

# REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

*Nº 21 - 2º semestre 2011*

## EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA DE ACUERDO CON EL TRATADO DE LISBOA

Enrique Linde Paniagua

UNED







# REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 21 - 2º 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
21. El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa

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](http://www.cedro.org)) vela por el respeto de los citados derechos.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.  
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. Herrero 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, SA (COLEX)

[colex@colex.es](mailto:colex@colex.es)

[www.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



**EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN  
EUROPEA DE ACUERDO CON EL TRATADO  
DE LISBOA**



*Al profesor Tomás-Ramón Fernández Rodríguez*



## ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

<b>BCE:</b>	Banco Central Europeo
<b>BOE:</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>Carta:</b>	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<b>CE:</b>	Comunidad Europea
<b>CEEA:</b>	Comunidad Europea de la Energía Atómica
<b>CEE:</b>	Comunidad Económica Europea
<b>COPEAU:</b>	Conferencia de Órganos Parlamentarios Especializados en Asuntos de la Unión Europea
<b>SEBC:</b>	Sistema Europeo de Bancos Centrales
<b>IME:</b>	Instituto Monetario Europeo
<b>ESEBC y del BCE:</b>	Estatutos de Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo
<b>FD:</b>	Fundamentos de Derecho
<b>OTAN:</b>	Organización del Tratado del Atlántico Norte
<b>PAC:</b>	Política Agrícola Común
<b>PESC:</b>	Política Exterior y de Seguridad Común
<b>PCDS:</b>	Política Común de Seguridad y Defensa
<b>SEBC:</b>	Sistema Europeo de Bancos Centrales
<b>STC:</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>SSTC:</b>	Sentencias de Tribunal Constitucional
<b>STCE:</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>SSTCE:</b>	Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>TC:</b>	Tribunal Constitucional
<b>TCE:</b>	Tratado de la Comunidad Europea
<b>TCEE:</b>	Tratado de la Comunidad Económica Europea
<b>TCEEA:</b>	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
<b>TFUE:</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TJ:</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<b>TJCE:</b>	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (denominación anterior al Tratado de Lisboa)
<b>TJUE:</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TUE:</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UE:</b>	Unión Europea
<b>UEM:</b>	Unión Económica y Monetaria

# EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA DE ACUERDO CON EL TRATADO DE LISBOA<sup>1</sup>

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor de Derecho Administrativo de la UNED

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN . . . . .	27
CAPÍTULO PRIMERO. El principio de competencia como ordenador de las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos de los Estados miembros. El caso de España. El principio de primacía como principio procedimental . . . . .	31
1. Introducción . . . . .	31
2. Leyes orgánicas y principio de competencia . . . . .	32
3. La apertura del ordenamiento constitucional al Derecho internacional . . . . .	34
4. La innecesariedad de la supremacía para explicar las relaciones de la Constitución con los Tratados Internacionales . . . . .	38
5. Extraconstitucionalidad <i>versus</i> infraconstitucionalidad . . . . .	42
6. Las relaciones del Derecho de la Unión con los Derechos internos de los Estados miembros. Lo innecesario de la reforma de la Constitución Española . . . . .	45
CAPÍTULO SEGUNDO. Principios y técnicas generales que rigen el sistema competencial de la Unión Europea . . . . .	53
1. La deficiente configuración competencial en los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea . . . . .	53
2. El principio funcionalista y su aparente liquidación por el Tratado de Lisboa . . . . .	55

---

<sup>1</sup> Este trabajo tiene su precedente en el libro *El Sistema de Competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Colex, 2006.

2.1. La incompatibilidad del principio funcionalista con el artículo 93 de la Constitución Española. . . . .	56
2.2. La determinación competencial como segunda objeción al funcionalismo . . . . .	58
3. El principio de atribución como rector de la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros . . . . .	59
4. La cláusula de flexibilidad del artículo 352 del TFUE y su incidencia en el principio de atribución . . . . .	61
4.1. Caracteres generales . . . . .	61
4.2. La intervención de los Parlamentos nacionales . . . . .	63
4.3. La interdicción de la armonización sobrevenida . . . . .	64
5. La cláusula del artículo 296 del TFUE y su incidencia en el principio de atribución. . . . .	64
6. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La extensión del control de la subsidiariedad a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros. . . . .	66
6.1. Presupuesto y ámbito de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad . . . . .	67
6.2. La subsidiariedad como control de la suficiencia y eficiencia de la actuación de la Unión. . . . .	69
6.3. Los procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad como conjuntos de juicios de oportunidad . . . . .	69
6.4. La exclusión del juicio de oportunidad como consecuencia de la determinación de los Tratados. Las competencias de ejercicio obligatorio . . . . .	70
6.5. La intervención de los Parlamentos nacionales . . . . .	70
6.5.1. La transmisión a los Parlamentos nacionales de las propuestas de actos legislativos que se dirijan al Parlamento Europeo y al Consejo: regla general . . . . .	71
6.5.2. La información de la Comisión a los Parlamentos nacionales . . . . .	71
6.5.3. La información del Consejo a los Parlamentos nacionales. . . . .	72
6.5.4. La información del Consejo Europeo a los Parlamentos nacionales. . . . .	72
6.5.5. La información del Tribunal de Cuentas a los Parlamentos nacionales . . . . .	72
6.5.6. El dictamen motivado sobre proyectos legislativos. . . . .	73
6.5.7. La cooperación interparlamentaria . . . . .	73
6.5.8. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad completa el Proto-	

colo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión. . . . .	74
6.5.9. Los efectos de los dictámenes motivados adoptados por mayorías significativas de los Parlamentos nacionales . . . . .	75
6.6. El principio de proporcionalidad: diferencias y semejanzas con el principio de subsidiariedad. . . . .	75
6.7. Conclusiones . . . . .	76
7. El principio de coherencia . . . . .	77
8. Objetivos que rigen el ejercicio de las competencias por la Unión . . . . .	78
8.1. Los objetivos generales de los Tratados . . . . .	78
8.2. Los objetivos genéricos y específicos de las políticas y acciones de la Unión. . . . .	81
8.3. Los objetivos transversales de las políticas y acciones de la Unión. . . . .	81
8.4. Conclusiones . . . . .	81
9. Tipología competencial . . . . .	82
9.1. Introducción . . . . .	82
9.2. Competencias exclusivas . . . . .	82
9.3. Competencias compartidas. Su carácter residual . . . . .	84
9.3.1. Concepto . . . . .	84
A) Ámbitos ordinarios de competencia compartida . . . . .	87
B) Ámbitos extraordinarios de competencia compartida. . . . .	87
C) Ámbitos residuales de competencias compartidas . . . . .	88
9.4. Competencias de coordinación de las políticas económicas, de empleo y sociales . . . . .	88
9.5. Competencias de apoyo, coordinación o para complementar la acción de los Estados miembros . . . . .	89
9.6. Competencias en los ámbitos de la acción exterior y de la política exterior y de seguridad común. . . . .	89
9.7. Los procedimientos e instrumentos jurídicos . . . . .	89
 CAPÍTULO TERCERO. La aplicación del sistema competencial a los ámbitos competenciales, políticas y acciones de la Unión . . . . .	 93
1. Introducción: Metodología para el análisis de las políticas de la Unión y su contraste con el modelo competencial que se deduce del TFUE . . . . .	93
2. Los ámbitos de competencias exclusivas. . . . .	95
2.1. La unión aduanera. . . . .	96
2.1.1. Tipo de competencia . . . . .	96
2.1.2. Objetivos . . . . .	97

2.1.3.	Competencia atribuida . . . . .	97
2.1.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	97
2.1.5.	Conclusiones . . . . .	98
2.2.	El establecimiento de normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior . . . . .	99
2.2.1.	Tipo de competencia y objetivos . . . . .	99
2.2.2.	Competencia atribuida . . . . .	100
2.2.3.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	102
2.2.4.	Conclusiones . . . . .	102
2.3.	La política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro . . . . .	103
2.3.1.	Tipo de competencia . . . . .	103
2.3.2.	Objetivos . . . . .	104
2.3.3.	Competencia atribuida, instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	105
A)	El Consejo . . . . .	105
B)	La Comisión . . . . .	107
C)	El Sistema Europeo de Bancos Centrales . . . . .	108
D)	El Banco Central Europeo . . . . .	110
E)	Los Bancos Centrales Nacionales . . . . .	114
F)	El Comité Económico y Financiero . . . . .	114
G)	El <i>status</i> del SEBC, del BCE, de los Bancos centrales nacionales y de los miembros de sus órganos rectores . . . . .	115
H)	Instrumentos jurídicos del BCE para el ejercicio de sus funciones y las del SEBC . . . . .	116
I)	Competencias y obligaciones de los Estados miembros . . . . .	118
2.3.4.	Las fases de la UEM y la transición de la segunda a la tercera fase. Un ejemplo de competencia pasarela . . . . .	119
A)	Las fases de la UEM . . . . .	119
B)	La transición entre la segunda y la tercera fase de la UEM . . . . .	120
2.3.5.	Conclusiones . . . . .	121
2.4.	La conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común . . . . .	122
2.5.	La política comercial común . . . . .	122
2.5.1.	Tipo de competencia . . . . .	122
2.5.2.	Objetivos . . . . .	123
2.5.3.	Competencia atribuida . . . . .	123
2.5.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	124

2.5.5.	La doble cláusula de no afectación del apartado 6 del artículo 207 del TFUE . . . . .	125
2.5.6.	Conclusiones . . . . .	126
2.6.	La celebración de acuerdos internacionales cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. . . . .	126
2.6.1.	La celebración de tratados internacionales en los ámbitos de competencias exclusivas . . . . .	127
2.6.2.	La competencia exclusiva del artículo 3.2 del TFUE como procedimiento. Sus modalidades . . . . .	128
A)	La celebración de tratados previstos en actos legislativos. . . . .	128
B)	La celebración de tratados necesarios para el ejercicio de una competencia interna . . . . .	129
C)	La celebración de tratados en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas . . . . .	134
3.	Los ámbitos de competencia compartida. . . . .	135
3.1.	El mercado interior . . . . .	136
3.1.1.	Las políticas que integran el mercado interior. . . . .	136
3.1.2.	Las disposiciones comunes a las políticas que integran el mercado interior. . . . .	137
A)	La dificultad para comprender las políticas que integran el mercado interior desde el artículo 2.2 del TFUE. La intervención obligatoria de la Unión. . . . .	137
B)	Las disposiciones comunes. . . . .	138
3.1.3.	Libertad de circulación de trabajadores. . . . .	139
3.1.4.	Libertad de establecimiento. . . . .	142
3.1.5.	Libertad de prestación de servicios . . . . .	144
3.1.6.	Libre circulación de mercancías . . . . .	145
3.1.7.	Libertad de circulación de capitales y pagos. . . . .	146
3.1.8.	Disposiciones fiscales . . . . .	148
3.1.9.	Conclusiones . . . . .	149
3.2.	Política social . . . . .	151
3.2.1.	Tipo de competencia . . . . .	151
3.2.2.	Objetivos . . . . .	152
3.2.3.	Competencia atribuida. . . . .	152
3.2.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	154
3.2.5.	Conclusiones . . . . .	154
3.3.	La cohesión económica, social y territorial . . . . .	154

3.3.1.	Tipo de competencia . . . . .	154
3.3.2.	Objetivos . . . . .	155
3.3.3.	Competencia atribuida, instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	155
3.3.4.	Conclusiones . . . . .	157
3.4.	La agricultura y la pesca con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos . . . . .	158
3.4.1.	Tipo de competencia . . . . .	158
3.4.2.	Objetivos . . . . .	158
3.4.3.	Competencias atribuidas . . . . .	159
3.4.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	160
3.4.5.	Conclusiones . . . . .	161
3.5.	El medio ambiente . . . . .	162
3.5.1.	Tipo de competencia . . . . .	162
3.5.2.	Objetivos . . . . .	162
3.5.3.	Competencia atribuida . . . . .	163
3.5.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	165
3.6.	Política de protección de los consumidores . . . . .	166
3.6.1.	Tipo de competencia . . . . .	166
3.6.2.	Objetivos . . . . .	166
3.6.3.	Competencia atribuida, instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	167
3.6.4.	Conclusiones . . . . .	168
3.7.	Los transportes . . . . .	169
3.7.1.	Tipo de competencia . . . . .	169
3.7.2.	Objetivos . . . . .	169
3.7.3.	Competencias atribuidas . . . . .	169
3.7.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos y procedimientos . . . . .	171
3.7.5.	Conclusiones . . . . .	172
3.8.	Las redes transeuropeas . . . . .	172
3.8.1.	Tipo de competencia . . . . .	172
3.8.2.	Objetivos . . . . .	173
3.8.3.	Competencia atribuida . . . . .	173
3.8.4.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	174
3.8.5.	Conclusiones . . . . .	174
3.9.	La energía . . . . .	174
3.9.1.	Tipo de competencia . . . . .	174
3.9.2.	Objetivos y competencia atribuida . . . . .	175
3.9.3.	Instituciones e instrumentos jurídicos . . . . .	175
3.9.4.	Conclusiones . . . . .	176
3.10.	El Espacio de libertad, seguridad y justicia . . . . .	176
3.10.1.	Tipo de competencia . . . . .	176

3.10.2. Objetivos genéricos y disposiciones generales que rigen el espacio de libertad, seguridad y justicia . . .	177
3.10.3. Política sobre controles en las fronteras . . . . .	177
A) Objetivos. . . . .	177
B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	178
3.10.4. Políticas de asilo, protección subsidiaria y protección temporal . . . . .	178
A) Objetivos. . . . .	178
B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	179
3.10.5. Políticas de inmigración . . . . .	180
A) Objetivos. . . . .	180
B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	180
3.10.6. Cooperación judicial en materia civil. . . . .	181
A) Objetivos. . . . .	181
B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	181
3.10.7. Cooperación judicial en materia penal . . . . .	183
A) Objetivos. . . . .	183
B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	183
3.10.8. Cooperación policial. . . . .	185
A) Objetivos. . . . .	185
B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	186
3.10.9. Conclusiones. . . . .	186
3.11. Los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública en los aspectos definidos en los Tratados . . . . .	186
3.12. Competencias compartidas extraordinarias de los apartados 3 y 4 del artículo 4 del TFUE (en la medida en que no opera en ellas la regla establecida en el apartado 2 del artículo 2 del TFUE, esto es, la exclusión de la actuación de los Estados cuando haya actuado previamente la Unión) . . . . .	187
3.12.1. Ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio . . . . .	187
A) Tipo de competencia . . . . .	187
B) Objetivos. . . . .	187
C) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos	188
D) Conclusiones. . . . .	189
3.12.2. Ámbitos de la cooperación con terceros países y ayuda humanitaria . . . . .	189
A) Tipo de competencia . . . . .	189
B) Objetivos . . . . .	190
C) Competencia atribuida . . . . .	190
D) Conclusión . . . . .	191

3.12.3. Cooperación económica financiera y técnica con terceros países .....	192
4. Coordinación de las políticas económicas y de empleo. ....	192
4.1. Las políticas económicas de la Unión y de los Estados miembros .....	192
4.1.1. Tipo de competencia .....	192
4.1.2. Objetivos .....	193
4.1.3. Competencia atribuida .....	193
4.1.4. Los sujetos de la política económica. La coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros en el seno del Consejo. La coordinación de la Unión Europea. La virtualidad del reglamento como instrumento de coordinación. ....	194
4.1.5. Los instrumentos ordinarios para la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea .....	197
A) Las recomendaciones en el marco de la política económica. ....	197
B) Orientaciones generales. El papel relevante del Consejo Europeo. ....	198
C) Supervisión y evaluación global de los Estados miembros y de la Unión .....	199
D) Las recomendaciones conminatorias. La publicidad como instrumento para su eficacia .....	200
E) El procedimiento de supervisión multilateral: su regulación .....	201
4.1.6. Medidas para evitar déficits públicos excesivos .....	201
A) Concepto de déficit público excesivo. ....	201
B) Procedimiento para la constatación de déficit público excesivo .....	203
C) Procedimiento para la adopción de medidas .....	204
D) Procedimiento para la derogación de medidas. ....	205
4.1.7. Irrecurribilidad de las medidas previstas en los apartados 1 a 9 del artículo 126 del TFUE. ....	205
4.1.8. Procedimiento para la modificación y desarrollo del Protocolo .....	206
4.1.9. Medidas excepcionales de política económica comunitaria .....	206
A) La constatación de dificultades graves en el suministro de determinados productos: medidas excepcionales para garantizar el suministro de un producto .....	206

B)	Dificultades graves en un Estado miembro: decisión de ayuda financiera. . . . .	207
4.1.10.	Prohibiciones . . . . .	207
A)	Prohibición al BCE y los BBCCNN de autorización de descubiertos o créditos o de adquisición de instrumentos de deuda pública al sector público de los Estados miembros y excepciones . . . . .	207
B)	Prohibición de acceso privilegiado del sector público de los Estados miembros a las entidades financieras . . . . .	208
C)	Prohibición de asunción cruzada de compromisos . . . . .	208
4.1.11.	La posición de los Estados acogidos a una excepción . . . . .	209
A)	Régimen general . . . . .	209
B)	El caso del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte . . . . .	209
4.1.12.	Conclusiones: la política económica entre intergubernamentalidad y la supranacionalidad . . . . .	210
4.2.	Las políticas de empleo de la Unión y de los Estados miembros . . . . .	211
4.2.1.	Tipo de competencia . . . . .	211
4.2.2.	Objetivos, competencia atribuida e instrumentos jurídicos . . . . .	211
A)	La coordinación de las políticas de empleo . . . . .	211
B)	La política de fomento para la cooperación entre Estados miembros . . . . .	213
4.2.3.	Conclusiones . . . . .	213
5.	Los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento . . . . .	213
5.1.	Introducción. Los caracteres generales de los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento. . . . .	213
5.2.	El carácter facultativo del ejercicio por la Unión de las competencias atribuidas y sus límites . . . . .	214
5.3.	La no sustitución por la Unión de las competencias de los Estados miembros . . . . .	215
5.4.	La exclusión de armonización de disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por dichas acciones de la Unión . . . . .	215
5.5.	Salud pública . . . . .	216
5.5.1.	Tipo de competencia . . . . .	216
5.5.2.	Objetivos . . . . .	216

5.5.3. Competencia atribuida . . . . .	217
5.5.4. Instrumentos jurídicos y procedimientos . . . . .	218
5.5.5. Los objetivos en materia de salud como objetivos transversales y prohibición de armonización. . . . .	219
5.6. Industria. . . . .	220
5.6.1. Tipo de competencia . . . . .	220
5.6.2. Objetivos . . . . .	220
5.6.3. Competencia atribuida e instrumentos jurídicos . . . . .	221
5.6.4. La prohibición de armonización . . . . .	222
5.7. Cultura. . . . .	222
5.7.1. Tipo de competencia . . . . .	222
5.7.2. Objetivos . . . . .	222
5.7.3. Competencia atribuida e instrumentos jurídicos . . . . .	223
5.8. Turismo . . . . .	224
5.8.1. Tipo de competencia . . . . .	224
5.8.2. Objetivos, competencia atribuida e instrumentos jur- dicos. . . . .	224
5.9. Educación, juventud, deportes y formación profesional . . . . .	225
5.9.1. Tipo de competencia . . . . .	225
5.9.2. Objetivos y competencia atribuida . . . . .	225
5.9.3. Instrumentos jurídicos . . . . .	227
5.10. La protección civil . . . . .	228
5.10.1 Tipo de competencia . . . . .	228
5.10.2. Objetivos y competencia atribuida . . . . .	228
5.10.3. Instrumentos jurídicos . . . . .	229
5.11. La cooperación administrativa . . . . .	229
5.11.1. Tipo de competencia . . . . .	229
5.11.2. Objetivos . . . . .	230
5.11.3 Competencia atribuida. . . . .	230
5.11.4. Instrumentos jurídicos . . . . .	231
5.11.5. Conclusiones . . . . .	231
5.12. Conclusiones . . . . .	231
6. Acción exterior y política exterior y de seguridad común (PESC) . . . . .	232
6.1. La acción exterior de la Unión y la política exterior y de se- guridad común como conjunto heterogéneo de políticas y ac- ciones. . . . .	232
6.2. Los objetivos genéricos de la acción exterior y de la política exterior y de seguridad común . . . . .	233
6.3. Los objetivos genéricos que comparten las políticas que inte- gran la acción exterior; sus efectos sobre las demás políticas; y definición de los intereses y objetivos estratégicos . . . . .	235
6.4. El funcionamiento institucional de la acción exterior. . . . .	235

6.5.	La política exterior y de seguridad común . . . . .	237
6.5.1.	Tipo de competencia . . . . .	237
6.5.2.	Objetivos . . . . .	238
6.5.3.	Competencias atribuidas . . . . .	238
	A) Introducción. Definición de competencias y cláusula competencial abierta . . . . .	238
	B) La cláusula de incomunicación del artículo 40 del TUE . . . . .	239
	C) Instituciones e instrumentos. . . . .	240
6.5.4.	Conclusiones . . . . .	241
6.6.	La política común de seguridad y defensa (PCSD). El objetivo estructural. . . . .	242
6.6.1.	Objetivos . . . . .	242
6.6.2.	Competencia atribuida. La institucionalización de un sistema a la carta de diferentes velocidades y subordinación de la PCSD a la OTAN . . . . .	243
6.6.3.	La PESC como competencia acordeón y sus riesgos . . . . .	244
6.6.4.	Un ejemplo de las repercusiones de la PESC en el sistema competencial de la Constitución Española: el artículo 63.3 . . . . .	246
6.7.	Aplicación de la cláusula de seguridad. . . . .	248
7.	Otras competencias no incluidas en los artículos 3 a 6 del TFUE. . . . .	249
7.1.	Los derechos fundamentales como competencia . . . . .	250
7.1.1.	Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales . . . . .	250
7.1.2.	Los derechos fundamentales como valores y objetivos de la Unión . . . . .	251
7.1.3.	<i>Prima facie</i> los derechos fundamentales no serían un ámbito competencial de la Unión . . . . .	251
7.1.4.	La vinculación de los derechos fundamentales a las demás competencias de la Unión. . . . .	252
7.1.5.	Los derechos fundamentales según sean o no regulados en los Tratados . . . . .	254
	A) Los derechos de ciudadanía. . . . .	254
	B) El derecho a la protección de datos personales como competencia propia . . . . .	258
	C) Otros derechos fundamentales regulados en los Tratados . . . . .	260
	D) Derechos fundamentales de la Carta mencionados en los Tratados . . . . .	261
	E) Derechos fundamentales de la Carta que ni se regulan ni se mencionan en los Tratados . . . . .	262

7.2. Los derechos fundamentales como ámbito competencial propio de la Unión y sus límites. . . . .	264
7.3. El Derecho de los Estados miembros y la aplicación de la Carta . . . . .	264
7.4. La cláusula de apertura de los Tratados al Convenio de Roma de 1950 . . . . .	265
7.5. La competencia de la Unión para ratificar tratados internacionales en materia de derechos humanos . . . . .	266
CAPÍTULO CUARTO. Una recapitulación constructiva. El principio de incertidumbre. . . . .	269
1. Introducción. Líneas para la reconstrucción del sistema de competencia. Los objetivos, salvo excepciones, operan como límites positivos y negativos para el ejercicio de las competencias de la Unión . . . . .	269
2. Los Tratados como normas jurídicas que imponen obligaciones, prohibiciones y objetivos y distribuyen competencias entre la Unión y los Estados miembros. . . . .	271
3. Los objetivos y sus diferentes funciones . . . . .	272
4. Supranacionalidad e intergubernamentalidad como criterios relacionales residuales . . . . .	273
5. Competencias exclusivas <i>versus</i> competencias no exclusivas. . . . .	274
5.1. La heterogeneidad de los ámbitos de competencias exclusivas . . . . .	275
5.2. Las competencias no exclusivas . . . . .	277
6. Competencias de ejercicio obligatorio por la Unión ( <i>competencias obligatorias</i> ) y competencias de ejercicio facultativo ( <i>competencias facultativas</i> ) . . . . .	278
7. Competencias rígidas y competencias flexibles. . . . .	280
8. Las competencias materiales como delimitadoras de las competencias de la Unión. Núcleo esencial y complemento necesario <i>versus</i> efecto útil. . . . .	281
9. La entrada franca de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión . . . . .	282
10. La incertidumbre como componente necesario del sistema competencial de la Unión . . . . .	282

# INTRODUCCIÓN

## I

El ordenamiento jurídico español sufrió una gran conmoción tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1985<sup>2</sup>. Habían transcurrido pocos años desde el comienzo del proceso de desarrollo de la Constitución Española de 1978 y, en particular, desde la iniciación del lento proceso de implementación del Estado de las Autonomías<sup>3,4</sup>. Las Comunidades Europeas no eran entonces (ni es ahora la Unión Europea) organizaciones internacionales convencionales, razón esta por la que la explicación de las consecuencias que para el ordenamiento jurídico español iba a tener la incorporación de España a las Comunidades Europeas no podía hacerse sólo desde el arsenal de técnicas del Derecho internacional que, apropiado para enfrentar los problemas de relación de las organizaciones internacionales convencionales con los Estados, es insuficiente para afrontar un nuevo tipo de organización internacional al que, simplifícadamente, se ha calificado de organización supranacional como contrapuesto a organización intergubernamental<sup>5</sup>. Esta circunstancia explica que desde un primer momento los administrativistas consideraran

---

<sup>2</sup> El Tratado de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas se firmó el 12 de junio de 1985 y entró en vigor el 1 de enero de 1986.

<sup>3</sup> Tras un breve período preautonómico, los Estatutos del País Vasco y de Cataluña se aprobaron el 18 de diciembre de 1979 (Leyes orgánicas 3 y 4 de 1979, publicadas en el *BOE* núm. 306 de 22 de diciembre)

<sup>4</sup> Los últimos Estatutos de Autonomía están fechados el 25 de febrero de 1983 (Extremadura, Illes Balears, Madrid y Castilla y León, y fueron aprobados por las Leyes orgánicas 1, 2, 3, y 4 de 1983, publicadas todas ellas en el *BOE* núm. 51 de 1 de marzo). Posteriormente han sido modificados en varias ocasiones.

<sup>5</sup> No obstante, la calificación de supranacional no es suficiente para explicar la naturaleza de la Unión Europea que junto a caracteres supranacionales conserva perfiles netamente intergubernamentales. En este sentido me he manifestado en numerosos trabajos. Ver, por ejemplo, «Naturaleza, caracteres y principios de la Unión y las Comunidades Europeas», en E. LINDE y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 6ª edc., 2012, págs. 73 y sigs. Sobre este tema resulta especialmente interesante el trabajo de A. MIAJA DE LA MUELA, «De la utopía federal a las organizaciones supranacionales en Europa», en VVAA, *Estudios sobre la integración europea*, Zaragoza, 1960, págs. 93 y sigs. Recientemente una recopilación de opiniones en torno al tema, aunque manifiestamente incompleta, puede verse en M. CAMPING, *La Constitución Europea: Entre lo intergubernamental y lo supranacional*, Universidad de Barcelona, 2005.

que el Derecho Comunitario era Derecho Administrativo y, en consecuencia, protagonizaran los primeros trabajos doctrinales que tuvieron lugar entre nosotros<sup>6</sup>. Con cierta exageración escribiría O. BACHOF<sup>7</sup> que si algo era el Derecho Comunitario era Derecho Administrativo, pues en realidad nos encontraríamos ante un ejemplo claro de materia pluridisciplinar o, lo que es lo mismo, ante Derecho sin más adjetivos.

Las aportaciones de la doctrina administrativista española no han dejado de ser notables desde la incorporación de España a las Comunidades<sup>8</sup>, y no parece dudoso que en los últimos años se incrementa el peso específico de la misma<sup>9</sup> con benefi-

---

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, el *Tratado de Derecho Comunitario. Estudio sistemático desde el Derecho Español* (3 Tomos, Madrid, 1986) fue dirigido por dos administrativistas y un internacionalista E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, participando un número notable de autores relacionados con el Derecho Administrativo, como: E. ALONSO GARCÍA, L. M. DíEZ-PICAZO, A. EMBID IRUJO, A. JIMÉNEZ BLANCO, J. L. PIÑAR MAÑAS, M. SÁNCHEZ MORÓN, I. BORRAJO INIESTA, G. FERNÁNDEZ FARRERES, J. TORNOS MAS, F. LÓPEZ RAMÓN, R. MARTÍN MATEO, L. PAREJO ALFONSO, A. SEQUEIRA MARTÍN.

<sup>7</sup> Ver. «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», VVDstRL, 1972. En esta misma línea entre nosotros L. PAREJO ALFONSO, «El sistema europeo de Bancos Centrales y la sanción del incumplimiento de las empresas de crédito y financieras de obligaciones legales», en E. LINDE y otros, *La Unión Económica y Monetaria: Balance y perspectivas*, Madrid, 2000, págs. 73 y sigs.

<sup>8</sup> A título de ejemplo: J. M. BAÑO LEÓN, *Las Comunidades Autónomas en la Comunidad Europea*, Valencia, 1987; E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1994; S. GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1998; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000; Á. M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, M. PONS, Madrid, 1998; S. Muñoz Machado, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Madrid, 1980; L. PAREJO ALFONSO, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, A. MORENO MOLINA y A. ESTELLA DE NORIEGA, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000; J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo (Derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y Administraciones Públicas)*, Ed. Comares, Granada, 1999; J. E. SORIANO, *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Madrid, 1990.

<sup>9</sup> Así, en la actualidad puede destacarse que varias revistas dedicadas al Derecho de la Unión Europea han estado o están dirigidas por administrativistas, así por ejemplo A. CALONGE VELÁZQUEZ fue subdirector de la *Revista de Estudios Europeos*, editada por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. R. ALONSO GARCÍA es director (lo que comparte con un internacionalista y un constitucionalista) de la *Revista Española de Derecho Europeo* editada por Civitas y E. LINDE PANIAGUA y J. A. FUENTETAJA son directores de la *Revista de Derecho de la Unión Europea* que edita el Departamento de Derecho Administrativo de la UNED y COLEX. Por otra parte entre los manuales generales de Derecho de Unión Europea que se estudian en las Universidades españolas pueden destacarse los de C. F. MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª edc., Madrid, 2002 y E. LINDE, M. BACIGALUPO, C. FERNÁNDEZ y J. A. FUENTETAJA, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 4ª edc., Madrid, 2006. Y en lo relativo a las políticas de la Unión pueden citarse las obras de A. CALONGE VELÁZQUEZ (coord.) y otros, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002 y E. LINDE (coord.) y otros, *Políticas de la Unión Europea*, 5ª edc., Madrid, 2008.

cio para el estudio de un objeto que, siendo pluridisciplinar<sup>10</sup>, se caracteriza porque algunos de sus aspectos más relevantes es necesario estudiarlos desde el Derecho Administrativo, pues sólo desde el mismo, que no ha dejado de ser el Derecho común del Derecho público, es posible explicarlos cabalmente.

Particularmente importante para el Derecho en general, y para el Derecho Administrativo en particular, es el estudio del sistema de competencias de la Unión Europea, pues sólo de este modo es posible comprender cabalmente como se configura el sistema de competencias en nuestro ordenamiento jurídico interno. En efecto, la circunstancia de que la Unión Europea sea una organización internacional supranacional (o intraestatal) es capital, en el sentido de que no es posible determinar las competencias en el orden interno sin tener en cuenta las competencias de la Unión.

## II

En la primavera de 2005 el resultado negativo de los referenda sobre la Constitución Europea en Francia<sup>11</sup> y Holanda<sup>12</sup> provocó una de las mayores crisis conocidas a lo largo de la construcción europea, pese al resultado posterior favorable del referéndum celebrado en Luxemburgo<sup>13</sup>, y que fueran más de dieciocho los Estados, con una población superior a los trescientos millones de ciudadanos, los que hubieran ratificado la Constitución Europea. Sin embargo, como en ocasiones anteriores, era necesario superar la crisis resultado del fracaso de la aventura constitucional de la Unión porque los Tratados entonces vigentes eran a todas luces insuficientes. Los gobernantes europeos en el Consejo Europeo celebrado los días 16 y 17 de junio de 2005 abrieron un período de reflexión que culminó en 2007, año en que tuvieron lugar las elecciones presidenciales en Francia, arrojando como resultado una reforma de los Tratados, menos ambiciosa que la de la Constitución Europea, que, tras no pocos avatares, culminó con la firma del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

---

<sup>10</sup> Sin duda son muy relevantes las aportaciones realizadas desde las diferentes disciplinas jurídicas, y muy particularmente por internacionalistas y constitucionalistas. Sirvan como ejemplo, entre decenas de autores, los internacionalistas: F. ALDECOA LUZÁRRAGA, P. ANDRÉS SÁEZ DE SANTA MARÍA, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, A. A. HERRERO DE LA FUENTE, A. MANGAS MARTÍN, y G. CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS; o los constitucionalistas: E. ALBERTÍ, E. ÁLVAREZ CONDE, A. ALLUÉ BUIZA, A. LÓPEZ CASTILLO, P. MELLADO PRADO, o P. PÉREZ TREMP. Hay que señalar que los constitucionalistas, al reclamo de la Constitución Europea han desplegado una importante actividad en los últimos años.

<sup>11</sup> El referéndum celebrado en Francia el 29 de mayo de 2005, arrojó el siguiente resultado: participación: 69.8%, sí: 44.8%: no: 55.2%.

<sup>12</sup> El referéndum celebrado en Holanda el 1 de junio de 2005, arrojó el siguiente resultado, el no obtuvo el 61.7%, el sí el 38.3%. La participación fue del 63%.

<sup>13</sup> El referéndum celebrado en Luxemburgo el 10 de julio, arrojó el siguiente resultado, el sí obtuvo el 56.52%, frente al no que obtuvo 43.48% de los votos emitidos.

El Tratado de Lisboa, en la línea iniciada previamente por la Constitución Europea *non nata*, ha introducido algunas mejoras en el sistema de competencias que se deducía de los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas. Bien es cierto, así lo acreditaremos, que la mayor parte de los principios que rigen dicho sistema se deducen del Derecho originario vigente hasta el Tratado de Lisboa. Pero, no deja de ser menos cierto que la circunstancia de haber explicitado algunos principios alumbrados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, junto con la nueva caracterización de los tipos de competencia y el avance, en algunos ámbitos, del sistema de decisión por mayoría en detrimento de la unanimidad suponen alteraciones que, analizadas sistemáticamente, podrían alterar el sistema competencial que se deducía de los Tratados Comunitarios y de la Unión antes del Tratado de Lisboa. Además, la circunstancia de que el Tratado de Lisboa consagre la vigencia de tres tratados (TUE, TFUE y TCEEA), que no se han coordinado suficientemente entre sí, arroja un buen número de consecuencias, como tendremos oportunidad de comprobar, entre las que no debe obviarse que el nuevo sistema de fuentes del Derecho de la Unión lejos de añadir claridad arroja incertidumbre sobre el sistema competencial<sup>14</sup>.

La certidumbre, manifestación y exigencia de la seguridad jurídica, debiera ser requisito de todo sistema competencial. No debemos olvidar que entre nosotros ha tenido lugar un proceso de descentralización extraordinario que ha provocado, y sigue provocando, tensiones considerables entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debidas a las deficiencias que se deducen de nuestro texto constitucional que no está dotado de un efectivo sistema para la distribución y el ejercicio de las respectivas competencias por el Estado y las Comunidades Autónomas. Pues bien, el objeto de este trabajo es la indagación de los principios y técnicas que integran el sistema de competencias de la Unión Europea.

---

<sup>14</sup> Sobre el sistema de fuentes en la Constitución puede verse mi trabajo, «El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la Unión Europea: consideraciones preliminares», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 8, primer semestre de 2005, págs. 103 y sigs. y la bibliografía que en el mismo se cita.

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA COMO ORDENADOR DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. EL CASO DE ESPAÑA. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA COMO PRINCIPIO PROCEDIMENTAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

Los cambios acaecidos en nuestro sistema de fuentes, en los poco más de 25 años transcurridos desde el comienzo de la transición a la democracia, han sido extraordinarios. Los constituyentes se encontraron a principios de 1978 con un sistema normativo caracterizado por una inusitada concentración de poderes, pese a la evolución del régimen de Franco a lo largo de los casi cuarenta años de existencia. El sistema de fuentes del viejo régimen autoritario se podría describir como el caracterizado por la existencia de un operador legislativo y ejecutivo principal, auxiliado, en la condición de colaboradores, por operadores secundarios. Un sistema presidido, abrumadoramente, por el principio de jerarquía en el que las contradicciones y fricciones normativas eran de naturaleza doméstica<sup>15</sup>.

