenado y coherente.

A lo largo del presente trabajo iremos desbrozando este peculiar sistema de ejecución de la legislación comunitaria de defensa de la competencia en el que van a intervenir dos administraciones diferentes a la hora de aplicar dos ordenamientos jurídicos –el comunitario y el nacional–, si bien y como ya señaló el TJCE en su conocida sentencia *Simmenthal*, el Derecho comunitario «*forma parte integrante (...) del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros*» con las indudables consecuencias jurídicas que se deriva de ello³.

nitario, *vid.*, en general, K. LENAERTS, «Some reflections on the separation of powers», *CMLR*, vol. 28, 1991, págs. 15 y ss.; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992, págs. 25 y ss.; A. J. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario*, INAP, Madrid 1998, págs. 78 y ss.

² Cfr., *Manual de Derecho Comunitario general*, Ariel, Barcelona 2000, págs. 292 y ss.

³ STJCE de 9 de marzo de 1978, as. 106/77.

II. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

La regulación del Derecho Comunitario de Competencia se encuentra compartido entre dos ordenamientos jurídicos –comunitario y nacional– fuertemente vinculados si bien debe advertirse que persiguen finalidades no idénticas lo que posibilita la aplicación conjunta de ambos ordenamientos sin incurrir en posibles vulneraciones del denominado principio del *non bis in idem*.

La coexistencia de dos ordenamientos va a conllevar en la práctica que la estructura organizativa encargada de velar por la correcta aplicación de la legislación europea de defensa de la competencia va a ser doble. Por un lado, como veremos a continuación, de la observancia del Derecho Comunitario se hará cargo, con carácter principal la Comisión Europea, sin perjuicio, de la importante intervención de las autoridades nacionales, en los términos en los que se analizará a lo largo de este artículo; mientras que de la observancia de la legislación nacional serán competentes las autoridades de competencia nacionales.

En este apartado vamos a limitarnos a describir con un propósito meramente enunciativo las diferentes autoridades administrativas que tienen competencias sobre la ejecución de la legislación comunitaria de competencia, para más adelante detenernos en la determinación de las competencias de cada una de estas autoridades administrativas, así como la fórmulas de relación que presiden sus actuaciones inspectoras.

1. La Comisión Europea

La Comisión es principal la autoridad administrativa responsable de la aplicación de la política de competencia de la Comunidad Europea. Como ha precisado el TJCE, «la Comisión es responsable de la ejecución y de la orientación de la política comunitaria en materia de competencia»⁴.

Esta función comporta, asimismo, el deber de perseguir una política general tendente a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el TFUE y a orientar en esta dirección la actuación de las empresas en el mercado comunitario.

Esta posición de la Comisión ha llevado al Tribunal General (anterior TPI) a reconocerle potestad para poder establecer prioridades en orden a la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia. De este modo la Comisión podrá formular cuáles son las prioridades en su acción, de modo que determinados sectores o expedientes sean objeto de un profundo examen mientras otros queden en un primer momento fuera de la órbita de su actuación. Este enfoque es el que refleja el Reglamento 1/2003 de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE en el que como ya se persigue una mayor actuación de las autoridades nacionales en la ejecución de estos preceptos dejando a la Comisión la potestad discrecional de decidir qué asuntos son los más relevantes

⁴ STJCE de 28 de febrero de 1991, C-234/89, as. *Delimitis*.

para el Derecho Comunitario y, por tanto, van a ser conocidos por la Institución comunitaria. De forma concreta esta postura se ve reflejada en la STPI *Automerc* en la que se afirma lo siguiente:

«Debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia del titular de una misión de servicio público de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no hayan sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le haya sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario»⁵.

La competencia de la Comisión en la ejecución del Derecho Comunitario de la competencia se encuentra prevista en el art. 105 TFUE que señala lo siguiente:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá medidas adecuadas para poner término a ella.

2. En caso de que no se ponga fin a tales infracciones, la Comisión hará constar su existencia mediante una decisión motivada. Podrá publicar dicha decisión y autorizar a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que ella determine, para remediar esta situación»

La Comisión ostenta por tanto un papel decisivo en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia. En este sentido, practica inspecciones, valora conductas, impone sanciones a las empresas que vulneren los principios de los arts. 101 y 102 TFUE, etc. Por este motivo, como ha destacado la doctrina la aplicación del Derecho de la competencia comunitario *«es esencialmente un proceso administrativo»⁶.*

Debe señalarse que la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia corresponde a la Comisión como órgano colegiado, sin perjuicio de las posibles delegaciones que ésta pueda efectuar⁷. En este sentido, la posible delegación se trata de *«una medida para impedir que la norma de deliberación colegiada lleve a una parálisis*

⁵ STPI de 18 de septiembre de 1992, as. 24/90.

⁶ *Vid.*, al respecto, L. RITTER y W. D. BRAUN, *European Competition Law: a practitioner's guide*, Kluwer Law International, 2004, págs. 1027 y ss.

⁷ Como advierte LL. Cases, las potestades de aplicación del Derecho de la competencia «se atribuyen a un órgano colegiado y no unipersonal, lo que asegura mayores niveles de garantía y de actuación no arbitraria y la corresponsabilidad de todos los miembros en la aplicación del derecho de la competencia», *Derecho administrativo de la Competencia*, Marcial Pons-ICO, 1995, pág. 77.

del órgano colegiado»⁸. Es evidente que pretender mantener el ejercicio de todas las facultades de aplicación de las normas de competencia comunitarias en la Comisión puede conducir a una pérdida significativa de su capacidad de intervención debido al número de asuntos de los que en un principio tendría que conocer. Con la finalidad de disponer de una mayor agilidad y de obtener una mayor eficacia la Comisión ha adoptado medidas para delegar determinadas facultades en sus miembros, evitando así que todas las decisiones tengan que ser adoptadas de forma colegiada por esta institución⁹.

A este respecto, el Reglamento interno de la Comisión ha previsto la posibilidad de delegación en su art. 14 señalando que la «*Comisión, siempre que se respete plenamente el principio de su responsabilidad colegiada, podrá delegar en los Directores Generales y Jefes de Servicio la adopción en su nombre y dentro de los límites y condiciones que establezca, de medidas de gestión o administración*»¹⁰.

Igualmente el TJUE ha examinado esta cuestión en su sentencia *Azko*¹¹. Tres fueron las cuestiones estudiadas en este pronunciamiento que pueden considerarse relevantes respecto a la delegación. En primer lugar, se parte de que existe un marco general habilitador de las delegaciones respecto a medidas de gestión o de administración:

«La Comisión introdujo el 23 de julio de 1975, en su Reglamento interno provisional, un nuevo artículo 27, según el cual ella podrá, siempre que se observe plenamente el principio de su responsabilidad colegial, facultar a sus miembros para que adopten en su nombre y bajo su control medidas de gestión o de administración claramente definidas».

En segundo lugar, el TJUE apunta unos criterios específicos de concreción de esta posibilidad para operar la delegación de competencias:

«En la misma fecha, la Comisión fijó, en una decisión interna, los principios y las condiciones según las cuales se concederían las delegaciones de facultades. Según las indicaciones proporcionadas por la Comisión en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, dicha decisión estableció garantías de procedimiento para asegurar que las decisiones adoptadas mediante delegación de facultades respetarían el principio de colegialidad. De este modo, las decisiones de delegación de facultades se adoptan en reuniones de la Comisión y las delegaciones de facultades no pueden adoptarse sino para determinadas personas y para determinadas categorías de actos de gestión o de administración corriente. Por otra parte, la persona a quien se le delegan facultades no puede adoptar decisiones sino en caso de acuerdo de todos los servicios interesados y después de haberse

En este mismo sentido el TJCE en su sentencia de 23 de septiembre de 1986, as. 5/85, AZKO, ha afirmado que «el principio de colegialidad así establecido se basa en la igualdad de miembros de la Comisión, en cuanto a la participación en la adopción de decisiones, e implica en particular, por una parte, que se delibere colectivamente sobre las decisiones y, por otra parte, que todos sus miembros sean responsables de forma colectiva, en el plano político, del conjunto de las decisiones adoptadas».

⁸ STJCE de 23 de septiembre de 1986, as. 5/85, Azko.

⁹ *Vid.*, al respecto, el excelente Libro de J. FUENTETAJA PASTOR, *La Administración comunitaria*, Thomson-Civitas, 2007.

¹⁰ Reglamento consultado en la página web de la UE: www.europa.eu.

¹¹ STJCE de 23 de septiembre de 1986, as. 5/85, AZKO.

asegurado que la decisión no debe por ninguna razón ser adoptada en forma colegiada. Por último, todas las decisiones adoptadas mediante delegación de facultades son comunicadas al día siguiente de su adopción a todos los miembros de la Comisión y a sus servicios».

Finalmente, resulta necesario que en el ámbito concreto del Derecho Comunitario de la competencia se haya efectuado la delegación cumpliendo los requisitos anteriormente expuestos: En este sentido, el TJUE señala que:

«En el ámbito particular del Derecho de la competencia, el miembro de la Comisión encargado en materia de competencia recibió, mediante decisión de 5 de noviembre de 1980, el poder de adoptar en nombre de la Comisión determinadas medidas de procedimiento previstas por el Reglamento 17. Dicho miembro puede por sí solo decidir la iniciación del procedimiento, solicitar informaciones a las empresas y, por último, ordenar a una empresa que se someta a una verificación con arreglo al apartado 3 del artículo 14 del Reglamento 17».

En definitiva, determinados actos de gestión y administración no tienen que ser obligatoriamente adoptados por la Comisión de forma colegiada, sino que pueden serlo por el miembro encargado de la competencia al que la Comisión le haya delegado dicha facultad. En este sentido se ha fundamentado la posibilidad de delegar facultades en base a una doble consideración.

Por una parte, el sistema de delegación de facultades no tiene por efecto privar a la Comisión de competencias, transfiriendo un poder propio al miembro facultado por ella. Las decisiones adoptadas por delegación se toman en nombre de la Comisión, la cual asume la plena responsabilidad de las mismas; estas decisiones pueden ser objeto de recurso de anulación en las mismas condiciones que si hubieran deliberado colegiadamente. La Comisión ha establecido, además, ciertos mecanismos que permiten reservar al órgano colegiado algunas medidas que hubieran podido adoptarse por delegación. Y, finalmente, se reserva la facultad de revisar las decisiones que otorgan delegaciones de facultades con el fin de verificar su adecuación a lo señalado en el Reglamento interno de la Comisión.

Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE ha puesto de relieve la necesidad del empleo de la delegación de facultades de gestión y administración de cara a lograr una eficaz acción administrativa de la Comisión. Así en la sentencia *Azko* que venimos analizando dispone lo siguiente al respecto:

«Aun limitado a categorías determinadas de actos de administración y de gestión, lo que excluye por hipótesis las decisiones de principio, tal sistema de delegación de facultades resulta necesario, teniendo en cuenta el aumento considerable en el número de actos de carácter decisorio que la Comisión debe adoptar a fin de cumplir sus funciones. La necesidad de asegurar la capacidad de funcionamiento del órgano decisorio corresponde a un principio inherente de todo sistema institucional que encuentra su expresión más específica en el artículo 16 del Tratado de fusión, según el cual “la Comisión establecerá su reglamento interno con objeto de asegurar su funcionamiento y el de sus servicios”».

De todas formas la delegación, como se ha visto, queda circunscrita a los actos de gestión o administración, de tal modo que no se puede referir a la adopción de decisiones de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE¹².

Finalmente, hay que señalar que en el ámbito del Derecho de la competencia la Comisión, para el correcto ejercicio de sus competencias, asigna a cada uno de sus miembros atribuciones en los distintos sectores de actividad, siendo la política de competencia atribuida a la Dirección General de Competencia que a su vez distribuye sus funciones entre las diferentes Direcciones encargadas de un área específica de la competencia.

2. Las autoridades nacionales: la Comisión Nacional de Competencia

Con carácter general, las autoridades nacionales pueden ser definidas a los efectos de nuestra exposición como las autoridades administrativas responsables de la aplicación de las normas de competencia nacionales y comunitarias en los diversos Estados miembros de la UE, incluyendo los Tribunales específicamente encargados de esta función, tanto los pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa como los mercantiles, y ante estos últimos los arts. 101 y 102 TFUE pueden ser invocados para justificar acciones civiles inter partes como consecuencia de la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario.

Por lo que a nuestro concreto ámbito de estudio nos interesa, esto es, las autoridades administrativas españolas que tienen atribuidas por el ordenamiento jurídico la competencia específica para desarrollar las actuaciones administrativas sobre la defensa de la competencia, nos centraremos en el estudio de la Comisión Nacional de Competencia, puesto que es este tipo de organismo administrativo al que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) le otorga esta función.

La LDC dedica su Título III a la regulación de este nuevo organismo público encargado de aplicar la nueva legislación de competencia. En cuanto a su naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable la LDC establece en su art. 19 lo siguiente:

«1. La Comisión Nacional de la Competencia es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La Comisión Nacional de la Competencia actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico.»

¹² En este sentido la STPI de 27 de febrero de 1992, as. 19, 84 a 89, 91, 92, 94, 96, 98, 102 y 104/89, Basf, ha señalado que «a diferencia de las diligencias de instrucción y de procedimiento que pueden dictarse durante la fase administrativa preparatoria de la Decisión, tal como el pliego de cargos, o de las medidas que pueden adoptarse en el marco de las facultades generales de investigación reconocidas a la Comisión por el Reglamento 17, la adopción de una decisión de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado no presenta el carácter de una medida de gestión o de administración a efectos de las disposiciones antes mencionadas del artículo 27 del Reglamento interno de la Comisión».

2. *En defecto de lo dispuesto en esta Ley y en las normas que la desarrollen, la Comisión Nacional de la Competencia actuará en el ejercicio de sus funciones con arreglo a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su Disposición Adicional Décima, y en su propio Estatuto».*

Como puede observarse de la lectura de este precepto la nueva configuración de la CNC le ha dotado de un mayor grado de autonomía respecto al que tenía el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que debe ser valorado positivamente desde la perspectiva de lograr una mayor eficacia en el desarrollo de las diversas funciones que la LDC le atribuye¹³.

Un aspecto que ha generado polémica y resulta controvertido es el relativo a la adscripción orgánica de la CNC al Ministerio de Economía y Hacienda, el que podrá ejercer el control de eficacia sobre su actividad. Con esta fórmula expuesta por la LDC se plantea el interrogante de la compatibilidad de esta previsión con la independencia orgánica y funcional que el mismo precepto prevé. En opinión de la doctrina científica la adscripción formal de la CNC al Ministerio de Economía y Hacienda no tiene por qué afectar o menoscabar la independencia de la misma. No obstante, debe señalarse que un estricto control de eficacia por parte del Ministerio podría conducir a una cierta incompatibilidad con la independencia orgánica y funcional que el propio art. 19.1 de la LDC establece para la CNC.

Por lo que se refiere al personal al servicio de la CNC puede ser bien funcionario o laboral en los términos establecidos para la Administración General del Estado, conforme a lo previsto en su Estatuto. Por lo tanto, va a ser precisamente en el Estatuto de la CNC donde se determinarán los puestos de trabajo del personal directivo en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas que desempeñan.

Para poder desarrollar las funciones que le encomienda la LDC, la CNC cuenta con unos recursos económicos que serán principalmente aportados por los Presupuestos Generales del Estado, tal y como prevé el art. 22.2 LDC. Aparte de este tipo de asignaciones que provienen del Estado, la LDC hace una enumeración en el art. 22.1

¹³ Como señala M. MAGIDE, desde una perspectiva jurídico-administrativa la CNC «puede considerarse en propiedad una Administración independiente». En este sentido, «esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que el Gobierno (u otras instancias políticas) no tengan ninguna posibilidad de condicionar la actuación de la CNC, sino en el más técnico y limitado de que la CNC reúne los rasgos propios de una categoría de organizaciones administrativas, ya relativamente bien definida en nuestro Derecho, que se caracterizan por ser organizaciones (en la actualidad todas ellas Organismos con personalidad jurídica propias) de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y todo ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del poder ejecutivo. Esto es, en el sentido de que la CNC, tal y como se diseña en la nueva LDC, encaja en la categoría organizativa de las que, en nuestro Derecho, se conocen ya habitualmente como Administraciones independientes», *vid.*, «Artículo 19», en *Comentario a la LDC*, Thomson-Civitas, 2010, pág. 498.

de los bienes y medios económicos con los que contará la CNC para el cumplimiento de sus fines, entre los que se establece que dispondrá de los bienes y derechos que constituyan su patrimonio y con los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas fruto de las actividades de prestación de servicios, a cuyo respecto en particular el art. 23 LDC se encarga de concretar las tasas que podrá percibir por análisis y estudio de las operaciones de concentración.

Desde la perspectiva orgánica de la CNC y ciñéndonos al ámbito que estamos estudiando, debe señalarse que la LDC configura a este ente público con una estructura piramidal y triangular, que tiene en el vértice superior al Presidente de la CNC que, de acuerdo con el art. 32 de la LDC le corresponde, entre otras, las funciones de

«a) Ostentar la representación legal del organismo;

b) Vigilar el desarrollo de las actividades del organismo, velando por el cumplimiento de esta Ley y sus normas de desarrollo».

A su vez, en los vértices inferiores se encuentra el Consejo y la Dirección de Investigación (DI), que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión del Presidente, que es quien dirige la institución y coordina los dos órganos que la integran. Especialmente va a ser la DI la que desarrolle materialmente todas las actuaciones inspectoras por lo que va ser el órgano que ostente el papel de actor principal en este tipo de actividad administrativa.

III. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

El Derecho Comunitario de la competencia se aplica tanto por la Administración comunitaria como por las autoridades nacionales y las jurisdicciones de los Estados miembros. Centrándonos fundamentalmente en las cuestiones referentes al Derecho público, y dejando de lado la aplicación judicial del Derecho de la competencia por las jurisdicciones civiles que no constituye el objeto de nuestro estudio, resulta necesario detenernos en estos momentos en la aplicación concurrente del Derecho comunitario de la competencia por parte de dos Administraciones Públicas.

Esta concurrencia va a generar un intenso marco de relaciones interadministrativas que han sido reguladas con una especial atención por el Reglamento 1/2003 de cara a solventar y a evitar la aparición de las posibles disfuncionalidades que pueden derivarse de la aplicación conjunta de una misma normativa. Desde una perspectiva metodológica el estudio que vamos a llevar a cabo sobre esta problemática puede sistematizarse en torno a los siguientes puntos: en primer lugar, hay que partir de la realidad de que la posición de ambas Administraciones no es igualitaria; a continuación, conviene atender, desde una visión general, al papel que desarrollan las autoridades nacionales, así como, cuáles de ellas son las que van a tener competencia para ejecutar el Derecho Comunitario de la competencia; por último se estudiarán las

diversas fórmulas y técnicas de relaciones interadministrativas que se prevén en la normativa comunitaria de competencia para lograr que el desarrollo de la ejecución del Derecho Comunitario de la Competencia se lleve a cabo de una forma coordinada y eficaz.

Es evidente, por tanto, que la presencia de dos Administraciones que pueden aplicar la misma norma sustantiva exige, para permitir su actuación coordinada, disponer de las suficientes fórmulas para solventar los posibles conflictos o dudas que puedan surgir. En este sentido, debe resaltarse que los procedimientos que sigue la Comisión para la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia se deberán desarrollar «en estrecha colaboración», como establece el art. 11.1 del Reglamento 1/2003.

1. La competencia preferente de la Comunidad Europea en la ejecución del Derecho de la Competencia

Un primer aspecto que conviene poner de relieve desde un primer momento es que la presencia de la Comisión y de las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia no es igualitaria, en tanto que aquélla ostenta un papel principal.

Esta cuestión fue abordada por el Abogado General W. VAN GERVEN en sus Conclusiones de la sentencia *Delimitis*, de 28 de febrero de 1991, al establecer que:

«La Comisión ocupa una posición central en la política de la competencia de la Comunidad. El artículo 9 del Reglamento 17 le confiere competencia exclusiva para declarar las disposiciones del artículo 85, párrafo 1, inaplicables de conformidad con el artículo 85, párrafo 3, de Tratado, competencia que puede ejercer por la vía de la decisión individual o, en la medida en que ha sido habilitada por el Consejo, por la vía de un reglamento concerniente a una exención colectiva. Las administraciones nacionales responsables de la competencia y las jurisdicciones nacionales responsables de la competencia no poseen dicha competencia. Por el contrario, las Administraciones nacionales responsables de la competencia son competentes, en concurrencia con la Comisión para aplicar la prohibición establecida en el artículo 85, párrafo 1 (y en el artículo 86), en tanto en cuanto la Comisión no haya iniciado de oficio el procedimiento»¹⁴.

Como puede observarse del extracto citado, la norma vigente en ese momento era el antiguo Reglamento 17/62 de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, que en la actualidad ha sido sustituido, como ya venimos advirtiendo por el Reglamento 1/2003. Sin embargo, y a pesar de que se han producido importantes cambios en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, lo que conlleva un mayor protagonismo de las autoridades nacionales en la ejecución del Derecho Comunitario de la competencia puesto que, en un principio serán las encargadas de supervisar directamente la posible exención individual, en aplicación del art. 101.3 TFUE de una conducta o de un acuerdo que originariamente se encuentra prohibido por el art. 101.1 TFCE, derivado del régimen de excepción legal que establece el art. 1.2 del Reglamento 1/2003, ello no supone

¹⁴ STJCE, de 28 de febrero de 1991, C-234/89, as. *Delimitis*.

una alteración significativa de la competencia preferente que tiene la Comisión para aplicar el Derecho Comunitario de la competencia¹⁵.

La Comisión sigue siendo la principal responsable de la aplicación y orientación de la política de competencia de la Comunidad¹⁶. Por esta razón, el entramado normativo le atribuye una serie de facultades especiales que le han de permitir cumplir eficazmente con ese cometido. La posición central de la Comisión se aprecia con una especial intensidad si tenemos en consideración que cuando ella decide iniciar una actuación sobre una determinada conducta provoca la paralización de toda acción que en relación con ésta estuviesen desarrollando o fueran a desarrollar las autoridades de competencia de los Estados miembros. Esta posibilidad se encuentra prevista en el art. 11.6 del Reglamento 1/2003 que establece:

«La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado»,

Si bien matiza un poco esta facultad, en aras de la adecuada y correcta cooperación que deben presidir las relaciones entre ambas Administraciones, en el caso de que las autoridades de competencia nacionales se encuentren ya actuando respecto un asunto concreto en cuyo caso *«la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia»*. Se nota una cierta tendencia a una mayor descentralización en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia fruto del nuevo Reglamento 1/2003 cuya verdadera finalidad es que la Comisión se encargue de controlar directamente los asuntos que, en su opinión, tengan una relevancia especial para el Derecho Comunitario, dejando el resto a la supervisión por parte de las autoridades nacionales. De todas formas, ello no presupone privar del carácter preferente que tiene la intervención administrativa comunitaria frente a la de las autoridades nacionales como queda reflejado en la normativa comunitaria.

Otro ejemplo que puede servir para ilustrar la preponderancia del papel de la Comisión frente al de las autoridades nacionales de competencia se manifiesta en el art. 16 del Reglamento 1/2003 que con el objetivo de garantizar una aplicación uniforme del Derecho Comunitario de la competencia, más ahora en el que existe una mayor protagonismo e intervención de las autoridades nacionales, y los peligros de soluciones divergentes se ciernen en la aplicación de la normativa comunitaria, con el consiguiente daño que ello encierra para la seguridad jurídica, establece que:

¹⁵ Recordemos que el art. 1.2 del Reglamento 1/2003 dispone que «los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesario decisión previa alguna a tal efecto».

¹⁶ Como señala el TJCE en su sentencia, de 15 de julio de 1970, as. 41/69, ACF Chemiefarma, «el carácter provisional conferido a las intervenciones de las autoridades nacionales no puede menoscabar el pleno ejercicio, por la Comisión, de sus poderes en el marco del mercado común».

«Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 101 y 102 del Tratado que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión».

Esta previsión es del todo lógica y da plena virtualidad a la preferente aplicación por parte de la Comisión del Derecho Comunitario de la competencia garantizando de este modo una uniformidad en lo que respecta a las posibles resoluciones administrativas que puedan derivarse de la aplicación y ejecución de esta normativa por parte de las autoridades nacionales.

2. El papel de las autoridades nacionales de competencia en la ejecución del Derecho Comunitario de la Competencia. La CNC y los Tribunales nacionales como autoridades competentes en el desarrollo de estas actuaciones

La intervención de las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario de defensa de la competencia estaba ya en cierto modo recogida en el antiguo art. 85 TCE, como ha podido comprobarse. En este sentido, la configuración definitiva de las funciones que pudieran desarrollar las autoridades nacionales se encontraba sujeta a las disposiciones que se adoptaran en virtud del antiguo art. 87 TCE. Ya se ha comentado que la norma que estipulaba determinadas funciones para su ejercicio por las autoridades nacionales es el Reglamento 1/2003.

Antes de examinar el art. 5 del Reglamento 1/2003 en el que se delimitan las competencias que van a poder ejercitar las autoridades nacionales, es necesario delimitar qué se entiende comprendido en dicho término, para poder conocer de este modo, cuáles son las autoridades competentes para conocer del Derecho comunitario de la competencia en España. En este sentido, R. ALONSO GARCÍA ya distinguió entre lo que debía ser aplicación del Derecho comunitario de la competencia a título principal, de la aplicación a título incidental. Respecto a las primeras, son aquellas encargadas de *«investigar, de oficio o a instancia de parte, comportamientos de empresas que puedan suponer infracción de las reglas comunitarias de competencia»*. Normalmente, las autoridades nacionales encargadas de velar por el cumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE son precisamente las mismas que tienen atribuida la potestad de ejercer la defensa de la competencia por la legislación de competencia nacional. Dentro de estas, se incluye como recuerda el TJCE en el asunto *Sabam*¹⁷, a las jurisdicciones encargadas de *«controlar la legalidad de dicha aplicación (legislación nacional de competencia) por las autoridades administrativas»*.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, tales autoridades son en primer lugar, la CNC y los Tribunales nacionales¹⁸. Debe señalarse respecto a las

¹⁷ STJCE de 30 de enero de 1974, As. 127/73.

¹⁸ Así lo ha previsto la nueva Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, que en su art.

autoridades nacionales de naturaleza administrativa que ésta es la CNC, de acuerdo con la sentencia del TC 208/1999 porque se trata de las autoridades que tienen encomendadas por la Ley 1/2002 la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE¹⁹. También será competente para aplicar a título principal las prohibiciones de los arts. 101 y 102 TFUE, los órganos encargados de controlar la legalidad de la aplicación que de los mismos haya hecho la CNC, esto es, la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional²⁰, así como los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo²¹.

Respecto a la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE a título incidental, implica no ya la actuación de una autoridad nacional en defensa del interés público que protege la defensa de la competencia, sino en defensa de un interés privado de una parte que no se quiere ver perjudicada por un acuerdo o práctica restrictiva contraria al art. 101 o un abuso de posición dominante contrario al art. 102. Como recuerda el Abogado General MAYRAS en sus conclusiones al asunto SABAM cuando las ju-

1.5.d) dispone: «Corresponderán en todo caso al Estado: d) La aplicación en España de los artículos 81.1 (*ex* 85.1) y 82 (*ex* 86) del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto la respecto en el artículo 25.c) de la Ley de Defensa de la Competencia».

¹⁹ Como señala R. ALONSO GARCIA, respecto a la antigua legislación nacional de competencia, la LDC indicaba en su Preámbulo que «la aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos se encomienda en el título segundo a órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución y, en su caso, de propuesta, y el Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes», pero es que, además, «ya el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, había establecido expresamente en su artículo 1 que a “los efectos del artículo 9 del Reglamento del Consejo de la CEE, número 17/62, de 6 de febrero, y del artículo 15 del Reglamento del Consejo de la CEE, número 1017/68, de 19 de julio, dictados en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, *el Tribunal de Defensa de la Competencia será considerado autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del tratado constitutivo de la CEE* y de los artículos 2 y 8 del Reglamento 1017/68», *vid.*, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles», *RIE*, núm. 17, vol. 2, 1990, pág. 440.

²⁰ Así, según la DA 4ª de la LJCA, redactada conforme a la Disposición Adicional Séptima Tres de la LDC, serán recurribles «3. Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional».

²¹ La Disposición Adicional Séptima. Uno de la LDC, da nueva redacción al art. 8.6 de la LJCA en los términos siguientes: «6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición».

jurisdicciones civiles o mercantiles de los Estados miembros enjuician litigios entre particulares, «el objeto de la acción no consiste en constatar una infracción; se trata solamente, para el juez, de pronunciarse sobre las consecuencias civiles de tal infracción; nulidad o resolución de un contrato, concesión de daños y perjuicios a la parte lesionada». Igualmente, habrá también actuación incidental cuando, «como consecuencia de la aplicación de los artículos 85 y 86 a título principal, una determinada actuación o comportamiento resulte calificado de disconforme o contrario a dichos preceptos y ello pueda generar, por hipótesis, derecho a indemnización a favor de los sujetos afectados», a resolver por los Tribunales mercantiles.

Delimitada de esta forma qué es lo que se entiende por autoridad nacional es momento de examinar cuál es el margen de actuación de estas en la aplicación del Derecho Comunitario. En este sentido, como ya hemos examinado, si bien resulta pertinente traerlo de nuevo a colación, el art. 11.6 del Reglamento 1/2003 señala que:

«La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del Capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.»

Por lo tanto, en un principio, las autoridades nacionales tienen competencia para vigilar y controlar aquellos acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que afecten al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común. También serán competentes para examinar la posible explotación abusiva por parte de una empresa de su posición de dominio en el mercado común. No obstante, hay que tener en cuenta que se trata de una competencia condicionada a la apertura de un procedimiento por parte de la Comisión, en cuyo caso se podrá producir una sustracción de competencia a favor de la Comisión²².

3. Las normas de articulación de competencias: la Red de Autoridades de Competencia

Como se ha podido observar, a la hora de aplicar los arts. 101 y 102 del TFUE pueden intervenir diversas autoridades de competencia con el fin de averiguar y sancionar los comportamientos anticompetitivos en los que puedan incurrir los distintos operadores que participan en el mercado. Por ello resultó imprescindible para poder garantizar una ejecución eficaz y coordinada de las normas de competencia entre las diversas autoridades con competencia para ello, la creación de la denominada Red de Autoridades de Competencia, conocida por sus siglas ECN (*European Competition*

²² El Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, articula la forma y el modo en que deben ser aplicadas por los órganos de defensa de la competencia, concretamente por el TDC, la legislación comunitaria de competencia.

Network), que tiene como misión principal garantizar un reparto eficaz de los asuntos, así como una aplicación directa y coherente de las normas comunitarias de competencia²³.

La ECN carece de personalidad jurídica, de este modo no es una organización de naturaleza internacional ni una institución de Derecho comunitario. Se trata de un sistema de organización e intercambio de información que agrupa a las autoridades nacionales de competencia y a la Comisión Europea para conseguir una implementación mayor de la legislación comunitaria de competencia.

En el sistema comunitario de competencias compartidas y concurrentes sobre el Derecho de la Competencia, las vulneraciones de los arts. 101 y 102 del TFUE deben ser resueltas bien por una sola autoridad nacional de competencia –con el auxilio o no de otras autoridades de otros Estados miembros–, bien por varias autoridades nacionales de competencia actuando de manera concurrente, o bien por la Comisión Europea. Al examen de los criterios de asignación de casos dedicaremos las siguientes páginas²⁴.

3.1. Competencia de la Comisión

El Reglamento 1/2003 reserva a la Comisión un papel de protagonista principal en la aplicación de la legislación comunitaria de competencia. De hecho, uno de los motivos que originó el proceso de descentralización en la aplicación de dicha normativa fue la necesidad de que la Comisión Europea se centrara en la persecución de aquellos casos de gran envergadura, dejando en manos de las autoridades nacionales aquellos asuntos de menor importancia o complejidad.

Este papel preponderante de la Comisión queda puesto de relieve en el Propio Reglamento 1/2003 que le otorga la potestad de avocación, esto es, de reclamar para sí el conocimiento de cualquier asunto que ya esté tramitando alguna otra autoridad nacional de competencia²⁵. Así, señala el art. 11.6 del Reglamento 1/2003:

«La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 101 y 102 del tratado. Si

²³ La ECN y sus funciones vienen reguladas en la Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (*DOUE* C 101 de 27 de abril de 2004).

²⁴ Sobre los criterios de asignación, *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust europeo*, Colex, 2009, págs. 440 y ss.; así como C. LENCE, «Procedimiento en el Derecho Comunitario», *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomson-Aranzadi, 2009, págs. 236 y ss.

²⁵ La STJCE *Haecht II, SA Brasserie de Haecht/Consorts Wilkin Jansenn*, de 6 de febrero de 1973 (48/72), ya declaró que la incoación de un procedimiento supone un acto de autoridad de la Comisión que manifiesta su voluntad de proceder a una decisión. Resulta importante destacar que quién decide la avocación es, por tanto, la Comisión y no un posible denunciante, que no tiene la facultad de poder iniciar un procedimiento de infracción.

una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia».

La Comunicación sobre la ECN, enumera en su apartado 54, una serie de supuestos en las que la Comisión Europea puede ejercitar esta facultad:

a) Los miembros de la Red prevén adoptar decisiones contradictorias en el mismo asunto;

b) Los miembros de la Red prevén adoptar una decisión que entra obviamente en conflicto con la jurisprudencia consolidada; en este supuesto, las normas establecidas en las sentencias de los tribunales comunitarios y las decisiones y reglamentos previos de la Comisión deberían servir como guía; con respecto a la apreciación de los hechos (por ejemplo, la definición del mercado), solamente una divergencia significativa justificaría una intervención de la Comisión;

c) Los miembros de la Red alargan indebidamente el procedimiento en el asunto;

d) Es necesario adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia, en especial cuando se plantea un problema de competencia similar en varios Estados miembros o para asegurar la aplicación efectiva;

e) La autoridad interesada no se opone».

Por otro lado, la Comunicación sobre la ECN establece en sus apartados 14 y 15 que la Comisión es la autoridad particularmente mejor situada para conocer de un asunto concreto en los siguientes supuestos:

1ª) Cuando los acuerdos o las prácticas tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales);

2ª) Cuando el asunto de que se trata está estrechamente vinculado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación está reservada a su competencia exclusiva o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia;

3ª) Cuando se plantee un problema de competencia nuevo y el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva.

La Comisión goza, por tanto, de un amplio margen de discrecionalidad para poder decidir si la autoridad mejor situada para conocer de un asunto concreto es ella o una autoridad nacional.

3.2. Competencia de las autoridades nacionales

El Reglamento 1/2003, establece con carácter preliminar en su considerando sexto que:

«Con el fin de garantizar la aplicación eficaz de las normas de competencia es conveniente fomentar una mayor participación en la misma de las autoridades nacionales de competencia. A tal efecto, dichas autoridades deben disponer de competencia para aplicar el Derecho Comunitario».

Se parte pues, de un sistema en el que la norma comunitaria prevé incrementar la participación de las autoridades nacionales en la aplicación y ejecución del Derecho

de Competencia comunitario. Por este motivo no existe un criterio unívoco de atribución de casos en la ECN, sino que se sustituye por un sistema flexible en el que determinadas autoridades van a tener la consideración de estar mejor situadas que otras para conocer de determinados asuntos.

El apartado octavo de la Comunicación sobre la ECN prevé que una autoridad se encuentra bien situada para tramitar un asunto si se cumplen tres condiciones:

- 1º) que la conducta produzca efectos sobre la competencia en su territorio;
- 2º) que la autoridad pueda ordenar el cese de la infracción y, en su caso, imponer la sanción correspondiente;
- 3º) que la autoridad pueda, con la ayuda de otras autoridades, recabar las pruebas necesarias para probar la infracción.

Como advierte, C. LENCE estas tres condiciones o requisitos, no son criterios estrictamente jurídicos de asignación de asuntos, sino indicios de que entre una autoridad y una infracción existe un vínculo material que sitúa a una autoridad en mejor posición a la hora de conocer un asunto concreto²⁶.

Así, por ejemplo, varias empresas localizadas en España que participen en un cartel para determinar los precios de productos que se venden principalmente en nuestro territorio. En este caso, sería la CNC la que se encontraría en mejor situación para conocer de este caso.

Del mismo modo, se considera que una autoridad está bien situada cuando su actuación aislada sea suficiente para poner fin a una conducta anticompetitiva. Así, puede servir de ejemplo el siguiente: una empresa que preste servicios en España y Francia y tiene sedes de oficinas en los dos países. Esta empresa comete un abuso de explotación que afecta tanto a los consumidores españoles como a los franceses. Todos los elementos probatorios que permiten demostrar la existencia de esta conducta se encuentran en las oficinas de la empresa en España. Parece claro que la acción de la CNC será por sí misma suficiente para poner fin a la conductas, sin que sea necesario la actuación de las autoridades francesas²⁷.

Finalmente, puede darse el supuesto de que se requiera la acción de dos o más autoridades de competencia para poner fin a un ilícito antitrust. En este supuesto la acción concurrente se dará en aquellos casos en que la acción aislada de una sola de ellas no sea suficiente para conseguir una eliminación de la conducta prohibida. Por ejemplo, si dos empresas acuerdan repartirse los mercados español y portugués, las autoridades de ambos Estados pueden actuar de forma conjunta para sancionar dicha conducta. En ambos países es posible encontrar pruebas de la infracción y las autoridades de competencia de ambos están en condiciones de dictar órdenes de cesación que tengan efectos en sus respectivos territorios.

²⁶ Vid., «Procedimiento en...», *op. cit.*, pág. 237.

²⁷ *Ibidem*.

3.3. Competencia de las jurisdicciones nacionales

Las jurisdicciones nacionales ostentan también competencia para aplicar directamente los arts. 101 y 102 del TFUE, tal y como prescribe el art. 6 del Reglamento 1/2003.

En general son diversos los asuntos en que los tribunales nacionales pueden verse llamados a aplicar el Derecho Comunitario. En este sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE establecen en su apartado segundo los siguientes:

1º) Cuando deben resolver litigios entre particulares sobre cumplimiento de contratos o indemnizaciones por daños y perjuicios (como jurisdicciones de Derecho común);

2º) Cuando intervienen como autoridad de competencia de un Estado miembro. En este caso, la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión se rige por la Comunicación sobre ECN;

3º) Cuando intervienen, en recursos en los asuntos de competencia, como instancias de revisión.

4. Las relaciones interadministrativas en la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia. Las actuaciones inspectoras, a modo de ejemplo

La posibilidad de que en la ejecución del Derecho Comunitario de la competencia participen o concurren dos Administraciones diferentes –Comisión Europea y Autoridades nacionales de competencia– va a implicar la necesidad de articular los necesarios mecanismos de colaboración de cara a conseguir una ejecución de la legislación comunitaria lo debidamente coordinada, en la que se tengan presente en todo momentos los necesarios mecanismos de relación y ayuda entre las Administraciones de cara a la investigación e inspección de aquellas empresas sospechosas de haber incurrido en la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas tipificadas en las normas comunitarias de competencia²⁸.

Esta preocupación por el establecimiento de medidas de colaboración interadministrativas ya se dejaba entrever en el antiguo Reglamento 17/62 y se han visto reforzadas por el nuevo Reglamento 1/2003, que dedica el art. 11 a establecer las pautas generales de lo que debe consistir la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, si bien no son las únicas formas de relación

²⁸ Sobre la cooperación y colaboración interadministrativa en orden a aplicar el Derecho Comunitario de la Competencia por las autoridades comunitarias y las nacionales, *vid.*, M. DRAHOS, *Convergente of Competition Laws and policies in the European Community*, European Monographs nº 26, Kluwer, The Hague 2001, págs. 51 y ss.; B. ZANETTIN, *Cooperation between Antitrust agencies at the internacional level*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2002, págs. 53 y ss.

interadministrativa que van a poder establecerse de cara al desarrollo de la inspección comunitaria.

4.1. La obligada colaboración de las autoridades nacionales en la ejecución de la legislación comunitaria de competencia

Las autoridades de los Estados miembros están obligadas a colaborar en las tareas tendentes a la aplicación del Derecho comunitario. En el Reglamento 1/2003 se establecen diversos deberes que incumben a las autoridades nacionales de competencia con la finalidad común de facilitar la ejecución del Derecho Comunitario de la competencia que desarrolla la Comisión con carácter general. En España este deber de colaboración general se ha recogido en el art. 18 de la LDC que lleva como enunciado «Colaboración de la Comisión Nacional de la Competencia con autoridades nacionales de competencia de otros Estados miembros y la Comisión Europea» y que dice:

«Al objeto de aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea, la Comisión Nacional de la Competencia podrá intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa comunitaria»

Así, por ejemplo, en lo relativo al deber de colaboración en las inspecciones, el art. 15 del Reglamento de Defensa de la Competencia señala lo siguiente:

«La Comisión Nacional de la Competencia es la autoridad competente para colaborar con las inspecciones y en otros poderes de investigación con la Comisión Europea y con otras autoridades nacionales de competencia en los términos establecidos en el Reglamento (CE) n° 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado y en el Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas».

Finalmente, este deber de colaboración se ha visto recogido de forma más detallada en el RD 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas comunitarias de competencia, en que donde se recoge este deber general de colaboración en su propia Exposición de Motivos cuando señala lo siguiente:

«Las autoridades de competencia de los Estados miembros deben prestar colaboración activa a la Comisión Europea en el ejercicio de sus facultades en materia de inspección e investigación y, adicionalmente, con el fin de facilitar a otras autoridades de competencia comunitarias la aplicación eficaz de los artículos 101 y 102 del Tratado, se les faculta para prestarse ayuda mutua llevando a cabo inspecciones y otras medidas de investigación».

Una de las principales fórmulas de colaboración que van a establecerse y que pueden tener una incidencia especial de cara al inicio de actuaciones inspectoras es la relativa al suministro de información a la Comisión. El art. 11.3 del Reglamento 1/2003 prescribe esta obligación de las autoridades nacionales en los siguientes términos:

«Cuando las autoridades de la competencia de los Estados miembros actúen en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, informarán por escrito de ello a la Comisión antes de proceder a realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de iniciadas dichas diligencias. Esta información podrá hacerse llegar también a las autoridades de competencia de los demás Estados miembros»

El precepto se limita a concretar en el ámbito del Derecho Comunitario de la competencia la obligación general de colaboración que incumbe a los Estados miembros en virtud del TUE.

Un claro ejemplo de esta colaboración en el suministro de información a la Comisión por las autoridades nacionales lo podemos ver en la Decisión 83/546/CEE de la Comisión, de 17 de octubre de 1983, en cuya exposición de los hechos, concretamente en el apartado 2, se hace referencia expresa a que la información necesaria para la adopción de esta Decisión se obtuvo, además de por los agentes de la Comisión, mediante la colaboración del Bundekartellamt, en virtud del art. 11.1 (actual 11.3 Reglamento 1/2003)²⁹.

A su vez e íntimamente conectado con este deber de información se ha establecido en la Comunicación de la *Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* que tiene su fundamento legal en el propio Reglamento 1/2003, concretamente en los artículos 11 y 12, como ya he examinado con anterioridad, y que tiene como finalidad esencial la creación de una red de poderes públicos encargados de proteger la competencia con el objetivo de lograr una estrecha cooperación entre todos ellos y así perseguir el desarrollo de una eficaz y coordinada defensa de la competencia en la Comunidad Europea³⁰. Pues bien, el epicentro de la citada Comunicación es establecer qué autoridad de competencia –comunitaria o nacional– se encuentra en mejor posición para conocer del asunto y, por tanto, se establecen una serie de criterios para garantizar un reparto eficaz de tareas, así como una aplicación eficaz y coherente de las normas comunitarias de la competencia.

En lo referente al deber de información que estamos analizando, en cuanto técnica de relación interadministrativa, la Comunicación citada indica que el fundamento del mismo es permitir que la Red detecte los procedimientos múltiples y aborde posibles problemas de reparto tan pronto como una autoridad empiece a investigar un asunto. Por este motivo, la información debe facilitarse a la Comisión (y a las otras autoridades nacionales de competencia integradas en la Red) antes o inmediatamente después de darse cualquier paso similar a las medidas de investigación que puede adoptar la Comisión de conformidad con los arts. 18 a 21 del Reglamento 1/2003.

En España, el cumplimiento de este deber es ejecutado por la CNC, puesto que en virtud del art. 4 del RD 2295/2004 se atribuye a este órgano la consideración de *«autoridad competente a los efectos de las funciones de colaboración entre la Administración pública española y la Comisión de las Comunidades Europeas en la aplicación en España de las normas comunitarias sobre la competencia»*.

²⁹ Decisión *Cylindres en fonte et en acier moulés*, DOCE L 317, de 15 de noviembre de 1983.

³⁰ DOCE C 101, de 27 de abril de 2004.

Una segunda manifestación del deber de colaboración de las autoridades nacionales en el desarrollo de las actuaciones inspectoras comunitarias es la relativa a la obligación de practicar inspecciones en las empresas localizadas en su territorio a instancias de la Comisión. El art. 22.2 del Reglamento 1/2003 dispone lo siguiente:

«A instancias de la Comisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros procederán a realizar las inspecciones que la Comisión juzgue oportunas con arreglo al apartado 1 del artículo 20 o que haya ordenado mediante decisión adoptada en aplicación del apartado 4 del artículo 20. Los agentes de las autoridades de competencia de los Estados miembros encargados de proceder a las inspecciones, así como las demás personas que aquéllas hayan autorizado o designado, ejercerán sus poderes conforme a lo estipulado en su Derecho nacional».

Resulta curioso que para el cumplimiento de esta obligación el RD 2295/2004 no haya previsto las fórmulas adecuadas para el cumplimiento de la misma, sino que tan sólo hace referencia a la posibilidad de asistir y ayudar a las personas acreditadas por la Comisión Europea, por lo que parece que, en un principio las autoridades nacionales no tienen atribuida esta potestad por lo que no podrán desarrollar actuaciones inspectoras a petición de la Comisión, sino tan sólo como les podrán prestar la asistencia debida. Esta laguna debe entenderse cubierta con lo dispuesto en el art. 15 del RDC que otorga a la CNC la potestad de colaboración en este tipo de actuaciones inspectoras.

Una tercera variante de relación interadministrativa que podemos encuadrar en este apartado en la relativa, como ya hemos señalado, a la obligación de las autoridades nacionales de asistir a la Comisión en las inspecciones que practique. Las inspecciones o investigaciones en este caso se realizan por los agentes de la Comisión si bien puede resultar necesario el oportuno auxilio de los funcionarios nacionales. El art. 20.5 del Reglamento 1/2003 concretamente señala:

«Los agentes de la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección, así como las demás personas que aquélla haya autorizado o designado, deberán prestar activamente asistencia a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión cuando así lo pidan la citada autoridad o la Comisión. A tal fin, gozarán de los poderes definidos en el apartado 2».

El papel que corresponde desarrollar a los agentes nacionales viene determinado, como veremos a continuación, en el RD 2295/2004 no diciendo nada al respecto el Reglamento 1/2003, siendo su asistencia de carácter obligatorio cuando el afectado por la inspección muestra su disconformidad con la misma. Se ha comentado que «no hay instrucciones formales que rijan el comportamiento de dichos agentes. Su función es facilitar la cooperación para el desarrollo de la investigación. No están llamados a actuar como árbitros o conciliadores entre la Comisión y la empresa. Se encuentran allí para asistir a los inspectores. Ello significa ayudar a la Comisión y puede requerir una participación activa en la investigación, por ejemplo, examinando una serie de documentos o papeles de los representantes de la empresa»³¹. En este sentido el TJCE en el asunto Dow Chemical señaló que:

³¹ C. S. KERSE, *EEC Antitrust procedure*, Londres, 1988, pág. 108.

«...del apartado 6 del artículo 14 se desprende que corresponde a cada Estado miembro regular las formas en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los agentes de la Comisión. A este respecto, los Estados miembros están obligados a asegurar la eficacia de la acción de la Comisión, respetando al mismo tiempo los principios generales antes enunciados. De ello se sigue que, dentro de estos límites, es el Derecho nacional el que determina las modalidades de procedimiento apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas»³².

La disposición del Reglamento comunitario ha tenido su reflejo en el RD 2295/2004, estableciendo en su art. 5.2:

«A petición de la Comisión Europea, los funcionarios o agentes del Servicio de Defensa de la Competencia, debidamente autorizados por un acuerdo del Director del Servicio, deberán prestar asistencia a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión Europea en la realización de inspecciones en territorio nacional...»

Este tipo de intervenciones de los funcionarios nacionales en las inspecciones que pueda practicar la Comisión se realizan habitualmente para solicitar o recabar información, sin mediar ningún acto formal de dicha Institución comunitaria que pueda tener carácter vinculante para las empresas –Decisión–, con concertación previa de una cita con los responsables de la empresa. Como advierte J. M^º. DEL REY la labor de los agentes nacionales no debe limitarse, sin embargo, a ayudar a sus colegas comunitarios; su misión consiste también *«en favorecer una comunicación satisfactoria entre la empresa y la Comisión, evitando dificultades de entendimientos entre las dos y en informar a las empresas del alcance de sus derechos y obligaciones ante la verificación (inspección)»³³.*

Esta asistencia de las autoridades nacionales se puede ver incrementada ante la posible oposición del sujeto afectado a la práctica de la actuación inspectora. En este caso el Reglamento 1/2003 señala en su art. 21.6 que:

«Cuando los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión constaten que una empresa se opone a una inspección ordenada con arreglo al presente artículo, el Estado miembro interesado les prestará la asistencia necesaria, requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente, para permitirles realizar su misión de inspección»,

añadiendo el apartado siguiente que:

«Cuando, de acuerdo con la normativa nacional, la asistencia prevista en el apartado 6, requiera un mandamiento judicial se formulará la correspondiente solicitud, pudiendo solicitarse también con carácter preventivo».

Sin entrar a analizar en detalle estos aspectos, conviene destacar que la existencia de esta obligación es consecuencia de la imposibilidad de la Comisión de aplicar por sí misma, en toda su extensión, el Derecho Comunitario de la competencia. Cuando

³² STJCE, de 17 de octubre de 1989, as. 97 a 99/87.

³³ Vid., «La participación española en la política de la competencia de la CEE», *Noticias CEE*, núm. 75, 1991, pág. 85.

los afectados por la inspección se oponen a la misma, la Comisión ha de recurrir a las autoridades nacionales para poder desarrollar la misma, ya que los inspectores de la Comisión no tienen competencia ni poderes específicos para recurrir al empleo de la fuerza, si bien sí que pueden adoptar una decisión ulterior imponiendo multas coercitivas a las empresas que se nieguen a ser investigadas o inspeccionadas.

Esta situación genera que la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia por parte de la Comisión se tenga que adecuar en muchas ocasiones en lo que respecta a las potestades administrativas y a los derechos de defensa de los afectados a las previsiones de los distintos ordenamientos nacionales, así como a los estándares marcados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³⁴.

4.2. La intervención de las autoridades nacionales a iniciativa propia en la inspección comunitaria

El cambio de modelo de prohibición que recoge el Reglamento 1/2003 ha temido una clara incidencia en la asignación de competencias del Derecho Comunitario antitrust. Las autoridades nacionales de competencia han adquirido un mayor protagonismo con la entrada en vigor de este Reglamento, como ya pudimos observar en el Capítulo anterior lo que ha significado que puedan desarrollar a iniciativa propia diversas actuaciones tendentes a la ejecución de los arts. 101 y 102 TFUE. Con carácter general el art. 5 del Reglamento 1/2003 establece lo siguiente:

«Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,*
- adopción de medidas cautelares,*
- aceptación de compromisos,*
- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional».*

Efectivamente, al desaparecer la reserva a favor de la Comisión para la aplicación del art. 101.3 TFUE, desaparecieron igualmente las trabas para la plena aplicación en su integridad de los arts. 101 y 102 TFUE por las autoridades nacionales de competencia, lo que permitirá aliviar la gran carga de trabajo que pesa sobre los hombros de la Comisión, liberándola de tareas accesorias y facultándola para que dedique sus recursos a lo que debe ser su tarea fundamental: la lucha contra las grandes restriccio-

³⁴ En consecuencia, como señala LI. CASES «la posición individualizada del sujeto afectado por una investigación de la Comisión no es igual en todos los Estados miembros. Desde la perspectiva de la Administración pública se debe atender a que la Comisión se somete para la efectividad de sus verificaciones a múltiples procedimientos y autorizaciones y que no hay un sistema único de ejecución de sus investigaciones, lo que evidentemente deberá tener en cuenta a la hora de definir su estrategia en cada expediente», *vid.*, *Derecho administrativo de...*, cit., pág. 97.

nes de la competencia³⁵. Por lo tanto, la posibilidad de que las autoridades nacionales desarrollen un mayor número de actuaciones en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia es una realidad incuestionable.

En este sentido, era de esperar que las autoridades nacionales de competencia pudieran desarrollar inspecciones a iniciativa propia con el fin de comprobar la posible vulneración de la normativa comunitaria. Sin embargo, el RD 2295/2004 no ha previsto esta posibilidad por lo que la intervención de las autoridades nacionales en las actuaciones inspectoras de carácter comunitario no debería realizarse como consecuencia de su propia iniciativa sino que se desarrollará a instancia bien de la Comisión cuando ésta le solicite su asistencia, bien a instancia de las autoridades de competencia de otros Estados miembros.

Sin perjuicio de lo que acabamos de señalar las autoridades nacionales sí que pueden desarrollar a iniciativa propia algunas actuaciones dentro del curso de una inspección comunitaria. Así, por ejemplo, podrán asistir a las audiencias de las empresas que efectúe la Comisión con el fin de recabar declaraciones y así recopilar la información necesaria en relación con el objeto de una investigación. El art. 19.2 del Reglamento 1/2003 así lo prevé cuando establece:

«Cuando la entrevista contemplada en el apartado 1 se realice en los locales de la empresa, la Comisión informará de ello a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se lleve a cabo la entrevista. Si así lo solicitare la autoridad de competencia de ese Estado miembro, sus agentes podrán ayudar a los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para llevar a cabo la entrevista».

Por tanto, se aprecia así la posibilidad de intervención de las autoridades nacionales en el curso de una inspección comunitaria a instancia propia y no como mero coadyuvante de los agentes de la Comisión. Si bien debe convenirse a pesar de lo que hemos señalado en lo referido a la mayor presencia de las autoridades nacionales en la ejecución del Derecho Comunitario de la competencia, que la intervención de las autoridades nacionales a título propio en la inspección sigue condicionada en gran parte a la prestación de ayuda a los agentes de la Comisión o a las autoridades de competencia de otros Estados miembros.

4.3. El deber de información de la Comisión a las autoridades nacionales

En la ejecución del Derecho Comunitario de la competencia la Comisión, por su parte, debe cumplir determinados deberes para con las autoridades de los Estados

³⁵ Sobre este punto, *vid.*, E. GALÁN CORONA, «Notas sobre el Reglamento (CE), núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», *RDCE*, núm. 15, 2003, pág. 516; y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El nuevo régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. El Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE», *RGDE*, Iustel, núm. 1, 2003, www.iustel.com; J. GUILLÉN CARAMES, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la Competencia*, Aranzadi-Thomsonreuters, 2010, págs., 93 y ss.

miembros, caracterizados en general por mantenerlas informadas de los distintos trámites del procedimiento de aplicación.

En primer lugar, la Comisión se encuentra obligada, en virtud del art. 11.2 del Reglamento 1/2003, a remitir a los Estados miembros copia de los documentos que pueda tener y que tengan relevancia de cara a la posible actuación de las autoridades nacionales en la inspección. Dispone este precepto:

«La Comisión transmitirá a las autoridades de competencia de los Estados miembros copia de los documentos más importantes que haya recopilado con vistas a la aplicación de los artículos 7, 8, 9, 10 y del apartado 1 del artículo 29. A instancias de la autoridad de competencia de un Estado miembro, la Comisión le remitirá copia de otros documentos existentes que sean necesarios para la apreciación del asunto»

El cumplimiento de este deber por parte de la Comisión implica para las autoridades nacionales la recepción de una ingente cantidad de información, en la mayor parte de los casos desconocida que puede dar lugar o no, según lo casos, a la apertura de actuaciones inspectoras bien de carácter comunitario, bien de carácter nacional.

En relación con este deber hay que destacar que el TJCE en el asunto SEP ha señalado que el mismo «debe interpretarse a la luz del principio general del derecho de las empresas a la protección de sus secretos comerciales, del que son expresión el artículo 214 del Tratado y diversas disposiciones del Reglamento 17»³⁶.

En consecuencia, el deber de la Comisión de remitir información a las autoridades nacionales de competencia viene delimitado por las garantías de confidencialidad que tienen determinados documentos y cuya transgresión puede suponer la invalidez de las actuaciones administrativas, como examinaremos más adelante. Por tanto y como afirma en la citada sentencia el TJCE.

«En casos como el de autos, en los que una empresa ha invocado expresamente ante la Comisión el carácter confidencial, frente a las autoridades nacionales competentes, de un determinado documento, por contener éste secretos comerciales y en los que dicha alegación no está totalmente desprovista de pertinencia, el principio general de protección de los secretos comerciales antes mencionado, puede limitar la obligación de la Comisión de transmitir el referido documento a las autoridades nacionales competentes».

Puede afirmarse que la remisión de información de la Comisión a las autoridades nacionales sirve a un doble objetivo, como ha puesto de manifiesto el TJCE:

«Se trata, por una parte, de informar a los Estados miembros de los procedimientos comunitarios que afectan a empresas establecidas en su territorio, y, por otra parte, de garantizar una mejor información, de la Comisión, permitiéndole confrontar las informaciones proporcionadas por las empresas con las indicaciones y observaciones que pueda transmitirle el Estado miembro de que se trate»³⁷.

³⁶ STJCE de 19 de mayo de 1994, C-36/92.

³⁷ STJCE de 16 de julio de 1992, C-67/91, as. *Asociación Española de Banca Privada*.

En segundo lugar, la Comisión debe comunicar las solicitudes de información que se dirijan a las empresas y asociaciones de empresas destinadas a la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia. En este sentido el art. 18.5 del Reglamento 1/2003 dispone:

«La Comisión remitirá sin dilación una copia de la solicitud simple o de la decisión a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la empresa o asociación de empresas (y a la autoridad de competencia del Estado miembro cuyo territorio se vea afectado)».

Como puede verse el deber no sólo se extiende a la autoridad de competencia dónde tenga su domicilio social o sede la empresa a la que se le solicita información, sino también a la autoridad de competencia en cuyo territorio puede desplegar sus efectos una posible conducta infractora de las normas comunitarias de competencia. La materialización de este deber puede tener como consecuencia la activación de la Red de autoridades de Competencia con el fin de dilucidar qué autoridad de competencia debe aplicar la legislación de competencia.

Por último, y como ya hemos indicado anteriormente, la Comisión puede mediante sus propios funcionarios practicar las inspecciones que estime necesarias. Esta potestad no es plena, por cuanto en caso de oposición del sujeto afectado se precisa el auxilio de las autoridades nacionales. Por esta razón el Reglamento 1/2003 prevé el deber de la Comisión de informar a las autoridades nacionales cuando vaya a proceder a una inspección en su territorio. Dice el art. 20.3 *in fine*:

«La Comisión advertirá de la misión de inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se haya de llevar a cabo la misma con la suficiente antelación».

Además, la Comisión con anterioridad a adoptar una decisión en la que se imponga a una empresa o asociación de empresas a someterse a una inspección deberá escuchar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se vaya a practicar la misma, tal y como señala el art. 20.4 *in fine*:

«La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección».

Respecto a la forma en qué debe practicarse esta consulta el Reglamento 1/2003 guarda silencio. En este sentido la Comisión ha considerado que este precepto la obliga a que: la autoridad competente sea informada de que la Comisión prevé llevar a cabo una investigación, así como del contenido de la decisión prevista; se conceda a esta autoridad la oportunidad de manifestar sus consideraciones; y que la Comisión tome debida nota de las mismas³⁸. Hay que señalar, no obstante, que las observaciones que puedan formular las autoridades nacionales no tienen un carácter vinculante para la Comisión y, por tanto, ésta no se encuentra sujeta a un posible veto a su actuación inspectora.

³⁸ Sobre este punto, *vid.*, LI. CASES, *Derecho Administrativo de...*, cit., págs. 103 y ss.

Finalmente, puede señalarse que existe libertad de forma para la Comisión a la hora de escoger los medios por los que se practique este deber. Así lo ha admitido el TJCE en el asunto *Azko* en el que se estimó por válida la comunicación practicada simplemente por vía telefónica:

«En su segundo motivo, los demandantes sostienen que la decisión es ilegal porque fue adoptada sin que las autoridades nacionales competentes fueran oídas de conformidad con el apartado 4 del artículo 14 del Reglamento 17.

La Comisión subraya que ha presentado un acta que prueba que la autoridad neerlandesa competente fue efectivamente oída el 6 de noviembre de 1984. Además, una carta del Office of Fair Trading de 20 de diciembre de 1984, que figura igualmente en el expediente, prueba que la autoridad competente británica también fue regularmente oída. Es cierto que esta audiencia tuvo lugar por teléfono y sin que se levantara acta, pero según la Comisión no es necesario que se levante acta alguna.

Es exacto que los documentos aportados por la Comisión acreditan que las autoridades neerlandesas y británicas competentes fueron oídas antes de que se adoptara la decisión.

Poco importa que esta audiencia se efectuara de manera informal y, en el caso de las autoridades inglesas, por teléfono y sin que se levantara acta. En efecto, dado que el objetivo del apartado 2 del artículo 14 del Reglamento 17 es el de permitir que se efectúen verificaciones por sorpresa en las empresas sospechosas de haber infringido los artículos 85 y 86 del Tratado, debe permitirse a la Comisión tomar su decisión sin someterla a condiciones formales que tengan por objeto retrasar su adopción»³⁹.

Por lo tanto, la necesidad de que las autoridades nacionales sean consultadas con carácter previo a la actuación inspectora no precisa de un acto que revista una formalidad específica.

RESUMEN: Los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituyen la base jurídica para poder desarrollar un cuerpo normativo uniforme en la Unión Europea sobre la defensa de la competencia. Si bien la legislación sobre esta materia es competencia exclusiva de la Unión Europea la ejecución del Derecho de la Competencia se encuentra descentralizada entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia nacionales. Eso significa que tanto las autoridades comunitarias como las nacionales pueden aplicar directamente los artículos 101 y 102 del TFUE, lo que puede provocar disfunciones de cara a una aplicación uniforme y eficaz de las normas comunitarias de competencia. En el presente artículo se estudia, desde una perspectiva crítica, la ejecución del Derecho Comunitario de la Competencia por parte de las autoridades nacionales y comunitarias. Se examinan detenidamente los mecanismos de cooperación que articula el Reglamento 1/2003 para garantizar una correcta ejecución del Derecho Comunitario de la Competencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea, autoridades administrativas, ejecución Derecho Comunitario, coordinación interadministrativa, Derecho de la Competencia, procedimiento administrativo.

³⁹ STJCE de 23 de septiembre de 1986.

ABSTRACT: The legal basis to develop a European Competition Policy is established in articles 101 and 102 of the European Union Functioning Treaty. Even though the approval of legislation on competition affairs constitutes an exclusive competence of the European Union, the implementation of such rules are decentralized between the European Comisión and the national competition authorities. In order to ensure an effective enforcement of the European competition rules it is necessary to create proper cooperation mechanisms to oblige national competition authorities to apply articles 101 and 102 EUFT. This article focuses its attention in the legal analysis on the implementation of the rules of European Competition Policy laid down in Regulation 1/2003.

KEYWORDS: European Union Law, national competition authorities, enforcement of EU Law, administrative law cooperation mechanisms, Competition Law, administrative procedure.

LA PAC TRAS EL TRATADO DE LISBOA: PROCESOS LEGISLATIVOS ORDINARIOS Y ACTOS DE EJECUCIÓN

JAVIER GUILLEM CARRAU

Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes Valencianas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESPECIALIDAD Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA PAC: 1. Derecho en permanente evolución: 1.1. Los primeros mecanismos de la PAC. 1.2. Las sucesivas reformas de la PAC. 1.3. El futuro de la PAC. 2. Derecho agrario europeo: especialidad y autonomía: 2.1. La especialidad: 2.1.1. La Comitología. 2.1.2. La complejidad técnica y de gestión. 2.2. La autonomía: 2.2.1. La autonomía respecto a las normas de competencia. 2.2.2. La autonomía en el seno del Mercado único. III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PAC: 1. Objetivos de la PAC. 2. Primer pilar: los mercados (OCM y Pago único): 2.1. La OCM única y otros Reglamentos de base de la PAC: 2.1.1. La intervención pública en la oferta, la demanda y el precio de los productos. 2.1.2. La adopción de normas de comercialización y producción. 2.1.3. La creación de organizaciones de productores e interprofesiones. 2.1.4. La intervención pública en el comercio internacional. 2.2. El Pago Único. 3. Segundo pilar: el desarrollo rural. IV. LA FINANCIACIÓN DE LAS AYUDAS DE LA PAC: 1. Los fondos de la PAC: FEAGA y FEADER: 1.1. El FEAGA. 1.2. El FEADER. 2. La gestión compartida y el control. V. LA PAC EN ESPAÑA: 1. El reparto competencial. 2. La articulación de la PAC tras la reforma de 2003. 3. El desarrollo rural sostenible. 4. La gestión compartida de los fondos europeos. VI. DERECHO AGRARIO EUROPEO Y TRATADO DE LISBOA: 1. El procedimiento legislativo ordinario. 2. El desarrollo de la PAC: 2.1. Los actos delegados. 2.2. Los actos de ejecución. 3. Los cambios en la financiación de la PAC: 3.1. La supresión de la distinción entre los gastos obligatorios y los no obligatorios. 3.2. El nuevo procedimiento presupuestario anual. 3.3. La consolidación del marco financiero plurianual y de la disciplina presupuestaria. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha cambiado los procesos de decisión sobre política agraria en la UE. Los ejes del nuevo proceso de toma de decisión en la materia agraria en la UE pasan, en la faceta legislativa, por el procedimiento le-

gislativo ordinario (antigua codecisión) que será el empleado con carácter general para legislar sobre la materia. En la faceta ejecutiva, la separación entre los actos delegados y los de ejecución que realiza el Tratado de Lisboa reorienta la conocida Comitología comunitaria. Esta novedad del Tratado coincide con la entrada en vigor del nuevo régimen de los actos de ejecución y confirma una vuelta de tuerca para fortalecer el poder de la Comisión europea en el desarrollo de la PAC.

Estas novedades del Tratado acentúan la especialidad y la autonomía del Derecho agrario en los procedimientos y actos administrativos en la UE, que ha sido tradicionalmente argumentada por la doctrina.

Como es sabido, las intervenciones de la Administración europea en los sectores agroalimentarios se encuadran en dos pilares básicos, el de mercados y el de desarrollo rural. Sostenidos por los recursos financieros de la PAC, el desarrollo de los dos pilares de la PAC tienen su origen en un complejo marco jurídico en continua evolución y revisión cuya panorámica general dejan patente que la PAC se constituye en piedra angular de la propia identidad del proceso de integración europeo y en la primera política de la UE en términos presupuestarios y de producción normativa.

II. LA ESPECIALIDAD Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA PAC

1. Derecho en permanente evolución

La Política Agrícola Común sigue siendo la primera política de la UE por presupuesto ya que supone casi el cuarenta por ciento del presupuesto UE aproximadamente¹; y por derecho debido a la presencia de los objetivos de la PAC desde los Tratados fundacionales, por su primacía sobre otras políticas como la de competencia y por el gran volumen de Derecho derivado que representa.

Aunque escapa a los objetivos de este artículo un examen exhaustivo de la evolución de la PAC como política comunitaria, es de interés intercalar en el mismo una sucinta referencia a los puntos clave en el desarrollo de la misma para poder entender los procesos y actos administrativos que configuran en la actualidad el Derecho agrario de la UE².

¹ Pese a todo, el nivel de gasto en el sector agrícola como porcentaje del presupuesto de la UE se ha reducido drásticamente en años recientes, pasando de un máximo que llegó a rozar el 70% en los años setenta a tan solo un 34% en 2007-2013 (Véase: http://ec.europa.eu/agriculture/fin/budget/index_en.htm, accesible el 25.1.2012).

² Sobre la PAC en general véase los cursos de Tomás GARCÍA AZCÁRATE que están libremente accesibles en <http://tomasgarciaazcarate.eu/>. En cuanto a la bibliografía, con carácter general, véanse, entre otra, la siguiente doctrina académica: ARROYOS, C.: *desarrollo rural sostenible en la UE. El nuevo FEADER 2007-2013*, MAPYA- Ed. Mundiprensa, 2007; COMPES LÓPEZ, R. y GARCÍA-ÁLVAREZ COQUE, J. M.: *La reforma de la PAC y la agricultura española: alternativas y oportunidades para España*, nº 40/2009, OPEX- Fundación Alternativas, p. 62 y ss., accesible el 18.5.2010 en [http://www.falternativas.org/opex/documentos-opex/documentos-de-trabajo/\(search\)/simple](http://www.falternativas.org/opex/documentos-opex/documentos-de-trabajo/(search)/simple); LOYAT, J. y

La inclusión de la agricultura como uno de los elementos del mercado común tiene su origen en los intereses comunes de los países firmantes del Tratado de Roma. Varios de ellos necesitaban desarrollar su agricultura, otros asegurar su seguridad alimentaria. Estos intereses eran complementarios y de su convergencia nace el artículo 39 del Tratado de Roma. Este artículo marca los objetivos de la PAC dejando expresamente sin determinar qué tipos de instrumentos permitirían alcanzar dichas metas.

Los objetivos de la PAC contenidos en el Tratado fundacional son el incremento de la productividad agrícola, el mantenimiento de los niveles de vida justos para la población agraria, la estabilización de los mercados, la seguridad de aprovisionamiento, y la garantía de precios razonables a los consumidores.

1.1. Los primeros mecanismos de la PAC

En 1958, tuvo lugar la Conferencia de Stressa en la que los Estados miembros decidieron abordar la definición de los mecanismos de la PAC. Las conclusiones de esta Conferencia sirvieron de base para los primeros proyectos que la Comisión presentó al Consejo de Ministros en 1959 y que incorporaron a la PAC las medidas socioestructurales agrarias.

En 1962, se adoptaron las primeras disposiciones sectoriales de regulación de los mercados, las organizaciones comunes de mercado (OCM), con la creación de 6 organizaciones de mercado (cereales, cerdo, huevos, aves de corral, frutas y hortalizas y vino), el fondo europeo de orientación y garantía agrícola (FEOGA) y las normas de financiación.

A partir de 1964, se incorporan al acervo comunitario los regímenes de ayudas a favor de la modernización de las explotaciones agrarias, la prejubilación y la formación de los agricultores³. Junto a las ayudas a explotaciones agrarias ubicadas en zonas desfavorecidas, en 1985 se agruparon en una sola acción las nuevas acciones dedicadas al desarrollo de las zonas rurales, a la protección del medio ambiente y al bienestar de los animales.

PETIT, Y.: *La politique agricole commune*, La Documentation française, Paris, 1999; LEDENT, A. y BURNY, P.: *La politique agricole commune des origines au 3^e millènaire*, Les Presses Agronomiques de Gembloux, 2002, pp. 73 y ss.; MAHE, L. P. y ORTALO-MAGNE, F.: *Politique agricole: un modèle européen*, Presses de Sciences Po, Paris, 2001, pp. 207 y ss.; MASSOT, A.: *España ante la refundación de la Política Agrícola Común de 2013*, Documento de Trabajo 35/2009, 03/07/2009, accesible el 25.1.2012, en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/dt35-2009; OLMÍ, G.: *Politique Agricole Commune*, Commentaire Megret, n° 2, Institut d'Etudes européennes, ed. ULB, Bruxelles, 1991, pp. 71 y ss.

³ Estas medidas son el precedente de la política de estructuras de desarrollo rural y del actual fondo comunitario FEADER, destinado a los Programas de Desarrollo rural sostenible GRANADO MARTÍN, J. J.: «Prólogo» en la obra de Carlos ARROYOS *Desarrollo rural sostenible en la UE. El nuevo FEADER 2007-2013*, MAPYA- Ed. Mundiprensa, 2007, p. 3.

1.2. Las sucesivas reformas de la PAC

Con el fin de alcanzar mayor grado de cohesión interna e integración de la Europa Agraria en el seno de la Comunidad Europea, el mercado común agrícola se fundamentó desde su inicio en tres principios: el mercado único, la preferencia comunitaria y la solidaridad financiera.

Esta política consiguió sus objetivos pero también tuvo unos efectos secundarios no deseados: la fijación como precio único del precio del país donde el producto era más caro de producir y los enormes excedentes de productos agrarios. En este sentido, también el comportamiento de un consumidor de los años ochenta comenzaba a ser muy diferente al de uno de los años setenta, se empieza a valorar la calidad dietética higiénica o sanitaria de los productos, etc.

Todos estos factores suponen un cambio de la realidad sobre la que se diseñó la primera PAC, por ello, desde 1979 se han venido realizando reformas respecto a productos como la leche o la carne de bovino, o planteamientos respecto al futuro del mundo rural, siendo la reforma de la política agraria comunitaria de 1992, la llamada reforma McSharry, el primer paso en esa evolución.

Básicamente, la reforma de la PAC de 1992 estableció una serie de objetivos como fueron la adaptación de la producción a las necesidades del mercado mediante la reducción de la producción y de los precios para lograr una competitividad mayor en el mercado interior y mundial y la protección del medio ambiente como estrategia de desarrollo rural y de conservación de los recursos naturales.

La siguiente reforma de la PAC tiene su razón de ser en el documento conocido como Agenda 2000. Esta Comunicación sirvió para preparar la ampliación y fortalecimiento de la Unión Europea y fue presentada a los Jefes de Estado y de Gobierno en Luxemburgo en diciembre de 1997. En el capítulo III de la primera parte del documento, se abordaba la cuestión de la PAC y se apostaba por una agricultura más competitiva en los mercados mundiales, bajando los precios y más atenta con el consumidor, cuidando la seguridad y calidad de los alimentos⁴. La Agenda 2000 se entendió también como intento de la UE de ajustar la PAC a los compromisos comerciales de los Acuerdos de la OMC. No obstante, la opinión de la doctrina europea es común al considerar que la UE puso especial interés en la defensa de la PAC consistente en el apoyo a los precios y las ayudas por superficie y poco en la PAC consistente en el desarrollo rural y el fomento de una agricultura de calidad⁵.

Unos ejercicios más tarde, en el Consejo Europeo de 1999 en Berlín, se sentaron las bases de la siguiente reforma de la PAC, orientada a la reducción de los precios interiores para diversos productos agrícolas y que se compensaba sólo parcialmente

⁴ GUILLEM CARRAU, J.: *Agenda 2000: Una apuesta por conceptos de calidad agroalimentaria*, comunicación presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho Agrario, organizado por la Asociación Española de Derecho Agrario y la Cátedra de Derecho Agrario de la UPV, Valencia, octubre de 1998.

⁵ MAHE, L.P. y ORTALO-MAGNE, F.: *Politique agricole: un...*, p. 188.

esta bajada por medio de ayudas directas, no ligadas a la producción (ayudas por superficie cultivada y por cabeza de ganado). Fruto del Acuerdo de Berlín se produce el Acuerdo de Luxemburgo de 2003 que tiene como consecuencia que la gran mayoría de las ayudas directas no quedan ya vinculadas a la producción. Las ayudas sectoriales, recogidas hasta entonces en las diferentes OCM, inician un proceso de desacoplamiento del producto al productor.

Una de las consecuencias de las reformas de la PAC emprendidas tanto con la Agenda 2000 como en la reforma *mid-term* de 2003 fue el acento en los condicionantes medioambientales del Desarrollo Rural, que fue definido como segundo pilar de la PAC⁶.

Aunque la reforma de 2003 se planteó inicialmente como una revisión a medio plazo de la regulación procedente de la Agenda 2000, se produjo una profundísima reforma del régimen de las ayudas directas con el fin de reconducir todas las OCM a una única OCM y de desacoplar efectivamente de la producción el grueso de la ayuda, que debía quedar condicionada al cumplimiento de unos requisitos agroambientales y de gestión, para ser defendible ante la OMC⁷.

La reforma de la PAC de 2003 fue calificada como una «radical reescritura del diseño institucional de la agricultura» por sus áreas de influencia en el Derecho económico, en el de las competencias y niveles de decisión y en el de las relaciones jurídico-privadas⁸.

En 2007, la Comisión decidió preparar una nueva revisión de la PAC. La idea que subyacía en el conocido como «chequeo médico» de la PAC no era la de reinventar o reformar la PAC⁹, sino la de evaluar si funcionaba adecuadamente en una UE ampliada y en un contexto internacional cambiante¹⁰.

El «chequeo» no constituyó, por lo tanto, una reforma radical, sino un esfuerzo por perfeccionar y modernizar la PAC, mediante la progresiva desaparición de los instrumentos de sostenimiento de los precios y el establecimiento de una Organización Común de Mercado Única en el que las transferencias de renta a los agricultores y ganaderos se focalizan en el instrumento del pago único. De igual modo, el chequeo tuvo como consecuencia la consolidación del desaco-

⁶ Entre otros, véase: ARROYOS, C.: *Desarrollo rural sostenible en la UE. El nuevo FEADER 2007-2013*, MAPYA- Ed. Mundiprensa, 2007, p. 15; VATIER FUENZALIDA, C.: «Los cuatro ejes del desarrollo rural» *Revista de derecho agrario y alimentario*, segunda época, año XXIII, nº 48, ene-jun 2006, pp. 83-91.

⁷ DE LA CUESTA SAENZ, J. M.: «La reforma de la PAC y el pago único en su aplicación a España» *Revista de derecho agrario y alimentario*, segunda época, año XXIII, nº 48, ene-jun 2006, p. 29.

⁸ ALBISINI, F.: «Profili istituzionali nel Reolamento sul' Aiuto en el decreto di attuazioni per l'Italia, Agricoltura-Istituzioni», *Mercati*, nº 2 (2004), pp. 35 y ss.

⁹ MASSOT, A.: «La PAC tras el Health Check», *Papeles de Economía Española*, nº 117/2008, monográfico dedicado a la «Economía agroalimentaria. Nuevos enfoques y perspectivas», Fundación Cajas de Ahorros, pp. 210-226.

¹⁰ COM(2007) 722, de 20.11.2007.

plamiento de las ayudas del producto al productor y, de este modo, casi todas las ayudas cuyo acoplamiento parcial se dejó a decisión de los Estados miembros, así como la gran mayoría de las primas específicas vinculadas a la producción, se integrarían en el pago único entre 2010 y 2012.

En el marco del Desarrollo rural, se ha pasado de la financiación hasta 2006 a través de las dos secciones del FEOGA, Garantía y Orientación, al fondo FEADER que se dedica exclusivamente al desarrollo rural¹¹.

1.3. El futuro de la PAC

Actualmente, se ha iniciado el proceso de revisión de la PAC de cara al 2013. A escala europea, la situación está planteada en términos de reducción de presupuesto agrario, transparencia y competencia en el mercado interior; la adecuación de la PAC a los compromisos de la OMC y a los mercados internacionales y las nuevas demandas de los consumidores¹².

En el ámbito de la UE, después del 2013, la PAC habrá cambiado¹³. La cuestión es si se trata de otra reforma más a añadir a las de 2000, 2003 y 2008 o va a suponer un giro copernicano respecto al status quo actual.

Como contextualiza MASSOT, esta reforma se emprende en un contexto peculiar caracterizado por los siguientes factores de riesgo como los nuevos actores globales (G-20, OMC, países emergentes): la crisis alimentaria y financiera; la demanda alimentaria asiática, etc.; los nuevos compromisos internacionales (Kyoto por Copenhague respecto al cambio climático y la liberalización comercial de la Ronda de Doha); los cambios en la sociedad y agricultura europea (urbes y terciarios); y la progresiva mutación del marco institucional (proceso de adopción de actos por codecisión y cambios en la Comitología); los nuevos objetivos del Tratado de Lisboa (seguridad

¹¹ Arroyos, C.: *Desarrollo rural sostenible...*, p. 15.

¹² Las propuestas de la Comisión afectan al régimen de los pagos directos; a la OCM única; al desarrollo rural; a la financiación, gestión y control de los fondos; y a los pagos al sector vitivinícola. Están accesibles el 25.1.2012 en http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/legal-proposals/index_en.htm#

¹³ La Comisión preparó el paquete de reforma de la PAC tras el debate institucional iniciado por su comunicación La PAC en el horizonte de 2020: Responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentario (16348/10) y partiendo de la evaluación de impacto de las diversas políticas. Las nuevas normas entrarían en vigor el 1 de enero de 2014. En marzo de 2011, el Consejo tomó nota de las conclusiones de la Presidencia sobre la comunicación de la Comisión (7921/11) con el respaldo de una muy amplia mayoría de Estados miembros. Las conclusiones de la Presidencia sobre la comunicación siguieron a un cambio de impresiones inicial en noviembre de 2010 y a tres debates políticos que se celebraron en los Consejos de Agricultura de diciembre de 2010, enero y febrero de 2011 y en el Consejo de Medio Ambiente de marzo de 2011. Los debates políticos se centraron en los tres objetivos principales del futuro de la PAC determinados en la comunicación de la Comisión, concretamente: la producción viable de alimentos, la gestión sostenible de recursos naturales y la actuación respecto al clima, y el desarrollo territorial equilibrado (COMUNICADO DE PRENSA, sesión nº 3120 del Consejo Agricultura y Pesca Luxemburgo, 20 y 21 de octubre de 2011).

alimentaria, bienestar animal, etc.); las perspectivas financieras y nuevo marco financiero (2014/2020); las nuevas adhesiones (Croacia, Islandia,...); la puesta en marcha de la Agenda de Lisboa de fomento de la competitividad y del empleo, etc. Por eso, el nuevo modelo de apoyo a las explotaciones deberá ser más ajustado a los objetivos de la PAC y entallado al potencial sujeto beneficiario¹⁴.

En la PAC, se reitera, reforma tras reforma, la necesaria garantía de rentas de los agricultores o el mantenimiento de la población rural. Estos dos problemas cada vez son más graves y la disminución en número y en renta del sector productivo en su versión tradicional hace que el «poder» del mismo sea cada vez menor en términos absolutos.

Como la PAC que se va a desarrollar en el marco del Tratado de Lisboa será una PAC que permite avanzar mediante cooperaciones reforzadas en una UE a varias velocidades, tiene un gran riesgo, que es el de perder su identidad como política común.

2. Derecho agrario europeo: especialidad y autonomía

La especialidad y la autonomía del Derecho agrario europeo tienen su fundamento en los propios objetivos que el Tratado de Roma marcó para la PAC. Estos objetivos originarios determinan un proceso de toma de decisión agrario específico con base en la famosa Comitología y un conjunto normativo cuyo contenido es de gran complejidad técnica por su carácter agronómico, financiero y eminentemente intervencionista.

Una de las características del Derecho de la UE es su carácter identitario pues por medio del acervo comunitario se ha ido construyendo la identidad común de la UE. Singularmente, la PAC es de gran relevancia por su función identitaria ya que la agricultura siempre va ligada en todos sus Estados miembros a valores etnográficos, medioambientales y culturales, que van más allá de su valor en cifras como sector económico¹⁵.

2.1. La especialidad

2.1.1. La Comitología

El primer motivo para fundamentar esta especialidad es la llamada «Comitología» específica que se inserta en el proceso de toma de decisión comunitario para la adopción del Derecho derivado agrario. La famosa Comitología de la Comisión Europea tiene una importancia primordial en el procedimiento de adopción de actos en Bruselas. Los Comités se componen de representantes de cada país de la UE y están presididos por un funcionario de la Comisión. También son un foro de debate sobre las medidas y un canal de comunicación entre la Comisión y las autoridades nacio-

¹⁴ MASSOT, A.: *España ante la refundación...*, pp. 3 y 8.

¹⁵ Sobre el Derecho, la agricultura y la sociedad, véase el capítulo «Derecho y Agricultura en la sociedad moderna» en NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho Agrario*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 23 y ss.

nales. La función de los comités consiste en ayudar a la Comisión en la elaboración de los actos de ejecución. Según el procedimiento, ante el acto de ejecución que la Comisión somete al Comité, el dictamen favorable del mismo puede ser facultativo u obligatorio.

El desarrollo de las Organizaciones de mercados agrícolas, actualmente reconvertida en una OCM Única¹⁶, se ha realizado desde sus orígenes sobre esta base consultiva de Comités. Es sabido que cada Reglamento del Consejo que regulaba una OCM constituía la base jurídica reguladora de la producción, la comercialización y los regímenes de ayudas en cada uno de los sectores agrarios y que la articulación de todos los mecanismos de dicha OCM se realizaba con Reglamentos de la Comisión que pasaban por el filtro de la consulta a los Comités pertinentes. No obstante, pese a la complejidad de la PAC y su volumen presupuestario, en 2010, de los 259 Comités Consultivos existentes en la Comisión tan sólo 15 tenían que ver con la PAC¹⁷

Cuando se afirmaba que un Comité era consultivo como, por ejemplo, el Comité Consultivo forestal, la opinión del Comité no era vinculante para la Comisión. En las reuniones, ni siquiera se sometían los asuntos revisados por el Comité a votación.

Cuando se trataba de un Comité de gestión, sus informes eran requeridos generalmente para la ejecución de medidas relacionadas con la gestión de programas que afectan al presupuesto (incluidas la selección y gestión de los proyectos individuales) y para la ejecución de programas de la UES o gestión de las organizaciones comunes de mercado reguladas en reglamentos de la UE (art. 4 de la Decisión 1999/468)¹⁸.

Cuando el legislador de la UE determinaba la existencia de un Comité de reglamentación, por el mismo pasaban las medidas de aplicación relacionadas con la normativa vigente en toda la UE. En caso de opinión negativa o ausencia de opinión del Comité la Comisión debía someter una nueva propuesta al Consejo. Por ejemplo, este era el caso de las autorizaciones de comercialización de Organismos Genéticamente Modificados (art. 5 de la Decisión 1999/468).

Por último, en determinadas ocasiones, como en los casos de antidumping o alertas sanitarias, la Comisión adoptaba la Decisión y la comunicaba al Consejo (art. 6 de la Decisión 1999/468).

En el ámbito de la PAC, también existía la posibilidad de creación de los Comités de reglamentación con un procedimiento de reglamentación con control, que daba al Parlamento y al Consejo el derecho de veto, y se utilizaba cuando la medida de ejecución resultaba de un acto jurídico de base decidido conjuntamente por el Consejo y Parlamento, era de ámbito general o modificaba formalmente elementos no esenciales del acto jurídico de base o lo complementaba añadiendo elementos no esenciales.

Es importante establecer una distinción entre los comités de comitología, por un lado, y otros órganos, en particular, los «grupos de expertos» instituidos por la propia Comisión, por otro. Estos últimos proporcionan conocimientos técnicos a la Comi-

¹⁶ Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA (2011): Informe de la Comisión sobre los trabajos de los Comités en 2010 {SEC(2011) 1553 final} de 12.12.2011, COM(2011) 879 final.

¹⁸ Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 [DO L 184 de 17.7.1999, p. 23. texto modificado en virtud de la Decisión 2006/512/CE del Consejo (DO C 255 de 21.10.2006, p. 4)].

sión para elaborar y aplicar sus políticas, mientras que los comités de comitología asisten a la Comisión en el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la misma mediante actos jurídicos de base.

Respecto a los grupos de expertos, se hace preciso destacar la existencia de tres tipos de grupos. En primer lugar, los comités consultivos que funcionan con representantes de todos los campos profesionales y de escaso impacto en el contenido de las propuestas normativas. En segundo lugar, los comités científicos compuestos por académicos e investigadores que son de gran importancia en determinados ámbitos como la salud pública. Por último, los grupos de expertos de alto nivel a los que se solicita opinión sobre diversas orientaciones generales de la política de la UE.

Actualmente, según la información disponible en la Dirección General de Agricultura de la Comisión europea, en cuanto a los Comités de Gestión en el ámbito agroalimentario cabe citar, por ejemplo, el Comité de Gestión de la OCM única cuyos informes son necesarios para la adopción de los Reglamentos de la Comisión o del Consejo. La opinión negativa del Comité a la propuesta de la Comisión sirve de base para que el Consejo pueda modificar las medidas en un plazo no superior a tres meses. Este Comité sustituyó en 2008 a los diferentes Comités de Gestión por productos o sectores que existían hasta la adopción de la OCM única. No obstante, subsisten dos Comités de Gestión adicionales en el ámbito de la PAC, el de los pagos directos y el de gestión del desarrollo rural.

Respecto a los Comités consultivos de la PAC, ha de mencionarse la existencia del Comité sobre la red de datos contables agrarios (FADN), del Comité Permanente Forestal, del Comité de estructuras y desarrollo rural, del Comité sobre Fondos Agrarios, del Comité de Investigación Agraria y del Comité de conservación, caracterización y utilización de los recursos genéticos en la agricultura.

Por último, se debe señalar la existencia del Comité regulatorio de la OCM única, del Comité regulatorio del vino, del Comité permanente de DOP e IGP, del Comité permanente de ETG y del Comité permanente de agricultura biológica¹⁹.

Con el nuevo esquema del Tratado de Lisboa respecto a los actos de ejecución y el nuevo Reglamento de Comitología que han coincidido en el tiempo con la puesta en práctica del Reglamento de la OCM única se ha producido una situación de derecho transitorio singular en la Comitología de la PAC. En cuanto al tipo de procedimiento que exige la Comitología, no existe una regla general. Tradicionalmente, es en la norma que los crea donde se determina el procedimiento que corresponde a cada comité en función del carácter de las competencias de ejecución²⁰. También existen Comités que trabajan con varios procedimientos en función de cada asunto que se les somete²¹.

¹⁹ http://ec.europa.eu/agriculture/minco/regco/index_en.htm

²⁰ El artículo 2.1 del Reglamento 182/2011 dispone que «Un acto de base podrá disponer que se aplique el procedimiento consultivo o el procedimiento de examen, atendiendo a la naturaleza o a las repercusiones de los actos de ejecución cuya adopción se requiera».

²¹ Las cifras indican que aproximadamente el 16% de los comités (42 de 259) funcionaban exclusivamente con arreglo al procedimiento de reglamentación; les sigue en importancia un número

En 2010, los comités actuaron con arreglo a los procedimientos previstos en la Decisión 1999/468: procedimiento consultivo, de gestión, de reglamentación, de salvaguardia y de reglamentación con control pero, en 2011, entró en vigor una nueva norma de funcionamiento, el Reglamento de Comitología²², que deroga la citada Decisión y sustituye los procedimientos establecidos en la misma por solo dos procedimientos (consultivo y de examen). No obstante, la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Comitología no afectó al procedimiento de reglamentación con control (artículo 5 bis, de la Decisión de comitología), que seguirá siendo de aplicación para todos los actos de base que hagan referencia a ella hasta que dichos actos sean modificados oficialmente.

Existe un gran margen de maniobra en el seno de los comités. Como señala el artículo 3.4 del Reglamento CE 182/2011, hasta que el comité emita un dictamen, cualquiera de sus miembros podrá sugerir modificaciones, y el presidente podrá presentar versiones modificadas del proyecto de acto de ejecución. Además, el presidente debe procurar hallar soluciones que reciban el apoyo más amplio posible en el comité e informar al comité de la forma en que se han tenido en cuenta los debates y las sugerencias de modificación, en particular en lo que se refiere a las sugerencias que han contado con un amplio apoyo en el comité.

2.1.2. La complejidad técnica y de gestión

El segundo motivo en el que se basa la afirmación de la especialidad del Derecho agrario comunitario radica en la complejidad técnica de las normas de la PAC que se ponen de manifiesto con una simple revisión del prolijo sistema de Organización Común de Mercado y en las normas financieras que regulan la gestión de las fuentes de financiación de la misma.

A modo de ejemplo, simplemente de técnica normativa, cabe reseñar la versión consolidada del Reglamento de la OCM única y su complejo sistema de numeración e interconexión de preceptos. Así, para conocer la norma que se aplica a la extensión de norma de las interprofesionales a otros productores de la circunscripción económica hay que acudir al artículo 125 septies que remite al 125 bis, apartado 1, letra a) y al artículo 103 quáter, apartado 2, letra c), aunque «...la condición expresada en el párrafo segundo, letra a), no será de aplicación cuando se trate de las normas enumeradas en los puntos 1, 3 y 5 del anexo XVI bis. En este caso, la extensión de las normas no podrá aplicarse durante más de una campaña de comercialización». No es un trabalenguas aunque lo parezca, el legislador lo que quiso decir es que la extensión de normas a todos los operadores de la circunscripción económica sólo se puede dar en los supuestos y siguiendo el procedimiento establecido en el propio reglamento y sólo podrá ser por una campaña

más reducido de comités que operaban exclusivamente según el procedimiento de gestión (32). Sin embargo, la mayoría de los comités (el 54%) funciona con arreglo a varios procedimientos (141 de 259). Véase: COMISIÓN EUROPEA (2011): *Informe de la Comisión...*, p. 6.

²² De conformidad con el artículo 291 del TFUE, la Comisión adoptó el 9 de marzo de 2010 una propuesta de «Reglamento de comitología» [COM (2010) 83]. El Reglamento de comitología, es decir, el Reglamento (UE) n° 182/2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, fue adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 16 de febrero de 2011 y entró en vigor el 1 de marzo de 2011. DO L 55 de 28.2.2011, p. 13.

*cuando la norma sea sobre información de la producción, sobre comercialización y sobre promoción y comunicación en el contexto de la prevención y gestión de crisis*²³.

En particular, la singularidad y la especialidad del derecho agrario derivado es que abarca un amplio conjunto de normas de tipología compleja y con un alto grado de tecnicismo como son normas básicas para los pagos agrarios y las ayudas de desarrollo rural; preceptos que desarrollan las excepciones de aplicación de las normas de competencia; reglas de comercialización de productos; normas de armonización (Directivas de nuevo enfoque) y de notificación de normas técnicas; procedimientos de alerta alimentaria; sistemas de diferenciación del producto en la cadena agroalimentaria como son los Reglamentos DOP, IGP, ETG, BIO, etc.

Por eso, con carácter más amplio, la PAC puede llegar a ser la PAAC (Política Agraria y Alimentaria Común). En este contexto alimentario, la doctrina académica emplea el término el derecho de la «tecnialimentación» para describir el conjunto de normas que ponen de manifiesto las convergencias y divergencias de la puesta en práctica del principio de precaución y la estrategia normativa entre la pluralidad y la convergencia²⁴.

El coste administrativo de este complejo sistema ha sido evaluado en los entornos comunitarios y ha dado lugar al desarrollo de planes específicos de simplificación de las cargas administrativas de la PAC²⁵. Con carácter meramente indiciario, cabe señalar que el total del gasto administrativo de la PAC en los veintisiete Estados miembros es de 240 millones de euros por año (ejercicio 2009). Esta cantidad viene a representar el 4.7 por ciento del gasto público total en la PAC²⁶.

2.2. La autonomía

La autonomía del Derecho agrario comunitario se manifiesta por la primacía que se le reconoce en el ámbito del Derecho de la UE frente a otras ramas del mismo. Así, el Derecho agrario comunitario es una excepción a la aplicación de las normas de competencia contenidas en el Tratado y se aplica autónomamente en el seno del mercado único, donde se admiten ciertas excepciones a la libre circulación de mercancías.

²³ Véase la última versión consolidada del citado Reglamento, accesible el 25.1.2012 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2007R1234:20110101:ES:PDF>

²⁴ MAHIEU, S.: *Le droit de la société de l'alimentation*, Larcier, 2007, pp. 355 y 631.

²⁵ Accesible el 25.1.2012 en http://ec.europa.eu/agriculture/analysis/external/burden/index_en.htm

²⁶ COMISIÓN EUROPEA (2009): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 18 de marzo de 2009, titulada «Una PAC simplificada para Europa: un éxito para todos» [COM(2009) 128 final – no publicada en el *Diario Oficial*]. Véase también el informe de evaluación disponible el 25.1.2012 en http://ec.europa.eu/agriculture/analysis/external/rd-simplification/index_en.htm

2.2.1. La autonomía respecto a las normas de competencia

A escala comunitaria, para el examen de la aplicación de las disposiciones del Tratado relativas al Derecho de la competencia, hay que partir de que el propio legislador ha sido consciente que la realización de los objetivos de la Política Agrícola Común²⁷, no es compatible con la puesta en práctica de las normas de la competencia²⁸. Además, el propio artículo 42 del TFUE determina que el Parlamento Europeo y el Consejo tienen la capacidad de especificar qué reglas de Derecho de la competencia se aplican a la producción y comercio de los productos agroalimentarios²⁹.

En función de ello, el Consejo ha adoptado dos Reglamentos que afectan a la aplicación de las normas de competencia a la agricultura: el Reglamento CE nº 1234/2007 (OCM única) y el Reglamento CE nº 1184/2006³⁰.

En consecuencia, en relación con el sector agroalimentario, tras la descripción de este marco general es necesario matizar que el artículo 39 del TFUE, relativo a la política agrícola común, prevalece sobre el artículo 101 TFUE³¹.

²⁷ Entre otros, véanse: LEDENT, A. y BURNY, P.: *La politique agricole commune des origines au 3^e millénaire*, Les Presses Agronomiques de Gembloux, 2002, pp. 73 y ss.; MAHE, L.P. y ORTALOMAGNE, F.: *Politique agricole: un modèle européen*, Presses de Sciences Po, Paris, 2001, pp. 207 y ss.; OLMÍ, G.: *Politique Agricole Commune*, Commentaire Megret, nº 2, Institut d'Etudes européennes, ed. ULB, Bruxelles, 1991, p. 71 y ss.

²⁸ Entre otros, véase: *Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) 3/2006: EE: Derecho de la Competencia y Sector 200Agrario*. Prof. Dr. Anxo TATO PLAZA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo y el Prof. Dr. Fernando GARCÍA CACHAFEIRO, Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil Universidad de A Coruña, http://www.tgdcompetencia.org/estudios/est_3_2006_EE_dc_y_agricultura_es.pdf.

²⁹ Dispone el artículo 42.1 de TFUE que «...Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39».

³⁰ Hasta la adopción del Reglamento CE nº 1234/2007 (OCM única), esas disposiciones se recogían en el Reglamento CE nº 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de determinados productos agrícolas. Actualmente, el Reglamento OCM única es de aplicación a los productos del Anexo I del TFUE y el Reglamento CE nº 1184/2006 a los productos del Anexo I del TFUE con excepción de aquellos regulados por el Reglamento OCM única.

³¹ EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper «The interface between EU competition policy and the CAP: Competition rules applicable to cooperation agreements between farmers and the dairy sector», *DG Enterprise*, Bruselas, 16.02.2010, p. 4, accesible el 18.5.2010 en http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/working_paper_dairy.pdf. En el ámbito académico, entre otros, véase: BELLAMY & CHILD: *European Community Law of Competition*, Oxford, Sixth Edition, p. 1200; WHISH, R.: *Competition law, op. cit.*, pp. 855 y ss; WINKLE, W.: «The effect of european and national competition law on the agricultural sector», Ponencia al XXII European Congress and Colloquium of Agricultural Law, CEDR, 2003.

El propio legislador comunitario en el considerando 83 del Reglamento CE nº 1234/2007 establece que «... *De conformidad con el artículo 36 del Tratado, las disposiciones del capítulo del Tratado relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas solo en la medida determinada por el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 37, apartados 2 y 3, del Tratado. En las distintas OCM, la mayoría de las disposiciones sobre ayudas estatales han sido declaradas aplicables. Por otra parte, el Reglamento (CE) nº 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas desarrolla las disposiciones del Tratado aplicables a las empresas. En consonancia con el objetivo de crear un conjunto coherente de normas sobre la política de mercado, resulta apropiado incluir las citadas disposiciones en el presente Reglamento*».

Así, el legislador comunitario ha afirmado que las normas sobre la competencia relativas a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 101 del TFUE, así como las relativas a la explotación abusiva de posiciones dominantes, deben ser aplicadas a la producción y al comercio de productos agrícolas, en la medida en que su aplicación no dificulte el funcionamiento de las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas ni ponga en peligro la consecución de los objetivos de la PAC³².

Como señala la Comisión, es necesario precisar que el artículo 101 TFUE no se aplica si los acuerdos o prácticas no pueden afectar actual o potencialmente el comercio entre los Estados miembros³³.

La primera derogación del artículo 101 TFUE viene dada por la existencia histórica de las Organizaciones Nacionales de Mercado de productos agrícolas³⁴. De

³² Considerando 84 y artículo 175 del Reglamento CE nº 1234/2007.

³³ EUROPEAN COMMISSION (2010): Working Paper «The interface between...», *op. cit.*, p. 7.

³⁴ En el artículo 176 del Reglamento CE nº 1234/2007 se dispone que el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 175 del Reglamento que sean parte integral de una organización nacional de mercados o necesarios para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 42 TFUE. En particular, el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, y en virtud de los cuales no existe la obligación de aplicar precios idénticos, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del artículo 42 TFUE. En cuanto al procedimiento, previa consulta a los Estados miembros y audición de las empresas o asociaciones de empresas interesadas, así como de cualquier otra persona física o jurídica que considere apropiada, la Comisión tendrá competencia exclusiva, supeditada al examen del Tribunal de Justicia, para determinar, mediante decisión que deberá publicarse, qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones para la excepción. La Comisión llevará a cabo esa determinación, bien por propia iniciativa, bien a petición de la autoridad competente de un Estado miembro o de una empresa o asociación de empresas interesada. La publicación de la decisión deberá dejar constancia de los nombres de las

este modo, el Reglamento CE nº 1234/2007 (OCM única) y el Reglamento CE nº 1184/2006 excluyen la aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos de Organización nacional de mercado. Estos acuerdos tienen un valor residual ya que fueron sustituidos por las Organizaciones Comunes de Mercado y la pervivencia de las Organizaciones Nacionales se ha autorizado bajo ciertas condiciones, como en el caso de la Milk National Boards UK³⁵ o la organización nacional de mercado de la patata de la República francesa³⁶.

La segunda de las derogaciones de los preceptos del Tratado relativos a las normas de competencia viene determinada por el Reglamento CE nº 1234/2007 que excluye la aplicación del 101 TFUE a los acuerdos relativos a la realización de la PAC adoptados en desarrollo de todos los objetivos del artículo 39 TFUE³⁷.

La tercera de las excepciones a la aplicación del artículo 101.1 TFUE se contiene en el artículo 176.1 del Reglamento CE 1234/2007³⁸, en el que se excluyen de la órbita del 101.1 TFUE los acuerdos entre agricultores, asociaciones de agricultores o asociaciones de asociaciones de agricultores de un EM que afecten a la producción, almacenaje o venta de productos agrícolas, siempre que no incluyan una fijación de precios³⁹ ni cuenten entre las partes con los comerciantes⁴⁰, ni tengan como con-

partes y del contenido principal de la decisión. En ella se deberá tener en cuenta el interés legítimo de las empresas por que no se revelen sus secretos comerciales.

³⁵ Este Organismo fue disuelto el 31 de enero de 2002 mediante el Statutory Instrument 2002 No. 128 «The Milk Marketing Board (Dissolution)» Order 2002.

³⁶ Decisión de la Comisión, 18.12.1987, asunto IV/31.735, Nuevas patatas, DO L 59, 4.3.19888, p. 25.

³⁷ Si el acuerdo no tiene base expresa en la Organización Común del Mercado, no puede ser considerado «necesario» (Decisión de la Comisión Europea de 14.12.1998, asunto Sicasov). El acuerdo debe ser necesario para lograr todos los objetivos de la PAC (Asuntos acumulados T-70/92 y T-71/92, Florimex) (Véase, STJCE 14.5.1997, T-70/92 y T-71/92, Florimex BV and Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten v. Commission, [1997] ECR II-00693. Véase también la Decisión de la Comisión de 14.12.1998, asunto IV/35.280, Sicasov, OJ L 4, 8.01.1999, p. 27: «68. Lastly, it must be concluded that agreements which are not included among the means provided by the Regulation on the common organization for the attainment of the objectives set out in Article 39 of the Treaty are not necessary within the meaning of Article 2(1) of Regulation No 26/62. The common organization of markets in seeds does not provide for the conclusion of licensing agreements. 69. Accordingly, an exception under Article 2 of Regulation No 26 must be ruled out in this case and, by the same token, Article 85(1) of the Treaty is applicable». En el caso de la carne de vacuno francesa, los acuerdos adoptados sólo permitían garantizar alguno de los objetivos de la PAC y por eso no fueron considerados conformes a Derecho (Asuntos T-217/03 y T-245/03). Véase: EUROPEAN COMMISSION (2010): *Working Paper* «The interface between EU», *op. cit.*, p. 8.

³⁸ STJCE de 12.12.1995, asuntos acumulados C-319/93, C-40/94 y 224/94, Dijkstra [1995] Rec. I-04471, apartado 17.

³⁹ STJCE de 12.12.1996, asunto C-399/93, HG Oude Luttikhuis [1995] Rec. I-04515.

⁴⁰ Es necesario precisar que si en el acuerdo o práctica participa un tercero o asociaciones (Decisión de la Comisión de 26.11.1986, Asunto IV/31.204, Meldoc, DOCE L 348, 10.12.1986, p. 50).

secuencia la eliminación de la competencia ni impidan los objetivos de la PAC⁴¹.