El sistema democrático, que deriva de la Constitución Española de 1978, supondrá cambios transcendentales. Tendrá lugar la separación de los poderes legis-

---

<sup>15</sup> La doctrina no se ha ocupado, con posterioridad a la muerte del dictador, en analizar el sistema de fuentes del franquismo, sin duda porque lo urgente era ocuparse del nuevo régimen democrático surgido de la Constitución de 1978. Puede verse una recopilación de las Leyes Fundamentales del régimen de Franco, en P. FARIAS, *Breve historia constitucional de España (Seguidos de los textos constitucionales desde la Carta de Bayona a la Ley Orgánica)*, Doncel, 1ª edc., Madrid, 1975. De la pobreza de dicha bibliografía da una idea la recopilación debida a J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Bibliografía española de Derecho político (1939-1981)*, que dedica apenas dos páginas a las obras del régimen franquista, sin que ninguna de ellas esté dedicada al estudio de las Leyes Fundamentales. De este mismo autor en el número 59 de la *Revista de Derecho Público*. También Miguel LÓPEZ REQUENA y Juan José GONZÁLEZ RIVAS «Selección bibliográfica sobre Derecho Constitucional Histórico Español», en E. LINDE y Otros, *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978 (1979-1982)*, Tomo I, Aranzadi, 1984, págs. 494 y 495.

lativo y ejecutivo y, lo que ahora nos interesa destacar, se producirá un extenso y profundo reparto del poder legislativo o, si se prefiere, asistiremos al incremento extraordinario de los operadores legislativos. Así, a la vez que el Jefe del Estado era privado de poderes legislativos efectivos, para ocupar una posición meramente simbólica, sancionadora de las leyes, cobrarán relevancia, junto a las Cortes Generales, convertidas en un auténtico parlamento bicameral, diecisiete Asambleas Legislativas, una por cada una de las Comunidades Autónomas creadas a partir de la Constitución, de las que también será predicable su naturaleza parlamentaria. Por otra parte, en lo relativo a los tipos o instrumentos normativos, asistiremos a la aparición de las leyes orgánicas y, entre otros, se producirán cambios sustanciales en la configuración de los decretos leyes y de los decretos legislativos.

La solución de los conflictos de relación entre los diferentes operadores jurídicos y sus productos normativos, en los órdenes estatal y autonómico, no podían deducirse del principio de jerarquía a partir de la Constitución de 1978. Pero, lo que resultaba más sorprendente, el referido principio de jerarquía tampoco serviría para explicar todas las relaciones entre normas dentro de un mismo subordenamiento jurídico.

## 2. LEYES ORGÁNICAS Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA

En efecto, una de las primeras manifestaciones de que el principio de jerarquía no era capaz de explicar la totalidad de las relaciones entre las normas del nuevo ordenamiento jurídico que surge de la Constitución tuvo lugar a propósito de las leyes orgánicas, que traigo a colación porque, como se verá, la solución de los problemas surgidos de las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno tienen mucho que ver con la controversia que tuvo lugar sobre la relación de dicho tipo de ley con las demás leyes.

Los primeros comentarios sobre las leyes orgánicas, debidos a prestigiosos juristas, se apresuraron a relacionar dicho tipo de norma con las demás normas a través del principio de jerarquía, siendo la conclusión de los mencionados juristas que las leyes orgánicas gozaban de una posición jerárquica superior a la de las demás leyes<sup>16</sup>, ocupando un lugar intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias. No resulta extraño que se alcanzara esta conclusión, habida cuenta del prestigio aplastante de la jerarquía como principio ordenador de las normas en el sistema de fuentes, fruto, entre otras causas, de la predominancia de la doctrina kelseniana entre los juristas españoles. La única postura discrepante, coetánea a la doctrina mayoritaria,

---

<sup>16</sup> Ver, entre otros: F. GARRIDO FALLA en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, pág. 538; O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 538; L. DÍEZ PICAZO, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 21, pág. 194 y F. SOSA WAGNER, *REDA*, núm. 21, pág. 202.

señalaba en un artículo J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en el otoño de 1979<sup>17</sup>, era la que yo defendía en «Ley y Reglamento en la Constitución» publicado en *Lecturas sobre la Constitución Española*<sup>18</sup>. En este trabajo postulaba, para comprender ese nuevo tipo de leyes, la utilización del *principio de competencia*, tesis que se completaría en el artículo publicado en la *Revista de Administración Pública* con el título «Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico. A propósito del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»<sup>19</sup> y otros trabajos posteriores<sup>20</sup>. El Tribunal Constitucional dejaría poco espacio al crecimiento de la polémica en torno a dichas leyes al acoger el principio de competencia como ordenador de las relaciones entre las leyes orgánicas y las demás leyes en su sentencia de 13 de febrero de 1981<sup>21</sup> y, desde entonces, sin solución de continuidad hasta nuestros días<sup>22</sup>. Esta doctrina, que supuso una de las primeras quiebras del principio de jerarquía, como único capaz de ordenar las relaciones entre los instrumentos normativos dentro de un mismo subordenamiento jurídico<sup>23</sup> se extenderá, también, de modo proteico para explicar y resolver las controversias entre las normas del Estado y las de las Comunidades Autónomas.

En un sistema político-jurídico complejo como el nuestro, en que proliferan los operadores y los instrumentos jurídicos, el principio de jerarquía dejaba de explicar la totalidad de las relaciones entre los diferentes instrumentos jurídicos a partir de la Constitución de 1978. Así, la resolución de algunos conflictos entre normas de un mismo subordenamiento (ley orgánica y ley ordinaria) exige la aplicación del principio de competencia y, con carácter general, salvo excepciones, es el principio de competencia el que sirve para la resolución de conflictos entre normas de diferentes órdenes normativos (del Estado y de las Comunidades Autónomas), dejando al margen el rango formal de las normas, atendiendo como criterio rector al de la competencia, que la Constitución instituye para resolver algunos de los conflictos de aplicación que eventualmente tengan lugar en el ordenamiento jurídico.

El principio de jerarquía sigue explicando las relaciones entre la ley y el reglamento en el Derecho interno, pero no es el talismán de otrora que servía para

---

<sup>17</sup> Ver J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las Leyes orgánicas. Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, otoño 1979, pág. 41.

<sup>18</sup> Ver *Lecturas sobre la Constitución Española*, Tomo I, Madrid, 1978, pág. 257.

<sup>19</sup> Ver. RAP núm. 91, enero-abril 1980, págs. 107 y sigs.

<sup>20</sup> Ver por todos: *Leyes orgánicas (Un estudio de legislación y jurisprudencia)*, Madrid, 1990.

<sup>21</sup> STC de 13 de febrero de 1981, recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de Centros Escolares (*BOE* núm. 47, de 24 de febrero), motivo 4 de los Fundamentos Jurídicos.

<sup>22</sup> La evolución jurisprudencial hasta 1990 puede verse en E. LINDE PANIAGUA, *Leyes orgánicas*, Madrid, 1990, en el mismo se hace una amplia referencia a la doctrina producida en la materia.

<sup>23</sup> No obstante puede citarse el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, las leyes especiales y los decretos legislativos como ejemplos de quiebra del principio de jerarquía.

explicar la mayoría de las relaciones entre las normas, que derivaba de la posición jerárquica que ocupaban los operadores jurídicos en un determinado sistema<sup>24</sup>.

La relegación del principio de jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico iba a suponer algo más que una anécdota, porque poner en cuestión las concepciones kelsenianas implicaba poner en quiebra una concepción piramidal del Derecho que, siendo eficaz en el antiguo régimen así como en los regímenes jurídicos centralizados de carácter democrático, resultaba ineficaz en el sistema democrático alumbrado por la Constitución española de 1978. Ahora bien, en el orden interno, la eclosión del principio de competencia no supone cuestionamiento alguno de la supremacía de la Constitución sobre los subordenamientos jurídicos de las Instituciones Centrales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

### 3. LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL AL DERECHO INTERNACIONAL

La aplicación del principio de competencia a las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional (más en particular el Derecho de Tratados), presenta, aparentemente, mayores dificultades teóricas y prácticas, pues se enfrenta con el dogma de supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales.

Hay que señalar que la pretensión de consagrar la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes fue desestimada expresamente a lo largo del debate constituyente<sup>25</sup>, por más que algunos autores obvien este dato. Bien es cierto que, en el debate constituyente, la justificación que se esgrimió para excluir la admisión expresa de dicha supremacía en nuestro ordenamiento jurídico fue que la posición superior de los tratados internacionales sobre las leyes se deducía ya de la constante interpretación del Tribunal Supremo<sup>26</sup>, lo que hacía innecesario consagrarla expresamente. La argumentación era escasamente convincente, pues si no era objeto de controversia la supremacía de los tratados sobre las leyes no se explicaba que se excluyera dicho reconocimiento del texto constitucional. En todo caso, pese a que la argumentación era difícilmente aceptable, dicha exclusión ha permitido una reconstrucción adecuada de las relaciones entre los tratados internacionales y el Derecho interno que, de otro modo, se hubiera visto dificultada.

<sup>24</sup> Ver por todos: J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las Leyes orgánicas. Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, otoño 1979, pág. 41.

<sup>25</sup> Así, no progresaría el texto del artículo 6.1 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, que decía: *Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a la de las leyes*. Para el debate ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 81, sesión 16 de 6 de junio de 1978, págs. 2949 a 2952 y sesión núm. 38, de 13 de junio de 1976, pág. 4226.

<sup>26</sup> Ver la intervención de HERRERO DE MIÑÓN en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* antes citado.

En efecto, la Constitución de 1978 se caracteriza por contener tres cláusulas de apertura a los tratados internacionales: me refiero a las contenidas en sus artículos 10.2, 93 y 96. Este rasgo, junto a otros, me indujo a calificar a nuestra Constitución como *constitución abierta*<sup>27</sup>, que, para explicar las relaciones entre la Constitución y los tratados internacionales, dejaba a un lado las concepciones imperantes en la materia que basculaban entre el monismo externo y el monismo interno<sup>28</sup>, excluido el dualismo<sup>29</sup>. Así, los monistas externos consideran que el Derecho internacional ocupa una posición jerárquicamente superior a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (la supremacía de los tratados), mientras que para los monistas internos es la Constitución la que ocupa una posición superior a la de los tratados (la supremacía de la Constitución), mientras las posiciones dualistas, arrumbadas en la actualidad, conciben el Derecho interno y el Derecho internacional como ordenes jurídicos separados e incomunicados.

Más adelante prestaremos atención al artículo 93, pero ahora debemos detenernos en el artículo 10.2 del texto constitucional, porque entiendo que de su análisis puede derivar la resolución de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno.

El artículo 10.2 de la Constitución, que no tiene correspondiente en otras constituciones europeas, se debió, como se ha señalado a «la necesidad de encontrar una solución política de equilibrio al artículo 27»<sup>30</sup> del texto constitucional. Pero, al margen de su paradójico origen, uno de los efectos de dicho precepto sería el de que: «abre una puerta a que los valores del hombre que vayan siendo consagrados por los tratados internacionales sirvan de criterio interpretativo *extensivo* de nuestras normas relativas a Derechos fundamentales y a libertades»<sup>31</sup>. Sin duda, teniendo en cuenta estos antecedentes escribí: «La eficacia de la Convención (europea

---

<sup>27</sup> Dicho concepto lo utilicé en 1980 en el capítulo «Estado social y democrático de derecho y cláusula de transformación: marco y objetivos del intervencionismo público en la economía», en *Derecho Administrativo Económico*, UNED, Madrid, 1980, pág. 293, y posteriormente en *Constitución abierta*, Madrid, 1991.

<sup>28</sup> Esta teoría se debe a H. Kelsen que rebate la tesis dualista de TRIEPEL, ver su trabajo, «Les rapports de système entre le Droit international et le Droit interne (R. Des C.), 1926, IV, t. 16, págs. 231 y sigs. En este trabajo Kelsen considera igualmente aceptables el monismo interno como el monismo externo, aunque posteriormente se inclinó por el monismo externo, ver *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1928. El monismo externo será desarrollado por Verdross y Kunz. Por lo que se refiere al monismo interno ha sido sostenido por ZORN, E. KAUFMANN, M. WENZEL Y DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, entre otros.

<sup>29</sup> Esta posición fue defendida por H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1989 (*Droit international et Droit interne*, París-Oxford, 1920). Otras explicaciones menos exitosas para la explicación de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno pueden verse en A. Miaja de la Muela, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, 1974, págs. 231 y sigs.

<sup>30</sup> O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, 1978, pág. 156

<sup>31</sup> *Idem*.

de 1950) en el Derecho español», a cuyo contenido me remito<sup>32</sup>. Así, el Tribunal Constitucional asumirá el concepto de *estándar mínimo de protección* y recibirá de modo franco la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, desde las sentencias de 13 de febrero<sup>33</sup> y 10 de abril<sup>34</sup> de 1981, debiendo señalarse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/1989, de 18 de junio (FJ 12), abrirá, incluso, la posibilidad de tomar en consideración el artículo 7 del TCEE y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con fundamento en el artículo 10.2, como pauta interpretativa del artículo 14 de la Constitución<sup>35</sup>.

No resulta dudoso que el artículo 10.2, lejos de ofrecer una menor cobertura a la entrada del Derecho internacional en nuestro Derecho interno, al contrario, supone una entrada más franca, directa, por obra del constituyente, y no como resultado del constituido como sería el caso a través de los artículos 93 y 96 del texto constitucional<sup>36</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional no se ha planteado relaciones de jerarquía de la Constitución con el Convenio de Roma de 1950, ni ha cuestionado la autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para interpretar dicho Convenio. Y, consciente o no, el Tribunal Constitucional, al acoger la tesis de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en la Constitución española estaba revolucionando profundamente las concepciones imperantes en lo relativo a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno; concepción revolucionaria que, sin embargo, no se ha aceptado pacíficamente entre nosotros<sup>37</sup>. Así,

---

<sup>32</sup> E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 141 y sigs. Entre otros, como trabajo tardío, que recoge algunas vertientes de la polémica en torno a este asunto, puede verse: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

<sup>33</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, recurso de inconstitucionalidad 189/80 (BOE núm. 47, de 24-2-1981).

<sup>34</sup> STC 12/1981, 10 de abril, recurso de amparo 96/80 (BOE 99, de 25/4/81).

<sup>35</sup> Ver pág. 43, E. LINDE, *Constitución abierta*, cit. Sobre esta sentencia puede verse también J. R. FERNÁNDEZ, «El control del Derecho interno que infrinja el Derecho Comunitario Europeo y el alcance del artículo 10.2 en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en REDA, núm. 72, oct/diciembre, 1991, págs. 573 y sigs. Hay que señalar que la plena eficacia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no necesita en modo alguno la vía del artículo 10.2 de la Constitución, llevándose a cabo a través del artículo 93 del texto constitucional. Cuestión diferente es la posibilidad de que por la vía del artículo 10.2 la jurisprudencia del citado Tribunal surtiera efectos en ámbitos materiales ajenos al Derecho de la Unión, tema este al que dedicaremos atención al analizar la Carta de los Derechos Fundamentales que contiene la Constitución Europea.

<sup>36</sup> Una visión comparada de este tema puede verse en J. L. CABALLERO OCHOA, *La incorporación de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, Ed. Porrúa, México, 2009.

<sup>37</sup> Ver el trabajo antes citado de A. SAIZ ARNAIZ.

la Constitución, de acuerdo con esta doctrina, no es que permita que el Tribunal Constitucional interprete los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales suscritos en la materia, sino que va más allá asumiendo («se interpretarán» dice el artículo 10.2) la aplicación de la interpretación de un tribunal internacional a los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en el texto constitucional español coincidentes con los que consagra el Convenio de Roma de 1950; doctrina que ha sido consagrada primero por la Constitución Europea *non nata* (art. II-112.3) y posteriormente por el Tratado de Lisboa (art. 6.3 TUE). De manera que el principio de competencia, cuyo éxito se había acreditado en el orden interno, comenzaba a desplegar sus efectos en las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional de un modo extraordinariamente sofisticado, que no tiene parangón en el Derecho comparado<sup>38</sup>.

La segunda cláusula de apertura se introduce en el artículo 96 de la Constitución. El constituyente tuvo buen cuidado en no afirmar la supremacía de los tratados sobre las leyes y, de este modo, permitió la entrada del principio de competencia en la relación de los tratados con la Constitución de 1978 y el derecho de la misma derivada y, al proceder así, estaba rechazando tanto el monismo interno como el monismo externo y, por supuesto, la concepción dualista de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional. En efecto, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico español, una vez han sido publicados en el *Boletín Oficial del Estado* (rechazo del dualismo), pero su posición, no se explica desde la jerarquía que subordinaría los tratados a la Constitución española, o viceversa. Lo que hace el texto constitucional español es crear un *espacio normativo propio*, en el interior de nuestro sistema jurídico, cuyo contenido tiene que ser conforme a la Constitución sin subordinarse ni a ésta ni al derecho de la misma derivado, ni viceversa, lo que sólo es comprensible desde el principio de competencia. Desde este principio se explica que los tratados se apliquen de modo preferente a cualquier otra norma de Derecho interno, y se exija que su inaplicación, derogación, modificación o suspensión sólo pueda tener lugar de acuerdo con lo previsto en los propios tratados, y subsidiariamente de acuerdo con lo previsto en las normas generales del Derecho internacional.

De manera que, tan solo en consideración a los preceptos antes citados (arts. 10.2 y 96), existen suficientes argumentos para deducir que la Constitución no relaciona el Derecho interno y los tratados internacionales a través de la supremacía. Pero, además, en el caso que nos ocupa se añade a los preceptos antes citados la tercera cláusula de apertura al Derecho internacional, consagrada en el artículo 93 de la Constitución, según la que mediante ley orgánica se puede autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

<sup>38</sup> Ilustrativo de las resistencias de los nacionalismos jurídicos en Europa es el caso alemán. Puede verse al respecto A. WEBER, «A la busca del jurista europeo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, sep/dic 2011, págs. 11 y sigs.

#### 4. LA INNECESARIEDAD DE LA SUPREMACÍA PARA EXPLICAR LAS RELACIONES DE LA CONSTITUCIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El Tribunal Constitucional ha interpretado en numerosas sentencias, así como en las Declaraciones 1/1992 y 1/2004, el sistema de relaciones entre el Derecho de la Unión y la Constitución Española. Como es sabido, las conclusiones de ambas declaraciones son contrarias: en la primera de ellas el TC consideró necesaria la reforma del artículo 13 de la Constitución Española; mientras que la Declaración de 2004 llegó a la conclusión de que no era necesaria reforma alguna de la Constitución para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aunque las argumentaciones en una y otra declaración no sean contradictorias.

A mi juicio, las conclusiones de ambas declaraciones son correctas aunque no lo sean ni todas, ni todo el contenido de algunas de las argumentaciones que les sirven de fundamento. Particularmente nos centraremos en la Declaración 1/2004 que afronta directamente el principio de la primacía<sup>39</sup>. Aunque la Constitución Europea haya pasado a la historia como un proyecto frustrado, resulta conveniente analizar las conclusiones del Tribunal Constitucional en las referidas declaraciones pues son especialmente útiles para resolver algunas cuestiones fundamentales en el tema que nos ocupa.

Para entender cabalmente la declaración del Tribunal Constitucional es conveniente remontarse a un artículo aparecido en la prensa diaria en que RUBIO LLORENTE llevaba a cabo la equivalencia entre primacía y supremacía y postulaba, de modo decidido, la modificación de la Constitución Española como condición indispensable para proceder a la ratificación de la Constitución Europea<sup>40</sup>. Probablemente, la opinión del prestigioso profesor no hubiera trascendido más allá del ámbito académico de no ser por la circunstancia de que algunos meses más tarde fuera nombrado presidente del Consejo de Estado en el que, su opinión, encontraría

<sup>39</sup> Sobre la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 puede verse, A. LÓPEZ CASTILLO, «La Unión Europea «en constitución» y la constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, primer semestre, 2005, págs. 427 y sigs.; y R. ALONSO GARCÍA, «Constitución española y Constitución Europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril, 2005, págs. 339 y sigs.; y J. M. AREILZA CARVAJAL, «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero/abril, 2005, págs. 365 y sigs.

<sup>40</sup> Me refiero al artículo publicado en *El País* de 11 de julio de 2003, pág. 13, con el título «El referéndum superfluo y el necesario», criterio en que se ratifica dicho profesor tanto con anterioridad como con posterioridad a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional. Al menos puede verse: «Prólogo» a C. CLOSA MONTERO y N. FERNÁNDEZ SOLA (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2005. En esta posición pueden también citarse a P. PÉREZ TREMPES, «Sobre la primacía del Tratado constitucional. ¿Tensiones constitucionales a la vista?», A. LÓPEZ CASTILLO, «A propósito del proceso de ratificación del *Tratado constitucional* de la Unión Europea, ambos en C. CLOSA, cit.

eco, hasta el punto de que dicho organismo sugirió al Gobierno<sup>41</sup> el planteamiento de la citada cuestión al Tribunal Constitucional<sup>42</sup>. Esta somera reconstrucción de los hechos nos permite centrar el asunto que, puede decirse de antemano, se debe, en mi modesta opinión, a una confusión, nada memorable, entre los conceptos de primacía y supremacía, derivada, probablemente, de la no-aceptación de todas las virtualidades del principio de competencia a que me he referido más atrás. Dicha confusión ha asociado, lo que no deja de resultar curioso, a monistas internos con monistas externos, pues unos y otros, con objetivos diferentes, consideran que sólo a través del principio de jerarquía pueden relacionarse las normas. Así, para los monistas internos de no modificarse la Constitución de 1978, la Constitución Europea *non nata* estaría subordinada a la Constitución Española, razón esta por la que procedería la modificación de la Constitución de 1978, reconociendo explícitamente la superioridad de la Constitución Europea sobre la española. Con esta idea coincidirían los monistas externos, pues la modificación de la Constitución Española, consagrando la supremacía de la Constitución Europea, supondría, por fin, el reconocimiento de la supremacía (parcial) del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Para unos y otros no caben otras soluciones, o se está encima o se está debajo. Estas posiciones no dejan de ser sorprendentes porque, desde la promulgación de la Constitución Española, ya antes del ingreso de España en las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional, a través de los artículos 10.2 y del 96, había reconocido el principio de competencia: El Tribunal Constitucional había admitido que la Constitución y los tratados internacionales podían estar al mismo nivel, no obstante la exigencia de conformidad de los tratados con la Constitución; una (la Constitución Española) al lado de los otros (los tratados internacionales), esto es, ni arriba ni abajo, sin subordinación de unos a otra, ni viceversa.

El artículo 93 del texto constitucional español, además, no hace sino reforzar el principio de competencia al admitir la transferencia a organizaciones internacionales del ejercicio (*no la titularidad*, recalca el Tribunal Constitucional) de competencias derivadas de la Constitución. Al artículo 93 es también de aplicación el artículo 95 que exige que la suscripción de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución se someta a previa revisión constitucional, lo que supone que de no reformarse la Constitución la ratificación del tratado en cuestión no es posible. De manera que no son posibles las contradicciones originarias entre la Constitución

<sup>41</sup> Ver su Dictamen de 21 de octubre de 2004, evacuado previa consulta del Gobierno, de conformidad con el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado.

<sup>42</sup> Sobre el Dictamen del Consejo de Estado núm. 2544/2004, de 21 de octubre de 2004, puede verse M. SALVADOR MARTÍNEZ, «El Dictamen del Consejo de Estado sobre el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, primer semestre, 2005, pág. 462 y sigs. También A. LÓPEZ CASTILLO, A. SAINZ ARNAIZ, V. FERRERES COMELLA, *Constitución Española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005. Posteriormente el Consejo de Estado emitió en febrero de 2006 un «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española» (solicitado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005), que a mi juicio no hace aportaciones relevantes al tema que nos ocupa.

Española y los tratados internacionales suscritos con posterioridad a su entrada en vigor que, en virtud de la aplicación del artículo 95.2, el Tribunal Constitucional ha calificado de «defensa jurisdiccional anticipada» (Declaración 1/2004, FJ 1).

Pero, sorprendentemente, el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004 interpretará el artículo 95 en el sentido de que dicha defensa jurisdiccional anticipada tiene por objeto ver «asegurada su supremacía (*la de la Constitución Española*) frente a las normas internacionales desde el momento mismo de la integración de éstas en el Derecho nacional». Con dicha defensa jurisdiccional anticipada se trataría de evitar, según el Tribunal Constitucional, que recuerde su Declaración 1/1992: «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada» (FJ 1 de ambas Declaraciones).

La Constitución Española no se pronuncia sobre su propia posición en el ordenamiento jurídico, circunstancia que ha recordado el Tribunal Constitucional en la citada Declaración 1/2004, aunque a renglón seguido el citado Tribunal ha recordado que la posición de supremacía de la Constitución se deduce de los artículos 1.2, 9.1, 161, 163, 167 168 y disposición derogatoria (FJ 4) y, sin razonamiento alguno, establece la: «supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992... (FJ 1)», y finaliza su ausente razonamiento diciendo: «Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión Europea por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución» (FJ 4).

Aunque anticipo que la solución dada por el Tribunal Constitucional me parece adecuada, el razonamiento que le conduce a la misma me parece deficiente. La afirmación a ultranza de la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales contrasta de modo claro con el artículo 96, con el artículo 10.2 y con el propio artículo 93, todos ellos de la Constitución. La afirmación de principio del Tribunal, que no se fundamenta en precepto alguno, presenta tales dificultades de encaje con los preceptos constitucionales antes citados que el Tribunal se verá compelido a construir la tesis de que la supremacía de la Constitución admite excepciones, siempre que las mismas se consagren en el propio texto constitucional<sup>43</sup>, y de ello derivará que el Tribunal Constitucional considere que la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno ha sido aceptada por la Constitución<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Dice así: «La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos» (FJ 4 párrafo segundo *in fine*).

<sup>44</sup> Dice así: «En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado» (FJ 4, párrafo segundo *in fine*).

Es decir, se afirma por el Tribunal Constitucional la supremacía de la Constitución Española sobre los tratados internacionales, como regla general, para inmediatamente establecer la excepción a la regla. Pero, lo cierto es que de los artículos 93, 95 y 96 no se deduce una excepción sino la regla, la regla de relación entre los tratados y la Constitución Española. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en España forman parte del ordenamiento interno y: «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional». ¿Acaso, puede afirmarse la supremacía de la Constitución sobre los tratados, cuando las contradicciones de un tratado con la Constitución no permiten al Tribunal Constitucional expulsarlo por sus propios medios, teniendo que recurrirse para ello a los procedimientos previstos en el artículo 96 de la Constitución?<sup>45</sup>

Cuando la Constitución integra a los tratados en el ordenamiento interno lo que está haciendo es, precisamente, desbaratar las concepciones imperantes (ambas monistas) que sitúan a los tratados bien debajo o bien encima de la Constitución, al sólo concebir las relaciones entre normas a través del principio de jerarquía. Así, la Constitución Española ha previsto, lo que tiene un mérito extraordinario, que los tratados no estén subordinados a ella, aunque si exija que sean conformes a la misma, para que integren el ordenamiento jurídico español.

De modo que la Constitución Española asegura, a través de un procedimiento preventivo (art. 95), que no existan contradicciones entre los tratados y el texto constitucional. Y sucesivamente incorpora aquéllos al ordenamiento como órdenes separados y conformes en la cúspide del ordenamiento jurídico, órdenes que se caracterizan por estar entrelazados en su aplicación<sup>46</sup>; situados al mismo nivel y ajenos a la idea de subordinación. La contradicción (que no la inconstitucionalidad de los tratados incorporados al ordenamiento español) sólo puede resolverse: bien expulsando al tratado internacional del ordenamiento español, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 95 y 96; modificando la Constitución para adaptarla al Tratado; o bien intentando la modificación del tratado en cuestión de acuerdo con sus propias normas. Estas circunstancias son determinantes para concluir que la supremacía no rige, pero, a la vez, es innecesaria para lograr la coherencia entre las

---

<sup>45</sup> Ver el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, que desarrolla el apartado 2 c) del artículo 27 de la citada Ley Orgánica, que excluye el control de constitucionalidad de los tratados internacionales sobre los que el Estado hubiera prestado su consentimiento, limitándolo a los tratados internacionales sobre los que no se hubiera prestado aún el consentimiento del Estado.

<sup>46</sup> De esta idea participa E. GARCÍA DE ENTERRÍA, referida al Derecho de la Unión Europea en «Locke y la Constitución Europea», en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 13, enero/marzo, 2005, pág. 7: «Aquí la Constitución no expresa una verdadera unidad del ordenamiento, son dos sistemas jurídicos diversos, aunque articulados entre sí de forma que «*in suo ordine*», la Constitución Europea prevalece sobre el Derecho de los Estados». No obstante se aprecia el uso del verbo «prevalece» que no expresa acertadamente la relación entre ambos subordenamientos.

diferentes partes del ordenamiento. La deseable armonía, que no la unidad, entre la Constitución y el ordenamiento de la misma derivado y los tratados internacionales tiene lugar desde la operatividad del principio de competencia, que excluye las relaciones de supremacía.

Ahora bien, si la Constitución Española prevé expresamente las relaciones de la misma (y su derecho derivado) con los tratados internacionales, no se pronuncia expresamente sobre la posición del derecho producido o derivado de los tratados suscritos en virtud del artículo 93, ni se pronuncia sobre las relaciones entre dicho Derecho derivado de los Tratados y el Derecho interno. Resulta evidente que la Constitución de 1978 no alcanzó a afrontar de modo explícito todos los problemas relacionales entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la posición del Derecho derivado de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español.

Los Tratados de la Unión y de Funcionamiento de la Unión Europea (del mismo modo que el Tratado de la Unión Europea, por el que se establece una Constitución para Europa) gozan de un *plus* de separación en relación con la Constitución Española. En efecto, el artículo 93 es muy expresivo de las posibilidades de atribución de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones internacionales, pero el sentido último de este precepto sólo puede obtenerse del análisis que llevemos a cabo de la utilización por el legislador nacional de dicha facultad. Y no resulta dudoso que el legislador ordinario, de modo excepcional, ha transferido a la Unión Europea competencias materiales, formales, institucionales y jurisdiccionales. La particularidad del Derecho de la Unión Europea, en relación con el Derecho del resto de organizaciones internacionales, es que se trata de un orden jurídico separado, y conforme a la Constitución, en la cabecera del ordenamiento jurídico español, en la medida en que el TUE, el TFUE y el TCEEA, actualmente vigentes, gozan de esa condición, por virtud de lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Española. Y, además, a través de la aplicación del Derecho derivado el Derecho de la Unión se convierte en un orden jurídico inextricablemente unido al Derecho interno en su aplicación. Esto es, el Derecho de la Unión, a diferencia de los tratados internacionales convencionales, que sólo episódicamente entran en colisión con el Derecho interno, se interrelaciona constantemente con el Derecho interno que resulta difícil de entender sin aquel. De esta relación constante surgen tensiones, cuya resolución es preciso enfrentar.

## 5. EXTRACONSTITUCIONALIDAD *VERSUS* INFRACONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional, en todas las ocasiones en que se ha pretendido por alguna de las partes en litigio que la confrontación entre el Derecho interno y el Derecho derivado se calificara como conflicto de carácter constitucional, derivado de la relevancia constitucional que el artículo 93 le atribuiría supuestamente al Dere-

cho de la Unión, ha establecido con escasos matices que el artículo 93 es de *carácter orgánico procedimental*, incapaz de atribuir al Derecho de la Unión relevancia constitucional, de lo que deduce el Tribunal Constitucional que los conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno son *conflictos infraconstitucionales*<sup>47</sup>.

De este modo el Tribunal Constitucional ha descartado la confrontación entre el Derecho derivado de la Unión con la Constitución Española (y por tanto la confrontación entre los Tratados de la Unión Europea y la Constitución Española). Pero, para alcanzar esta conclusión el Tribunal Constitucional sitúa a la Constitución Española en un plano superior: de nuevo aparece el monismo interno como teoría para la integración del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. A mi juicio, anticipando algunas conclusiones, la negativa a confrontar la Constitución Española con el Derecho de la Unión es correcta, aunque la calificación del conflicto no lo sea<sup>48</sup>. Así, como se deduce de lo que venimos diciendo, el conflicto entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno no puede calificarse de infraconstitucional sino que se trataría de un *conflicto extraconstitucional*, lo que resulta del todo diferente.

Los funcionalistas han criticado la caracterización del conflicto como infraconstitucional con la pretensión de que se proclamara el rango constitucional del Derecho de la Unión y, por tanto, de los conflictos con el mismo, así como con la esperanza infundada de que el Tribunal Constitucional estableciera la supremacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno. Sin duda, no advierten los que participan de dicha pretensión que la confrontación del Derecho de la Unión con la Constitución Española hubiera provocado una crisis de dimensiones incalculables entre España y la Unión Europea, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha proclamado siempre la supremacía de la Constitución sobre el Derecho de la Unión (Tratados más Derecho derivado), como consecuencia de una lectura equivocada, a mi juicio, del artículo 96 de la Constitución, a que antes nos hemos referido. Así, debe observarse que el Tribunal Constitucional en ninguna de sus sentencias proclama la primacía del Derecho de la Unión sobre la Constitución Española, si bien ha reconocido la primacía del Derecho de la Unión en las relaciones con el derecho derivado de la Constitución Española (SSTC 28/1990, 64/1991, 130/1995, 58/2004). Por esa razón, se puede coincidir con la conclusión del Tribunal Constitucional pero no con el razonamiento que la precede que, con matices, se

---

<sup>47</sup> Esta calificación se produce por la STC 28/1991, de 14 de febrero, en Recurso de inconstitucionalidad 852/87 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991) y desde entonces sin solución de continuidad hasta la STC 58/2004, de 19 de abril, en recurso de amparo 4979/99 (BOE 120, de 18 de mayo de 2004) o la STC 173/2005, de 23 de junio, en recurso de inconstitucionalidad 453/1996 (BOE núm. 173 de 21 de julio de 2005).

<sup>48</sup> El calificativo de conflicto infraconstitucional ha provocado reacciones airadas hasta el punto de calificarlas de «deleznable nacionalismo jurídico», A. MANGAS MARTÍN, «Sobre la primacía del Tratado Constitucional. ¿Tensiones constitucionales a la vista?», en E. CLOSA y N. FERNÁNDEZ (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, cit. pág. 154.

reitera en la Declaración 1/2004. El Consejo de Estado, en el informe evacuado a solicitud del Gobierno, del que trae causa la declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, señalará, a propósito del artículo I-6 de la Constitución Europea, que: *el Tratado eleva a norma de la Constitución para Europa la primacía del Derecho comunitario. Dicho principio, que se ha calificado como una “exigencia existencial” de tal Derecho, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa c. ENEL) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, así las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (Politi), 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia), de 9 de marzo de 1978 (Simental), entre otras muchas, y significa que cualquier norma de derecho comunitario, no sólo del primario, sino también del derivado, **prevalece**<sup>49</sup> sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional. Opera, pues, contra cualquier fuente, ya sea anterior o posterior al Derecho comunitario y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado*». En virtud de estas observaciones el Consejo de Estado aconsejaba al Gobierno la consulta al Tribunal Constitucional, habida cuenta de la posible contradicción de este principio con la consideración de la Constitución Española como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, resulta evidente, aunque no se diga expresamente, que para el Consejo de Estado primacía es igual a supremacía (prevalencia) y, es obvio, que a la vez en un mismo ordenamiento jurídico no puede haber dos normas que gocen de dicha posición.

El Tribunal Constitucional, en la Declaración 1/2004, lejos de eludir la cuestión de la supremacía de la Constitución de 1978 la afirma (FD 1, párrafo segundo). Por una parte, considera que puede salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado asegurando la supremacía de la Constitución. Y, aquí radica la cuestión principal, considera que el artículo 95 de la Constitución tiene por finalidad garantizar de modo anticipado la supremacía de la Constitución frente a las normas internacionales. El control anticipado que instituye el artículo 95 considera, apoyándose en la Declaración 1/1991, que trataría de obviar: «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada» (FJ 1 de la DTC 1/1992), aunque el Estado no hubiera prestado aún el consentimiento.

De modo que, podríamos concluir que la Constitución Española no se sitúa en una posición de supremacía en relación con los tratados, ni viceversa, de manera que el conflicto entre ambos órdenes jurídicos sería de carácter extraconstitucional. Es decir, el parámetro para determinar la norma aplicable al caso controvertido, en caso de conflicto entre ambos órdenes, no lo suministra la Constitución Española, supuesto en que surgiría la competencia del Tribunal Constitucional. Y esto porque la competencia para resolver los conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno se ha transferido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como

<sup>49</sup> La letra negrita es nuestra.

última instancia. Esta es otra de las características de la singular transferencia que ha llevado a cabo el legislador interno a través del artículo 93 de la Constitución de 1978. Esto es, la resolución de la confrontación entre el derecho derivado de la Constitución Española y los Tratados y el Derecho derivado de los mismos se hace de acuerdo con los Tratados y no de acuerdo con la Constitución de 1978. Exigencia esta de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en los veintisiete Estados miembros que la integran (que con Croacia serán veintiocho en 2013).

Así, la supremacía de la Constitución Española sobre los Tratados internacionales, por una parte, no sería acorde a la Constitución Española y, por otra, es un principio innecesario para ordenar las relaciones entre la Constitución Española y los Tratados de la UE, de FUE y de la CEEA.

## **6. LAS RELACIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN CON LOS DERECHOS INTERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. LO INNECESARIO DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

No obstante lo concluido anteriormente, el principio de primacía plantea problemas de difícil resolución. Vamos a imaginar que la Constitución Europea *non nata* hubiera entrado en vigor. Pues bien, en su artículo I-6 dice: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Así, el texto constitucional europeo habría incorporado el principio de primacía, o la técnica de la primacía, alumbrado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a partir de la Sentencia vertida en el caso *Costa/ENEL*<sup>50</sup>. No nos encontramos, por tanto, ante un principio novedoso, creado con objeto de reordenar las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, sino ante la consagración normativa (abortada por el Tratado de Lisboa) de un principio que despliega sus efectos desde hace más de cuatro décadas<sup>51</sup> en las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos internos de los Estados miembros.

No obstante, resulta conveniente precisar el ámbito de dicho principio y su alcance, particularmente por la circunstancia de que algunos autores<sup>52</sup>, a los que antes

<sup>50</sup> STJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Rec. 1964, pág. 1194.

<sup>51</sup> En este sentido en un breve pero apreciable artículo S. MARTÍNEZ LAGE, «Por la primacía, desde luego no», en *El País*, de 4 de noviembre de 2004, pág. 40, en que sostiene que el artículo I-6 de la Constitución Europea no exige la reforma de la Constitución Española. La propia Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional se apoya en este criterio: «Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las *competencias derivadas de la Constitución*, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE».

<sup>52</sup> Puede citarse a F. RUBIO LLORENTE, «El referéndum superfluo y el necesario», en *El País*, de 11 de junio de 2003, pág. 13, que postula la reforma de la Constitución Española como consecuen-

nos referimos, sugirieran que la instauración de dicho principio alteraría el orden de las fuentes consagrado en la Constitución Española, por lo que habría que proceder a la reforma de esta última antes de ratificar la Constitución Europea. Y aunque el Tratado de Lisboa haya obviado consagrar el principio de primacía en los vigentes Tratados de la Unión, resulta conveniente plantearse las consecuencias de haber introducido dicho principio de modo explícito en la Constitución Española.

La circunstancia de que el principio de primacía haya operado pacíficamente en las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y nuestro Derecho interno a lo largo de las últimas décadas, sin producir conmoción alguna, sin que hasta la Constitución Europea *non nata* nadie hubiera postulado razonadamente la reforma de la Constitución Española, por incompatibilidad de la misma con dicho principio, sería probablemente suficiente para concluir que la reforma de la Constitución Española carecería de sentido. No obstante, añadiremos a los anteriores, que no dejan de ser meros indicios, otras razones suficientes para acreditar que ni siquiera sería conveniente explicitar dicho principio en la Constitución de 1978.

El constituyente europeo, como antes el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pretendió consagrar en el texto de la Constitución Europea *non nata* el principio de primacía y no el principio de supremacía o de jerarquía. Este matiz no parece haber sido advertido por quienes convierten mecánicamente primacía en supremacía, sin explicación de ninguna naturaleza. Pero, el concepto de primacía no se puede subsumir en el de supremacía ni viceversa. La supremacía, y su expresión la jerarquía, tiene lugar siempre, salvo excepciones que tampoco se explican a través de la jerarquía<sup>53</sup>, dentro de un mismo orden normativo, en el interior de un ordenamiento o subordenamiento jurídico<sup>54</sup>, pero ni siquiera todas las relaciones dentro de un mismo orden normativo se rigen por el principio de jerarquía (leyes orgánicas en relación con las leyes ordinarias, o las leyes autonómicas en relación con las leyes del Estado). Por el contrario, la primacía es un principio relacional<sup>55</sup>

---

cia de la introducción en la Constitución Europea del principio de primacía. El citado autor es en la actualidad el presidente del Consejo de Estado que en Dictamen de 21 de octubre de 2004 sugirió al Gobierno la consulta al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la necesidad o no de reformar la Constitución Española, como consecuencia de la introducción del principio de primacía en la Constitución Europea. La tesis de RUBIO es seguida por P. PÉREZ TREMPs en «Constitución Española y Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 71, mayo/agosto, pág. 121. Finalmente el Tribunal Constitucional en su Declaración de 13 de diciembre de 2004 ha desautorizado la tesis del Consejo de Estado. Aunque sucintamente me he pronunciado por lo innecesario de dicha reforma y la inconsistencia de los argumentos del citado autor en la presentación del número 6 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, primer semestre de 2004, pág. 15.

<sup>53</sup> Esta sería la prevalencia a que se hace referencia en el artículo 149.3 de la Constitución de 1978.

<sup>54</sup> En contra de esta posición M. NETTESHEIM, «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/ de la Unión», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 6, abril-junio, 2003, pág. 285.

<sup>55</sup> En este sentido A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pág. 308; I. PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 60 VVDStRL, 2001, pág. 185; F. MAYER, *Kompetenzüberschreitung*, 2000, pág. 37.

que opera entre dos ordenamientos jurídicos o subordenamientos jurídicos, que se encuentran al mismo nivel, ajenos en sus relaciones al principio de jerarquía.

No debe dejar de mencionarse que uno de los temas recurrentes de la doctrina ha sido la necesidad de introducir el principio de jerarquía en los actos comunitarios<sup>56</sup>. Por mi parte he sostenido que el principio de jerarquía en el derecho vigente de la Unión convive con el principio de competencia<sup>57</sup>, lo que ha sido confirmado primero por la Constitución Europea *non nata*<sup>58</sup> y posteriormente por el Tratado de Lisboa. Así, en la Constitución Europea *non nata* no hay relación de jerarquía entre las diferentes modalidades de leyes europeas y leyes marco europeas que se rigen por el principio de competencia, mientras que se establecen relaciones de jerarquía entre, de una parte, las leyes europeas y leyes marco europeas y, de otra parte, los reglamentos y decisiones de desarrollo y de ejecución de aquellas. Y lo mismo puede decirse tras la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, ya que ni en el TUE ni en el TFUE se establecen relaciones de jerarquía entre reglamentos, decisiones y directivas, que se rigen por el principio de competencia salvo cuando se prevean por éstos actos delegados o actos de ejecución que sí estarían sometidos jerárquicamente a aquéllos. De modo que en las relaciones entre los diferentes instrumentos jurídicos de la Unión seguirán operando los principios de competencia y de jerarquía, según los casos.

Claro está, para alcanzar esta primera conclusión, sobre la naturaleza relacional del principio de primacía, es preciso tener en consideración el que se ha denominado «principio de competencia» en el ordenamiento español. Así, el principio de competencia se habría reformulado en el artículo 5 del TUE como principio de atribución. En síntesis, el principio de atribución configura la existencia de distintos bloques competenciales, que pueden representarse en un mismo plano, y que, en caso de conflicto, se relacionan de modo singular, mediante el principio de primacía, prescindiendo del principio de jerarquía.

A mi juicio el Tribunal Constitucional ha intentado un equilibrio llamado al fracaso en su Declaración 1/2004, al sostener la compatibilidad de la supremacía de la Constitución Española sobre los Tratados y, a la vez, afirmar que la primacía del Derecho de los Tratados es compatible y no perturba la supremacía de la Constitución Española. En algún pasaje de la Declaración 1/2004 incluso se afirma que: «Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1)» (Declaración 1/2004, FJ 4, párrafo 4º), en un intento de justificar la confusión de dichos principios que ya se produce en la Declaración 1/1992. La circunstancia de que dos principios puedan producir

<sup>56</sup> Ver por todos J. Cl. GAUTRON, «Un ordre juridique autonome e hiérarchisé», en *De la communauté de droit a l'Union de droit*, LGDT, París, 2000, págs. 25 y sigs.

<sup>57</sup> Ver mi trabajo «Sistema de distribución de competencias y racionalización del sistema normativo», en esta *Revista*, núm. 3, 2002, pág. 282 y sigs.

<sup>58</sup> Ver mi trabajo: «El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la unión Europea: consideraciones preliminares», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 8, primer semestre, 2005, págs. 103 y sigs.

el mismo efecto no puede llevar a la conclusión de que sean la misma cosa. Así, la supremacía, con carácter general (dejando al margen la problemática del Derecho especial), hace que en un supuesto de hecho al que se refieren dos normas se imponga (se aplique) la norma de mayor rango sobre la de menor rango, y que, además, la contradicción de la norma inferior con respecto a la norma superior haga que aquella incurra en vicio de nulidad y determine su expulsión postrera del ordenamiento jurídico. Cuando entra en juego la jerarquía el factor determinante de la posición de una norma en relación con las demás no es otro que el rango de la misma.

La primacía sólo coincide con la técnica de la supremacía en que ambas son capaces de resolver los conflictos entre normas de diferentes (o del mismo) ordenamientos jurídicos. Pero, la primacía aplicada a los conflictos entre las normas de la Unión y las del Derecho interno de los Estados miembros consiste: en que el Derecho de la Unión al aplicarse desplaza al Derecho de los Estados miembros, cuando este último haya invadido el ámbito competencial del Derecho de la Unión; o bien, la imposibilidad de que el Derecho de la Unión pueda ser desplazado por el Derecho interno sin la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>59</sup>.

Pero, en todo caso, las normas de Derecho interno desplazadas por el Derecho de la Unión pueden permanecer en el ordenamiento jurídico indefinidamente, pues su expulsión sólo puede llevarse a cabo con arreglo al procedimiento con el que fueron dictadas. El Tribunal de Justicia ha reiterado que un pronunciamiento del mismo en un conflicto entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno, resuelto en el sentido de que procede la aplicación del Derecho de la Unión, no es susceptible de incluir la declaración de nulidad de la norma de Derecho interno, razón esta por la que el citado Tribunal reclama la leal cooperación de los Estados miembros para limpiar sus respectivos ordenamientos jurídicos de normas que invadan competencias de la Unión<sup>60</sup>. Así, primacía y supremacía son conceptos de diferente naturaleza y efectos, de manera que la utilización de uno u otro no puede considerarse un juego de palabras.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> El efecto de mero desplazamiento ha sido objetado por R. ALONSO GARCÍA, «Constitución Española y Constitución europea...», cit, págs. 359-361, ya que ello impediría que los tribunales pudieran anular las disposiciones reglamentarias internas por vulneración de normas comunitarias. Sin embargo, esta conclusión no parece adecuada. Así, desde el Derecho interno se puede habilitar a los tribunales para que declaren nulas las normas reglamentarias contrarias al Derecho de la Unión, pero tal consecuencia sería improcedente preverla desde el Derecho de la Unión dadas las relaciones del mismo con el Derecho interno.

<sup>60</sup> Esta Doctrina ha sido constante desde la sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, caso Van Gend y Loos. Puede verse mi trabajo: «El sistema de fuentes», en E. LINDE y otros, *Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 292-293. Sobre el efecto desplazamiento también: J. L. REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Mc Graw-Hill, 1995, págs. 57 y sigs.

<sup>61</sup> No puedo coincidir con la apreciación de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: la Declaración del Tribunal constitucional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, enero/abril, 2005, pág. 11, de la que podría deducirse lo inocuo de diferenciar los conceptos de primacía y supremacía.

El Tribunal Constitucional, aunque de modo escasamente convincente, *como excepción y no como norma*, admite que los tratados se sitúen al mismo nivel que la Constitución, solo que para que esto suceda es preciso que los Tratados superen un test de conformidad a la misma. Pero, esta doctrina constitucional, en definitiva, supone la exclusión de la supremacía misma, esto es: la aceptación de que en la cabecera del sistema existen normas separadas (Constitución Española y Tratados de la Unión Europea, de Funcionamiento de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), aunque conformes, cuyos derechos derivados se entrelazan a partir de las mismas.

Por otra parte, lo que el Tribunal Constitucional está afirmando es que aunque se hayan transferido a la Unión competencias que se denominan soberanas, de modo incorrecto por el Tribunal de Luxemburgo, lo cierto es que el poder último de disposición sobre el Estado sigue residiendo, por el momento, en las Cortes Generales<sup>62</sup>. Por eso el artículo 93 se refiere a la transferencia del ejercicio de competencias constitucionales y no a la transferencia de su titularidad. Porque, resulta incuestionable, la titularidad de las competencias constitucionales sólo las tiene el soberano. La circunstancia de que las Cortes Generales actúen en algunas circunstancias como poder constituyente, como si del soberano se tratara (caso del artículo 93), no significa que sean el soberano mismo. De manera que nada diferencia la posición de las Cortes Generales, del Gobierno o del Parlamento Europeo, como poderes emanados del soberano.

De lo dicho se infiere que difícilmente puede alcanzarse la comprensión del principio de primacía de un modo aislado, sin tener en cuenta el principio que rige la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Sin perjuicio del análisis más pormenorizado que llevaremos a cabo más adelante (de los principios y técnicas que rigen el sistema competencial de la Unión Europea), diremos ahora que el principio de atribución que establece el artículo 5 del TUE (art. 11.1 de la Constitución Europea *non nata*, que se contiene también en el artículo 5 del TCE), supone que la Unión tan sólo tiene las competencias que le transfieren los Estados. De modo que, lo no atribuido, dice expresamente el TUE en el apartado 2 del artículo 5: «corresponde a los Estados miembros». Por ello, puede afirmarse rotundamente que la Unión Europea no tiene capacidad de autoatribución de nuevas competencias diferentes a las que figuran en los textos de los Tratados, con lo que la teoría funcional de las competencias comunitarias, con todas las precisiones que deberán hacerse (en particular el art. 352 del TFUE), debería haber llegado a su fin.

Las competencias exclusivas de la Unión Europea son tan sólo seis (art. 3 del TFUE, que se corresponde al artículo I-13 de la Constitución Europea) y el resto de competencias de la Unión son compartidas, de coordinación en diferentes versiones, de apoyo o complemento, o en el ámbito de la política exterior y de seguridad

---

<sup>62</sup> Sobre la posición de la Cortes Generales puede verse mi trabajo «Artículo 66. Las Cortes Generales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. ALZAGA), Tomo VI, EDERSA, Madrid, 1998, pág. 97 y sigs. y la bibliografía que en el mismo se cita.

común (arts. 4, 5 y 6 del TFUE, que se corresponden a los artículos I-14 a I-17 de la Constitución Europea *non nata*), de manera que la mayoría de las competencias de la Unión no son exclusivas, es decir, el bloque de legalidad ordinaria aplicable en cada Estado miembro se integra por normas de la Unión y normas de Derecho interno, lo que hace inevitable la colisión de normas de uno y otro origen.

Por ello, los inevitables conflictos entre los Derechos de la Unión y de los Estados miembros deben resolverse *prima facie* a través de un principio de naturaleza relacional, el principio de primacía. Este principio impide, en el caso de confrontación entre el Derecho interno y el Derecho de la Unión, que las autoridades nacionales apliquen aquel con desplazamiento del Derecho de la Unión. Se trata de una norma de solución primaria o preventiva de conflictos, que viene exigida por la circunstancia de que el Derecho de la Unión se aplica en veintisiete Estados miembros y que, por tanto, se relaciona y puede entrar en colisión con los correspondientes Derechos internos. Esto hizo que PESCATORE dijera que se trata de una *exigencia existencial*, a la que se refiere la declaración del TC 1/2004.

Lo que impide el principio de primacía es, justamente, que se aborde por las autoridades nacionales la resolución definitiva de un conflicto entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno de un Estado miembro cuando del mismo pueda derivarse la inaplicación del Derecho de la Unión. Pero, el principio de primacía no impide, muy al contrario, que el conflicto sea examinado por el Tribunal de Justicia, único competente para determinar si procede o no la aplicación de una determinada norma de la Unión, o una determinada interpretación del Derecho de la Unión, a un caso concreto. De manera que sólo el Tribunal de Justicia puede establecer la improcedencia de una determinada interpretación del Derecho originario, o la inaplicación o, en su caso, inaplicación y expulsión del ordenamiento jurídico del instrumento jurídico manifestación del Derecho derivado de la Unión.

De manera que la primacía es una técnica meramente relacional, o procesal, y que en un sistema en que se distribuyen las competencias entre diferentes operadores (Unión Europea y Estados miembros), la colisión o el conflicto sólo puede derivar del ejercicio incorrecto de las competencias por una u otros. La finalidad del principio de primacía no es, en consecuencia, consagrar el uso incorrecto de una competencia por la Unión Europea que invada las competencias de poderes, instituciones u órganos de los Estados miembros. La finalidad de la primacía es doble: Por una parte, ofrece una solución técnico-preventiva inmediata; y, por otra, permite restablecer *a posteriori* el Derecho en el entero ámbito de la Unión Europea.

Veamos las dos vertientes de la primacía. Por una parte, los operadores jurídicos cuando se produzca una colisión efectiva entre dos normas, una de la Unión y otra de los Estados miembros, no pueden dar preferencia a la aplicación de la norma del Derecho interno confrontada con la norma de Derecho de la Unión. Si situamos el conflicto en sede judicial, el juez nacional puede resolver el conflicto a favor del Derecho de la Unión, aplicando éste cuando no tenga duda de que es la norma de Derecho interno la que ha invadido el ámbito competencial del Derecho de la Unión. Pero, si considera que es la norma de la Unión la que ha invadido

un ámbito competencial de los Estados miembros, no puede pronunciarse sobre la ilegalidad de dicha norma sino que debe plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que éste resuelva si la norma de la Unión se adecua o no a los Tratados (de la UE, de FUE y de La CEEA). En el caso de que se adecue así lo expresará, de modo que el juez nacional aplicará finalmente el Derecho de la Unión, que desplazará a la norma con la que colisionó. Por el contrario, si el Tribunal de Justicia considera que la norma de la Unión Europea ha vulnerado los Tratados deberá eliminar dicha norma del ordenamiento de la Unión, de modo que el juez nacional aplicará, finalmente, el Derecho interno. Esto es, la técnica de la primacía no convierte la norma ilegal en norma legal. Se trata, tan solo, de un sistema de rango europeo que permite resolver los conflictos entre subordinamientos, con el único objeto de que finalmente prevalezca el Derecho.

De lo dicho se deduce, sin dificultad, que resultaba innecesaria la modificación de la Constitución Española para dar encaje al principio de primacía, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por Constitución Europea *non nata*<sup>63</sup>.

Pero yendo más allá, a mi juicio, sería del todo inconveniente la introducción en el texto constitucional español de una norma que reprodujera el artículo I-6 de la Constitución Europea *non nata*, aun cuando dicha introducción no se considere preceptiva a partir de la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional<sup>64</sup>. En efec-

<sup>63</sup> Partidario de la modificación se mostró P. PÉREZ TREMPs, «La Constitución Española ante la Constitución Europea», en *El proyecto de nueva Constitución Europea (A. Albertí Rovira)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 521.

<sup>64</sup> En el mismo sentido puede verse la Decisión 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004, del Consejo Constitucional francés (aps. 9 a 13), que dice: *Sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea*: 9. Considerando, en primer lugar, que se desprende de las cláusulas del Tratado sometido al examen del Consejo Constitucional, con el título «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», y, en particular, en las relativas a su entrada en vigor, a su revisión y a la posibilidad de denunciarlo, que conserva el carácter de un tratado internacional suscrito por los Estados signatarios del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea; 10. Considerando, en particular, que la denominación de este nuevo Tratado no implica observación alguna con respecto a su constitucionalidad; que en efecto, se desprende, en particular, de su artículo I-5, relativo a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, que esta denominación no tiene incidencia en la existencia de la Constitución francesa y en el lugar de ésta en la cumbre del orden jurídico interno; 11. Considerando, en segundo lugar, que según el artículo 88-1 de la Constitución: «la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias»; que el constituyente de esta forma consagró la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado al ordenamiento jurídico interno y distinto del ordenamiento jurídico internacional; 12. Considerando en términos de lo dispuesto por el artículo I-1 del Tratado: «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. La Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que éstos le atribuyan»; «que por providencia del artículo I-5, la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos»; que según lo dispuesto en el artículo I-6: «La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se atribuyen a ésta, primarán sobre el derecho de los Estados miembros»; que se

to, mientras que el principio de primacía esté reservado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este podrá hacer las modulaciones convenientes al nuevo sistema competencial de la Unión (monopolio jurisprudencial de la interpretación del principio de primacía). Sin embargo, si el referido principio se introdujera en la Constitución Española, sin especificar que la interpretación del mismo corresponde en exclusiva al TJUE, su interpretación entraría en la órbita competencial del Tribunal Constitucional; una suerte de renacionalización de la competencia, lo que sin duda llevaría a discrepancias en su interpretación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de muy difícil solución<sup>65</sup>.

En efecto, mientras la única jurisprudencia sobre el principio de primacía sea la que produzca el TJUE existirá una interpretación uniforme del Derecho de la Unión en todo el territorio de la misma. Esto es, las Cortes Generales habrían transferido el ejercicio de la competencia en cuestión al TJUE. Mientras que la inclusión del principio de primacía en el texto constitucional español podría producir una recuperación de la competencia por el Tribunal Constitucional, a no ser que el precepto que contuviera dicho principio excluyera de modo expreso de su interpretación al Tribunal Constitucional y proclamara la competencia exclusiva del TJUE. Por el contrario, el Tribunal Constitucional sería competente para interpretar el precepto en cuestión. Esto es, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, difícilmente podría excluirse, sin prescripción constitucional previa, de la interpretación de un precepto regulador de las relaciones entre la Constitución Española y los Tratados de la Unión. Bien es cierto que son concebibles interpretaciones más complejas capaces de hacer prevalecer la interpretación del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pero no dejaría de ser una imprudencia jurídica de la que podrían derivar consecuencias imprevisibles.

---

desprende de una declaración anexada al Tratado que este artículo no confiere al *principio de primacía* un alcance distinto del que tenía anteriormente; 13. Considerando que, si el artículo I-1 del Tratado sustituye a las organizaciones establecidas por los Tratados previos con una única organización, la Unión Europea, dotada en virtud al artículo I-7 de personalidad jurídica, resulta del conjunto de las cláusulas de este Tratado, y, en particular, de la aproximación de sus artículos I-5 e I-6, que no modifica ni la naturaleza de la Unión Europea, ni el alcance del principio de primacía del Derecho de la Unión tal como resulta, como lo juzgó el Consejo Constitucional en sus decisiones mencionadas (2004-496 DC de 10 de junio de 2004; 2004-497 DC de 1 de julio de 2004; 2004-498 DC y 2004-499 DC de 29 de julio de 2004) del artículo 88-1 de la Constitución; que, por lo tanto, el artículo I-6 del Tratado sometido al examen del Consejo no implica reforma de la Constitución». Para el caso francés puede verse A. Segura Serrano, «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia», en *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 20, enero/abril, 2005, págs. 93 y sigs.

<sup>65</sup> Y sin duda a las discrepancias entre las diferentes interpretaciones, en su caso, de los diferentes tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión. Esta parece ser la conclusión alcanzada por el Consejo de Estado en su «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española», de febrero de 2006 solicitado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 que en el apartado 3 del artículo X bis del Título VII bis «De la Unión Europea», que dice así: «Dentro del marco establecido en el apartado 1, los tratados de la unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión».

## CAPÍTULO SEGUNDO

# PRINCIPIOS Y TÉCNICAS GENERALES QUE RIGEN EL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. LA DEFICIENTE CONFIGURACIÓN COMPETENCIAL EN LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una de las deficiencias más notables de los Tratados vigentes con anterioridad al Tratado de Lisboa radicaba en su sistema competencial<sup>66</sup>. Así, los referidos Tratados no establecían de modo explícito los principios y técnicas por los que se regía la distribución de competencias entre las Comunidades y la Unión y los Estados miembros, ni la naturaleza de las competencias de las Comunidades y de la Unión, ni las reglas para su ejercicio, a salvo de lo previsto en artículos como el 5 y el 10 del TCE. Estas deficiencias no significaban que en los citados Tratados estuviera ausente toda referencia a principios y técnicas competenciales sino que, las mismas, eran insuficientes y sólo ocasionalmente claras. De manera que la construcción de un sistema competencial, a partir de los Tratados Comunitarios y de la Unión, ha sido fruto, fundamentalmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero, la invectiva del Tribunal de Justicia tiene límites infranqueables en los Tratados que han dificultado dotar al conjunto competencial de la coherencia deseable.

Las referidas deficiencias son, sin duda, la causa directa de que el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa *non nato* y después el Tratado de Lisboa hayan afrontado de modo decidido el reto de dotar a la Unión, de modo expreso, de un sistema de competencias<sup>67</sup>. El núcleo central de dicho sis-

---

<sup>66</sup> La generalidad de los autores coinciden con dicha apreciación. Sobre el sistema vigente puede verse: J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1997; A. VON BOGDANDY, J. BAST, «El orden competencial vertical de la Unión Europea», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA, *La encrucijada de la Unión*, Civitas, Madrid, 2002. También mi trabajo «Fines y medios de las Comunidades Europeas. Los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Políticas Comunitarias*, E. LINDE y otros, Ed. Colex, Madrid, 2001, págs. 33 y sigs.

<sup>67</sup> La Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea figura entre las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001, que titula el primero de los epígrafes del apartado II «Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea». Puede verse en el núm. 3, 2º semestre 2002, de la *Revista de Derecho de*

tema se integra por el Título I de la Parte primera del TFUE (arts. 2 a 6) (que se corresponde al Título III «De las competencias de la Unión», arts. I-11 a I-18, de la Parte primera<sup>68</sup> de la Constitución Europea *non nata*)<sup>69</sup>. No obstante, debo anticipar que, pese a los mejores deseos del legislador, la regulación del sistema de competencias que figura en el texto del TFUE no excluye las dificultades de comprensión ni los conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno de los Estados. Así, siendo cierto que algunos extremos del vigente sistema competencial se han aclarado, otros aspectos del mismo han quedado como estaban, y en algunos casos se ha arrojado más sombra que luz sobre los problemas que planteaban los Tratados de las Comunidades y de la Unión Europea.

El sistema de competencias de la Unión tiene dos vertientes, una externa y otra interna: Por una parte, la vertiente externa se refiere a la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros; y, por otra parte, a la vertiente interna concierne la distribución interna de competencias entre las instituciones y órganos de la Unión. La vertiente interna no deja de ser relevante, entre otras razones, porque el ejercicio incorrecto de las competencias por instituciones u órganos de la Unión puede determinar la nulidad de lo actuado. Hay que decir, por otra parte, que en esta vertiente lejos de llevarse a cabo en el TFUE la simplificación que se pre-

---

*la Unión Europea*, págs. 503 y sigs. Un comentario sobre las interrogantes que plantea la Declaración de Laeken en lo relativo al sistema de competencias puede verse en mi trabajo «Sistema de distribución de competencias y racionalización del sistema normativo» en núm. 3 cit. de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, págs. 259 y sigs.

<sup>68</sup> Sobre el sistema de competencias en la Constitución Europea *non nata* pueden verse, entre otros: J. BARNÉS, «La distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros en el Proyecto de Constitución Europea», en E. GÓMEZ CORONA y otros, *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Aranzadi, Navarra, 2004; págs. 303 y sigs.; V. CONSTANTINESCO, «Breves apuntes sobre el reparto de competencias como clave de la futura constitución europea», en D. J. LIÑÁN NOGUERAS (dir.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, 2003, págs. 13 y sigs.; J. DíEZ-HOCHLEITNER, «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04. Los trabajos de la Convención, en *La reforma...* cit. pág. 27 y sig.; D. HANF, «Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres», en *Cahiers de droit Européen*, núms. 1 y 2, 2003, págs. 135 y sigs.; A. LÓPEZ CASTILLO, «La delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la UE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, mayo/agosto 2004, pág. 433 y sigs.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El reparto del poder entre la Unión Europea y los Estados miembros: en busca de una mayor transparencia y mayor control», en VVAA, *El reto constitucional de Europa*, Madrid, 2005 y «La flexibilidad como instrumento básico del futuro modelo competencial de la Unión Europea», en *La reforma...* cit., págs. 83 y sigs.; M. MEDINA GUERRERO, «Hacia unas nuevas reglas de reparto y control de competencias en la Unión Europea: Una primera aproximación al proyecto de Constitución», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 50, 2003; V. MICHEL, «Le défi de la répartition des compétences», en *Cahiers de Droit Européen*, núms. 1 y 2, 2003, págs. 17 y sigs.; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ,

<sup>69</sup> *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

De la Declaración núm. 23 anexa al Tratado de Niza trae causa la Declaración de Laeken que figura entre las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001. La citada Declaración, dentro del apartado II. Los retos y reformas de la Unión Renovada, incluye como primer apartado el dedicado a: «Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea».

dica en la Declaración 23 del Tratado de Niza se advierte el incremento de la complejidad. La iniciativa legislativa se ha atribuido a más operadores (instituciones y órganos) que los que la tienen en el TCE, el TCEA y el TUE, y los procedimientos legislativos y normativos lejos de reducirse se han incrementado<sup>70</sup>. Pero, con todo, como veremos, la vertiente interna, en lo que al ejercicio de competencias se refiere, no afecta sino ocasionalmente a la primera de las vertientes antes referida, la externa, que es determinante para entender el funcionamiento de las políticas de la Unión y finalmente del principio de primacía. De manera que aunque hagamos algunas referencias a la vertiente interna del sistema de competencias, en este trabajo nos centraremos en la vertiente externa del sistema de competencias.

Dentro de dicha vertiente externa del sistema competencial analizaremos tres aspectos: Los principios y técnicas que rigen el ejercicio de las competencias; la tipología de competencias de la Unión; y la plasmación de los aspectos anteriores en las políticas de la Unión.

## 2. EL PRINCIPIO FUNCIONALISTA Y SU APARENTE LIQUIDACIÓN POR EL TRATADO DE LISBOA

La comprensión del sistema de competencias de la Unión Europea hasta el Tratado de Lisboa se ha explicado por la mayoría de la doctrina mediante el principio funcionalista<sup>71, 72</sup>. De acuerdo con dicho principio, que se contrapondría al principio

<sup>70</sup> Ver mi trabajo «Sistema de fuentes» en *Principios de Derecho de la Unión Europea* (E. LINDE, M. BACIGALUPO y J. A. FUENTETAJA), COLEX, 6ª edc. 2012.

<sup>71</sup> Ver, por ejemplo: V. CONSTANTINESCO, «Breve note sur repartition des compétences comme clé de la future constitution européenne», en *Melanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Tomo 1, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, págs. 155 y sigs. Fracados los proyectos federalistas para Europa en funcionalismo y sus revisiones sucesivas se instaló en la Unión Europea. La formulación funcionalista debida a David MITRANY (*The Progress of International Government*, Yale University Press, New Haven, 1933), aunque este autor desde su funcionalismo universal denunciaría las falacias regional y federal (en este sentido ver N. MARISCAL, *Teorías políticas de la integración europea*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 26 y D. MITRANY «The Prospect of Integration: Federal or Functional» en *Journal of Common Market Studies*, vol. IV, núm. 1, 1965-66, págs. 119-149). Será Ernst B. HAAS el que en su *The Uniting of Europe. Political, Social and Economical Forces 1950-1957* (Stevens and Sons, London, 1958, págs. 286-287), creará las bases teóricas que se trasplantarán al análisis jurídico de los Tratados comunitarios en lo que podíamos denominar el fenómeno del «desbordamiento» (o spillover) de competencias (también Leon N. LINDBERG, «Political Integration as a Multidimensional Phenomenon Requiring Multivariate Measurement», en *International Organization*, núm. 24, núm. 4, 1970, pág. 650), aun cuando las construcciones de los politólogos estaban bien lejos de interiorizar el funcionalismo que sirve para explicar el proceso de consolidación de la Unión Europea, hasta alcanzar el sistema competencial de la Unión.

<sup>72</sup> Además de por las doctrinas funcionalista y federalista la construcción europea se ha explicado desde el transaccionalismo, el intergubernalismo, la flexibilidad, el neoconstitucionalismo, etc. Las distintas doctrinas ponen de evidencia manifestaciones de la construcción europea que no resulta posible entender desde una sola perspectiva, si bien, desde la perspectiva que nos ocupa, el funcionalismo es la doctrina predominante. Ver desde la ciencia política el trabajo de N. MARISCAL, *Teorías políticas de la integración europea*, Tecnos, Madrid, 2003. También C. CLOSA, «Teorías sobre la Integración», en *Sistema político de la Unión Europea*, Ed. Complutense, Madrid, 1997 y F. MORATA,

de atribución, las competencias de la Unión vendrían determinadas por los objetivos que se atribuyen a las mismas, de manera que los Tratados vigentes hasta el Tratado de Lisboa no contendrían un elenco de competencias tasado sino que las competencias derivarían y se organizarían alrededor de los objetivos establecidos<sup>73</sup>. El funcionalismo se constituiría así como un principio central que habría servido para explicar el sistema competencial en el Derecho vigente de la Unión previo al Tratado de Lisboa, que vendría determinado por varios factores: la propia configuración competencial; la deficiente atribución de competencias; así como por determinados preceptos de los Tratados y en especial por el artículo 352 del TFUE (que se corresponde al artículo 308 del TCE). Pero, con independencia de que el artículo 5 del TCE (precedente del artículo 5 del TUE) incorporara tardíamente a los Tratados el principio de atribución<sup>74</sup>, el funcionalismo presenta problemas de origen, ya que el sistema competencial de la Unión no es producto de la autodeterminación de sus Instituciones; a la Unión no se ha transferido por los Estados miembros la potestad innovativa que sustentaría la concepción funcionalista.

El funcionalismo explicaría las distintas fases de la construcción europea «por desbordamiento». De manera que el desbordamiento de cada paso constructivo del derecho vigente daría lugar a otro nuevo paso constructivo (reforma de los Tratados), y así sucesivamente en la medida en que el ordenamiento jurídico se considerara insuficiente<sup>75</sup>. Pero, justamente, en la explicación funcionalista de la construcción europea se encuentra su mayor deficiencia, ya que la exigencia de modificar los Tratados para legitimar la actuación de la Unión al margen de los mismos pone de evidencia que los avances constructivos exigen la reforma de los Tratados, aun cuando sea posible constatar que las Instituciones suelen desbordar con frecuencia el Derecho de la Unión mediante el manejo oportunista del derecho vigente, anticipando por la vía de hecho las reformas que posteriormente se consagran en los Tratados o mediante tratados al margen del Derecho de la Unión; lo que, sin embargo, se explica por el componente intergubernamental de la Unión Europea.

## 2.1. La incompatibilidad del principio funcionalista con el artículo 93 de la Constitución Española

La primera objeción que debemos oponer a la supuesta virtualidad del principio funcionalista en el sistema competencial de la Unión es la prescripción del artículo

---

«Teorías y enfoques del proceso de integración», en *La Unión Europea. Procesos, actores y políticas*, Ariel, Barcelona, 1998.

<sup>73</sup> Para V. CONSTANTINESCO del principio funcionalista derivará un sistema subyacente o implícito a diferencia del método que denomina constitucional o explícito, *vid. op. cit.* pág. 157.

<sup>74</sup> La introducción del principio de atribución en el artículo 5 del TCE se debe al Tratado de la Unión Europea de 1992.

<sup>75</sup> Sobre este tema pueden leerse las interesantes observaciones de M. AHUADO, *Historia de la unidad europea. Desde los precedentes remotos a la ampliación al Este*, Pirámide, Madrid, 2000, en particular su segunda parte, págs. 165 a 305.

93 de la Constitución Española que establece: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». De manera que la atribución de competencias a la Unión Europea debe cumplir un requisito previo, esto es: que la competencia transferida a la Unión derive de la Constitución Española.

La mayoría de los autores han pasado por alto la exigencia de determinación del preciso contenido de la atribución a que se hace referencia en el artículo 93 de la Constitución Española<sup>76</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha referido al tema que nos ocupa en la Declaración de 1 de junio de 1992<sup>77</sup>, a propósito de la consulta del Gobierno previa a la ratificación del Tratado de la Unión Europea. En dicha declaración se examina el artículo 93 con objeto de establecer si el Tratado de la Unión Europea, tramitado de acuerdo con el artículo 93, es suficiente para entender modificada la Constitución, sin necesidad de proceder a la reforma previa y expresa de la Constitución. Sin duda, desde la perspectiva funcionalista no resultaba precisa la reforma de la Constitución, tesis que rebate con rotundidad el Tribunal Constitucional siguiendo dos líneas argumentales. Por una parte, entiende que el artículo 93 permite la cesión de competencias a organizaciones internacionales que suponen determinadas limitaciones o constricciones de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles. Pero, por otra parte, para que operen dichas limitaciones es indispensable que «exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se ceden o transfieren competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el artículo 13.2 no podría atribuirseles» (FJ 4º). Además, establece la citada Declaración que el artículo 93 no se presta a «ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la *reforma implícita o tácita* constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales» (FJ 4º), concluyendo la Declaración que el artículo 93 permite la atribución de competencias derivadas de la Constitución pero «no disponer de la Constitución misma, contrariando, o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una *competencia* cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto

<sup>76</sup> Ver por ejemplo M. SERRANO ALBERCA, «Artículo 93», en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, págs. 1324 y sigs.

<sup>77</sup> BOE de 24 de julio de 1992. Requerimiento 1236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la CE y el artículo 8 B apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10 del Tratado de la Unión Europea.

es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto». Conclusión esta que se ve reforzada por lo dispuesto expresamente por el artículo 95.1 del texto constitucional que prevé la previa revisión constitucional para la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución<sup>78</sup>.

## 2.2. La determinación competencial como segunda objeción al funcionalismo

Desde la Constitución Española, interpretada por el Tribunal Constitucional, no resulta posible aceptar que se transfiera a una organización internacional la competencia para integrar competencias, o lo que es lo mismo la *competencia innovativa*, o *competencia de la competencia*, de la que tan sólo dispone las Cortes Generales.