Conviene mencionar, en este punto, que el Reglamento de la OCM única contempla la compatibilidad de determinados acuerdos de las interprofesionales agroalimentarias con el Derecho de la competencia, como es el caso de las conocidas extensiones de norma⁴².

En todo caso, para el sector agroalimentario no se excluye aplicación del artículo 102 TFUE, relativo al abuso de posición dominante, que no está permitido salvo que sea necesaria para garantizar los objetivos del artículo 39 del TFUE.

2.2.2. La autonomía en el seno del Mercado único

Como se ha afirmado en la introducción, desde sus inicios, la realización de los objetivos de la PAC ha sido compatibilizada con la realización del Mercado Único en el que siempre ha gozado de un régimen singular⁴³.

Los firmantes del Tratado de Roma se fijaron como objetivo la realización de un Mercado Común que permitiera el libre intercambio de productos y de factores de producción entre los Estados miembros con el objeto de incrementar la prosperidad económica y para contribuir a una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa. El Acta Única Europea (AUE) entra en vigor con el objeto de lograr la realización de un gran mercado interior reformulando

⁴¹ La definición de organización de productores consta en el artículo 122 del Reglamento CE n° 1234/2007 (Reglamento OCM única).

⁴² GUILLEM CARRAU, J.: «Singularidades de los mercados agroalimentarios ante el Derecho de la Competencia», en *El Derecho de la Competencia y el Sector Agroalimentario en la Comunidad Valenciana*, Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, Generalitat Valenciana, 2011, pp. 30 a 60.

⁴³ Los Estados miembros fundadores acordaron en Roma un Mercado Común que descansa sobre varios pilares. Uno de ellos era la libre circulación de mercancías y otros factores de producción. Posteriormente, el Acta Única Europea (AUE) fue adoptada, entre otros objetivos, con el de alcanzar un Mercado Interior por medio de realizar una revisión del concepto de Mercado Común y con el fin de lograr un Mercado Único. Asimismo, el Acta Única Europea insertó la mayoría cualificada para los asuntos relacionados con el Mercado interior cuando anteriormente debían ser adoptados por unanimidad. Cuando la armonización no se desarrolla desde las instancias comunitarias, los límites de la libre circulación de mercancías pueden ser establecidos por los Estados miembros mediante títulos como los derechos de propiedad intelectual, la salud pública, etc., y, a modo de ejemplo, pueden encontrarse más de 25 normas diferentes sobre la calidad, los componentes, etc., de un solo tipo de producto. En síntesis, como señaló el TJCE «*la notion de Marché Commun... vise à l'élimination de toutes entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur*» (Case 15/81, Schul, [1982] ECR 1409). Respecto al mercado común, entre otros: CRAIG, P. y DE BURKA, G.: *EU Law*, Second edition, Oxford University Press, 1998, pp. 548 a 785; DIEZ MORENO, F.: *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Civitas, 2005, pp. 421 y ss.; FAVRET, J.M.: *Droit Communautaire du marché intérieur*, Gaulino ed., Paris, 2000; MATTERA, A.: *El Mercado Único. Sus reglas. Su funcionamiento*, Madrid, 1991; MOUSSIS, N.: *Access to European Union*, 13 ed., European Study Service, Bruxelles, 2004; SWANN, D.: *The economics of the Common Market*, Penguin, 7ª ed. 1992, p. 11.

el término «Mercado Común» del Tratado fundacional para lograr un «Mercado Único» en la fecha del 31 de diciembre de 1992⁴⁴.

En los Tratados de Maastricht y de Amsterdam se incorporan disposiciones que contribuyen notablemente a la realización del Mercado interior, que queda configurado sobre dos principios básicos y complementarios: el principio de la libre circulación y el principio de libre competencia, que tienen por objeto garantizar la firmeza del mercado común y la integración de las economías de los Estados miembros. La armonización de las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que se presentan, quizás, como la tercera dimensión de mercado interior, no son sino uno de los medios de ejecución de dichos principios⁴⁵.

El principio de reconocimiento mutuo y la igualdad de trato han sido instrumentos fundamentales para la creación de la libre circulación de bienes en el mercado interior. En virtud del principio de reconocimiento mutuo, un EM no podría en principio prohibir la venta en su territorio de un producto legalmente fabricado y comercializado en otro EM, incluso si el producto ha sido fabricado según prescripciones técnicas o cualitativas diferentes a las que el EM receptor impone a sus propios productos. La derogación de este principio sólo se justifica, en condiciones estrictas, por exigencias imperativas del interés general⁴⁶.

Respecto a cómo se manifiesta la autonomía del Derecho agrario comunitario en la evolución del Mercado único es relevante subrayar que la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de mercancías tiene sus excepciones basadas en la salud pública, la propiedad intelectual o comercial, etc., cuya configuración legal forma parte del conjunto del Derecho agrario de la UE en sentido amplio⁴⁷.

⁴⁴ Antes de la finalización de periodo de transición, el 1 enero 1970, la Unión Aduanera se había alcanzado efectivamente ya que los contingentes habían sido suprimidos, se había garantizado la libre circulación de los trabajadores asalariados y el impuesto sobre el valor añadido se había generalizado. Pero a mediados de los ochenta, el Mercado Común todavía no se había conseguido ya que los intercambios entre los Estados miembros estaban obstaculizados por reglamentaciones técnicas nacionales relativas a los productos, por la persistencia de prácticas de competencia desleales, por el mantenimiento de tasas indirectas que obligaban a los operadores económicos a ajustarse a formalidades transfronterizas lentas y costosas y por el mantenimiento de controles de las personas y de los bienes en los puestos de aduanas interiores. La Comisión Europea propuso continuar y redoblar el esfuerzo de liberación de los intercambios en su Libro Blanco para la realización del Mercado Interior, que propugnaba la realización de un espacio sin fronteras interiores antes del 31 de diciembre de 1992 mediante la adopción de 300 directivas destinadas a suprimir las fronteras físicas, técnicas y fiscales a los intercambios comunitarios. Las nociones de Mercado Común, Mercado Interior y Mercado Único han sido reconocidas por la jurisprudencia comunitaria del siguiente modo: «*la notion de Marché Commun... vise à l'élimination de toutes entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur*» STJ-CE de 5.5.1982, Schul, 15/81, Rec. 1409.

⁴⁵ FAVRET, J.M.: *Droit Communautaire du...*, p. 17.

⁴⁶ BOSSIS, G.: *La sécurité sanitaire des aliments en droit international et communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 236.

⁴⁷ GUILLEM CARRAU, J.: *La protección de las denominaciones geográficas*, Monografías, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 187 y ss.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PAC

1. Objetivos de la PAC

Como ha sido señalado en el apartado anterior, los objetivos del Tratado de Roma que siguen presentes en el Tratado de Lisboa marcan la especialidad y autonomía del Derecho agrario europeo, que ha sido reconocida con carácter general por la doctrina académica⁴⁸.

Los principios generales de subsidiariedad y proporcionalidad delimitan igualmente el margen de actuación del legislador comunitario en el campo de la PAC. De conformidad con el artículo 4, apartado 2, letra d) del TFUE, el sector agrícola es un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. Ello significa que, cuando la Unión emprenda iniciativas legislativas, deberá respetar el principio de subsidiariedad (artículo 5, apartado 3, del TUE). En virtud del principio de proporcionalidad (artículo 5, apartado 4, del TUE), el contenido y la forma de la acción de la Unión no pueden superar lo que es necesario para el cumplimiento de los objetivos de los Tratados.

Junto a los objetivos originariamente señalados en el Tratado de Roma, por el proceso de integración comunitaria, se han ido desgranando una serie de principios específicos que fundamentan a la propia PAC como, entre otros, son el respeto a las reglas del Mercado único, la preferencia comunitaria y la solidaridad financiera.

2. Primer pilar: los mercados (OCM y Pago Único)

El legislador de la UE interviene desde los primeros Reglamentos de Organización Común de Mercado en la configuración de los mercados agroalimentarios, como excepción al Mercado único. Esta posibilidad ha llevado a la adopción de un número ingente de OCM que, actualmente, se encuentran recogidas en una única norma, que seguidamente se analiza.

No obstante, las ayudas al sector agroalimentario son mucho más amplias que las tradicionalmente identificadas como de mercados y estructuras, recogidas en la OCM única y en el Reglamento del pago único y en el Reglamento del FEADER. Por ejemplo, las ayudas a la promoción en países terceros, las ayudas a las actividades de promoción e información de la PAC, etc.⁴⁹.

Singularmente, el Derecho agrario comunitario permite a los propios operadores sectoriales agrupados en figuras como las Interprofesionales o los Consejos Regu-

⁴⁸ En este sentido, entre otros: ADAM, V: *La réforme...*, p. 135; LEDENT, A. y BURNY, P.: *La politique...*, p. 70; LOYAT, J. y PETIT, Y.: *La politique...*, p. 91; MAHE, L.P. y ORTALO-MAGNE, F.: *Politique...*, p. 135.

⁴⁹ Véase la página web de la Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea <http://ec.europa.eu/agriculture/>

ladores de las DOP o IGP la adopción de acuerdos de extensión de norma para la financiación de acciones comunes o el cobro de tasas, la adopción de reglas de comercialización, etc.

2.1. La OCM única y otros Reglamentos de base de la PAC

Como se afirmaba en la introducción de este apartado, la OCM regula la intervención pública en el mercado de productos agrícolas. La primera manifestación de dicha intervención es la alteración de las normas de la oferta y la demanda mediante la fijación de precios por la autoridad pública. Esta intervención se produce igualmente mediante la adopción de normas de comercialización.

2.1.1. La intervención pública en la oferta, la demanda y el precio de los productos

Por eso, se definen un conjunto de precios de referencia para determinados productos y, a su vez, el procedimiento de determinación de los precios de intervención con respecto a los precios de referencia, los periodos de apertura de las compras y las cantidades máximas⁵⁰. La comercialización de las existencias de intervención debe garantizar la estabilidad del mercado, la igualdad de acceso a las mercancías y la igualdad de trato para los compradores. Adicionalmente, el Reglamento contiene la ayuda al almacenamiento privado para determinados productos (nata y determinadas mantequillas y quesos) que puede ser extendida a otros productos (azúcar blanco, aceite de oliva, carnes frescas o refrigeradas de bovinos pesados, leche desnatada en polvo, quesos y carne de porcino, ovino y caprino).

La OCM única contempla también la posibilidad de que la UE pueda adoptar medidas especiales de intervención con carácter general, como por ejemplo, la financiación de la mitad de los gastos soportados por los Estados miembros en casos de enfermedades de animales y pérdida de confianza de los consumidores (art. 103 quater, apartado 2)⁵¹.

Un buen ejemplo de este tipo de intervenciones especiales es el Reglamento adoptado en 2011, debido a la conocida crisis de la Ecoli, por la Comisión para paliar la «pérdida repentina de confianza de los consumidores debido a los riesgos percibidos para la salud pública está causando una perturbación muy importante del mercado de las frutas y hortalizas de la Unión, especialmente en el caso de los pepinos, tomates, pimientos, calabacines y determinados produc-

⁵⁰ Se fijan los precios para los cereales, el arroz con cáscara (arroz «paddy»), el azúcar blanco y el azúcar en bruto, la carne de vacuno, la leche, la mantequilla, la leche desnatada en polvo y la carne de cerdo.

⁵¹ Algunos sectores (cereales, arroz y azúcar) disfrutaban de medidas específicas. En algunos sectores (especialmente los de plantas vivas, carne de bovino, porcino, ovino y caprino, huevos y aves de corral) pueden tomarse medidas comunitarias para favorecer la adaptación de la oferta a las exigencias del mercado.

tos de las familias de la lechuga y la escarola producidos en ella». Por cierto, desde el punto de vista de la alarma sanitaria, ésta finalmente quedó localizada en los brotes germinados de soja de una granja de Baja Sajonia y no en los pepinos de origen español⁵².

En algunos sectores, la intervención pública en el mercado llega incluso a la fijación de cuotas de producción por Estado miembro. Así, para el azúcar y la leche, se fijan las cuotas nacionales de producción, que los Estados miembros reparten entre sus empresas productoras. A su vez, estas empresas pueden transferirse cuota según las modalidades previstas en el Reglamento. La OCM única se ocupa también de la gestión de los excedentes de producción y de la imposición de tasas a los productores por parte de los Estados miembros.

Con carácter específico, en la OCM Única se establecen ayudas para la transformación de los sectores de los forrajes desecados y del lino destinado a la producción de fibras; para la producción de almidón y azúcar (medidas de restitución a la producción); para la leche y productos lácteos, aceite de oliva y aceitunas de mesa, y productos de la apicultura; y para el tabaco y la sericultura.

2.1.2. La adopción de normas de comercialización y producción

Otra de las facetas de la intervención pública en el sector agroalimentario que contempla la OCM Única consiste en que la Comisión puede establecer normas de comercialización o puesta en el mercado del aceite de oliva y las aceitunas de mesa, los plátanos y las plantas vivas. También pueden establecerse normas específicas de comercialización para la leche y los productos lácteos, las materias grasas, los huevos y la carne de aves de corral, el lúpulo, los aceites de oliva y los orujos de aceituna, los quesos y el alcohol etílico.

En la propia OCM Única se definen las modalidades de adopción y de aplicación de estas normas de comercialización y de producción, y se contemplan diversas excepciones a las mismas (arts. 113 y ss).

2.1.3. La creación de organizaciones de productores e interprofesiones

La OCM Única recoge la existencia de unas figuras jurídicas específicas del Derecho agrario de la UE que son las organizaciones de productores y las interprofesionales. De largo arraigo en la tradición francesa, estas figuras son incorporadas a las extintas OCM del sector de las frutas y hortalizas y de otros productos agroalimentarios singularmente considerados.

Actualmente, el Reglamento de la OCM Única regula la posibilidad de crear organizaciones de productores, con ciertas especialidades para los sectores del lúpulo, el aceite de oliva y las aceitunas de mesa (art. 122).

⁵² Reglamento de ejecución (UE) n° 585/2011 de la Comisión de 17 de junio de 2011 que establece, con carácter temporal, medidas excepcionales de apoyo al sector de las frutas y hortalizas, *DOUE* L 60, de 18.6.2011.

En cuanto a las organizaciones interprofesionales que reúnen a los representantes de las actividades económicas vinculadas a la producción, al comercio y/o a la transformación de los productos, éstas pueden crearse en los sectores del aceite de oliva, las aceitunas de mesa y el tabaco. La creación de estas organizaciones está sometida al cumplimiento de ciertas condiciones (art. 123) y cada Estado miembro ha desarrollado la figura jurídica de un modo propio⁵³.

2.1.4. La intervención pública en el comercio internacional

La OCM Única contempla también la posibilidad de la intervención pública en el comercio internacional de los productos agroalimentarios. En principio, la percepción de tasas de efecto equivalente a un derecho de aduana y las restricciones cuantitativas o las medidas de efecto equivalente están prohibidas en los intercambios con terceros países pero la Comisión tiene reconocida la facultad de exigir la presentación de certificados de importación para los productos de algunos sectores: cereales, arroz, azúcar, semillas, aceite de oliva y aceitunas de mesa, lino y cáñamo, plátanos, plantas vivas, carne de vacuno, carne de porcino, carnes de ovino y de caprino, carne de aves de corral, leche y productos lácteos, huevos y alcohol etílico de origen agrícola.

Los derechos de importación del arancel aduanero común se aplican a estos productos, aunque para algunos de ellos existen disposiciones particulares. Además, en algunos casos pueden suspenderse estos derechos o pueden aplicarse derechos adicionales.

De igual modo, los contingentes arancelarios de importación son administrados por la Comisión con el fin de evitar toda discriminación. Se aplican disposiciones especiales a las importaciones de mezclas de cereales, de arroz o de cereales y arroz y el derecho de importación se fija según la composición de la mezcla. Además, se establece un régimen preferencial para el azúcar y se fijan algunas condiciones de importación para el cáñamo y el lúpulo. Asimismo, la Comisión puede adoptar medidas de salvaguardia para las importaciones. En algunos casos, puede también suspender el recurso al régimen de perfeccionamiento activo para los productos de los sectores de los cereales, el arroz, el azúcar, el aceite de oliva y las aceitunas de mesa, la

⁵³ En el Ordenamiento interno, debe citarse la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias y Real Decreto 705/1997, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias, modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuya última modificación ha sido el Real Decreto 1668/2009, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias, aprobado por el Real Decreto 705/1997, de 16 de mayo. Sobre las interprofesionales agroalimentarias, entre otros, véase: CEBOLLA ABANADES, M.A.: «Las organizaciones interprofesionales agroalimentarias en la UE y en España» en *Noticias de la Unión Europea*, nº 302, marzo 2010, pp. 17-29; NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A. (Coord): *Introducción al Derecho agrario*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 617 y ss.; VVAA: *Derecho agrario y alimentario español y de la UE* (coord. AMAT LLOMBART, P.), UPV-Tirant lo Blanch, 2007, pp. 363 y ss.

carne de vacuno, la leche y los productos lácteos, la carne de porcino, las carnes de ovino y de caprino, los huevos, la carne de aves de corral y el alcohol etílico de origen agrícola.

En el ámbito de las exportaciones, la Comisión puede exigir la presentación de certificados de exportación para los productos de los sectores siguientes: cereales, arroz, azúcar, aceite de oliva y aceitunas de mesa, carne de vacuno, carne de porcino, carnes de ovino y de caprino, carne de aves de corral, leche y productos lácteos, huevos y alcohol etílico de origen agrícola.

Puede fomentarse la exportación de algunos productos mediante restituciones a la exportación, que cubren la diferencia entre los precios del mercado mundial y los de la UE. Éstas pueden diferenciarse según el destino y son fijadas por la Comisión periódicamente, teniendo en cuenta la evolución de los mercados comunitarios y mundiales. Disposiciones específicas regulan las restituciones a la exportación de la malta almacenada, de los cereales y de la carne de vacuno. Asimismo se regula la gestión de los contingentes de exportación en el sector de leche y productos lácteos y el tratamiento especial de la importación por los terceros países. También existen disposiciones especiales en materia de exportación de las plantas vivas y de suspensión del régimen de perfeccionamiento pasivo.

2.2. El Pago Único

Desde la reforma de la Política Agrícola Común (PAC) realizada en junio de 2003, las ayudas asociadas a la producción se han suprimido progresivamente e integrado en el Régimen de Pago Único (RPU)⁵⁴

Aunque alguno de los pagos directos a los agricultores aún se encuentra vinculado a la producción, la mayoría de las ayudas directas están disociadas, no vinculadas, a la producción, se condicionan a un conjunto de requisitos y su montante puede verse reducido por la modulación. El objetivo principal de este régimen de ayuda es garantizar una mayor estabilidad de ingresos a los agricultores. Estos, en adelante, reciben el mismo importe de ayuda independientemente de su producción, permitiéndoles así producir respondiendo a la demanda del mercado. El régimen de pago único también tiene por objeto mejorar la competitividad y sostenibilidad de la agricultura.

Para beneficiarse del régimen de pago único, los agricultores deben disponer previamente de derechos de ayuda, que deben declarar con hectáreas subvencionables. Los derechos de ayuda pueden transmitirse de un agricultor a otro bajo determinadas condiciones establecidas en la norma comunitaria.

⁵⁴ Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1290/2005, (CE) n° 247/2006 y (CE) n° 378/2007, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1782/2003.

En el «modelo histórico», los derechos se calculan sobre la base del importe de los pagos directos que cada agricultor recibe a lo largo de un periodo de referencia (generalmente los años 2000, 2001 y 2002; existe la posibilidad de otras opciones de cálculo en casos específicos o cuando se trata de integraciones posteriores). Los Estados miembros tienen la posibilidad de asignar los pagos a nivel regional. En tal caso, se determinarán límites máximos regionales, y las cantidades en ellos comprendidas se repartirán entre los agricultores de la región. El valor de sus ayudas se obtiene dividiendo la dotación entre el número de hectáreas declaradas el primer año de aplicación del sistema. Todos los derechos de ayuda de una misma región tienen el mismo valor unitario.

La doctrina académica representada por el profesor CONSTATO afirmó que nos hallamos ante un «verdadero derecho subjetivo a participar en el régimen, respecto del que la PAC no es discrecional y que podrá ser tutelado por la justicia ordinaria» y que «es un bien patrimonial del empresario que se extingue por el no uso; que es transferible bajo distintas reglas según se haya adquirido por ejercicio de la actividad agraria en el periodo de referencia o por el contrario de la reserva nacional; que puede transferirse con o sin tierra por compra venta y sólo con tierra por arrendamiento»⁵⁵.

El pago de las ayudas directas se condiciona al cumplimiento de un conjunto de requisitos en relación con la salud pública, la zoonosidad y la fitosanidad; el medio ambiente; y el bienestar de los animales. Abonado en dos plazos anuales, la Comisión puede autorizar anticipos al pago único»⁵⁶.

La modulación es un sistema de reducción obligatoria y progresiva de los pagos directos. Los pagos directos de un importe superior a 5.000€ se reducirán así de año en año según un determinado porcentaje hasta un 10% en 2012. Los importes correspondientes se transferirán al FEADER para reforzar los programas de desarrollo rural, especialmente las medidas relacionadas con el cambio climático, las energías renovables, la gestión del agua y la biodiversidad.

La norma del pago único contiene una serie de disposiciones relativas al asesoramiento a las explotaciones y al sistema integrado de gestión y control (SIGC) que debe crear cada Estado para gestionar las solicitudes de ayuda y garantizar, mediante controles administrativos y controles sobre el terreno, que los pagos se efectúan correctamente, prevenir y gestionar, si procede, las irregularidades y percibir las cantidades pagadas indebidamente⁵⁷.

Los Estados miembros constituirán una reserva nacional destinada a conceder derechos de ayuda a los nuevos agricultores y a los que se hallen en una situación

⁵⁵ CONSTATO, L.: «Sulla natura giuridica del regime di pagamento unico previsto dalla riforma della PAC», *Agricoltura-Istituzioni-Mercati*, nº 1 (2004), pp. 41 y ss. Nuestra doctrina académica se ha pronunciado en términos similares, véase: DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «La reforma de la...», p. 35.

⁵⁶ Véase, entre otros, DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «En torno a los límites en el desarrollo normativo de la condicionalidad de los pagos directos», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, segunda época, año XXV, nº 54, enero-junio 2009, pp. 83-93.

⁵⁷ DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «La reforma de la...», p. 43.

considerada especial, y a establecer derechos para agricultores propietarios en zonas sujetas a programas de reestructuración o de desarrollo.

Junto con el pago único, hay que citar un conjunto de ayudas que se agrupan en el llamado «paquete mediterráneo», fruto de las negociaciones en el Consejo de Ministros, que cerraron la reforma de la PAC de junio de 2003. En síntesis, este conjunto normativo reúne las disposiciones relativas a la integración de la ayuda a los sectores del tabaco, el lúpulo, los olivares y el algodón en el régimen de pago único⁵⁸.

3. Segundo pilar: el desarrollo rural

El desarrollo rural irrumpe formalmente en la PAC con la Agenda 2000 aunque, como hemos descrito anteriormente, la preocupación del legislador comunitario por actuar no sólo coyunturalmente en los mercados agrarios sino también estructuralmente en el sector agroalimentario llevó a adoptar las primeras medidas de acompañamiento de las de mercado, enfocadas al desarrollo rural sostenible, tras la Conferencia de Stressa. Tras las reformas de la PAC de junio de 2003 y de abril de 2004 se introduce un instrumento de financiación y de programación único, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), que sustituye a los anteriores FEOGA Garantía y FEOGA Orientación para mejorar la gestión y el control de la política de desarrollo rural, segundo pilar de la PAC⁵⁹.

Los objetivos de la política de desarrollo rural que el FEADER ha de contribuir a mejorar son la competitividad de la agricultura y la silvicultura; el medio ambiente y el paisaje; y la calidad de vida en las zonas rurales y la promoción de la diversificación de la economía rural.

Se parte del principio de cofinanciación de las acciones que se decidan a escala nacional por lo que la intervención del Fondo complementa las actuaciones nacionales, regionales y locales que contribuyen a las prioridades de la Comunidad.

El funcionamiento de la política de desarrollo rural parte de la elaboración y remisión a Bruselas de los Planes estratégicos nacionales para el periodo 2007-2013. El Plan nacional debe partir de una evaluación de la situación económica, social y medioambiental, y del potencial de desarrollo de las zonas rurales. En el Plan se determina la estrategia elegida para la acción común de la Comunidad y del Estado miembro, con arreglo a las orientaciones estratégicas comunitarias, y las prioridades temáticas y territoriales. Igualmente, el Plan contiene una lista de los programas de desarrollo rural mediante los cuales se ejecuta el plan estratégico nacional, y la asignación de los recursos del FEADER para cada programa. Adicionalmente, el

⁵⁸ Reglamento (CE) n° 864/2004 del Consejo, de 29 de abril de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n° 1782/2003 que establece normas comunes para los regímenes de ayudas directas en el marco de la política agrícola común y que establece algunos regímenes de ayudas en favor de los agricultores y que adapta el Reglamento con motivo de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia a la Unión Europea.

⁵⁹ Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

Estado miembro debe consignar en el Plan los medios destinados a garantizar la coordinación con los demás instrumentos de la política agrícola común, el FEDER, el FSE, el FC, el Fondo Europeo de Pesca y el Banco Europeo de Inversiones. Por último, el Plan incluirá si procede, el presupuesto necesario para alcanzar el objetivo de «convergencia» y una descripción de las disposiciones adoptadas y la indicación del importe destinado a la creación de la red rural nacional, que reúne a las organizaciones y a las administraciones que trabajan en el ámbito del desarrollo rural.

El desarrollo de los Planes nacionales se articula mediante programas de desarrollo rural que contienen medidas agrupadas en cuatro ejes determinados en el Reglamento FEADER, que son el eje 1 dedicado a la mejora de la competitividad del sector agrícola y forestal⁶⁰, el eje 2 relativo a la mejora del medio ambiente y del entorno rural⁶¹, el eje 3 sobre la calidad

⁶⁰ La ayuda en favor de la competitividad del sector agrícola y forestal consistirá en: a) medidas destinadas a reforzar los conocimientos y mejorar el potencial humano a través de: acciones de información y formación profesional, actuaciones que faciliten el establecimiento de jóvenes agricultores (personas de menos de 40 años que se establecen por primera vez como titulares de una explotación) y la adaptación estructural de sus explotaciones, la jubilación anticipada de los agricultores que deciden cesar sus actividades con el fin de transferir la explotación a otros agricultores y de los trabajadores agrícolas que deciden abandonar definitivamente toda actividad agrícola; entre otras cosas, se exige a los beneficiarios tener una edad mínima de 55 años por regla general y no haber alcanzado la edad normal de jubilación en el Estado miembro de que se trate, la utilización de los servicios de asesoramiento por los agricultores y los empresarios forestales y la creación de servicios de asesoramiento, de ayuda a la gestión agraria y de sustitución de personal en la explotación; la utilización de estos servicios debe contribuir a evaluar y mejorar los resultados de las explotaciones; b) medidas destinadas a reestructurar y desarrollar el capital físico: a modernización de las explotaciones agrícolas y forestales y la mejora de sus resultados económicos mediante la introducción, entre otros elementos, de nuevas tecnologías, el incremento del valor añadido de la producción primaria agrícola y forestal; en este campo, se apoyarán las inversiones dirigidas a reforzar la eficacia de los sectores de la transformación y comercialización de la producción primaria, simplificando las condiciones para beneficiarse de la ayuda a la inversión con respecto a las que están vigentes en la actualidad, la mejora y el desarrollo de las infraestructuras en relación con la evolución y la adaptación de los sectores agrario y forestal, la reconstitución de la capacidad de producción agrícola que haya resultado dañada por catástrofes naturales y la adopción de medidas preventivas adecuadas; c) medidas destinadas a mejorar la calidad de la producción y de los productos: ayudar a los agricultores a adaptarse a las exigentes normas que impone la normativa comunitaria, compensando parcialmente los costes en exceso o las pérdidas de renta que generan algunas nuevas obligaciones, alentar la participación de los agricultores en regímenes de promoción de la calidad alimentaria que den garantías a los consumidores acerca de la calidad del producto o del proceso de producción, aporten valor añadido a los productos primarios y favorezcan las salidas comerciales, apoyar las actividades de información y de promoción, impulsadas por las agrupaciones de productores, de los productos que sean objeto de regímenes de calidad alimentaria; d) medidas para los nuevos Estados miembros están previstas asimismo medidas transitorias relativas a: a) ayuda a las explotaciones de semisubsistencia en proceso de reestructuración, la ayuda a la creación de agrupaciones de productores, la ayuda a las explotaciones agrícolas que sean objeto de una reestructuración, incluida la diversificación hacia actividades no agrícolas.

⁶¹ La ayuda destinada a la ordenación del territorio debe contribuir al desarrollo sostenible, fomentando, en particular, que los agricultores y silvicultores gestionen las superficies de acuerdo con métodos compatibles con la necesidad de conservar los paisajes y el entorno natural y de proteger y mejorar los recursos naturales. Los principales elementos que deben tenerse en cuenta son la biodiversidad, la gestión de la *red Natura 2000*, la protección del agua y los suelos y las actuaciones para paliar los efectos del cambio climático. En este marco, el Reglamento prevé, en particular, ayudas

*de vida en las zonas rurales y diversificación de la economía rural*⁶² y el eje horizontal es el LEADER⁶³

En relación con este marco legal, la doctrina se preguntaba si este nuevo desarrollo rural era suficientemente verde, al destinar tres de sus cuatro ejes a conceptos económicos como la competitividad, la diversificación y la mejora de la calidad de vida⁶⁴.

El importe del apoyo comunitario al desarrollo rural, su desglose anual y el importe mínimo que se destinará a las regiones que pueden beneficiarse del objetivo de «convergencia» serán fijados por el Consejo. Éste adoptará su decisión por mayoría cualificada sobre la base de la propuesta de la Comisión y de conformidad con las perspectivas financieras para el período 2007-2013 y el Acuerdo interinstitucional sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario. En relación con la programación, los Estados miembros tendrán asimismo en cuenta los importes procedentes de la modulación.

Además, la Comisión velará por que las ayudas totales procedentes del FEADER y de otros fondos comunitarios, como el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Cohesión, respeten determinados parámetros económicos.

vinculadas a las desventajas naturales en las zonas de montaña y las restantes zonas desfavorecidas (designadas por los Estados miembros con arreglo a criterios objetivos comunes) o pagos agroambientales o en favor del medio forestal que cubran exclusivamente los compromisos que vayan más allá de las correspondientes normas obligatorias. También pueden concederse ayudas para las medidas de apoyo a las inversiones no productivas relacionadas con el cumplimiento de los compromisos agroambientales o en favor del medio forestal o a la consecución de otros objetivos agroambientales, así como las medidas destinadas a mejorar los recursos forestales con un objetivo medioambiental (ayuda a la primera forestación, a la instalación de sistemas agroforestales o a la reconstitución del potencial forestal y a la prevención de catástrofes naturales). Todo beneficiario que reciba ayudas para mejorar el medio ambiente y el espacio rural deberá respetar, en el conjunto de la explotación, los requisitos reglamentarios en materia de gestión (en los ámbitos de la salud, el medio ambiente y el bienestar animal) y las buenas condiciones agrícolas y medioambientales establecidas en el Reglamento relativo al régimen de pago único (Reglamento n° 73/2009).

⁶² Para contribuir a la diversificación de la economía rural, el Reglamento contiene medidas relativas a: la puesta en marcha de actividades no agrarias, el apoyo a la creación y desarrollo de microempresas, el fomento de actividades turísticas y la protección, valorización y gestión del patrimonio natural con vistas al desarrollo económico sostenible; la mejora de la calidad de vida en el medio rural, en particular, la renovación y desarrollo de los municipios rurales y la conservación y valorización del patrimonio rural; la formación profesional de los actores económicos en los ámbitos anteriormente citados; y la adquisición de competencias y las iniciativas de animación con vistas a la preparación y ejecución de una estrategia local de desarrollo.

⁶³ La ayuda destinada al eje LEADER está dirigida a: la adopción de estrategias locales de desarrollo mediante asociaciones entre el sector público y privado, denominadas «grupos de acción local». Las estrategias, aplicadas a territorios rurales bien delimitados, deben alcanzar los objetivos de al menos uno de los tres ejes anteriores; y los grupos de acción local también pueden llevar a cabo proyectos de cooperación interterritoriales o transnacionales.

⁶⁴ VATTIER FUENZALIDA, C.: «Los cuatro ejes del...», p. 90.

En el marco de la gestión compartida entre la Comisión y los Estados miembros, corresponde a estos últimos designar para cada programa de desarrollo rural una autoridad de gestión, un organismo pagador y un organismo de certificación. También son responsables de la información y de la publicidad relativas a las operaciones cofinanciadas. Además, cada Estado miembro debe establecer un comité de seguimiento para supervisar la eficacia de la ejecución del programa. La autoridad de gestión de cada programa debe, asimismo, remitir a la Comisión un informe anual sobre la ejecución del programa.

La política y los programas de desarrollo rural son objeto de evaluaciones a priori, intermedias y a posteriori, destinadas a reforzar la calidad, eficiencia y eficacia de la aplicación de los programas de desarrollo rural.

IV. LA FINANCIACIÓN DE LAS AYUDAS DE LA PAC

1. Los fondos de la PAC: FEAGA Y FEADER

Actualmente, la financiación de la PAC se realiza con cargo a dos fondos comunitarios: el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER). El Reglamento CE 1290/2005, del Consejo, de 21 de junio, regula un sistema de funcionamiento similar para ambos fondos aunque cada uno tiene ciertas singularidades⁶⁵.

1.1. EL FEAGA

El objeto fundamental del fondo comunitario conocido como FEAGA es financiar en gestión compartida entre los Estados miembros y la Comisión un conjunto de ayudas de la PAC.

Este conjunto de ayudas se determina exactamente por el Derecho comunitario y abarca las siguientes: las restituciones fijadas por exportación de productos agrícolas a terceros países; las intervenciones destinadas a la regularización de los mercados agrarios; los pagos directos a los agricultores establecidos en el ámbito de la PAC; algunas medidas de información y promoción de los productos agrícolas en el mercado interior de la Comunidad y en los terceros países realizadas por los Estados miembros; los gastos relacionados con las medidas de reestructuración de la industria azucarera, con arreglo al Reglamento (CE) n° 320/2006 del Consejo; y los programas de promoción del consumo de frutas en los colegios.

De igual modo, es el fondo FEAGA el que financia de modo centralizado un conjunto de gastos derivados de la PAC.

Entre los gastos financiados directamente desde Bruselas se debe hacer constar los siguientes: la participación financiera de la Comunidad en medidas veterinarias específicas, medidas

⁶⁵ DOUE.

de control veterinario y de los productos destinados a la alimentación humana y animal, programas de erradicación y vigilancia de las enfermedades animales y medidas fitosanitarias; la promoción de productos agrícolas efectuada directamente por la Comisión o por mediación de organizaciones internacionales; las medidas, adoptadas de conformidad con la normativa comunitaria, destinadas a garantizar la conservación, la caracterización, la recogida y la utilización de recursos genéticos en agricultura; la creación y mantenimiento de los sistemas de información contable agraria; los sistemas de investigación agraria; los gastos relativos a los mercados de la pesca.

En cuanto al funcionamiento de este fondo, la Comisión, en forma de transferencias mensuales, envía a los Estados miembros los montantes económicos necesarios para cubrir los gastos financiados por el FEAGA.

La realización del pago de la Comisión se hace sobre la base de una declaración de gastos y de los datos facilitados por los Estados miembros. En caso de disconformidad de los compromisos de fondos con las normas comunitarias, la Comisión puede decidir la reducción o la suspensión de los pagos. Esto es posible porque, por un lado, se fija un saldo neto disponible para los gastos del FEAGA y, por otro, se establece un sistema mensual de alerta y seguimiento de los gastos. En caso de irregularidades o negligencias, los importes recuperados se abonan a los organismos pagadores, que los contabilizan como ingresos del FEAGA en el mes de su cobro efectivo.

La norma comunitaria obliga a la Comisión a presentar ante el Parlamento Europeo y el Consejo un informe mensual de evolución de los gastos efectuados respecto a los perfiles iniciales y la valoración de la ejecución previsible para el ejercicio en curso.

1.2. EL FEADER

El FEADER ha supuesto una simplificación administrativa, de programación y de gestión respecto al anterior modo de funcionamiento. No obstante, las deficiencias presentadas en su coordinación con los fondos estructurales FEDER y Fondo Social Europeo han hecho que la programación de los mismos con el FEADER vuelva a ser integrada a partir de 2013.

Por su objeto, este fondo se ocupa, únicamente en gestión compartida, los programas de desarrollo rural ejecutados de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1698/2005 del Consejo.

Respecto a su funcionamiento, los compromisos presupuestarios correspondientes se efectúan por tramos anuales en forma de prefinanciaciones, pagos intermedios y pagos del saldo.

Los pagos intermedios se abonan para cada programa de desarrollo rural, en función de las disponibilidades presupuestarias, dentro del límite de los topes establecidos por la legislación y tras sumarles las cantidades fijadas por la Comisión en aplicación de las disposiciones previstas para los pagos directos a los agricultores y para el mercado de la viticultura. Dichos pagos se efectúan si se cumplen determinados requisitos, por ejemplo, el envío a la Comisión de una declaración de gastos y de una solicitud de pago certificadas por el organismo pagador autoriza-

do. En caso de disconformidad de dicha declaración con las normas comunitarias, la Comisión puede decidir la reducción o la suspensión de los pagos.

En caso de irregularidades, la financiación comunitaria se suprime total o parcialmente o, si los fondos ya han sido abonados al beneficiario, son recuperados por el organismo pagador autorizado. Los importes suprimidos o recuperados pueden ser reutilizados por el Estado miembro para operaciones incluidas en el mismo programa de desarrollo rural.

En lo que se refiere al pago del saldo, sólo se efectúa tras la recepción del informe final de ejecución relativo a la aplicación de un programa de desarrollo rural y de la decisión de liquidación de cuentas correspondiente. En caso de no presentarse los documentos necesarios, el saldo queda liberado automáticamente.

2. La gestión compartida y el control

Como ya ha sido mencionado en la introducción de este estudio, la financiación de las medidas de la PAC, tanto la parte de mercados y pago único como la de desarrollo rural, corresponde en parte a la gestión compartida, por lo que el texto reglamentario especifica las condiciones que permiten a la Comisión cumplir sus responsabilidades en materia de ejecución del presupuesto general y aclara las obligaciones de cooperación que incumben a los Estados miembros.

Los fondos FEAGA y FEADER se caracterizan por ser fondos de gestión compartida entre los Estados miembros y la Comisión. En particular, esto significa que los Estados miembros designan unos organismos pagadores, a escala nacional o regional, que serán los responsables de comprobar que las solicitudes de ayuda cumplen los requisitos reglamentarios. Por su parte, la Comisión debe reembolsar a los Estados los gastos efectuados por los organismos pagadores en los plazos que se establece por el Reglamento para cada fondo y, además, es la responsable del control de la corrección de los procedimientos de liquidación de los mismos.

Por las competencias que tiene asignadas en el entramado institucional de la UE, la Comisión vela por una gestión financiera correcta de los fondos comunitarios, mediante un procedimiento de liquidación de cuentas que consta de dos fases: liquidación contable y liquidación de conformidad.

El correcto funcionamiento del sistema de control pasa por que los Estados miembros entreguen a la Comisión todos los datos necesarios sobre el funcionamiento correcto de los fondos. Además de los controles efectuados por los Estados miembros con arreglo a su normativa nacional, la Comisión puede efectuar controles sobre el terreno. Como es evidente, en el marco del FEAGA y del FEADER, los pagos destinados a un Estado miembro se podrán reducir o suspender si se observan deficiencias graves y persistentes⁶⁶.

⁶⁶ La norma de aplicación es el Reglamento (CE) n° 1848/2006 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pa-

Los nombres de los beneficiarios de los fondos agrícolas deben publicarse a posteriori, así como los importes que hayan recibido aunque, como advierte la propia Comisión en el aviso de su página web donde figura esta información, tras las sentencias del TJCE sobre la citada normativa, solamente se publican los datos de los beneficiarios personas jurídicas⁶⁷.

Por último, el Tribunal de Cuentas Europeo, en el ámbito de la PAC, desarrolla una labor de examen y detección de los supuestos de incorrecciones de manera selectiva. Entre los ejemplos de esta función revisora, en el informe del ejercicio 2010, se hizo constar que, en Castilla-La Mancha y en Extremadura, se habían registrado en el LPIS como elegibles zonas de pasto permanente, incluso con bosque, roquedos, etc. En el mismo informe, se refería que, en Francia, una empresa azucarera declaró haber desmantelado una unidad de producción (y recibía la ayuda del plan de reestructuración que debía pasar al productor de remolacha) pero, a su vez, afirmaba que la capacidad de producción pasaba de 70 a 93 toneladas para recibir la ayuda directa.

gadas en el marco de la financiación de la política agrícola común, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito, y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 595/91 del Consejo. En el Reglamento 1848/2006, se prevé la notificación trimestral a la Comisión de los casos de irregularidad (cuyo impacto sea superior a 10.000 euros) detectados por los Estados miembros. Éstos deben también informar a la Comisión sobre los procedimientos nacionales encaminados a imponer sanciones administrativas o penales así como –previa petición de la Comisión– sobre el desarrollo de los procedimientos de recuperación contra los beneficiarios que cometieron irregularidades en detrimento de los fondos comunitarios FEAGA y FEADER. De igual modo, la norma prevé la obligación de los Estados miembros de comunicar inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros afectados cualquier irregularidad que pueda tener repercusiones fuera de su territorio o que ponga de manifiesto el empleo de una nueva práctica irregular. En el marco de la comitología comunitaria, el comité de coordinación de la lucha antifraude (Cocolaf) es informado anualmente por la Comisión de los datos recogidos en virtud del Reglamento (CE) n° 1848/2006.

⁶⁷ La obligación de transparencia deriva del cumplimiento del artículo 44 bis del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, modificado por el Reglamento (CE) n° 1437/2007 del Consejo y Reglamento (CE) n° 259/2008 de la Comisión, modificado por el Reglamento (UE) n° 410/2011 de la Comisión. No obstante, el aviso literal de la Comisión es el siguiente: «...En la sentencia dictada en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09 con respecto a la obligación de publicar datos relativos a los beneficiarios de fondos agrícolas europeos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la publicación de datos de carácter personal referentes a personas físicas, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas, es desproporcionada. Por consiguiente, el Tribunal declara inválidas las disposiciones correspondientes.

Por razones de transparencia y a la espera de que el Parlamento y el Consejo adopten nuevas normas que tengan en consideración las objeciones formuladas por el Tribunal, se ha modificado el Reglamento (CE) n° 259/2008 para limitar la obligación de publicar información sobre los beneficiarios de las ayudas de la PAC a las personas jurídicas.

La Comisión Europea mantiene esta página web para facilitar el acceso público a la información. Las páginas web enlazadas dependen de los Estados miembros de la Unión Europea, no de los servicios de la Comisión, y la responsabilidad de su contenido es exclusivamente de los Estados miembros correspondientes. La Comisión Europea no puede garantizar el carácter exacto o completo de los datos o de la información ni acepta responsabilidad alguna por su utilización», accesible en http://ec.europa.eu/agriculture/funding/index_es.htm

V. LA PAC EN ESPAÑA

Las normas de la PAC después de la reforma de 2003 dejan un amplio margen de maniobra a los Estados miembros para que, cada uno, en función de su realidad nacional, elija los mecanismos y la forma en la que aplican los compromisos acordados en el contexto de la UE⁶⁸.

Como señala Massot, España se ha caracterizado por su prudencia en los sucesivos procesos de reforma de la PAC, más preocupada por los saldos financieros resultantes y por mantener el status quo entre sectores y Comunidades Autónomas que de encontrar un modelo de apoyo más coherente con sus estructuras y más legitimado social e internacionalmente⁶⁹.

1. El reparto competencial

Caracterizado inicialmente por las notas de apertura y flexibilidad⁷⁰, es conocido que el modelo de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se delimita en los artículos 148, 149 y 150 de la Constitución⁷¹. Se configura pues un Estado políticamente descentralizado con un sistema de distribución territorial de competencias, que ha sido concretado por obra del Tribunal Constitucional, como pieza capital del sistema⁷².

⁶⁸ Entre otros, coinciden en esta apreciación: DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «La reforma de la PAC y el pago único», p. 33; LÓPEZ BARRERO, E.: «Una visión desde España de la PAC y las normas agrícolas de la OMC», *Revista de derecho agrario y alimentario*, segunda época, año XXIII, n° 51, Jul-dic. 2007, p. 18.

⁶⁹ MASSOT, A.: «España ante...», p. 3.

⁷⁰ BIGLINO CAMPOS, P.: «Reforma de la Constitución, reforma de los Estatutos de Autonomía y configuración del Orden de Competencias» en *Revista de las Cortes Generales*, segundo cuatrimestre 2005, n° 65, pp. 7-31.

⁷¹ Según Aja, la Constitución de 1978 consagra un modelo de Estado Autonómico, cuya división de poderes es comparable a los sistemas federales europeos, en el que el reconocimiento de una autonomía garantizada constitucionalmente permite a las nacionalidades y regiones que los componen la autonomía para la creación de instituciones representativas propias, no dependientes del poder central. Esta nueva forma de organización territorial del Estado permitió que los entes territoriales autónomos, Comunidades Autónomas, pudieran asumir en sus normas institucionales básicas, Estatutos de Autonomía, las competencias exclusivas en determinadas materias, entre ellas la agricultura, para ejercer la iniciativa legislativa en su territorio de acuerdo con la ordenación general de la economía (AJA, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y Hechos diferenciales*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 239).

⁷² Entre otros, véase: ARAGÓN, M.: «La construcción del Estado autonómico» en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 1, 20006, www.iustel.com, pp. 15-38; MUÑOZ MACHADO, S.: «Pactismo y soberanía en la organización territorial» en *El Futuro del modelo de Estado*, coord. por ÁLVAREZ CONDE, IMAP, Madrid, 2007, pp. 13-27.

Como señala la doctrina, la competencia en materia de agricultura y ganadería se deja a disposición de ser asumida por las Comunidades Autónomas. El Estado queda como responsable a nivel internacional, en la UE y en la OMC, del cumplimiento de los compromisos asumidos y ejercer competencias legislativas sobre la materia con carácter básico⁷³.

A esto debe añadirse que, fuera de los casos en los que el Estado tiene la facultad de dictar legislación básica, la intervención estatal debería ser subsidiaria, y tendrá carácter supletorio aquella normativa estatal que alcance ámbitos ya cubiertos por una normativa autonómica. Entre otros, la «ordenación general de la economía»⁷⁴, «propiedad industrial»⁷⁵, «comercio exterior» o «sanidad» son títulos competenciales que la Constitución atribuye al Estado y que pueden tener efecto delimitador de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en esta materia que nos ocupa⁷⁶.

En este contexto, existen competencias exclusivas del Estado que inciden en el régimen jurídico de la Política Agraria en sentido amplio como son: las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18^a); la propiedad industrial (art. 149.1.9^a); el comercio exterior (art. 149.1.10^a); la sanidad exterior y las bases y coordinación general de la Sanidad⁷⁷. Asimismo, conviene señalar la conexión existente entre la defensa de los consumidores que la Constitución encomienda a todos los poderes públicos y la garantía de la veracidad de las informaciones que reciben mediante una correcta aplicación de las normas de rango inferior⁷⁸.

En todo caso, conviene recordar que el sistema de reparto competencial fue alterado con la adhesión de España a las Comunidades Europeas. La incorporación de España a las Comunidades Europeas determinó la necesidad de adoptar el acervo comunitario en virtud de la primacía del mismo sobre los ordenamientos estatales⁷⁹. Coello Martín describe este fenómeno como la nueva centralización inducida por la legislación comunitaria⁸⁰.

⁷³ Entre otros véase: NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: *Introducción al ...*, p. 144; LÓPEZ BARRERO, E.: «Una visión desde...», p. 19.

⁷⁴ Al respecto *vid.* STC 186/1988 de 17 de octubre.

⁷⁵ Al respecto *vid.* STC 11/1986 de 28 de enero.

⁷⁶ GUILLEM CARRAU, J.: «Las denominaciones de origen y las reformas estatutarias» en *Parlamento y Constitución*, n° 12, 2009, pp. 149-191.

⁷⁷ LÓPEZ BENITEZ, M.: *Las Denominaciones de Origen*, CEDECS, Barcelona, 1996, p. 101.

⁷⁸ STS de 29.9.1990, RJ 1990, 7302.

⁷⁹ GUILLEM CARRAU, J.: «Las denominaciones...», p.

⁸⁰ Entre otros, véase: NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: *Introducción al...*, pp. 105 y ss. COELLO MARTÍN, C., HERNÁNDEZ AMADO, R. y PINO TARRAGONA, G.: «La política vitivinícola» en *Derecho Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja*, Parlamento de La Rioja-Thomsom Aranzadi, 2007, pp. 131-156 p. 133.

2. La articulación de la PAC tras la reforma de 2003

Básicamente, la reforma de la PAC 2003 entra en vigor en España a partir de 2006 con la puesta en práctica del pago único, del que sólo quedan fuera la ayuda a las semillas y los pagos directos en las I. Canarias. Las singularidades de la aplicación de la reforma en España se ponen de manifiesto por la condicionalidad ambiental de las ayudas, la modulación de las mismas para incrementar presupuesto desarrollo rural y la aplicación del pago único en base al modelo histórico, que concreta el valor de los derechos que dan lugar a la ayuda en el referente del nivel de ayuda que venían recibiendo individualmente en el periodo de referencia.

De este modo, se configura en nuestro Ordenamiento un sistema de pago único desacoplado de la producción⁸¹.

Desde el punto de vista jurídico formal, es necesario señalar que el pago único se articula en el Real Decreto 66/2010, que tiene su base en el artículo 120 Ley 62/2003 y en la Disposición final 6 Ley 45/2007, para el desarrollo sostenible del medio rural. Este marco permite la aplicación uniforme de las normas comunitarias⁸².

Desde el punto de vista jurídico material, la objeción que se realiza fundamentalmente radica en que, al ser desacoplado, la percepción de la ayuda se produce sin tener en cuenta la producción. Esto es, se puede llegar a cobrar ayudas sin producir, sin actividad económica. El importe de referencia de cada productor es la media trienal de las percibidas por los distintos regímenes de ayuda en el periodo de referencia aunque puede reducirse para proveer la reserva nacional si se supera el límite nacional o por la modulación, que ya ha sido explicada anteriormente.

Desde la perspectiva del desarrollo de las actividades agrarias, para parte de la doctrina, la aplicación de la PAC ha encorsetado el avance de las actividades típicas de la agricultura española, al tratar de orientar su futuro impulsando el segundo pilar, el del desarrollo rural⁸³.

⁸¹ El marco jurídico del Pago Único en el Ordenamiento jurídico interno se configura con el Real Decreto 1680/2009 sobre la aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas en el mismo a partir del año 2010. Las normas de requisitos medioambientales están contenidas en el Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, por el que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la PAC, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo. Adicionalmente, son de referencia el Real Decreto 520/2006, de 28 de abril, por el que se regulan las entidades que presten servicio de asesoramiento a las explotaciones agrarias y la concesión de ayudas a su creación, adaptación y utilización; y el Real Decreto 198/2009, de 23 de febrero, por el que se establece la normativa básica relativa al régimen de ayudas en el sector de los forrajes desecados. Entre otros, véase: AMAT LLOMBART, P.: «Desarrollo del Derecho agrario del Siglo XXI en el marco de la UE y de España y valoración de las tendencias jurisprudenciales y de política legislativa», *Revista de derecho agrario y alimentario*, segunda época, año XXIV, nº 53, Jul-dic. 2008, p. 9-36; DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «La reforma de la PAC...», p. 35; LÓPEZ BARRERO, E.: «Una visión desde España...», p. 21.

⁸² DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «La reforma de la PAC...», p. 33.

⁸³ LÓPEZ BARRERO, E.: «Una visión desde España...», p. 25.

El problema clave del sistema desarrollado en el Ordenamiento interno para el pago único es que evita valorar muchos factores al remitirse al histórico de producción para la determinación de los valores que dan lugar a los derechos de ayuda. No tiene en cuenta las condiciones edáficas y climáticas, los sistemas de explotación existentes, la utilización de las tierras, las prácticas de explotación agraria y las estructuras de explotación. Por ello, es un sistema que permite la existencia de agravios, por ejemplo, en la campaña 2010, en el sector cítrico, en el caso de naranjas, clementinas, mandarinas y satsumas el pago fue de 357,34 euros/ha, mientras que para limones fue de 610,51 euros/ha y para toronjas y pomelos de 48,73 euros/ha.