Y, desde el Derecho de la Unión tampoco parece posible concluir que el principio funcionalista ocupe un lugar central para explicar las competencias de que dispone la Unión. Así, el artículo 5 del TUE no haría sino plasmar el principio de atribución como rector del sistema de competencias de la Unión. Pero, por ello, no es menos evidente la deficiente atribución de competencias e instrumentos normativos y ejecutivos a las Instituciones de la Unión en los Tratados. Ni puede obviarse la cláusula del artículo 352 del TFUE, favorecedora de la teoría de los poderes implícitos. Una y otra han propiciado una considerable ampliación de las competencias de la Unión. Sin embargo, a mi juicio, lo que ha sucedido, con frecuencia, es que se han confundido las patologías e insuficiencias del sistema competencial de la Unión con un sistema competencial preconcebido que resulta de todo punto incompatible con los sistemas constitucionales de los Estados miembros, que, sin excepción, descartan en la actualidad la posibilidad de transferir a la Unión la competencia para que ésta determine sus competencias.

A mi juicio, la doctrina a seguir en este punto es la marcada por el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, a propósito de si era compatible o no con el Tratado de la Comunidad Europea la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En dicho Dictamen se concluirá que no se ha atribuido a la Comunidad Europea la competencia exigida para concluir un acuerdo de adhesión de esa naturaleza y que el artículo 308 del TCE (ahora artículo 352 del TFUE) no es una excepción al principio de atribución de artículo 5 del TCE (ahora artículo 5 del TUE), sino que, por el contrario, debe interpretarse aquél (art. 308 del TCE, ahora 352 del TFUE) de acuerdo con éste (art. 5 del TCE, ahora art. 5 del TUE), de manera que el artículo 308 no es susceptible de crear competencias no atribuidas<sup>79</sup>. En conse-

<sup>78</sup> La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional ha vuelto sobre el tema confirmando la doctrina anterior.

<sup>79</sup> Siguiendo esta doctrina del Tribunal de Justicia el Tratado de Lisboa ha incorporado al TUE el artículo 6.2 que ordena a la Unión la adhesión al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

cuencia con dicha doctrina el TUE, reformado por el Tratado de Lisboa, ha previsto en su artículo 6, de modo expreso, la suscripción por la Unión del Convenio de Roma de 1950.

Así, en el Derecho de la Unión vigente regiría el principio de atribución, aunque su virtualidad práctica exija sortear numerosas dificultades y, aunque puedan constatarse frecuentes vulneraciones de dicho principio, a lo largo de la construcción europea, que no han recibido la sanción de anulación que les correspondería.

### **3. El principio de atribución como rector de la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros**

El principio de atribución se proclama en el artículo 5 del TUE (I-11.1 de la Constitución Europea), que establece: «La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución». Más correcto hubiera sido decir que la distribución de competencias entre la Unión y los Estados se rige por el principio de atribución, pero puede convenirse que ésta y no otra es la intención del legislador. Así, las competencias de la Unión provienen de un acto previo de disposición de los Estados miembros. De manera que la Unión no tiene competencias inéditas para los Estados miembros, sino que la atribución de competencias exige la previa existencia de las mismas en el marco competencial de los Estados, que mediante un tratado internacional transfieren a la Unión en dos formas básicas: sustrayendo por completo la competencia a los Estados miembros (competencia exclusiva); o imponiendo limitaciones de diferente índole al ejercicio de la competencia por los Estados miembros (las demás clases de competencias). Cuando decimos que a los Estados miembros corresponden las competencias que se atribuyen a la Unión queremos significar no tanto que las competencias en cuestión estuvieran ejerciéndose por los Estados miembros (pues puede suceder que no fuera así), sino que sólo en la medida en que la titularidad de la competencia corresponda previamente a los Estados miembros éstos pueden ceder su ejercicio a la Unión, pues ésta no tiene poder innovativo alguno. A la Unión se transfieren competencias pero no la competencia para atribuirse competencias (esto es no se atribuye la competencia de la competencia).

El principio de atribución no es creación del Tratado de Lisboa sino que, como antes vimos, figuraba en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea que expresa: «La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna», principio fundamental que ha ido perfilando el Tribunal de Justicia a lo largo de los años. Es decir, que conforme a los artículos antes citados (arts. 5 del TCE; I-11.1 de la Constitución Europea y 5 del TUE tras la reforma por el Tratado de Lisboa), las competencias que se atribuyen a la Unión en el TUE, en el TFUE y en el TCEEA son límites negativos y positivos para la misma. Negativos, porque no se pueden actuar otras competencias por la Unión que las adjudicadas por los Tratados, y positivos, por-

que en dicha atribución, en cada específica atribución, se encierra la competencia que puede ejercerse por la Unión.

Lógica consecuencia de la configuración del principio de atribución, tanto en la regulación del artículo 5 del TCE, como en el primer punto del apartado 2 del artículo I-11 de la Constitución Europea *non nata*, como en el artículo 5 del TUE tras la reforma por el Tratado de Lisboa, es que las competencias no atribuidas no pueden ser ejercidas por la Unión y, por tanto, siguen perteneciendo a los Estados miembros. Esta consecuencia lógica se ha plasmado en el texto del TUE reformado por el Tratado de Lisboa (antes por la Constitución Europea *non nata*) de modo expreso: «Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros», dice el punto segundo del apartado 2 del artículo 5 del TUE (punto segundo del apartado 2 del artículo I-11 de la Constitución Europea *non nata*). La aclaración era conveniente, a mi entender, habida cuenta de las resistencias funcionalistas a la aceptación de las últimas consecuencias del principio de atribución. Pero, dicha determinación expresa no era imprescindible porque de los textos de los Tratados antes del Tratado de Lisboa no podía deducirse, bajo ningún concepto, que la Unión tuviera poder innovativo, esto es: la posibilidad de autoatribuirse competencias. Determinación que ahora ha explicitado el artículo 5 del TUE. La estructura lógico-jurídica del principio de atribución supone que los objetivos no son susceptibles de generar competencias por sí mismos, de manera que la competencia tiene que estar atribuida, convirtiéndose los objetivos en límites positivos y negativos para el ejercicio de la competencia, y a la inversa la competencia sólo puede utilizarse para realizar los objetivos previamente establecidos (aunque, como veremos, el TFUE excepciona estas reglas en algunos casos).

A modo de conclusión podría decirse que las notas que definen el principio de atribución debieran ser tres. Por una parte, supondría que la Unión sólo puede actuar las competencias que le han atribuido los Estados en los Tratados (originarios, de adhesión y de reforma). Por otra parte, implica que la Unión actúa dentro de los límites positivos y negativos de las competencias atribuidas. Y, en tercer lugar, supone que la Unión no puede autoatribuirse competencias.

No obstante, la rotunda conclusión que se deduce del precepto citado del TUE es preciso seguir matizándola. Y ello, por varias razones entre las que destacan las siguientes: Por una parte, porque el artículo 352 del TFUE (artículo I-18 de la Constitución) consagra la denominada cláusula de flexibilidad; por otra, porque el artículo 296 párrafo primero del TFUE (art. 308 del TCE y art. I-38 de la Constitución Europea *non nata*) ha creado una suerte de cláusula de flexibilidad interna; en tercer lugar, por la posibilidad de que los objetivos de la Unión puedan actuar, en algunos casos, como cláusulas habilitantes; y, finalmente, por la circunstancia de que no siempre resulta claro (tal y como sucede también en el TCE), como tendremos oportunidad de comprobar, qué competencias se atribuyen por los Tratados a la Unión y, por tanto, arrastrando las mismas deficiencias interpretativas que presentaban los Tratados precedentes.

## 4. LA CLÁUSULA DE FLEXIBILIDAD DEL ARTÍCULO 352 DEL TFUE Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN

### 4.1. Caracteres generales

El primer obstáculo para la operatividad plena del principio de atribución, proclamado en el artículo 5 del TUE, lo constituye el artículo 352 del TFUE. Así, la que se denomina cláusula de flexibilidad (en la Constitución Europea *non nata*) establece en su apartado 1 que: «Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo». Nos detendremos en este apartado para analizar posteriormente los otros dos que integran el artículo 352 del TFUE.

Las semejanzas entre el artículo 352 del TFUE y el artículo 308 del TCE<sup>80</sup> son evidentes. No obstante, se observan algunas diferencias notables. En primer lugar, el ámbito de aplicación del artículo 308 del TCE es el mercado común, mientras que el artículo 352 del TFUE se refiere a la totalidad de políticas y acciones de la Unión. En segundo lugar, el artículo 352 exige que las medidas que se adopten conforme al mismo sean aprobadas previamente por el Parlamento Europeo, mientras que el artículo 308 del TCE prevé, tan sólo, la consulta al mismo. Pero, ambos preceptos coinciden, aparentemente, en la posibilidad de que para alcanzar objetivos de la Unión, «sin que se hayan previsto poderes de actuación (acción) necesarios al efecto (respecto)» se puedan adoptar medidas no previstas expresamente. ¿Acaso no se está diciendo que la Unión puede crear competencias específicas para realizar objetivos de la Unión? En definitiva: ¿No se está haciendo en el TFUE, como antes en la Constitución Europea *non nata*, un hueco al principio funcionalista, después de haberlo negado rotundamente al formular el principio de atribución?

Lo cierto es que la cláusula del artículo 352 del TFUE es más exigente, más restrictiva en su utilización, que el artículo 308 del TCE. Nada obsta, por tanto, para que utilicemos en relación con el artículo 352 del TFUE el principio de continuidad jurídica, que permite considerar como fuente de interpretación de este precepto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al ser los artículos 352 del TFUE y 308 del TCE «disposiciones comparables» (dicha cláusula se preveía expresamente por el artículo IV-438.4<sup>81</sup> de la Constitución Europea *non nata* y de un implícito en

<sup>80</sup> El artículo 308 del TCE, antiguo artículo 235, dice así: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

<sup>81</sup> Dice así el artículo IV-438.4 de la Constitución Europea *non nata*: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia relativa a la

el artículo 1, párrafo tercero del TUE). Pero, antes de recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia analizaremos el artículo 352 del TFUE.

La cuestión que late en la interpretación del artículo 352 es la de si del mismo puede o no derivarse que la Unión Europea tenga la potestad innovativa, tema este decisivo en la configuración del sistema competencial, al que nos hemos referido antes. Si concluyéramos que el artículo 352 excepciona el principio de atribución llegaríamos a consecuencias diferentes a las de considerar al artículo 352 como subordinado al principio de atribución. Optar por una u otra solución nos sitúa ante dos diferentes concepciones del Derecho de la Unión. La primera posición conduce a la concepción funcionalista, que ha postulado durante décadas que el ámbito competencial de la Unión era en extremo flexible, en la medida en que venía determinado tan solo por los objetivos o misiones de la Unión; por cierto formulados en la mayoría de los casos con amplitud y ambigüedad. Así, los objetivos o misiones eran el único límite de las competencias materiales de la Unión que permitían, mediante la cláusula de flexibilidad del artículo 308 el TCE, regular todo lo que se considerara por las Instituciones de la Unión que respondía a dichos difusos límites. Esta tesis, si bien se fundamenta técnicamente en el artículo 308 del TCE, hunde sus raíces de modo decisivo en concepciones internacionalistas que sitúan al Derecho internacional (y en general al Derecho de las organizaciones internacionales) en una posición superior al Derecho de los Estados. Más atrás nos referimos a la pretensión de situar al Derecho internacional en la cúspide del ordenamiento jurídico español durante la tramitación del proyecto constitucional de 1978, pretensión que se rechazó de modo expreso<sup>82</sup>.

No cabe duda de que las tesis funcionalistas tuvieron una gran acogida en la Unión, hasta el punto de desbordar el principio de atribución que estaba implícito en el Derecho de la Unión desde sus orígenes. Particularmente, a partir de la mención implícita al principio de atribución en el artículo 5 del TCE era preciso afrontar las relaciones entre los artículos 5 y 308 ambos del TCE, lo que, como antes vimos, hizo el Tribunal de Justicia a propósito de los Dictámenes 2/92, de 24 de marzo de 1995 y 2/94, de 28 de marzo de 1996, remitiéndonos a las observaciones que hicimos más atrás.

El principio de atribución resulta indispensable para la determinación del ámbito competencial de la Unión Europea, habida cuenta que el Derecho de la Unión presenta unas características que no se prestan a confusión con el Derecho internacional convencional. Pues el primero es, en gran medida, de carácter supranacional (o intraestatal), con todas las excepciones a que nos referiremos, mientras que el segundo es de carácter intergubernamental, lo que tiene repercusiones transcendentales.

---

interpretación y aplicación de los Tratados y actos derogados por el artículo IV-437, así como los actos y convenios adoptados en aplicación de aquéllos, siguen siendo, *mutatis mutandis*, la fuente de interpretación del Derecho de la Unión y, en particular, de las disposiciones comparables de la Constitución».

<sup>82</sup> Ver el Cap. I.3.

El abandono definitivo del funcionalismo parecía llegar con la mención expresa al principio de atribución con las matizaciones introducidas por el artículo 5 del TUE tras la reforma del Tratado de Lisboa. Así, la interpretación que postulamos del artículo 352 del TFUE, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, antes citada, subordina dicha cláusula al principio de atribución y no lo configura como una excepción al mismo.

La interpretación que postulamos se ve reforzada no sólo por los términos en que se produce el artículo 5 del TUE sino por los términos renovados del artículo 352 del TFUE. En efecto, antes hicimos mención a que este último precepto ha establecido límites más precisos que su precedente para la aplicación de la cláusula de flexibilidad. Particularmente, la combinación de los dos parámetros: «ámbito de las políticas definidas en los Tratados» y «objetivos fijados por los Tratados» impide una interpretación extensiva de la cláusula de flexibilidad. De manera que la acción que se entienda necesaria, a que se refiere dicho precepto, debe llevarse a cabo por la Unión en el estricto contexto de las políticas definidas en los Tratados, sin que pueda entenderse que, a través de la cláusula del artículo 352 del TFUE puedan generarse otras competencias diferentes a las derivadas del principio de atribución. Y, además, la acción que se proponga acometer por las Instituciones de la Unión tiene que estar ordenada a uno de los objetivos previamente establecidos en los Tratados.

Por lo demás, dicha cláusula se ejerce por las mismas Instituciones y procedimiento, con algunas salvedades, que la cláusula del artículo 308 del TCE. Es decir, la Comisión, para hacer la propuesta correspondiente al Consejo, tiene que justificar que es necesaria para alcanzar un objetivo de la Unión, en el marco de una competencia atribuida, fundando la propuesta en que no se hayan previsto en los Tratados los poderes de actuación necesarios al efecto. Esto es, en los casos en que en el texto de los Tratados: no se haya indicado el procedimiento; o se haya hecho de modo deficiente; o no se hayan indicado las instituciones competentes para iniciar dicho procedimiento, etc. Y para evidenciar la excepcionalidad de la utilización de dicha cláusula el artículo 352 del TFUE prevé que el Consejo decida por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

#### **4.2. La intervención de los Parlamentos nacionales**

Pero, además de lo dicho, el artículo 352 del TFUE (en consonancia con lo dispuesto en el artículo 12 del TUE) ha introducido dos nuevos apartados que no tienen parangón en el citado artículo 308 del TCE. Por una parte, el apartado 2 del artículo 352 ha venido a garantizar la aplicación del principio de subsidiariedad, y a tal fin la Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad, debe advertir (*cláusula de advertencia*) a los Parlamentos nacionales las propuestas que sean ejecución de la cláusula de flexibilidad.

El problema que aquí se plantea es si en virtud del apartado 2 del artículo 352 puede entenderse que se está habilitando a los Parlamentos nacionales para entrar a

valorar la aplicación de la cláusula de flexibilidad, o si sólo se trata de una advertencia ritual de la Comisión a los Parlamentos nacionales, que no permitiría a éstos entrar a juzgar la utilización de la cláusula sino sólo las medidas adoptadas en virtud de la misma. Dejaremos aquí esta cuestión sobre la que volveremos más adelante, a propósito del principio de subsidiariedad. Pero, en todo caso, la competencia creada en los Parlamentos nacionales tiene sentido en el marco del control de la subsidiariedad que se expresa, en todo caso, en el marco de las competencias atribuidas.

#### **4.3. La interdicción de la armonización sobrevenida**

Por otra parte, el apartado 3 del artículo 352 del TFUE ha introducido una segunda cautela que no es sino el desarrollo lógico de la prevalencia del principio de atribución. Dicha cautela consiste en que la cláusula de flexibilidad no puede modificar la naturaleza de la competencia de la Unión cuando el ejercicio de la misma tenga prohibida expresamente la armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. A mi juicio, la cautela que introduce el artículo 352 del TFUE no era imprescindible, pues lo que preceptúa se deduce de una interpretación sistemática de los Tratados. Pero, en definitiva, la referencia que se hace a la competencia de la Unión aclara que la citada cláusula del apartado 3 del artículo 352 del TFUE opera, precisamente, sobre competencias atribuidas.

Sin embargo, dicha cautela debe considerarse insuficiente en la medida en que debiera haberse aclarado también que la aplicación de la cláusula no puede modificar la naturaleza de la competencia sobre la que se aplique.

### **5. LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 296 DEL TFUE Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN**

El artículo 296, párrafo primero del TFUE establece una cláusula que dice así: «Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad». Dicha cláusula forma parte de la sección dedicada a los procedimientos de adopción de los actos<sup>83</sup>.

El artículo 296 del TFUE presenta algunas dificultades de comprensión. Así, resulta claro que el supuesto de hecho determinante de la actuación de la cláusula consiste en que en el marco de una determinada competencia de la Unión los Tratados no establezcan expresa o implícitamente el acto jurídico con el que debe ejercerse dicha competencia. La precaución es importante porque, aunque en los Tratados vigentes

---

<sup>83</sup> En particular el artículo 296 del TFUE forma parte de la sección segunda «Procedimientos de adopción de los actos y otras disposiciones» del capítulo 1 «Actos jurídicos de la Unión, procedimientos de adopción y otras disposiciones» del Título I de la Parte sexta del TFUE.

los supuestos de indefinición del instrumento jurídico sean menores que en el TCE, se siguen dando casos de indefinición del instrumento jurídico que debe utilizarse.

Pero, a partir de las consideraciones anteriores, el precepto que analizamos presenta algunos problemas, ya que se dice en el mismo que las instituciones decidirán en cada caso «conforme a los procedimientos aplicables», sin que se aclare a qué procedimientos se está haciendo referencia. Una primera posibilidad hubiera sido la de que a lo largo del articulado de los Tratados se hubieran previsto procedimientos *ad hoc* para que las instituciones decidieran el acto jurídico a adoptar. Pero, como tendremos oportunidad de comprobar en el capítulo III de este trabajo, las previsiones en cuestión no tienen lugar en los Tratados vigentes tras el Tratado de Lisboa.

La segunda posibilidad, que hay que acoger necesariamente, es que las Instituciones en ausencia de un tipo de acto preestablecido pueden escoger el que sea más adecuado al ejercicio de la competencia, a cuyo efecto deberán tener en cuenta la naturaleza de la competencia y, como ordena el citado precepto, el principio de proporcionalidad. Esto es, el instrumento jurídico debe ser el adecuado para alcanzar los objetivos que rigen, como límites positivos y negativos, la competencia de que se trate. En este caso el principio de proporcionalidad cumple una función similar a la que desempeña en el ejercicio de competencias materiales, esto es, sirve para determinar la intensidad de la intervención de la Unión.

Llegados a este punto podemos responder en qué forma afecta el apartado 1 del artículo 296 del TFUE al sistema de atribución de competencias. En primer término, la elección del instrumento jurídico adecuado, en caso de aplicación del referido precepto, debe ser acorde al ámbito en que radique la competencia. Pero, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante el haz de competencias de un determinado ámbito competencial no es siempre homogéneo, de manera que la cláusula del artículo 296 del TFUE podría, eventualmente, servir para una nueva reformulación del tipo de competencia. De manera que aunque partamos de la idea<sup>84</sup> de que el tipo de norma (reglamentos, directivas y decisiones) no se asocia en los Tratados vigentes, salvo excepciones, al tipo de competencia, a diferencia de lo que sucedía, por lo general, en el Tratado de la Comunidad Europea, no es lo mismo la elección de uno que otro instrumento jurídico. Así: el reglamento excluye la colaboración de los Estados salvo expresa inclusión; o la directiva requiere necesariamente la colaboración de los Estados; es decir, cada tipo de norma se corresponde a un determinado régimen jurídico integrado por instituciones y procedimientos predeterminados. Pero, lo que resulta más relevante, a los efectos que ahora nos ocupan, es que, como veremos más adelante, el principio de subsidiariedad sólo opera en relación con los actos legislativos, de manera que la no elección, siendo posible, de un acto legislativo, en aplicación de la cláusula del artículo 296 del TFUE, puede traer como consecuencia la exclusión del principio de subsidiariedad. Lo que supone que la referida cláusula puede incidir en el sistema competencial del que el principio de subsidiariedad es una pieza capital.

---

<sup>84</sup> Ver mi trabajo «Sistema de fuentes», capítulo IV del libro *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª edc., COLEX, Madrid, 2012.

## 6. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD<sup>85</sup> Y PROPORCIONALIDAD<sup>86</sup>. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL DE LA SUBSIDIARIEDAD A LOS PARLAMENTOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El alcance final de las competencias, y en consecuencia de las políticas de la Unión, precisa el análisis de los principios formales y de los objetivos que a diferentes niveles rigen su ejercicio.

Los principios formales que rigen el ejercicio de las competencias de la Unión se deducen, en primer lugar, del artículo 5 del TUE, apartados 1, 3 y 4 que formulan los de subsidiariedad y proporcionalidad, desarrollados por el *Protocolo 2* anejo a los Tratados *Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, completado por el *Protocolo 1 Sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*.

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, antes del Tratado de Lisboa, se regulaban en el artículo 5 del TCE, y en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* que, con notables modificaciones, se ha anexo al texto de los Tratados. Del mismo modo, la mayoría de los otros principios que rigen la ejecución de las políticas de la Unión, como veremos, se deducen de los Tratados.

La novedad que aportan los vigentes TUE y TFUE consiste, fundamentalmente, en relación con la regulación precedente en el TCE de los principios de subsidia-

---

<sup>85</sup> Ver entre otros, con anterioridad al Tratado de la Unión: A. CARRO MARTÍNEZ, «La Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, sep/dic, 1991; J. L. PIÑOL I RULL, M. PI I SUÑER y M. CIENFUEGOS MATEO, «El principi de subsidiariedad i la seva aplicació a les entitats subestatal: conseqüències en el desenvolupament de les Comunitats Europees», en *Quaderns de treball*, núm. 33, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 1991. Posteriormente al TUE la bibliografía en esta materia es extensísima. Ver entre otros: J. M. AREILZA CARVAJAL, *El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea*, Madrid, 1996; G. BERMAN, «Taking Subsidiarity seriously: Federalism in the European Community and the United States», en *Columbia law Review*, núm. 94, 1994; H. BRIBOSIA, «Subsidiarité et repartition de compétences entre la Communauté et ses États membres. Commentaire sur l'article 3B du Traité de Maastricht», en *Revue du Marche Commun Européenne*, 1992; R. CAFARI PANICO, «Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali», en *Rivista di Diritto Europeo*, núm. 34, 1994; A. CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Pamplona, 2002; M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Madrid, 1996; J. Rodríguez Arana, «Sobre el principio de subsidiariedad. Análisis Jurídico», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 110, 1994.

<sup>86</sup> El principio de proporcionalidad ha tenido un extraordinario desarrollo en los marcos del derecho penal y de los derechos fundamentales, no obstante, pueden ponerse como ejemplos significativos del estudio de este principio en el Derecho de la Unión Europea, entre otros, los trabajos de: J. BARNÉS, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994; D. GALETTA, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998; S. NERI, «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Court relative au droit communautaire agricole», en *Revue Trimestrelle du Droit Européenne*, núm. 4, 1981.

riedad y proporcionalidad, en la atribución de importantes competencias de control de la aplicación de dicho principio a los Parlamentos nacionales, lo que se deduce tanto del Protocolo 1, sobre el cometido de los Parlamentos nacionales de la Unión Europea<sup>87</sup>, como del el Protocolo 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ambos protocolos anejos al TFUE.

### **6.1. Presupuesto y ámbito de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad**

El principio de subsidiariedad procede aplicarlo de acuerdo con los Tratados, como sucedía de acuerdo con el artículo 5 del TCE, en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión. Esta delimitación, que excluye el principio de subsidiariedad de los ámbitos de competencia exclusiva, habida cuenta que el artículo 3 del TFUE indica de modo exhaustivo las competencias exclusivas de la Unión, supone una clarificación considerable sobre su precedente. Por el contrario, el principio de proporcionalidad es aplicable sea cual sea la naturaleza de la competencia que ejerza la Unión.

Así, el procedimiento de proporcionalidad se aplicaría o se superpondría, de acuerdo con el artículo 5 del TUE, al ejercicio de todas las competencias de la Unión, con inclusión de las exclusivas relacionadas en el artículo 3 del TFUE. Sin embargo, las consecuencias que se obtienen del Protocolo 2 sobre la subsidiariedad, anexo al TFUE, modifican la apreciación que se deduce de la sola lectura del artículo 5 del TUE. En efecto, el citado Protocolo tan sólo se refiere a «actos legislativos» como objeto del control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y aquellos, de acuerdo con el artículo 289 del TFUE, son tan sólo los reglamentos, directivas o decisiones adoptados por un procedimiento legislativo, lo que significa una modificación sustancial de lo dispuesto en el protocolo sobre esa misma materia vigente antes del Tratado de Lisboa que se refiere vagamente a «norma comunitaria» (artículo 4), aunque sin descartar la extensión a toda la actividad de la Unión.

Es decir, del Protocolo 2 anexo al TFUE se deduce, con claridad, que el procedimiento allí contemplado sólo es aplicable a los reglamentos, directivas y decisiones que sean actos legislativos, dejando al margen otros instrumentos normativos de considerable relieve como los reglamentos, directivas y decisiones derivados directamente del TFUE, los reglamentos delegados y de ejecución, que tienen naturaleza normativa, así como todos los demás tipos normativos e instrumentos ejecutivos<sup>88</sup>, y

---

<sup>87</sup> Vid. A. BRITO PÉREZ, *Las regiones políticas en la Unión Europea. Especial mención a las Comunidades Autónomas*, Ed. Aldevara, 2010, y mi trabajo, «Los parlamentos nacionales y regionales, y su implicación en la toma de decisiones en la Unión Europea», en *REDUE* núm. 6, 1 semestre de 2004, págs. 161 y sigs. y la bibliografía que en el mismo se cita.

<sup>88</sup> Vid. para la tipología de actos y normas en la Constitución mi trabajo: «Sistema de fuentes», cit.

en consecuencia quedarían fuera del referido control ámbitos materiales completos como el de la Política Exterior y de Seguridad Común en que no se utilizan de ordinario los actos legislativos. Y, aunque dicha limitación no se deduzca expresamente del artículo 5 del TUE, el apartado 3 de este artículo se remite al Protocolo 2, a los efectos de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por las Instituciones.

Muy probablemente la razón última de la limitación del ámbito de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad sea la entrada de los Parlamentos nacionales en el control de la aplicación de dicho principio. Así, sea cual sea la explicación que pueda darse, tras el Tratado de Lisboa se ha producido una considerable reducción del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad.

Finalmente, pudiera plantearse si la limitación del ámbito del control de la subsidiariedad a los actos legislativos europeos alcanza sólo a los Parlamentos nacionales o comprende a la totalidad de las Instituciones. Pues bien, de lo dispuesto en el Protocolo 2 anejo a los Tratados se deduciría que la limitación alcanza a la totalidad de las Instituciones, de manera que la referencia a «actos legislativos» en vez de a «normas de la Unión» ha producido un efecto restrictivo considerable, ya que los actos legislativos europeos no agotan la totalidad de instrumentos normativos de la Unión. Pero, siendo la anterior una conclusión que se deduce de la letra del Protocolo, no parece que estemos ante una solución adecuada al espíritu del artículo 5 del TUE del que parecería deducirse todo lo contrario. Esto es, que al menos, todas las normas de la Unión estuvieran sometidas al principio de subsidiariedad sin quedar limitado en su aplicación a los actos legislativos. Al Tribunal de Justicia corresponderá dilucidar si debe prevalecer una interpretación extensa o restrictiva del ámbito de aplicación de dichos principios.

## **6.2. La subsidiariedad como control de la suficiencia y eficiencia de la actuación de la Unión**

A los efectos que nos ocupan debe darse por sentado que el principio de subsidiariedad opera tan solo en relación con competencias atribuidas a la Unión con carácter no exclusivo. No es, por tanto, en modo alguno, un principio que determine si la Unión es o no competente para dictar un determinado acto de la Unión. Y, tampoco tiene por objeto verificar si una competencia atribuida se ha utilizado dentro de los límites positivos y negativos determinados por los objetivos genéricos y específicos que rigen el ejercicio de una determinada competencia. La aplicación del principio de subsidiariedad tampoco tiene por objeto la verificación de que se respetan las reglas internas del ejercicio de competencias (Institución, procedimiento e instrumento adecuados). Por el contrario, la aplicación del principio de subsidiariedad, lo que es predicable también del principio de proporcionalidad, tiene lugar a partir del cumplimiento de los requisitos anteriores. Esto es: teniendo

la Unión una competencia, que pretende ejercer a través de las instituciones competentes y los procedimientos previstos así como de los límites preestablecidos, se trata de verificar *a priori* la suficiencia y eficiencia del acto legislativo que la Unión se propone adoptar.

De manera que no es suficiente, por *mor* de dicho principio, que el ejercicio por la Unión de una competencia se le haya atribuido y que la pretenda ejercer de acuerdo con lo previsto en los Tratados, sino que la Unión debe acreditar que los objetivos previstos en el texto fundamental, en el marco del ejercicio de la competencia en cuestión, no pueden alcanzarse por los Estados miembros al margen de la Unión a través del ejercicio de sus propias competencias (insuficiencia), y que, sin embargo, sí pueden alcanzarse por la Unión (suficiencia), y junto a los requisitos anteriores la Unión debe acreditar que a través del ejercicio de sus competencias los objetivos en cuestión pueden alcanzarse mejor por la Unión (eficiencia) que por los Estados miembros.

La relevancia de los objetivos no significa que a través de la subsidiariedad se haya producido una funcionalización del Derecho de la Unión, porque, como antes decíamos, el ejercicio de una competencia no exclusiva por la Unión es un *prius* para la operatividad del principio de subsidiariedad. De manera que, lo que resulta relevante es que los objetivos integren la competencia de modo sustancial. Esto es, la competencia no puede entenderse al margen de los objetivos que se pretenden lograr, sino que estos últimos se integran en la primera.

### **6.3. Los procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad como conjunto de juicios de oportunidad**

Las referencias a la insuficiencia-suficiencia y a la eficiencia del artículo 5 del TUE son desarrolladas por el artículo 5 del Protocolo 2, anexo al TFUE. Este precepto exige el cumplimiento por los proyectos de actos legislativos europeos de una serie de requisitos formales y materiales. Así, la motivación de los actos legislativos debe instrumentarse en una *ficha* que incluya, dice el citado artículo, los: «pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad». Motivación o fundamentación que, dice el citado precepto, debe basarse «en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos». La ficha debe incluir: los datos que permitan evaluar *el impacto financiero* de la medida propuesta, lo que equivale a lo que, en términos de Derecho interno, son las memorias económicas de los actos legislativos; y los *efectos sobre la normativa de los Estados miembros*, entendiéndose incluidos en los mismos los efectos sobre la legislación regional, cuando se instrumente la medida a través de una directiva europea.

En definitiva, a través de los procedimientos de aplicación de los principios de subsidiariedad y la proporcionalidad, se debe poder acreditar por la Unión que la actuación de los Estados sería insuficiente y que la actuación que propone la Unión, al contrario, sería suficiente y eficiente. En lo concerniente a la eficiencia se indica, como parámetro para medirla, el del menor impacto administrativo y financiero que deben procurar los proyectos legislativos sobre la Unión, los Gobiernos nacionales,

las autoridades regionales, las autoridades locales, los agentes económicos y los ciudadanos. Si bien, este parámetro no agota las posibles virtualidades de la eficiencia.

#### **6.4. La exclusión del juicio de oportunidad como consecuencia de la determinación de los Tratados. Las competencias de ejercicio obligatorio**

La aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se regula en el artículo 5 del TUE, apartados 3 y 4, y en los Protocolos 1 y 2 anejos a los Tratados, como procedimientos incondicionados en el ámbito de las competencias no exclusivas (subsidiariedad), o en relación con el ejercicio de toda competencia (proporcionalidad) de la Unión que se ejerza mediante un acto legislativo. Sin embargo, como veremos en el capítulo III de este trabajo, en numerosas ocasiones los Tratados excluirán o reducirán a límites muy estrechos la aplicación del principio de subsidiariedad e incluso del principio de proporcionalidad. Me refiero a las *competencias* que denominamos *de ejercicio obligatorio*: Es decir, a los casos en que en un ámbito de competencias compartidas el TFUE ha anticipado su juicio de oportunidad que ha plasmado en el articulado, de manera que la Unión no puede dejar de ejercer la competencia en cuestión (*competencia de ejercicio obligatorio*), y en esa medida el juicio de oportunidad en algunos casos sólo comprendería algunos aspectos de la intensidad de la utilización de la competencia (con lo que se preservaría sustancialmente la aplicación del principio de proporcionalidad).

Ahora bien, cabría también la posibilidad de interpretar que el artículo 5 del TUE en sus apartados 3 y 4, y los Protocolos 1 y 2 anejos al TFUE, habrían operado una transformación de la competencia de ejercicio obligatorio en competencia compartida. Si bien esta interpretación se encontraría con un obstáculo insalvable que es el de la cláusula que se incluye en el apartado 6 del artículo 2 del TFUE que señala que: «el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito», lo que de modo inequívoco indica que lo dispuesto en cada ámbito prevalece sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 5 del TUE o en los artículos 1 a 6 del TFUE, y no al revés.

#### **6.5. La intervención de los Parlamentos nacionales<sup>89</sup>**

Los Protocolos 1<sup>90</sup> y 2<sup>91</sup> anejos a los Tratados están íntimamente relacionados hasta el punto de no ser comprensibles aisladamente. Por ello prestaremos atención

<sup>89</sup> Más ampliamente en A. BRITO PÉREZ, *Las regiones políticas en la Unión Europea. Especial mención a las Comunidades Españolas*, Ed. Aldevara, 2010.

<sup>90</sup> Protocolo 1 Sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, anejo a los Tratados, que tiene como precedente el Protocolo 13 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, anejo al Tratado de Amsterdam.

<sup>91</sup> Protocolo 2 Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo a los Tratados, que tiene como precedente el Protocolo 7, del mismo nombre anejo al Tratado de la Unión Europea.

a ambos. Comenzaremos comentando el primero de los protocolos antes citados. Dicho Protocolo, que tiene una estructura similar a la de su precedente (el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam) se divide en dos Títulos, el primero de ellos versa sobre la «Información a los Parlamentos nacionales», aunque su contenido es más amplio que el que se deduce de su título, y supone un vuelco sobre lo previsto por el protocolo introducido en la misma materia por el Tratado de Amsterdam, mientras que el Título II está dedicado a la «Cooperación interparlamentaria».

### **6.5.1. La transmisión a los Parlamentos nacionales de las propuestas de actos legislativos que se dirijan al Parlamento Europeo y al Consejo: regla general**

Con carácter general el Protocolo 1, Sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, establece la obligación de que cualquier proyecto de acto legislativo dirigido al Parlamento Europeo o al Consejo se transmita igualmente a los Parlamentos nacionales. Si bien, el sistema de transmisión depende del tipo de proyecto de acto legislativo de que se trate. Así, los proyectos de actos legislativos de la Comisión se transmiten directamente por ésta a los Parlamentos nacionales, al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo; los proyectos de actos legislativos del Parlamento Europeo son transmitidos directamente por éste a los Parlamentos nacionales; y los demás proyectos de actos legislativos son transmitidos por el Consejo a los Parlamentos nacionales (esto es, los provenientes de Estados miembros, Tribunal de Justicia, Banco Central Europeo y Banco Europeo de Inversiones).

Así, los artículos 1 y 2 del Título I del citado Protocolo 1, han mejorado notablemente el sistema de comunicación con los Parlamentos nacionales que regía antes del Tratado de Lisboa<sup>92</sup>. En efecto, de acuerdo con el Protocolo introducido por el Tratado de Amsterdam la obligación de comunicación de las Instituciones europeas a los Parlamentos nacionales debía hacerse «puntualmente» o «con la suficiente antelación», lo que ha dado lugar a importantes desfases al actuar los Gobiernos nacionales como intermediarios de la comunicación de las propuestas legislativas de la Comisión a los respectivos Parlamentos nacionales, en perjuicio de la información eficiente a estos últimos que veían dificultadas sus limitadas facultades de control.