La superficie de referencia para el cálculo de los derechos es la media de superficie declarada. Es decir, la ayuda se cobra por superficie en la que sí se produjo históricamente entre los años 2000 a 2002, salvo excepciones. En todo caso, aunque no esté en producción, la superficie debe estar en buenas condiciones agrarias.

Los derechos del pago único comprenden los derechos normales y derechos de retirada y los derechos especiales (los que recibieron pagos en concepto de los regímenes de prima por sacrificio, prima por vaca nodriza, etc.), bien procedentes de la asignación inicial, bien procedentes de la reserva nacional.

3. El desarrollo rural sostenible

Sin ánimo de extender el comentario más allá del objetivo básico de este estudio, la Ley 45/2007 articula el Programa de Desarrollo Rural Sostenible como el primer instrumento de planificación del desarrollo rural. Este instrumento debe ser elaborado por el Ministerio competente y las Comunidades Autónomas de forma concertada y contendrá los objetivos, planes y actuaciones a realizar por las Administraciones y los mecanismos de financiación y evaluación territorial⁸⁴.

Por Ley, la tramitación del programa exige que sea consultado el Consejo para el Medio Rural y la Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural (arts. 39 y 40 de la citada Ley)⁸⁵.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 45/2007, para las Comunidades Autónomas resta la adopción de las llamadas Directrices Estratégicas Territoriales de la Ordenación Rural en las que se localizan territorialmente las medidas a adoptar⁸⁶.

⁸⁴ El Programa 2010-2014 fue adoptado mediante el Real Decreto 752/2010, de 4 de junio, por el que se aprueba el primer programa de desarrollo rural sostenible para el período 2010-2014 en aplicación de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. Se encuentra accesible en http://www.marm.es/es/desarrollo-rural/temas/ley-para-el-desarrollo-sostenible-del-medio-rural/2.Estrategia_desarrolloruralsostenible_tcm7-9687.pdf

⁸⁵ Real Decreto 865/2008, de 23 de mayo, por el que se regula la composición, funciones y funcionamiento de la Comisión Interministerial para el Medio Rural, del Consejo para el Medio Rural, y de la Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural.

⁸⁶ El estado de aplicación en cada Comunidad Autónoma figura en un documento elaborado por el Ministerio, accesible el 25.1.2012 en <http://www.marm.es/es/desarrollo-rural/temas/ley-para-el->

El sistema se concreta con los Contratos territoriales que sirven para enlazar toda la planificación y la percepción de la ayuda para cada agricultor.

El objetivo general de los contratos territoriales es orientar la actividad de las explotaciones agrarias a la generación de externalidades positivas que contribuyan al desarrollo sostenible del medio rural. Con carácter voluntario, como afirma el Decreto que lo regula, el contrato territorial «es un instrumento formal que establece el conjunto de compromisos suscritos entre una Administración Pública y el titular de una explotación agraria para orientar e incentivar su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural»⁸⁷.

Como señala VATTIER FUENZALIDA, el marco legal se complementa con los requisitos legales de gestión y buenas condiciones agrarias y medioambientales fijados por el Decreto 486/2009, de 3 de abril⁸⁸.

4. La gestión compartida de los fondos europeos

Desde el punto de vista financiero, el sistema español de gestión de los fondos europeos agrícolas funciona a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) y los organismos pagadores de las Comunidades Autónomas⁸⁹.

[desarrollo-sostenible-del-medio-rural/Resumen_aplicaci%C3%B3n_CCAA_tcm7-9695.pdf](#)

⁸⁷ Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural, *BOE* 239, 4.10.2011.

⁸⁸ El retraso y la falta de desarrollo reglamentario suficiente y la ineficiente aplicación autonómica ha provocado más de una visión crítica sobre el sistema y los problemas del desarrollo rural sostenible (VATTIER FUENZALIDA, C.: «Sistema y problemas del desarrollo rural» *Revista de derecho agrario y alimentario*, segunda época, año XXIII, nº 52, ene-jun 2008, pp. 125-145).

⁸⁹ El Real Decreto 2206/1995 reguló las actuaciones interadministrativas relativas a los gastos de la Sección Garantía del FEOGA, y estableció que cada Comunidad Autónoma podría designar o autorizar un único Organismo Pagador de las ayudas respecto de las que tuviera competencia de resolución y pago. En virtud de ello, a 15 de octubre de 1996, todas las Comunidades Autónomas tenían constituido y aprobado el Ente administrativo que asumía las competencias y funciones de Organismo Pagador. Al objeto de que los diferentes Organismos Pagadores pudieran disponer de los fondos necesarios para los pagos que han de efectuar, todas las Comunidades Autónomas firmaron con el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación los oportunos convenios de colaboración para la prefinanciación de las ayudas, con cargo al FEOGA-Garantía; excepción hecha del País Vasco que renunció expresamente a la prefinanciación estatal. En el citado Real Decreto se estableció también, que serían Organismos Pagadores de ámbito nacional, para las ayudas en las que el Estado tuviera competencia de resolución y pago, y de acuerdo con sus respectivas atribuciones, el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) y el Fondo de Regulación y Organización del Mercado de los Productos de la Pesca y Cultivos Marinos (FROM). El Real Decreto 327/2003 de 14 de marzo, derogó el Real Decreto 2206/1995, estableciendo un nuevo régimen jurídico de los Organismos Pagadores de los gastos financiados con cargo a la sección Garantía del FEOGA y sus relaciones con el Organismo de Coordinación, así como el procedimiento para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad financiera derivado de su gestión y control. Más recientemente el Reglamento (CE) 1290/2005, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común, crea dos fondos de financiación de los gastos agrarios, FEAGA (Fondo Europeo Agrícola de Garantía) y FEADER (Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural), que sustituyen al FEOGA a partir del ejercicio 2007. Debido a la necesaria

De este modo, por un lado, en primer lugar, el FEGA es el responsable de la prefinanciación, a través del Tesoro Público español, de los gastos realizados por los organismos pagadores con cargo al FEAGA y al FEADER.

En segundo lugar, el FEGA tiene por objeto desarrollar la coordinación financiera de los gastos realizados por los organismos pagadores con cargo al FEAGA y al FEADER. La coordinación financiera implica que el FEGA es responsable del seguimiento de los pagos realizados por los organismos pagadores, de la solicitud de reembolso a la Comisión Europea por los gastos efectuados, de la presentación de la cuenta anual de los organismos pagadores y del seguimiento de los procedimientos de liquidaciones de cuentas. En tercer lugar, al FEGA se le asignan en el Ordenamiento interno las labores de coordinación técnica para la aplicación armonizada de las disposiciones comunitarias. Estas tareas abarcan la centralización de la información que deba ponerse a disposición de la Comisión, la elaboración y mantenimiento de la Base de datos nacional de derechos de pago único, el sistema de identificación geográfica de parcelas agrícolas SIGPAC, en español, conocido como LPIS, en terminología comunitaria), la coordinación del sistema integrado de gestión y control (IACS, en terminología comunitaria), la coordinación de los planes de control sobre condicionalidad de las ayudas. En cuarto lugar, el FEGA se constituye en organismo pagador para la gestión y el pago de las restituciones a la exportación, las compras de intervención bajo la forma de almacenamiento público, la ayuda alimentaria a las personas más necesitadas, las ayudas a la promoción alimentaria y la recaudación de la tasa láctea. En quinto lugar, el FEGA asume la representación de España ante los órganos europeos encargados de la financiación de la PAC.

Por otro lado, el sistema de gestión de los fondos europeos agrícolas depende de los organismos pagadores de las Comunidades Autónomas que se ocupan de la gestión y pago de las ayudas de las que son competentes que son las ayudas directas desacopladas (Régimen de Pago Único); las ayudas directas acopladas, los pagos acoplados, específicos y adicionales; las ayudas a los sectores del vino, las frutas y hortalizas y los forrajes desecados; las ayudas al POSEICAN en las Islas Canarias; las ayudas para financiar los Programas de desarrollo rural de cada Comunidad Autónoma.

adaptación del marco normativo interno al régimen consagrado en el Reglamento (CE) 1290/2005, se dicta el Real Decreto 521/2006, de 28 de abril, por el que se establece el régimen de los organismos pagadores y de coordinación de los fondos europeos agrícolas. Este Real Decreto extiende la aplicación del Real Decreto 327/2003, al desarrollo de las nuevas funciones de los organismos pagadores y de coordinación y designa al FEGA como organismo pagador, respecto de las actuaciones en las que el Estado tenga competencia de gestión, resolución y pago, y como Organismo de coordinación para los nuevos fondos europeos agrícolas. De acuerdo con lo establecido en el citado Reglamento, los Organismos pagadores del FEOGA-Garantía deben ser nuevamente autorizados en el caso de que asuman nuevas competencias en materia de gasto que no desempeñase con anterioridad. Por otro lado, se introduce, como novedad, la autorización del Organismo de coordinación por el Estado miembro. Teniendo en cuenta lo anterior, se han desarrollado las verificaciones necesarias para comprobar que el FEGA cumple con los requerimientos establecidos en la reglamentación comunitaria para actuar como Organismo pagador de las ayudas financiadas con cargo al FEAGA y al FEADER en las que el Estado tenga competencia de gestión, resolución y pago, y como organismo de coordinación de los organismos pagadores de España para todos los asuntos relacionados con el FEAGA y FEADER. Todo ello ha conducido a la autorización del FEGA, por ORDEN APA/3147/2006, de 6 de octubre, como organismo pagador y organismo de coordinación para los nuevos fondos europeos agrícolas.

Los Organismos pagadores de las Comunidades Autónomas deben desarrollar un conjunto de actuaciones administrativas, que se concretan en la elaboración y puesta en marcha de las disposiciones relativas a las campañas anuales de ayudas; la admisión de solicitudes de las diferentes ayudas; la realización de los controles administrativos y sobre el terreno, acordados en los correspondientes planes nacionales; la solicitud semanal de fondos para la realización de pagos y las previsiones de pagos futuros; y la liquidación de la cuenta anual. Igualmente, estos Organismos desarrollan la colaboración en el control que proceda para atender a las misiones de control de los órganos competentes (Tribunales de Cuentas autonómicos y de la UE y Comisión de la UE) y acuden a la Comisión sectorial de organismos pagadores.

Como elementos de cierre del sistema, hay que reseñar la existencia de un conjunto de grupos de trabajo con representantes de las Comunidades Autónomas y del Ministerio que se reúnen semestralmente y producen circulares, procedimientos y notas interpretativas, en definitiva, instrumentos básicos para la correcta aplicación de la reglamentación comunitaria en todo el territorio nacional.

VI. DERECHO AGRARIO EUROPEO Y TRATADO DE LISBOA

Como se anticipaba en la introducción, la explicación de la incidencia en el Derecho agrario comunitario y en la PAC de los cambios en los procedimientos de toma de decisión se subrayan con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que diferencia entre actos de ejecución y actos de delegación, y del nuevo Reglamento de Comitología, que reconduce los procedimientos de ejecución con participación de Comités a dos procesos, el de examen y el de consulta.

Simultáneamente, la aplicación del protocolo de subsidiariedad por el que los Parlamentos nacionales participan en un sistema de alerta rápida de control del respeto al citado principio también va a suponer cambios en la toma de decisión en el ámbito PAC.

Desde el punto de vista formal, el Tratado de Lisboa cambia el número de los preceptos dedicados a la PAC (los artículos 32 a 38 pasan a ser los nuevos artículos 38 a 44) y sustituye, asimismo, las alusiones al «mercado común» por la noción de «mercado interior».

Desde el punto de vista de contenido, tampoco se cambia el tradicionalmente atribuido a la PAC en los Tratados pero, sin duda alguna, el nuevo Tratado de Funcionamiento de la UE supondrá un esquema nuevo para la PAC en el ámbito legislativo, ejecutivo y financiero. El hecho de no haber reformulado los objetivos y parámetros de la PAC aprovechando la reforma del Tratado ha sido criticado por parte de la doctrina que considera que una verdadera refundación de la PAC debe partir de la modificación de su Derecho originario⁹⁰ o, por lo menos, conduce a «... plantearse el problema del objeto y los contornos de la futura PAC y, de soslayo, sus relaciones con el resto de políticas comunes». En definitiva, como sostiene MASSOT, la comple-

⁹⁰ BUREAU, D. y MAHÉ, L.P.: «CAP reform beyond 2013: an idea for a longer view», *Notre Europe, Studies and Research*, nº 64, abril, accesible el 25.1.2012 en www.notre-europe.eu

alidad que afronta el legislador UE en el ámbito agroalimentario es tal que afronta sus tareas sobre la base de nuevos objetivos adicionales a los asociados a la PAC por el Tratado en sentido estricto, incluso en su versión post Lisboa, como son la salud pública y la seguridad alimentaria (art. 168 TFUE), la protección de los consumidores (art. 12 TFUE), la sostenibilidad (art. 11 TFUE), el bienestar animal (art. 13 TFUE), la cohesión (art. 175 TFUE), etc.⁹¹.

1. El procedimiento legislativo ordinario

En virtud del Tratado de Lisboa, como es conocido, el procedimiento legislativo ordinario se configura como «el procedimiento legislativo por excelencia», la nueva versión del procedimiento de codecisión, y es de aplicación en el ámbito de la PAC.

El Tratado de Maastricht introdujo un procedimiento de codecisión entre el PE y el Consejo que ha llegado a ser el procedimiento ordinario para legislar en la UE. Tal ha sido su uso habitual que el Tratado de Lisboa ha sustituido el término de codecisión por el de procedimiento legislativo ordinario en su artículo 294.

Como señala MASSOT, se disponen también ciertas excepciones a favor del Consejo en dos ámbitos: la fijación de precios, exacciones, ayudas y límites cuantitativos (art. 43.3 TFUE) y la política de competencia (art. 42.2 TFUE) En síntesis, el procedimiento legislativo ordinario se compone de tres revisiones o «lecturas» en la terminología de la UE de la propuesta normativa en la que interviene el Consejo o el PE. A continuación, se desarrollan los aspectos sustanciales de dichas fases del procedimiento con ayuda de los esquemas del Consejo sobre el citado procedimiento⁹².

1.1. Primera lectura

La primera revisión o lectura del texto normativo propuesto por la Comisión se hace por el Consejo y por el Parlamento a la vez. En el caso del Parlamento, está en su mano plantear modificaciones en el texto y, en la del Consejo, su aceptación.

La Comisión presenta la propuesta legislativa al PE y al Consejo simultáneamente. También se inicia por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros, por recomendación del BCE o a petición del Tribunal de Justicia. Los trabajos de PE y CE deben ser imultáneos, con intercambios de información y que la Presidencia del Consejo actúe como negociador con el PE. Cuando el PE adopta en Pleno una posición ante la propuesta de norma, con o sin enmiendas, el Consejo puede aprobar el acto legislativo inmediatamente o no hacerlo por no estar de acuerdo con las enmiendas y adopta su posición en esta primera lectura, que es remitida al PE para ser objeto de la segunda lectura.

⁹¹ MASSOT, A.: «España ante...», p. 4.

⁹² MASSOT, A.: «España ante...», p. 4.

1.2. Segunda lectura

La segunda revisión del texto normativo propuesto por la Comisión se produce también tanto en el Parlamento como en el Consejo. En el trámite parlamentario, la propuesta pasará por el filtro de trabajo de una de sus Comisiones antes de debatirla en Pleno. En esta fase, el Consejo podrá concluir el procedimiento legislativo si acepta las modificaciones planteadas por el Parlamento. En su defecto, se convoca un Comité llamado de «conciliación» para acercar posturas entre las dos Instituciones.

Segunda lectura en el PE

El Presidente del PE remite la posición a la comisión parlamentaria competente para que estudie el contenido de la misma. Esta Comisión designará un ponente para la propuesta de la Comisión, que presentará un proyecto de informe a la Comisión que resume la propuesta de la Comisión y los puntos de vista de las diversas partes implicadas. Se producirá un debate en Comisión del informe en el que la Comisión defenderá su texto y responderá a las preguntas de los parlamentarios. Finalmente, elaborará un informe que es sometido al Pleno con las enmiendas, con un proyecto de resolución legislativa y, en su caso, una exposición de motivos. El procedimiento permite presentar enmiendas durante los debates en el pleno a un diputado, un grupo de diputados o el propio ponente, con frecuencia en nombre de un grupo político.

Segunda lectura del Consejo

El Consejo puede aprobar o no aprobar las enmiendas de la segunda lectura del PE. El Consejo decide por mayoría cualificada, pero debe pronunciarse por unanimidad sobre las enmiendas que han sido objeto de dictamen negativo de la Comisión para que el acto sea considerado adoptado. Si el Consejo acuerda aceptar la totalidad de las enmiendas, el acto se considera adoptado en forma de posición del Consejo en primera lectura enmendada en consecuencia y se remite a publicación en el Diario Oficial.

Comité de conciliación

Si el Consejo no acuerda aceptar la totalidad de las modificaciones propuestas por el Parlamento, se convocará el Comité de Conciliación en un plazo máximo de 8 meses, durante los cuales se intenta acercar posiciones en la negociación en reuniones a tres bandas previas. El PE y el Consejo están representados por 27 miembros. El texto conjunto deberá ser aprobado por mayoría cualificada de los representantes del Consejo y por mayoría simple en la Delegación parlamentaria.

1.3. Tercera lectura

Esta fase del proceso legislativo tiene lugar cuando no ha concluido el trámite en cualquiera de las anteriores. El Parlamento y el Consejo deberán aprobar el texto propuesto por el Comité de Conciliación. De no hacerlo así, la norma se tiene por no adoptada.

Tercera lectura del Parlamento Europeo y del Consejo

En caso de que el Comité de Conciliación apruebe un texto conjunto, el objeto de la tercera lectura es la adopción del acto por ambas instituciones conforme a dicho texto conjunto, pronunciándose el Parlamento Europeo por mayoría de los votos emitidos y el Consejo por mayoría cualificada.

Si en el plazo previsto una de las dos instituciones no da su aprobación, la propuesta de norma se considera no adoptada.

2. El desarrollo de la PAC

La implicación del Parlamento Europeo en todos los reglamentos por el procedimiento legislativo ordinario no es la única para el Derecho agrario comunitario; en realidad, el otro cambio principal tras Lisboa es la diferencia entre actos de ejecución y actos delegados y la importancia que tienen en los cambios de la Comitología.

«En efecto, el marco jurídico que sustituirá al llamado sistema de «comitología», establecido al amparo del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, deberá estructurarse en torno a los artículos 290 y 291»⁹³

⁹³ COMISIÓN EUROPEA (2009): Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación del artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, documento COM 673 final, de 9.12.2009. Entre otros, sobre los actos delegados y los actos de ejecución, véase: KAEDING, M. y HARDACRE, A.: «Implementation and Transposition of EU Policies. The European Parliament and the Future of Comitology after Lisbon: Lessons to be drawn from the Regulatory Procedure with Scrutiny for Delegated Acts EUSA Twelfth Biennial International Conference Boston, Massachusetts, March 3-5, 2011, accesible el 25.1.2012 en http://euce.org/eusa/2011/papers/9f_kaeding.pdf y (2010) «The European Parliament and Comitology after Lisbon: Lessons to be drawn from the Regulatory Procedure with Scrutiny for Delegated Acts». European Union Democracy Observatory (EUDO) Working Paper RSCAS 2010/85. Available from: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14956/RSCAS_2010_85.pdf?sequence=1; DAMEN, M. and HARDACRE, A. (2009) *The European Parliament and Comitology: PRAC in Practice*. EIPASCOPE 2009(1): pp. 13-18. Available from: http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20090709111448_Art2_Eipascoop2009_01.pdf; CHRISTIANSEN, T., OETTEL, J.M. y VACCARI, B. (2009) (eds.), *21st Century Comitology: Implementing Committees in the Enlarged European Union*, EIPA 2009/01, Maastricht. Available from: <http://publications.eipa.eu/en/details/show/=1832>

2.1. Los actos delegados

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión dispone, junto al derecho de ejercer competencias de ejecución, el derecho a adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo⁹⁴.

En su Comunicación sobre la aplicación del artículo 290 del TFUE⁹⁵, la Comisión señala que, en aras de la eficacia, el legislador otorga a la Comisión la facultad de adoptar actos delegados. De este modo, la Comisión puede completar o modificar el trabajo del legislador. Este tipo de delegación es siempre de carácter facultativo y debe reunir las condiciones establecidas en el Tratado⁹⁶.

Si el legislador otorga la delegación de poderes a la Comisión, le corresponde establecer los límites de éstos en cada acto legislativo. El artículo 290, apartado 1, párrafo segundo, del nuevo Tratado impone al legislador delimitar de forma expresa los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de poderes. Con ello define dos tipos de límites a la delegación de poderes: límites sustanciales y límites temporales⁹⁷.

⁹⁴ Como es sabido, el artículo 291 del TFUE se basa en el tercer guión del artículo 202 y el cuarto guión del artículo 211 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por los que se otorga a la Comisión, y en determinadas circunstancias al Consejo, el derecho a ejercer competencias de ejecución. Sin embargo, el artículo 290 del TFUE confiere a la Comisión una nueva competencia para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. El artículo 291 del TFUE regula el ejercicio de las competencias de ejecución por parte de la Comisión o, en algunos casos específicos, del Consejo.

⁹⁵ *Op. cit.*

⁹⁶ El artículo 291 del TFUE, por otro lado, permite a la Comisión adoptar actos de naturaleza ejecutiva, no legislativa. [En virtud del artículo 291, apartado 1 del TFUE, en combinación con el artículo 4, apartado 3, del TUE], los Estados miembros son responsables de la ejecución y entrada en vigor de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión Europea, y por consiguiente ejercen su propia responsabilidad y no la de la Unión. Así pues, esta competencia de los Estados miembros únicamente puede restringirse cuando la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión exija condiciones uniformes. Éste es el único caso en el que la Comisión debe ejercer, en virtud del artículo 291 del TFUE, sus competencias de ejecución. En este caso la responsabilidad es obligatoria [COM(2009) 673 final, p. 3 y sig].

⁹⁷ La delegación de poderes a la Comisión para la adopción de actos delegados por un período indefinido «contraviene la exigencia de delimitar de manera explícita la duración de la delegación de poderes, un requisito ideado para permitir un control regular y eficaz de la Comisión en el ejercicio de los actos “cuasi legislativos”. Constituye una violación del principio de proporcionalidad y, por extensión, del principio de subsidiariedad y, de conformidad con el artículo 8 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, podría llevar a la presentación de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del principio de subsidiariedad (DO L 83 de 30.3.2010, p. 206)». La propia Comisión reconoce esto en COM(2009) 673 final, p. 5 y sig., y véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 485/2008 del Consejo, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía» [COM(2010) 761 final – 2010/0366 (COD)].

La doctrina afirma que nos encontramos ante un nuevo mundo con los actos delegados, sobre todo por la eliminación de los Comités para su adopción, aunque la Comisión pueda recurrir a grupos de expertos y Agencias de la UE⁹⁸.

La Comisión se propone llevar a cabo el trabajo preparatorio que considere necesario para garantizar que, por una parte, desde el punto de vista técnico y jurídico, los actos delegados respondan exactamente a los objetivos fijados por el acto de base y, por otra parte, que desde el punto de vista político e institucional se reúnan todos los requisitos necesarios para evitar que el Parlamento Europeo o el Consejo emitan objeciones. Excepto en la hipótesis de que dicho trabajo preparatorio no requiriese ningún nuevo conocimiento, la Comisión tiene intención de consultar sistemáticamente a los expertos de las autoridades nacionales de todos los Estados miembros que se encargarán de la aplicación de los actos delegados una vez adoptados. Esta consulta se efectuará en el momento oportuno para que los expertos puedan proporcionar a la Comisión una contribución útil y eficaz. Para ello, la Comisión podrá constituir grupos de expertos o recurrir a los grupos de expertos existentes⁹⁹.

Aunque el ámbito de aplicación de los actos delegados no será necesariamente idéntico al ámbito de aplicación del procedimiento de reglamentación con control, sí que puede incidir en materia de PAC, por eso, como recomienda la doctrina, es relevante revisar los antecedentes de este procedimiento por si se aplica a los actos legislativos delegados¹⁰⁰.

Por último, respecto a los actos delegados, uno de los aspectos que queda abierto o falto de concreción consiste en que no se ha definido el método de control del ejercicio de la delegación puesto que no se establece en el Tratado la participación de Comité alguno y queda tan sólo la oposición y el ejercicio de la revocación por el Consejo o la Comisión¹⁰¹.

2.2. Los actos de ejecución

En cuanto a los actos de ejecución, la Comisión no ejerce ninguna facultad de carácter «cuasi legislativo»; su poder es estrictamente ejecutivo. Los Estados miembros

⁹⁸ KAEDING, M. y HARDACRE, A.: «Implementation and Transposition...», p. 20.

⁹⁹ COM(2009) 673 final.

¹⁰⁰ KAEDING, M. y HARDACRE, A.: «Implementation and Transposition...», p. 24.

¹⁰¹ Como señala la Comisión en la Comunicación citada anteriormente, el artículo 290, apartado 2, del nuevo Tratado, define las dos condiciones a las que el legislador puede someter la delegación de poderes: por una parte, el derecho de revocación y, por otra, el derecho «a expresar objeciones», es decir, el derecho de oposición. Mientras que la oposición es una «censura específica» dirigida contra un acto delegado claramente identificado, la revocación priva a la Comisión, de forma general y absoluta, de sus poderes delegados. Por consiguiente, la oposición debe considerarse como el método de control «de Derecho común» que el legislador ejerce sobre el conjunto de los actos delegados, mientras que la revocación se presenta como una medida más excepcional, justificada, por ejemplo, por haber surgido algún elemento que pudiera poner en entredicho el propio fundamento de la delegación de poderes.

son los encargados «naturales» de la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, pero cuando son necesarias unas condiciones uniformes de ejecución la Comisión debe ejercer su competencia ejecutiva. Su intervención no es facultativa: cuando se cumplen las condiciones del artículo 291 es obligatoria¹⁰².

En el Reglamento CE nº 182/2011 se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, es el llamado nuevo Reglamento de la Comitología¹⁰³. Al citado Reglamento se le anexa una Declaración de la Comisión que hace expresa referencia a los Comités de Gestión de la PAC, que viene a determinar las siguientes reglas:

Cuando un Comité de Gestión de la Política Agrícola Común (PAC) haya emitido un dictamen desfavorable, la Comisión ha de presentar el proyecto de medida en cuestión al Consejo, el cual puede tomar una decisión distinta en un plazo de un mes. No obstante, no queda excluido que la Comisión actúe, ya que tiene la posibilidad de aplicar la medida o retrasar su aplicación (art. 7 del Reglamento 182/2011).

Así, la Comisión puede tomar la medida si considera, tras sopesarla, que la suspensión de su aplicación generaría, por ejemplo, perjuicios irreversibles al mercado [«su no adopción en el plazo imperativo pudiera causar una perturbación importante en los mercados (...) o para los intereses financieros de la Unión.»]. La disposición hace referencia a situaciones en las que no se puede esperar hasta que el comité vote de nuevo sobre el mismo u otro proyecto de medida porque, mientras tanto, el mercado se vería gravemente afectado, por ejemplo, el comportamiento especulativo de los operadores. Tales situaciones se pueden plantear, concretamente, en el contexto de la gestión diaria de la PAC (por ejemplo, en la fijación de las restituciones por exportación, la gestión de las licencias o la cláusula especial de salvaguardia), en la que, con frecuencia, es necesario tomar decisiones rápidamente, las cuales pueden tener consecuencias económicas significativas en los mercados y, por tanto, en los agricultores y operadores, aunque también en el presupuesto de la Unión.

Las reglas actuales dotan a la Comisión de un instrumento que permite proteger el interés común de toda la Unión mediante la adopción de una medida al menos de manera provisional. En los casos en los que el Parlamento Europeo o el Consejo indiquen a la Comisión que consideran que un proyecto de acto de ejecución excede las competencias de ejecución establecidas en el acto de base, la Comisión revisará inmediatamente el proyecto de acto de ejecución teniendo en cuenta las posiciones expresadas por el Parlamento Europeo o el Consejo. Si, posteriormente, el Consejo decide en otro sentido, la medida puesta en marcha por la Comisión, por supuesto, se convierte en redundante.

Antes de decidir si el proyecto de acto de ejecución ha de adoptarse, modificarse o retirarse, la Comisión informará al Parlamento Europeo o al Consejo de la actuación que tiene intención de seguir y de las razones para ello.

¹⁰² COMISIÓN EUROPEA (2009): Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación del artículo 290 del..., p. 4.

¹⁰³ *Op. cit.*

Respecto a los actos de ejecución, con el nuevo Reglamento de la Comitología, con carácter general, en el **procedimiento de examen**, la Comisión solo puede adoptar un acto de ejecución si el comité emite un dictamen favorable.

Cuando el Comité de gestión no opina en el plazo establecido, la Comisión puede adoptar el acto o modificarlo para que sea revisado por el Comité de apelación o revisión si lo que ha ocurrido es que no se ha alcanzado la mayoría cualificada a favor o en contra.

La Comisión hará constar en la exposición de motivos de la norma adoptada que «El Comité de Gestión de la Organización Común de Mercados Agrícolas no ha emitido un dictamen en el plazo fijado por su Presidente» como es el caso del Reglamento de ejecución (UE) n° 543/2011 de la Comisión, de 7 de junio de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas y hortalizas transformadas¹⁰⁴.

En caso de dictamen desfavorable, la Comisión puede proponer una versión modificada del proyecto de acto en un plazo de dos meses o recurrir al comité de revisión o de apelación en un mes. Cuando se recurre al citado Comité de revisión (que es el Consejo en todo caso), su dictamen debe ser favorable para que pueda adoptarse el proyecto de acto¹⁰⁵.

Como señala la propia Comisión en la Declaración adjunta al Reglamento de Comitología, de manera excepcional, ésta puede adoptar un acto de ejecución incluso en el caso de dictamen desfavorable de un comité cuando tal acto sea necesario para evitar perturbaciones significativas en los mercados en el sector de la agricultura o un riesgo para los intereses financieros de la Unión. En tal caso, la Comisión presenta un acto de ejecución al comité de apelación inmediatamente después de su adopción. Si el comité de revisión emite un dictamen desfavorable, se revoca el acto de ejecución.

En caso de emergencia, un acto jurídico de base puede otorgar un efecto inmediato a las medidas de ejecución adoptadas por la Comisión. De tal modo, la Comisión puede adoptar los actos de ejecución sin tener que consultar al comité competente. Sin embargo, la duración de

¹⁰⁴ DOUE 157, de 15.6.2011.

¹⁰⁵ Según el artículo 3.7 del Reglamento CE n° 182/2011 «...Cuando sea aplicable, el mecanismo de control incluirá la remisión a un comité de apelación. El comité de apelación adoptará su propio reglamento interno por mayoría simple de los miembros que lo componen, a partir de una propuesta de la Comisión. Cuando se remita una cuestión al comité de apelación, este se reunirá a los 14 días como muy pronto, salvo casos debidamente justificados, y a las seis semanas como muy tarde de la fecha de la remisión. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el comité de apelación emitirá su dictamen en un plazo de dos meses a partir de la fecha de la remisión. Un representante de la Comisión presidirá el comité de apelación». El presidente fijará la fecha de la reunión del comité de apelación en estrecha cooperación con los miembros del comité, con el fin de permitir a los Estados miembros y a la Comisión garantizar el nivel adecuado de representación. La Comisión convocará la primera reunión del comité de apelación a más tardar el 1 de abril de 2011, con el fin de adoptar su reglamento interno.

dichos actos no puede exceder de seis meses. Además, el acto debe ser presentado, a más tardar, 14 días después de su adopción al comité de apelación. Si el comité de apelación emite un dictamen desfavorable, el acto de ejecución queda revocado.

Por norma general, el procedimiento de examen se aplica a la adopción de los actos de ejecución que tienen un alcance general; relativos a programas con implicaciones importantes (la PAC y la política pesquera común, el medio ambiente, la protección de la salud y la seguridad de las personas, los animales y las plantas, la política comercial común y la fiscalidad).

Cuando el acto de base se adopte con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, el Parlamento Europeo o el Consejo podrán indicar en todo momento a la Comisión que, en su opinión, un proyecto de acto de ejecución excede las competencias de ejecución establecidas en el acto de base. En tal caso, la Comisión revisará el proyecto de acto correspondiente, teniendo en cuenta las posiciones expresadas, e informará al Parlamento Europeo y al Consejo de si se propone mantener, modificar o retirar el proyecto de acto de ejecución.

Según el nuevo Reglamento de Comitología, el procedimiento consultivo se aplica, en general, en el resto de casos. En el procedimiento consultivo, la Comisión decide la adopción del acto teniendo en cuenta en la mayor medida de lo posible las conclusiones de los debates mantenidos en el comité.

Como el resultado de esta estructura de decisión puede crear incoherencias entre el conjunto normativo de los actos de ejecución y la legislación adoptada por procedimiento ordinario de la que traen causa, el Reglamento de comitología prevé ciertas prerrogativas para el Consejo y el Parlamento.

3. Los cambios en la financiación de la PAC

Como señala MASSOT, el Tratado de Lisboa contiene cambios significativos en la vertiente financiera con respecto a los Tratados y a la legislación derivada vigentes. Introduce un nuevo título II en el TFUE, con 6 capítulos y 15 artículos. Aunque la mayoría de las nuevas disposiciones financieras son de alcance general. Sin embargo, tienen efectos específicos en el ámbito del gasto agrícola, que al fin y al cabo sigue representando la parte más importante del presupuesto comunitario¹⁰⁶.

Es necesario manifestar que el debate crítico sobre el excesivo presupuesto que la UE dedica a la PAC siempre debe ser matizado por los bienes públicos que esta política reporta al conjunto de la sociedad europea¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MASSOT, A. (2008): La PAC y el Tratado de Lisboa, accesible en: http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/policias/agriculture/article_7216_es.htm

¹⁰⁷ http://ec.europa.eu/agriculture/analysis/external/public-goods/summary_en_fr.pdf

3.1. La supresión de la distinción entre los gastos obligatorios y los no obligatorios

Con el fin de simplificar el procedimiento presupuestario anual, el TFUE elimina la distinción entre «gastos obligatorios» y «gastos no obligatorios» en los artículos 314 y 315 (que sustituyen a los artículos 272 y 273 del TCE). El Consejo adquiere por tanto poderes de decisión en relación con los gastos no obligatorios y el Parlamento los gana en materia de gastos obligatorios (particularmente en lo que a los gastos agrícolas se refiere), apunta MASSOT¹⁰⁸.

3.2. El nuevo procedimiento presupuestario anual

Como explica MASSOT, el TFUE contiene un nuevo capítulo 3, «Presupuesto anual de la Unión», en el título II, «Disposiciones financieras», que modifica y simplifica el procedimiento presupuestario vigente¹⁰⁹.

3.3. La consolidación del marco financiero plurianual y de la disciplina presupuestaria

Describe Massot que las disposiciones relativas a la disciplina presupuestaria figuran en el apartado 4 del artículo 310 del TFUE, que cita asimismo el «marco financiero plurianual». De hecho, el Tratado retoma y actualiza la mayoría de las disposiciones sobre las perspectivas financieras plurianuales vigentes del Acuerdo interinstitucional sobre la disciplina presupuestaria y buena gestión financiera. Dicho esto, el «marco financiero plurianual» y sus reglas se integran por primera vez en el Derecho primario mediante el artículo 312 del TFUE¹¹⁰.

Estas disposiciones del Tratado de Lisboa confirman la duración del marco financiero plurianual (cinco años). Prevén, asimismo, el «procedimiento legislativo especial» para la aprobación del reglamento que fije las cuantías de los límites anuales de los créditos y, finalmente, formalizan el contenido de las perspectivas financieras, basándose en categorías de gastos en función de los principales ejes de actividad de la Unión Europea.

Como ha sido puesto de manifiesto con motivo de la especialidad y autonomía del Derecho agrario comunitario, la PAC sigue siendo la primera de las políticas comunitarias en términos presupuestarios¹¹¹. Por otra parte, el alcance del principio de

¹⁰⁸ *Op. cit.*

¹⁰⁹ *Op. cit.*

¹¹⁰ *Op. cit.*

¹¹¹ En el marco de las últimas perspectivas financieras 2007-2013 el primer pilar de la PAC (política de mercados y ayudas) alcanza una proporción del 33,9%. El segundo pilar (desarrollo rural) representa el 8% del total durante el mismo período.

«disciplina presupuestaria» ya es conocido en el ámbito agrícola, que incluso lo ha integrado en la legislación derivada (artículo 11 del Reglamento (CE) n° 1782/2003, *DO L 270* de 21.10.2003).

VII. CONCLUSIONES

El objetivo básico de este estudio era dejar patente que el Derecho agrario de la UE es especial y autónomo. La complejidad administrativa de la PAC se pone de manifiesto tanto en la regulación básica (OCM) como en la de desarrollo (normas de gestión) y su ejecución (pagos de las ayudas). El coste administrativo de este complejo sistema ha sido evaluado en los entornos comunitarios y ha dado lugar al desarrollo de planes específicos de simplificación de las cargas administrativas de la PAC.

Las sucesivas reformas de la PAC han modificado la misma para adecuarla a los «signos de los tiempos» pero ha incidido poco en la realización efectiva de los objetivos de la misma. Quedan en el tintero, reforma tras reforma, la necesaria garantía de rentas de los agricultores o el mantenimiento de la población rural. Ello hace que el «poder» del sector sea cada vez menor en términos absolutos. El Tratado de Lisboa no es neutro en esta situación. La adopción del procedimiento legislativo ordinario para los actos de la PAC presupone una PAC más cercana al agricultor y al medio por el incremento de poder del Parlamento Europeo, que siempre son mejor correa de transmisión de los intereses de los agricultores y eventuales votantes que otras Instituciones de la UE.

También es singular el giro producido en el ámbito de la Comitología. Lejos de debilitarse, ha salido reforzada por la aparición en el Tratado del precepto relativo a los actos de ejecución y por el nuevo Reglamento de Comitología, que ha convertido a la Comisión en un auténtico caballo de troya de la toma de decisión en la UE. Cuando los representantes de los Estados no lleguen a acuerdos, siempre podrá resolver la Comisión aunque deberá hacerlo con precisión para evitar la suspensión de sus actos por otras Instituciones.

Asimismo, ha sido significativo el cambio provocado en el ámbito presupuestario por el Tratado de Lisboa. La disciplina financiera, como han señalado los expertos, será innegociable y el Parlamento decide también sobre el gasto de la PAC de mercados.

Como la PAC que se va a desarrollar en el marco del Tratado de Lisboa será una PAC que permite avanzar mediante cooperaciones reforzadas en una UE a varias velocidades, tiene un gran riesgo, que es el de perder su identidad como política común.

RESUMEN: El objetivo básico de este estudio es dejar patente que el Derecho agrario de la UE es especial y autónomo. Tras el Tratado de Lisboa, el procedimiento legislativo ordinario presupone una PAC más cercana al agricultor y al medio por el incremento de poder del Parlamento Europeo. También es singular el giro producido en el ámbito de la Comitología en la PAC. Los actos de ejecución y el nuevo Reglamento de Comitología transforman el tradicional concepto de legislación de desarrollo. Asimismo, ha sido significativo el cambio provocado en el ámbito presupuestario por el Tratado de Lisboa.

PALABRAS CLAVE: PAC, Tratado de Lisboa, procesos legislativos ordinarios, actos de ejecución, presupuesto.

ABSTRACT: The main goal of the study is to identify the CAP as specific and autonomous in the framework of the *acquis communautaire*. After Lisbon Treaty, the ordinary legislative procedure introduces a new CAP closer to the producer and environment because the European Parliament is more powerful. There is a singular change also concerning Comitology. Implementing Act's rules and new Comitology Regulation tackle the traditional concept of EC Regulation.

Besides, Lisbon Treaty has produced relevant variations related to the CAP's budget.

KEYWORDS: CAP, Lisbon Treaty, Ordinary legislative procedure, Implementing Acts, budget.

INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO

ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA HISTORIA DE LA I+D COMUNITARIA: 1. Primera etapa: 1951-1974. 2. Segunda etapa: 1974-1982. 3. Tercera etapa: el primer programa-marco (1983-1987). 4. Cuarta etapa: la institucionalización (1987-1992). 5. Quinta etapa: desde 1992 a 2000. 6. Sexta etapa: desde la Estrategia de Lisboa. III. LA I+D EN LOS TRATADOS: 1. El Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA). 2. El Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA o Euratom). 3. El Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE): 3.1. El Acta Única Europea. 3.2. El Tratado de la Comunidad Europea (Maastricht). 3.3. El Tratado de la Comunidad Europea (Amsterdam). 3.4. El Tratado de la Comunidad Europea (Niza). 3.5. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

I. INTRODUCCIÓN

Los fundadores de las Comunidades Europeas apenas –por no decir nada– se ocuparon de la investigación científica y técnica salvo en el ámbito específico de algunas políticas comunes: CECA, Euratom y, en la CEE, la agricultura¹. Era quizás lógico que el espacio económico que se pretendía formar hubiera sido considerado, también, el marco natural para la cooperación científica y técnica, pero tal vez, no advirtieron la importancia que esta materia iría adquiriendo de cara al proceso de integración y desarrollo económico y social de las Comunidades Europeas y, en consecuencia, no la regularon de manera general con los perfiles que, con el transcurso del tiempo y la propia dinámica comunitaria, ha ido alcanzando. La política de

¹ No es de esta opinión SAN MÉNDEZ, L., «¿Por qué cambian las políticas? La política europea de investigación y desarrollo tecnológico», *Revista española de Ciencia Política*, nº 4, 2001, para quien «Las Comunidades Europeas en sus Tratados originales de los años cincuenta... también han definido las políticas de investigación, desarrollo e innovación como elementos esenciales de sus actuaciones», p. 98.

Investigación y desarrollo tecnológico (IDT) de la Comunidad –se ha dicho acertadamente– ocupa hoy una posición clave en el dispositivo de actuación de la Comunidad Europea².

Mucho menos se ocuparon del espacio, que es la gran novedad –a nuestro juicio– del Título que nos proponemos estudiar. En efecto, el Tratado de Lisboa o, mejor dicho, el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por una parte, atribuye a la Unión Europea la competencia para llevar a cabo acciones en el ámbito del espacio, «sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya»; y, por otra, incorpora al Título dedicado a la IDT el espacio y, en concreto, un precepto: el 189, que es el germen de lo que constituirá en un futuro la política espacial europea y del que daremos cuenta de manera separada al resto de los preceptos que integran el Título XIX del TFUE.

Los Tratados CECA y CEEA sí dedicaron algunos preceptos a esta materia aunque, lógicamente, referidos sólo a los aspectos materiales de los que se ocupaban dichos Tratados, es decir, al carbón y el acero, por un lado, y a la energía atómica, por otro. Por el contrario, el Tratado CEE no dedicó ninguno de sus artículos, con exclusión de una breve referencia en el artículo 41, a la investigación científica y al desarrollo tecnológico.

La preocupación por otras cuestiones más inmediatas como, por ejemplo, la unión aduanera; la convicción de los autores del Tratado de Roma de que la investigación tecnológica era un campo marginal e innecesario para la instauración del Mercado Común; la escasa importancia que en esos momentos se daba a la política científica y tecnológica en Europa o, en fin, la no incorporación a la «Comunidad de los seis» de países tecnológicamente más desarrollados como Gran Bretaña o los Países Nórdicos, son algunas de las razones que explican la ausencia de la investigación científica y el desarrollo tecnológico en los orígenes (al menos a nivel de Derecho originario) de la Comunidad Económica Europea³.

Aunque la atención a la investigación científica y el desarrollo tecnológico por parte de los Estados miembros fue naciendo en la década de los setenta, no será sino hasta la entrada en vigor del AUE cuando se pueda hablar de la existencia en los Tratados constitutivos de una I+D comunitaria o, dicho en otros términos, cuando se produzca la institucionalización –si así queremos llamarlo– de la investigación científica y el desarrollo tecnológico en la Comunidad Europea en su Derecho originario.

En efecto, el AUE, en virtud de lo dispuesto en su artículo 24, introdujo un Título VI, que llevaría por rúbrica «Investigación y desarrollo tecnológico» (artículos 130 F a 130 Q), a la Tercera Parte del TCEE, precisamente la parte dedicada, como es sabi-

² DECHAMPS, G., «La política de investigación y desarrollo tecnológico de la Comunidad Europea: el programa marco 1987-1991», *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*, nº 5, 1988, p. 305.

³ *Vid.*, en este sentido, SOLÁ Y SOLÁ, J., *Política tecnológica en la CEE*, Valencia, 1986, p. 9 y BOTANA AGRA, M., «El Acta Única Europea y el marco jurídico de la política de la CEE sobre investigación y desarrollo tecnológico», *Noticias/CEE*, nº 51, 1989, p. 31.

do, a las «Políticas de la Comunidad», lo que implica, como atinadamente ha escrito BOTANA AGRA, de una parte, que la promoción de la I+D se ha de realizar en armonía con las restantes políticas contempladas en la Tercera Parte del Tratado; y, de otro lado, que dicha promoción ha de respetar las normas comunes del Título I, entre las que destacan las «Normas sobre la competencia»⁴.

No significa lo que acabamos de exponer que antes de la aprobación del AUE no existiera investigación científica comunitaria. Todo lo contrario, podemos afirmar que la historia de la I+D es tan antigua como las mismas Comunidades⁵. En esta materia, como en tantas otras, hemos asistido a un proceso de continuo crecimiento y maduración muy propio de lo que es y supone la integración europea que, debe recordarse, no es un fin inmediato, sino un proceso continuo, progresivo⁶. En definitiva, queremos poner de relieve que también en este campo las palabras que pronunciara Robert SCHUMAN, uno de los padres fundadores de lo que hoy es la Unión Europea, en ese ya histórico discurso del 9 de mayo de 1950, definen lo que ha sido la evolución de la política comunitaria de Investigación y desarrollo tecnológico. Manifestaba el que fuera Ministro francés de Asuntos Exteriores: «Europa no se hará de un golpe, ni como una consecución global; se hará mediante realizaciones concretas». Pues bien, así ha ocurrido también en esta materia.

Nos proponemos, pues, dedicar las páginas que siguen al estudio de algunas cuestiones de la investigación científica y técnica en la Unión Europea. En primer lugar, haremos un sucinto recorrido a través de su historia, esto es, desde los orígenes de las Comunidades Europeas hasta la actualidad. Y, en segundo término, realizaremos un análisis de las previsiones comunitarias, al menos, a nivel de Derecho originario. También, como ya hemos anunciado, abordaremos la denominada política espacial europea que nace muy estrechamente ligada a la política de IDT.

II. LA HISTORIA DE LA I+D COMUNITARIA

La historia de la política de investigación científica y técnica comunitaria es, como acabamos de señalar, la historia de una continua y progresiva evolución que arranca en los propios orígenes de las Comunidades Europeas y finaliza, por ahora, con la aprobación del Tratado de Lisboa o, mejor dicho, de uno de los Tratados que lo integran: el TFUE.

⁴ BOTANA AGRA, M., (1989), p. 33.

⁵ ANDRÉ, M., *Política de investigación y desarrollo tecnológico*, Luxemburgo, 1988, p. 19.

⁶ Si la integración horizontal supuso un avance frente a la orientación francesa de la integración sectorial, aquella no se agotaba en sí misma. Los Tratados de Roma no obviaron que existía una interrelación entre los factores económicos y los factores estructurales jurídico-institucionales. En sus preámbulos se conocía que el objetivo final al que debían conducir las acciones de integración era la «unión cada vez más estrecha de los Pueblos Europeos».

Podemos distinguir en este largo período de casi sesenta años hasta seis etapas. La primera tiene su inicio en 1951 y se extiende hasta 1974; la segunda abarca el período comprendido entre los años 1974-1982; la tercera se inicia en 1983 con la aprobación del Primer Programa Marco comunitario y finaliza en 1987; la cuarta comienza con la entrada en vigor del AUE en 1987 y se extiende hasta la aprobación del Tratado de Maastricht, la quinta etapa tiene su comienzo en 1992 y la sexta y última etapa tiene su punto de partida en la aprobación de la Estrategia de Lisboa en el año 2000.

Como ya hemos indicado, la investigación comunitaria comenzó siendo sectorial y limitada a los estrictos ámbitos materiales que señalaron los Tratados constitutivos y ha finalizado, por el momento, constituyendo una auténtica «política común»⁷.

Veamos cada una de las etapas señaladas con la advertencia de que aun cuando estas fechas coinciden con las principales variaciones de los enfoques comunitarios en materia de IDT o de alguno de sus hitos más importantes, conviene dejar claro que la elección de una fecha determinada no deja de ser un convencionalismo. Los períodos que hemos citado son flexibles, en el sentido de que no están separados por un único hecho trascendental que supusiera una ruptura absoluta con el pasado.

1. Primera etapa: 1951-1974

Con la aprobación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que dedican, como veremos, algunos preceptos a esta materia, se inicia un proceso de continua maduración hasta llegar a culminar en lo que hoy es la política de IDT en la Unión Europea.

Esta primera etapa se caracteriza, fundamentalmente, por el limitado ámbito material de la investigación comunitaria recluida en lo que son los sectores contemplados en los Tratados. Esto es, la investigación comunitaria se circunscribe al carbón y al acero, a la energía atómica y a la investigación agrícola, que era, como hemos señalado, la única prevista en el TCEE. No existe, pues, una política global a nivel comunitario.

Deben ser destacados dos hechos en esta primera etapa. En primer lugar, la creación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 TCEEA, del Centro Común de Investigaciones Nucleares (CCR), el primer centro de investigación propio de la Comunidad, que desarrollará su actividad en este campo durante toda la década de los sesenta. Y, en segundo término, un hecho que excede del ámbito de la Comunidad: la puesta en marcha en el plano intergubernamental de la «Cooperación Científica y Técnica (COST)», organización internacional que agrupa a 19 países europeos para la realización conjunta de investigaciones en distintos ámbitos⁸.

⁷ Los documentos oficiales de la Comisión califican desde hace tiempo a la política de IDT como una «política común». *Vid.*, por ejemplo, «Un marco para las Acciones comunitarias de Investigación y Desarrollo Tecnológico en los años 1990», Comunicación de la Comisión, SEC (89) 675 final, Bruselas, 13 de junio de 1989, p. 7.

⁸ Sobre esto *vid.*, MUÑOZ-DELGADO ORTIZ, J.A., «Las acciones COST», Política Científica, junio-septiembre, 1986, pp. 9-12.

2. Segunda etapa: 1974-1982

Ya desde finales de los años sesenta se sentía la necesidad de desarrollar una política común de investigación científica fuera del campo nuclear. El CCR, como diremos más adelante, entró en una profunda crisis como consecuencia de la rivalidad entre las industrias nucleares francesas y alemanas que se saldaría con la diversificación de sus actividades a otros campos distintos de los que hasta entonces había sido su campo propio de actuación.

En 1974 se dictaron por parte del Consejo una serie de Resoluciones que habrían de marcar el camino a seguir por las Comunidades en esta materia.

La más importante es la relativa a la coordinación de las políticas nacionales y a la definición de interés comunitario en el campo de la ciencia y la tecnología⁹. En esta disposición se establecía la necesidad de definir los objetivos y asegurar el desarrollo de una política común en el campo de la ciencia y la tecnología, que implique la coordinación de las políticas nacionales y la ejecución común de acciones de interés comunitario (artículo 1º); creaba un Comité de Investigación Científica y Técnica (CREST) para asesorar a la Comisión y al Consejo en el cumplimiento de las tareas señaladas en el artículo 1º (artículos 2º a 4º) y, al mismo tiempo, precisaba que al final de 1976, tras una fase de dos años, serían extraídas las conclusiones de las experiencias realizadas de cara a apreciar la eficacia de los procedimientos, perfeccionar los mecanismos y enunciar las líneas directrices de una política común en el campo de la ciencia y la tecnología (artículo 6º).

En esta fecha se adoptó también una Resolución relativa a la participación de las Comunidades Europeas en la Fundación Europea de la Ciencia¹⁰; se aprobó un primer programa de acción de las Comunidades Europeas en el campo de la ciencia y la tecnología¹¹, que determinó como cauce jurídico para la adopción de las acciones de investigación el artículo 235 TCEE, que –como sobradamente se conoce– permite otorgar poderes de acción a la Comisión cuando dicha acción aparece necesaria para realizar uno de los fines de la Comunidad sin que el Tratado haya previsto tales poderes de acción y, por último, se aprobó un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de previsión, evaluación y metodología¹².

En resumen, esta etapa se caracteriza, a mi juicio, por la ampliación de las actividades comunitarias de investigación a todo el campo científico y tecnológico. Así, se pusieron en marcha distintos programas sectoriales de investigación en campos tales como la energía, el medio ambiente, las materias primas, etc. Más adelante, en los años ochenta, aparecieron una serie de programas que fueron denominados de

⁹ Resolución del Consejo de 14 de enero de 1974 (JOCE nº C 7/2, de 29 de enero de 1974).