### **6.5.2. La información de la Comisión a los Parlamentos nacionales**

En el Protocolo 1 anejo a los Tratados los Parlamentos nacionales se equiparan también al Parlamento Europeo y al Consejo en lo que concierne a las obligacio-

---

<sup>92</sup> Puede verse mi trabajo *Los parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones de la Unión Europea*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, primer semestre, 2004, págs. 161 y sigs. y la bibliografía que en el mismo se cita.

nes de información de la Comisión de lo que se denomina en el artículo 1 de dicho Protocolo: «documentos». Así: Por una parte, la Comisión debe transmitirles a los Parlamentos nacionales directamente, cuando se publiquen, sus *documentos de consulta* (libros blancos, libros verdes, y comunicaciones); y por otra, la Comisión les transmitirá a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo el *programa legislativo anual*, la *programación legislativa*, y las *estrategias políticas* (art. 1 del Protocolo 1).

El nuevo modelo de información entre la Comisión y los Parlamentos nacionales, que tiene como objeto hacer posible el control por estos últimos de la aplicación del principio de subsidiariedad es, en principio, adecuado en orden al cumplimiento de la nueva función que a los mismos se atribuye por los Tratados.

### **6.5.3. La información del Consejo a los Parlamentos nacionales**

El Consejo está obligado a comunicar directamente a los Parlamentos nacionales, al mismo tiempo que a los Gobiernos de los Estados miembros, *las órdenes del día y los resultados de las sesiones del Consejo, incluidas las actas de las sesiones del Consejo en las que éste delibere sobre proyectos de actos legislativos* (art. 5 del Protocolo 1), cautela esta que, como veremos, tiene por objeto que los Parlamentos nacionales puedan verificar el cumplimiento de los distintos plazos, y demás requisitos, a que están sujetas en su tramitación las propuestas legislativas.

### **6.5.4. La información del Consejo Europeo a los Parlamentos nacionales**

Cuando el Consejo Europeo haga uso de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 del apartado 7 del artículo 48 del TUE (esto es: cuando se pretenda sustituir la unanimidad por la mayoría cualificada o sustituir un procedimiento legislativo especial por el procedimiento legislativo ordinario), a la adopción de la decisión correspondiente debe preceder la información a los Parlamentos nacionales, lo que tendrá lugar al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo. El precepto establece el plazo cautelar de seis meses entre dicha comunicación y la adopción del acto comunitario europeo.

### **6.5.5. La información del Tribunal de Cuentas a los Parlamentos nacionales**

El Protocolo ha equiparado los Parlamentos nacionales al Parlamento Europeo y al Consejo en la medida en que, aunque *a título informativo*, el Tribunal de Cuentas les enviará a aquellos, al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo, su informe anual.

### 6.5.6. El dictamen motivado sobre proyectos legislativos

Pero, lo realmente innovador del Protocolo comentado es que los Parlamentos nacionales: «podrán dirigir a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un *dictamen motivado* sobre la conformidad de un *proyecto de acto legislativo* con el principio de subsidiariedad, con arreglo al procedimiento que regula el protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» (art. 3). Y, además, se ha previsto que cuando el proyecto de acto legislativo europeo provenga de un grupo de Estados miembros, del Tribunal de Justicia, del Banco Central Europeo o del Banco Europeo de Inversiones, el dictamen motivado antes referido será transmitido por el presidente del Consejo, respectivamente, en el primer caso a los demás Gobiernos de los Estados concernidos y en los demás casos a las Instituciones u órganos de que se trate.

El Protocolo relativo a los Parlamentos nacionales, ha establecido una serie de *cautelas temporales*, con objeto de que los dictámenes motivados, emitidos por los Parlamentos nacionales sobre proyectos legislativos, puedan ser atendidos por sus destinatarios. Así, dice el artículo 4 del Protocolo sobre los Parlamentos nacionales: «Entre el momento en que se transmita a los Parlamentos nacionales un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión Europea y la fecha de inclusión de dicho proyecto en el orden del día provisional del Consejo con miras a su adopción o a la adopción de una posición en el marco de un procedimiento legislativo, deberá transcurrir un plazo de ocho semanas. Serán posibles las excepciones en caso de urgencia, cuyos motivos se mencionarán en el acto o la posición del Consejo», y sigue diciendo el artículo 4 «A lo largo de esas ocho semanas no podrá constatarse ningún acuerdo sobre un proyecto de acto legislativo, salvo en los casos urgentes debidamente motivados. Entre la inclusión de un proyecto de acto legislativo europeo en el orden del día provisional del Consejo y la adopción de una posición deberá transcurrir un plazo de diez días, salvo en los casos urgentes debidamente motivados».

### 6.5.7. La cooperación interparlamentaria

El Título II del Protocolo que se refiere a la cooperación interparlamentaria ha introducido también algunas novedades. Por una parte, prevé de modo explícito la cooperación entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales. Por otra, la Conferencia de Órganos Parlamentarios Especializados en Asuntos de la Unión (COPEAU, antes COSAC) puede dirigir, como hacía hasta la fecha, al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión las contribuciones que considere convenientes, así como fomentar el intercambio de información y de prácticas idóneas entre los Parlamentos nacionales y de éstos con el Parlamento Europeo.

La novedad más sobresaliente en este punto es la posibilidad que prevé el Protocolo de que la COPEAU pueda organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, incluyendo entre los mismos los relativos a la política exterior y de seguridad común, así como de política común de seguridad y defensa. Si bien, las aportaciones, se prevé expresamente en el Protocolo, de dichas conferencias no vincularán a los Parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición.

#### **6.5.8. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad completa el Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión**

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad es complementario del Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

Por una parte, el Protocolo que ahora analizamos completa las obligaciones de información que prevé el Protocolo sobre los Parlamentos nacionales. Así, la Comisión debe también remitir a los Parlamentos nacionales, al mismo tiempo que al Consejo y, en su caso, al Parlamento, *sus propuestas modificadas*. Y, el Parlamento y el Consejo deben remitir a los Parlamentos nacionales, inmediatamente tras su adopción, *sus resoluciones legislativas y sus posiciones*.

#### **El dictamen motivado de los Parlamentos nacionales y la consulta a los Parlamentos regionales**

El dictamen motivado de los Parlamentos nacionales debe producirse dentro del plazo de *ocho semanas* a que se refiere el Protocolo sobre los Parlamentos nacionales, estableciéndose que dicho dictamen, como no podía ser de otro modo, debe exponer, de acuerdo con su artículo 6: «las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad». Lo realmente innovador de este Protocolo se encuentra en la previsión que se hace de consulta por los Parlamentos nacionales a los respectivos Parlamentos regionales de los Estados miembros, en el caso de que estos existan. Bien es cierto que se deja a cada Parlamento nacional, o a cada cámara de cada Parlamento nacional, decidir si procede consultar a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas. Es decir, se produce una remisión al Derecho interno de cada Estado miembro que deberá establecer cuándo procede la consulta por el Parlamento nacional a los Parlamentos regionales, lo que significa que dicha regulación puede ser más o menos restrictiva o, incluso, pudiera no tener lugar. Pero, en todo caso, se está señalando una vía de participación de los Parlamentos regionales que parece razonable sea utilizada por los Estados europeos descentralizados.

### **6.5.9. Los efectos de los dictámenes motivados adoptados por mayorías significativas de los Parlamentos nacionales**

La reforma introducida por el Protocolo va más allá de lo dicho hasta ahora, ya que cuando al menos un tercio de los votos que corresponden a los Parlamentos nacionales (2 votos a cada Parlamento nacional y 1 voto a cada cámara si es bicameral) emitan dictámenes motivados por incumplimiento del principio de subsidiariedad de un proyecto de acto legislativo de la Unión *la Comisión deberá volver a estudiar el proyecto objetado* (el umbral de 1/3 pasa a ser de 1/4 cuando se trate de propuestas de la Comisión o de los Estados miembros en el marco del art. 76 del TFUE). No obstante, la Comisión no está vinculada a los referidos dictámenes de los que puede apartarse manteniendo, modificando o retirando su propuesta que, sin embargo, deberá motivar en todo caso.

### **El control por el Tribunal de Justicia del principio de subsidiariedad, a instancias de los Parlamentos nacionales o del Comité de las Regiones**

Las reformas introducidas por el Protocolo sobre la subsidiariedad culminan con la facultad de los Parlamentos nacionales para instar a sus respectivos gobiernos, de acuerdo con el procedimiento que se establezca a nivel nacional, la presentación de recursos por incumplimiento en lo concerniente al respeto del principio de subsidiariedad de los actos legislativos de la Unión. El Protocolo diferencia entre los recursos por incumplimiento interpuestos por los Estados miembros y los recursos por incumplimiento *transmitidos por éstos* (los Estados miembros) *de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo*. Sin duda una nueva modalidad de recursos que deberá ser objeto de regulación en su vertiente nacional por los Estados miembros. La cuestión radica aquí en interpretar si los Estados miembros están obligados a transmitir los recursos de sus respectivos Parlamentos nacionales, o si en el Derecho interno pueden establecerse filtros o condicionamientos hasta el punto de excluir su tramitación. Por otra parte, en el ordenamiento de la Unión deberán regularse las posiciones procesales respectivas del Estado miembro y de su Parlamento nacional en la tramitación del recurso en cuestión.

Finalmente, lo que significa la concesión más relevante del Tratado de Lisboa al Comité de las Regiones, se ha legitimado a éste directamente para que pueda interponer recursos por incumplimiento en relación con actos legislativos para cuya adopción se requiera su consulta.

### **6.6. El principio de proporcionalidad: diferencias y semejanzas con el principio de subsidiariedad**

La regulación del principio de proporcionalidad presenta algunas semejanzas y diferencias notables con el principio de subsidiariedad, por más que el Protocolo 2 anexo al TFUE los regule conjuntamente.

Son aplicables al principio de proporcionalidad las observaciones que hicimos más atrás en el sentido de que la aplicación del mismo parte, como presupuesto, de que la Unión pretende ejercer una competencia atribuida por las Instituciones y procedimientos pertinentes y con sujeción a los límites que imponen los objetivos que conciernen a cada competencia. Pero, mientras que el control de subsidiariedad tiene como finalidad permitir el ejercicio de la competencia por la Unión, una vez determinada su suficiencia y eficiencia, la aplicación del principio de proporcionalidad presupone el control previo de subsidiariedad y se centra exclusivamente en la intensidad con que debe utilizarse la competencia comunitaria en los planos formal y material. Es lo que denomina el apartado 4 del artículo 5 del TUE no excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. De manera que, por ejemplo, si el TFUE establece como alternativas formales en el ejercicio de una competencia el reglamento o la directiva, la utilización del primero (reglamento), que excluye (o puede excluir) la colaboración de los Estados miembros, deberá justificarse frente a la utilización de la segunda (directiva) que permite la colaboración de los Estados miembros. Y de la misma manera habrá que justificar la extensión e intensidad material en la utilización de la competencia atribuida.

Bien es cierto que, en ocasiones, será difícil separar el control de la subsidiariedad del control de la proporcionalidad o, más precisamente, el control de la subsidiariedad podrá condicionarse al control de proporcionalidad. Es decir, el juicio de oportunidad en que consiste el control de la subsidiariedad puede hacerse depender de la intensidad con que pretenda ejercerse la competencia en cuestión, tanto desde el punto de vista formal como material.

La diferencia más notable entre ambos principios se aprecia en su ámbito de aplicación. Así, el principio de proporcionalidad no es controlable por los Parlamentos nacionales, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3, párrafo segundo *in fine*, del artículo 5 del TUE, de los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y del artículo 3 del Protocolo 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. Pero, la exclusión referida puede ser irrelevante en la medida en que, como antes hemos señalado, los juicios que conlleva el control de la subsidiariedad pudieran venir determinados por el control previo de proporcionalidad (subvirtiéndolo el orden lógico de la aplicación de ambos principios). Así, aunque el artículo 8 del Protocolo 2 no incluya el control jurisdiccional de la proporcionalidad ésta puede llevarse a cabo indirectamente con motivo del control jurisdiccional de la subsidiariedad.

## 6.7. Conclusiones

Aunque volveremos sobre estos principios en el capítulo último de este trabajo puede resultar útil anticipar algunas conclusiones preliminares que se verán corroboradas por las conclusiones que alcancemos en el capítulo III de este trabajo. Particularmente debe resaltarse que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en

el TUE, parecería que parten del presupuesto de que no existen problemas interpretativos en la determinación de las competencias de la Unión, sino que los problemas que trata de resolver se situarían en el terreno de la oportunidad, la conveniencia y la intensidad con que se utilice la competencia por la Unión. De ser este el enfoque que se deduce del TUE, a mi juicio, la regulación de estos principios sería de dudosa utilidad, en particular en lo que atañe a intervención de los Parlamentos nacionales y, en su caso, regionales. Como antes anticipé, entregar a los Parlamentos nacionales y regionales (esto es a un conjunto numeroso de operadores) la realización de juicios de oportunidad que afectan directamente a su ámbito competencial conducirá, probablemente, a posiciones muy heterogéneas coincidentes en extremar la no intervención de la Unión, en su propio beneficio. Más, de otra parte, resulta dudoso que los Parlamentos nacionales y regionales puedan incorporar con eficiencia nuevas tareas a las propias que desempeñan con no pocas deficiencias.

Por lo demás, la justificación de que la entrada de los Parlamentos nacionales en el ejercicio de sus competencias por la Unión supondría un mayor grado de legitimidad democrática de ésta última carece de fundamento. Es como si se dijera que las Cortes Generales españolas obtendrían mayores cotas de legitimidad democrática por la circunstancia de que los Parlamentos autonómicos llevaran a cabo un control sobre las Cortes Generales similar al que se ha previsto para los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. A mi juicio, lo que ha sucedido realmente es que no se ha querido completar el proceso de aproximación de las funciones del Parlamento Europeo a las que llevan a cabo los Parlamentos nacionales, dándose un paso atrás en el proceso de federalización de la Unión.

## 7. EL PRINCIPIO DE COHERENCIA

El artículo 7 del TFUE, en la cabecera del Título I de la Parte primera del mismo, formula el principio de coherencia entre las distintas políticas y acciones de la Unión, de modo que no se produzcan contradicciones en la ejecución de las mismas. Este nuevo principio, cuya virtualidad es todavía prematuro vaticinar, debe irradiar sus efectos en la ejecución de las diferentes políticas y acciones (esto es, en el ejercicio de sus competencias por la Unión), para lo que deberá tenerse en cuenta, en especial, el conjunto de objetivos de la Unión, tanto los generales de la Unión como los específicos de cada política.

La coherencia es un principio, en la medida en que las acciones de la Unión tienen que tenerlo en cuenta previamente a su realización y, a la vez, es un objetivo cuya consecución no deja de resultar extremadamente complejo. Por otro lado, en algunos casos se hace referencia expresa al mismo: a propósito de la investigación y desarrollo tecnológico en que la Unión y los Estados miembros deben coordinarse para garantizar la coherencia recíproca entre sus políticas (art. 181 del TFUE); o con objeto de favorecer la coherencia de las acciones emprendidas a escala internacional en materia de protección civil (art. 196.1.c del TFUE).

La cita expresa de la coherencia en el articulado del TFUE debe considerarse superflua, en la medida en que el artículo 7 del TFUE es de aplicación general a todas las políticas y acciones que integran la misma. Es más, en algunas políticas en que no se hace referencia expresa a la coherencia, sin embargo, hubiera sido conveniente insistir en dicho principio. Por ejemplo, entre las políticas económica y monetaria, o entre las políticas de cooperación y de ayuda humanitaria.

El cumplimiento de este objetivo, por otra parte, nos remite a la calidad de la obra legislativa, que debiera ser un objetivo general del Derecho de la Unión.

## 8. OBJETIVOS QUE RIGEN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS POR LA UNIÓN

Los objetivos que rigen el ejercicio de las competencias por la Unión, y por los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, se pueden clasificar en cuatro grupos diferenciados, a saber: En primer lugar los que pudiéramos denominar *objetivos generales de la Unión*, que se proyectan sobre todas las políticas y acciones de la Unión; en segundo lugar los *objetivos genéricos de políticas o grupos de políticas*; en tercer lugar los *objetivos específicos* de las singulares políticas y acciones de la Unión; y finalmente los *objetivos transversales*, que siendo objetivos específicos de una determinada política afectan a otras políticas.

### 8.1. Los objetivos generales de los Tratados

Los objetivos generales de la Unión se contienen en el artículo 3<sup>93</sup> del TUE que, siguiendo la línea trazada por sus precedentes, los artículos 2 del TUE (antes de la

---

<sup>93</sup> Dice así el artículo 3 del TUE: «1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. 2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia. 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo. 4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro. 5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de los ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los

reforma del Tratado de Lisboa) y 2 del TCE, los ha ampliado notablemente. Los objetivos generales de la Unión se aplican a la totalidad de las políticas y acciones, y se proyectan con mayor o menor intensidad sobre las mismas dependiendo de su naturaleza.

Aunque no figuren como tales objetivos, la circunstancia de que los derechos fundamentales y las libertades públicas, y en particular la ciudadanía, figuren como valores y derechos en el TUE y en el TFUE son una muestra de su especial relevancia para la Unión, que indica que deben considerarse también desde la perspectiva de objetivos generales. Y lo mismo puede decirse de los principios y objetivos que se deducen del Título II del TUE «Disposiciones sobre los principios democráticos». En particular, a los efectos que nos ocupan, nos interesa destacar: el principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión (art. 9 del TUE y Título III de la Carta); el principio de buena administración (art. 41 de la Carta); el principio de transparencia de las instituciones, órganos (arts. 113 del TUE y 42 de la Carta); y el derecho a la protección de datos (arts. 16 del TUE, 39 del TFUE y 8 de la Carta).

Los objetivos generales de la Unión tienen una especial significación desde la perspectiva competencial que nos ocupa, porque deben actuar como límites positivos y negativos que deben ser tenidos en cuenta por la Unión, así como los Estados miembros, al ejercer la totalidad de las competencias atribuidas en los Tratados.

A título de ejemplo examinaremos aquí, con mayor detalle, la formulación de los principios-objetivos de igualdad y no discriminación, que tienen lugar en diferentes preceptos dispersos a lo largo de su texto.

Por una parte, la igualdad es calificada como un valor en el artículo 2 primer punto del TUE. En el mismo artículo 2 segundo punto, se afirma que uno de los rasgos de nuestra sociedad es la igualdad entre hombres y mujeres. Inmediatamente después, en el artículo 3.3, párrafo segundo del TUE, entre los objetivos de la Unión figura la igualdad entre mujeres y hombres. Por otra parte, el artículo 9 del TUE consagra el principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión como uno de los principios democráticos de la Unión. Por su parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica su Título III a la «Igualdad», que proclama en el primero de sus artículos (art. 20) a la que denomina «Igualdad ante la ley» que dice: «Todas las personas son iguales ante la ley», y el artículo 23 garantiza la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos (empleo, trabajo y retribución), no obstante permitir medidas de discriminación positiva a favor del sexo menos favorecido. De manera que en el Derecho de la Unión la igualdad es un valor, un principio y un derecho fundamental y la igualdad entre hombres y mujeres es a la vez un derecho fundamental, un rasgo y un objetivo de la Unión.

Por lo que se refiere a la no discriminación los Tratados proclaman como uno de sus principios básicos el de la no discriminación por razón de nacionalidad (ar-

---

derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas. 6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados».

títulos 18 y 45.2 del TFUE), y con objeto de regular su prohibición habilita a la Unión para utilizar el instrumento del reglamento y la directiva. Además, el TFUE formula dos principios finalistas, desarrollo del principio de no discriminación. Por un lado la Unión tratará de luchar contra toda «discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (artículos 10 y 19.1 del TFUE), a cuyo efecto se habilita a la Unión (al Consejo, de acuerdo con un procedimiento especial) para dictar las medidas necesarias para la lucha contra dichas discriminaciones, en el marco de las competencias de la Unión y sin perjuicio de las demás disposiciones aplicables, así como para adoptar medidas de definición y fomento para apoyar acciones de los Estados miembros con el fin de conseguir el objetivo de la no discriminación, sin que la Unión pueda armonizar las disposiciones de Derecho interno de los Estados miembros (artículo 19.2 del TFUE). Y, por otro lado, la Unión «tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad» (artículos 3.3 del TUE y 8 del TFUE).

La formulación de los citados principios, derivados del de igualdad ante la ley, no es homogénea. Por lo que se refiere a la no discriminación por razón de nacionalidad el artículo 18 del TFUE prescribe con carácter general que «se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad» que, corrige mediante un «sin perjuicio de sus disposiciones particulares», precepto que se repite en el artículo 21.2 de la Carta. Y, precisamente, una disposición particular es la establecida en el artículo 18 punto segundo del TFUE que prevé la posibilidad de regular dicha prohibición. Las cuestiones que surgen de inmediato son al menos dos: ¿quiénes son los destinatarios de estas normas? y ¿se trata de preceptos de directa aplicación?

La Carta se refiere a los nacionales de los Estados miembros de modo implícito (ciudadanos de la Unión Europea) en los artículos 39 a 46, con la excepción del artículo 41 que se refiere a «toda persona». Bien es cierto que en el artículo que analizamos (18 del TFUE) no se hace referencia ni a ciudadanos, ni a personas, pero de su redacción se colige que no se trata de prohibir tan solo la discriminación de ciudadanos europeos por los Estados miembros, sino que se establece una prohibición de alcance general. Ahora bien, ¿se trata de un precepto de directa aplicación? La lectura de dichos preceptos conduce a concluir que la prohibición puede ser excepcionada por el propio Tratado y que, eventualmente, puede ser regulada por la Unión.

Por lo que se refiere a la lucha contra toda «discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (art. 10 del TFUE), tan sólo prevé que *tratará* de erradicar la discriminación, de lo que se deduce fácilmente que *no estamos ante una prohibición propiamente dicha, sino ante un objetivo* que deben tener en cuenta la ejecución de las políticas de la Unión. Es más, del artículo 19 del TFUE se deduce que la normativa europea no puede en caso alguno armonizar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en la materia, lo que significa que se está haciendo referencia a normas (reglamentos, directivas y decisiones) que deben contener medidas de fomento de las que serían destinatarios los Estados miembros.

Lo dicho anteriormente puede aplicarse a la eliminación de las desigualdades entre la mujer y el hombre y la promoción de su igualdad que *tratará de eliminar* la Unión, lo que, sin duda, lo constituye en objetivo y en principio.

## 8.2. Los objetivos genéricos y específicos de las políticas y acciones de la Unión

Además de los objetivos generales de la Unión, que deben respetarse en todo caso en el ejercicio por la Unión de las competencias atribuidas, para determinados ámbitos competenciales, o en determinados grupos de políticas, se establecen los que denominaremos *objetivos genéricos*, esto es, objetivos comunes a un ámbito o a un grupo de políticas.

Por ejemplo, sería objetivo genérico del mercado interior, como ámbito competencial: «un espacio sin fronteras interiores» (art. 26.2 TFUE). Y serían objetivos genéricos para el grupo de políticas agrupadas bajo el epígrafe «acción exterior de la Unión» los que figuran en el artículo 21 del TUE.

Pero, a su vez, cada política o acción europeas pueden tener establecidos *objetivos específicos*, como es para la política económica: «la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros» (art. 119.1 del TFUE), o para la política monetaria: «mantener la estabilidad de precios» (art. 119.2 del TFUE).

## 8.3. Los objetivos transversales de las políticas y acciones de la Unión

Pueden considerarse *objetivos transversales* algunos objetivos que siendo de carácter singular de una determinada política operan sobre otras políticas de la Unión por mandato expreso del TFUE. Estos serían los casos, entre otros, de las exigencias de la protección del medio ambiente (art. 11 del TFUE) o de los consumidores (art. 12 del TFUE), que operan sobre diferentes ámbitos materiales. Así, en el caso del medio ambiente la exigencia de protección opera sobre la totalidad de las políticas, mientras que, por ejemplo, las exigencias del bienestar de los animales (art. 13 del TFUE) se aplican a los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio.

## 8.4. Conclusión

De manera que existirían objetivos de cuatro tipos: el de los *objetivos generales de la Unión*, que se deducen del artículo 3 del TUE, así como de otros preceptos de los Títulos I y II del TUE, del TFUE y de la Carta; el de los *objetivos genéricos* de un ámbito competencial o de un grupo de competencias; el de los *objetivos específicos* de cada política o acción de la Unión; y el de los *objetivos transversales* que siendo de carácter específico son de aplicación a otras políticas y acciones de la Unión.

Así como los objetivos generales de la Unión rigen en todo caso para el ejercicio de las políticas y acciones de la Unión, será preciso, en relación con cada política o acción, determinar los objetivos genéricos, específicos o transversales que, en su caso, deben respetar. En todo caso, los objetivos suponen límites positivos y negativos en el ejercicio de las competencias. Y, en algunos supuestos singulares, los objetivos conforman la competencia misma o se confunden con su contenido material, como veremos.

## **9. TIPOLOGÍA COMPETENCIAL**

### **9.1. Introducción**

A diferencia de lo que sucedía en el Derecho de la Unión precedente al Tratado de Lisboa, que no establecía una tipología de las competencias de la Unión, el TFUE dedica sus artículos 2 a 6 a los tipos o categorías de competencias de la Unión.

Que el Derecho de la Unión precedente no estableciera una tipología de las competencias de la Unión no significaba que no pudieran identificarse en los Tratados anteriores al Tratado de Lisboa diferentes tipos de competencias. Así, el TJCE identificó algunas materias como ámbitos de competencia exclusiva de la Unión, mientras que calificó a la inmensa mayoría de competencias de la Unión como competencias compartidas, aunque debe señalarse que el TJCE no categorizó esta materia, sino que siguió el método del caso que en no pocas ocasiones conduce a contradicciones.

De acuerdo con el TFUE (arts. 2 a 6) las competencias de la Unión serían de los siguientes tipos: A) competencias exclusivas; B) competencias compartidas; C) Competencias de coordinación de políticas económicas y de empleo; y D) competencias de apoyo, coordinación y complemento. El TFUE sin otra explicación que no sea la del olvido manifiesto no ha mencionado la competencia en materia de política exterior y de seguridad común regulada en el TUE.

En este trabajo seguiremos el orden establecido en los artículos 2 a 6 del TFUE, aunque dicho orden no es respetado ni por el TUE ni por el TFUE.

### **9.2. Competencias exclusivas**

La comprensión de lo que sea un ámbito de competencia exclusiva de la Unión se deduce de lo previsto en los artículos 2.1 y 3 del TFUE. Las competencias que integran un entero ámbito competencial exclusivo sólo pueden ser actuadas por la Unión, de modo que a la misma le corresponde dictar los actos legislativos y ejecutivos de carácter vinculante para los destinatarios de las mismas (Instituciones, órganos y organismos de la Unión, Estados miembros y personas físicas y jurídicas, según los casos). De manera que la competencia exclusiva de la Unión es, a la vez,

incluyente para la Unión y excluyente para los Estados miembros y para cualquier otro operador. Esto es: Las competencias en un ámbito de competencia exclusiva de la Unión sólo pueden ser actuadas por la Unión y no pueden ser actuadas por los Estados miembros, ni antes ni a partir del momento en que la competencia es actuada por la Unión. La circunstancia de que los Estados miembros dicten normas o actos en un ámbito de competencia exclusiva de la Unión (con anterioridad o posterioridad al ejercicio de una competencia exclusiva por la Unión), tiene como consecuencia que las normas o actos en cuestión sean desplazados por la normativa de la Unión en virtud del principio de primacía.

Sin embargo, el desplazamiento por el Derecho de la Unión de una norma de Derecho interno que irrumpa en una competencia exclusiva de aquella no significa que la norma europea venga a derogar a la norma de Derecho interno. Lejos de ser así, la norma de Derecho interno sólo puede ser derogada por los órganos competentes del Derecho interno. Ni siquiera el Tribunal de Justicia de la Unión es competente para llevar a cabo dicha operación que se limitará, en caso de conflicto entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno, a determinar si la competencia es o no exclusiva de la Unión de lo que se deducirá la norma que procede aplicar al caso.

No obstante, la circunstancia de que una materia esté protegida por la competencia exclusiva de la Unión no significa que los Estados miembros no puedan entrar a normar en la misma materia, o que no puedan dictar actos ejecutivos, si el acto legislativo o ejecutivo de la Unión les autoriza expresamente, o bien si el acto de la Unión solicita la colaboración de los Estados. Por otra parte, los Estados miembros pueden aprobar actos de mera aplicación, en la medida en que las Administraciones públicas nacionales integran la Administración ordinaria de la Unión, solo que los actos de mera aplicación (piénsese en todo el sistema subvencional) no pueden ser actos innovativos, que suplanten el contenido de normas de la Unión.

La exclusividad significa, por tanto, dominio absoluto de la Unión de una determinada materia, y a la exclusividad se corresponde la obligación de abstención de los Estados miembros, que en el Derecho vigente de la Unión deriva expresamente del artículo 4.3, párrafo tercero, del TUE: «Los Estados miembros... se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión»<sup>94</sup>.

La competencia exclusiva se prevé en el TFUE sobre un ámbito material determinado (unión aduanera, política monetaria, etc.), debiendo interpretarse que el TFUE lo que ha querido expresar de este modo es que la exclusividad de la Unión alcanza al conjunto de competencias que pueden ejercerse sobre una determinada

---

<sup>94</sup> El artículo 4.3 del TUE (que se corresponde al artículo 10 del TCE y al I-5 de la Constitución Europea *non nata*) se expresa en los siguientes términos: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

materia, salvo las matizaciones que se deduzcan de la configuración específica de cada ámbito material exclusivo. Así, en el ámbito exclusivo concernido sólo puede disponer la Unión, los Estados miembros están excluidos. Ninguna circunstancia, salvo la libre determinación de la Unión, puede legitimar a los Estados para entrar en la materia exclusiva en cuestión.

En consecuencia, la inactividad de la Unión en el marco de una competencia exclusiva no puede ser suplida por la actividad de los Estados miembros, que lo único que podrán hacer ante la pasividad de la Unión es interponer el correspondiente recurso por omisión<sup>95</sup> ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El TFUE en el artículo 3, en la línea del Derecho de la Unión precedente y de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha calificado como ámbitos de competencia exclusiva de la Unión tan solo seis, a saber:

- La unión aduanera;
- El establecimiento de normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;
- La política monetaria de los Estados miembros que hayan adoptado el euro;
- La conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;
- La política comercial común;
- La celebración de acuerdos internacionales cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

Una vez delimitado un determinado ámbito o materia de los referidos anteriormente todo el haz de competencias que pueden ejercerse sobre la misma corresponde a la Unión, mientras que los Estados para dictar normas necesitan ser llamados por los actos de la Unión. Y, por el contrario, si la Unión no se reserva los actos de aplicación, éstos corresponderán a los Estados miembros.

Obsérvese, lo que resulta fundamental, que el TFUE en su artículo 3 se refiere a ámbitos materiales concretos, y surge la pregunta: ¿no es posible que la Unión tenga competencias exclusivas singulares en ámbitos materiales diferentes a los designados por el TFUE en el artículo 3? Pues bien, como tendremos oportunidad de acreditar en los que se denominan ámbitos de competencias compartidas es posible identificar competencias que serían materialmente exclusivas que se resisten a ser clasificadas como competencias compartidas.

### **9.3. Competencias compartidas. Su carácter residual**

#### **9.3.1. Concepto**

El TFUE denomina ámbitos de competencias compartidas a los que son, realmente, salvo excepciones, ámbitos de competencias concurrentes. En efecto, se

<sup>95</sup> De acuerdo con el artículo 265 del TFUE (artículo 232 del TCE).

dice en el artículo 2.2, primer inciso, del TFUE que la competencia es compartida cuando: «en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito». Como no resulta posible que dos operadores jurídicos ejerzan la misma competencia al mismo nivel y a la vez sobre una misma materia o ámbito, el artículo 2.2 ha añadido, un segundo inciso, que dice: «Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya».

Antes decíamos que la denominación «competencias compartidas», salvo excepciones, no se corresponde al contenido de las que así se denominan. Compartir una competencia significa, según el Diccionario de la Academia: «repartir, dividir, dividir algo o participar en algo». En otras palabras: ejercicio conjunto, sucesivo o simultáneo de competencias sobre una misma materia por más de un operador. Así, el ejercicio de una competencia compartida por excelencia determina un bloque legislativo integrado por una norma de la Unión y norma o normas de transposición de la misma en el Derecho interno. De manera que, sobre una misma materia, la Unión y los Estados son competentes y la actuación ordenada de una y otros da como resultado un conjunto armónico que regula una materia determinada.

Por el contrario concurrir, coincidir en algo, según el Diccionario de la Academia, supone que la Unión o bien los Estados son competentes, según los casos, para ejercer sus competencias en una determinada materia. Esto es, la concurrencia implica exclusión de uno u otro operador; en caso alguno el ejercicio de una misma competencia simultáneamente por dos operadores jurídicos. Por esto considero que las que el TFUE denomina competencias compartidas responden al modelo de las competencias concurrentes. No obstante, y hechas las anteriores aclaraciones, seguiremos la terminología del TFUE.

El TFUE habría concebido competencias compartidas por la Unión y los Estados miembros sobre la mayoría de los ámbitos competenciales regulados por la misma. Y, de acuerdo con el artículo 2.2, en el caso de que concurren competencias compartidas sobre una determinada materia, o bien legisla la Unión, o bien legislan los Estados miembros, pero (salvo en los casos contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 4 del TFUE, y algunos más a los que nos referiremos a lo largo de este trabajo) en caso alguno pueden legislar simultáneamente la Unión y los Estados miembros, salvo que la legislación tenga por objeto la adopción de medidas de estímulo o fomento. Sin embargo, como veremos, pese a lo establecido en el artículo 2.2 del TFUE, el análisis de los distintos ámbitos de competencias compartidas ofrece soluciones mucho más complejas y heterogéneas. Si los artículos del TFUE que comentamos tenían la pretensión de sintetizar lo que se deduce del conjunto de las políticas de la Unión puede afirmarse con rotundidad que no lo ha conseguido, introduciendo, por otra parte, algunos elementos de gran confusión.

La segunda regla que el TFUE establece en el apartado 1 de su artículo 4 es que el tipo «competencias compartidas» es de carácter residual, o cajón de sastre, esto es, son competencias compartidas las referidas en los apartados 2, 3 y 4 del

artículo 4, así como todas aquellas competencias que los Tratados no califiquen expresamente como competencias exclusivas del artículo 3 o competencias de apoyo, coordinación o complemento del artículo 6, todos ellos del TFUE.

Cabe preguntarse en este punto por qué no se menciona para configurar el ámbito negativo de las competencias compartidas a las competencias del artículo 5 del TFUE (competencias de coordinación de las políticas económicas y de empleo) y las competencias en materia de política exterior y de seguridad común del TUE, ya que resulta evidente que dichos preceptos configuran ámbitos competenciales singulares. Probablemente sea su caracterización como competencias singulares, excepcionales en relación con los tres tipos generales, lo que haya determinado al legislador a no considerar necesario mencionarlas en el apartado 2 del artículo 4 del TFUE. Pero, en cualquier caso, hay que considerarlas implícitamente mencionadas en el citado precepto.

El TFUE (como antes del Tratado de Lisboa, los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas), sin embargo, no ha resuelto algunos de los mayores problemas que presenta la aplicación de la cláusula de su artículo 2.2 *in fine*. En efecto, se establece en dicha cláusula que los Estados ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya, o haya decidido dejar de ejercerla. Pero, establecidas estas dos reglas, el apartado 2 *in fine* del artículo 2 del TFUE no hace referencia a procedimiento alguno singular que sirva para acreditar que la Unión no ha ejercido una competencia, ni tampoco ha previsto procedimiento alguno para que la Unión plasme su decisión de no ejercerla.

Los problemas que suscita la ausencia de regulación antes referida son considerables. Veamos algunos de ellos. Por de pronto, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: ¿de qué plazo dispone la Unión para ejercer las competencias atribuidas, o para anunciar que pretende ejercerlas? A lo largo del TFUE no se hace referencia ni una sola vez, en relación con competencias compartidas, a plazo para su ejercicio, o al instrumento adecuado para, en su caso, anunciar que va a ejercerlas. De este silencio se deduciría que la Unión no tiene plazo limitado para decidir el ejercicio de las competencias compartidas, lo que dificultaría en extremo la posibilidad de que los Estados miembros pudieran ejercer competencias en la materia. También podría deducirse del citado artículo 2.2 *in fine* del TFUE que los Estados miembros, en su caso, ejercerían competencias en ámbitos de competencia compartida en precario. Esto es, que la Unión podría recuperar en todo momento una competencia definida como compartida.

En segundo lugar se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan ejercer su competencia cuando la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya. Pero, no se dice cómo se debe plasmar por la Unión dicha decisión, esto es, no se hace referencia alguna al procedimiento que debe seguirse, ni tampoco se dice si la renuncia a la competencia supondría su renacionalización, o si se trataría de una especie de mero desistimiento que permitiría a la Unión, en determinadas circunstancias, legislar en el futuro, esto es, recuperar la competencia. El TFUE tampoco responde a estas cuestiones. La pregunta que podría formularse sería si los Estados pueden legislar en todo aquello sobre lo que no ha legislado la Unión, de modo

inmediato, a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sin que la Unión pueda manifestar si quiere o no quiere ejercer sus competencias. Además, ¿qué sucede si uno o varios Estados legislan sobre una materia, pero los demás no lo hacen?, ¿puede entonces la Unión legislar en relación con los demás Estados miembros? O, por la circunstancia de que un Estado legisle en una materia sobre la que no ha legislado la Unión, ¿ésta tiene vetado entrar a legislar? Esto es, la circunstancia de que la Unión no legisle en una materia y que uno, varios o todos los Estados miembros legislen sobre una materia, ¿supone la conversión de la materia en cuestión en materia recuperada por los Estados miembros?, ¿supone que la materia habría sido renacionalizada definitivamente?, o en determinadas circunstancias ¿podría la Unión volver a legislar en el ámbito en cuestión?