¹⁰ Resolución del Consejo de 14 de enero de 1974 (JOCE nº C 7/5, de 29 de enero de 1974).

¹¹ Resolución del Consejo de 14 de enero de 1974 (JOCE nº C 7/6, de 29 de enero de 1974).

¹² Resolución del Consejo de 14 de enero de 1974 (JOCE nº C 7/7, de 29 de enero de 1974).

«segunda generación», muy integrados en los campos tecnológicos: tecnologías de la información¹³.

3. Tercera etapa: el primer programa-marco (1983-1987)

La tercera etapa de esta evolución de la política de investigación comunitaria viene presidida por la aprobación del primer programa-marco de I+D para el período 1983-1987.

El desarrollo y la diversificación de las actividades de investigación comunitarias hicieron sentir cada vez más la necesidad de coordinarlas en una estructura de conjunto que permitiese una visión global y sintética. La Comisión propuso al Consejo la aprobación de un programa-marco que cumpliera con esta finalidad y por Resolución del Consejo de 25 de julio de 1983 se aprobó el primer Programa-Marco comunitario¹⁴.

Este programa, adoptado al amparo del artículo 235 TCEE, agrupó al conjunto de acciones de investigación en marcha o ya comprometidas al tiempo que fijó los objetivos científicos y técnicos¹⁵, los criterios de selección¹⁶ y preveía su revisión durante el año 1985. Debe subrayarse que este programa-marco no tenía carácter obligatorio, sino meramente indicativo.

En coherencia con lo dispuesto en este programa, las Comunidades adoptaron distintos programas específicos sobre acciones comprendidas en los objetivos de aquél¹⁷. El programa-marco constituyó un cambio de rumbo en la política de I+D comunitaria, no sólo por el presupuesto asignado (3.750 millones de ecus), sino también por el enfoque general que se hace de la I+D.

4. Cuarta etapa: la institucionalización (1987-1992)

Es la etapa que podemos denominar de la institucionalización de la política comunitaria de investigación científica y técnica. Hasta 1987 la política comunitaria de I+D no tenía más base jurídica que la que le proporcionaba el precepto regulador de los «poderes implícitos»: el artículo 235 TCEE. Con la entrada en vigor del AUE

¹³ Vid. Sobre esta cuestión LÓPEZ MAYOR, V., «Nueva política y normativa comunitaria de investigación y desarrollo sobre tecnologías de la información: 1985-1990», *Noticias/CEE*, nº 75, 1991, pp. 53-65.

¹⁴ JOCE nº C 208, de 14 de agosto de 1983.

¹⁵ Los objetivos del primer programa-marco eran los siguientes: promoción de la competitividad agrícola, promoción de la competitividad industrial, mejora de la utilización de las materias primas, mejora de la gestión de las fuentes energéticas, fortalecimiento de las ayudas al desarrollo, mejora de las condiciones de la vida y del trabajo y mejora de la eficacia del potencial científico y técnico de la Comunidad.

¹⁶ Estos criterios se exponen en el Anexo II de la Resolución.

¹⁷ BOTANA AGRA, M. (1989), p. 33.

esta situación se alterará de manera notable. El Acta Única proporciona, como hemos destacado, una base jurídica expresa a esta materia; a partir de aquí la investigación científica y el desarrollo tecnológico pasan a ser un campo de competencia formal de la Comunidad.

No significa esto que la política comunitaria de investigación cambiara sustancialmente. Pero sí otorgó el AUE a la Comunidad los medios necesarios para hacer frente a los retos tecnológicos siguiendo el método comunitario; sí estableció una estructura general de la investigación comunitaria, aunque limitándose a recopilar, a nivel de Derecho originario, las disposiciones reguladoras de la materia, sin introducir grandes modificaciones.

Esta etapa se caracteriza fundamentalmente por la vinculación de la I+D, de un lado, al desarrollo de la industria comunitaria y al fomento de la competitividad internacional y, de otro, a la pretensión del establecimiento del mercado interior¹⁸.

5. Quinta etapa: desde 1992 a 2000

La quinta etapa de la política de investigación comunitaria, la actual, tiene su inicio con la aprobación del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992.

No supone ningún cambio revolucionario con respecto a la anterior. Se limita –ello es importante–, de un lado, a superar la orientación puramente económica que el AUE había dado a la investigación comunitaria y, de este modo, se ha añadido un párrafo al apartado 1º del artículo 130 F estableciendo también como objetivo de la Comunidad en esta materia el fomento de todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado y, de otro, a agilizar los procedimientos de adopción de decisiones en materia de investigación, así como reforzar el papel del Parlamento Europeo en esta materia.

La investigación científica y el desarrollo tecnológico parecen haber adquirido ya su plena madurez en las políticas de la Unión Europea y, además, el importante papel que les corresponde de cara al progreso económico y social de la Comunidad.

6. Sexta etapa: desde la Estrategia de Lisboa

Sin modificar los Tratados comunitarios, la política de IDT experimenta un nuevo salto hacia delante con la aprobación de la Estrategia de Lisboa. En efecto, el Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo de 2000 celebrado en la capital portuguesa aprobó todo un extenso programa que tenía como objetivo estratégico convertir la economía de la Unión Europea en «la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo antes de 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañada por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social». Para el

¹⁸ A este respecto ya es revelador el Memorandum de la Comisión, que el Consejo hizo suyo, «Hacia una Comunidad Europea de la Tecnología», COM (85) 320 final, *JOCE* n° 6/1985, p. 24.

logro de este objetivo la IDT y, de forma más general, el «triángulo del conocimiento» (investigación, educación e innovación) constituirá la piedra angular de la Estrategia de Lisboa.

Hacia finales de la década los noventa, la Unión Europea fue consciente de que no existía una política coherente de investigación en Europa. Las políticas nacionales y la europea se estaban solapando, y, además, el marco de las actividades de investigación para las acciones de investigación era todavía más nacional, cuando debería predominar el carácter europeo.

Para solucionar este problema, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros adoptaron una iniciativa para la creación del Espacio Europeo de Investigación (ERA, según las siglas anglosajonas). La Comisión, mediante la Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Hacia un espacio europeo de investigación» COM (2000) 6 final sentó las bases de este Espacio Europeo de Investigación creando un «mercado interior de la investigación», que tenía como objetivo establecer una zona de investigación sin fronteras o, mejor expresado, un verdadero espacio de libre circulación del conocimiento, los investigadores y las tecnologías dirigido a reforzar la cooperación, estimular la competencias y sacar el máximo partido a la asignación de los recursos para fomentar el empleo y la competitividad en Europa.

En fin, esta última etapa se caracterizará por la creación y construcción del Espacio Europeo de Investigación. El sexto Programa Marco 2002-2006 se consideró un elemento primordial para poder alcanzar el ERA, del mismo modo que el VII Programa marco continuará realizando esta misma función.

III. LA I+D EN LOS TRATADOS

La investigación científica y el desarrollo tecnológico, como hemos afirmado, está presente en los Tratados. Primero, la encontramos en los Tratados CECA y Euratom referida sólo a los ámbitos materiales sobre los que versan los mencionados Tratados; después, en el TCEE, con carácter general, como consecuencia de la modificación que introdujo el AUE y, finalmente, el Tratado de Maastricht que también ha introducido algunas modificaciones a la regulación de la IDT hasta llegar al Tratado de Lisboa de 2007 que apenas ha modificado las disposiciones del Tratado de la Unión Europea, ya sea en su versión de Maastricht, Amsterdam o Niza. Veamos las previsiones que contienen los distintos Tratados comunitarios, esto es, el llamado Derecho primario u originario.

1. El Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA)

Aunque este Tratado ya no esté vigente, pues, como es sabido, la CECA era la única Comunidad que tenía un periodo de vigencia y que cuando concluyó –después

de cincuenta años— los Estados signatarios decidieron darla por finalizada, nos parece conveniente abordar la regulación que en esta primera Comunidad se tenía sobre la materia objeto de este capítulo.

El TCECA fue muy parco en la materia. Dedicaba solamente un precepto a la investigación científica y al desarrollo tecnológico: el artículo 55.

El apartado 1º del citado precepto establecía que la Alta Autoridad (la Comisión¹⁹) «deberá fomentar la investigación técnica y económica relacionada con la producción y el desarrollo de consumo de carbón y acero, así como la seguridad en el trabajo de estas industrias». Esto es, encomendaba a la Comisión el deber de potenciar la investigación científica y técnica destinada a aumentar el rendimiento y la seguridad en las industrias siderúrgicas y del carbón.

Para estimular y facilitar el desarrollo de estas investigaciones, la Comisión, previa consulta al Comité Consultivo CECA —que, de este modo se convierte en órgano consultivo de investigación²⁰— realizaría las acciones siguientes:

- a) Promoverá una financiación común por parte de las empresas interesadas.
- b) Destinará fondos recibidos a título gratuito.
- c) Asignará, con el dictamen conforme del Consejo, fondos procedentes de las exacciones previstas en el artículo 50, sin que pueda sobrepasar, sin embargo, el límite máximo establecido en el apartado 2º de dicho artículo.

En relación a las dos primeras acciones, el propio apartado 2º de este artículo 55 establecía la obligación de que los resultados obtenidos fueran puestos a disposición de todos los interesados en la Comunidad.

Finalmente, el último apartado de este precepto indicaba que la Alta Autoridad emitiría cuantos dictámenes fueren apropiados para la difusión de las mejoras técnicas, especialmente en lo que concierne a los intercambios de patentes y a la consecución de licencias de explotación.

Como puede observarse, la regulación que hacía esta norma de la investigación científica y técnica estaba limitada al estricto ámbito material del Tratado, esto es, al carbón y al acero.

De otra parte, también puede observarse que distinguía dos tipos de investigación: la investigación técnica, de una parte, y lo que algún autor ha denominado acerta-

¹⁹ Como es conocido, por el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965 (el denominado Tratado de Fusión de Ejecutivos), se constituyó un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas.

²⁰ ANDRÉS GÓMEZ DE BARREDA, M^a R., LORCA CORRONS, A., y URZAINQUEL MIGUÉLEZ, E., *Investigación y Desarrollo en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1985, p. 21.

Sobre el Comité consultivo CECA en general, *vid.*, MANGAS MARTÍN, A., «Los órganos auxiliares: el Comité de Representantes Permanentes (COREPER). El Comité Económico y Social. El Comité Consultivo CECA y el Tribunal de Cuentas», *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, I, Madrid, 1986, pp. 167-171.

damente la investigación social²¹. En lo que hace referencia a la primera, la CECA adoptó distintos programas de ayuda a medio plazo²². Y por lo que respecta a la investigación social, aprobó, asimismo, distintos proyectos de higiene industrial en las minas, seguridad en el trabajo, lucha contra las enfermedades mineras, etc.²³.

Señalemos, por último, que la CECA –disponía, *in fine*, el apartado 1º del artículo que estamos examinando– organizará para realizar las tareas investigadoras los contactos adecuados entre los organismos de investigación existentes, que forzosamente, en un principio, serían sólo los de los Estados miembros puesto que este Tratado, a diferencia del TCEEA, no creó ningún órgano de investigación propio para el desarrollo de estas misiones.

2. El Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA o Euratom)

El TCEEA procuró también, como el anterior, una base jurídica explícita a la investigación comunitaria en el campo de la energía nuclear, contemplándola, al menos, en tres lugares distintos:

En primer lugar, en el artículo 2º donde se establecían las tareas o acciones a desarrollar por la CEEA y, así, en su letra a) señala «desarrollar la investigación y asegurar la difusión de los conocimientos técnicos».

En segundo lugar, en el Capítulo I «Desarrollo de la Investigación del Título II» (artículos 4 a 10).

Y, por último, en el artículo 134 por el que se creó un Comité Científico y Técnico (CST) de carácter consultivo, adjunto a la Comisión, que se ocupaba de las cuestiones generales derivadas del Tratado para asesorar a aquélla en los programas de investigación y enseñanza en materia de energía nuclear. Este órgano estaba formado por treinta y tres miembros (dos o tres representantes de cada Estado miembro), nombrados a título personal por un período de cinco años renovable por el Consejo, previa consulta a la Comisión²⁴.

El artículo 4º del Tratado recoge los objetivos que se precisan conseguir en el campo de la energía nuclear, a saber: promover y facilitar las investigaciones nuclea-

²¹ SOLÁ Y SOLÁ, J., (1986), p. 10.

²² En 1968 el Consejo de Ministros aprobó el primer programa de ayuda a la investigación del carbón para el período 1967-1969, *vid. Bulletin de la Communauté Européenne du charbon et de l'acier*, nº 41, 1966. El segundo programa fue elaborado en 1970 y puesto en marcha para los años 197º-1974, publicado en el *JOCE* nº C 99 de 31 de julio de 1970; fue revisado en 1972 y publicado en el *JOCE* nº C 74 de 10 de julio de 1972. El tercer programa para el período 1975-1980 fue publicado en el *JOCE* nº C 60/16 de 25 de mayo de 1974, etc.

²³ *Vid.*, por ejemplo, *JOCE* nº C 10/2 de 14 de enero de 1977, establecimiento de un programa de investigación en materia de seguridad minera o *JOCE* nº C 159/3 de 5 de julio de 1978, establecimiento de un programa de investigación en materia de higiene industrial en las minas.

²⁴ *Vid.* «Comités Europeos competentes en I+D», *Política Científica*, abril, 1986, p. 11.

res de los Estados miembros y completar la ejecución del programa de investigación y enseñanza de la Comunidad. También señala, remitiéndose a lo establecido en el Anexo I, el ámbito de las acciones en la investigación nuclear y se refiere a las materias primas, la física aplicada de la energía nuclear, la fisicoquímica de los reactores, el tratamiento de materiales radioactivos, las aplicaciones de los radisótopos, el estudio de los efectos nocivos de las radiaciones en los seres vivos, los equipos y los aspectos económicos de la producción de la energía.

La técnica de la programación en la investigación comunitaria tiene su origen explícito en el marco de este Tratado. De este modo, su artículo 7º prevé que el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión que consultará al CST, establecerá los programas de investigación, que serán fijados para un período de cinco años, correspondiendo su ejecución al Centro Común de Investigaciones Nucleares (CCR).

Quizás, una de las cuestiones más importantes que se contienen en este Tratado sea, precisamente, la previsión de la creación de un Centro de investigación que realizará la denominada investigación propia de la Comunidad o también «acción directa». Es decir, que el propio Tratado constitutivo crea un órgano de investigación.

El CCR está previsto en el artículo 8º TCEEA como órgano encargado de hacer progresar en común los conocimientos y las técnicas necesarias para utilizar de forma industrial la energía nuclear. Constituido por Decisión de la Comisión 71/57, tiene, como preveía el apartado 2º de este artículo, distintos establecimientos para ejercer sus actividades, concretamente en Ispra (Italia), Kalsruhe (Alemania), Petten (Holanda) y Gell (Bélgica). El CCR está financiado exclusivamente por la Comunidad y cumple, fundamentalmente, tres objetivos: a) realización de programas de investigación con carácter general, concentrando esfuerzos sobre sus actividades; b) prestación de un servicio de interés público, poniendo a disposición de los organismos y las empresas industriales, los equipos especiales, conocimientos, productos y servicios que necesiten y c) elaboración de informes científicos y técnicos para la Comisión.

A comienzos de los setenta y como consecuencia, según ha explicado De Ruyt, de la rivalidad entre las industrias nucleares francesas y alemanas, cada una desarrollando sus propias técnicas de construcción de reactores y haciéndose competencia en el mercado mundial²⁵, el Centro entró en una profunda crisis que se saldaría con la diversificación de sus actividades extendiéndolas a sectores tales como el medio ambiente, la energía solar, los materiales, etc.

En resumen, el Tratado de Euratom es, como vemos, más extenso que el TCECA a la hora de regular la investigación científica y técnica, quizás como consecuencia de la necesidad de conocimientos que sentía la Comunidad en esta singular materia, aunque tiene en común con el anterior que tampoco se hace aquí una regulación general de la I+D, sino solamente referida al ámbito material del Tratado.

²⁵ DE RUYT, J., *L'Acte Unique Européen*, Belgique, 1987, p. 203.

3. El Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE)

El TCEE en su versión originaria no contenía normas relativas a la investigación científica y tecnológica, salvo un precepto, el artículo 41, dedicado a una materia muy concreta: la investigación agraria.

En efecto, el citado precepto disponía que para alcanzar los objetivos de la política agrícola común (PAC) podrían preverse medidas tales como «una eficaz coordinación de los esfuerzos emprendidos en los sectores de... la investigación y divulgación de conocimientos agronómicos»²⁶.

Esta ausencia de normas reguladoras de la investigación no significa, como hemos manifestado, que no existiera desde el principio investigación comunitaria en el marco de la CEE. Sin embargo, la base jurídica de estas acciones durante mucho tiempo sólo tuvieron apoyo en un artículo muy general del Tratado, el famoso artículo 235, que, como se conoce, establecía que si una acción de la Comunidad se considera necesaria para el objetivo de ésta, y en el Tratado no se hubiera previsto, el Consejo, a propuesta de la Comisión y después de la comunicación al Parlamento, adoptará por unanimidad las disposiciones que considere oportunas²⁷.

La base jurídica expresa de la I+D comunitaria no llegará sino hasta la entrada en vigor en julio de 1987 del AUE, cuyo artículo 24 introduce, como hemos advertido, un Título VI a la Tercera Parte del Tratado que contiene once nuevos artículos, que definen de manera bastante elaborada los objetivos, el marco y los medios de acción de esta nueva política.

²⁶ Sobre este tema, *vid.*, VÁZQUEZ LOSADA, A.M^a., «La política comunitaria de investigación y desarrollo tecnológico en el sector agrario», *Noticias/CEE*, n^o 73, 1991, pp. 27-35.

²⁷ El profesor JEA, Victor Louis establece tres condiciones para la aplicación de este precepto: 1^a tiene que considerarse la acción como necesaria; 2^a la acción debe tener como finalidad la realización de un objetivo del Tratado ya sea general o particular y 3^a es necesario que el Tratado no haya previsto las medidas de acción suficientes para alcanzar el objetivo perseguido, *vid.*, *L'ordre juridique communautaire*, Luxemburgo, 1986, p. 50. Es claro que estas tres condiciones se dan en la política a que nos estamos refiriendo. La doctrina más autorizada (VAN DER MEERSCH, W., «L'ordre juridique des Communautés Européennes et le Droit International», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 5, n^o 148, 1975) considera que esta histórica disposición «no crea ni determina las competencias ni las distribuye entre las instituciones comunitarias. Es estrictamente subsidiario y no tiene por objeto más que colmar una laguna en el ejercicio de una competencia determinada sin poner en cuestión el equilibrio institucional del Tratado». Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha adoptado posiciones más expansivas a la hora de interpretar el alcance de esta disposición, al declarar expresamente que el artículo 235 permite al Consejo tomar todas las disposiciones apropiadas incluso en el marco de las relaciones internacionales (Aff. 22/70. Arrêt 31/3/71. «Commission c Conseil. Accord Européen sur les Transports Routiers». *Recueil de Jurisprudence*, 1971, pp. 263-284). *Vid.* igualmente sobre este artículo, entre otros, OLMÍ, G., «La place de l'article 235 TCEE dans le système des attributions de compétence a la Communauté», *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. II, Bruselas, 1979, p. 285; MARENCO, G., «Les conditions d'application de l'article 235 du Traité CEE», *RMC*, n^o 131, 1970, p. 154; LESGUILLONS, H., «L'extension des compétences par l'article 235 du Traité de Rome», *Annuaire Français de Droit International*, 1984, p. 887 y TIZZANO, A., «Las competencias de la Comunidad», *Treinta Años de Derecho Comunitario*, Luxemburgo, 1981, p. 54.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (TUE) en su versión de Maastricht, además de modificar la ubicación sistemática del Título dedicado a la I+D (pasó a ser el XVI TCE) también introducirá algunos cambios que mejorarían la regulación en este campo. En su versión de Ámsterdam tan sólo modificó dos apartados del Título dedicado a la investigación: el apartado 1 del artículo 130 I, que suprimió la necesidad de unanimidad en el Consejo para aprobar el programa marco plurianual, y el artículo 130 O que, asimismo, suprimió la exigencia de unanimidad para adoptar las disposiciones previstas en el precepto anterior relativas a la creación de empresas comunes o cualquier otra estructura para la correcta ejecución de los programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios. Y, por último en su versión de Niza, la regulación de esta materia, ahora contenida en el Título XVII (artículo 163 a 173), no contendrá modificación alguna.

3.1. El Acta Única Europea

El AUE, sin duda, supuso para la investigación comunitaria un cambio muy notable. Significó nada menos que su transformación en un campo de competencia formal de la Comunidad o, dicho en otros términos, otorgó cabida a una «nueva» política comunitaria, que en realidad sólo es nueva, como han destacado todos los autores, por lo que se refiere a su inclusión en el Tratado²⁸, muy de acuerdo, por otra parte, con el habitual actuar comunitario.

El AUE contiene, como de inmediato tendremos ocasión de comprobar, una serie de nuevas disposiciones que definen la estructura general de la política de investigación comunitaria. Más acertado, sin embargo sería señalar –con un tono más modesto– que en realidad se limita a codificar, aunque sea en el plano del Derecho originario, los objetivos, modalidades de programación, de acción y de cooperación aplicadas en el primer programa-marco o incluso mucho antes²⁹.

Pero lo cierto es que hubo que esperar a este Tratado para asistir a la elevación de la política de investigación comunitaria a la categoría de Derecho originario, esto es, a tener una base jurídica expresa de la que carecía, salvo la muy general –como ya hemos hecho notar– del artículo 235 TCEE. El AUE representa, en suma, el desenlace del proceso evolutivo que ha venido desarrollando la ciencia y la tecnología en el marco de la integración comunitaria.

El Título VI dedicado a la Investigación y desarrollo tecnológico comienza señalando en su primer precepto, el artículo 130 F, los fundamentos, la razón de ser y los límites de la investigación comunitaria.

El apartado 1º formula lo que muchos –de modo acertado– han denominado el objetivo general de la Comunidad en este campo³⁰: «fortalecer las bases científicas y tecnológi-

²⁸ Vid., por todos, DE RUYT, J. (1987), p. 202.

²⁹ GONÇALVES, M.E., «Quelques réflexions critiques sur l'Acte Unique Européen et la recherche-développement», *RMC*, nº 338, 1990, p. 459.

³⁰ Vid., por todos, CARTOU, L., *Communautés Européennes*, 9ª ed., París, 1989, p. 492.

cas de la industria europea y favorecer el desarrollo de la competitividad internacional». Los dos objetivos indicados se complementan pues tratan de explotar las potencialidades que da a la industria su dimensión comunitaria en relación a la de sus principales oponentes. Desde esta perspectiva, hay que señalar que la formulación del objetivo es bastante amplia y no se restringe, como algunos habrían querido, a que la investigación comunitaria sólo fuera complementaria en relación a la que realizan los Estados miembros, si bien esta noción de complementariedad aparecerá, después, en el artículo 130 G.

Por su parte, los apartados 2º y 3º, formulan otros objetivos más concretos. El apartado 2º indica la vía a seguir por la Comunidad y la conexión entre la política tecnológica y la realización del mercado común; así señala, de una parte, que «estimulará a las empresas, incluyendo a las pequeñas y medianas empresas»³¹, centros de investigación y universidades y, de otro, que «apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación»; en definitiva, ir a un espacio científico único, un mercado interior o, en palabras de la Comisión, hacia una Comunidad Europea de la ciencia y la tecnología³². El apartado 3º, por su parte, subraya la relación entre el esfuerzo tecnológico y las políticas comunes, disponiendo que en la consecución de estos objetivos, se tendrá especialmente en cuenta la relación entre el esfuerzo común emprendido en materia de investigación y de desarrollo tecnológico, el establecimiento del mercado interior y la ejecución de políticas comunes, en particular, en materia de competencia y de intercambios.

De lo expuesto en este precepto se desprende –además de lo señalado– que la Comunidad no tiene vocación de sostener la llamada investigación básica, fundamental o pura, sino únicamente el estadio «precompetitivo»³³ puesto que hace referencia al fortalecimiento de las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional, es decir, se ha concentrado sobre el propósito más específico y estratégico de la promoción de la competitividad industrial europea. Aquí aparece la característica más original de la investigación comunitaria que es esencialmente la investigación aplicada, que procura conseguir resultados que puedan rápidamente encontrar una salida en el campo industrial o comercial, con la reserva, sin embargo, de que se trate de un desarrollo precompetitivo³⁴.

³¹ El profesor BOTANA AGRA (1986), p. 34, ha dicho que a través de esta expresa referencia a las pequeñas y medianas empresas resalta la conexión que se establece con la política social.

³² «Hacia una Comunidad Europea de la Tecnología», *Comunicación de la Comisión al Consejo*, COM (85) 350 final, Bruselas, 25 de junio de 1985.

³³ Por investigación «precompetitiva» se entiende aquella que ha superado la etapa básica del laboratorio, pero requiere un esfuerzo adicional significativo para elaborar los conceptos hasta la etapa precedente al desarrollo comercial. Vid. DOPAZO, C., «La investigación tecnológica “precompetitiva” en Europa», *Política Científica*, núm. Extraordinario, 1986, pp. 6-8.

³⁴ DECHAMPS, G. (1988), p. 306.

Además, el objetivo general en esta materia es, como ha denunciado la profesora GONÇALVES, restrictivo, puesto que somete la promoción de las actividades comunitarias de I+D únicamente al desarrollo de la industria sin hacer referencia a otros sectores de la actividad económica ni a objetivos de interés general³⁵. Si nos limitamos a hacer una interpretación literal –continúa escribiendo esta autora– las actividades de investigación en el campo de la medicina y del medio ambiente por ejemplo no estarían cubiertas más que en la medida que contribuya a promover la competitividad industrial³⁶. Es decir, ha adoptado una orientación exclusivamente económica.

Lo establecido en este precepto –en concreto en su apartado 3º– resulta, asimismo, restrictivo en relación a la aplicación de los objetivos de desarrollo científico y tecnológico y las otras políticas comunes ya que sólo menciona la de competencia y la comercial, olvidándose de otras que también podían haber sido señaladas en este precepto. No obstante, esta afirmación debe ser matizada en el sentido de que el precepto, en mi opinión, no puede ser interpretado como excluyente del resto de políticas comunes que expresamente no menciona pues textualmente dice: «políticas comunes, en particular, en materia de competencia y de intercambios»; simplemente, pues, debe entenderse que los autores del Tratado tuvieron en cuenta especialmente las señaladas, pero nada más. No significa que las demás fueran excluidas.

Se desprende de este examen de los objetivos de la política de I+D, como ha nombrado GONÇALVES, que éstos no están planteados como fines en sí mismos, sino medios del proceso económico que el sistema comunitario concibe en cada momento. La investigación no está valorada como tal. Esto explica –dice– el puesto secundario reservado a la investigación fundamental y a las ciencias sociales y humanas en el marco de la Comunidad³⁷.

La política de I+D se configura, en fin, como uno de los objetivos comunitarios que se plasmará, como establece el artículo 130 G, en cuatro tipos de acciones:

- Aplicación de programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración.
- Promoción de la cooperación en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitaria con terceros países y organizaciones internacionales.
- Difusión y explotación de los resultados de las actividades en materia de investigación, desarrollo tecnológico y demostración.
- Estímulo a la formación y a la movilidad de los investigadores de la Comunidad.

No obstante, en mi opinión, aun siendo esto importante todavía lo es más lo que dispone este precepto en su encabezamiento cuando señala que las acciones comunitarias de investigación «completarán» las emprendidas en los Estados miembros.

³⁵ GONÇALVES, M.E. (1990), p. 459.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 460.

O, dicho en otros términos, el párrafo 1º de este artículo 130 G establece el principio general de que la política de investigación comunitaria reside en la responsabilidad de los Estados miembros y la acción comunitaria no hace más que completarla. Aquí está la noción de complementariedad a que antes nos referíamos.

Esta formulación, sin embargo, no es muy afortunada ya que podría ser interpretada en el sentido de que una acción comunitaria de investigación sólo puede ser desarrollada si figura ya en los programas de algún Estado miembro, lo que resueltamente estaría en contradicción tanto con los objetivos que figuran en el artículo 130 F.1 como con la definición de acciones ofrecida en el mismo artículo 130 G. Es necesario entender esta frase –como ha avanzado DE RUYT– «expresando el papel, bastante lógico, de evitar las duplicaciones y concentrar los programas sobre acciones que correspondan a la dimensión comunitaria»³⁸.

Además, y como consecuencia de este carácter de complementariedad de la política de investigación comunitaria, el siguiente precepto del AUE, el artículo 130 H, impone una obligación de coordinar los programas nacionales de I+D de los Estados miembros, entre sí, en contacto con la Comisión, pero sin otorgar a ésta ninguna competencia directa sobre el tema, aunque sí la facultad para que tome en estrecho contacto con los Estados miembros «cualquier iniciativa útil para promover dicha coordinación». El artículo 130 H, en suma, obliga a que los Estados miembros coordinen, entre sí, sus programas de investigación, pero sin que una institución comunitaria, como en otras políticas, tengan facultades en esta materia. Se tratará, como ha dicho la profesora GONÇALVES, de una «cooperación institucional» más que de un instrumento típico de la constitución económica de una Comunidad integracionista³⁹. El resultado ha sido, pues, un precepto de contenido relativamente modesto, aunque confirma la autonomía de los Estados miembros para la formulación de sus respectivas políticas nacionales. Como tendremos ocasión de exponer, el Tratado de Maastricht modificará estos aspectos introduciendo una auténtica coordinación comunitaria.

Los artículos 130 I a 130 P regulan la programación de la I+D comunitaria. Debe destacarse que estos preceptos, con carácter general, no representan novedad alguna ya que, como conocemos, la programación de la investigación en el marco de la CEE estaba recogida desde las Resolución de 1974. En este punto, el AUE se limita a conferir un estatuto de conjunto a la programación elevándola al rango de Derecho originario.

La programación de la I+D se articula en torno a tres niveles:

El primer nivel, el más genérico, estará integrado por el programa-marco pluriannual (artículo 130 I). El contenido de este precepto no incorpora ninguna novedad, pues como se recordará, ya por Resolución del Consejo de 25 de julio de 1977 se aprobó el primer programa-marco. El AUE, en consecuencia, no hace sino recoger lo que ya estaba establecido. La diferencia ahora está en que los programas que se

³⁸ DE RUYT, J. (1987), p. 207.

³⁹ GONÇALVES, M.E. (1990), p. 463.

aprueben en base al precepto citado tendrán carácter constrictivo, es decir, ninguna acción podrá ser adoptada por la Comunidad fuera de ellos.

El programa-marco, que incluirá el conjunto de acciones a desarrollar, fijará los objetivos científicos y técnicos; determinará sus respectivas prioridades; indicará las grandes líneas de acción previstas; fijará el importe que se considere necesario y las modalidades de participación financiera de la Comunidad en el conjunto del programa, así como el reparto de dichos importes entre las diferentes acciones previstas. El programa-marco –finaliza el artículo 130 I.2º– podrá ser adoptado o completado en función de la evolución de las situaciones, esto es, prevé el examen y revisión del programa-marco atendiendo a un criterio de flexibilidad que ya había sido incorporado en el primer programa-marco sobre I+D para el período 1984-1987.

El segundo nivel de programación lo constituyen los programas específicos. El artículo 130 K, que contempla este tipo de programas, establece que el programa-marco se ejecutará mediante programas específicos desarrollados dentro de cada una de las acciones previstas en aquél. Cada programa específico precisará las modalidades de su realización, fijará su duración y preverá los medios que se estimen necesarios. Por su parte, el Consejo determinará las modalidades de difusión de los conocimientos que resulten de los programas específicos. Representan, como ha dicho Botana Agra, «el cauce de ejecución del programa-marco»⁴⁰.

Por último, el tercer nivel está integrado por los programas complementarios (artículo 130 L), que sirven, como los anteriores, para ejecutar el programa-marco, pero con la singularidad de que sólo participarán en ellos aquellos Estados miembros que se comprometan a financiarlos, sin perjuicio de una posible participación de la Comunidad.

El Consejo establecerá las normas aplicables a este tipo de programas, especialmente en materia de difusión de los conocimientos y de acceso de otros Estados miembros.

Además, en la ejecución del programa-marco, la Comunidad, podrá prever, de acuerdo con los Estados miembros interesados, una participación en programas de investigación emprendidos por ellos (artículo 130 M) y, asimismo, cooperar con terceros países o con organizaciones internacionales celebrando acuerdos basados en el artículo 228 TCEE (artículo 130 N).

En cuanto a la financiación de los programas comunitarios, el artículo 130 P dispone que será señalada, comprendiendo una eventual participación de la Comunidad, al aprobarse cada uno de ellos. En este sentido, el citado precepto no hace sino reiterar las previsiones que contempla el artículo 130 I.

La contribución anual de la Comunidad a la I+D será, sin embargo, adoptada en el marco del procedimiento presupuestario, sin perjuicio de otros modos de intervención eventual de la Comunidad.

Finalmente, el artículo 130 Q regula el procedimiento de adopción de acuerdos en esta materia. Los procedimientos son varios:

⁴⁰ BOTANA AGRA, M. (1986), p. 35.

El párrafo 1º establece que serán adoptadas por unanimidad a propuesta de la Comisión y después de consultar al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social las disposiciones contempladas en los artículos 130 I (programa-marco plurianual) y 130 O (creación de empresas comunes).

El párrafo 2º en su primera parte establece que el Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Comité Económico y Social y en consulta con el Parlamento Europeo, adoptará por mayoría cualificada, las disposiciones contempladas en los artículos 130 K (programas específicos), 130 L (programas complementarios), 130 M (participación comunitaria en los programas nacionales), 130 N (cooperación con terceros países o con organizaciones internacionales) y apartado 1º del artículo 130 P (financiación de programas).

Y, por último, el párrafo 2º *in fine* establece que los programas complementarios requerirán además la aprobación de los Estados miembros.

3.2. El Tratado de la Comunidad Europea (Maastricht)⁴¹

El nuevo Título XV (artículos 130 F al 130 P) de la Tercera Parte del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) está dedicado a la investigación y al desarrollo tecnológico. Lo primero que debe subrayarse es que no estamos en presencia, como comprobaremos, de una modificación sustancial de la regulación de la política de investigación comunitaria, sino de una reescritura de su texto –como ha expresado la Comisión en una Comunicación de 21 de octubre de 1990 sobre la revisión del Tratado– en aras, tras la experiencia obtenida, de mejorar la eficacia de las acciones de investigación desarrolladas por la Comunidad.

La redacción que da en este Tratado al artículo 3.m) y al apartado 1º del artículo 130 F supone una ampliación de los objetivos que persigue la Comunidad en la materia. En efecto, ya no tiene sólo el objetivo general anunciado de «fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional», sino que se ha establecido expresamente en el primero de los preceptos mencionados «el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico» y en el segundo se le ha añadido, consecuentemente, un párrafo del siguiente tenor: «así como fomentar todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado».

⁴¹ Desde una perspectiva formal, el Tratado de la Unión Europea se configura como un «Tratado de Tratados» integrando en el mismo los Tratados constitutivos. Los Títulos II, III y IV vienen encabezados, respectivamente, por los artículos G, H e I, cuyo contenido es el de los Tratados de París y de Roma modificados (con una variación en la denominación «Comunidad Económica Europea» por «Comunidad Europea» –artículo G–). Esta técnica de refundición ha sido criticada por la doctrina, considerándose esta técnica, aunque novedosa, de «absoluta complejidad». Para la profesora MANGAS MARTÍN «el TUE envuelve los Tratados existentes, sobre los que se asienta, y está redactado para ensartar, artificiosamente, en un supuesto de corpus único casi todo el Derecho Constitucional comunitario». Manifestándose quiebras en esta técnica de refundición «ya que se incluyen las modificaciones a los Tratados constitutivos o repiten a veces textos normativos de otras reformas para insertarlos en el articulado de los Tratados». *Vid.*, «El Tratado de la Unión Europea. Análisis de su estructura general» *Gaceta Jurídica de la CE*, nº D-17, 1992, p. 20.

Como observamos, con este nuevo objetivo se ha superado la orientación puramente económica que el AUE parecía haber dado expresamente a la investigación comunitaria, abriéndose a todos los campos posibles y emitiendo una utilización plurisectorial y diversificada de los esfuerzos de investigación. La Comunidad, ahora de modo explícito, podrá promover la investigación en todo tipo de campos (medio ambiente, sanidad, etc.), donde el primer objetivo ya no tiene por qué ser el desarrollo de la industria europea y de su competitividad internacional. La crítica que habíamos realizado al AUE por lo restrictivo de sus objetivos expresos puede ser considerada, tras la reforma de Maastricht, superada ya que, como ha reconocido la propia Comisión. El Tratado de Maastricht sitúa la política de I+D en una doble perspectiva, sintetizada del modo siguiente: fortalecimiento de la vocación industrial y ampliación de horizontes⁴².

El apartado 2º del precepto que examinamos contiene dos adiciones. De un lado, se señala que la Comunidad estimulará «en todo su territorio» a las empresas...; y, de otro, se ha precisado que los esfuerzos de investigación deben ser de «alta calidad». Como han explicado distintos autores, la referencia al conjunto del territorio de la Comunidad que se ha hecho en este precepto es como consecuencia del debate que se produjo en el seno de la Conferencia Intergubernamental respecto a los deseos de algunas delegaciones de introducir en el capítulo de la investigación una referencia explícita a la cohesión económica y social⁴³. Mencionar la cohesión en este Título hubiera comportado el riesgo de restringir la investigación a un mero instrumento de política de desarrollo regional, por lo que se optó por no incluirla, aunque ha tenido su reflejo en esta expresión.

El apartado 3º del artículo 130 F, que relegaba la investigación al establecimiento del mercado interior y de otras políticas comunitarias, en particular la de la competencia y la comercial, ha sido suprimido por considerarse que esa disposición se imponía desde la óptica de 1986, a saber la realización del mercado común, pero en 1992 ya no tenía tanta importancia.

Ahora este párrafo tiene un contenido completamente distinto pues se establece que todas las acciones de la Comunidad que se realicen en virtud del presente Tratado se decidirán y ejecutarán de acuerdo con lo establecido en el presente Título. Es decir, la política de I+D adquiere, en virtud de esta disposición, una dimensión horizontal que atraviesa las diferentes políticas comunitarias. Sus horizontes –ha señalado la Comisión– se amplían, y se fortalece su papel⁴⁴.

También ha sufrido una modificación lo referente a la coordinación de la política de investigación de los Estados miembros. Como se recordará, el AUE contemplaba la coordinación de dichas políticas de los Estados entre sí, sin intervención de la Co-

⁴² «La investigación después de Maastricht: un balance, una estrategia. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo», Secc. (92) 682 final, *Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento 2/92, p. 8.

⁴³ CLOOS, J., REINESCH, G., VIGNES, D. y WIELAND, J., *Le Traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, 2ª ed., Bruselas, 1994, p. 294.

⁴⁴ «La investigación después de Maastricht...», cit., p. 8.

munidad. Ahora, la coordinación debe efectuarse entre la Comunidad y los Estados miembros «con el fin de garantizar la coherencia recíproca de las políticas nacionales y de la política comunitaria». A este fin, se otorga a la Comisión la facultad de promover cualquier iniciativa, en estrecho contacto con los Estados para promover dicha coordinación. Ya no se trata, pues, de una coordinación de las políticas nacionales de los Estados miembros, entre sí, sino de las de éstos con la política comunitaria.

Pero, desde luego, lo que más modificación ha sufrido ha sido lo relativo a los procedimientos de adopción de decisiones. Los procedimientos prescritos en el AUE resultaron particularmente lentos y complicados (el programa-marco 1990-1994 sufrió un considerable retraso). En la redacción que se da en el Tratado de Maastricht los programas-marcos plurianuales serán adoptados por el Consejo, por unanimidad, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B (procedimiento de codecisión⁴⁵) y previa consulta al Comité Económico y Social. El Consejo se pronunciará por unanimidad durante todo el procedimiento de codecisión (artículo 130 I), lo que hace particularmente estrecho el margen de acuerdo con el Parlamento y disminuye el papel de éste. Idéntico procedimiento se seguirá, a tenor de lo establecido en el artículo 130 O, para la creación de empresas comunes o cualquier otra estructura que se considere necesaria para la concreta ejecución de los programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios.

Los programas específicos (artículo 130 I.3) serán adoptados, como indica el apartado 4º de este precepto, por el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Asimismo, las disposiciones previstas en los artículos 130 J a 130 L deberán ser adoptadas siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 189 C (procedimiento de cooperación⁴⁶) y previa consulta al Comité Económico y Social, de conformidad con lo que establece el artículo 130.2.

⁴⁵ Sobre el procedimiento legislativo del artículo 189 B del Tratado de la Unión Europea, comúnmente denominado codecisión parlamentaria, *vid.*, CLOOS; J., REINESCH, G, VIGNES, D y WELAND, J. (1994), pp. 369 a 384; RUIZ ROBLEDO, A., «Una nota sobre el iter legis en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea», *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, nº 18, 1994, pp. 175 y 176; DÍEZ HOCHLEINER, J., «La reforma institucional de las Comunidades Europeas acordada en Maastricht», *Gaceta Jurídica de la CE*, nº D-18, 1992, pp. 21-33; OLESTI RAYO, A., «El ámbito material de la participación del Parlamento Europeo en la elaboración del derecho derivado de la Comunidad Europea», *Gaceta Jurídica de la CE*, nº D-20, 1993, p. 121 y ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pp. 121-130.

⁴⁶ Sobre el procedimiento de cooperación del AUE que reformó el artículo 149 TCEE, actualmente contenido en el artículo 189 C TUE, *vid.*, entre otros, PMESTICE-MET, M., «Les procédures législatives communautaires après l'Acte Unique», *RMC*, nº 310, 1987, pp. 559 y 560; GOLBET, C., «Luxembourg, le sommet de relance de l'Europe», *RMC*, nº 292, 1985, p. 595; VILA COSTA, B., «El Acta Única Europea: aproximación y balance», *La Ley-Comunidades Europeas*, 1986, pp. 7 y 8; DE RUYT, J. (1996), pp. 125-128; MEDINA ORTEGA, M., «El Parlamento Europeo y el Acta Única», *Noticias/CE*, nº 45, 1988, p.644; Jacques, J.P., «L'Acte Unique Eurpéen», *RTDP*, nº 4, 1986, p. 593 y Allué Buiza, A., «Cooperación, codecisión y competencias de ejecución en el Acta Única Europea», *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, nº 2, 1987, pp. 264-267.

Como vemos, en estos nuevos procedimientos que se establecen, el Parlamento Europeo adquiere un mayor papel en el proceso de decisión, que se refuerza, además, con lo dispuesto en el artículo 130 P que obliga a la Comisión a la presentación de un informe anual al Parlamento y al Consejo que versará en particular sobre las actividades realizadas en materia de investigación y desarrollo tecnológico y de difusión de los resultados durante el año precedente, así como sobre el programa de trabajo del año en curso.

3.3. El Tratado de la Comunidad Europea (Amsterdam)

El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997⁴⁷ no introdujo, en lo que a la materia que estudiamos hace referencia, ninguna novedad sustancial más allá de la mera reenumeración del Título, que pasó a ser XVIII y sus artículos del 163 al 173, pero su contenido permaneció prácticamente invariable.

Debe tenerse presente que el objeto de la reforma prevista, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo N 2 TUE, se circunscribía a «las disposiciones del presente Tratado para las que se prevea modificación», esto es, a los preceptos y Declaraciones siguientes: el artículo B TUE sobre los objetivos de la Unión Europea, en relación con el mantenimiento del acervo comunitario y la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios en las políticas y formas de cooperación; la extensión del procedimiento de codecisión a otros ámbitos (artículo 189 B.8 TCE); las disposiciones relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común en relación con la Unión Europea Occidental (artículos J.4.6 y J.10 TUE); la Declaración n° 1 TUE, sobre la posible incorporación como nuevos Títulos en el TCE de la protección civil, la energía y el turismo, sectores incluidos en el radio de acción comunitaria en virtud del artículo 3,t TCE y la Declaración n° 16 TUE relativa a la jerarquía de los actos comunitarios. En lo que a nosotros nos interesa, pues, no se incluía mención alguna a la política de investigación y desarrollo tecnológico.

Diversos Consejos Europeos (Bruselas, diciembre de 1993; Corfú, julio de 1994; Cannes, junio de 1995; Madrid, diciembre de 1995 y Turín, marzo de 1996, posteriores a la firma del Tratado de Maastricht, así como los informes de las instituciones y organismos comunitarios elaborados por el grupo de reflexión creado y el trabajo realizado por el mismo grupo fueron ampliando el objeto de la reforma a otros muchos y variados aspectos de la Unión Europea, pero la IDT no se encontraba entre ellos⁴⁸.

⁴⁷ Sobre este texto, *vid.*, en general, *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, 2 vols., dir. Marcelino OREJA AGUIRRE, cord. FRANCISCO FONSECA MORILLO, Madrid, 1998.

⁴⁸ Las cuestiones debatidas en la Conferencia se agruparon en seis grandes áreas: 1ª «Libertad, seguridad y justicia» (derechos fundamentales, no discriminación y establecimiento progresivo de una zona de libertad, seguridad y justicia); 2ª «La Unión y el ciudadano» (empleo, política social, medio ambiente, salud pública, protección a los consumidores, otras políticas comunitarias, subsidiariedad, transparencia, calidad de la legislación); 3ª «Una política exterior coherente y eficaz» (la Política Exterior y de Seguridad Común y las relaciones económicas exteriores); 4ª «Las Instituciones de la Unión» (el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, otras cuestiones ins-

Las únicas modificaciones que con la reforma de Amsterdam se hicieron en este Título las encontramos en los artículos 166 y 172 TCE.

En virtud del primero de los preceptos citados, el Parlamento Europeo pasa a formar parte de las Instituciones que toman decisiones en esta materia, lo que no ocurría antes. En efecto, hasta ese momento el programa marco, que es el objeto que regula el artículo 166 era aprobado sólo por el Consejo y por unanimidad, a partir de ahora el programa marco será adoptado conforme al procedimiento previsto en el artículo 251 TCE que, como sabemos, es el llamado procedimiento de codecisión que es el que permite una mayor intervención del Parlamento Europeo.

Conforme al segundo precepto, el artículo 172 TCE, la modificación que introduce se refiere a que la creación de empresas comunes o cualquier otra estructura que se considere necesaria para la correcta ejecución de los programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios ya no será necesaria por unanimidad del Consejo, sino que será suficiente la mayoría cualificada. Se inscribe este artículo en el buen número de preceptos que, en aras a una profundización en la integración, abandonaron la unanimidad para pasar a la mayoría cualificada.

3.4. El Tratado de la Comunidad Europea (Niza)

La Conferencia intergubernamental clausurada en Niza el 11 de diciembre de 2000 había recibido el mandato de realizar las reformas pertinentes de los Tratados y resolver de manera satisfactoria las cuestiones que se habían dejado pendientes en Amsterdam –o, como también se le ha denominado, Maastricht II– para preparar a la Unión para la ampliación. Inaugurada en Bruselas el 14 de febrero de 2001 fue convocada de manera expresa para tratar asuntos institucionales y los *Left overs* o flecos de Amsterdam y aquellos que necesitaran esclarecerse antes de la ampliación.

El propio Tratado de Amsterdam contemplaba una reforma del sistema institucional en dos etapas. Ahora bien, los sucesos acaecidos sobrepasarían las previsiones de Amsterdam y la aceleración que el proceso de ampliación experimentó exigía una sola y cuanto antes conferencia intergubernamental que reformara las instituciones antes de que las negociaciones de adhesión más avanzadas con los países candidatos llegaran a su término.

Así, el Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999 reiteró la convocatoria de una CIG a principios del año 2000 que debía concluir sus trabajos antes de finales de año y determinó su orden del día, es decir, los asuntos sobre los que debían acordar, que eran los siguientes:

- Tamaño y composición de la Comisión.
- Ponderación de votos en el Consejo (nueva ponderación, introducción de una doble mayoría; umbral para decisiones por mayoría cualificada).

titucionales, función de los Parlamentos nacionales); 5ª «La cooperación más estrecha o flexibilidad» y 6ª «La simplificación y consolidación de los Tratados».

- Posible extensión del sistema de votación por mayoría cualificada en el seno del Consejo.
- Y, además, podrán tratarse otras cuestiones necesarias de los Tratados, en tanto en cuanto resulten pertinentes respecto de los órganos europeos en relación a la citada temática y a efectos de la aplicación del Tratado de Amsterdam.

Como puede observarse, por el carácter y el objeto con que fue convocada la CIG 2000, no estaba en el ánimo de los Estados modificar las políticas comunitarias y eso es lo que sucedió respecto a la política de IDT, que no vio modificados ni su contenido, sino ni siquiera la enumeración de sus artículos. La política de IDT seguirá estando regida por las mismas reglas previstas en Amsterdam que, a su vez, son las mismas, que las adoptadas en Maastricht y con no muchas variaciones las que alcanzaron por primera vez la categoría de Derecho originario en el AUE.

3.5. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

El TFUE, que no es sino –en gran medida– la Tercera Parte del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, dedica a la política objeto de nuestro análisis el Título XIX, artículos 179 a 189.

Una mera lectura del Título citado nos haría observar, en primer término, que a la IDT se le ha añadido el espacio, esto es, el Título lleva ahora por rúbrica «Investigación y desarrollo tecnológico y espacio»; y, en segundo lugar, que se ha introducido lo que se denomina «el Espacio Europeo de Investigación» con la finalidad de constituir una auténtica política de la Unión y no una simple coordinación, aunque sea bajo unas reglas comunes, de la política de IDT.

Según señalamos, en el año 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros adoptaron una iniciativa para la creación de Área Europea de Investigación (ERA, de acuerdo con las siglas en inglés) para acabar con la fragmentación y el aislamiento de los esfuerzos nacionales de investigación y con la disparidad de regulaciones y sistemas administrativos, así como para facilitar la movilidad o libre circulación entre los investigadores, los recursos y los resultados.

La cumbre de Lisboa, celebrada los días 23 y 24 marzo de 2000, después de manifestar la importante función desempeñada por la investigación y el desarrollo en la generación de crecimiento económico, empleo y cohesión, social, definió el objetivo general del ERA: «Desarrollar mecanismos adecuados para la creación de redes de programas nacionales y conjuntos de investigadores sobre una base voluntaria y con objetivos elegidos libremente, con el fin de aprovechar mejor los recursos concertados dedicados a la I+D en los Estados miembros».

Pues bien, ahora en el precepto que encabeza el Título que estudiamos se introduce –con acierto, en nuestra opinión– entre los instrumentos o medios para el logro del que puede ser calificado como el principal objetivo de la IDT (fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la Unión) el espacio europeo de investigación, al señalar que ese objetivo se deberá lograr mediante la realización de este espacio en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente.

Además, al regular el Programa Marco en el artículo 182 TFUE también se introduce el espacio europeo de investigación, ya que en su apartado 4 se obliga a que, a través del procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, Parlamento Europeo y Consejo establezcan las medidas necesarias para la realización de este espacio. Es decir, el Programa Marco se configura como el principal instrumento financiero para que el EEI sea una realidad.

Pero, sin duda, la principal novedad que introduce el TFUE en relación a esta materia que analizamos es el precepto que dedica al espacio y que ha servido, como hemos hecho notar, para que la rúbrica del Título incorpore esta materia.

En efecto, en este Título se introduce un nuevo precepto, el 189, dedicado al espacio. Se deduce, a simple vista, de esta ubicación sistemática que el espacio aparece en la Unión Europea íntimamente unida a la política de IDT, así como, también puede fácilmente observarse, que estas escasas previsiones son las primeras que, a nivel de derecho originario, regulan lo que acabará constituyéndose como una auténtica política espacial europea, a la que el propio Tratado obliga y con los objetivos que señala.

La Unión Europea es, desde hace tiempo, consciente de que el espacio constituye una fuente de progreso que debe ponerse al servicio de los objetivos y políticas de la Unión con la finalidad de construir la sociedad más avanzada del mundo.

Por ello, en 2003 la Comisión elaboró un Libro Verde sobre Política espacial europea⁴⁹ con el objetivo de sensibilizar a la sociedad europea sobre la importancia estratégica que reviste para la Unión Europea el espacio y la política espacial y hallar respuestas concretas a cuestiones relacionadas con el acceso, la financiación y las normas institucionales.

No concluiría el año cuando se dictó un Libro Blanco⁵⁰ que constituye, según propia confesión «un llamamiento a la acción de todos los agentes europeos implicados en esta materia (Agencia Espacial Europea, Unión Europea, Estados miembros de la AEE; agencias espaciales nacionales, centros de investigación, sector industrial, etc.) para que se movilicen hacia la superación de nuevas metas y desafíos; y en el que se contempla un Plan de Acción para la aplicación de la política espacial europea.