Es más, es posible preguntarse: ¿Qué sucede si la Unión decide dejar de ejercer su competencia después de haberla ejercido? ¿Supone esto que la legislación de la Unión debe considerarse inexistente, o simplemente modificable por los Estados miembros? Todas estas preguntas quedan sin contestar en el TFUE.

La tercera regla que se deduce del artículo 4.2 del TFUE supone configurar de modo expreso como ámbitos de competencia compartida los siguientes:

#### **A) Ámbitos ordinarios de competencia compartida**

- El mercado interior;
- La política social, en los aspectos definidos en la Parte III;
- La cohesión económica, social y territorial;
- La agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
- El medio ambiente;
- La protección de los consumidores;
- Los transportes;
- Las redes transeuropeas;
- La energía;
- El espacio de libertad, seguridad y justicia;
- Los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado.

#### **B) Ámbitos extraordinarios de competencia compartida**

Los apartados 3 y 4 del artículo 4 del TFUE configuran ámbitos de competencia compartida que llamaremos extraordinarios, en la medida en que no opera en ellos la regla establecida en el apartado 2 *in fine* del artículo 2 del TFUE o, lo que es lo mismo, no opera la exclusión de la actuación de los Estados cuando haya actuado previamente la Unión. Estos sí son, propiamente, ámbitos de competencia

compartida en que son compatibles la competencia de la Unión y la de los Estados miembros, a saber:

- ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio
- ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria.

En efecto, en estos ámbitos se lleva a cabo una más afinada delimitación de la materia que la que tiene lugar en el apartado 2 del artículo 4 del TFUE y, por otra parte, se produce una auténtica compartición de competencias entre la Unión y los Estados miembros, aunque no se establecen reglas específicas para solucionar los conflictos entre normas de la Unión y de los Estados miembros (salvo el principio de primacía), lo que sin duda traerá problemas interpretativos considerables.

### C) Ámbitos residuales de competencias compartidas

Los ámbitos competenciales o las políticas y acciones que no figuren, por una parte, en los artículos 3 y 6 y, por otra, en el artículo 5, todos ellos del TFUE, y en el ámbito de la política exterior y de seguridad común regulada por el TUE, se considerarán ámbitos de competencias o políticas o acciones compartidas, por virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4 del TFUE, que no establece un *numerus clausus* de competencias compartidas. De modo y manera que las competencias que no hayan sido calificadas expresamente, al margen de las excepciones señaladas, deben ser consideradas competencias compartidas.

## 9.4. Competencias de coordinación de las políticas económicas, de empleo y sociales

El apartado 3 del artículo 2 del TFUE prescribe con claridad que los Estados miembros deben coordinar sus políticas económicas y de empleo, atribuyendo a la Unión la competencia de «definición»; debe entenderse de coordinación de las referidas políticas<sup>96</sup>. Bien es cierto que las lagunas de este precepto se subsanarían mediante la remisión a las políticas que en el mismo se contienen.

La **política económica** se regula en el TFUE, en el artículo 5.1 y en el Capítulo I «Política económica» (arts. 120 a 126) del Título VIII «Política económica y monetaria» de la Tercera parte, así como en algunos preceptos del Capítulo III del mismo Título (arts. 134 y 135). Como tendremos ocasión de comprobar en estos preceptos las competencias de la Unión van más allá de la anunciada «definición» que le atribuye en el artículo 2.3 del TFUE.

La *política de empleo* se regula en el TFUE en el artículo 5.2 y en el Título IX «Empleo» (arts. 145 a 150) de la Tercera parte. Aunque agrupada en el mismo ámbito competencial que la política económica, la Unión no tiene ni tenía en materia

<sup>96</sup> Este precepto no tiene correspondiente en el TCE.

de empleo las facultades extraordinarias de coordinación que tenía y tiene en política económica.

### **9.5. Competencias de apoyo, coordinación o para completar la acción de los Estados miembros**

El TFUE ha agrupado los ámbitos en los que la Unión puede decidir realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento, estos serían, de acuerdo con el artículo 6:

- La protección y mejora de la salud humana;
- La industria;
- La cultura;
- El turismo;
- La educación, la formación profesional, la juventud y el deporte;
- La protección civil;
- La cooperación administrativa;

Llama la atención la inclusión de tres ámbitos apenas explorados en los Tratados vigentes antes del Tratado de Lisboa, el del turismo, el de la protección civil y el de la cooperación administrativa. Los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o para completar la acción de los Estados miembros, como tendremos oportunidad de comprobar, salvo excepciones, podrían denominarse competencias compartidas en sentido estricto (no en el sentido del apartado 2 del artículo 2 del TFUE), ya que en el mismo ámbito conviven competencias de la Unión y de los Estados miembros.

### **9.6. Competencias en los ámbitos de la acción exterior y de la política exterior y de seguridad común**

Tras el Tratado de Lisboa se ha liquidado el sistema de pilares, no obstante la política exterior y de seguridad común sigue estando regulada en el TUE, mientras que el TFUE regula la acción exterior de la Unión en la Parte quinta que integra políticas de diferente naturaleza y de difícil integración bajo un mismo rótulo. No obstante, el TUE y el TFUE pretenden que un conjunto de principios rijan tanto para la acción exterior regulada en el TFUE como para la política exterior y de seguridad común regulada en el TUE. No obstante, como tendremos oportunidad de comprobar, la pretensión de los Tratados debe considerarse fallida.

### **9.7. Los procedimientos e instrumentos jurídicos**

El Tratado de Lisboa ha dotado a la Unión de un sistema de fuentes singular<sup>97</sup>, caracterizado porque no vincula los tipos de actos legislativos a los tipos de com-

---

<sup>97</sup> Ver mi trabajo «El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la Unión Europea...», cit.: ....

petencias. Así, en el marco de las diferentes clases de competencias se permite a la Unión utilizar, en numerosas ocasiones, el reglamento, la directiva o la decisión, de manera que la utilización de uno de estos instrumentos legislativos no indica el tipo de competencia. Puede utilizarse la directiva en el contexto de una competencia exclusiva<sup>98</sup>, y el reglamento para el ejercicio de una competencia de apoyo<sup>99</sup>. Esta circunstancia lejos de arrojar luz al sistema competencial por el contrario lo enturbia.

Bien es cierto que el TFUE, en el marco de las competencias exclusivas, con carácter general, aunque con excepciones, ha previsto como instrumentos normativos el reglamento o la decisión, y sólo con carácter excepcional la directiva. Pero, al margen de las competencias exclusivas, no es posible establecer reglas generales sobre cuándo procede regular en este ámbito mediante reglamento, directiva o decisión, u otros actos normativos o ejecutivos. El método utilizado por el TFUE para la atribución de instrumentos jurídicos a la Unión es meramente casuístico.

Así, desde la perspectiva del principio de primacía, resulta que en casos de conflicto entre normas de Derecho de la Unión y de Derecho de los Estados miembros la forma jurídica del acto controvertido no arroja luz alguna sobre la cuestión de fondo, ni tampoco sobre la cuestión de forma.

Consecuencia de la falta de relación entre los instrumentos jurídicos de la Unión y los tipos de competencia es que tanto el reglamento como la directiva pueden tener prohibida la armonización de disposiciones legales o administrativas de los Estados miembros<sup>100</sup>. No se trata de una contradicción ni de ninguna paradoja, pese a que la directiva sea el instrumento idóneo para armonizar y que no lo sea, en principio, el reglamento europeo que parece más apropiado para unificar el Derecho en la Unión.

El TFUE, con frecuencia, para indicar el instrumento jurídico con el que las instituciones deben ejercer sus competencias indica tan solo el procedimiento para su adopción. Así, cuando se indica que las medidas o disposiciones que procedan se deben adoptar mediante un procedimiento legislativo ordinario o un procedimiento legislativo especial se está permitiendo, salvo determinación expresa del instrumento jurídico, elegir el reglamento, la directiva o la decisión. Las consecuencias de la elección pueden tener gran trascendencia dependiendo de la competencia de que se trate. En algunos casos, los Tratados indican el procedimiento legislativo así como el instrumento o instrumentos jurídicos que pueden o deben utilizarse, o bien tan solo el instrumento jurídico que puede o debe utilizarse. Y no faltan los supuestos en que no se hace indicación ni del procedimiento ni del instrumento jurídico que debe o puede utilizarse. La Constitución Europea *non nata* mejoró notablemente los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas estableciendo, salvo excepciones,

---

<sup>98</sup> Así el artículo 133 del TFUE que prevé el procedimiento legislativo ordinario, mediante el que se pueden adoptar directivas, reglamentos y decisiones para establecer las medidas necesarias para la utilización del euro.

<sup>99</sup> Entre otros ejemplos el del artículo 168.4 del TFUE que permite mediante el procedimiento legislativo ordinario adoptar reglamentos.

<sup>100</sup> Entre otros ejemplos, el del apartado 3 del artículo 173 del TFUE.

en cada ámbito competencial el tipo de instrumento jurídico que debía utilizarse. Sin embargo el Tratado de Lisboa ha dado un paso atrás, con la finalidad de erradicar las leyes europeas y las leyes marco europeas, que visualizaban una unidad política mayor que la existente hasta la fecha. Y, a tal efecto, ha introducido las categorías de actos legislativos y procedimientos legislativos (ordinario y especiales) con escaso acierto, complicando y oscureciendo, en vez de simplificando, el panorama de las fuentes del Derecho de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en el marco de la política monetaria de los Estados que han adoptado el euro, el artículo 133 del TFUE prevé la posibilidad de que el reglamento, la directiva y la decisión sean instrumentos idóneos para establecer las medidas necesarias para la utilización del euro como moneda única, al establecerse que dichas medidas deben adoptarse mediante el procedimiento legislativo ordinario por el Parlamento Europeo y el Consejo. Y, resulta evidente que si la Unión utilizara la directiva para dicha regulación estaría convirtiendo la mencionada competencia en compartida en su sentido más estricto (no en el que le atribuye el artículo 2.2 del TFUE), en la medida en que la directiva exige la colaboración normativa de los Estados miembros, siendo el bloque normativo regulador de dicha competencia el que se integra por la directiva y por la normativa de transposición adoptada por los Estados miembros<sup>101</sup>.

En el caso de las competencias exclusivas, como es sabido, no operan los principios y procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad, aunque, en definitiva, las instituciones competentes (Parlamento y Consejo, Consejo y Comisión) deberán realizar un juicio de oportunidad semejante al que tiene lugar en el procedimiento que deriva de la aplicación del principio de subsidiariedad, debiendo regirse la elección de uno u otro instrumento en función del cumplimiento de los objetivos que rigen la competencia exclusiva<sup>102</sup>. Ahora bien, en el caso de que cambien las circunstancias las instituciones competentes podrán decidir el cambio del instrumento normativo, de forma que la elección de uno u otro instrumento no excluye una decisión posterior de diferente signo. De manera que la Unión, lo que es relevante, seguirá disponiendo de su facultad de elección indefinidamente.

En el marco de las competencias no exclusivas, la facultad de elección de la Unión entre reglamentos, directivas o decisiones puede producir otras consecuencias. En efecto, en el contexto de una competencia de las que calificamos de ejercicio obligatorio por la Unión, si ésta elige ejercerla mediante reglamento o decisión, y agota el contenido material de la misma (lo que puede tener excepciones), la regulación de dicha competencia en nada se diferenciará de una competencia exclusiva, a las que antes hemos denominado competencias exclusivas sobrevenidas. Por el contrario, si se elige para ejercer la competencia en cuestión la directiva, de hecho, la

---

<sup>101</sup> Ver sobre este tema mi trabajo «Sistema de Fuentes», en el capítulo IV de *Principios de Derecho de la Unión Europea* (E. LINDE, M. BACIGALUPO y J. A. FUENTETAJA), 6ª edc. Ed. COLEX, Madrid, 2012.

<sup>102</sup> Esta posibilidad lejos de ser una mera hipótesis ha sido la modalidad utilizada por la Unión para la implantación del euro.

regulación será similar a la de las competencias compartidas en sentido estricto, esto es, el bloque normativo regulador se integraría por la directiva y por la normativa de transposición adoptada por los Estados miembros. Y, en todo caso, la elección de uno u otro instrumento normativo debe ser el resultado de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En conclusión, podríamos afirmar que cuando el TFUE permite a la Unión elegir, para el ejercicio de una competencia, entre reglamento, directiva y decisión se producen efectos de gran relevancia en lo relativo a la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Hasta el punto de que pudiera confundirse una competencia exclusiva con una competencia no exclusiva o viceversa, o lo que es lo mismo los perfiles de las competencias exclusivas o no exclusivas quedarían desdibujados.

## CAPÍTULO TERCERO

### LA APLICACIÓN DEL SISTEMA COMPETENCIAL A LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES, POLÍTICAS Y ACCIONES DE LA UNIÓN

#### 1. INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN Y SU CONTRASTE CON EL MODELO COMPETENCIAL QUE SE DEDUCE DEL TFUE

Uno de los problemas comunes que tienen los estudios relativos al sistema de competencias de la Unión es que la construcción teórica de un determinado modelo no suele ir acompañada del análisis y contraste posterior del modelo en cuestión con la concreta regulación de las políticas en el texto normativo de que se trate. Este tipo de proceder, que separa, o incomunica, el modelo teórico que se deduce implícita o expresamente del texto normativo de su práctica puede conducir a errores considerables.

En el caso que nos ocupa concurre la circunstancia, que debe anticiparse, de la notable falta de coordinación entre el TUE y el TFUE, lo que exige analizar todas las políticas y contrastarlas, para llegar a conclusiones acertadas sobre el modelo competencial que se pretende instaurar a partir del Tratado de Lisboa, que trae causa en la Constitución Europea *non nata*.

Debe tenerse en cuenta, además, que en el Título I del TFUE no se hace referencia alguna a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como posible ámbito competencial de la Unión. Sin embargo, no puede descartarse que los derechos fundamentales constituyan una competencia singular, como tendremos oportunidad de acreditar más adelante. Y, asimismo, deberemos tener en cuenta las competencias dispersas por el TFUE no contempladas en el referido Título I.

Así, este capítulo está dedicado al análisis de las competencias que se atribuyen a la Unión. Ahora bien, obviamente, en este capítulo sólo analizaremos las políticas y acciones de la Unión al nivel del texto de los Tratados, salvo algunas excepciones (política económica y monetaria), con el objetivo de desentrañar la naturaleza de la competencia o competencias atribuidas por los Tratados a la Unión Europea.

En este lugar prescindiremos, salvo alguna excepción, del análisis a un segundo nivel, el del Derecho derivado vigente, pues de no ser así se convertiría este capítulo en un análisis pormenorizado de las políticas de la Unión, lo que no es posible hacer en este lugar, habida cuenta de las desproporcionadas dimensiones que cobraría un trabajo de esa naturaleza, que convertiría a éste en un voluminoso libro sobre políticas de la Unión Europea. De manera que el objetivo de este capítulo será dilucidar las competencias de que dispone la Unión en los Tratados que nos permitirá, posteriormente, formular el sistema de competencias que se deduce efectivamente de los mismos.

Dicho análisis podría llevarse a cabo siguiendo el orden de los ámbitos o políticas establecidos en la Parte Tercera del TFUE, o bien agrupando las políticas de acuerdo con la tipología creada por el TFUE en el Título I de la Parte Primera. Ambos sistemas llevan a resultados diferentes porque la Parte Tercera del TFUE no ha tenido en cuenta, al sistematizar los ámbitos y políticas, salvo excepciones, lo dispuesto en el Título I de la Parte primera de dicho Tratado. Esto es: no se ha seguido en la Parte tercera ni el orden ni la agrupación de ámbitos competenciales que se deducen de los artículos 3 a 6 del TFUE (competencias exclusivas, competencias compartidas, etc). Por otra parte, en la Parte tercera se aprecian algunas alteraciones notables, en lo relativo a la ordenación de las políticas, en relación con sus precedentes (TCE y TUE antes del Tratado de Lisboa). Así, las competencias exclusivas saltean las demás competencias, y las compartidas (las más numerosas) tampoco están ordenadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del TFUE. Esta circunstancia, que no deja de ser sorprendente, pone de manifiesto una vez más que las Partes primera y tercera del TFUE no se han coordinado adecuadamente. Además, como antes señalamos, el TFUE no se refiere a la política exterior y de seguridad común ubicada en el TUE, aunque resulte obvio que no puede prescindirse del análisis de dicha política.

Dicho lo anterior, parece adecuado seguir el modelo que pretende implantar el TFUE en los artículos 3 a 6, modelo al que añadiremos el estudio de la política exterior y de seguridad común regulada en el Título V del TUE, así como los derechos fundamentales desde la exclusiva perspectiva de su naturaleza competencial.

Al estudiar las políticas lo haremos siguiendo el siguiente procedimiento. En primer lugar identificaremos el *tipo de competencia* previsto en el TFUE o en el TUE. En segundo lugar señalaremos los *objetivos*, ya sean estos los *genéricos* para un grupo de políticas (mercado interior, política económica y monetaria, acción exterior), o los *específicos* de cada política (política monetaria), y en su caso señalaremos el carácter de estos últimos como objetivos generales o transversales. En tercer lugar analizaremos la *competencia o competencias realmente atribuidas* a la Unión por los Tratados que integran cada una de las políticas, así como las competencias que los Tratados atribuyen a los Estados miembros. Y, finalmente, analizaremos los *instrumentos* que se ponen a disposición de la Unión para el ejercicio de las

competencias que se le atribuyen (fundamentalmente institucionales y jurídicos y en algunas circunstancias los financieros). Esto es, analizaremos el *para qué* (objetivos), el *qué* (competencias) y el *cómo* (instrumentos). Este análisis nos permitirá calificar adecuadamente las políticas de la Unión y comprobar si su caracterización efectiva se corresponde o no a la que hace el TFUE en los artículos 3 a 6, así como los matices y las consecuencias que puedan deducirse de los desajustes entre las distintas Partes del TFUE.

## 2. LOS ÁMBITOS DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS

Los ámbitos de competencias exclusivas se caracterizan, como antes hemos visto, por ser tan sólo disponibles por la Unión con exclusión de los Estados miembros. Así, en un ámbito de competencia exclusiva sólo la Unión puede dictar actos normativos y ejecutivos y los Estados miembros no pueden, salvo que la Unión disponga lo contrario, ejercer competencia alguna en el ámbito exclusivo concernido.

Los ámbitos de competencias exclusivas se han regulado de modo disperso a lo largo de la Parte tercera del TFUE. Así: la *unión aduanera* se ha regulado en del Capítulo I del Título II «Libre circulación de mercancías» de la Parte tercera, dedicada a las «Políticas y acciones internas de la Unión» (arts. 30 a 32). Las *normas sobre la competencia* se regulan en el Capítulo I del Título VI de la Parte tercera (arts. 101 a 109). La *política monetaria de los Estados cuya moneda es el euro* se regula en varios capítulos del Título VIII de la Parte tercera (arts. 127 a 138, fundamentalmente), junto con la política económica que es un ámbito de competencia que se autodenomina de coordinación. La *conservación de los recursos biológicos marinos*, dentro de la política pesquera común, no es un ámbito regulado singularmente. La *política comercial común* se regula como Título II de la Parte quinta dedicada a la «Acción exterior de la Unión» (arts. 206 y 207). Y la competencia exclusiva para suscribir *acuerdos internacionales* no es objeto de regulación específica, aunque en el marco de la acción exterior de la Unión se dedique el Título V, de la Parte quinta, a los acuerdos internacionales.

Las razones de la regulación dispersa de los ámbitos de competencia exclusiva parecería deberse a la sistematización de los ámbitos en razón a sus similitudes materiales, lo que en principio es un criterio aceptable.

En las páginas que siguen, de acuerdo con el orden establecido en el artículo 3 del TFUE, examinaremos los ámbitos de competencia exclusiva, o competencias que podríamos denominar, también, supranacionales, con objeto de verificar si la caracterización que se deduce del artículo 2.1 del TFUE se corresponde a la regulación de dichos ámbitos en dicho Tratado, así como las matizaciones que procede realizar sobre la caracterización general de este tipo competencial.

## 2.1. La unión aduanera<sup>103</sup>

### 2.1.1. Tipo de competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1. a) del TFUE la unión aduanera<sup>104</sup> es un ámbito de *competencia exclusiva* de la Unión. A esta misma conclusión se podía llegar a partir de los artículos 23 y 25 a 27 del TCE, en virtud de los que la Comunidad Europea ha dictado una serie de reglamentos comunitarios que atraen para sí las competencias en la materia. No obstante, hay que señalar que el TCE ni califica la competencia en dicha materia como exclusiva ni explicita el acto o actos comunitarios mediante los que procede ejercer la misma<sup>105</sup>. De manera que el TFUE al considerar la competencia en materia aduanera como una competencia exclusiva habría confirmado la caracterización de dicha política por el Tribunal de Justicia y por la doctrina. A dicha política están dedicados los artículos 30 a 32 del TFUE<sup>106</sup>. A diferencia de la Constitución Europea *non nata* que explicitaba los instrumentos jurídicos con que la Unión debía ejercer su competencia (reglamentos y decisiones, art. III-151.5), el TFUE ha retornado a la redacción de los artículos 23 y 25 a 27 del TCE, que omiten la referencia a los instrumentos jurídicos que debe utilizar la Unión. Dicha omisión supone una deficiencia considerable, sin embargo, debe entenderse que el instrumento de que dispone el Consejo a propuesta de la Comisión es el reglamento.

<sup>103</sup> Sobre la unión aduanera se han tenido en cuenta como trabajos fundamentales J. M. ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, *La aduana en el Mercado Común*, Madrid, 1985; G. BONET, «Concepto de ámbito de la unión aduanera», en *Documentación Administrativa*, 1980, núm. 85, págs. 342 y sigs.; A. FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Unión Aduanera y Libre circulación de mercancías. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1989; S. GALERA RODRIGO, *Derecho aduanero español y comunitario*, Madrid, 1995; C. JACQUERMART, *La nouvelle douane européenne*, Paris, 1971; F. PELECHÁ ZOZOYA, *El código aduanero comunitario y su aplicación en España*, Madrid, 1995; N. VAULONT, *L'Unión Douanière de la Communauté Economique Européenne*, Bruselas, 1980. Ver también E. LINDE PANIAGUA, «Libre circulación de mercancías», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, 2008, págs. 142 y sigs.; Á. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «La libre circulación de mercancías», en A. CALONGE y otros, *Políticas Comunitarias. Bases Jurídicas*, Valladolid, 2003, págs. 31 y sigs.; M. LÓPEZ ESCUDERO, «La libertad de circulación de mercancías», en M. LÓPEZ ESCUDERO y otros, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 68 y sigs.

<sup>104</sup> Los artículos 28 a 30 del TFUE definen lo que debe entenderse por unión aduanera en sentido positivo y negativo. Así, por una parte, abarca la totalidad de los intercambios de mercancías y comprende la adopción de un arancel aduanero (art. 28), definiendo lo que debe entenderse por productos en libre práctica (art. 29) y por otra parte prohíbe que los Estados miembros puedan establecer restricciones cuantitativas y derechos de aduana o exacciones de efecto equivalente, incluida las de naturaleza fiscal (art. 30).

<sup>105</sup> Así el artículo 26 del TCE dice escuetamente que «El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, fijará los derechos del arancel aduanero común».

<sup>106</sup> La Constitución Europea *non nata* refundió estos tres artículos en uno solo, el III-151.

### 2.1.2. Objetivos

El *objetivo genérico* de la unión aduanera, común al conjunto de las políticas que se integran en el Capítulo I «Mercado interior» del Título III de la Parte III, es *establecer el mercado interior y garantizar su funcionamiento* (art. 26.1 del TFUE).

Los *objetivos específicos* de la unión aduanera se explicitan en el artículo 32 del TFUE, siguiendo la pauta del TCE, que según dicho precepto guiarán a la Comisión, a saber: a) la necesidad de promover los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países; b) la evolución de las condiciones de competencia dentro de la Unión, en la medida en que dicha evolución tenga por efecto el incremento de la competitividad de las empresas; c) las necesidades de abastecimiento de la Unión en materias primas y productos semielaborados, procurando que no se falseen, entre los Estados miembros, las condiciones de competencia respecto de los productos acabados; d) la necesidad de evitar perturbaciones graves en la vida económica de los Estados miembros y garantizar un desarrollo racional de la producción y una expansión del consumo de la Unión. Se trata de una fusión entre objetivos y principios que deben dirigir la acción de la Unión en esta materia.

Los objetivos genéricos y específicos operan en este caso tan sólo como límites positivos y negativos del ejercicio de la competencia.

### 2.1.3. Competencia atribuida

La unión aduanera tiene dos vertientes. Una interior, que prohíbe los derechos de aduana entre los Estados miembros, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 28 del TFUE. Precepto este de directa aplicación por todos los operadores jurídicos de la Unión, y en especial para los Estados miembros, cuyo contenido se reitera en el artículo 30 del TFUE. Complemento de dicha prohibición es, a su vez, la prohibición de la adopción por los Estados miembros de medidas de efecto equivalente, a que se refiere el apartado 1 del artículo 28 del TFUE. Dichas prohibiciones están dirigidas a los Estados y son de aplicación directa.

La vertiente exterior de la unión aduanera supone la atribución a la Unión de la competencia explícita de carácter exclusivo para la adopción de los derechos del arancel aduanero común, de acuerdo con el artículo 31 del TFUE (normativa, nomenclatura, clasificaciones, franquicias, etc.), tal y como sucedía con anterioridad.

### 2.1.4. Instituciones e instrumentos jurídicos

La competencia aduanera se ejerce por el Consejo, a propuesta de la Comisión, mediante reglamentos o decisiones europeos, aunque el TFUE no haga referencia al instrumento que debe utilizarse, ni al procedimiento (artículo 31 del TFUE), corres-

pondiendo a la Comisión la adopción de reglamentos de ejecución. Obsérvese que del ejercicio de esta competencia queda excluido el Parlamento Europeo, así como cualesquiera otras instituciones, órganos u organismos de la Unión, tal y como sucedía con anterioridad<sup>107</sup>.

### 2.1.5. Conclusiones

No cabe duda de que nos encontramos ante un ámbito genuino de competencia exclusiva de la Unión, cuyo ejercicio no está condicionado a circunstancia alguna (*competencia exclusiva incondicionada*) lo que no excluye que, como sucedía antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los reglamentos y decisiones a través de los que se ejerce la competencia permitan o exijan la colaboración de los Estados miembros, incluso a nivel normativo, y que la Administración aduanera de la Unión esté integrada por las Administraciones aduaneras de los Estados miembros, sobre las que, sin embargo, la Unión no tiene competencias directas. En relación con esta materia no se ha producido modificación alguna en el TFUE en relación con la regulación que figura en el TCE que reserva el ejercicio de la competencia al Consejo y la Comisión excluyendo al Parlamento Europeo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta la conexión de este ámbito competencial con otros como la cooperación aduanera y la libre circulación de mercancías, regulados en el mismo Título III de la Parte tercera del TFUE, así como la política comercial común regulada en la Parte quinta del TFUE. La unión aduanera íntegra, a su vez, una de las libertades económicas del mercado interior, la libre circulación de mercancías, de la que se deducen las competencias excepcionales de los Estados miembros en dicha materia, competencias que pueden afectar a la circulación de mercancías en el interior de la Unión (artículo 36 del TFUE, que se corresponde al artículo 30 del TCE) y, en consecuencia, excepcionando la prohibición del apartado 2 del artículo 28 del TFUE. Y, por otra parte, la unión aduanera sería también un componente de la política comercial común (arts. 206 y 207 del TFUE), como tendremos oportunidad de analizar más adelante. De manera que la incomunicación, con otras competencias, que exigiría un ámbito de competencia exclusiva no se da en la que analizamos, lo que sin duda producirá tensiones competenciales entre la Unión y los Estados miembros (*competencia exclusiva incondicionada y comunicada con otras competencias*).

---

<sup>107</sup> Llama también la atención que se hayan conservado en el artículo 31 del TFUE la omisión del instrumento jurídico a utilizar para fijar los derechos del arancel aduanero común, cuando en esta materia se ha consolidado plenamente la utilización de los reglamentos. No obstante, hay que señalar que el Parlamento junto con el Consejo, sin habilitación expresa de los Tratados, han adoptado decisiones que aprueban programas de acción en materia aduanera y la Comisión y el Consejo comunicaciones y resoluciones sobre estrategias para la unión aduanera, lo que no es improbable que siga sucediendo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

## 2.2. El establecimiento de normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior<sup>108</sup>

### 2.2.1. Tipo de competencia y objetivos

Las normas sobre la competencia se regulan en el TCE en el Capítulo I del Título VI, artículos 81 a 89. Dichos artículos son reproducidos con la misma estructura y contenido por los artículos 101 a 109 del TFUE, integrados en el capítulo 1 «Normas sobre la competencia» del Título VII de la Parte tercera (arts. III-161 a III-169 de la Constitución Europea *non nata*). El TCE no califica su competencia en la materia, y el TFUE prescribe en su artículo 3.1 b) que el establecimiento de normas sobre competencia es un ámbito de competencia exclusiva en la medida en que sean «necesarias para el funcionamiento del mercado interior». Se trata del único ámbito competencial cuya caracterización depende directamente del objetivo genérico que rige la política en cuestión.

Son *objetivos específicos* de las normas sobre la competencia los objetivos genéricos del Título I «Mercado interior» de la Parte tercera, esto es, las políticas y acciones internas de la Unión.

Los objetivos, tanto genéricos como específicos, suponen límites positivos y negativos para el ejercicio de las competencias de la Unión. Pero, en el caso que nos ocupa los objetivos determinan la competencia misma. De manera que la que analizamos se trata de una *competencia exclusiva condicionada* de la Unión ya que su carácter exclusivo depende de la realización del objetivo genérico que rige este ámbito. Así, los objetivos, en este ámbito suponen límites al ejercicio de la competencia, como sucede en otros ámbitos, pero, además, configuran la competencia.

De modo que las diferencias de este ámbito con los demás ámbitos de competencias exclusivas incondicionadas son evidentes, pues en este caso se ha introducido de modo subrepticio una suerte de principio de subsidiariedad, cuya operatividad está excluida en los demás ámbitos de competencia exclusiva, por virtud de

<sup>108</sup> Se ha tenido en cuenta entre la extensa bibliografía J. L. ARPIO SANTACRUZ, *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Elcano, 2000; A. L. CALVO CARAVACA, P. BLANCO-MORALES LIMONES y otros, *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, 2000; Ch. BELLAMY, G. CHILD, *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, 1992; B. CASTELL BORRÁS, *La defensa de la competencia en la CEE. Artículo 85 del Tratado de Roma*, Barcelona, 1986; J. GUAL, «Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, marzo/abril, 2000, págs. 94 y sigs. También E. LINDE PANIAGUA, «Política de la competencia», en E. LINDE y otros, *Política de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 342 y sigs.; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. QUIJANO GONZÁLEZ, «Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de legislaciones», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias, Bases jurídicas*, págs. 177 y sigs.; M. LÓPEZ ESCUDERO, C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Normas comunitarias en materia de libre competencia», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y otros, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000.

lo dispuesto en el artículo 2.1 del TFUE. Así, no es éste un ámbito de competencia exclusiva propiamente dicho, o incondicionado, como por ejemplo es la unión aduanera, en que la caracterización de competencia no estaría supeditada al cumplimiento de una serie de objetivos. Pues, en un ámbito incondicionado el incumplimiento de los objetivos no modificaría la naturaleza de la competencia ejercida, aunque la norma que vulnerara los objetivos pudiera anularse por el TJUE (arts. 263 y 264 del TFUE). Ya que, la circunstancia de que una norma dictada en ejercicio de una competencia exclusiva de carácter incondicionado pueda ser anulada no supone el reconocimiento de competencia alguna en los Estados miembros, que seguirían excluidos del ejercicio de toda competencia en dicho ámbito. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, la circunstancia de que una norma sobre la competencia no cumpliera el objetivo previsto en el TFUE y fuera declarada nula, con fundamento en la ausencia de competencia de la Unión, supondría la competencia de los Estados miembros en el caso controvertido, lo que pone de evidencia que no estamos ante un ámbito exclusivo propiamente dicho (o incondicionado) sino condicionado a la realización de un objetivo.

### 2.2.2. Competencia atribuida

La determinación de la categoría competencial del ámbito que nos ocupa no puede hacerse en base al apartado b) del artículo 3 del TFUE, como resultado del análisis del citado precepto y de los artículos 101 a 109 del TFUE. En efecto, en estos preceptos se vincula la competencia de la Unión a que ésta se ejerza en el marco del «comercio entre los Estados miembros» (art. 101.1 y 102 del TFUE), o de los «intercambios entre los Estados miembros que afecten al mercado interior» (art. 107 del TFUE), o en la medida en que afecte a la «competencia dentro del mercado interior» (art. 101.1 del TFUE). De modo que los artículos antes citados amplían las condiciones para el ejercicio de la competencia por la Unión y desvirtúan, igualmente, la caracterización de esta competencia como exclusiva.

El ámbito de competencia del artículo 3.1.b) del TFUE, como hemos señalado, no es propiamente un ámbito de competencia exclusiva, aunque tampoco es encuadrable en alguno de los otros tipos competenciales del artículo 2 del TFUE. Se trataría de la que podríamos denominar *competencia propia o plena*, que reservaríamos para los casos en que lo que hace el TFUE (como antes el TCE) es delimitar claramente un ámbito de competencia propio de la Unión que sería limítrofe, pero separado, de un ámbito de competencia propio o pleno de los Estados miembros en la misma materia. En efecto, en lo relativo a las normas sobre la competencia, la Unión es competente cuando concurren los requisitos a que antes nos hemos referido (que las normas sean necesarias para el funcionamiento del mercado interior, entendido como comercio entre los Estados miembros o como intercambios entre Estados miembros que afecten a la competencia en el mercado interior) y los Esta-

dos miembros tendrían competencia propia o plena para dictar normas sobre competencia en el marco del comercio o los intercambios en los respectivos mercados nacionales, siempre que no afecten al comercio o a los intercambios entre Estados miembros. Así, el ámbito de aplicación de la política sobre la competencia de la Unión sería el mercado intracomunitario, mientras que el de los Estados miembros serían los mercados estrictamente nacionales.

En la medida en que se ha configurado una competencia propia o plena en el mercado intracomunitario, el TFUE, como antes el TCE, no ha llevado a cabo una enumeración exhaustiva del contenido material de la competencia de la Unión. Y, por otra parte, como es habitual en el Derecho de la Unión, no se ha limitado a otorgar la competencia a la Unión, sino que ha anticipado el contenido de la normativa sobre la competencia. Así, el artículo 101 del TFUE ha prohibido, por ser incompatibles con el mercado interior, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociación entre empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, que pueda afectar al comercio de los Estados miembros. Y, sin carácter exhaustivo, ha enumerado cinco tipos de conductas prohibidas. Ha establecido que dichos acuerdos o decisiones prohibidos serán nulos de pleno derecho y ha previsto las excepciones. Por otra parte, su artículo 102, ha prohibido y especificado, sin carácter exhaustivo, las prácticas abusivas. Y, además, el artículo 103 ha previsto, sin carácter exhaustivo, el contenido material de la competencia de la Unión al designar el objeto de los reglamentos y directivas europeos<sup>109</sup>, integrado por competencias de ejercicio obligatorio.

Por otro lado, en lo que concierne a las ayudas otorgadas por los Estados miembros, el artículo 107, después de afirmar con carácter general su incompatibilidad con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios entre Estados miembros, especifica qué debe entenderse por ayudas de Estado, así como las que pueden ser compatibles con el mercado interior y las que podrán considerarse compatibles con el mercado interior. De manera que pese a tratarse de una competencia propia o plena (exclusiva según el TFUE), que hubiera permitido proceder como ha tenido lugar con la unión aduanera, esto es, otorgando sin mayor especificación la competencia en los límites antes señalados (para el cumplimiento de un objetivo y en el marco del comercio o intercambios intracomuni-

---

<sup>109</sup> Dice así el artículo 103 del TFUE: los reglamentos o directivas «tendrán especialmente por objeto: a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos 101, apartado 1 y 102, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas; b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo; c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102; d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente párrafo; e) definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y la presente Subsección y los reglamentos europeos adoptados en aplicación del presente artículo, por otra».

tarios a que nos referimos más atrás), se ha definido, sin carácter exhaustivo, el contenido de la competencia y se han especificado las excepciones, modulaciones y procedimientos pertinentes, tratándose en todo caso de *competencias de ejercicio obligatorio*.