Después distintas Comunicaciones de la Comisión⁵¹ y la Resolución del Consejo de 22 de mayo de 2007 servirán para llegar hasta donde se ha alcanzado hoy que es, como hemos señalado, con la introducción del espacio y de la política espacial en el Tratado.

El artículo 189 TCE afirma que la Unión elaborará una política espacial europea para favorecer el progreso científico y técnico, la competitividad industrial y la aplicación de sus políticas, ya que ésta debe estar al servicio de aquéllas. Para ello

⁴⁹ *Libro verde* de 21 de enero de 2003, sobre Política espacial Europea, COM (2003) 17 final.

⁵⁰ *El Espacio: una frontera para una Unión en expansión*, Bruselas, 11.11.2003 COM (2003) final.

⁵¹ *Política espacial europea; elementos preliminares*, Bruselas, 23.5.2005 COM (2005) 208 final y *La política espacial europea*, Bruselas, 26.4.2007 COM (2007) 212 final.

fomentará iniciativas comunes, apoyara la investigación y el desarrollo tecnológico y coordinará los esfuerzos necesarios.

El Parlamento Europeo y el Consejo, a través del procedimiento legislativo ordinario, adoptarán las medidas que consideren necesarias para la consecución de los objetivos mencionados, pudiendo llegar a adoptar la forma de programa con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. En definitiva, se vislumbra que seguirá la metodología de la IDT, pero sin la profundización o integración de la IDT, ya que evita cualquier tipo de armonización con las disposiciones sobre la materia de los Estados miembros.

Por tanto, el TFUE otorga a la Unión Europea un marco legal para fomentar iniciativas comunes, apoya la I+D en el ámbito espacial y coordinar los esfuerzos necesarios para la exploración y explotación del espacio. Se trata, en suma, de una competencia compartida con los Estados miembros en los que se niega de manera expresa la primacía del Derecho de la Unión respecto del de los Estados miembros.

RESUMEN: La investigación fue una gran desconocida en la Europa comunitaria, al menos a nivel de Derecho originario, hasta que el Acta Única Europea (AUE), en virtud de lo dispuesto en su artículo 24, introdujo un Título VI, que llevaría por rúbrica “Investigación y desarrollo tecnológico” (artículos 130 F a 130 Q), a la Tercera Parte del TCEE.

En el presente trabajo se estudia el desarrollo que ha experimentado esta materia hasta ocupar la posición clave que ocupa hoy en el dispositivo de actuación de la Unión Europea. Asimismo, se aborda el estudio de los distintos preceptos (artículos 179 a 189) que hoy configuran el Título (XIX) del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dedicado a la investigación y al desarrollo tecnológico dando cuenta de los instrumentos y herramientas que dispone. Y, por último, se analiza la novedad que ha introducido este Tratado vinculado a la I+D, esto es, el Espacio (artículo 189 TFUCE, que constituye el germen de una nueva política de la Unión.

PALABRAS CLAVES: Unión Europea. Investigación y desarrollo tecnológico. Espacio. Programa marco. Programas específicos. Programas complementarios.

ABSTRACT: Research was largely unknown in the European community, at least at the level of primary legislation, until the Single European Act (SEA), under the provisions of Article 24, added to the third part of the EC Treaty a new Title VI called ‘Research and technological development’ (Articles 130 to 130 F Q).

Since then to nowadays this subject has experienced a great development and it plays a key role among the European Union policies. The present paper provides an overview of that evolution and it also analyses the various provisions (Articles 179 to 189) that today make up the Title XIX of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) dedicated to research and technological development, analysing all their means and measures. And finally, the introduction of Space in the Article 189 of the TFEU is examined as the seed of a new European Union policy.

KEYWORDS: European Union. Research and technological development. Space. Framework Programme. Specific programs. Complementary programs.

LA GESTIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS
Magistrado, Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRIMERA PARTE. LA REGULACIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS: 1. Las previsiones constitucionales de los fondos europeos 2. La regulación legislativa de los fondos de las Comunidades Europeas (1958-1988) y de los fondos de la Unión Europea (1989-2013). III. SEGUNDA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS POR LA COMISIÓN EUROPEA: 1. La intervención de la Comisión Europea: la programación de los fondos europeos. 2. La participación de los comités en la gestión de los fondos europeos. 3. La recuperación de los fondos europeos mal gestionados: la liquidación de las cuentas agrarias, las correcciones financieras estructurales y la lucha contra el fraude. IV. TERCERA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS POR LAS AUTORIDADES NACIONALES: 1. La autonomía de las autoridades nacionales en la gestión de los fondos europeos. 2. La cooperación de las autoridades nacionales y la Comisión en la gestión de los fondos europeos. 3. La subsidiariedad y la implicación de las regiones en la gestión de los fondos europeos. V. CUARTA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS EN ESPAÑA: 1. La batalla entre el Estado y las Comunidades Autónomas por la gestión de los fondos europeos. 2. La regulación española de la gestión de los fondos europeos 3. La gestión de los fondos europeos por las Administraciones españolas. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los fondos europeos o, más intuitivamente, las «subvenciones de Bruselas» han tenido el mismo o incluso mayor poder de atracción que otros elementos constitutivos y decisivos de la Unión Europea como el mercado común, el euro o la ciudadanía europea. De hecho, estos fondos europeos constituyen la razón de ser de las más importantes políticas comunitarias europeas: por ejemplo, las políticas agrícola y regional, que por sí solas han supuesto en la práctica un gasto superior a las tres cuartas partes de todo el Presupuesto de la Unión. Ahora bien y dada la falta de una estructura administrativa suficientemente desarrollada en la propia Unión, la Comisión Europea ha tenido que apoyarse sustancialmente en las Administraciones nacionales con el fin de canalizar estos fondos europeos. Y, del mismo modo, si bien el Tribunal de Cuentas

européo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han ejercido el control financiero externo y el control jurisdiccional de la gestión de los fondos, resulta ineludible la intervención de los tribunales de cuentas nacionales y de los tribunales nacionales para resolver las controversias sobre la gestión de estos fondos y, en determinados supuestos, para atajar la ineficacia, el fraude y la corrupción en la gestión europea y nacional de los fondos europeos.

El examen de la gestión de los fondos europeos requiere, con carácter previo, una serie de precisiones y exige recordar el peculiar modelo federal diseñado por la Unión Europea en sesenta años de canalización de subvenciones, especialmente en el ámbito agrario y de desarrollo económico regional.

Por lo que se refiere a las puntualizaciones, es conveniente subrayar la importancia relativa del Presupuesto de la Unión que no supera el 1,24% del PIB de la Unión Europea¹. Asimismo, los fondos europeos constituyen simplemente una parte de los gastos previstos en dicho presupuesto². De hecho, los distintos y bien conocidos fondos agrarios, sociales o regionales no tienen personalidad sino que únicamente constituyen las partidas de gastos del Presupuesto europeo que tienen su propia regulación en las normas de la Unión Europea que, a su vez, constituyen el marco general de las distintas políticas, en particular y por lo que ahora importa, la política agrícola común (el FEOGA-Garantía y el FEOGA-Orientación sustituidos a partir de 2007 por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER); la política regional y de cohesión (FEDER y Fondo de Cohesión), la política social (Fondo Social Europeo), etc.

Desde el punto de vista organizativo, la gestión de los fondos europeos ofrece un claro ejemplo de los distintos modelos federales que han ensayado parsimoniosamente las Comunidades Europeas y la Unión Europea. Así, por ejemplo, puede considerarse que en los años 70 la Comunidad Económica Europea apuntaba hacia una gestión centralizada en manos de la Comisión Europea de los principales fondos europeos lo que se revelaba en una gestión del Fondo Social Europeo o del FEOGA-Orientación por la propia Comisión Europea que programaba, gestionaba y financiaba directamente los distintos proyectos presentados en Bruselas; sin embargo, las ampliaciones hacia el Sur en los años 80 y, definitivamente, las ampliaciones hacia el Este a principios del siglo XXI, han impuesto definitivamente, debido a la dimensión de una Unión Europea de unos 500 millones de ciudadanos y una Comisión Europea y unas instituciones europeas de unos 40.000 eurofuncionarios, una gestión compartida por la Comisión Europea, que planifica y supervisa, y las autoridades nacionales,

¹ El artículo 3.1 de la Decisión del Consejo 2007/436/CE, Euratom, de 7 de junio de 2007, sobre el sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas dispone: «La cantidad total de recursos propios asignados a las Comunidades para financiar créditos de pago anuales no podrá rebasar el 1,24% de la suma de todas las RNB de los Estados miembros» (*DOUE* n° L 163, de 23 de junio de 2007, p. 17).

² Por ejemplo, el artículo 2.2 del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre financiación de la política agrícola común establece: «El FEAGA y el FEADER constituirán partes del presupuesto general de las Comunidades Europeas» (*DOUE* n° L 209, de 11 de agosto de 2005, p. 1).

que participan en la programación y que canalizan los proyectos a sus destinatarios naturales: los agricultores, los desempleados, los emprendedores, etc.

La integración de España en la Unión Europea ofrece, precisamente, un claro ejemplo del equilibrio alcanzado entre las primeras tendencias centralizadoras y las fuerzas descentralizadoras en la gestión de los fondos europeos no solo en su dimensión europea sino también en el contexto de la España de las Autonomías. En efecto, la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 acontece casi al mismo tiempo en que nace el Estado autonómico –las Comunidades Autónomas se constituyen a partir de los Estatutos adoptados entre 1979, en Cataluña y el País Vasco, y 1983 en Castilla y León– por lo que no es de extrañar que el Estado central, que había tenido incontestablemente la voz cantante en la negociación de la adhesión, iniciada en 1979, intentase entre 1986 y 1992 fortalecer su poder en todo lo relativo a la integración, incluida la gestión de los fondos comunitarios europeos. Sin embargo y debido a la especial beligerancia ante el Tribunal Constitucional de Cataluña y el País Vasco, quedó bien claro en 1992 que la gestión de los fondos europeos en España no alteraba el reparto constitucional de competencias y correspondería bien al Estado bien a las Comunidades Autónomas, en virtud de las competencias que hubiesen asumido o que mantuviese por ejemplo en materia de agricultura, de desarrollo económico, de política social, etc., sin perjuicio, desde luego, de la necesaria colaboración y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

A continuación propongo examinar el marco normativo general de la Unión Europea, especialmente el vigente, para abordar algunos de los aspectos más significativos de la gestión de los fondos europeos por la Comisión, por las autoridades nacionales y en España teniendo muy en cuenta la implicación de los distintos niveles de gobierno, incluido el regional y el local.

II. PRIMERA PARTE. LA REGULACIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS

Los fondos europeos están regulados en los Tratados constitutivos y su régimen es el resultado de la evolución constitucional de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. Con el fin de no enmarañar el marco constitucional me referiré al régimen actualmente vigente contenido básicamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a los regímenes legales vigentes para el actual marco presupuestario comprendido entre 2007 y 2013.

1. Las previsiones constitucionales de los fondos europeos

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas previeron la creación o por sí mismos establecieron los fondos europeos: así en el Tratado CEE de 1957 se creó el Fondo Social Europeo (artículo 123 TCEE) al mismo tiempo que se mencionó la posibilidad de crear uno o más fondos de orientación y de garantía agrícolas (artículo 40 TCEE). En los años 60 el fondo europeo por antonomasia será el Fondo Europeo

de Orientación y Garantía Agrícolas, Sección Garantía (FEOGA-Garantía) que de un modo tan extraordinario contribuyó al desarrollo de la política agrícola común. A principios de los años 70 se empieza a desarrollar, mucho más modestamente, el FEOGA-Orientación, dirigido a la mejora de las estructuras agrarias; y como consecuencia de la adhesión del Reino Unido se crea, en 1975 y sin una previsión específica en el Tratado constitutivo, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). En esos mismos años de crisis económica se revitaliza la importancia del Fondo Social Europeo.

El Acta Única Europea de 1986 introduce en los Tratados constitutivos el objetivo de cohesión económica y social y encomienda su consecución a los Fondos con finalidad estructural: el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección Orientación, el Fondo Social Europeo y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (artículo 130 B TCEE).

En fin, el Tratado de Maastricht de 1992 completa la panoplia de instrumentos financieros con el Fondo de Cohesión orientando sus intervenciones a conseguir la convergencia para alcanzar la unión económica y monetaria y para financiar infraestructuras de transporte y proyectos medioambientales en los países más atrasados de la Unión.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea codifica la estructura de instrumentos financieros de modo que, por una parte, el artículo 40.3 reproduce la vieja base jurídica para crear «uno o más fondos de orientación y de garantía agrícolas» y que en estos momentos se concretan en el FEAGA y en el FEADER. Del mismo modo, el artículo 162 TFUE se refiere al Fondo Social Europeo que, básicamente, no ha perdido sus objetivos iniciales de «mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida». En fin, el artículo 175.1 TFUE se refiere a los fondos con finalidad estructural, sin impedir que adopten nuevas acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión.

De este modo los distintos fondos están vinculados de manera muy estrecha a las distintas políticas de la Unión: el FEAGA a la política agrícola; el FEDER a la política regional; el Fondo Social Europeo a la política social; el FEADER a la política rural y medioambiental, etc.

En el caso del Fondo Social Europeo, el artículo 162 TFUE reproduce el tenor inicial del Tratado CEE y le encomienda: «fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales». A estas características debe añadirse la calificación como fondo estructural que se le ha otorgado al Fondo Social Europeo desde el Acta Única de 1986.

El artículo 176 TFUE recoge una definición del FEDER conforme al cual: «estará destinado a contribuir a la corrección de los principales desequilibrios regionales dentro de la Unión mediante una participación en el desarrollo y en el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y en la reconversión de las regiones industriales en declive».

El artículo 177 TFUE se refiere al Fondo de Cohesión y le atribuye la función de «proporciona[r] una contribución financiera a proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas en materia de infraestructuras del transporte», lo que corrobora al referirse expresamente en el artículo 171 a las redes transeuropeas y en el artículo 192.5 al apoyo financiero en materia de medio ambiente.

En otros supuestos en que no se hace referencia a específicos fondos, los Tratados constitutivos se refieren a la financiación europea. Así, en el caso del medio ambiente el artículo 192.4 TFUE establece esta limitación constitucional: «Sin perjuicio de determinadas medidas adoptadas por la Unión, los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente». En cambio y tratándose de la investigación, desarrollo e innovación, el artículo 4.3 TFUE dispone: «En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya».

2. La regulación legislativa de los fondos de las Comunidades Europeas (1958-1988) y de los fondos de la Unión Europea (1989-2013)

La regulación europea de los fondos europeos se corresponde, básicamente, con la establecida para cada una de las políticas en función de las cuales se diseñan los Fondos agrícolas, el Fondo Social Europeo y los Fondos regional y de cohesión. No obstante y aun cuando sea más modestamente desde el punto de vista financiero, se han creado numerosos instrumentos financieros dentro de cada una de las políticas que por referirse a las más significativas del Presupuesto de la Unión serían: el Fondo Europeo de la Pesca como instrumento de la política pesquera³, el programa Life+ en materia medio ambiental⁴, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización en la política de empleo⁵, el Fondo Europeo para los Refugiados en la política de inmigración⁶, etc.

No obstante y por lo que se refiere a la configuración de la gestión de los fondos, se aprecian, básicamente, dos etapas: una primera fundacional que se correspondería con las tres primeras décadas de las Comunidades Europeas y que podría alcanzar

³ Reglamento (CE) n° 1198/2006 del Consejo, de 27 de julio de 2006, relativo al Fondo Europeo de Pesca (*DOUE* n° L 223 de 15 de agosto de 2006, p. 1).

⁴ Reglamento (CE) n° 614/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE+) (*DOUE* n° L 149 de 9 de junio de 2007, p. 1).

⁵ Reglamento (CE) n° 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (*DOUE* n° L 406 de 30 de diciembre de 2006, p. 1).

⁶ Decisión n° 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios» (*DOUE* n° L 144 de 6 junio de 2007, p. 1).

hasta 1988, caracterizada por la búsqueda en cada política comunitaria y en cada fondo de una identidad y un modo de actuar propios pero con numerosas lagunas en cuanto al diseño y, de manera especial, en relación con la supervisión de la gestión; y la segunda, a partir de 1989 y hasta la actualidad, que coincidiría con los desarrollos de la Unión Europea, y que se puede caracterizar por una mayor coordinación entre los fondos y una mejor atención a la eficacia y al control tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales.

Los fondos en las Comunidades Europeas y hasta 1988 surgen siguiendo la dinámica propia de cada política comunitaria europea: primero, sin duda, la política agrícola que durante los años 60 se desarrolló de un modo extraordinario y a finales de los 70 alcanzaba su máximo apogeo y empezada lenta pero inexorablemente su decadencia después de haber dispuesto de casi el 80% de todo el Presupuesto comunitario⁷. Simultáneamente pero de un modo más discreto en el ámbito de la política social, el Fondo Social Europeo intentó, sin éxito, una autonomía y una gestión directa por parte de la Comisión Europea. Y con un gran empuje progresivo en los años 70 la política regional surgió al calor de la integración en 1973 del Reino Unido, principalmente, y conoció un considerable impulso del FEDER en los años 80 con la ampliación a los países del Sur de Europa (Grecia, España y Portugal).

Es precisamente en 1989 cuando se inicia la segunda etapa de coordinación de los fondos agrícolas y de los fondos estructurales, acompasando su ritmo con la adopción de las sucesivas perspectivas financieras de lo que se caracterizaría a partir de 1992 como Unión Europea y en la que la desproporcionada importancia de la política agrícola sería compensada paulatinamente con el creciente peso asumido por los fondos estructurales. Ciertamente, las adhesiones en 1995 de Suecia, Finlandia y Austria, apenas cambiaron la situación; sin embargo, la ampliación a los Países de Europa central y oriental en 2004 y en 2007 determinó una orientación definitiva e irreversible de una gestión compartida por la Comisión y las autoridades nacionales en una Unión de 27 Estados miembros.

Desde el momento en que se empezaron a adoptar las perspectivas financieras, la regulación de los fondos más significativos, agrícolas y estructurales, ha sido paralela traduciéndose, básicamente y desde 1988, en la adopción de un Reglamento relativo a los fondos agrícolas, otro Reglamento general sobre los fondos estructurales y sendos Reglamentos de aplicación del FEDER, del Fondo Social Europeo y del Fondo de Cohesión.

Así ocurre con la programación financiera para 1989-1993 (Paquete Delors I) y para 1993-1999 (Paquete Delors II) en la que se ensaya la nueva regulación de los fondos europeos, constituida por el Reglamento marco de los fondos estructurales⁸

⁷ Reglamento 729/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970, sobre la financiación de la política agrícola comunitaria (*DOCE* n° L 94, de 28 de abril de 1970, p. 13; EE 03, vol. 03, p. 220).

⁸ Reglamento 2052/88 del Consejo, de 24 de junio de 1988, relativo a las funciones de los fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sí de sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes (*DOCE* n° L 185, de 15 de julio de 1988, p. 9).

y por varios Reglamentos de aplicación⁹ y que, con mejoras, constituye la base del actual marco reglamentario de los fondos agrícolas y estructurales.

El siguiente periodo se inicia con la propuesta del presidente de la Comisión, Jacques SANTER, plasmada en la denominada Agenda 2000 para el período de programación 2000-2006 gestionado por la Comisión Europea presidida por Romano PRODI, y caracterizado por una especial atención al control del fraude y a la lucha contra la corrupción en la gestión de los fondos, apreciándose una convergencia entre la regulación de los fondos agrícolas de garantía y de orientación¹⁰ y los fondos estructurales¹¹.

Y la misma tónica continuista se mantiene en la aplicación de las perspectivas financieras 2007-2013 de la actual etapa del presidente José Manuel DURÃO BARROSO. Precisamente en este periodo los dos reglamentos básicos de la política agrícola son el Reglamento 1290/2005 relativo al FEAGA¹² y el Reglamento 1698/2005 sobre el FEADER¹³; que se completan con el Reglamento 1083/2006 de los fondos estructurales (FEDER y Fondo Social Europeo)¹⁴ y el Reglamento 1084/2006 del Fondo de Cohesión¹⁵.

⁹ Reglamento 4253/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento 2053/88, en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los fondos estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes; Reglamento 4254/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento 2052/88, en lo relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional; Reglamento 4255/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento 2052/88, en lo relativo al Fondo Social Europeo; y Reglamento 4256/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento 2052/88, en lo relativo al FEOGA, sección Orientación (*DOCE* n° L 374, de 31 de diciembre de 1988, pp. 1-28).

¹⁰ Reglamento 1258/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la financiación de la política agrícola común (*DOCE* n° L 160, de 26 de junio de 1999, p. 103) y Reglamento (CE) n° 1257/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) y por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos (*DOCE* n° L 160, de 26 de junio de 1999, p. 80).

¹¹ Reglamento 1260/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones generales sobre los fondos estructurales (*DOCE* n° L 161, de 26 de junio de 1999, p. 1).

¹² Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre financiación de la política agrícola común (*DOUE* n° L 209, de 11 de agosto de 2005, p. 1).

¹³ Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) (*DOUE* n° L 277, de 21 de octubre de 2005, p. 1).

¹⁴ Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n° 1260/1999; el Reglamento (CE) n° 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1783/1999 (*DOUE* n° L 210, de 31 de julio de 2006, p. 25, p. 1, y p. 12, respectivamente).

¹⁵ Reglamento (CE) n° 1084/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se crea el Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n° 1164/94 (*DOUE* n° L 210, de 31 de julio de 2006, p. 79).

La futura regulación de los fondos europeos para el período 2014-2010 se hará de conformidad con los procedimientos legislativos establecidos por el Tratado de Lisboa de modo que corresponderá al Parlamento Europeo y al Consejo, previo informe del Comité Económico Social y por lo general también del Comité de las Regiones, establecer el marco legislativo de los fondos agrícolas (artículo 43 TFUE), del Fondo Social Europeo (artículo 164 TFUE) y de los fondos estructurales y de cohesión (artículos 177 y 178 TFUE).

Ahora bien, la regulación específica de los fondos europeos debe completarse en todo caso con las normas relativas a la gestión financiera contenidas en el Reglamento financiero general¹⁶. En resumen y por referirse al Presupuesto de 2011 un 76,20% de los fondos europeos son fondos agrícolas, estructurales y de cohesión. Por una parte, el FEAGA canaliza aproximadamente un 32,30% del presupuesto de la Unión; otro 10,20% adopta la forma de FEADER; el FEDER representa un 20,4%; el Fondo Social Europeo supone el 7,10%; y, en fin, el Fondo de Cohesión constituye el 6,20% de todo el presupuesto europeo para 2011.

En cambio, la financiación de la investigación y desarrollo se gestiona de manera centralizada por la Comisión Europea lo que en 2011 supone aproximadamente un 3,30% del Presupuesto de la Unión. En el caso de los demás instrumentos financieros su dotación presupuestaria resulta en términos generales y en comparación con los fondos agrícolas y estructurales muy poco significativa¹⁷.

III. SEGUNDA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS POR LA COMISIÓN EUROPEA

Hoy en día la gestión de los fondos europeos se lleva a cabo en la Unión conforme a un modelo de ejecución compartida entre la Comisión Europea y los Estados miembros. Ciertamente, los «métodos de ejecución» podrían responder, por utilizar la clasificación europea, a la ejecución centralizada, en manos de la Comisión Europea, pero finalmente se ha generalizado una ejecución compartida con los Estados miembros¹⁸.

¹⁶ Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (*DOUE* n° L 248, de 16 de septiembre de 2002, p. 1), que sustituye la versión, modificada en numerosas ocasiones, de 1977.

¹⁷ Parlamento Europeo, Aprobación definitiva del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2011, 2011/125/UE, Euratom, de 15 de diciembre de 2010 (*DOUE* n° L 68, de 15 de marzo de 2011, p. I/1).

¹⁸ El considerando 16 del preámbulo del Reglamento financiero explica: «En cuanto a la ejecución del presupuesto, es preciso determinar claramente los distintos métodos de ejecución posibles: ejecución centralizada por la Comisión, ejecución compartida con los Estados miembros o descentralizada con terceros países beneficiarios de ayudas exteriores, o bien, por último, ejecución conjunta

Ahora bien, durante una primera etapa, hasta 1988, se observa una clara tendencia a concentrar en manos de la Comisión Europea todo el proceso de gestión de los fondos. Así ocurrió, por ejemplo, con el Fondo Social Europeo. En efecto, la única regulación específica de los Tratados constitutivos sobre la gestión de los fondos se refiere al Fondo Social Europeo. El antiguo artículo 147 TCE y el ahora vigente 163 TFUE dispone: «La administración del Fondo corresponderá a la Comisión. En dicha tarea, la Comisión estará asistida por un Comité, presidido por un miembro de la Comisión y compuesto por representantes de los Gobiernos, de las organizaciones sindicales de trabajadores y de las asociaciones empresariales».

Sin embargo, el aumento del presupuesto de la Unión, las sucesivas ampliaciones y la escasa capacidad de la Comisión Europea para gestionar numerosísimos proyectos aconsejaron una mayor y más decidida gestión compartida por la Comisión Europea y las autoridades nacionales¹⁹. A este respecto, 1999 puede considerarse un punto de inflexión cuando sendos informes de un comité de expertos nombrado por el Parlamento Europeo obligaron a dimitir a la Comisión Europea presidida por Jacques SANTER y exigieron una mejora de los procedimientos de gestión y de control tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales²⁰.

Los Tratados constitutivos siempre han dejado un amplio margen de actuación a la Comisión Europea. De hecho, el vigente artículo 17 TUE atribuye a la Comisión la función de velar por la aplicación de los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de estos, supervisar la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y ejecutar el presupuesto y gestionar los programas. En cualquier caso y como proclama respecto del sistema institucional de la Unión el artículo 298.1 TFUE: «En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente».

En lo que se refiere a los fondos europeos y prescindiendo de las especificidades de cada política, la Comisión Europea, después de numerosas experiencias y ensayos, se ha reservado, en sustancia, las funciones de programación, de ejecución general bajo la supervisión de los comités integrados por representantes nacionales y de la liquidación de las cuentas o la aplicación de correcciones financieras en el caso de irregularidades.

con organizaciones internacionales»; lo que se refleja en la clasificación del artículo 53 y se desarrolla en los artículos siguientes.

¹⁹ Según los datos del Presupuesto general para la Unión de 2011, las instituciones europeas cuentan con 40.603 funcionarios, de los cuales 25.613 prestan servicios en la Comisión (*DOUE* n° L 68 de 2011, ya citado, p. I-115).

²⁰ Comité de Expertos Independientes, *Premier Rapport sur les allégations de fraude, de mauvaise gestion et de népotisme à la Commission européenne, Bruselas, 15 de marzo de 1999*; y *Second Rapport sur la réforme de la Commission. Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*, Bruselas, 10 de septiembre de 1999.

1. La intervención de la Comisión Europea: la programación de los fondos europeos

La intervención de la Comisión Europea en la gestión de los fondos consiste básicamente en llevar a cabo, en coordinación con los Estados miembros, una prolija programación de las intervenciones financieras que, por lo general, requiere la cofinanciación por parte de las autoridades nacionales. Esto supone la aplicación y la supervisión de un régimen más o menos complejo según cada una de las políticas. De este modo, solo en supuestos muy excepcionales, como es el caso de la política de investigación, y para un porcentaje cada vez más pequeño de los fondos europeos la gestión implica el examen de los proyectos y la concesión directa por parte de la Comisión Europea de las subvenciones, lo que supondría, asimismo, que los eventuales litigios por denegación de los fondos se ventilasen en primera instancia ante el Tribunal General y en casación ante el Tribunal de Justicia²¹.

En cambio, la gestión compartida es el modelo elegido para la aplicación de la política de sostenimiento de precios agrarios y de apoyo a la producción, lo que se ha canalizado a través del FEOGA-Garantía y a partir de 2007 a través del FEAGA.

Por una parte, en cuanto se refiere a la financiación ha sido tradicionalmente un ámbito sujeto a la exclusiva intervención financiera europea; sin embargo, también desde 2007 la idea es propiciar en algunas de las actuaciones la cofinanciación de las autoridades nacionales. Ahora bien, la gestión se encomienda a los distintos organismos nacionales pagadores que se someten a unos requisitos establecidos por el legislador europeo y supervisados por la Comisión.

Para la financiación del FEOGA-Orientación, calificado como fondo estructural, la financiación se ha hecho sustancialmente a través de la programación. Por esa misma razón, el FEADER interviene en estos momentos a través de los programas de desarrollo rural²².

En el caso de los Fondos estructurales y de Cohesión, la Comisión Europea es el eje de la programación. De conformidad con el apartado 24 del preámbulo del Reglamento general: «La programación plurianual ha de orientarse hacia la consecución de los objetivos de los fondos, garantizando la disponibilidad de los recursos financieros necesarios, así como la coherencia y continuidad de la acción conjunta de la Comunidad y los Estados miembros». Del mismo modo, el artículo 10 del Reglamento general establece: «Los objetivos de los fondos se llevarán a cabo en el marco de un sistema de programación plurianual organizado en varias etapas que comprenderán la definición de las prioridades, la financiación y un sistema de gestión y de control».

²¹ David ORDÓÑEZ SOLÍS, «La financiación europea de la investigación en España», en Begoña SESMA y Antonio ARIAS, *Gestión y fiscalización de la investigación*, Universidad de Oviedo, 2006, pp. 223-260.

²² Según los datos del Tribunal Europeo de Cuentas, Informe Anual sobre la ejecución presupuestaria relativo al ejercicio 2010, acompañado de las respuestas de las instituciones (*DOUE* n° C 326, de 10 de noviembre de 2011, p. 207) en 2010 eran aplicables 94 programas de desarrollo rural.

El programa operativo constituye actualmente el eje de la programación y así lo define el Reglamento general de los fondos estructurales: «documento presentado por un Estado miembro y aprobado por la Comisión, en el que se recoge una estrategia de desarrollo que contiene un conjunto coherente de prioridades para cuya realización se precisará ayuda de alguno de los Fondos».

Por cuanto se refiere a la gestión directa de los proyectos por la Comisión Europea, el paso del tiempo ha aconsejado que esta interviniese solo excepcionalmente. Inicialmente en los años 90 se previeron las medidas innovadoras a cargo exclusivamente de la Comisión Europea hasta un límite del 1% (por ejemplo, en el FEDER o en el FEOGA-Orientación y el 0,5% en el FSE); sin embargo, y en la actual etapa de programación se ha rebajado aún más el límite de gestión directa por la Comisión Europea hasta el 0,25% como establece el artículo 24 del vigente Reglamento general de los fondos estructurales²³.

Ahora bien y sea cual sea el procedimiento de programación o de canalización de los fondos europeos, finalmente es la Comisión Europea la que aprueba la concesión de la ayuda comunitaria correspondiente. En este sentido lo ha expresado la jurisprudencia europea conforme a la cual: «el pago de las ayudas financieras se realizará de conformidad con los compromisos presupuestarios adoptados basándose en la decisión por la que se apruebe la acción correspondiente»²⁴.

2. La participación de los comités en la gestión de los fondos europeos

Aun cuando se utilicen categorías del Derecho nacional, la Comisión Europea no es propiamente el ejecutivo de la Unión Europea²⁵. Ciertamente, las instituciones de la Unión Europea pueden optar por una ejecución europea centralizada y, por regla general, se encomendará a la Comisión Europea. Pero también cabría excepcional y justificadamente conferir o reservar la ejecución al Consejo, y en los términos que ahora prevé el artículo 291.2 TFUE. Esta es la razón de que, primero de manera singular y especialmente en la política agrícola en los años 60, y luego a partir del Acta Única de 1986 se estableciesen «modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión» a través de los distintos comités²⁶.

²³ Para las primeras experiencias hasta la primera reforma de los fondos, véase mi estudio *Fondos estructurales europeos: régimen jurídico y gestión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 83-86.

²⁴ Tribunal General de la Unión Europea, sentencia de 3 de marzo de 2011, Portugal/Comisión (corrección de la subvención global del FEDER a la inversión local por importe de 8.086.424,04 euros) (T-387/07, apartado 115); que ha sido apelada ante el Tribunal de Justicia (C-246/11).

²⁵ Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «El Poder ejecutivo europeo», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 18, primer semestre de 2010, Madrid, pp. 121-150.

²⁶ Reglamento (UE) n° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de

Pues bien, para los supuestos en que se confiera la ejecución a la Comisión se ha desarrollado, primero informalmente y luego detalladamente, el procedimiento de comités o comitología que supone la participación de unos determinados comités en las tareas de ejecución encomendadas por los titulares del poder legislativo a la Comisión Europea.

La esencia de los procedimientos de los comités se aprecia atendiendo a la composición, integrada por representantes del Consejo, funcionarios nacionales de cada uno de los Estados miembros, más el representante de la Comisión Europea. Estos comités se constituyen como mecanismos de control del Consejo, de los Estados miembros, sobre la Comisión Europea; pero también pueden reputarse como un ámbito de estrecha colaboración entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales²⁷.

También en la gestión de los fondos europeos se ha generalizado el procedimiento de comitología de modo que la Comisión Europea está asistida por el Comité de los fondos agrícolas, el Comité de coordinación de los Fondos [estructurales] y el Comité del Fondo Social Europeo. Pero, por otra parte, es habitual que la creación de un nuevo fondo o de un nuevo instrumento de financiación determine la creación de su propio comité; esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el Comité del Life+.

La composición de los comités suele responder, con pequeñas diferencias, al mismo esquema: los representantes de los Estados miembros y un miembro de la Comisión Europea.

En fin, esta práctica de los comités se ha extendido también a la propia ejecución por las autoridades nacionales con el fin de incluir a los representantes de los distintos niveles de gobierno implicados y, en casos muy precisos, a los interlocutores sociales y demás interesados. El ejemplo más significativo es el de los comités de seguimiento.

No obstante, debe señalarse que la función de estos comités es totalmente distinta del procedimiento de comitología de carácter netamente institucional. Sin embargo y como señala el Tribunal de Justicia, la Comisión «no debe limitarse, en el ejercicio de sus competencias de seguimiento, a ejercer únicamente una función de apoyo para la realización de la intervención comunitaria, sino que, en vista del sistema de cooperación subyacente al régimen establecido por el Reglamento nº 4253/88, debe atraer la atención de las autoridades competentes cuando descubra irregularidades cometidas

control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DOUE nº L 55, de 28 de febrero de 2011, p. 13).

²⁷ TJCE, Conclusiones del Abogado General L.A. Geelhoed, de 3 de octubre de 2002, Comisión Parlamento y Consejo (Reglamento LIFE) (C-378/00, Rec. p. I-937), donde expone la evolución de la comitología (apartados 57 a 65) y se ofrece esta definición: «Se entiende por comitología un procedimiento de adopción de decisiones en el que comités constituidos por representantes de los Estados miembros y presididos por un representante de la Comisión asisten a dicha institución y la asesoran en la ejecución de las tareas que le han sido encomendadas por el legislador comunitario. De este modo, la Comisión puede contar, de modo práctico, con el necesario asesoramiento prestado por expertos nacionales en asuntos de contenido muy técnico. Simultáneamente, los Estados miembros mantienen cierto control sobre el modo en el que la Comisión cumple su función ejecutiva y, en determinadas circunstancias, el Consejo también puede participar en las medidas de ejecución» (apartado 1).

por las empresas afectadas, la circunstancia de que no haya actuado así en el caso de autos es irrelevante a efectos de la legalidad de la Decisión controvertida»²⁸.

En definitiva, los comités de seguimiento suponen un interesante mecanismo de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros y, más en particular, de la Comisión, el Estado central y demás niveles de gobierno, así como de los interlocutores sociales.

3. La recuperación de los fondos europeos mal gestionados: la liquidación de las cuentas agrarias, las correcciones financieras estructurales y la lucha contra el fraude

La supervisión de la gestión financiera de los fondos europeos por parte de la Comisión se ha realizado a través de la liquidación de las cuentas de cada fondo o de la aplicación de las correspondientes correcciones financieras. La liquidación de cuentas surge en la gestión del FEOGA-Garantía y se ha generalizado, con las adaptaciones pertinentes, en la gestión de los Fondos estructurales.

El propio Tribunal de Justicia ha consagrado el principio que inspira este ámbito subrayando: «la financiación por parte del FEOGA de los gastos efectuados por las autoridades nacionales se rige por la regla según la cual sólo los gastos efectuados de conformidad con las normas comunitarias son soportados por el presupuesto de la Unión»²⁹. Y la misma regla se aplica, como es obvio, a los Fondos estructurales y de cohesión³⁰.

De manera complementaria se han establecido órganos que a través de procedimientos específicos luchan contra el fraude y la corrupción en relación con la gestión de los fondos europeos. A tal efecto la Comisión Europea creó en 1999 la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) y el Tratado de Lisboa ha consagrado la Fiscalía Europea.

La práctica en la gestión del FEOGA se ha realizado a través de la liquidación de cuentas y, más precisamente, de la liquidación de conformidad que, en los términos

²⁸ TJUE, sentencia de 25 de marzo de 2010, Sviluppo Italia Basilicata SpA/Comisión (C-414/08 P, Rec. p. I-2559, apartado 103).

²⁹ El Tribunal General de la Unión Europea se refiere en su sentencia de 22 de septiembre de 2011, Comisión / España (correcciones financieras del Feoga-Orientación en el Programa Operativo de Castilla y León por la que se redujo la ayuda concedida en 6.959.950,60 euros) (T-67/10, apartado 23); a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1993, Italia/Comisión (C-55/91, Rec. p. I-4813, apartado 67).

³⁰ Tribunal General, sentencia, de 18 de junio de 2010, Luxemburgo / Comisión (recuperación ayudas del FSE y del programa Equal) (T-549/08): «de la jurisprudencia se desprende que la regla según la cual sólo los gastos efectuados de conformidad con las normas comunitarias son soportados por el presupuesto comunitario es también aplicable a la concesión de una ayuda financiera a cargo del FSE (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2005, Irlanda/Comisión, C-199/03, Rec. p. I-8027, apartado 26)» (apartado 45).

del artículo 31.1 del Reglamento 1290/2005, consiste en que la Comisión determine «los importes que deban excluirse de la financiación comunitaria cuando compruebe que algunos de los gastos [...] no se han efectuado de conformidad con la normativa comunitaria».

A tal efecto, se establece un procedimiento contradictorio con los Estados miembros (procedimiento de conciliación) que finalmente concluye con la decisión de la Comisión Europea excluyendo de la financiación europea los importes a cargo del presupuesto comunitario cuando compruebe que las irregularidades o la no recuperación se deban a irregularidades o negligencias imputables a la administración o a un servicio u organismo de un Estado miembro; y cuando considere que la justificación del Estado miembro no es suficiente para justificar su decisión de suspender el procedimiento de recuperación. Estas decisiones de exclusión de la financiación son impugnadas habitualmente en primera instancia ante el Tribunal General y en casación ante el Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia ha establecido a título de principio la siguiente regla: «cuando la Comisión compruebe que las cuentas de los organismos pagadores incluyen gastos efectuados en desacuerdo con las normas comunitarias que rigen la organización común del mercado de que se trate, está facultada para deducir de ello todas las consecuencias y, por ende, para introducir correcciones financieras en las cuentas anuales de los organismos pagadores desde la fase de su decisión relativa a la liquidación de las cuentas»³¹.

Las correcciones financieras se han desarrollado en la práctica de la gestión de los fondos estructurales. En este caso se prevén correcciones financieras de los Estados miembros y de la Comisión Europea. La aplicación de las correcciones financieras está en función de las irregularidades que define el artículo 2.7 del Reglamento general de los fondos estructurales como «toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una actuación u omisión de un agente económico y que tenga, o que pueda tener, por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión Europea al cargarle un gasto injustificado».

En el ámbito de los fondos estructurales, el Reglamento general establece dos tipos de correcciones: las nacionales, encomendadas a los Estados miembros; y, subsidiariamente, las comunitarias, que realiza la Comisión Europea.

En primer lugar, corresponde a los Estados miembros la responsabilidad de investigar las irregularidades, debiendo actuar cuando haya pruebas de una modificación importante que afecte a la naturaleza o a las condiciones de desarrollo o de control de las operaciones o de los programas operativos (artículo 98.1). En este caso y de acuerdo con el artículo 98.2 del Reglamento general de los fondos estructurales la corrección consistirá en la supresión total o parcial de la contribución pública del programa operativo en función de la naturaleza y la gravedad de las irregularidades y las pérdidas financieras que estas acarreen al fondo.

³¹ TJCE, sentencia de 9 de junio de 2005, España/Comisión (liquidación de cuentas del FEOGA de 2001) (C-287/02, Rec. p. I-5093, apartado 35).

Subsidiariamente, la Comisión intervendría, de conformidad con el artículo 99.1 del Reglamento de los fondos estructurales, si, una vez efectuado el examen necesario, comprueba que existen fallos graves en los sistemas de gestión y control del programa que suponen un riesgo para la contribución comunitaria ya abonada; el gasto incluido en una declaración de gastos certificada es irregular y no ha sido corregido por el Estado miembro antes de la incoación del procedimiento de corrección previsto en el presente apartado; o un Estado miembro no ha cumplido con sus obligaciones en virtud del artículo 98 antes de la incoación del procedimiento de corrección previsto en el presente apartado. Y en virtud del artículo 99.2 del Reglamento de fondos estructurales «la Comisión basará sus correcciones financieras en casos concretos de irregularidad que se hayan detectado, y tendrá en cuenta la posible naturaleza sistémica de la irregularidad a fin de determinar si debe aplicarse una corrección a tanto alzado o procederse a una extrapolación».

En principio, las correcciones financieras no tienen carácter sancionador lo que, en principio, resulta determinante del alcance del control judicial. Así, lo recordaba el Tribunal de Justicia: «tal corrección financiera tiene por objeto evitar que el FEOGA se haga cargo de importes que no han servido para financiar un objetivo perseguido por la normativa comunitaria controvertida y, por consiguiente, no constituye una sanción»³². En todo caso, el Tribunal de Justicia también ha admitido que una gestión eficaz de las ayudas comunitarias justifica, para disuadir comportamientos fraudulentos, que se apliquen devoluciones de subvenciones que sólo estén parcialmente afectadas por irregularidades³³.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha insistido en la atenuación de la carga de la prueba que pesa sobre la Comisión Europea fundamentándola en que «no está obligada a probar de forma exhaustiva la insuficiencia de los controles efectuados por los Estados miembros, sino que le basta con demostrar que tiene dudas serias y razonables sobre los controles efectuados por las autoridades nacionales. Esta atenuación de la carga de la prueba en favor de la Comisión se explica por el hecho de que el Estado se encuentra en mejor situación para recoger y comprobar los datos necesarios para la liquidación de las cuentas del FEOGA, y, en consecuencia, le incumbe probar detallada y completamente la realidad de sus controles y, en su caso, la inexactitud de las afirmaciones de la Comisión»³⁴.

³² TJCE, sentencia de 11 de enero de 2001, Grecia/Comisión (C-247/98, Rec. p. I-1, apartados 13 y 14); sentencia de 9 de septiembre de 2004, Grecia/Comisión (C-332/01, Rec. p. I-7699, apartado 63); y sentencia de 24 de abril de 2008, Bélgica/Comisión (liquidación de cuentas del FEOGA-Garantía) (C-418/06 P, Rec. p. I-3047, apartado 154).

³³ TJCE, sentencia de 19 de enero de 2006, Comunità montana della Valnerina/Comisión (C-240/03 P, Rec. p. I-731, apartado 142).

³⁴ TJCE, sentencia de 19 de septiembre de 2002, Alemania/Comisión, C-377/99, Rec. p. I-7421, apartado 95); de 18 de septiembre de 2003, Reino Unido/Comisión (C-346/00, Rec. p. I-9293, apartado 35); y TPICE, sentencia de 1 de julio de 2009, España/Comisión (gastos excluidos de financiación: lino textil, cáñamo y plátanos) (T-259/05, Rec. p. II-95, apartado 112).

La lucha contra el fraude de los intereses financieros de la Unión Europea tiene como uno de sus ámbitos naturales la gestión de los fondos europeos. Los instrumentos más característicos de la lucha contra el fraude son la Oficina Europea contra el Fraude (OLAF) y la represión penal de los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, se ha visto reforzada por la creación de la Fiscalía Europea.

La OLAF fue creada por la Comisión Europea en 1999 y se ha constituido como organismo independiente y competente para supervisar, por una parte, la actuación de otras instituciones y órganos de la Unión³⁵; y, por otra parte, de las autoridades nacionales. En efecto, la OLAF puede llevar a cabo investigaciones en los Estados miembros y, de conformidad con los acuerdos de cooperación vigentes, en los terceros países (investigaciones externas), así como en las instituciones, órganos y organismos comunitarios (investigaciones internas)³⁶.

El artículo 325.1 TFUE ha establecido una previsión de colaboración entre la Unión Europea y los Estados miembros para combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión y a tal efecto exige que las medidas, generalmente de carácter penal tengan un efecto disuasorio y ofrezcan una protección eficaz. La armonización de las legislaciones nacionales se ha realizado a través de dos convenios relativos a las cuestiones penales³⁷ y de un reglamento comunitario respecto de las infracciones y sanciones administrativas³⁸.

Por una parte, los dos convenios se adoptaron en el marco del antiguo pilar intergubernamental de la cooperación policial y judicial en materia penal y se refieren a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europea mediante las le-

³⁵ Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de 28 de abril de 1999 (*DOCE* n° L 136, de 31 de mayo de 1999, p. 20); respecto de la independencia y el alcance de la supervisión véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003, Comisión/BCE (C-11/00, Rec. p. I-7147) y Comisión/BEI (C-15/00, Rec. p. I-7281).

³⁶ Reglamento (CE) n° 1073/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (Euratom) n° 1074/1999 del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativos a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (*DOCE* n° L 136, de 31 de mayo de 1999, p. 1).

³⁷ Convenio de 26 de julio de 1995 sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europea mediante las legislaciones penales nacionales (*DOCE* n° C 316, de 27 de noviembre de 1995, p. 48) y Convenio de 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea (*DOCE* n° C 195, de 25 de junio de 1997, p. 2). Estos convenios se completaron con dos protocolos: Primer Protocolo del Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (*DOCE* n° C 313, de 23 de octubre de 1996, p. 1) y Segundo Protocolo del Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (*DOCE* n° C 221, de 19 de julio de 1997, p. 11).

³⁸ Reglamento (CE, Euratom) n° 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (*DOCE* n° L 312, de 23 de diciembre de 1995, p. 1).

gislaciones penales nacionales. El objetivo de estos Convenios es convertir el comportamiento fraudulento contra los intereses financieros de la Unión «en infracción penal sujeto a sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, sin perjuicio de que puedan aplicarse otras sanciones en los casos que corresponda, y de la necesidad, al menos en los casos más graves, de que dicho comportamiento pueda ser castigado con la privación de libertad que pueda dar lugar a la extradición».

Por otra parte, el Reglamento 2988/95 establece dos tipos de mecanismos de protección: las medidas y las sanciones. Las medidas consisten en la obligación de abonar las cantidades debidas o de reembolsar las cantidades indebidamente percibidas o en la pérdida total o parcial de la garantía constituida y se basan en el principio conforme al cual: «Como norma general, toda irregularidad dará lugar a la retirada de la ventaja obtenida indebidamente». Y las sanciones previstas en el Reglamento son de carácter administrativo y pueden adoptar estas modalidades: una multa administrativa, una cantidad superior a las sumas indebidamente percibidas o eludidas, incrementada, en su caso, con intereses, la privación total o parcial de una ventaja concedida por la normativa comunitaria.

En suma, ha de tenerse en cuenta esta advertencia del Tribunal de Justicia en la sentencia, antes citada, *Sviluppo Italia Basilicata*: «si el fraude justifica el aumento de la reducción que debe operarse sobre el importe de la ayuda inicialmente concedida, la ausencia de fraude no constituye una razón que pueda justificar el mantenimiento de subvenciones que no son utilizadas de conformidad con las normas aplicables» (apartado 134).

Por lo que se refiere a la Fiscalía Europea, el artículo 86.2 TFUE le otorga expresamente las facultades de «descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros, para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos [y] para ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones».

IV. TERCERA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS POR LAS AUTORIDADES NACIONALES

La ejecución del Derecho de la Unión depende, tal como lo señala el artículo 197 TFUE, de la aplicación efectiva por los Estados miembros y la implicación de las autoridades nacionales es esencial para el buen funcionamiento de la Unión. Esto es lo que ocurre precisamente en la gestión de los fondos europeos donde se pueden examinar los principios que informan esa ejecución: la autonomía, la cooperación y la subsidiariedad. Por ejemplo, el Reglamento general de los fondos estructurales señala en el apartado 65 de su preámbulo: «De conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la responsabilidad principal de la ejecución y del control de las intervenciones debe corresponder a los Estados miembros».

1. La autonomía de las autoridades nacionales en la gestión de los fondos europeos

La gestión de los fondos europeos se lleva a cabo por los Estados miembros de acuerdo con el principio de autonomía institucional y procedimental. No obstante, la regulación europea ha modelado paulatinamente los órganos administrativos estableciendo una cierta homogeneidad en esta ejecución o gestión compartida por la Comisión Europea y las autoridades nacionales.

Así ocurre con la gestión de los fondos agrícolas de tal modo que, si bien en cada uno de los 27 Estados miembros adoptan su propia configuración jurídica, en realidad son 81 organismos pagadores nacionales de la política agrícola común que responden a un mismo patrón comunitario europeo y lo mismo ocurre en la gestión de los fondos estructurales y de cohesión donde el eje de su aplicación está en la autoridad de gestión única para cada programa operativo³⁹.

A esta autonomía en la gestión de los fondos europeos se refiere la jurisprudencia europea subrayando el «amplio margen de apreciación» de las autoridades nacionales. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha señalado en la sentencia, de 24 de junio de 2010, Pontini: «Se desprende claramente de la normativa comunitaria relativa al SIGC [sistema integrado de gestión y control], a la protección de los intereses financieros de las Comunidades y a la financiación de la PAC, que a los Estados miembros les corresponde la tarea de adoptar las medidas idóneas para garantizar la correcta ejecución del SIGC y están obligados, en particular, a tomar las medidas necesarias para cerciorarse de que las operaciones financiadas por las Comunidades en general, y por el FEOGA en particular, se ejecutan realmente y de manera correcta, así como para prevenir y hacer frente a las irregularidades»⁴⁰.

La autonomía institucional y procedimental en materia de gestión de fondos europeos significa que se pueden producir diferencias admisibles en la ejecución de las políticas comunitarias europeas. Así se ha puesto de manifiesto en la sentencia de 16 de julio de 2009, Horvath, donde el Tribunal de Justicia, a requerimiento de un tribunal británico, admite diferencias en la aplicación de los fondos europeos⁴¹.

En este supuesto, el Tribunal de Justicia, por una parte, reconoce que el propio legislador comunitario ha conferido a los Estados miembros «la posibilidad de tener en cuenta las diferencias regionales que existen en su territorio» y en este sentido: «cuando las disposiciones del Tratado o de los Reglamentos reconocen facultades a los Estados miembros o les imponen obligaciones en el marco de la aplicación del Derecho comunitario, la forma en que los Estados pueden atribuir el ejercicio de tales

³⁹ Tribunal Europeo de Cuentas, *Informe Anual sobre la ejecución presupuestaria relativo al ejercicio 2010, acompañado de las respuestas de las instituciones*, antes citado (datos de finales de 2010), p. 75.

⁴⁰ TJUE, sentencia de 24 de junio de 2010, Pontini y otros (C-375/08, pendiente de publicación en la Recopilación, apartado 75).

⁴¹ TJCE (Gran Sala), sentencia de 16 de julio de 2009, Horvath (C-428/07, Rec. p. I-6355).

facultades y el cumplimiento de dichas obligaciones a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado» (apartado 49).

Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya en estos términos el alcance de la autonomía de las autoridades nacionales: «según reiterada jurisprudencia, cada Estado miembro es libre de repartir las competencias en el plano interno y de ejecutar los actos de Derecho comunitario que no sean directamente aplicables por medio de medidas adoptadas por las autoridades regionales o locales, siempre y cuando dicho reparto de competencias permita una correcta ejecución de los referidos actos de Derecho comunitario» (apartado 50).

Pero también el Tribunal de Justicia considera que la autonomía viene determinada por el Derecho derivado y así lo explica: «cuando un Reglamento faculte a un Estado miembro para adoptar medidas de aplicación, las formas de ejercicio de esta facultad están reguladas por el Derecho público del Estado miembro interesado [...] La posibilidad que tienen los Estados miembros, en la medida en que su sistema constitucional o su Derecho público se lo autorice, de atribuir a las autoridades regionales o locales la ejecución de los actos de Derecho comunitario está, por otra parte, expresamente reconocida en el artículo 5, apartado 1, del Reglamento nº 1782/2003. En dicha disposición se indica, en efecto, que «los Estados miembros definirán, a nivel nacional o regional, los requisitos mínimos de las buenas condiciones agrarias y medioambientales sobre la base del marco establecido en el anexo IV» (apartados 51 y 52).

Ahora bien, la ejecución del Derecho de la Unión y, por ende, la gestión de los fondos europeos deben respetar los derechos fundamentales. Así lo ha constatado el Tribunal de Justicia en la sentencia, de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert, que anula una regulación europea relativa a la información de los fondos europeos recibidos por las personas físicas, en este caso por un agricultor alemán, por ser contraria al derecho fundamental de protección de datos personales⁴². En virtud de esta sentencia, el Tribunal de Justicia, a instancias de un tribunal alemán, anuló el Reglamento nº 1290/2005 y el Reglamento nº 259/2008 «en la medida en que obligan, por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, a publicar datos de carácter personal de todos los beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas» (apartado 92).

2. La cooperación de las autoridades nacionales y la Comisión en la gestión de los fondos europeos

La gestión de los fondos europeos no sería posible sin la aplicación del principio de cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales. Se trata de un prin-

⁴² TJUE (Gran Sala), sentencia de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert (C-92/09 y C-93/09, pendiente de publicación en la Recopilación).

cipio de inspiración federal que el Tribunal de Justicia ha configurado a partir de la cláusula del Tratado constitutivo que denomina de «cooperación leal» (inicialmente el artículo 5 TCEE, luego el artículo 10 TCE y ahora mismo el artículo 4.3 TUE).

La cooperación adopta múltiples manifestaciones en la regulación específica de los fondos europeos en la medida en que precisamente su gestión la comparten la Comisión y las autoridades nacionales.

Así, el principio de cooperación implica la obligación de recuperar los fondos percibidos indebidamente de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Esto se pone de manifiesto en que tal cooperación alcanza también a los tribunales nacionales de modo que, como ha señalado el Tribunal de Justicia en su sentencia, de 13 de marzo de 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*: «el artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 4253/88 crea para los Estados miembros la obligación de recuperar los fondos perdidos por abusos o negligencia, sin que sea necesario que el Derecho nacional establezca una habilitación»⁴³. Asimismo, el Tribunal de Justicia explica: «El juez nacional puede aplicar los principios comunitarios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima teniendo en cuenta tanto el comportamiento de los beneficiarios de los fondos perdidos como el de la Administración, siempre que el interés de la Comunidad se tome plenamente en consideración. La condición de entidad pública del beneficiario de los fondos carece de incidencia a este respecto» (apartado 59).

La cooperación se refiere a cualquier incumplimiento del Derecho comunitario de modo que, como ha propuesto la abogada general Eleanor SHARPSTON en sus Conclusiones, de 15 de septiembre de 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales*: «cuando el beneficiario de una subvención de los Fondos estructurales, que es una entidad adjudicadora a los efectos de los procedimientos de contratación pública de la UE, incumple esos procedimientos al seleccionar a un prestador de servicios para llevar a cabo una acción financiada total o parcialmente por esos Fondos, el segundo guión del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88 exige que el Estado miembro emprenda acciones para obtener la recuperación de la subvención de que se trata»⁴⁴.

No obstante, se observa una mayor comprensión del Tribunal de Justicia hacia las irregularidades de la Comisión Europea. Por ejemplo, la sentencia de 28 de enero de 2009 examina la legalidad de la actuación de la Comisión Europea que había aprobado en 1995 una ayuda financiera a un programa operativo, lanzado en el marco de la iniciativa comunitaria INTERREG II, relativa a las regiones de Sarre, Lorena y Palatinado Occidental⁴⁵. El programa tenía un presupuesto de 66 millones de euros,

⁴³ TJCE, sentencia, de 13 de marzo de 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* (C-383/06 a C-385/06, Rec. p. I-1561, apartado 40).

⁴⁴ TJUE, Conclusiones de la abogada general Eleanor SHARPSTON, de 15 de septiembre de 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales/Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, apartado 87).

⁴⁵ TPI CE, sentencia, de 28 de enero de 2009, *Alemania/Comisión* (T-74/07, Rec. p. II-107).

de los que 24 millones correrían a cargo del FEDER y 42 millones por cuenta de las autoridades nacionales. En 2006 la Comisión Europea decidió reducir su contribución en cerca de un millón de euros debido a que en la Decisión de concesión de la ayuda la participación del FEDER se había fijado en el 50 % de los gastos públicos para todo el programa. Como consecuencia de un recurso de Alemania contra la decisión de la Comisión, el Tribunal comunitario señala que las modificaciones válidas y efectivas de la Decisión debe hacerlas la Comisión Europea y no el representante de la Comisión Europea en el comité de seguimiento.

3. La subsidiariedad y la implicación de las regiones en la gestión de los fondos europeos

La gestión de los fondos europeos por las autoridades nacionales plantea en el seno de cada Estado miembro la cuestión de implicar a los distintos niveles de gobierno, especialmente en aquellos países que cuentan con una estructura federal en todo o en parte de su territorio. La regulación europea siempre ha tratado la subsidiariedad con una calculada ambigüedad, lo que permite que, por una parte, la Comisión Europea impulse la implicación de las regiones mientras que el Tribunal de Justicia sea excesivamente escrupuloso en cuanto a la legitimación de las regiones al impugnar decisiones de la Comisión relativas a los fondos europeos.

La subsidiariedad significa desde el punto de vista de la canalización de los fondos europeos que se favorezca la participación del nivel de gobierno, sea europeo sea nacional, que resulte más eficaz. Sin embargo, las regiones europeas han tratado de potenciar la dimensión precisamente regional.

En la gestión del FEOGA-Garantía, la reforma de 1995 permite una descentralización en cada Estado miembro⁴⁶. Esta misma regulación es la contenida en el vigente Reglamento 1290/2005 conforme a cuyo artículo 6.2.2: «Los Estados miembros limitarán, en función de sus disposiciones constitucionales y de su estructura institucional, sus organismos pagadores autorizados al número más reducido que permita garantizar que los gastos contemplados en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4 se efectúen en buenas condiciones administrativas y contables».

Desde la reforma en 1988 de los Fondos estructurales, todos los Reglamentos generales han consagrado un enigmático principio de asociación, *partnership* o *partenariat*. En el preámbulo del Reglamento 1083/2006 se explica: «La acción de la Comunidad debe ser complementaria de la desarrollada por los Estados miembros o contribuir a su realización. Debe potenciarse la cooperación mediante disposiciones que prevean la participación de diversos tipos de interlocutores, en particular las autoridades regionales y locales, respetando plenamente la organización institucional de los Estados miembros» (apartado 23). Y así se desarrolla en el vigente artículo 11 de este Reglamento 1083/2006.

⁴⁶ Reglamento (CE) n° 1287/95 del Consejo, de 22 de mayo de 1995, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 729/70 sobre la financiación de la política agrícola común (DOCE n° L 125 de 8 de junio de 1995, p. 1).

El artículo 5.1 del Reglamento 1081/2006 del Fondo Social Europeo se compromete a promover la buena gobernanza y la cooperación, en estos términos: «La ayuda del Fondo se proyectará y aplicará al nivel territorial apropiado, teniendo en cuenta los niveles nacional, regional y local, con arreglo a los mecanismos institucionales propios de cada Estado miembro».

Por último, el Reglamento 1082/2006 crea la figura de la agrupación europea de cooperación territorial (AECT) con el fin de «facilitar y fomentar entre sus miembros [...] la cooperación transfronteriza, transnacional e/o interregional»⁴⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha limitado en grado sumo la posibilidad de intervención de las regiones al menos por lo que se refiere a la legitimación de estas para impugnar los actos de la Comisión en la gestión de fondos europeos; tres sentencias relativas a las correcciones financieras del FEDER realizadas por la Comisión y recurridas judicialmente por la región de Sicilia o por un ente local italiano. Mientras que el Tribunal de Primera Instancia había admitido y desestimado los recursos, el Tribunal de Justicia corrigió la interpretación de instancia e inadmitió sendos recursos por falta de legitimación activa de Sicilia y del ente local recurrente.

En la sentencia, de 2 de mayo de 2006, Regione Siciliana/Comisión, relativa a la recuperación de la ayuda del FEDER para la autopista Mesina-Palermo, el Tribunal de Justicia consideró que la Región de Sicilia no era titular de la ayuda del FEDER, sino que ésta se había concedido a la República italiana por lo que la región italiana no estaba legitimada para impugnarla ante los tribunales comunitarios⁴⁸. A tal efecto, el Tribunal de Justicia subrayó: «el recurso de una entidad regional o local no puede asimilarse al recurso de un Estado miembro, toda vez que el concepto de Estado miembro, a efectos del artículo 230 CE, párrafo segundo, únicamente va destinado a las autoridades gubernativas de los Estados miembros. Dicho concepto no puede ampliarse a los Gobiernos de regiones o entidades de ámbito inferior al Estado sin conculcar el equilibrio institucional previsto por el Tratado» (apartado 21).

Y a continuación, el Tribunal de Justicia explicó que, si bien Sicilia había sido designada autoridad responsable de la realización del proyecto FEDER, «sin embargo, ninguno de los elementos que obran en autos permite concluir que la recurrente resultó directamente afectada, a efectos del artículo 230 CE, párrafo cuarto, en dicha condición. A este respecto, es preciso destacar que la función de autoridad responsable de la realización del proyecto, mencionada en el anexo de la Decisión de concesión, no implicaba que la propia recurrente fuera titular del derecho a la ayuda» (apartado 30).

⁴⁷ Reglamento (CE) n° 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación europea de cooperación territorial (AECT) (*DOUE* n° L 210, de 31 de julio de 2006, p. 19).

⁴⁸ TJCE, sentencia, de 2 de mayo de 2006, Regione Siciliana/Comisión (C-417/04 P, Rec. p. I-3881).

En los mismos términos, la sentencia de 22 de marzo de 2007, Regione Siciliana/Comisión, relativa a la ayuda del FEDER para el proyecto de embalse en el río Gibbesi, reitera la jurisprudencia anterior. Frente a la alegación de la Región siciliana de que, según el ordenamiento jurídico italiano, sus competencias en materia hidráulica eran más amplias que en el ámbito de las redes de autopistas, y evitar que se aplicase la anterior doctrina, el Tribunal de Justicia añade: «dicha distinción, que se deriva del Derecho interno, en modo alguno puede influir en el requisito de que la recurrente resulte afectada directamente» (apartado 35)⁴⁹.

El Tribunal de Justicia puntualizó que la inadmisibilidad que procedía dictar en este caso, en contra del criterio seguido por el Tribunal de Primera Instancia, no suponía una denegación de la tutela judicial porque siempre le quedaba a la Región de Sicilia acudir a los tribunales italianos (apartado 36).

La misma doctrina se aplica en la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Ente per le Ville Vesuviane, relativa a la impugnación de una Decisión de 2001, dirigida a la República Italiana, por la que se minoraba una ayuda financiera del FEDER concedida previamente para una inversión en infraestructuras con fines turísticos de las villas Campolieto, Favorita y Ruggiero, obligando a recuperar parte del fondo europeo aprobado⁵⁰.

V. CUARTA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS EN ESPAÑA

Como consecuencia de la integración de España en las Comunidades Europeas se prestó una especial atención a la recepción de fondos europeos y, aun cuando la experiencia ha sido particularmente estimulante y en todo caso positiva, desde el punto de vista de la gestión de los fondos el resultado no es tan satisfactorio.

Por una parte, se ha producido una sorda batalla entre el Estado y las Comunidades Autónomas por canalizar los fondos europeos que finalmente se ha resuelto de un modo informal y opaco a través de acuerdos que han preterido flagrantemente a las Entidades locales. Pero, por otra parte, este máximo interés en percibir los fondos no se ha acompañado de una mayor atención a la eficacia y a establecer una regulación transparente y eficaz que tuviese en cuenta la responsabilidad que cada nivel de gobierno asume⁵¹.

⁴⁹ TJCE, sentencia de 22 de marzo de 2007, Regione Siciliana/Comisión (C-15/06 P, Rec. p. I-2591).

⁵⁰ TJCE, sentencia de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Ente per le Ville Vesuviane (C-445/07 P y C-455/07 P, Rec. p. I-7993).

⁵¹ Véanse, por ejemplo, los estudios contenidos en el libro dirigido por Paloma BIGLINO CAMPOS y Luis E. DELGADO DEL RINCÓN, *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

1. La batalla entre el Estado y las Comunidades Autónomas por la gestión de los fondos europeos

Los fondos europeos han constituido un verdadero campo de batalla en la lucha por las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se ha escenificado, especialmente en la primera década de integración de España en Europa ante el Tribunal Constitucional.

La Constitución de 1978 no recogía, como es obvio, ninguna regla sobre la gestión de los fondos europeos; sin embargo, en las reformas los Estatutos de autonomía llevadas a cabo a partir de 2006 entre las distintas cláusulas europeas destacan precisamente las relativas a la gestión de los fondos europeos.

El Tribunal Constitucional ha establecido en su sentencia 79/1992, de 28 de mayo, los principios y las reglas constitucionales aplicables al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas cuando se trata de canalizar subvenciones públicas y, en particular, cuando estas son financiadas total o parcialmente con fondos europeos⁵². En realidad, el Tribunal Constitucional aplica la jurisprudencia deducida en materia de subvenciones públicas y que había dejado bien establecida en la sentencia 13/1992, de 6 de febrero, donde se resumen los posibles supuestos de competencias autonómicas y estatales en relación con la aplicación de las subvenciones⁵³.

La sentencia 79/1992 resuelve 15 conflictos entre el Estado y de las Comunidades Autónomas que tenían en común la discusión sobre la competencia normativa («para adoptar las disposiciones de instrumentación de las ayudas en desarrollo o aplicación del derecho comunitario europeo») o administrativa «sobre todo, para realizar las operaciones de gestión y pago de las mismas en consideración de las solicitudes presentadas por sus eventuales beneficiarios»).

El punto de partida del Tribunal Constitucional es que lo relevante para resolver los conflictos es en exclusiva el contexto constitucional español. Sin embargo, esta perspectiva ha sido ligeramente corregida en la medida en que diez años después de la adhesión a las Comunidades Europeas el propio Tribunal Constitucional empieza a reconocer que «la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío (STC 102/1995, fundamento jurídico 5)», por lo que prestar atención a la normativa comunitaria aplicable «puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente... el esquema interno de distribución de competencias»⁵⁴.

A continuación, el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre quién ostenta, el Estado o las Comunidades Autónomas, la competencia normativa o la competencia

⁵² TC (Pleno), sentencia 79/1992, de 28 de mayo (instrumentación de ayudas del FEOGA-Garantía, ponente: Rodríguez Bereijo).

⁵³ TC (Pleno), sentencia 13/1992, de 6 de febrero (subvenciones y competencias estatales y autonómicas) (ponente: Tomás y Valiente, FJ 8).

⁵⁴ TC (Pleno), sentencia 128/1999, de 1 de julio de 1999 (cofinanciación de ayudas estructurales agrarias europeas en Cantabria) (ponente: Casas Baamonde, FJ 9).

administrativa se basa en la autonomía reconocida por el Derecho comunitario europeo puntualizando: «en los presentes conflictos de competencia no se cuestiona la transferencia de recursos del FEOGA, Sección Garantía, al Estado español para el pago de las ayudas consideradas. Lo que se discute es a quién corresponde, una vez recibidos esos fondos y consignados en los Presupuestos Generales del Estado, la competencia para, en cumplimiento de la normativa comunitaria, instrumentar la gestión de dichas ayudas y proceder a su ejecución administrativa. Estos extremos no vienen prejuzgados por el Derecho comunitario europeo, que (salvo excepción) reconoce a los Estados miembros plena autonomía para ordenar la organización interna (y el procedimiento) destinada al desarrollo y ejecución del Derecho europeo conforme a las propias normas nacionales». Por tanto, el Tribunal Constitucional aplica la jurisprudencia de la sentencia 13/1992 de modo que lo relevante es la naturaleza de la competencia sustantiva, por ejemplo en materia de agricultura, por lo que «la gestión de los fondos destinados al fomento de las actividades del sector [agrícola y ganadero] consignados en los Presupuestos Generales del Estado corresponde, por regla general, a las Comunidades Autónomas, lo que implica que deben ser distribuidos entre ellas conforme a criterios objetivos o mediante Convenios, sin consignarlos en favor de ningún organismo intermediario. Esta regla puede ser excepcionada, sin embargo, de manera que se proceda a la gestión centralizada de los fondos por un órgano de la Administración del Estado u organismo de ésta dependiente, cuando resulte imprescindible, para asegurar la plena efectividad de las ayudas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados al sector. En todo caso, la procedencia de esta gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate».

Asimismo, el Tribunal Constitucional se refiere a la «gestión administrativa» de las ayudas europeas distinguiendo aquellos casos en que se destina a España una cuantía global máxima y sobre el particular puntualiza: «si en aquellos casos en que la Comunidad Económica Europea asigna al Reino de España ayudas a la agricultura y la ganadería fijando una cantidad máxima global para todo el territorio del Estado, está justificado como aspecto básico de la ordenación del sector y por razones de coordinación (art. 149.1.13ª CE), atribuir a un órgano u organismo del Estado la resolución de las solicitudes, previa selección unificada de las mismas, no lo está en cambio atraer también hacia el Estado otras funciones ejecutivas relacionadas con dichas ayudas que, en virtud de sus competencias sobre la materia, corresponden a las CCAA País Vasco y Cataluña».

En fin, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el pago de las ayudas, que por lo general corresponderá hacer a las Administraciones autonómicas con competencia en la materia de que se trate.

A partir de esta sentencia, el Tribunal Constitucional sólo ha matizado algunos aspectos de la gestión de los fondos europeos, especialmente en lo que se refiere a la cofinanciación autonómica.

Así, en la sentencia nº 148/1998, de 2 de julio, repite los mismos principios y atribuye al País Vasco la competencia para la gestión de las solicitudes del programa de modernización y reconversión de los buques pesqueros, cofinanciado por fondos estructurales comunitarios; pero añade una precisión que resulta particularmente importante en la medida en que la eventual responsabilidad del Reino de España no permite justificar una centralización de la gestión de las subvenciones que, conforme al Derecho español, corresponde a las Comunidades Autónomas⁵⁵.

Asimismo, en la sentencia 128/1999, el Tribunal Constitucional determina de qué modo la cofinanciación de programas estructurales europeos, en este caso del FEO-GA-Orientación, debe ajustarse al reparto constitucional de competencias. En este sentido y a juicio del Tribunal Constitucional: «el marco interno de cofinanciación se debe sujetar a ciertas reglas, igualmente imprescindibles, en garantía de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y de sus propias competencias. Ello es especialmente necesario cuando, como en este caso, el Estado desarrolla normativamente los Reglamentos comunitarios de reforma de las estructuras agrarias, estableciendo sistemas que suponen la implicación de las Comunidades Autónomas en los compromisos asumidos por aquél ante las instituciones europeas, compromisos que, por su incidencia en los recursos presupuestarios propios de aquéllas, deberían contar con el máximo grado de conformidad por parte de las mismas, manifestada, incluso, con carácter previo a su efectiva puesta en práctica»⁵⁶.

Finalmente, esta jurisprudencia ha cristalizado en la regulación de algunos Estatutos de autonomía que recogen específicamente una cláusula europea relativa a la gestión de los fondos europeos.

La regulación autonómica que, sin duda, pretendía ir más lejos era la del Estatuto catalán en la redacción del Parlamento autonómico; sin embargo, la reforma finalmente aprobada por las Cortes Generales quedó en un artículo 190 sobre ‘Gestión de fondos europeos’ que hace una remisión a la regulación general en materia de subvenciones: «Corresponde a la Generalitat la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia en los términos previstos en el art. 114 y 210»⁵⁷.

Esta misma técnica se sigue en el artículo 115 del Estatuto balear cuyo tenor es: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión de los fondos procedentes de la Unión Europea y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, excepto aquellos cuyas competencias correspondan al Estado»⁵⁸.

⁵⁵ TC (Pleno), sentencia nº 148/1998, de 2 de julio (modernización de buques pesqueros en el País Vasco, ponente: Rodríguez Bereijo, FJ 8).

⁵⁶ TC (Pleno), sentencia 128/1999, de 1 de julio de 1999 (cofinanciación de ayudas estructurales agrarias europeas en Cantabria) (ponente: Casas Baamonde, FJ 10).

⁵⁷ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE nº 172, de 20 de julio de 2006).

⁵⁸ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOE nº 52, de 1 de marzo de 2007).

El Estatuto andaluz regula la gestión de los fondos europeos fuera del capítulo europeo y señala en el artículo 185, por una parte, que corresponde a la Comunidad Autónoma «la gestión, planificación y ejecución de los fondos europeos destinados a Andalucía y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, asignados a la misma, en especial de aquellos aprobados en aplicación de criterios de convergencia o derivados de la situación específica de Andalucía»; y, por otra parte, prevé: «Los fondos que se reciban en estos conceptos podrán ser modulados con criterios sociales y territoriales por la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro del respeto a las normas europeas aplicables»⁵⁹.

En el caso de Aragón, el artículo 79.2 de su nuevo Estatuto se refiere a la actividad de fomento y señala en particular: «En el caso de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma especificará los objetivos a los que se destinen las subvenciones territorializables de la Administración central y las de la Unión Europea, así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión de su tramitación y concesión. En las competencias compartidas, la Comunidad Autónoma precisará normativamente los objetivos de las subvenciones territorializables de la Administración central y de la Unión Europea, completando las condiciones de otorgamiento, y asumiendo toda la gestión incluyendo la tramitación y la concesión. En las competencias ejecutivas, corresponderá a la Comunidad Autónoma la gestión de las subvenciones territorializables, que incluye su tramitación y concesión»⁶⁰.

En fin, el nuevo art. 87.b) del Estatuto de Autonomía extremeño dispone: «Sin perjuicio de la financiación básica citada y con el fin de corregir los desequilibrios territoriales, se transferirán a la Comunidad Autónoma los recursos financieros siguientes: Los resultantes de los programas, fondos, iniciativas y cualesquiera otros instrumentos de financiación establecidos por la Unión Europea o con su aportación total o parcial, con respeto del principio de adicionalidad»⁶¹.

En su sentencia nº 31/2010, de 28 de junio, relativa al nuevo Estatuto catalán, el Tribunal Constitucional corrobora la constitucionalidad de la cláusula europea sobre la gestión de los fondos europeos que, como se ha comprobado, se ha generalizado con pequeños matices⁶².

2. La regulación española de la gestión de los fondos europeos

El legislador español ha intentado establecer una regulación de la gestión de los fondos europeos. Por una parte, el protagonista indiscutible en esta labor ha sido el

⁵⁹ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE nº 68, de 20 de marzo de 2007).

⁶⁰ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE nº 97, de 23 de abril de 2007).

⁶¹ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE nº 25, de 29 de enero de 2011).

⁶² TC (Pleno), sentencia nº 31/2010, de 28 de junio (Estatuto catalán de 2006) (ponente: Casas Baamonde).

Estado que, por una parte, ha adoptado normas por sectores y, más en particular, en relación con las distintas políticas comunitarias, en particular la política agrícola. Y, por otra parte, el propio legislador estatal ha procurado que las leyes esenciales de la Administración, en particular la Ley General de Subvenciones, regulen específicamente la gestión en España los fondos europeos atendiendo particularmente al problema de las responsabilidades financieras internas.

Por lo que se refiere a la legislación sectorial, en materia de agricultura la regulación de los fondos agrarios ha sido una tarea dejada en manos de la potestad reglamentaria del Gobierno central. A tal efecto, la instrumentación de las ayudas agrarias se ha hecho, principalmente, a través de Reales Decretos⁶³. Esto no ha impedido en casos excepcionales una regulación autonómica incluso mediante la correspondiente ley⁶⁴.

En cambio, en otros ámbitos las regulaciones del Estado y de las Comunidades Autónomas brillan por su ausencia, creando una incertidumbre que solo ha podido ser, en parte, despejada a través de la adopción de normas como la Ley General de Subvenciones. En efecto, hasta finales de 1999 no se estableció un régimen general de responsabilidad en la gestión de los fondos europeos⁶⁵. Esta cláusula se ha incorporado sistemáticamente a la Ley General de Subvenciones de 2003⁶⁶ y se ha aplicado en virtud de leyes sectoriales como la Ley de Empleo de 2003⁶⁷.

La Ley General de Subvenciones establece dos disposiciones esenciales sobre la gestión de los fondos europeos: el artículo 6 se refiere al «Régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea» y considera aplicable, en primer lugar, el Derecho de la Unión y sólo con carácter supletorio la

⁶³ Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, por el que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo (*BOE* nº 94, de 17 de abril de 2009); Real Decreto 1852/2009, de 4 de diciembre, por el que se establecen los criterios para subvencionar los gastos en el marco de los Programas de Desarrollo Rural cofinanciados por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) (*BOE* nº 1, de 1 de enero de 2010).

⁶⁴ Ley madrileña 8/1996, de 11 de octubre, por la que se establece el régimen jurídico de las ayudas financiadas íntegramente por el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, Sección Garantía (*BOE* nº 304, de 18 de diciembre de 1996).

⁶⁵ Artículo 44 de la Ley 55/1999 de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2000 (*BOE* nº 312, de 30 de diciembre).

⁶⁶ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (*BOE* nº 276, de 18 de noviembre de 2003).

⁶⁷ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (*BOE* nº 301, de 17 de diciembre de 2003) cuyo artículo 15.2 preceptúa: «Cuando las políticas activas estén cofinanciadas por fondos de la Unión Europea, las comunidades autónomas que hayan asumido su gestión asumirán, igualmente, la responsabilidad financiera derivada del cumplimiento de los requisitos contemplados en la legislación comunitaria aplicable».

ley española; y el artículo 7 se titula «Responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea» y expresa el régimen jurídico de la ventilación de responsabilidades entre Administraciones y sus órganos por la gestión de los fondos europeos.

El artículo 7.1 de la Ley General de Subvenciones atribuye la responsabilidad interna por la gestión de los fondos europeos en estos términos: «Las Administraciones públicas o sus órganos o entidades gestoras que, de acuerdo con sus respectivas competencias, realicen actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por cuenta del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (secciones Orientación y Garantía), Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Instrumento Financiero de Orientación Pesquera y Fondo de Cohesión, así como de cualesquiera otros fondos comunitarios, asumirán las responsabilidades que se deriven de dichas actuaciones, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea, y especialmente en lo relativo al proceso de liquidación de cuentas y a la aplicación de la disciplina presupuestaria por parte de la Comisión Europea».

Y seguidamente el artículo 7.2 de la Ley General de Subvenciones establece el procedimiento de ventilación de responsabilidades que encomienda al Estado: «Los órganos competentes de la Administración General del Estado para proponer o coordinar los pagos de las ayudas de cada fondo o instrumento, previa audiencia de las entidades afectadas mencionadas en el apartado anterior, resolverán acerca de la determinación de las referidas responsabilidades financieras. De dichas resoluciones se dará traslado al Ministerio de Hacienda para que se efectúen las liquidaciones, deducciones o compensaciones financieras pertinentes a aplicar a las entidades afectadas».

Por último y respecto de las «compensaciones financieras que deban realizarse» se encomienda a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, «mediante la deducción de sus importes en los futuros libramientos que se realicen por cuenta de los citados fondos e instrumentos financieros de la Unión Europea, de acuerdo con la respectiva naturaleza de cada uno de ellos y con los procedimientos que se establezcan mediante orden conjunta de los Ministerios de Economía y de Hacienda, previo informe de los departamentos competentes».

Esta previsión legislativa aplicable a todos los fondos europeos ha sido desarrollada en relación con el fondo agrícola a través del Real Decreto 327/2003, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de los organismos pagadores y de coordinación con el FEOGA-Garantía⁶⁸.

El principio básico establecido en el ámbito del Fondo agrícola es el de corresponsabilidad financiera. El Ministerio de Agricultura es el competente para determinar de la responsabilidad y frente a tal decisión administrativa cabe su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, las liquidaciones, las deducciones o las compensaciones pertinentes se encomiendan al Ministerio de Economía que, obviamente, serán susceptibles de control judicial.

⁶⁸ BOE n° 80, de 3 de abril de 2003.

Este procedimiento fue impugnado ante el Tribunal Supremo por Aragón y Extremadura que, sin embargo, ha reconocido que se trata de un régimen de ventilación de responsabilidades ajustado a la Constitución y a la ley⁶⁹. El Tribunal Supremo no considera que sea ilegal establecer un procedimiento de ventilación interna de responsabilidades por la gestión de los fondos agrícolas dado que «el procedimiento articulado ha de alcanzar su fin por medio de la decisión de un órgano, y si el único responsable ante la Comunidad Europea es el Estado miembro, parece adecuado que ese órgano sea de la Administración General, que además ha sido designado por Ley».

3. La gestión de los fondos europeos por las Administraciones españolas

Todas las Administraciones españolas han participado en la gestión de los fondos europeos. No obstante, el grado de implicación depende del ámbito al que se refieren los fondos agrícolas, de desarrollo regional, de protección medioambiental, etc., y, como es obvio, del nivel de Administración de que se trate.

A tal efecto y tomando como referencia datos relativos a 2009 es muy significativo el volumen de fondos gestionados que muestra, por una parte, que España recibió unos 11.952 millones de euros, de los cuales 10.856 millones de euros, es decir más del 90%, procedían del FEAGA, del FEADER y de los Fondos estructurales y de Cohesión⁷⁰.

Asimismo, cuantitativamente el fondo europeo más importante para España es el FEAGA que aportó unos 6.070 millones de euros, seguido del FEDER con alrededor de 2.484 millones, el Fondo Social Europeo con 982 millones, el Fondo de Cohesión con 800 millones y con 590 millones de euros el FEADER.

La financiación del FEAGA en España se está canalizando prácticamente en su totalidad a través de las respectivas Comunidades Autónomas, de modo que el Estado actúa por lo general como coordinador de una gestión regionalizada. En el caso de los fondos estructurales y de cohesión, para el período 2007-2013 se planificó un reparto del 70% de los fondos mediante gestión autonómica, sin que se regionalizase el 30% restante. No obstante, la gestión del Fondo Social Europeo se repartió por mitad entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En cambio, la participación de las Administraciones locales resulta muy discreta en la canalización de los fondos estructurales y de cohesión: la gestión local del FEADER es de un 9%, la del fondo de cohesión llega al 8% y la del FEDER está alrededor del 6%.

⁶⁹ TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 28 de junio de 2005 (recurso nº 114/2003, ponente: Martí García) y sentencia de 20 de noviembre de 2005 (recurso nº 78/2003, ponente: Enríquez Sancho). A juicio del Tribunal Supremo, el régimen legal tiene su amparo en el artículo 149 de la Constitución y es conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, para lo cual cita expresamente las sentencias 13/92, 79/92 y 128/99.

⁷⁰ Los porcentajes deben tomarse como meramente orientativos aun cuando están calculados teniendo en cuenta los datos contenidos en la publicación del Ministerio de Economía y Hacienda, Relaciones financieras entre España y la Unión Europea 2010, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, Madrid, 2011; disponible en http://www.dgfc.sggp.meh.es/sitios/DGFC/es-ES/rpue/Documentos/MEMORIA_2010_WEB.pdf (consultado el 6 de noviembre de 2011).

La Administración General del Estado ha seguido distintos modelos de gestión: desde la creación de órganos específicos dentro de la estructura administrativa como es el caso del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA)⁷¹ y de la Unidad Administradora del FSE⁷². En otros casos, los respectivos ministerios canalizaron flexiblemente los fondos europeos. En este sentido y dentro del Ministerio de Economía y Hacienda se coordina la gestión de los fondos estructurales y de cohesión; y en contadas ocasiones se establecen normas estatales de coordinación⁷³. Y en otros supuestos se han buscado soluciones imaginativas como la creación de agencias estatales⁷⁴.

Las Administraciones autonómicas han imitado en muchos casos a la Administración central reproduciendo estructuras paralelas especialmente en materia agraria o de desarrollo regional⁷⁵ y ajustándose a las exigencias estatales y, desde luego, europeas⁷⁶.

Las Administraciones locales han sido prácticamente olvidadas en la gestión de los fondos y, desde luego, en el reparto de los mismos. En efecto, la perspectiva local queda a merced de lo que acuerden el Estado y las Comunidades Autónomas, o de estas más directamente.

⁷¹ El Real Decreto 2205/1995, de 28 de diciembre, refundió los viejos organismos del Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios (FORPPA) y el Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA), creando el organismo autónomo denominado Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA); que en estos momentos se regula a través del Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria (*BOE* nº 12, de 14 de enero de 2002).

⁷² El Real Decreto 683/2002, de 12 de julio, regula las funciones y procedimientos de gestión de la Unidad Administradora del Fondo Social Europeo (*BOE* nº 182, de 31 de julio de 2002); que había sido creada por el Real Decreto 1492/1987, de 25 de noviembre.

⁷³ Orden EHA/524/2008, de 26 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre los gastos subvencionables de los programas operativos del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y del Fondo de Cohesión (*BOE* nº 53, de 1 de marzo de 2008).

⁷⁴ El Real Decreto 903/2007, de 6 de julio, aprobó el Estatuto del Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos al que encomendó para el período 2007-2013 la gestión de los programas europeos Comenius, Erasmus, Leonardo da Vinci, Grundtvig y Jean Monnet, bajo la supervisión de la Subsecretaría del Ministerio de Educación y Ciencia que actúa como Autoridad Nacional (*BOE* nº 162, de 7 de julio de 2007); este organismo español canalizó en 2009 unos 83 millones de euros (Ministerio de Economía y Hacienda, Relaciones financieras entre España y la Unión Europea 2010, antes citado, p. 137).

⁷⁵ Decreto 37/2008, de 26 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen normas para la ejecución de las intervenciones cofinanciadas con Fondos Estructurales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el periodo 2007-2013 (*BOA* nº 29, de 10 de marzo de 2008).

⁷⁶ Real Decreto 327/2003, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de los organismos pagadores y de coordinación con el FEOGA-Garantía (*BOE* nº 80, de 3 de abril de 2003); Real Decreto 521/2006, de 28 de abril, por el que se establece el régimen de los organismos pagadores y de coordinación de los fondos europeos agrícolas (*BOE* nº 117, de 17 de mayo 2006). El FEGA también actúa como organismo pagador.

VI. CONCLUSIÓN

La gestión de los fondos europeos es una tarea compartida entre la Comisión y las autoridades nacionales. Una experiencia que, después de más de medio siglo, resulta muy beneficiosa para la solidaridad y la cohesión pero que también presenta sus sombras en cuanto a la falta de coordinación y a la necesidad de una mayor eficacia entre los distintos niveles de gobierno. Ciertamente, los fondos provenientes de la Unión Europea representan un porcentaje poco significativo de la riqueza de los Estados miembros; asimismo, la concentración de fondos europeos en la agricultura solo ha intentado ser superada limitadamente a favor del desarrollo económico regional, abandonando, en gran medida, otras políticas de gran trascendencia como la educación, la sanidad, la cultura, etc., a la que contribuyen modestísimos instrumentos financieros.

Ahora bien, el método comunitario europeo de gestión de los fondos, de inspiración federal, ha generalizado, salvo en pequeños ámbitos como la investigación, la ejecución compartida en la que la Comisión Europea tiene una función de planificación y de supervisión general, mientras que corresponde a las autoridades nacionales la canalización de los fondos europeos. Sin embargo, la Comisión debería mejorar y simplificar su intervención en la planificación, particularmente farragosa y, por lo general, poco transparente. En cambio, se requeriría que la propia Comisión reforzase sus mecanismos de supervisión y de control, con procedimientos de liquidación y de corrección aún más disuasorios de los establecidos hasta el momento.

En este sentido, la gestión por las autoridades nacionales de los fondos europeos requiere una mayor transparencia y una mejora en la eficacia. Sin embargo y tal como se ha podido comprobar en la gestión de los fondos estructurales y de cohesión, aquellos países más retrasados económicamente son precisamente los que tienen unas estructuras burocráticas menos eficaces. En todo caso y en la gestión nacional de los fondos europeos la lucha contra la corrupción y contra el fraude son inexcusables.

Por esa razón, es necesario que el próximo marco legislativo 2014-2020 de la política agrícola y de los fondos estructurales simplifique la planificación de la Comisión, refuerce la supervisión europea e imponga una mayor responsabilidad financiera de los distintos niveles de gobierno implicados en la gestión de los fondos europeos. También la actuación de la OLAF y la puesta en funcionamiento de la Fiscalía Europea coadyuvarán a que los fondos europeos tengan los efectos deseados.

La gestión en España de los fondos europeos ha puesto a prueba el modelo autonómico y la respuesta ha sido bastante satisfactoria. Sin embargo, queda pendiente una mejora en la transparencia, en la eficacia y en la responsabilidad por la gestión de los fondos. En cuanto a la transparencia, el reparto de los fondos y su canalización han sido por lo general decididos al más alto nivel burocrático sin apenas control por las Cortes Generales ni los parlamentos autonómicos. La eficacia de los fondos depende en gran medida de cada ámbito territorial o de cada departamento encargado de la gestión, pero no se ha generalizado la adopción de normas o de pautas de gestión administrativa y financiera que permitan una gestión más homogénea y más fiable. En

fin, cuando se han producido liquidaciones de conformidad o correcciones financieras de gran trascendencia financiera en algunos fondos la responsabilidad no se ha aplicado a las administraciones originadoras de la exclusión de la financiación europea sino que se ha diluido en una responsabilidad que asume, sin más consecuencias, el Reino de España.

RESUMEN: La financiación europea tiene un poder de atracción equiparable a otros elementos constitutivos de la integración europea como el mercado común, el euro o la ciudadanía de la Unión. Los Tratados constitutivos han establecido el marco normativo de los fondos europeos y paulatinamente, en especial en los últimos períodos de programación a partir de 1989, el modelo de gestión elegido es el de ejecución compartida por la Comisión y las autoridades nacionales. La Comisión Europea desempeña la función de programación y de supervisión de los fondos, bajo el control de los distintos comités. Las autoridades nacionales gestionan los fondos europeos de manera autónoma, en cooperación con la Comisión y procuran la implicación de los distintos niveles de gobierno, especialmente el regional y en algunos casos el local. La gestión de los fondos europeos en España ha sido objeto de pugna entre el Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, lo que se ha traducido en distintas cláusulas europeas de los nuevos Estatutos aprobados a partir de 2006. La regulación de los fondos en España ha sido muy limitada y su autoría corresponde casi en exclusiva al Estado central; en cambio y aun cuando todas las Administraciones se han beneficiado de los fondos europeos, la participación de las Administraciones locales ha sido muy secundaria.

PALABRAS CLAVES: FEAGA, FEADER, FEDER, fondos estructurales, Fondo Social Europeo, Fondo de Cohesión, gestión compartida, Presupuesto UE, corrección financiera, España.

ABSTRACT: European funding is remarkable as another key elements of European integration like common market, euro or EU citizenship. Constitutional Treaties have established a legal framework of European funds and, step by step, especially in the last financial periods from 1989, the management model chosen in Europe consists in the implementation by the Commission on a shared basis with the Member States. The Commission has the function of programming and accounting the funds, under the action of different committees. National authorities implement European funds according to the autonomy principle, in cooperation with the Commission and with the involvement of all levels of government, mainly regional and even local authorities. The allocation of European funds in Spain has been discussed before the Constitutional Court by Central Government and by Regional authorities. As a result, from 2006 the new regional Statutes have adopted precise European clauses regarding the management of these European funds. Spanish legislation on European funding is scarce and only Central Government has adopted a minimum of general or detailed norms on this issue. All Spanish administrations have participated in the management of European funds; notwithstanding, local authorities have played a secondary role..

KEYWORDS: ECohesion Fund, EU Budget, European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD), European Agricultural Guarantee Fund (EAGF), European Regional Development Fund (ERDF), European Social Fund, shared management, structural funds, financial correction, Spain.

LA AGENCIA DE COOPERACIÓN DE REGULADORES DE LA ENERGÍA: ¿AUTORIDAD EUROPEA DE REGULACIÓN O INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN DE LOS REGULADORES NACIONALES?

ELISENDA MALARET I GARCÍA

Catedrática de Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DE LA ACRE Y DE SU ESPECIAL POSICIÓN INSTITUCIONAL. III. SUS FUNCIONES: UN ÁMBITO COMPETENCIAL ESTRICTAMENTE DELIMITADO, UNAS FUNCIONES ENCUADRADAS POR LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN. IV. LA ARQUITECTURA INTERNA: UNA ESTRUCTURA ORGÁNICA QUE PLASMA UN NUEVO EQUILIBRIO INSTITUCIONAL: 1. Una arquitectura administrativa original y novedosa. 2. La centralidad de la transparencia: tanto en la vertiente orgánica como en el procedimiento de toma de decisiones. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento eficiente de los mercados requiere necesariamente de un marco jurídico y un andamiaje institucional; estos elementos son condición necesaria, pero ciertamente insuficiente. Sin reglas jurídicas e instituciones de garantía no hay mercado, por ello el derecho cumple un papel fundamental. Sin reglas claras, sin reglas objetivas, sin reglas que aporten seguridad, difícilmente se adoptarán decisiones sobre inversiones sostenibles. Así podemos constatar como en el Derecho comunitario y en las reglas internacionales sobre distintos sectores de la economía –partiendo de los acuerdos sobre comercio mundial– emerge con fuerza el principio de reglamentación de los mercados. Una reglamentación que debe cumplir determinadas condiciones:

las reglas deben ser no discriminatorias, imparciales y objetivas¹. Para garantizar este objetivo se crean instituciones que cumplan esta finalidad, tanto en el momento de la elaboración y aprobación de las reglas, como posteriormente en el de su aplicación.

En este contexto cobra todo su significado el nuevo «paquete» legislativo de la Unión Europea en materia de energía². Un amplio conjunto de disposiciones de una notable complejidad, necesario para completar y reforzar el mercado interior de la energía.

Este trabajo examina una organización muy reciente puesto que en mayo de 2010 se tomaron las primeras decisiones para crearla efectivamente y se ha puesto en marcha en marzo de 2011, con sede en Ljubijana. Por ello el análisis se efectúa partiendo de los datos que suministra: i) el reglamento de creación de la nueva Agencia europea –Reglamento 713/2009 del Parlamento y del Consejo de 13 de julio de 2009–, ii) los distintos reglamentos y directivas en materia de gas y electricidad que constituyen el marco legal que deberá aplicar –Reglamentos 714/2009 y 715/2009 del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio sobre las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y gas respectivamente y Directivas 2009/72 y 2009/73 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas respectivamente– y iii) las normas que podemos inferir de un análisis sistemático al tomar en consideración el contexto del derecho europeo en el que ya disponemos de algunos precedentes puesto que existen otras agencias, si bien presentan notables diferencias.

Nos centraremos única y exclusivamente en la Agencia Europea de Reguladores de la Energía (en adelante ACRE); examinaremos este organismo *ad hoc* pues tiene unas determinadas y precisas competencias, un elenco de cometidos que suponen una de las innovaciones más significativas del nuevo paquete legislativo.

La ACRE es pues una de las grandes novedades, una de las innovaciones más relevantes de la reforma del marco europeo de la energía. Pero es una novedad relativa si se sitúa en un contexto más amplio. Así, desde una perspectiva sectorial, tiene un antecedente inmediato en el órgano que ya se había creado en el ámbito del anterior marco legal de la energía, «el Grupo de reguladores europeo del Gas y la electricidad» que reunía a los reguladores nacionales en sede europea³; y desde

¹ Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en las II Jornadas Pedro Meroño sobre cuestiones actuales del Derecho de la Energía organizadas por la Comisión Nacional de la Energía celebradas en Madrid (5 de mayo de 2010).

Debe señalarse como en muchos textos de derecho derivado europeo se utiliza en las versiones en francés o italiano la noción de «objetividad» y en cambio la versión en lengua castellana opera una mutación puesto que encontramos una noción muy distinta «reglada», vid. por ejemplo

² Vid. sobre este paquete legislativo de la UE, M. BACIGALUPO: «La Unión Europea y las Autoridades reguladoras del energía», *RDUE*, 2009, 16 y también de mismo autor, Los reguladores nacionales de la energía en las nuevas directivas del tercer paquete energético de la Unión Europea: independencia y funciones, RCD, 2010, 6.

³ Sobre los antecedentes de esta instancia. Vid. F. SCUTO: «Governance e mercato único dell'energia: il network delle autorità nazionale», en L. AMMANNATI/P. BILANCIA: *Governance multi-nivello, regolazione e reti*, ed. Giuffrè, Milano, 2008, pp. 86 a 90.

una perspectiva organizativa, tiene precedentes en cuanto a la personificación^{4 5} ya que esta misma condición se da en las otras agencias europeas. Como veremos más adelante, existen aspectos comunes⁶ pero también, y muy significativos elementos diferenciales. Sin embargo, si bien es cierto que existen otras agencias europeas y que la política de agencialización⁷ –o en términos más próximos al derecho español, de creación de organismos dotados de personalidad jurídica propia y de una cierta autonomía funcional– lleva ya muchos años de desarrollo en Europa, constituyendo un elemento significativo del paisaje institucional comunitario⁸, también es cierto que la ACRE presenta unas singularidades notables. Tanto es así que algunos autores especializados en el análisis de las agencias europeas ponen de relieve cómo se ha producido una inflexión con esta agencia⁹. En efecto, por primera vez aparece a nivel europeo, a nivel supranacional, una autoridad independiente de regulación.

Hasta ahora todas las agencias que se habían ido creando gozaban de una cierta autonomía. Incluso en algunos supuestos se ha utilizado la expresión de «independencia», como ha ocurrido con una de las más recientes, la Agencia para la seguridad de las redes de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, cabe señalar, que en este último supuesto esta independencia deriva de un factor específico pues su proceder se basa y se guía por razones exclusivamente científicas. La independencia es corolario de su cometido y de su proceder basado en el saber científico. No se trata de una independencia fundada en el estatus jurídico, en su posición institucional. Esta es una diferencia notable en relación a la ACRE puesto que ésta es independiente no sólo del poder político, sean éstas las instancias europeas o las nacionales sino, básica y necesariamente de los operadores de mercado, por lo tanto, para actuar correctamente requiere disponer de una independencia sustancial y fundamental

⁴ La atribución de personalidad jurídica a las Autoridades de regulación independientes ha suscitado una controversia en la literatura francesa pues en el modelo inicial de las Autoridades administrativas independientes esta cualidad no estaba presente; por ello en los últimos tiempos se distingue entre Autoridades administrativas independientes y autoridades públicas independientes, sólo las últimas reúnen la condición de disponer de la personalidad jurídica propia. *Vid.* M. DEGOFF: «Les autorités publiques indépendantes», *AJDA*, 2008, p. 622 y ss.

⁵ Un dato que ha estado siempre presente en el Derecho administrativo español, desde los primeros momentos iniciales de creación de estos organismos. *Vid.* E. MALARET: «La Comisión nacional del mercado de valores (Una aproximación a su configuración institucional)», *REDA*, 1992, 76.

⁶ El diseño institucional de esta agencia parte de la práctica y los estándares comunes a las agencias y comités europeos; en relación a estos modelos de cooperación, *vid.* M. SAVINO: *I comitati dell'Unione Europea –la collegialità amministrativa negli ordinamenti composti*, ed. Giuffrè, Milano, 2005.

⁷ *Vid.* especialmente, E. CHITI: *Le agenzie europee. Unita e decentramento nella amministrazione comunitaria*, Padoa, 2002.

⁸ *Vid.*, por todos, el *Rapport d'information* del Senado francés sobre la evaluación de las agencias europeas, de 7 de octubre de 2009.

⁹ E. CHITI: «Le trasformazioni delle Agenzie Europee, *RtrimDP*».

determinada en la configuración de su estatus, en la delimitación de su posición jurídica en relación a la esfera de lo público y de lo privado.

Además de tener esa posición institucional única en relación a la Comisión y de gozar de un estatus de independencia muy fuerte, es también, en mi opinión, la Agencia europea que tiene un poder sobre los operadores del mercado más significativo. Hasta ahora no encontrábamos agencias a nivel europeo que tuvieran poderes directos sobre los operadores de mercado, hasta este momento no existían organismos europeos que pudieran adoptar decisiones vinculantes, en este caso sobre la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de electricidad y su equivalente en relación al gas (en adelante, REGRTE y REGRTG). Se trata pues de la primera agencia que a nivel europeo aparece dotada de atribuciones específicas en relación a los operadores privados, ostenta poder regulatorio, como veremos, sobre los agentes que están en el mercado¹⁰. Las anteriores agencias no tenían en ningún caso cometidos destinados a garantizar el correcto funcionamiento del mercado y el acceso a determinadas infraestructuras esenciales como ocurre ahora, en cambio, con la ACRE. Por ello es fundamental reseñar los elementos en común que tiene con otras agencias, algunos elementos de continuidad como la creación de un ente dotado de personalidad jurídica, pero, siendo importante este elemento, no es la cuestión más relevante, sino, el tipo de cometidos que se le asigna y la posición que se le atribuye en relación a la Comisión y a las autoridades nacionales de regulación. En definitiva, la singularidad del diseño institucional de lo que podríamos convenir en denominar ahora ya el sistema de reguladores de la energía europea.

La nueva agencia –la ACRE– configura con los reguladores nacionales un sistema y al mismo tiempo se sitúa en una encrucijada entre una instancia supranacional –la Comisión– y las autoridades nacionales de regulación; en esta posición adquiere entidad propia y articula mediante su arquitectura interna esta complejidad de relaciones y poderes. El diseño institucional del sistema de reguladores de la energía europea evidencia, con toda la prudencia necesaria, algunos elementos comunes con otra instancia muy típica del modelo europeo de integración política y económica, el sistema europeo de bancos centrales; estructurado sobre la base del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales, así, en los órganos de la institución europea se establece un mecanismo de interconexión entre los dos niveles, una articulación entre la doble instancia. Si se examina la composición de determinados órganos del Banco Central, se observa como en estos órganos están presentes los gobernadores de los bancos centrales nacionales¹¹. Es esta interconexión de órganos y de personas que pertenecen a una y otra instancia la que también nos permi-

¹⁰ Distinguiendo entre el poder reglamentario, escaso en este supuesto, y el poder regulatorio que supone no solo la adopción de decisiones de carácter general sino sobre todo la adopción de decisiones de carácter individual y de medidas que no tienen carácter vinculante pero que constituyen un instrumento esencial en relación a determinados mercados y muy especialmente en relación a la garantía de la posición de determinados agentes.

¹¹ Nominados por los órganos nacionales pero respetando unas reglas establecidas a nivel comunitario.

te entender la exigencia fuerte de independencia que imponen las nuevas directivas y los nuevos reglamentos a las autoridades nacionales de regulación de la energía. Respetando el principio de autonomía organizativa y procedimental de los Estados miembros, el derecho europeo exige un alto nivel de independencia a una autoridad nacional en la medida en que un representante de esta autoridad nacional va a ser luego miembro de un organismo europeo, por tanto, hay un *feed-back* entre organismos supranacionales y organismos nacionales, una interconexión que nos explica estas exigencias fuertes, estas condiciones que impone las directivas a las autoridades nacionales. El derecho europeo de la energía refuerza los poderes de regulación de las autoridades nacionales y acentúa su independencia¹². El reglamento de creación de la ACRE establece la prohibición de pedir o de recibir instrucciones, otro elemento en común con el sistema europeo de bancos centrales. Esta prohibición, una de las señas de identidad de la Comisión Europea pretende operar a modo de cortafuegos para los intereses nacionales en la toma de decisión de las instancias supranacionales. Esta regla apareció en el Tratado constitutivo de la CEE como garantía de la independencia de los miembros de la Comisión frente a las autoridades nacionales y posteriormente reapareció en el diseño institucional del sistema europeo de bancos centrales y ahora, por primera vez aparece en un organismo de regulación europeo, en una agencia europea, la ACRE.

Si bien, a pesar de estas similitudes institucionales entre el sistema europeo de bancos centrales y el sistema europeo de reguladores de la energía la proximidad se agota en este elemento orgánico. Los distintos cometidos y funciones de una y otra red condicionan fuertemente la naturaleza del derecho que las rige en uno y otro supuesto. En primer lugar, la base jurídica es muy distinta. En el primer caso, la base jurídica es el propio Tratado de funcionamiento de la UE; el fundamento reside directamente en el derecho originario por la naturaleza de la materia, pues se sustrae a los gobiernos nacionales una política como la monetaria y sólo el TUE podía hacer una operación de corte constitucional, podía sustraer a un gobierno una política determinada, un cometido de carácter regaliano, una capacidad de formular una política esencial y que como tal normalmente las constituciones atribuyen a los respectivos gobiernos. Una operación que pone de relieve la naturaleza constitucional que tienen los tratados europeos, más allá de su denominación formal. Por el contrario la base jurídica de la independencia de la ACRE se encuentra en una disposición de derecho derivado, en un reglamento emanado de las instituciones europeas.