### 2.2.3. Instituciones e instrumentos jurídicos

Las instituciones más relevantes en esta materia son el Consejo y la Comisión. Así, al Consejo a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, de acuerdo con los artículos 103 y 109 del TFUE, le corresponde dictar los reglamentos o directivas para la aplicación de los artículos 101 y 102, de una parte, y 107 y 108, de otra parte, del TFUE, a cuyo efecto, y aunque sin carácter exhaustivo, ha establecido el contenido indispensable de dichos actos. Pero, al margen de la competencia normativa del Consejo, el TFUE, como antes el TCE, otorga amplias competencias a la Comisión Europea que es la institución encargada de velar, de acuerdo con el artículo 105 del TFUE, por el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE. Precisamente, a tal fin, la Comisión dispone de la potestad para la adopción de decisiones europeas y reglamentos europeos. Y para examinar los regímenes de ayudas del artículo 107 del TFUE, a cuyo efecto el artículo 108 del TFUE pone a disposición de la Comisión la potestad de dictar reglamentos y decisiones.

### 2.2.4. Conclusiones

Debe resaltarse la singularidad de este ámbito de competencia exclusiva que se caracterizaría más adecuadamente como *ámbito de competencia propia o plena*, que permite que los Estados miembros tengan, a su vez, competencias propias y plenas en materia de normas sobre la competencia al margen del ámbito propio de la Unión. Estas circunstancias, la confluencia de competencias de la Unión y de los Estados miembros, junto a la indeterminación de los parámetros para establecer la competencia de la Unión, serán sin duda fuente de conflictos de difícil solución entre la Unión y los Estados miembros que en última instancia deberá dilucidar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Debe resaltarse, también, que en este ámbito competencial no se ha dado entrada a los actos legislativos, siendo muy limitada la participación del Parlamento Europeo que tan sólo debe ser consultado para adoptar los reglamentos y/o directivas de los artículos 103 y 109 del TFUE. La innovación del TFUE consiste en reforzar los poderes reglamentarios de la Comisión, mediante reglamentos y directivas derivados del Tratado (artículos 105.3 y 108.4 del TFUE). Por lo demás no se aprecia en el TFUE cambio alguno significativo en relación con el TCE.

## 2.3. La política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro<sup>110</sup>

### 2.3.1. Tipo de competencia

La política monetaria, que comparte título con la política económica, está regulada principalmente en los capítulos 2 a 5, artículos 127 a 144 del Título VIII «Política económica y monetaria» del la Parte tercera del TFUE, así como en los párrafos segundo y tercero del artículo 119 y en el artículo 219, ambos del TFUE. Se hace también referencia a la política monetaria, de modo indirecto, al incluirse «la estabilidad de los precios», que es el objetivo principal de dicha política, como uno de los objetivos de la Unión en el artículo 3.3 del TUE. Por otra parte, el Banco Central Europeo se regula en los artículos 282 a 284, sección sexta, de Título I «Disposiciones institucionales» de la Parte VI del TFUE, dedicada a «Disposiciones institucionales y financieras». Esta materia es objeto de regulación en los artículos 105

<sup>110</sup> La bibliografía sobre la política monetaria es muy abundante, pueden citarse como fundamentales: AHJADO QUINTILLÁN, M. y NAVASCUES GUILLOT, M., (intr. y selec.), *Lecturas sobre la Unión económica y monetaria europea. Áreas monetarias óptimas. Evidencia empírica en Europa*, Madrid, 1998; AHJADO QUINTILLÁN, M. y NAVASCUES GUILLOT, M., *Uniones monetarias en Europa. Lecciones históricas para la Unión Económica y Monetaria Europea*, Madrid, 1999; BAREA J., y BAREA, M., *Después de Maastricht, ¿qué?*, Madrid, 1998; CARTOU, L., *La politique monétaire de la CEE*, Ed. A. Colin, Paris, 1970; GARCÍA-DURÁN HUET, P., *The Werner plan and the Delors Plan: Similarities and Differences*, LSE, Condón, 1993; GONZÁLEZ IBAN, R. y AHJADO QUINTILLÁN, M., *El Banco Central Europeo y la política monetaria común*, Madrid, 1999; BOYER, R. Rapport du groupe présidé par, *Le gouvernement économique de la zone euro*, Commissariat Général du Plan, La documentation Française, Paris, 1999; KENEN, P. B., *Economic and Monetary Union in Europe. Moving beyond Maastricht*, University Press, Cambridge, 1995; LARÍNAGA APRAIZ, J. «La Unión Económica y Monetaria en su segunda fase», en *Situación (BBV)*, 1994/1; LETART M., *El sistema monetario internacional*, Acento editorial, 3ª ed., Madrid, 1998; LINDE PANIAGUA, E., *Introducción a la Unión Económica y Monetaria. Un análisis jurídico e institucional*, Colex, Madrid, 1999; LINDE PANIAGUA, E., MELLADO PRADO, P., y OTROS, *La Unión Económica y Monetaria: Balance y perspectivas*, Colex, Madrid, 2001; LÓPEZ ESCUDERO, M., «La Unión Económica y Monetaria», parte quinta de *Derecho Comunitario Material*, págs. 372 a 408, Madrid, 2000; LOUIS, J.-V., *Del sistema monetario europeo a la unión monetaria*, Ed. Comisión Europea, Luxemburgo, 1990; MAGNIFICO, G., *European Monetary Unification*, Ed. MacMillan, Edinburgh, 1973; NORMAN D'AUDENHOVE, Ph. de, *Integration économique et monétaire*, Bruxelles-Louvain, 1972; ONTIVEROS, E. y VALERO, F. J., *La UEM en entredicho*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1996; PACE, M. DI, *La politica economica dell'Unione Europea. Base giuridica e contenuti delle politiche comunitarie in campo economico*, Padova, 2000; PAPANIA, F., SANTINI, C., *El Banco Central Europeo*, Acento Editorial, Madrid, 1999; PÉREZ-BUSTAMANTE, R. y WRANA, J., *La Unión Económica y Monetaria en Europa: una introducción histórica, 1969-1999*, Madrid, 1999; PÉREZ-TENESA, A., *La introducción del euro en España. Legislación y comentarios*, Civitas, Madrid, 1999; REQUEJO, J., *El euro en la economía española*, M. Pons, Madrid, 1998; *Revue Française D'Administration Publique*, oct/déc., 1999, núm. 92, dedicado a *L'Administration de la Monnaie*; DE RUILOBA SANTANA, E., *La integración monetaria en la Comunidad Económica Europea (Aspectos jurídicos e institucionales)*, INAP, Madrid, 1978; SILGUY, Y-T, De, *El euro. Historia de una idea*, Planeta, Barcelona, 1998; VANACLOCHA, F., «Unión Económica y Monetaria» en *Revista de Instituciones Europeas*, 1974 y 1975; VVAA (J. MUNS, director) *España y el euro: riesgos y oportunidades*, en Colección Estudios e Informes núm. 9 (La Caixa), 1997.

a 124 del TCE, que sustancialmente es coincidente con la regulación del TFUE, con las matizaciones que haremos a continuación. La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en las secciones 2 a 5, artículos III-185 a III-202, del capítulo 2 «Política económica y monetaria» del Título III de la Parte tercera, así como en el artículo I-30, en los párrafos segundo y tercero del artículo III-177 y en los artículos III-282 y III-283. El contenido del TFUE y de la Constitución Europea *non nata*, salvo en lo relativo a los instrumentos jurídicos, es prácticamente idéntico.

La política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro constituye un ámbito de *competencia exclusiva* de la Unión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 c) del TFUE. Desde otra perspectiva, la política monetaria en su tercera fase sería una muestra típica de *política supranacional* y de *cooperación reforzada singular* para el grupo de Estados miembros no acogidos a una excepción.

La política monetaria de los Estados miembros acogidos a una excepción, sorprendentemente, no es clasificada por el TFUE en tipo alguno de competencia, asunto este al que después me referiré.

Ahora centraremos nuestra atención en la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro.

### 2.3.2. Objetivos

El *objetivo específico principal* de la política monetaria es el de *mantener la estabilidad de precios*, al que se añade, a un segundo nivel, el de *apoyar la política económica general de la Unión, de conformidad con el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*, de acuerdo con el artículo 119.2 del TFUE, que confirma el artículo 127.1 del TFUE, que es coincidente con lo establecido en el artículo 105 del TCE. La diferencia más notable que se aprecia, en este punto, entre la regulación del TCE y la del TFUE es que esta última ha incluido la estabilidad de precios y el establecimiento de la unión económica y monetaria cuya moneda es el euro entre los objetivos generales de la Unión, en el artículo 3, apartados 3 y 4, del TUE, de manera que, de acuerdo con los Tratados, dicho objetivo lo es doblemente de la Unión y de la política monetaria.

Sin duda, la inclusión de la lucha contra la inflación entre los principios generales de la Unión, que es un logro atribuible al Banco Central Europeo, que la postuló a lo largo del debate constituyente<sup>111</sup>, supone una mejor definición del equilibrio que ya se advierte en el artículo 2 del TCE en que se hace referencia a «crecimiento sostenible y no inflacionista».

Además, el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) tiene que orientar su actividad a los objetivos de la Unión, tal y como son formulados en el artículo 3 del TFUE, para lo que aquel apoyará las políticas económicas de la Unión, de acuer-

<sup>111</sup> Vid. mi trabajo: «Los fundamentos del derecho monetario europeo», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 238, noviembre 2004, págs. 51 y sigs.

do con el artículo 127 del TFUE. Por otra parte, el ejercicio de las actividades del SEBC, de acuerdo con el artículo 127 del TFUE, debe enmarcarse en los principios de una economía de mercado abierto y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios rectores del artículo 3.2 del TUE, lo que es concordante con lo preceptuado para la política económica de la Unión Europea y de los Estados miembros.

### **2.3.3. Competencia atribuida, instituciones e instrumentos jurídicos**

Como hemos señalado, no obstante la circunstancia de que un determinado ámbito se clasifique como exclusivo en el artículo 3 del TFUE, el contenido material de las competencias de la Unión en cada ámbito competencial viene determinado por la Parte tercera del TFUE. Esto es, la Unión atrae para sí una competencia con la extensión e intensidad que se establece en la Parte III, que prevalece sobre lo que puedan establecer las demás Partes del TFUE, del TUE o de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La política monetaria se caracteriza por su densidad regulatoria, así como por ejercerse a través de un sistema institucional e instrumentos jurídicos singulares, que la hace inequivalente a los demás ámbitos competenciales exclusivos y de otra naturaleza. Razón esta por la que le dedicaremos una atención especial.

Lo característico de la política monetaria es que, junto a las Instituciones generales del artículo 13 del TUE, cobran un especial protagonismo: el Banco Central Europeo (BCE); el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC); y el Comité Económico y Financiero (durante la segunda fase de la unión económica y monetaria que finalizó el 31 de diciembre de 1998, tuvieron funciones relevantes el Instituto Monetario Europeo (IME) y el Comité Monetario).

Así, el artículo 282 del TFUE creó un *Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)* y un *Banco Central Europeo (BCE)* con las atribuciones que el TFUE establece en los artículos 119 y 127 y siguientes, completadas por el *Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo* (a partir de ahora *Estatutos*). Sin embargo, como decíamos, las Instituciones siguen operando en el ámbito de la política monetaria, si bien con alteraciones que en el caso de la Comisión son sobresalientes. De manera que en las páginas que siguen trataremos de aclarar el sistema institucional en el marco de la política monetaria, así como su sistema competencial, ligados ambos indisolublemente.

## **A) El Consejo**

### **a) Funciones y competencias materiales**

El Consejo no deja de ser, no obstante lo dicho, la Institución más relevante en lo que concierne a la política monetaria de la Unión Europea, como vamos a tener oportunidad de comprobar, así corresponden al mismo:

– Encomendar, en su caso, al BCE tareas correspondientes a políticas relacionadas con la *supervisión prudencial* de las entidades de crédito y otras entidades financieras con excepción de las empresas de seguros (art. 127.6<sup>112</sup> del TFUE). Esta posibilidad se ha comenzado a llevar a cabo mediante varios procedimientos que no es caso señalar aquí, pero lo realmente novedoso ha sido la creación de las Autoridades Europeas de Supervisión con competencias muy considerables en materia de banca, seguros y mercado de valores que ha supuesto un desplazamiento de competencias de los Estados miembros al margen de las instituciones de la Unión.

– *Adoptar medidas para armonizar los valores nominales y las especificaciones técnicas de todas las monedas* (art. 128.2<sup>113</sup> del TFUE).

– *Modificar los Estatutos del SEBC* (art. 129.3<sup>114</sup> del TFUE). Son varios los preceptos de los Estatutos del SEBC que el Consejo y el Parlamento pueden modificar por el procedimiento legislativo ordinario (arts. 5.1, 5.2, 5.3, 17, 18, 19.1, 22, 23, 24, 26, 32.1, 32.3, 32.4, 32.6, 33.1 a) y 36), sin que, en principio, sea posible establecer los criterios que han llevado al legislador a la elección de los preceptos modificables por el Consejo y el Parlamento. Lo que ahora nos importa destacar, lo que es excepcional, es que puedan modificarse preceptos de un Protocolo por las Instituciones comunitarias, habida cuenta de que los Protocolos tienen el mismo rango que los Tratados.

– *Adoptar las disposiciones a que se hace referencia en los arts. 4; 5.4; 19.2; 20; 28.1; 29.2; 30,4; y 34.3 de los Estatutos SEBC* (art. 129.4 del TFUE), exigiéndose al Consejo, al efecto de adoptar lo que el artículo 42 de los Estatutos denomina *normativa complementaria*, la mayoría cualificada y la propuesta de la Comisión o del BCE, y la consulta, respectivamente, a quien de los anteriores no haya hecho la propuesta y al Parlamento Europeo;

– *Fijar los límites y las condiciones en que el Banco Central Europeo estará autorizado a imponer multas y multas coercitivas a las empresas que no cumplan sus reglamentos y decisiones europeas* (art. 132.3<sup>115</sup> del TFUE);

– *Medidas para garantizar la posición del euro en el sistema monetario internacional* (art. III-138.1<sup>116</sup> del TFUE); a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo.

– *Medidas adecuadas para adoptar una representación única en las instituciones y conferencias financieras internacionales* (art. 138.2 del TFUE), a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo.

– *Celebrar acuerdos sobre el sistema de tipos de cambio para el euro en relación con monedas no comunitarias* (arts. 219 1 y 3<sup>117</sup> del TFUE), previa recomendación

<sup>112</sup> Se corresponde al artículo 105. 6 del TCE.

<sup>113</sup> Se corresponde al artículo 106.2 del TCE.

<sup>114</sup> Se corresponde al artículo 107.5 del TCE.

<sup>115</sup> Se corresponde al artículo 110. 3 del TCE.

<sup>116</sup> Este precepto no tiene correspondiente en el TCE.

<sup>117</sup> Se corresponde al artículo 111. 1 y 3 del TCE.

del Banco Central Europeo o bien de la Comisión previa consulta del Banco Central Europeo y, en todo caso, se informará al Parlamento Europeo;

– *Adoptar, ajustar o abandonar los tipos centrales del euro* en el sistema de tipos de cambio (art. 219. 1 párrafo segundo<sup>118</sup> del TFUE), previa recomendación del Banco Central Europeo o bien de la Comisión previa consulta del Banco Central Europeo, de lo que se informará al Parlamento Europeo;

– *Acordar orientaciones generales para la política de tipos de cambio*, a falta de un sistema de tipos de cambio respecto de una o varias monedas no comunitarias (art. 219.2<sup>119</sup> del TFUE). Sin embargo, las que se denominan orientaciones generales para la política de tipos de cambio en el artículo 219.2 no tienen en éste regulados ni la forma ni el régimen jurídico, salvo que sólo pueden adoptarse por el Consejo en base a una recomendación de la Comisión y previa consulta del BCE, o bien previa recomendación del BCE.

No obstante lo dicho, parece más que dudoso que pueda aplicarse a estas orientaciones generales el régimen jurídico de las reguladas en el marco de la política económica de la Unión a que nos referiremos más adelante. Así, las orientaciones generales para la política de tipos de cambio serían actos comunitarios singulares.

– *Adoptar la posición de la Unión a nivel internacional* respecto a temas de especial relevancia para la unión económica y monetaria (art. 219.3<sup>120</sup> del TFUE), previa recomendación de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo, a los efectos de decidir el procedimiento de negociación y celebración de dichos acuerdos, que deberá garantizar que la Unión exprese una posición única.

## b) Competencias formales

En el marco de la política monetaria el Consejo (con el Parlamento Europeo) puede adoptar reglamentos, decisiones o directivas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (artículo 133 del TFUE) o especial (art. 127.6 del TFUE), medidas (art. 128.2 del TFUE), disposiciones (arts. 129.4 del TFUE), normas (134.3 del TFUE), celebrar acuerdos internacionales (art. 219.1 y 3) y formular dictámenes y recomendaciones, con las particularidades que se indican en el Tratado, así como en el Protocolo del SEBC y del BCE.

## B) La Comisión

*La Comisión*, pese a la entrada en escena del Banco Central Europeo que, como veremos, altera el funcionamiento ordinario de las Instituciones generales de la

<sup>118</sup> Se corresponde al artículo 111.1 del TCE.

<sup>119</sup> Se corresponde al art. 111. 2 del TCE.

<sup>120</sup> Se corresponde al art. 111.4 del TCE.

Unión, *sigue teniendo la importante competencia exclusiva de propuesta al Consejo* en lo concerniente: a la regulación de los valores nominales y las especificaciones técnicas de las monedas (art. 128.2 del TFUE); y a la posición de la Unión a nivel internacional y sobre su representación (arts. 219.3 del TFUE).

*La Comisión comparte con el BCE la competencia de propuesta al Consejo* de acuerdo con un singular procedimiento, tanto para la modificación de una serie de preceptos de los Estatutos (art. 129.3 del TFUE), como para el desarrollo de preceptos de los citados Estatutos (art. 129.4 del TFUE). De acuerdo con dichos preceptos se ha articulado un procedimiento según el que tanto la Comisión como el BCE pueden proponer y la institución que no propone debe ser consultada.

*La Comisión tiene la competencia de formular recomendaciones al Consejo*, en lo relativo: al sistema de tipos de cambios para el euro en relación con monedas que no sean de la Unión (art. 219.1 punto primero TFUE); y sobre las modalidades de negociación y celebración de acuerdos en materia de régimen monetario o régimen cambiario con terceros Estados u organizaciones internacionales (art. 219.3 del TFUE). En estos casos, procede, además, la consulta previa al BCE.

*La Comisión comparte con el BCE la competencia de formular recomendaciones al Consejo*: sobre la adopción, ajuste o abandono de los tipos centrales del euro (art. 219.1 del TFUE); o para la formulación de orientaciones generales para la política de tipos de cambio a falta de un sistema de tipos de cambio respecto a una o varias monedas que no sean de la Unión (art. 219.2 del TFUE). Solo que en estos casos si la recomendación procede de la Comisión, el Consejo debe consultar al BCE, mientras que si la recomendación procede del BCE, el Consejo no tiene que consultar a la Comisión.

Finalmente, debe destacarse la peculiar caracterización que el Tratado hace de la posición de la Comisión en lo que concierne a la negociación de acuerdos internacionales en materia de régimen monetario o de régimen cambiario, según el que «*La Comisión estará plenamente asociada a las negociaciones*» (art. 219.3 del TFUE).

## C) El Sistema Europeo de Bancos Centrales

### a) Constitución del SEBC y del BCE

De acuerdo con el artículo 123.1 del TCE, se consideraron constituidos el SEBC y el BCE desde el momento en que se nombró el Comité Ejecutivo, lo que sucedió mediante Decisión 98/345/CE, de 26 de mayo de 1998, adoptada de común acuerdo de los Gobiernos de los Estados miembros que adoptan la moneda única a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno<sup>121, 122</sup>. Por lo demás, tanto el SEBC como el BCE

<sup>121</sup> Vid. DOCE L 154, de 28-5-1998.

<sup>122</sup> No deja de ser una curiosidad que la Decisión del BCE 1998/2 de 9 de junio de 1998, por la que se adoptan las medidas necesarias para el desembolso del capital del BCE considere que el BCE

comenzaron a ejercer sus competencias el 1 de enero de 1999, en que se inició la tercera fase de la UEM, al margen de los actos conducentes a la determinación de la participación de los bancos centrales nacionales en el capital, el desembolso de éste y cuantas medidas de autoorganización fueren necesarias para la puesta en funcionamiento del BCE en la fecha señalada anteriormente.

## **b) Naturaleza jurídica**

El Sistema Europeo de Bancos Centrales está compuesto por el BCE y los bancos centrales de los Estados miembros, o bancos centrales nacionales (BBCCNN). De manera que el SEBC no cuenta con órganos propios sino que está dirigido y actúa a través de los órganos rectores del BCE, cuyas competencias y funcionamiento están reguladas en el Tratado y en los Estatutos del mismo.

En definitiva, el SEBC no es una persona jurídica, sino una organización o conjunto de personas jurídicas que actúa sus competencias a través de los órganos de una de ellas, esto es, que actúa a través de los órganos del BCE. De este modo, no se aprecia déficit organizativo en el SEBC, que sin embargo acaba por confundirse en su actuación con el BCE.

## **c) Funciones y competencias (arts. 127 y 128 del TFUE<sup>123</sup>)**

Las funciones del SEBC son de muy diferente naturaleza sin que sea posible siempre identificar y delimitar las competencias o funciones normativas y las ejecutivas, así:

– En relación con la *política monetaria* de la Comunidad, el SEBC tiene la función exclusiva de definirla y ejecutarla;

– En relación con las *operaciones de divisas* tiene la competencia exclusiva;

– Le corresponde la posesión y gestión de las *reservas oficiales de divisas de los Estados miembros*, sin perjuicio de que éstos puedan poseer y gestionar fondos de maniobra en divisas;

– Le corresponde la promoción del buen funcionamiento de los *sistemas de pago*;

– *Otras funciones o tareas del SEBC* son las que le encomiende el Consejo a propuesta de la Comisión, previa consulta al BCE y previo *dictamen conforme del Parlamento Europeo*, tareas relacionadas con las políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras con excepción de las empresas de seguro (art. 25 de los Estatutos).

---

quedó constituido el 1 de junio de 1998, cuando, a tenor de lo previsto en el Tratado, la constitución debe entenderse coincidente con el nombramiento del Comité Ejecutivo del BCE.

<sup>123</sup> Se corresponde a los artículos 105 y 106 del TCE.

*Las funciones monetarias y operaciones del SEBC* vienen reguladas de modo preciso por los artículos 17 a 24 de los Estatutos del SEBC y del BCE, que no vamos a analizar aquí.

## D) Banco Central Europeo

### a) Personalidad jurídica. Constitución y capital (arts. 127 y sigs. y 282 y sigs. del TFUE; 9 y sigs. Estatutos; y Reglamento Interno)

La organización y funcionamiento del Banco Central Europeo se deducen del TFUE, de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo y del Reglamento Interno del Banco Central Europeo. Como suele suceder de ordinario en los Estatutos se reiteran preceptos del Tratado y en el Reglamento Interno se reiteran preceptos del Tratado y del Reglamento, lo que no siempre favorece la comprensión de los mismos.

Una de las características más sobresalientes del BCE es que tiene *personalidad jurídica* (art. 282.3 del TFUE<sup>124</sup> y 9 Estatutos). Es decir, por una parte forma parte de la Unión Europea, pero por otra, tal y como sucede con el Banco Europeo de Inversiones, está dotado de la autonomía que le proporciona la atribución de personalidad jurídica propia, imprescindible para realizar sus funciones, lo que supone que el BCE dispondrá, además, de «la capacidad jurídica más amplia concedida a las personas jurídicas con arreglo al respectivo Derecho nacional; en particular, podrá adquirir o vender propiedad mobiliaria e inmobiliaria y ser parte en actuaciones judiciales» (art. 9 Estatutos).

Los órganos rectores del BCE, que a su vez son órganos del SEBC, son el *Consejo de Gobierno* y el *Comité Ejecutivo* (art. 283 del TFUE<sup>125</sup>) y, en su caso, el *Consejo General* (art. 141.1 del TFUE<sup>126</sup>).

El capital del BCE fue establecido en el artículo 28.1 de los Estatutos del SEBC en 5.000 millones de euros y la participación de los Bancos Centrales nacionales en la clave de capital del Banco Central Europeo se acordó por Decisión del BCE 1998/1 de 9 de junio (1999/31/CE) y sucesivamente se ha ampliado, superando en la actualidad los 10.000 millones de euros.

### b) Consejo de Gobierno (arts. 283 del TFUE, 10 Estatutos y 2 a 5 del Reglamento)

El Consejo de Gobierno es un órgano colegiado que se integra por los miembros del Comité Ejecutivo del BCE y los gobernadores de los bancos centrales nacionales

---

<sup>124</sup> Se corresponde al artículo 107.2 del TCE.

<sup>125</sup> Se corresponde al artículo 107.3 del TCE.

<sup>126</sup> Se corresponde al artículo 123.3 del TCE.

de los Estados miembros cuya moneda es el euro, y al que asiste un miembro de la Comisión Europea. Los gobernadores pueden acudir acompañados por otra persona que podrá participar en los debates, salvo en los relativos a la política monetaria y pueden, asimismo, nombrar, por escrito, un sustituto. Por otra parte el Consejo de Gobierno podrá invitar a sus sesiones a otras personas, si lo estima oportuno.

Del sistema de adopción de acuerdos, que presenta numerosas particularidades, llama la atención la previsión de que sus miembros puedan emitir su voto por teleconferencia, la adopción de acuerdos por procedimiento escrito y que, en caso de que un miembro no pueda votar durante un periodo prolongado de tiempo pueda designar un sustituto.

Por lo demás, el artículo 10 de los Estatutos regula todo lo concerniente al sistema de voto ordinario, mayorías para la adopción de acuerdos, ponderación de votos, así como el carácter y la frecuencia de sus reuniones. De un modo más detallado el Reglamento desarrolla los Estatutos en este punto.

Al Consejo de Gobierno le corresponde, de acuerdo con el artículo 12 de los Estatutos, la formulación de la política monetaria de la Unión, lo que en su caso incluye las decisiones relativas a los objetivos monetarios intermedios, los tipos de interés básicos y el suministro de reservas en el SEBC, estableciendo al efecto las orientaciones necesarias.

### c) Comité Ejecutivo (arts. 283.2 del TFUE y 11 de los Estatutos)

El Comité Ejecutivo es un órgano colegiado compuesto por el presidente, el vicepresidente y otros cuatro miembros.

El nombramiento (renovación o cobertura de vacantes) de *los miembros* del Comité ejecutivo tiene lugar entre nacionales de los Estados miembros de la zona euro, lo que excluye a nacionales de los Estados acogidos a una excepción. El nombramiento por un período de ocho años no prorrogables corresponde al Consejo Europeo por mayoría cualificada, en base a una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno del BCE. Sin embargo, el periodo de ocho años en el primer nombramiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 de los Estatutos vigente en 1998 rigió tan sólo para el Presidente del BCE, pues para el vicepresidente fue de cuatro años y para el resto de los miembros osciló en sus inicios entre cinco y ocho años<sup>127</sup>. Este sistema inicial de períodos de mandato escalonados parece oportuno con objeto de asegurar la continuidad de las

---

<sup>127</sup> En consecuencia con esta previsión la Decisión 98/345/CE de 26 de mayo de 1998, adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea que adoptan la moneda única nombró presidente por un período de ocho años a Wim Duisenberg, vicepresidente por un período de cuatro años a Christian Noyer y como miembros por un período de ocho años a Otmar Issing, por un período de siete años a Tommaso Padoa-Schioppa, por un período de seis años a Eugenio Domingo Sola y por un período de cinco años a Sirkka Hämäläinen.

instituciones, pues los mandatos de los miembros del Comité ejecutivo no son renovables en caso alguno<sup>128</sup>.

Por otra parte, la única condición que se exige a los miembros del Comité ejecutivo es que sean personalidades de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios, que es apreciada discrecionalmente por quienes tienen la facultad de nombrarlos. A los miembros del Comité ejecutivo, se les exige dedicación exclusiva y sus condiciones de empleo figuran en un contrato suscrito con el BCE que establecerá el Consejo de Gobierno a propuesta de un Comité integrado a partes iguales por tres miembros designados por el propio Consejo de Gobierno y otros tres designados por el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

Por lo demás, los miembros del Comité Ejecutivo disponen todos ellos de un voto, los acuerdos se adoptan por mayoría simple, otorgándose en caso de empate el voto decisivo al Presidente.

El Comité ejecutivo es el órgano que tiene encomendado poner en práctica la política monetaria, de acuerdo con las orientaciones y decisiones adoptadas por el Consejo de Gobierno, que le podrá delegar algunas de sus facultades. Por otra parte, los bancos centrales nacionales, en la medida en que el BCE lo considere posible y adecuado, actuarán como órganos ejecutivos del BCE a los efectos de ejecutar las operaciones que correspondan a las funciones del SEBC (art. 12 de los Estatutos).

#### d) El Consejo General

El Consejo General es un órgano colegiado previsto para el caso, que se produce en la actualidad, de que algunos Estados no inicien la tercera fase de la Unión económica y monetaria. Está integrado por el Presidente, Vicepresidente y los gobernadores de todos los bancos centrales nacionales con independencia de que sus Estados estén o no acogidos a una excepción. Los demás miembros del Comité Ejecutivo del BCE pueden participar en las reuniones sin derecho a voto (arts. 44 a 46 de los Estatutos).

---

<sup>128</sup> Mayores problemas planteó el caso del primer presidente del BCE. Si bien, tanto los Estatutos como la Decisión 98/345/CE citada más arriba son concluyentes en el sentido de que su nombramiento es por un período de ocho años, sin embargo en el acta de la sesión núm. 2088 del Consejo de la Unión Europea reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno celebrada en Bruselas los días 2 y 3 de mayo de 1998 consta la declaración oral hecha por el presidente en ciernes Duisenberg, en él reitera su deseo de: *no agotar mi mandato por iniciativa y voluntad propias, libremente y sin presiones de ningún tipo* y en consecuencia de adoptar *por voluntad propia la decisión de presentar mi dimisión*. Por otra parte manifestaba también su deseo de permanecer en el cargo hasta el final del régimen transitorio. En la misma acta citada figura también el compromiso de los Jefes de Estado y de Gobierno de que el próximo presidente fuera de nacionalidad francesa y en concreto Jean-Claude TRICHET, por un período de ocho años. Posteriormente, el presidente del BCE, que desmintiera o matizara su compromiso de dimisión, dimitiría y sería nombrado nuevo presidente J. Cl. TRICHET, al que ha sucedido M. DRAGHI.

## e) Funciones y competencias

Es posible ordenar sus funciones y competencias del modo que sigue:

– *Funciones consultivas*. El BCE debe ser consultado *preceptivamente* por las Instituciones comunitarias y las autoridades nacionales para la adopción de actos comunitarios o disposiciones en el ámbito de competencia del SEBC (art. 127.4 del TFUE<sup>129</sup>). En el caso de las disposiciones nacionales las condiciones de la consulta al BCE serán establecidas por el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al BCE. *Motu proprio*, el BCE podrá presentar dictámenes tanto a las instituciones y organismos comunitarios como a las autoridades nacionales en el ámbito de sus competencias<sup>130</sup>.

– *Funciones de colaboración* (art. 127.5 del TFUE<sup>131</sup>) con las entidades competentes, encaminadas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero.

– *Emisión de billetes de banco* (art. 128.1 del TFUE<sup>132</sup>). El BCE tiene en exclusiva la *competencia* –el derecho exclusivo– *de autorizar la emisión* de billetes de Banco. La emisión corresponderá al BCE y a los bancos centrales nacionales.

– *Autorización del volumen de emisión de moneda metálica* (art. 128.2 del TFUE<sup>133</sup>). El BCE tiene la competencia para aprobar el volumen de emisión de moneda metálica cuya competencia corresponde a los Estados miembros.

– La *Recopilación de información estadística* (art. 5 del Protocolo) necesaria para el cumplimiento de las funciones del SEBC, de las autoridades nacionales competentes o directamente de los agentes económicos, a cuyo efecto los bancos centrales nacionales actuarán como órganos ejecutivos del BCE.

– Finalmente el Protocolo en lo que concierne a la *cooperación internacional* prevé en su artículo 6 que el BCE determine la representación del SEBC en las organizaciones internacionales y, en su caso, que apruebe la participación de los bancos centrales nacionales en las instituciones monetarias internacionales. Debiendo entenderse que en el marco de la cooperación internacional la participación del BCE y de los bancos centrales nacionales debe estar subordinada a las competencias del Consejo de Ministros.

---

<sup>129</sup> Se corresponde al artículo 105.4 del TCE.

<sup>130</sup> Las previsiones del apartado 4 del artículo 127 del TFUE, antes 4 del artículo 105 del TCE, que se corresponde al artículo III-189.4 de la Constitución Europea *non nata*.

<sup>131</sup> Se corresponde al artículo 105.5 del TCE.

<sup>132</sup> Se corresponde al art. 106.1 del TCE.

<sup>133</sup> Se corresponde al artículo 106.2 del TCE.

## **E) Los Bancos Centrales Nacionales**

### **a) Estatutos**

El quinto requisito que debían y deben cumplir los Estados miembros que pretendían y pretenden incorporarse a la tercera fase de la UEM es el de la compatibilidad del Estatuto de sus bancos centrales con los Estatutos del SEBC (art. 131 del TFUE<sup>134</sup>)<sup>135</sup>.

Por otra parte, los bancos centrales nacionales forman parte del SEBC, integrando sus presidentes o gobernadores el Consejo de Gobierno del mismo.

### **b) Competencias**

En la política monetaria se ha producido una transferencia a la Unión Europea de las competencias que tenían los bancos nacionales de los Estados miembros que han iniciado la tercera fase de la UEM. Pero, no por ello deja de ser relevante la posición de los bancos centrales nacionales. Ya que, por una parte, los BBCCNN son órganos ejecutivos del BCE y, por otro lado, conservan íntegramente, todavía, las competencias que tenían en lo que concierne a la supervisión del sistema financiero nacional.

Debe destacarse que de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.1 del TFUE los BBCCNN (junto al BCE) emitirán billetes, previa autorización del BCE, que serán los únicos de curso legal.

## **F) El Comité Económico y Financiero**

Hasta el inicio de la tercera fase de la unión económica y monetaria funcionó un Comité Monetario.

El apartado 1 del artículo 134 del TFUE hace referencia a las competencias y composición del Comité Económico y Financiero se fundamentan en las que tenía el Comité Monetario al que ha sustituido.

### **a) Naturaleza y composición**

El Comité Económico y Financiero es un órgano de la UEM, que de acuerdo con el artículo 134.2 del TFUE *in fine*, que se corresponde al artículo 114.2 *in fine* del

---

<sup>134</sup> Se corresponde a los artículos 109 y 121.1 del TCE.

<sup>135</sup> El cumplimiento de este requisito determinó que, por ejemplo, en el caso español se modificara la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, por la Ley 12/1998, de 28 de abril de 1998. Por ello, lo que dijimos sobre la autonomía del BCE es aplicable al Banco de España en lo relativo a sus relaciones con el Gobierno de la Nación y demás poderes o autoridades.

TCE, está compuesto por dos miembros (como máximo) nombrados por cada uno de los Estados miembros, por la Comisión y por el BCE. El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al BCE y al Comité establece las normas de desarrollo relativas a su composición.

## b) Competencias

El Comité Económico y Financiero realiza básicamente, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 134 del TFUE, las funciones: de *dictamen*, por propia iniciativa o a petición del Consejo o de la Comisión; de *seguimiento-supervisión* de la situación económica y financiera de los Estados miembros y de la Unión; de *colaboración* con el Consejo para el cumplimiento de sus competencias en lo concerniente a las políticas económica y monetaria; de *examen* de movimientos de capitales y libertad de pagos. Y de acuerdo con el artículo 139 y siguientes del TFUE<sup>136</sup> le corresponde la *supervisión limitada* de la situación monetaria y financiera y de los Estados acogidos a una excepción.

## G) El status del SEBC, del BCE, de los Bancos centrales nacionales y de los miembros de sus órganos rectores

### a) Independencia

La característica más relevante del status del SEBC, del BCE, de los BBCCNN y de los miembros de sus órganos rectores es su independencia. La formulación que el TFUE hace en el artículo 130 del TFUE<sup>137</sup> de dicha independencia es activa y pasiva, esto es: no pueden ni pedir ni recibir instrucciones de las instituciones y organismos comunitarios ni de los gobiernos de los Estados miembros ni de ningún otro órgano. Además, esta independencia se refleja en el expreso compromiso de las instituciones y organismos comunitarios y de los Gobiernos de los Estados miembros de respetar el citado principio y de no tratar de influir en los mencionados órganos rectores. El TFUE exige en su artículo 131 del TFUE<sup>138</sup> que los Estados miembros trasladen estos principios a sus legislaciones nacionales en relación con sus bancos centrales, lo que a su vez se convierte en requisito exigible para la incorporación de un Estado a la tercera fase de la Unión económica y monetaria (art. 140 del TFUE<sup>139</sup>).

<sup>136</sup> Se corresponden a los artículos 122 y sigs. del TCE.

<sup>137</sup> Se corresponde al artículo 109 del TCE.

<sup>138</sup> Se corresponde al art. 109 del TCE.