Si tan relevante es ubicar en el contexto institucional y en las políticas de las instituciones europeas la creación de la ACRE, también es necesario situar su creación en el nuevo marco legal de los mercados energéticos, en el nuevo derecho de la energía. En efecto, la creación de la ACRE es una pieza esencial en la aceleración del proceso de creación del mercado interior de la electricidad y el gas, un mercado que se ha ido implantando de manera muy gradual, muy paulatina, desde el año 1999. La creación de la ACRE supone una respuesta a las insuficiencias del marco

¹² F. SCUTO, *op. cit.*

legal anterior, unas carencias que ya fueron puestas de manifiesto y señaladas de manera muy clara en las Comunicaciones de la Comisión de 2007. Unas debilidades del ordenamiento anterior que ahora se intentan resolver y para ello es pertinente identificar brevemente cuatro aspectos de estas insuficiencias que nos explican seguramente el tipo de diseño, la arquitectura institucional de la ACRE y la tipología de cometidos asignada

Las Comunicaciones de 2007 enfatizaban que: i) no existe competencia significativa –nótese que los adjetivos son pertinentes– en muchos Estados miembros, ii) los clientes no tienen la posibilidad real de optar por un suministrador, iii) los interesados no tienen un alto grado de confianza en el mercado interior de la energía, iv) la Unión Europea todavía está lejos de alcanzar el objetivo de un auténtico mercado interior de la energía. Ello significa que no hay posibilidad real de optar entre operadores, lo que supone que no exista un alto grado de confianza y en definitiva que no exista un auténtico mercado. Por ello, la Comisión consideraba fundamental introducir cambios en el mercado legal vigente y unos cambios orientados a suplir la falta de confianza en el funcionamiento correcto del mercado, unas reformas destinadas a dotar de mayor credibilidad a las autoridades nacionales de regulación. La credibilidad de las autoridades es un factor generador de confianza y el diseño institucional de las autoridades de regulación constituye uno de los aspectos que la aportan en mayores dosis¹³. En esta dirección se introducen medidas destinadas a afianzar y a reforzar la independencia orgánica y funcional de las autoridades de regulación nacional, y luego, en segundo lugar, se establece la creación de una autoridad europea.

Recordemos brevemente el conjunto de elementos que diseñan la nueva configuración de las autoridades nacionales; un rediseño institucional que deberá responder a las siguientes exigencias y condiciones: i) garantía de una actuación independiente de cualquier interés comercial –una exigencia ya presente en la normativa anterior pero que ahora se refuerza con medidas puntuales–, ii) en función de las cuales se deberá establecer expresamente la prohibición de solicitar o aceptar instrucciones de cualquier gobierno o de cualquier entidad pública o privada –la dualidad o doble dirección de la prohibición es un elemento característico de este tipo de instituciones–, iii) atribución de potestad decisoria propia¹⁴, y iv) dotación de recursos económicos y personales adecuados. Vemos pues como se establecen condiciones para que la independencia sea real y sustancial. Así, la dotación suficiente de recursos pretende evitar mecanismos de distorsión de la independencia en el ejercicio de las tareas legalmente asignadas; una exigencia de independencia que se afirma como condi-

¹³ Vid. Dos aproximaciones distintas, E. MALARET: «Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica», *Diritto Pubblico*, 2008, 2, p. 535 y ss y F. BECKER ZUAZUA: *Calidad institucional y regulación económica*, F. BECKER ZUAZUA, L.M^a. CAZORLA, J. MARTINEZ-SIMANCAS, J.M. SALA ARQUER (coords.): *Tratado de regulación del sector eléctrico* (II), ed. Thomson/Aranzadi, Madrid, 2009.

¹⁴ Lo que cuestiona la existencia de todo mecanismo de control o revisión por parte del Gobierno, como el recurso administrativo.

ción necesaria para el desarrollo objetivo y neutral de sus cometidos. Finalmente, el mandato de sus miembros o de su personal tendrá que ser fijo y por un período que suponga estabilidad –más allá de las cadencias electorales–, y en coherencia con esta delimitación del mandato también se establece un límite a la renovación, sólo cabe una única renovación.

El otro gran eje de los cambios propuestos, junto a la mejora de la credibilidad de las autoridades de regulación, gira en torno a la necesidad de garantizar el acceso no discriminatorio a las redes, y en directa conexión con los aspectos centrales de las reformas propuestas podemos encontrar la propuesta de creación de una agencia de cooperación de reguladores de la energía. Este organismo nace precisamente para suplir las carencias que presentaba hasta ahora el acceso a las redes, el acceso de terceros a un determinado tipo de redes que quedaban en un espacio de débil regulación, como las redes transfronterizas. Se crea para resolver este problema de acceso a las redes y para dotar de mayores poderes a las autoridades de regulación nacional que ahora van a poder actuar conjuntamente. Lo que sucede es que este actuar conjuntamente, cooperativamente transforma la naturaleza de la actuación porque ésta se vuelve europea, supranacional.

En todo caso, recordemos que la creación de este organismo, de esta autoridad de regulación se inserta en una política europea de creación de organizaciones funcionales con cometidos sectorialmente limitados y tiene un precedente inmediato en el grupo de organismos reguladores europeos creados por la decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003. La decisión de crear este grupo de reguladores tenía una base todavía más débil pues se adoptó mediante una decisión de la Comisión, no era una disposición de carácter general; este órgano tenía unas funciones muy limitadas, sólo tenía carácter consultivo, asesor, de asistencia y apoyo a la Comisión.

Sintetizando, la creación de la ACRE supone una aceleración del proceso de creación del mercado interior de la electricidad y el gas. Es una decisión que se integra en una política de construcción del mercado interior que afecta a un sector muy transversal y forma parte de un proceso paulatino de asunción de competencias a nivel supranacional, a nivel europeo, en el que las instituciones comunitarias y señaladamente la que es su aparato más ejecutivo, la Comisión, adquiere progresivamente no sólo competencias relativas a la garantía de las disposiciones del tratado y al control de la aplicación del derecho derivado, sino que poco a poco va adquiriendo competencias de carácter ejecutivo. En este proceso de mayor integración, de atribución de competencias de carácter ejecutivo se está también dando voz a instancias supranacionales que reúnen a las autoridades nacionales; con la especificidad en este ámbito de que no es la autoridad administrativa tradicional sino que es una autoridad independiente. Un proceso de europeización de cometidos –no limitado solo a la determinación de un marco legal común– que generalmente acaba revirtiendo en una intergubernamentalización de la toma de decisiones, es decir, que se elevan las decisiones a nivel supranacional pero, al mismo tiempo, se apela a los gobiernos nacionales para que participen de manera mucho más decidida y de manera mucho más fuerte en la toma de decisiones. Así, en los otros consejos de otras agencias te-

nían una presencia clara y determinante los gobiernos nacionales, en cambio, esto no sucede en este caso. Hasta este momento, generalmente la creación de agencias ha supuesto, a pesar, de su carácter europeo, supranacional, una intergubernamentalización de ámbitos que hasta aquel momento a lo mejor eran puramente comunitarios. Veremos cómo la arquitectura institucional que se ha diseñado para la ACRE es un poco distinta; a diferencia de otras organizaciones anteriores, esta vez no se ha producido una intergubernamentalización de la toma de decisiones. Sin embargo, aparece un elemento común a otros ámbitos de la política europea, la europeización de las reglas relativas a la estructura y cometidos de las autoridades nacionales de regulación.

Veamos ahora, pues, las razones jurídicas, las razones que justifican la creación de la agencia, su posición institucional, sus cometidos, su arquitectura interna y algunas referencias al procedimiento de toma de decisiones, por lo menos aquellos aspectos más significativos o relevantes.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DE LA ACRE Y DE SU ESPECIAL POSICIÓN INSTITUCIONAL

Nos hemos referido ya a la justificación fundamental, la necesidad de afianzar la construcción del mercado interior de la energía y en este propósito la mejora de la calidad de la regulación es esencial. La calidad de la regulación es todavía más necesaria cuando se está construyendo el mercado. Cuando el mercado existe quizás no sea pertinente construir una autoridad *ad hoc*, la autoridad horizontal tradicional –la autoridad de competencia– es suficiente; cuando, en cambio, se está en un proceso de construcción de un mercado y en éste el peso del anterior monopolio puede ser relevante, la necesidad de contar con una autoridad específica, una autoridad sectorial no ofrece ninguna duda. En el mercado interior de la energía, como bien sabemos, se produce un aspecto específico o diferencial, y es el papel relevante, el papel crucial que ocupan ciertos tipos de redes que por su significación física y técnica en el sistema de transporte y distribución tienen una gran centralidad. Una cuestión que introduce una mayor dificultad en la reglamentación del acceso a estas redes.

Esta relevancia de las redes transfronterizas deriva del hecho de que en el sector de la energía los mercados son todavía básicamente nacionales; como señalaba la Comunicación un «auténtico mercado interior» era todavía una realidad lejana¹⁵. Por ello será necesario crear dos piezas que se complementan mutuamente y que van a estar en diálogo permanente: por una parte, la red europea de gestores de redes de transporte de electricidad (y la equivalente del gas), y en correspondencia a la emergencia de estos operadores de mercado, una agencia de reguladores de la energía.

¹⁵ El objetivo de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009 es «establecer las condiciones necesarias para la creación de capacidades de interconexión para lograr el objetivo de un mercado interior eficiente y abierto que funcione adecuadamente» (ap. 4), «establecer normas equitativas para el comercio transfronterizo» (arts. 1 de ambos reglamentos).

Una cooperación obligatoria e institucionalizada a nivel comunitario entre gestores de redes de transporte¹⁶ –unos operadores con poder relevante en el mercado– y correlativamente, una cooperación obligatoria e institucionalizada a nivel comunitario entre los reguladores nacionales. Existe una clara simetría entre el ámbito de actuación de los operadores y el ámbito competencial de la ACRE. Los poderes de la agencia están ordenados fundamentalmente en relación a esta red de operadores.

En definitiva, la especificidad del mercado de la energía, la necesidad de superar los mercados aislados, la necesidad de garantizar condiciones para que se creen capacidades de interconexión y la necesidad de garantizar un nivel igualmente efectivo de supervisión reguladora en cada Estado miembro, ha llevado a crear esta agencia tan singular en el panorama de las agencias europeas. Una singularidad que la aparta del modelo de agencia¹⁷ y la sitúa en la órbita de las Autoridades independientes de regulación

Una agencia que es singular por su posición institucional, es una instancia europea, es una estructura supranacional para la cooperación de los reguladores nacionales. Hasta hace muy poco tiempo era voluntaria y progresivamente se ha institucionalizado, especialmente a partir de la creación del Grupo¹⁸ y finalmente, dando un paso más, se ha formalizado, se ha estructurado, se ha reforzado. Incluso en determinados supuestos esta cooperación dejará de ser voluntaria para convertirse en obligatoria. Cuando se cumplan determinadas condiciones la intervención de la ACRE dejará de ser facultativa para las autoridades nacionales y se convertirá en necesaria y como tal deberán respetarla estas autoridades. Esta nueva Autoridad de regulación europea continuará prestando y suministrando ayuda y apoyo a las autoridades nacionales cuando éstas lo soliciten, intervendrá a voluntad de las autoridades nacionales; pero en otros supuestos, nos encontraremos con una cooperación forzada, o bien a instancia de la Comisión o porque dadas ciertas circunstancias se produce un desapoderamiento de las autoridades nacionales.

Es un organismo creado directamente por un reglamento, tiene poderes decisivos, tiene poderes fuertes y atribuidos directamente por el reglamento y en tanto que tales tasados, si bien la Comisión le puede delegar también determinados cometi-

¹⁶ *Vid.*, arts 4 y ss. del Reglamento 714/2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y los arts. 4 y ss del Reglamento 715/2009, en relación a las redes de gas natural. En los respectivos arts. 4 se establece que «*todos los gestores de redes cooperarán*».

¹⁷ Un modelo de organización que recordemos se sitúa en el contexto de la administración instrumental, si bien las relaciones con la administración matriz discurren por un cauce más formalizado y estructurado, una estructura de relaciones fundada en la distinción entre política y gestión. Así la determinación de los objetivos y los medios o recurso pertinentes corresponde al Ministro –o instancia política equivalente– y la ejecución a la Agencia que dispone para ello de un ámbito de decisión organizativo; unas relaciones que se instrumentan mediante la técnica de los contratos programa o documentos equivalentes.

¹⁸ La creación del Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas se establece mediante Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003.

dos. Es una agencia que provee apoyo técnico, saber hacer, aporta conocimiento a la Comisión. Suministra precisamente este saber especializado, este saber técnico tanto a la Comisión, como a la Red europea de gestores de las redes de transporte de electricidad (y la correspondiente de gas), como a las autoridades nacionales, en la medida en que ella aporta el saber que deriva del conocimiento preciso y riguroso de estas redes transfronterizas.

En este contexto examinaremos cuáles son los cometidos o funciones, cuál es el ámbito competencial estrictamente delimitado y encuadrado tanto por el reglamento de creación como luego por los poderes normativos de la Comisión.

III. SUS FUNCIONES: UN ÁMBITO COMPETENCIAL ESTRICTAMENTE DELIMITADO, UNAS FUNCIONES ENCUADRADAS POR LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN

Se pueden apreciar cuatro tipos de cometidos o de funciones atribuidas a esta agencia de reguladores; unas funciones por lo demás típicas de una autoridad de regulación y que evidencian la radical diferencia de esta organización –la ACRE– con las agencias ejecutivas creadas anteriormente en el sistema europeo. Así, aparecen poderes de orden reglamentario, poderes de adjudicación –de emanación de actos unilaterales de contenido individual–, poderes de supervisión de mercados y finalmente poderes de control de la REGRTE (y la REDRTG); un conjunto de potestades que configuran el elenco más típico de las funciones propias e inherentes a las tareas de regulación¹⁹.

En primer lugar, un **poder reglamentario**. Una atribución de un poder compartido, la ACRE participa activamente en la elaboración de disposiciones de carácter general. Un poder normativo en un ámbito equivalente al de las normas técnicas y en consecuencia un poder que se ejerce reconociendo un papel relevante a los actores privados²⁰. Una potestad normativa que cuando tiene un carácter más general –directrices marco– deberíamos matizarlo caracterizándolo de *soft law* en la medida en –en principio– se trata de producir recomendaciones o normas de carácter no vinculante²¹. Un poder en el ámbito de la reglamentación, pero un poder limitado y que se ciñe estrictamente al ámbito técnico. Elabora y aprueba las denominadas

¹⁹ Sobre la especificidad de la regulación en el ámbito de las funciones públicas y su novedad y especificidad en relación a las actividades más tradicionales de policía, servicio público o fomento, E. MALARET: *op. cit.*, *Diritto pubblico*.

²⁰ *Vid.* Sobre las normas técnicas y su singularidad en la articulación de cometidos ente los poderes públicos y los actores privados, M. TARRES: *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

²¹ Para la caracterización del *soft law*, *vid.* especialmente D. SARMIENTO: *El soft law administrativo. Un estudio de las normas no vinculantes de la Administración*, ed. Civitas, Madrid, 2008.

«directrices marco no vinculantes» y participa en la elaboración de los «códigos de red»²².

En relación con las denominadas en los textos de derecho positivo «directrices marco no vinculantes» se impone una observación para delimitar mejor su naturaleza puesto que la expresión que califica las directrices marco como «no vinculantes» puede generar confusión acerca de su naturaleza real y efectiva. Es cierto que formalmente no son vinculantes en la medida en que carecen de valor preceptivo por ellas mismas, pero esta ausencia de fuerza no es suficiente para caracterizar su valor jurídico puesto que no puede desconocerse que condicionan otros instrumentos jurídicos. Esas directrices deben establecer los principios claros y objetivos que luego deberán²³ concretarse en los códigos de red; unos principios que deberán garantizar la no discriminación en el acceso a las redes, la competencia efectiva y el funcionamiento eficaz del mercado. Así, si bien no existen mecanismos que permitan imponer coactivamente lo establecido en las directrices marco –obviamente no están previstas sanciones ni órdenes ejecutivas–, sí debemos tomar en consideración que existen formas alternativas que pueden tener un gran valor, quizás equivalente en términos reales a una sanción pecuniaria, medidas de la ACRE que por su efecto en el mercado suponen consecuencias indirectas para los operadores como por ejemplo el suministro de información relevante y muy minuciosa sobre determinados incumplimientos²⁴.

La ACRE tiene en relación a las «directrices marco no vinculantes» y a los códigos de red un poder de instrucción y de elaboración de decisiones que entiendo es determinante²⁵, aunque no tenga el poder resolutorio final. La atribución de estos cometidos no tiene que considerarse como mero trámite puesto que su configuración como instancia técnica, dotada de un saber reforzado²⁶ adquiere toda su significación cuando de la preparación y elaboración de normas técnicas se trata. Es precisamente en este ámbito cuando la ACRE se configura claramente como soporte técnico,

²² Arts. 3 del Reglamento 713/2009, de creación de la ACRE, 6, 7 del Reglamento 714/2009, 6 y 7 del reglamento 715/2009.

²³ Art. 6.3 Reglamento 713/2009.

²⁴ Por ejemplo, la referencia expresa a la capacidad de formular públicamente la posición de la ACRE prevista en el reglamento de su creación, «Basándose en elementos de hecho, la Agencia presentará un dictamen debidamente motivado y recomendaciones a la REGRTE y a la REGRTG, al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión cuando considere que el proyecto de programa de trabajo anual o el proyecto de plan de desarrollo de la red de ámbito comunitario no contribuyen a la no discriminación, la competencia efectiva y el funcionamiento eficiente del mercado o un nivel efectivo de interconexión transfronteriza abierta al acceso de terceros...» (art. 6.4).

²⁵ Emitirá un dictamen a las RGRTE (y a la REGRTG) sobre los códigos de red y luego participará en su desarrollo (art. 3 del Reglamento 713/2009).

²⁶ Típico de las Autoridades Independientes, *vid.* E. MALARET: «Justicia administrativa y Autoridades Independientes», *La justicia administrativa, Libro homenaje al Profesor Rafael Entrena Cuesta*, ed Atelier, Barcelona, 2003.

como instancia institucionalizada de apoyo de la Comisión mediante el suministro de conocimiento, de un criterio, de una opinión basadas en una información muy precisa, exhaustiva y depurada. El carácter y contenido de estas medidas las diferencia de otros instrumentos que hasta la fecha se consideraban propios del *soft law*, pues ahora el factor más relevante no es tanto su ausencia de obligatoriedad como su carácter técnico, lo fundamental es que para que sean eficaces, para que sean aplicados y respetados más allá de su naturaleza formal las directrices marco y los códigos de red deberán estar basados en un conocimiento muy exhaustivo de las deficiencias que plantea en un determinado momento y en un determinado territorio el acceso a las redes, deberán evidenciar una apreciación del contexto de aplicación basada en una percepción de los hechos determinantes convincente y no cuestionable fácilmente. Los principios propuestos, las medidas establecidas deberán fundarse en una certera identificación de la problemática existente, deberán responder a necesidades operativas y tecnológicas de las redes²⁷. Este aspecto es tan crucial que nos permite entender la complejidad del procedimiento de aprobación de los códigos de red y el papel relevante que tiene en su elaboración la correspondiente REGRTE (o REGRTG)²⁸.

El segundo ámbito de tareas se incardina en lo que podemos denominar propiamente **poderes de regulación** puesto que cubre una gama de potestades típica de las Autoridades regulación de carácter sectorial, incidiendo sobre el acceso al mercado y las condiciones de eficiencia y no discriminación. Los reglamentos europeos han delimitado estrictamente el ámbito de estos instrumentos y las materias objeto de los mismos; estos se estructuran en relación al acceso a las infraestructuras transfronterizas, a las redes y a la seguridad de las redes²⁹. En relación a este ámbito material tienen un ámbito funcional específico. En este campo la peculiaridad de los cometidos de la ACRE aparece claramente y permite captar nítidamente su razón de ser. En efecto, el ámbito funcional se expresa apelando directamente a «todas las cuestiones regulatorias que se inscriban en el ámbito de competencias de las autoridades de regulación nacional». Vemos de nuevo la interrelación entre las tareas propias de las autoridades de regulación nacional y la ACRE, las sinergias entre los distintos nodos de la red de reguladores. Todas las cuestiones regulatorias que se inscriban en el ámbito de competencias de las autoridades de regulación nacional son susceptible de entrar en la órbita de competencias de la ACRE; el elenco de funciones regulatorias no está previamente tasado o delimitado estrictamente sino que se define por remisión. La clave estriba en las condiciones de ejercicio de estas funciones regulatorias, pues éstas sí que están configuradas legalmente. El hecho determinante del ejercicio de los poderes de la ACRE opera en unos términos que podemos definir como de subsidiariedad reforzada. Sólo se puede intervenir en el ámbito material

²⁷ El contenido de los códigos de red se establece en los arts.8.3 de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009, respectivamente.

²⁸ Arts 6 de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009, respectivamente.

²⁹ Art. 8 Reglamento 713/2009.

de acceso a las redes en dos supuestos: i) incapacidad de las autoridades nacionales para ponerse de acuerdo, cuando no han podido decidir en un determinado tiempo, entonces intervendrá por propia decisión la agencia y ii) en un supuesto distinto, pero que también tiene la misma connotación, a petición conjunta de las autoridades de regulación nacionales, es decir, cuando las propias autoridades sean conscientes de que no van a ponerse de acuerdo o que la actuación por separado no es eficaz, por lo tanto, que es necesario una actuación conjunta a nivel supranacional.

La ACRE es un exponente típico de la cooperación, del actuar conjuntamente cuando separadamente no se obtienen los resultados óptimos y por ello interviene sustituyendo a las autoridades llamadas a resolver en un primer momento. El contenido de estas decisiones, de estas cuestiones regulatorias que deberán resolverse por la ACRE puede abarcar todas las cuestiones relativas a las condiciones de acceso a las redes: procedimientos de asignación de capacidad, plazos de asignación, reparto de costes de congestión, cobro de cánones a los usuarios. Todo el abanico de cuestiones que son objeto de intervención por parte de las autoridades nacionales. Por lo tanto, cuando éstas no sean capaces, o por su propia apreciación o porque ha transcurrido un plazo y no se han mostrado capaces, entonces interviene la ACRE con poderes decisorios, con las potestades ejecutivas que le ha atribuido el derecho europeo de la energía³⁰.

En el procedimiento de toma de estas decisiones³¹ necesariamente deberá consultar a las autoridades nacionales de regulación y a los gestores de red de transporte interesados. Esta tipología de potestades es la gran novedad en el proceso de agencialización europeo, puesto que son poderes regulatorios, poderes sobre agentes del mercado. Estos poderes no sólo son más incisivos que los que podía adoptar anteriormente el Grupo de reguladores europeos para la electricidad y el gas, sino que en la medida en que permiten la adopción de decisiones individuales y vinculantes sobre cuestiones técnicas³² –verdaderos actos administrativos– requieren de una delimitación legal precisa para no cuestionar el orden institucional europeo.

En la relevancia de las facultades asignadas a la ACRE reside el fundamento de la atribución a la Comisión de la potestad de encuadrarlos mediante la aprobación de directrices³³. En efecto, desde la sentencia *Meroni* del entonces TJCEE (1958), a los organismos comunitarios no previstos en el Tratado no se les puede atribuir tareas que supongan el ejercicio discrecional de los poderes; una limitación que se entiende como corolario del principio de equilibrio institucional que constituye uno de los pilares del sistema comunitario. Sobre la base de esta regla a partir de entonces se entiende que la creación de nuevos organismos europeos puede considerarse legítima sólo si resulta necesaria para la realización de los objetivos que los pode-

³⁰ Art. 8.1 Reglamento 713/2009.

³¹ *Vid.* art. 7.7 Reglamento 713/2009.

³² *Vid.* E. CHITI: *Le trasformazione... op. cit.*

³³ Art. 8.4 del Reglamento 713/2009.

res atribuidos a la Comunidad pretende realizar y si no se le delegan poderes que comporten un margen real apreciación³⁴. Los límites a la delegación son los que se intentan arbitrar mediante, primero, la atribución de unos poderes muy tasados, muy limitados, circunscritos a cuestiones de índole técnica y, en segundo lugar se atribuyen condicionados al cumplimiento de unas circunstancias precisas, pues el ejercicio de los poderes corresponde en un primer momento a las autoridades nacionales y sólo si estas deciden o no pueden actuar entonces interviene la ACRE.

En la adopción de estas decisiones no hay espacio para la libre apreciación del interés general comunitario porque la libre apreciación del interés general comunitario es una competencia que sólo y necesariamente puede tener la Comisión; por eso la Comisión se reserva este poder de orientar y delimitar. Se ha articulado un equilibrio entre un poder que sólo puede ser técnico, como el Reglamento de creación de la agencia establece claramente al consignar de manera reiterada que la decisión sólo puede estar basada en hechos. Quizás este Reglamento es la disposición en la que más veces aparece la idea de que cualquiera de los instrumentos adoptados (recomendaciones, dictámenes, decisiones) deberá estar fundamentada en hechos, deberá tener un soporte fáctico.

Avanzando en la caracterización de los cometidos asignados a la ACRE encontramos un tercer tipo de competencias, las de **supervisión de los mercados**. El instrumento de la agencia será una herramienta muy característica de las autoridades de regulación, la elaboración y publicación de Informes. Recordemos que la primera autoridad de regulación conocida, la Comisión de Comisarios de los Ferrocarriles de Massachusetts³⁵, sólo tenía la facultad de dar a conocer sus análisis, su apreciación de las circunstancias que determinaban un supuesto de hecho, en aquel caso cómo se formaban los precios del ferrocarril para ver si estos respondían a una determinada posición de dominio o monopolio en el mercado. Asimismo, en el modelo de regulación de Suecia, las autoridades de regulación generalmente no han dispuesto de poder decisorio, se han limitado a iluminar, a ilustrar a los operadores de mercado y a los consumidores, pero sin decidir, sin resolver. En esta concepción lo importante es suministrar datos, aportar elementos, explicar cómo se han formados los precios, los factores que intervienen. También es cierto que tanto Massachusetts –a primeros del siglo XX– como Suecia más tarde son países con unas características peculiares, en las que la libertad de información cumple una función esencial en la configuración del debate público y como corolario en la determinación de la agenda pública. La prensa en Massachusetts y en Suecia se hacía y se hace eco de los distintos informes y quizás no debemos ignorar que el presidente de la Comisión del Ferrocarril era, por cierto, periodista y conocía los resortes del oficio. Del mismo modo no puede dejarse de lado la centralidad que la publicidad y la transparencia desarrollan en el quehacer de los poderes públicos suecos.

³⁴ Vid. Por todos, K. LENAERTS: «Regulating the Regulatory Process: “Delegation of Powers” in the European Community», *ELR*, 1993.

³⁵ C. HENRY: *Enjeux et formes de régulation des services publics dans l'Union Européenne*, en C. HENRY/E. QUINTET (dirs.): *Concurrence et service public*, ed. L'Harmattan, Paris, 2003.

Así, el informe anual es el instrumento esencial para garantizar el cumplimiento de la misión de supervisión de los mercados; un informe anual mediante el que también la agencia rinde cuentas ante el Parlamento Europeo, la Comisión y ante la sociedad en general. Este Informe puede ir acompañado de la identificación de los obstáculos que impiden el mercado y además de una propuesta de medidas para eliminar los obstáculos, una propuesta de medidas que claramente se presentará ante el Parlamento y la Comisión para que ellos lo traduzcan, en su caso, en un nuevo marco legal. En esta tarea de supervisión de los mercados en general deberá también verificarse cómo desarrollan las tareas de aplicación del marco legal comunitario las autoridades nacionales de regulación, cómo éstas garantizan la eficiencia de estos mercados y el cumplimiento de las reglas establecidas, con el valor añadido que supone la explicitación de que se podrán identificar cualquier obstáculo a la realización del mercado interior de la energía y proponer paralelamente un dictamen sobre las medidas que puedan adoptarse para superar los obstáculos³⁶.

Y finalmente un cuarto ámbito de tareas, el **control específico de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de la Electricidad** y su homónima en el gas. Un control que se inicia desde el primer momento de la constitución de estas organizaciones sectoriales, mediante un dictamen para la Comisión sobre el proyecto de sus estatutos³⁷ y que se desarrolla posteriormente sobre diversos aspectos relativos a la operativa de esta red. Un control que se traduce en el examen y la supervisión de la aplicación de los códigos de red y de la ejecución de los planes de desarrollo de la red; ello supone un control de cómo se llevan a cabo las inversiones necesarias para garantizar la conexión de los mercados y el acceso de terceros, puesto que este es el objetivo central de la reglamentación y regulación específica de estas redes transfronterizas.

La ACRE dispone de unos poderes de supervisión fuertes porque puede informar, hacer recomendaciones, explicar qué está sucediendo. Explicar cómo se ejecutan las inversiones, como se desarrollan los proyectos concretos es muy importante en este campo porque quiere decir sustraer de la opacidad propia de las empresas todo un proceso. Hacer pública una información relevante, ilustrar cómo se están desarrollando las redes y los mercados permite indirectamente influir sobre estos procesos; esta publicidad de los datos significativos introduce un factor de regulación, fomenta la autorregulación por los propios operadores y por el mercado. Como establece expresamente el Reglamento la ACRE «podrá investigar las incoherencias entre el plan y su ejecución», e investigar las incoherencias supone disponer de una información muy precisa, requiere conocer de manera pormenorizada qué está sucediendo. Y finalmente, como consecuencia de todo eso, formular recomendaciones a los gestores de redes de transporte o a las autoridades nacionales con el objeto de ejecutar las inversiones. En este diseño las inversiones relativas al desarrollo de la red están sometidas a un escrutinio fuerte, a un análisis intenso y denso por parte

³⁶ Art. 11 del Reglamento 713/2009.

³⁷ Art. 5 del Reglamento 714/2009 y 715/2009.

de esta autoridad, que supervisará también la cooperación regional de los gestores de redes de transporte. Interesa señalar que este examen pormenorizado, este conocimiento que permite sacar del interior de los gestores de la red lo que está sucediendo, desmenuzar los datos va a permitir a las autoridades nacionales, en su caso, actuar sus poderes regulatorios.

Finalmente, este abanico amplio de facultades se traduce en la atribución a la ACRE del poder de emitir dictámenes, recomendaciones y decisiones. Dictámenes y recomendaciones cuando no decide en última instancia, cuando propone tanto a autoridades nacionales o europeas como a operadores que tomen determinadas decisiones, pero sólo formula la propuesta, y decisiones cuando resuelve por ella misma³⁸.

IV. LA ARQUITECTURA INTERNA: UNA ESTRUCTURA ORGÁNICA QUE PLASMA UN NUEVO EQUILIBRIO INSTITUCIONAL

1. Una arquitectura administrativa original y novedosa

En el diseño de la estructura orgánica se ha buscado un nuevo equilibrio institucional entre Estados miembros e instituciones europeas y entre las distintas instituciones europeas. Es la organización (una agencia siguiendo la concepción comunitaria) que presenta una mayor complejidad en el diseño institucional pues tiene un consejo de administración, un consejo de reguladores, un director y una sala de recurso –un ámbito en el que se van a resolver las controversias–. Cuatro órganos con una composición muy distinta y con unos cometidos, obviamente, diferentes: es preciso examinar la composición, cómo se forman estos cuatro órganos.

El **consejo de administración** es el órgano de gobierno en una administración. Presenta algunos elementos novedosos. Para ello debemos analizar cómo se nombra y se compone, pues sigue un proceso radicalmente distinto de lo que ha sido hasta ahora el diseño de las agencias. Así, sus nueve miembros son nombrados única y exclusivamente por las instituciones europeas, en principio los gobiernos nacionales no participan en el proceso, a diferencia de supuestos anteriores. Responde a la idea que la creación de una agencia europea no supone la «recuperación» de ciertos cometidos por parte de las autoridades nacionales que la integran. En este supuesto no se produce una intergubernamentalización de las tareas. Es una diferencia en relación a los otros consejos de administración de las demás agencias dónde están presentes de manera directa los gobiernos nacionales; éste se integra mediante la designación de nueve miembros, nombrados, dos por la Comisión, dos por el Parlamento y cinco por el Consejo –donde dada la composición de esta institución europea los intereses nacionales son tomados en consideración–. Si tenemos en cuenta el método de designación de las Autoridades Independientes de regulación en Francia

³⁸ Art. 4 del Reglamento 713/2009.

encontraremos una fuerte similitud, pues generalmente los consejos están formados por miembros designados por el presidente de la República, el presidente del Senado y el presidente de la Cámara de Diputados; en Italia encontraremos también modelos equivalentes. Esta es una novedad, una singularidad desde el punto de vista del diseño institucional que tiene mucho que ver con la especificidad de sus poderes decisorios.

La forma de nombramiento no es ajena a la especial posición institucional de la ACRE, es un modelo directamente inspirado en los procedimientos de designación de los órganos decisorios de las instituciones que deben actuar de manera independiente. Precisamente la independencia del consejo de administración se refuerza mediante distintas reglas. No sólo con la expresa prohibición de solicitar o recibir instrucciones, sino también con la exigencia de que los miembros de este consejo de administración deban hacer una declaración de compromiso y una declaración de intereses; unas declaraciones objeto de publicación y de actualización anual³⁹. Unas declaraciones sometidas a escrutinio público y por lo tanto fuertemente controladas. Especial novedad supone la obligación de formalización personal del compromiso, su publicidad y su revisión periódica, lo que supone una mayor garantía para la efectividad de su cumplimiento. La declaración de intereses plasma la prohibición de tener intereses en el sector, una nota típica del estatuto personal de los miembros de las autoridades de regulación, es un rasgo esencial, pero la novedad en este caso estriba en su publicación y en su revisión anual. El mandato de este consejo de administración es un mandato predeterminado y limitado, cuatro años, renovables sólo por una sola vez. Y finalmente, también en orden a la garantía de su independencia se exige un quórum reforzado en sus decisiones, la mayoría de dos tercios de los miembros presentes.

Las competencias de este órgano están funcionalizadas y son corolario del cometido que expresa los términos de su designación semántica. La más relevante seguramente es el nombramiento del director, previo informe favorable del consejo de reguladores. Tiene pues la capacidad de nombrar al director, aprueba el programa de trabajo anual preparado por el director y aprueba y publica el informe anual⁴⁰, basándose en el proyecto elaborado por el director. Este informe anual tiene como pieza separada el informe que elabora el consejo de reguladores. En este diseño institucional la atribución de cometidos caracteriza los distintos órganos, la gestión de los recursos se asigna a órganos distintos de los que son competentes en materia regulatoria.

Veamos la segunda pieza esencial, el órgano que concentra el poder decisorio significativo: **el consejo de reguladores**. Es un órgano que reúne a la vez funciones de carácter consultivo y decisorio, depende de los supuestos. Se trata de un órgano

³⁹ Una regla que seguramente habría que introducir a escala nacional, en línea de principio con los requerimientos establecidos por la Ley de Economía Sostenible.

⁴⁰ La publicación del programa de trabajo anual constituye una práctica que se expande en el entorno de las autoridades de regulación, *vid.* por ejemplo la Ley de Economía sostenible.

que requiere de otros órganos para garantizar la eficacia y eficiencia de sus decisiones, sean vinculantes o no. Los otros órganos están dispuestos para garantizar que éste pueda realizar su cometido y lo pueda hacer sin interferencias operativas. La distribución de tareas realizada supone que siempre necesita el apoyo técnico o el soporte formal del director, éste debe aprobar necesariamente determinadas decisiones y publicarlas (luego veremos que supone esta función de aprobación).

Este consejo de reguladores es la voz de los reguladores nacionales a nivel europeo. Supone compartir el poder de decisión con la Comisión mediante un actuar mancomunado de los reguladores nacionales, constituye un salto cualitativo en relación con la estructura anterior⁴¹. Sus acuerdos, sus informes, en determinados supuestos, son vinculantes y sus decisiones –en sentido estricto– son vinculantes siempre puesto que operan en ámbitos muy precisos y en supuestos tasados. Supone un ejercicio conjunto de los poderes de regulación, una puesta en común a nivel europeo. Esta forma de compartir el poder explica que su composición responda a una doble legitimidad, nacional y europea, pero con distinta significación. Una composición particular. Así, expresa y formalmente el reglamento establece que se compone de representantes de alto rango de las autoridades reguladoras y un sustituto⁴². Fíjense que se utiliza la categoría «representación», es decir, no actúan a título propio, actúan como representantes, y esto es algo fundamental porque, en cambio, los miembros del consejo de administración actúan a título propio una vez nombrados, y por ello también en este caso es concebible la existencia de un sustituto. Y luego, en el consejo de reguladores estará un representante de la Comisión –de nuevo la idea de representación–, sin derecho de voto pero con voz. Esta dualidad la vemos luego reiterada expresamente –quizás para evidenciar la singularidad de este consejo de reguladores– en las reglas que disciplinan el quehacer del órgano colegiado; sus miembros actúan en nombre de sus respectivas autoridades reguladoras, según se establece expresamente⁴³, esta posición individual está claramente delimitada. Pero, en cambio, como órgano colegiado actúa con total y absoluta independencia y sin pedir ni reclamar ninguna instrucción, por tanto, una dualidad de posiciones. Los miembros actúan como representantes pero, en cambio, como colegio actúan ya con independencia. Es en tanto que órgano colegiado que representa el interés europeo, aunque sea limitado, un interés acotado a garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Todas las competencias relevantes y significativas, todos los poderes de la organización están atribuidos al consejo de reguladores. En el consejo de reguladores residen todas las competencias de orden consultivo, de apoyo y asesoramiento a la

⁴¹ Sobre la necesidad de un regulador a escala europea *vid.* J.M. SALA ARQUER: *La evolución del Derecho Comunitario de la energía: hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias*, en F. BECKER ZUAZUA, L. M^a. CAZORLA, J. MARTINEZ-SIMANCAS, J. M. SALA ARQUER (coords.): *Tratado... (I)*, *op. cit.*

⁴² Art. 14 del Reglamento 713/2009.

⁴³ Art. 14.5 del Reglamento 713/2009.

Comisión y a las autoridades nacionales, todos los poderes propositivos y de consulta e informe sobre las directrices marco y los códigos de red, y las decisiones relativas al control de las redes de transporte y a la garantía del acceso a la red.

La afirmación de la centralidad del consejo de reguladores en la arquitectura decisional de la ACRE no es cuestionada por la literalidad de los preceptos que a continuación se indican por las razones que se expresarán. Así, si bien el Reglamento 713/2009 establece que «el consejo de reguladores emitirá al director dictamen sobre los dictámenes, recomendaciones y decisiones»⁴⁴ y posteriormente añade que «el director *aprobará* y publicará los dictámenes, recomendaciones y decisiones que hayan recibido el *dictamen favorable* del consejo de reguladores»⁴⁵, debe entenderse que la aprobación del Director es un acto debido, que no puede alterar el contenido del pronunciamiento realizado por el consejo de reguladores y que esta posición le vincula. En este esquema el consejo de reguladores tiene el monopolio de la capacidad de propuesta y de fijación de la posición sustancial, el director se limita con el acto de aprobación a dar forma y a publicar los dictámenes, recomendaciones y decisiones adoptadas por el consejo de reguladores. Un acto de aprobación formal necesario para poner fin al procedimiento decisorio y poder ordenar la publicación; así la decisión se configura como tal y adquiere su validez y eficacia.

Los cometidos más relevantes del consejo de reguladores son los siguientes. Emite dictamen sobre el proyecto de los estatutos, la lista de miembros y el proyecto de reglamento interno de la REGRTE y la REGRTG. No es un trámite formal puesto que en este dictamen se trata de verificar la viabilidad y la adecuación a los fines y objetivos que la reglamentación de la electricidad y del gas imponen a estas redes de gestores. Emite, también el dictamen en relación a los códigos de red, sobre el programa de trabajo anual de la REGRTE y la REGRTG, sobre el proyecto de plan de desarrollo de redes de ámbito comunitario. Recordemos la relevancia práctica de los cometidos de supervisión de la ACRE en relación al plan de inversiones y de desarrollo de las redes de su competencia –aquellas cuyo desarrollo debe garantizar la efectividad del mercado interior–. Por ello, «basándose en elementos de hecho, presentará un dictamen debidamente motivado y recomendaciones a la REGRTE y a la REGRTG cuando considere que los proyectos que están desarrollando no contribuyen a la no discriminación, a la competencia efectiva y al funcionamiento eficiente del mercado o un nivel suficiente de interconexión transfronteriza abierta al acceso a terceros»⁴⁶. Desarrolla también cometidos de suministro de parecer, de apoyo a las autoridades de regulación nacionales, aportando conocimiento e información en relación, por ejemplo, a la solicitud de exención presentada por los nuevos interconectores directos de corriente continua: la ACRE podrá «presentar un dictamen consultivo a esas autoridades reguladoras que *les pueda servir de base para la*

⁴⁴ Art.15.1 del Reglamento 713/2009.

⁴⁵ Art. 17.3.

⁴⁶ Sobre la supervisión de las inversiones, *vid.* arts. 6 apdos. 3 y 4 del Reglamento 713/2009.

toma de decisiones»⁴⁷. También tiene poderes propositivos. Así, formula la propuesta a la Comisión de una directriz marco no vinculante, eso sí, previa petición de la Comisión; una directriz que constituye el marco necesario y el límite del contenido de los códigos de red mediante la determinación de los principios y objetivos que deben cumplir las dos redes de gestores de redes de transporte de energía institucionalizadas. El consejo participa también en el desarrollo de los códigos de red; verificando, entre otros extremos, la adecuación del proyecto de código a la directriz marco y proponiendo, en su caso, su adopción o elaborándolo inicialmente cuando las redes de gestores de redes de transporte no lo hayan hecho.

Estas facultades pueden parecer sólo de propuesta o de examen y en esta medida podrían ser consideradas como irrelevantes pues no suponen la adopción de decisiones vinculantes. Pero, son, en cambio, fundamentales para el correcto funcionamiento de los mercados porque de esta información se pueden inferir decisiones de otros operadores o de otros agentes que ayuden a configurar de manera distinta el mercado. Estas facultades son importantes pues aportan un criterio cualificado técnicamente, lo que supone una gran dificultad para apartarse de sus propuestas y recomendaciones; suministran un sólido contraste de pareceres con los operadores e ilustran a terceros y, en última instancia, a los consumidores.

Tercer órgano importante, el órgano ejecutivo: el **director**. El director es el representante legal y órgano de gestión de la ACRE. Se nombra por el consejo de administración previo dictamen favorable del consejo de reguladores, pero se selecciona, y esto es fundamental, según el principio de mérito, atendiendo a criterios de cualificación y experiencia pertinente en el sector de la energía, después de un procedimiento competitivo y público. En garantía de estos principios se establece expresamente que el nombramiento se deberá realizar a partir de «una lista de al menos tres candidatos propuestos por la Comisión»⁴⁸. Es fundamental para que la decisión sea pertinente valorar los méritos de manera comparativa y ello requiere que en el procedimiento haya más de un candidato y para que realmente haya competencia tiene que haber convocatoria pública de las manifestaciones de interés. Antes del nombramiento cabe un examen parlamentario con declaración y preguntas formuladas por los diputados, como expresamente establece el Reglamento; una llamada para que la intervención parlamentaria no se convierta en un trámite puramente formal, en línea con lo que la Ley 5/2006, de regulación de los Conflictos de Intereses señala al establecer de manera expresa que se «examinará al candidato». Los nombramientos de los miembros de las Autoridades independientes de regulación deben responder a criterios de profesionalidad y ello requiere adoptar un procedimiento adecuado en el que la transparencia juega un papel esencial; en este contexto el examen parlamentario supone apostar decididamente por una comprobación del historial, capacidades y habilidades de los candidatos, garantiza que se puede hacer preguntas, que habrá respuestas, que habrá debate y que habrá diálogo, que no será

⁴⁷ Arts. 17 de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009, respectivamente.

⁴⁸ Art. 17.2 del Reglamento 713/2009.

meramente una comparecencia formal y ritual⁴⁹. En esta dirección las comparecencias de los candidatos a comisarios europeos, con un procedimiento que incluye una primera fase de preguntas por escrito y, una segunda fase, cuando ya se dispone de las respuestas, en la que se procede a una sesión pública con preguntas y respuestas constituye un ejemplo de buenas prácticas⁵⁰.

El status personal del director se completa con la regla del mandato limitado –cinco años–⁵¹. La competencia más relevante, más allá de la gestión, es la de aprobar y publicar los acuerdos tomados por el consejo de reguladores; esta potestad debe entenderse como un requisito de validez del acto, un elemento que puede vincularse a su función de representación, lo que supone como ya hemos indicado anteriormente que no podrá en ningún momento sustituir o no aprobar lo que adopta el consejo de reguladores.

Finalmente, el cuarto órgano fundamental de esta agencia: **la sala de recurso**. Es un órgano con funciones cuasi judiciales o de resolución de controversias; funciona a modo de un recurso administrativo previo, antes de acudir al Tribunal de Primera Instancia o al Tribunal de Justicia. Los elementos de composición más significativos son los siguientes⁵². El procedimiento de nombramiento y la función asignada a cada una de las instancias que intervienen son coherentes con la arquitectura interna de la ACRE y con los equilibrios institucionales europeos. Su designación corresponde al consejo de administración, a propuesta de la Comisión previa convocatoria pública, tras una consulta con el consejo de reguladores. De nuevo, vemos un proceso público, abierto y transparente. El mandato de los miembros es de cinco años, renovable. El reglamento insiste en la necesaria separación con los otros órganos y se explicita que no podrá desarrollar ninguna otra tarea en la agencia. Puede recurrir ante este órgano cualquier persona física o jurídica y las autoridades de regulación nacionales. Es importante señalar la doble situación en la que se encuentran las autoridades nacionales, tienen un representante miembro del consejo de reguladores pero, al mismo tiempo, y por ello anteriormente se ha puesto de relieve la dualidad con la que opera el consejo de reguladores, éste tiene legitimidad para recurrir –habrá que examinar si más adelante se exige que su representante no haya votado a favor–. Finalmente, en cuanto al alcance o carácter de las resoluciones de esta sala de recurso: sus decisiones serán vinculantes para los otros órganos de la ACRE y podrá adoptar todas aquellas medidas que entren dentro del abanico de instrumentos de la agencia y/o remitir el asunto al órgano competente. Se produce una especie de anulación sin que formalmente se exprese como tal porque si puede remitir el asunto

⁴⁹ E. MALARET: *op. cit.*, *Diritto Pubblico*, 2008, 2.

⁵⁰ Podemos recordar que un candidato se retiró después de poner en evidencia su gran incompetencia, su desconocimiento del sector correspondiente a la cartera que se le pensaba encomendar, precisamente la de energía.

⁵¹ Prorrogable excepcionalmente después de una evaluación, art. 17.3 del Reglamento 713/2009.

⁵² Son seis miembros, con seis suplentes.

a otra instancia es porque previamente habrá decidido que la decisión presenta determinadas carencias –sustanciales o formales– o es ilegal y, por lo tanto, procederá a anularla.

2. La centralidad de la transparencia: tanto en la vertiente orgánica como en el procedimiento de toma de decisiones

Como es bien conocido, la credibilidad de las instancias de regulación constituye en la actualidad una preocupación esencial puesto que es una garantía para la efectividad de las medidas adoptadas. En este contexto la publicidad y la transparencia en el quehacer de estas instancias aparece especialmente reforzada y ello es perceptible en el diseño de la estructura de la ACRE y en el régimen de toma de decisiones.

Señalemos, aunque sea de manera muy sumaria, cómo la transparencia opera en la determinación de la composición de los órganos –como hemos visto anteriormente–, en las condiciones de ejercicio de la actividad de los miembros –publicidad de las declaraciones, publicidad del programa bianual de trabajo–, publicidad de las actas de las sesiones.

En relación al régimen de decisiones, interesa solamente señalar algo fundamental, la centralidad que tiene la transparencia en el régimen jurídico de toma de decisiones. Una publicidad que se plasma en la exigencia –en todos los procesos de formulación de recomendaciones, dictámenes o decisiones– de la necesaria consulta con los agentes de mercado, con los operadores de red, una interlocución que debe ser permanente. Y finalmente, cabe recordar la centralidad que ha adquirido en el Derecho comunitario la motivación de los actos⁵³, una exigencia que permite luego un control judicial más refinado y depurado, evitando extralimitaciones.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Con la ACRE nace una nueva estructura europea, con competencias claras y con la facultad de adoptar decisiones regulatorias en determinados y concretos supuestos. Va más allá de la idea de un marco de cooperación de los reguladores nacionales puesto que es una cooperación institucionalizada y además obligatoria en determinados supuestos, cuando se den determinadas condiciones –cuando no consiguen intervenir los reguladores nacionales o cuando estos lo solicitan–.

Su diseño institucional refleja bien el complicado equilibrio entre autoridades nacionales e instituciones europeas –consejo de administración vs. consejo de reguladores–, entre órganos de determinación del interés general en la esfera de la política y las instancias de garantía del correcto funcionamiento del mercado sectorial, la esfera de la técnica, y finalmente entre eficacia y eficiencia, con la posición y come-

⁵³ Sobre el régimen de los actos administrativos comunitarios, *vid.* por todos, X. AROZ SANTISTEBAN: *Concepto y régimen del acto administrativo comunitario*, ed. IVAP, Oñati, 1998.

tidos del director por un lado y la responsabilidad y control democrático mediante la rendición de cuentas por el otro.

La creación de la primera Autoridad independiente de regulación se produce en un sector estratégico para la integración económica europea. Un sector en el que el proceso de construcción del mercado interior presenta especial complejidad por razones institucionales, económicas y técnicas; unas dificultades que se concretan en el cuello de botella que supone la necesidad de desarrollar redes transfronterizas y garantizar de manera eficiente el acceso de terceros. Instrumento de garantía del mercado interior. En este intersticio, un nudo central de las interconexiones entre redes de transporte de energía de carácter transfronterizo despliega sus cometidos este nuevo planeta de la galaxia que es en la actualidad el sistema europeo, en este ámbito crucial despliega sus competencias esta nueva institución de regulación, la «Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía». Una nueva organización pública que, a pesar de la terminología utilizada para su denominación, se configura como una Autoridad independiente de regulación y no como una Agencia ejecutiva.

El nuevo marco legal de la energía ha intensificado la europeización de las reglas y ha reforzado la europeización de su garantía mediante la institucionalización de la cooperación entre reguladores nacionales. Una fórmula que supone una radical novedad puesto que este avance en la integración no se produce mediante un instrumento que propicie la intergubernamentalidad del proceso de decisiones. No se acrecienta el poder de los Estados miembros frente a las instituciones comunitarias, no se produce una comunitarización del proceso decisorio. La creación de una Autoridad independiente permite ensayar formas nuevas de articulación de los poderes públicos en Europa.

RESUMEN: El artículo analiza la naturaleza y cometidos de la Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía (ACRE) creada en el contexto del nuevo derecho de la energía europeo; un nuevo marco legal que tiene como finalidad impulsar y reforzar el mercado interior de la energía. Se examinan los elementos organizativos que muestran los rasgos innovadores que esta organización presenta en el entramado institucional comunitario, sus diferencias con las Agencias creadas anteriormente, así como los elementos en común. El diseño meticuloso y equilibrado de las funciones de esta Agencia, así como su arquitectura orgánica responde a la necesidad de resolver las ineficiencias generadas por las distintas regulaciones de ámbito nacional, pero sin sustituir a los reguladores nacionales. La creación de la ACRE va más allá de la actuación en red de las autoridades nacionales pues europeiza un ámbito de decisión al mismo tiempo que da voz a los reguladores nacionales; así mismo, supone un refuerzo de la capacitación técnica, con su saber hacer refuerza e ilumina la toma de decisiones de la Comisión. La ACRE constituye un delicado equilibrio entre la europeización de la regulación de la energía y el respeto a las instancias nacionales de regulación.

PALABRAS CLAVES: Energía, redes transfronterizas, autoridad independiente de regulación, administraciones independientes, agencias europeas.

ABSTRACT: This article examines the nature and missions of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACRE), created in the context of the new European energy law; a new legal framework that has as a main aim to push and reinforce the electricity internal market. We study the organizational elements that show the innovative features that this organization have in the Community institutional framework, its differences with other agencies and their common elements. The detailed and balanced design of the functions of this Agency, as well as its institutional architecture answers to the need to solve the inefficiencies generated by the different national regulations, but without substituting the national regulators. The creation of the ACRE goes beyond the networked action of the national authorities so it Europeanizes a decision area at the same time as it gives voice to the national regulators and reinforces and clarifies the Commission decision making. The ACRE represents a delicate balance between the Europeanization of the energy regulation and the respect to the national level of regulation.

KEYWORDS: Energy, Cross-border networks, Independent regulation authority, independent administrations, European agencies