<sup>139</sup> Se corresponde al art. 121.1 del TCE.

## **b) El control parlamentario del BCE. Sus límites**

Se podría ver en el artículo 284.3 del TFUE<sup>140</sup> un atisbo de control democrático del BCE y de los bancos centrales nacionales por el Parlamento Europeo. El referido precepto prevé que el BCE remita un informe anual sobre las actividades del SEBC y sobre la política monetaria del año precedente y del año en curso al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Consejo Europeo. Dicho informe, además, deberá ser presentado por el presidente del BCE en el Consejo y en el Parlamento Europeo. En relación con este último se prevé que el Parlamento *podrá proceder a un debate general basándose en el mismo*.

Bien es cierto que la mera previsión de que el presidente del BCE presente el informe de actividad del mismo en el Parlamento Europeo y que los diputados europeos se puedan manifestar libremente sobre el mismo suponen, en sí mismos, controles democráticos. Sin embargo, el precepto que comentamos hay que leerlo junto al artículo 130 del TFUE<sup>141</sup> que consagra la autonomía del BCE, sin excepción alguna, lo que incluye al Parlamento Europeo que, como las demás instituciones, *se compromete(n) a respetar este principio* (el de autonomía) *y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del BCE y de los bancos centrales nacionales en el desempeño de sus funciones*. Así las cosas, el control parlamentario del artículo 284.3 del TFUE tiene sus límites en el citado artículo 130 del TFUE, lo que sin duda excluye la posibilidad de que el Parlamento Europeo adopte resolución alguna sobre el informe que se presente, límites que deben alcanzar al contenido y la forma en que se produzca el debate, que debe custodiar el presidente del Parlamento, para cumplir el compromiso previsto en el citado artículo 130 del TFUE.

## **c) El recurso ante el TJUE en defensa de sus prerrogativas**

Sin duda, consecuencia del referido *status* del BCE es el artículo 263 del TFUE<sup>142</sup> que ha previsto la posibilidad de que el BCE pueda interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de salvaguardar sus prerrogativas.

## **H) Instrumentos jurídicos del BCE para el ejercicio de sus funciones y las del SEBC**

### **a) Los Instrumentos normativos**

En lo que se refiere a los instrumentos formales del SEBC y del BCE se da uno de los aspectos más relevantes de su régimen jurídico. En efecto, el BCE, para el

---

<sup>140</sup> Se corresponde al artículo 113.3 del TCE.

<sup>141</sup> Se corresponde al art. 108 del TCE.

<sup>142</sup> Se corresponde al art. 230, párrafo tercero, del TCE.

ejercicio de las funciones que el TFUE le encomienda al SEBC, puede aprobar *reglamentos y decisiones* y emitir *recomendaciones y dictámenes*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 132 del TFUE <sup>143</sup> y el artículo 34 de los Estatutos.

El TFUE ha previsto que el BCE pueda dictar *reglamentos* en los siguientes supuestos (art. 132 del TFUE):

- para definir y ejecutar la política monetaria de la Unión (art. 3.1 de los ESEBC y del BCE)

- a fin de establecer las reservas mínimas de entidades de crédito BCE y BBCC-NN (art. 19.1 de los ESEBC y del BCE)

- con objeto de regular los sistemas de compensación y de pago (art. 22 de los ESEBC y del BCE)

- y, en su caso, en lo concerniente a la supervisión de entidades de crédito (art. 25.2 de los ESEBC y del BCE), en los casos en que el Consejo así lo decida mediante reglamentos de acuerdo con el art. 129.4 del TFUE.

En general, el BCE puede adoptar *decisiones* para el ejercicio de sus competencias.

Por lo que se refiere a los dictámenes y a las recomendaciones del BCE, la única nota singular del régimen jurídico de estas últimas es la posibilidad de que se hagan o no públicas a juicio del BCE.

Ni el TFUE ni los Estatutos hacen referencia, en cuanto tales, a otro tipo de instrumento jurídico formal que los referidos más atrás. Sin embargo, los Estatutos del SEBC y del BCE en sus artículos 12.1 y 14.3 facultan al BCE para adoptar *orientaciones e instrucciones*. El Reglamento Interno del BCE en el artículo 17 de su versión modificada de 22 de abril de 1999 ha interpretado y resuelto el problema que supone calificar a las mencionadas orientaciones generales e instrucciones en el sentido de que son, también, instrumentos jurídicos del BCE. Incluso ha esbozado el régimen jurídico de los mismos. No es posible hacer en este lugar un análisis detallado de los nuevos instrumentos del BCE, pero sí de hacer algunas observaciones preliminares. Por de pronto hay que decir que no existe objeción a que los Estatutos del SEBC y del BCE, que tienen la consideración de Derecho originario, y el mismo rango que los Tratados, creen nuevos instrumentos jurídicos. Pero, habida cuenta de que los Estatutos no regulan el régimen jurídico de dichos instrumentos, podría objetarse que tal regulación pudiera hacerla el citado Reglamento Interno, pues esto desbordaría el cometido del mismo limitado, como dice el artículo 12.3 de los Estatutos, a «determinar la organización interna del BCE y de sus órganos rectores». No obstante, y en la medida en que tanto las orientaciones generales, como las instrucciones, tengan como únicos destinatarios a los bancos centrales nacionales, sin efectos para terceros, como parece deducirse de los Estatutos y del artículo 17 de Reglamento Interno, podríamos considerarlos como instrumentos normativos en el marco de la potestad de autoorganización del BCE, y en esa medida sería inobjetable su regulación por el referido Reglamento Interno del BCE.

---

<sup>143</sup> Se corresponde al art. 110 del TCE.

## b) La potestad sancionadora

De acuerdo con lo previsto en el artículo 132.3 del TFUE<sup>144</sup>, en relación con el artículo 129.4 del TFUE<sup>145</sup>, el Consejo puede regular la imposición de *multas y pagos periódicos de penalización a las empresas* que no cumplan lo previsto en los reglamentos y decisiones del BCE.

## I) Competencias y obligaciones de los Estados miembros

De acuerdo con lo previsto en el artículo 127.3 del TFUE<sup>146</sup>, los Estados miembros que han iniciado la tercera fase: pueden poseer y gestionar fondos de manobra en divisas; son también competentes para realizar emisiones de moneda metálica de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2 del TFUE<sup>147</sup>; y, pueden negociar en los foros internacionales y celebrar acuerdos internacionales de acuerdo con lo previsto en el artículo 219.4 del TFUE<sup>148</sup>, con las limitaciones que se deducen del Tratado.

Por cuanto a las *obligaciones*, destaca la prevista en el artículo 127.4 del TFUE<sup>149</sup> *de consultar al BCE antes de adoptar proyectos de disposiciones legales en el ámbito de sus competencias*.

Debe tenerse en cuenta el Protocolo sobre Francia<sup>150</sup>, que le permite a ésta mantener el privilegio de emitir moneda en sus territorios de ultramar (Nueva Caledonia, Polinesia Francesa, Wallis y Futura), con arreglo a lo dispuesto por su legislación nacional, y el derecho a determinar la paridad del franco de la Comunidad Financiera del Pacífico (CFP).

Una de las innovaciones más sobresalientes del TFUE, en el marco de la política monetaria, ha sido la incorporación de un nuevo capítulo 4 (arts. 136 y 138), que no tiene parangón en el TCE, que contiene «Disposiciones específicas para los Estados miembros cuya moneda es el euro». En este lugar nos interesa destacar la creación de una suerte de Consejo informal de ministros de los Estados cuya moneda es el euro, por virtud de lo dispuesto en el artículo 137 del TFUE y el Protocolo 14 «Sobre el eurogrupo». Dicho eurogrupo nombrará un presidente para un período de dos años y medio.

<sup>144</sup> Se corresponde al artículo 110.3 del TCE

<sup>145</sup> Se corresponde al artículo 107.6 del TCE.

<sup>146</sup> Se corresponde al artículo 105.3 del TCE.

<sup>147</sup> Se corresponde al artículo 106.2 del TCE.

<sup>148</sup> Se corresponde al artículo 111. 5 del TCE.

<sup>149</sup> Se corresponde al artículo 105.4 del TCE.

<sup>150</sup> Protocolo 18 sobre Francia, relativo al régimen del franco CFP.

Por otra parte, se ha afrontado por el TFUE una de las deficiencias más notables de la regulación de la unión económica y monetaria en el TCE, ésta es la de su vertiente internacional. Así, habida cuenta de que los Estados miembros conservan competencias para negociar en los foros internacionales y celebrar acuerdos internacionales, el artículo 138 del TFUE ha previsto que mediante decisiones europeas del Consejo (a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo) se puedan aprobar posiciones comunes sobre cuestiones que revistan especial interés para la unión económica y monetaria. Y, por otra parte, se ha previsto la posibilidad de que la unión económica y monetaria cuente con una única representación en las instituciones y conferencias financieras internacionales, previa adopción de la correspondiente decisión por el Consejo (adoptada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo). En la toma de las decisiones antes mencionadas solo participarán los Estados miembros cuya moneda sea el euro.

### **2.3.4. Las fases de la UEM y la transición de la segunda a la tercera fase. Un ejemplo de competencia pasarela**

#### **A) Las fases de la UEM**

Aun cuando el 1 de enero de 1999 se inició la tercera fase de la UEM, a algunos Estados miembros, los acogidos a una excepción, se les sigue aplicando el régimen jurídico correspondiente a la segunda fase de la UEM, hasta que soliciten y cumplan los requisitos previstos por el TFUE, antes por el TCE, para la incorporación de los mismos a la tercera fase de la UEM.

La construcción de la UEM se concibió en tres fases, la primera a partir del 1 de julio de 1990 de escaso relieve, comparada con las siguientes, fue decidida por el Consejo Europeo celebrado en Madrid en junio de 1989. La finalización de esta fase exigió a todos los Estados miembros el cumplimiento de las previsiones contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 116 del TCE, suprimido por el Tratado de Lisboa.

La segunda fase se inició el 1 de enero de 1994, de acuerdo con lo previsto en el artículo 116 del TCE. Esta segunda fase se caracterizó: de una parte, por la sustitución de los antiguos artículos 67 a 73 del TCE, que regulaban la libre circulación de capitales y pagos, por los artículos 56 a 60 del TCE, que se corresponden a los artículos 63 a 66 y 70 del TFUE; y, de otra parte, por la entrada en vigor de una serie de preceptos del TCE de acuerdo con las previsiones del artículo 116 en sus apartados 4 y 5 y el artículo 117 (parcialmente suprimido por el Tratado de Lisboa) ambos del mismo Tratado. La segunda fase de la UEM se concibe por el TCE, fundamentalmente, como una fase preparatoria y de transición a la tercera fase. Los organismos relevantes de esta fase fueron: el *Comité Monetario*, y el *Instituto Monetario Europeo*.

El Comité Monetario (disuelto a partir de la tercera fase y sustituido por el Comité Económico y Financiero), tenía atribuidas competencias de carácter consultivo, reguladas principalmente en el artículo 114.1 del TCE que ha sido suprimido por el Tratado de Lisboa. El Instituto Monetario Europeo (IME), precursor del BCE, tenía sus competencias reguladas, fundamentalmente, en los artículos 117 y 121 del TCE, parcialmente suprimidos o desplazados por el Tratado de Lisboa, y en el Protocolo sobre los Estatutos del Instituto Monetario Europeo. El Instituto, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 123.2 del TCE, suprimido por el Tratado de Lisboa, y el artículo 23 de sus Estatutos, se liquidó en el momento en que se constituyó el BCE, repartiéndose sus activos entre los bancos centrales nacionales que los aplicaron a la suscripción del capital del BCE.

## B) La transición entre la segunda y la tercera fase de la UEM

Así como la primera fase de la UEM quedó extinguida por completo con la iniciación de la segunda fase, el 1 de enero de 1994, la segunda fase de la UEM, pese a la iniciación de la tercera fase de la misma, sigue vigente, como antes señalamos, para los Estados miembros acogidos a una excepción (incluido parcialmente el Reino Unido), esto es, los que no han iniciado la tercera fase (Reino Unido, Dinamarca y Suecia y la mayor parte de los nuevos Estados miembros incorporados a partir de 2005, incluidos Bulgaria y Rumania) y, en consecuencia, permanece vigente, básicamente, el procedimiento para el acceso desde la segunda a la tercera fase de la UEM.

Algunas de las formalidades y preceptos previstos en el TCE para la iniciación de la tercera fase, iniciada el 1 de enero de 1999, perdieron vigencia. Ahora el TFUE regula la transición de la segunda a la tercera fase en los artículos 139 a 144, procedimiento que en lo sustancial sigue siendo el mismo previsto en los artículos 117 del TCE (algunos de los cuales han sido derogados o desplazados por el Tratado de Lisboa). Con el sólo propósito enunciativo, estas serían las líneas básicas de dicho procedimiento:

– En lo que concierne a los *requisitos de tiempo*, el artículo 140 del TFUE<sup>151</sup> prevé que cada dos años, como mínimo, desde la iniciación de la tercera fase puedan examinarse solicitudes de paso de la segunda a la tercera fase a solicitud de los Estados miembros acogidos a una excepción. Este requisito de tiempo ha sido derogado para el caso del Reino Unido por el artículo 9 del Protocolo 15<sup>152</sup> anejo a los Tratados, que le permite presentar su solicitud en cualquier momento.

– Por lo que se refiere a los requisitos que deben concurrir en los solicitantes, conocidos como los *cuatro criterios de convergencia de Maastricht* (*criterio del tipo de interés, criterio de déficit público, criterio del stock de deuda en relación al*

<sup>151</sup> Se corresponde al artículo 122.2 del TCE.

<sup>152</sup> Se corresponde a la disposición 10 del Protocolo 25 anejo al TCE.

*PIB y criterio de estabilidad cambiaria*), por haber sido introducidos por el Tratado del mismo nombre, figuran en el apartado 1 del artículo 140 del TFUE<sup>153</sup>, debiendo añadirse un *quinto criterio* establecido en el artículo 140 del TFUE en relación con los artículos 130 y 131 del TFUE<sup>154</sup>, cual es el relativo a la autonomía de los bancos centrales nacionales a imagen de la del BCE. Los cuatro criterios citados, que es innecesario reproducir aquí, son desarrollados por el Protocolo 13<sup>155</sup> sobre los criterios de convergencia anejo a los Tratados.

En lo que concierne a la tramitación de las solicitudes, órganos competentes, y demás extremos del procedimiento para la adopción de la decisión de incorporación a la tercera fase de un Estado acogido a una excepción, el TFUE regula estos extremos en el artículo 140. En síntesis, y previa solicitud del Estado miembro acogido a una excepción, y a propuesta de la Comisión, el Consejo decidirá sobre el cumplimiento por el Estado concernido de los criterios de convergencia. En base a dichos informes el Consejo, por mayoría cualificada, evaluará el cumplimiento de dichos criterios y remitirá una recomendación que será debatida en el Consejo en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, y teniendo en cuenta el resultado del debate, y a propuesta de la Comisión, por mayoría cualificada, el Consejo adoptará la decisión sobre si el Estado concernido cumple los criterios y, en su caso, suprimirá la excepción a la que el mismo estaba acogido, incorporándose a la tercera fase de la UEM.

### 2.3.5. Conclusiones

La política monetaria de los Estados miembros que han adoptado el euro no es comparable con los demás ámbitos de competencia exclusiva por la circunstancia de tratarse de una *cooperación reforzada singular* que ha sido institucionalizada, primero por el TCE y después por el TFUE, claramente diferenciada de las cooperaciones reforzadas ordinarias reguladas en los artículos 20 del TUE y 326 y siguientes del TFUE. Así, junto a los Estados miembros que han iniciado la tercera fase de la unión económica y monetaria, se encuentran los Estados miembros acogidos a una excepción, dentro de los que, a su vez deben diferenciarse los estatutos diferenciados del Reino Unido (amparado por el Protocolo núm. 15 anejo a los Tratados<sup>156</sup>) y de Dinamarca (amparado por los Protocolos 16 y 17 anejos al TFUE<sup>157</sup>).

Por otra parte, la UEM, en relación con los Estados acogidos a una excepción es un ejemplo de *competencia pasarela* singular, que tiene regulado un procedimiento específico en el artículo 140 del TFUE.

<sup>153</sup> Se corresponde al apartado 1 del artículo 121 del TCE.

<sup>154</sup> Se corresponden a los artículos 108 y 109 del TCE.

<sup>155</sup> Se corresponde al Protocolo 21 anejo al TCE.

<sup>156</sup> Se corresponde al Protocolo núm. 25 anejo al TCE.

<sup>157</sup> Se corresponde a los Protocolos 26 y 22, respectivamente, anejos al TCE.

Finalmente, debe destacarse que en relación con los Estados cuya moneda es el euro, como hemos puesto de relevancia, el ámbito de competencia exclusiva tiene excepciones relevantes.

## 2.4. La conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común

El artículo 3.1 d) del TFUE establece que la Unión dispondrá de competencia exclusiva en lo relativo a la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común. Así, más que de un ámbito competencial que sugiere la existencia de varias competencias sobre una materia, el supuesto que nos ocupa es una *competencia singular en el ámbito material «política pesquera común»*. La razón de que la conservación de los recursos biológicos marinos se haya calificado como competencia exclusiva de la Unión se debe a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>158</sup>.

Sorprendentemente, en el marco de la política pesquera común no se hace referencia alguna a esta competencia, ni siquiera para excluirla. De manera que, difícilmente pueden utilizarse como referentes los preceptos dedicados a la agricultura y pesca en el TFUE (arts. 38 a 44), con la excepción de los objetivos de la PAC a que se refiere el artículo 39 del TFUE, que tratamos más adelante. Pero, con dicha excepción, es difícil aplicar a esta política los instrumentos y procedimientos de la política agrícola y pesquera, por la naturaleza distinta de ambas, una exclusiva y otra no exclusiva.

Así, parece que lo razonable sea utilizar el artículo 296 del TFUE, que analizamos en la primera parte de este trabajo, para determinar las instituciones, instrumento jurídico y procedimiento con los que procede actuar la competencia en cuestión.

## 2.5. La política comercial común<sup>159</sup>

### 2.5.1. Tipo de competencia

La política comercial común es la única política, en el marco de la acción exterior de la Unión, caracterizada como un ámbito de *competencia exclusiva*, de acuer-

<sup>158</sup> Ver STJCE de 5 de mayo de 1981, caso Comisión/Reino Unido, asunto 804/79, Rec. p. 1045.

<sup>159</sup> De entre la extensa bibliografía se ha tenido en cuenta: J. M. ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, *La política comercial del Mercado Común*, Madrid, 1992; P. BENAVIDES SALAS, P., *La política comercial común*, Madrid, 1986; L. N. GONZÁLEZ ALONSO, *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, Madrid, 1998. También, M. C. GONZÁLEZ RABANAL, «La política comercial común», en E. Linde y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 493 y sigs.; A. J. ADRIÁN ARNÁIZ y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «Política comercial común», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias*, Valladolid, 2002, págs. 277 y sigs.; L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «La política comercial común», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 412 y sigs.

do con el artículo 3.1 e) del TFUE, desarrollada por los artículos 206 y 207 del TFUE. La naturaleza exclusiva de esta competencia había sido reconocida por el Tribunal de Justicia que el TFUE ha concentrado en los dos artículos antes citados cuyos contenidos coinciden con los correspondientes del TCE (131 a 134) y de la Constitución Europea *non nata* (arts. III-314 y III-315), salvo en lo relativo a los instrumentos jurídicos.

### 2.5.2. Objetivos

En la política comercial común, operan los *objetivos genéricos* de la acción exterior de la Unión, establecidos en el artículo 21 del TUE<sup>160</sup>, por mandato expreso del artículo 207.1, último inciso, del TFUE. Además, el artículo 206 del TFUE ha desarrollado el concepto, que a su vez es un *objetivo general* de la Unión, de *comercio libre y justo*, al que se refiere el artículo 3.5 del TUE, que se concretaría en los *objetivos específicos* para la política comercial común de: «contribuir, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo», de acuerdo con el artículo 206 del TFUE, que ha ampliado el contenido del artículo 131 del TCE<sup>161</sup>.

La postulación del comercio libre que se hace en el artículo 3.5 del TUE se compensa con otros objetivos específicos que se contienen en el mismo precepto, como el de desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, así como con los principios específicos de la política comercial común contenidos en el artículo 206 del TFUE, a que nos hemos referido antes.

### 2.5.3. Competencia atribuida

El instrumento fundamental para alcanzar dichos objetivos (generales, genéricos y específicos) es el establecimiento de una unión aduanera que, a su vez, constituye un ámbito de competencia exclusivo (art. 3.1.e y 30 a 32, ambos del TFUE) al que hemos prestado atención más atrás. Hay que señalar que lo correcto hubiera sido tratar conjuntamente la política comercial común y la unión aduanera, pues una y otra son

<sup>160</sup> Remitimos, por entender que es en este ámbito competencial en donde son plenamente aplicables.

<sup>161</sup> Dice así el artículo 131 del TCE en su primer párrafo: «Mediante el establecimiento entre sí de una unión aduanera, los Estados miembros se proponen contribuir, conforme al interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias».

inescindibles, ya que la unión aduanera, instrumento principal de la política comercial común es, en sí misma, una *competencia exclusiva* que se integra en el mercado interior. Sólo recordaremos en este lugar que el mercado interior, aunque se clasifica por el TFUE entre los *ámbitos de competencia compartida* (art. 4.2 a del TFUE), incluye ámbitos de competencia exclusiva, como es justamente el que nos ocupa.

En todo caso, la política comercial común se integraría por un conjunto de competencias materiales que se deducen del artículo 207. 1 del TFUE<sup>162</sup>, en materia de:

- modificaciones arancelarias;
- acuerdos arancelarios con terceros países;
- acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y servicios;
- aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial;
- inversiones extranjeras directas;
- uniformización de las medidas de liberalización;
- política de exportación;
- medidas de protección comercial, y entre ellas las que afectan al dumping y subvenciones.

Dicha relación debe entenderse como meramente enunciativa, sin carácter exhaustivo, lo que se deduce expresamente del apartado 1 del artículo 207 del TFUE.

#### 2.5.4. Instituciones e instrumentos jurídicos

El artículo 207.2 del TFUE establece que es el reglamento, adoptado por el procedimiento legislativo ordinario, el instrumento mediante el que se adoptarán las medidas a que se refiere el artículo 207.1 del TFUE, a que antes hemos hecho referencia. En principio, resulta cabal que el ejercicio de competencias de carácter exclusivo se exprese mediante reglamento. Sin embargo, en este punto se aprecia una contradicción notable, en la medida en que la unión aduanera común integre o no la política comercial común.

En efecto, de acuerdo con el artículo 31 del TFUE, será el Consejo el que establecerá, a propuesta de la Comisión, los derechos del arancel aduanero común sin especificar el procedimiento e instrumento jurídico al efecto. Por otra parte, no cabe duda de que las que denomina el artículo 207 del TFUE «modificaciones arancelarias» se integrarían en la política arancelaria del artículo 31 del TFUE. La indefinición del artículo 31 del TFUE, sin embargo, debe resolverse en el sentido de que las modificaciones arancelarias se deben llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 del TFUE, siendo por otra parte evidente que el instrumento idóneo para fijar los derechos del arancel aduanero común son los reglamentos, tal y como se ha practicado desde la fundación de la Comunidad Económica Europea.

---

<sup>162</sup> Estas mismas competencias se deducen de los artículos 132 y apartado 1 del artículo 133 del TCE.

Cuestión similar pudiera plantearse en lo relativo a la cooperación aduanera, a que se refiere de modo específico en el artículo 33 del TFUE, que prevé, en el ámbito de aplicación del TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo, de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer las medidas (reglamentos, directivas y decisiones) que fortalezcan la cooperación aduanera entre los Estados miembros, y entre éstos y la Comisión. Sin embargo, en este caso debe entenderse que no se produce solapamiento alguno en relación con la celebración de acuerdos arancelarios a que se refiere el artículo 207 del TFUE que, sin duda, hacen referencia a las relaciones con Estados terceros, como se deduce de la naturaleza de la política común, que tiene, en todo caso, proyección hacia el exterior de la Unión.

Además, la Unión dispone como instrumento jurídico para la realización de esta política el acuerdo internacional con terceros países u organizaciones internacionales (art. 207.3 del TFUE), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 del TFUE, instrumento indispensable para el ejercicio de las competencias en la materia. Es en este punto donde han surgido ciertas dudas doctrinales, aunque no parecen justificadas en el caso de la política comercial común, pues la política comercial común se integra por competencias exclusivas en el orden interno y externo.

Por lo que se refiere al procedimiento para suscribir tratados internacionales en el ámbito de la política comercial común, rige el artículo 218 del TFUE, con escasas singularidades; como la de que la Comisión llevará a cabo las negociaciones asistida por un comité especial.

### **2.5.5. La doble cláusula de no afectación del apartado 6 del artículo 207 del TFUE**

El apartado 6 del artículo 207 del TFUE ha incluido, lo que resulta del todo excepcional en el ámbito de una competencia de carácter exclusivo, una *cláusula de exclusión*, según la que: «El ejercicio de las competencias atribuidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial común no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados no excluyan dicha armonización».

Para entender esta cláusula debemos partir de que la política comercial común se caracteriza por el artículo 3.1 e) del TFUE como un ámbito de competencia exclusiva de la Unión Europea. Desde esta perspectiva hay que considerar que el ejercicio de la competencia, supone, en sí misma, limitación de las competencias de los Estados miembros. Así, el arancel aduanero común de la Unión excluye toda competencia de los Estados miembros en la materia. Por otra parte, dicha cláusula no operaría en el marco del ejercicio de la competencia resultado de la actuación de la Unión mediante reglamentos (en el marco de la unión aduanera, los artículos 206 y 207 del TFUE en relación con el art. 207.2 del TFUE). De ahí que surja la duda del sentido de las citadas cláusulas.

A mi juicio, la comprensión de las citadas cláusulas del apartado 6 del artículo 207 del TFUE exige reducir su operatividad a los acuerdos internacionales a que se refiere el apartado 3 del mismo artículo. De modo que se estaría poniendo como límite a los acuerdos internacionales (debe entenderse fuera del marco de la competencia exclusiva) la previa distribución de competencias preestablecida entre la Unión y los Estados miembros. Es decir, los acuerdos internacionales no pueden ser un instrumento para desvirtuar la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros, que se deduce de los artículos 2 a 6 del TFUE, como efecto indirecto. Esto es, dicho de otro modo, el ejercicio del conjunto de competencias de la política comercial común no puede por la vía de los acuerdos internacionales redefinir el sistema de competencias de la Unión, sustrayendo competencias a los Estados miembros.

### 2.5.6. Conclusiones

La política comercial común se caracteriza por ser un ámbito de *competencia exclusiva* en que se inserta otra competencia exclusiva como la unión aduanera (que integra el mercado interior). Por lo demás, se ha incorporado a la misma una doble cláusula de no afectación que carece de sentido, porque presupone que la política comercial común es susceptible de invadir, por su propia naturaleza, otras competencias de la Unión. De tener sentido dicha cláusula, similares a la misma deberían incorporarse a todas y cada una de las políticas, lo que sin embargo, con acierto, no ha sucedido.

### 2.6. La celebración de acuerdos internacionales cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas

De acuerdo con el artículo 3.2 del TFUE se ha configurado como ámbito de competencia exclusiva la celebración de acuerdos internacionales en tres supuestos, a saber:

- a) cuando la celebración de tratados esté prevista en un acto legislativo de la Unión;
- b) cuando la celebración de tratados sea necesaria para permitir a la Unión ejercer su competencia interna;
- c) cuando la celebración de tratados pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

Antes de analizar los tres supuestos referidos, que se incluyen en la propia descripción de la competencia, deberemos hacer algunas observaciones previas.

### **2.6.1. La celebración de tratados internacionales en los ámbitos de competencias exclusivas**

La primera cuestión que debiera plantearse es si la competencia para suscribir tratados internacionales, al margen de lo dispuesto en el artículo 3.2 del TFUE, debe considerarse incluida en los ámbitos que el TFUE califica como ámbitos de competencias exclusivas.

Por lo que se refiere a la unión aduanera, dada la naturaleza de la competencia «los derechos del arancel aduanero común», no parece dudoso que la Unión pueda adoptar acuerdos aduaneros con terceros países o con otras organizaciones internacionales y que dichos tratados, en la medida en que afectan a los derechos del arancel aduanero común, se incluyan en el ámbito de dicha competencia. De manera que la ausencia de referencias expresas a la competencia en cuestión debe resolverse en el sentido de que la caracterización de la unión aduanera como ámbito de competencia exclusiva supone la atracción de toda competencia en la materia y que, por tanto, incluye la competencia para suscribir tratados internacionales que afecten a dicho ámbito. Esta conclusión es aplicable, por las mismas razones, a los ámbitos de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior y para la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común. Por otro lado, la política comercial común incluye, por su propia naturaleza, la competencia para suscribir acuerdos internacionales, con algunas particularidades en relación con el procedimiento ordinario previsto en el artículo 218 del TFUE.

Sin embargo, las conclusiones anteriores no serían válidas para la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro. Así, el artículo 219 del TFUE ha previsto expresamente, en su apartado 1, la posibilidad de que el Consejo (por recomendación del BCE, o por recomendación de la Comisión y previa consulta al BCE) suscriba acuerdos formales relativos a un sistema de tipos de cambio para el euro en relación con las monedas de terceros Estados. Pero, inmediatamente después, el TFUE reconoce a los Estados miembros la posibilidad de «negociar en los foros internacionales y celebrar acuerdos» (art. 219.4 del TFUE). El reconocimiento de dichas competencias a los Estados miembros no se limita a los acogidos a una excepción, sino que se refiere a todos los Estados miembros, sin excepción. Esta apreciación viene corroborada por el artículo 138 del TFUE, en sus apartados 1 y 2, que aborda la exigencia de que se adopten posiciones comunes o medidas adecuadas por el Consejo, respectivamente sobre cuestiones que revistan especial interés para la UEM ante instituciones y conferencias financieras internacionales, o para contar con una representación única ante las mismas. El Consejo a tal fin, adoptará las posiciones o medidas que procedan, previa consulta al Banco Central Europeo, por mayoría cualificada.

Así, puede concluirse que la competencia para suscribir tratados internacionales por la Unión, en el marco de la política monetaria de los Estados que han adoptado el

euro, es en principio limitada, debido a causas fundamentalmente externas de variada naturaleza<sup>163</sup>. Aunque sea cierto que el TFUE ha previsto la posibilidad de limitar, que no suprimir, la competencia de los Estados miembros para negociar en los foros internacionales y celebrar acuerdos.

De manera que podríamos concluir que en los ámbitos de competencia exclusiva, la competencia para suscribir acuerdos internacionales estaría implícita, salvo en lo relativo a la política monetaria de los Estados cuya moneda es el euro.

### **2.6.2. La competencia exclusiva del artículo 3.2 del TFUE como procedimiento. Sus modalidades**

Hechas las anteriores observaciones estamos en disposición de analizar la competencia que crea en la Unión el artículo 3.2 del TFUE, que operaría en relación con las competencias no exclusivas de la Unión. Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 del TFUE, la celebración de tratados internacionales sería una competencia exclusiva en determinados casos. Al respecto puede anticiparse que el apartado 2 del artículo 3 del TFUE, a diferencia de lo dispuesto en el apartado 1 del mismo artículo, no estaría configurando ámbitos materiales de competencia exclusiva sino indicando supuestos en los que una competencia no exclusiva puede convertirse en competencia exclusiva.

#### **A) La celebración de tratados previstos en actos legislativos**

En efecto, el apartado 2 del artículo 3 del TFUE se refiere a tres procedimientos mediante los que la Unión puede atribuirse una competencia exclusiva. En primer lugar, la circunstancia de que un acto legislativo prevea la celebración de un tratado internacional sobre una determinada materia convierte el ejercicio de la competencia en exclusiva. De manera que, como consecuencia, los Estados miembros tendrán prohibido suscribir tratados internacionales en la materia en cuestión.

El precepto no pone límites o condiciones a dicha conversión y el artículo 216 del TFUE, que encabeza el capítulo dedicado a los acuerdos internacionales, donde el apartado 2 del artículo 3 del TFUE dice actos legislativos se refiere a «acto jurídicamente vinculante», que incluye a los reglamentos, las directivas y las decisiones europeas (sean actos legislativos o no), de acuerdo con el artículo 288 del TFUE. Por otro lado, el citado precepto (art. 216 del TFUE), que no califica la competencia de

---

<sup>163</sup> No cabe duda de que en algunas instituciones y organizaciones internacionales no está prevista la participación de organizaciones internacionales, lo que dificulta la sustitución de los Estados miembros por la Unión. Y de otra parte, muy probablemente a los intereses de la Unión no convenga la mera sustitución de los Estados por la Unión si la misma supone una pérdida de peso en las citadas instituciones y organizaciones internacionales.

la Unión, condiciona el ejercicio de la competencia a la necesidad de alcanzar, «en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados». Pero, pese a las coincidencias entre ambos preceptos (arts. 3.2, primer inciso y 216, ambos del TFUE) la discrepancia antes señalada sobre el ámbito de aplicación de los mismos (actos legislativos y actos jurídicamente vinculantes) es de enorme relevancia y dificulta considerar al apartado 1 del artículo 216 del TFUE como un desarrollo del apartado 2 del artículo 3 de dicho Tratado.

Así, la competencia del artículo 216 del TFUE (celebración de tratados previstos en actos jurídicamente vinculantes) sería más amplia que la que figura en el artículo 3.2 del TFUE (celebración de tratados previstos en actos legislativos de la Unión). Ni siquiera es posible, en este caso, recurrir al precedente del TCE para aclarar esta cuestión porque el artículo 307 del TCE no comprende ambas posibilidades. El artículo 216 del TFUE en su apartado 2 sigue diciendo, por otra parte, que los tratados celebrados de acuerdo con el apartado primero del mismo artículo vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, afirmación del todo innecesaria por ser evidente, pero no hace referencia a que tales tratados sean manifestación de una competencia exclusiva. Sin embargo, sí serían manifestación de una competencia exclusiva los tratados del artículo 3.2 del TFUE, lo que serviría para diferenciarlos.

De modo que, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 3 del TFUE, sea cual sea el carácter del ámbito competencial, cuando un acto legislativo prevea la celebración de un tratado internacional sobre una determinada materia, se constituye un ámbito de competencia exclusiva sobre dicha materia en el plano exterior, del que quedarían excluidos los Estados miembros. Así, la atribución de competencia exclusiva sobre una materia no tendría su origen directo en los Tratados, como en el caso de las demás competencias exclusivas, sino en un acto legislativo de la Unión.

Lo que resulta relevante es que los tratados internacionales suscritos por la Unión, por una parte, excluyen o privan de una competencia a los Estados miembros y, por otra parte, les vinculan. De manera que el ejercicio de esta competencia puede incidir en las competencias internas de los Estados miembros sin que el TFUE haya previsto, con carácter general, límites específicos a la competencia de la Unión, lo que, sin duda, será una fuente de conflictos considerable entre la Unión y los Estados miembros.

## **B) La celebración de tratados necesarios para el ejercicio de una competencia interna**

De acuerdo con el principio de atribución el ejercicio de la competencia para suscribir tratados internacionales exige que la competencia en cuestión, salvo cuando se trate de un ámbito de competencia exclusiva, figure como atribuida a la Unión. Esta razón justificaría, precisamente, uno de los supuestos a que se refiere el apartado

2 del artículo 3 del TFUE, esto es, que la celebración de acuerdos internacionales sea necesaria para ejercer una competencia interna. De manera que, sin necesidad de expresa referencia en los Tratados a la competencia para celebrar acuerdos internacionales, si el ejercicio de una competencia atribuida exige celebrar acuerdos internacionales dicha competencia se convertiría en exclusiva. Es decir, que la competencia en la materia de la Unión excluiría a la competencia exterior de los Estados miembros.

Teniendo en cuenta los problemas que lleva consigo la determinación competencial en los Tratados, a que nos hemos referido, parece que hubiera sido necesaria una regulación más extensa y clara de este sistema de concreción de competencias en virtud del principio de conexión (o si prefiere del efecto útil). Entre los problemas que suscita este precepto puede mencionarse el de los efectos que producirían dichos tratados sobre los tratados celebrados previamente por los Estados miembros en la materia. El único precepto del texto constitucional que pudiera servir de orientación para resolver este problema sería el artículo 351 del TFUE dedicado a los efectos de los Tratados de la Unión sobre tratados celebrados por los Estados miembros. Y, aunque dicho precepto no podría ser aplicado por analogía al caso que nos ocupa, al mismo pudieran ser de aplicación los principios que del mismo se deducen. Así, del citado artículo 351 del TFUE se deduciría: de una parte, que los Tratados de la Unión dictados por virtud del artículo 3.2 del TFUE en su segundo inciso no afectan a los tratados anteriores celebrados por los Estados miembros en esa misma materia; y, de otra parte, el compromiso de los Estados miembros de eliminar las incompatibilidades de los tratados por ellos suscritos con los tratados suscritos posteriormente por la Unión en virtud del artículo 3.2 del TFUE. Sin embargo, la aplicación de estos principios, a falta de normas expresas en el TFUE, no dejaría de limitar los efectos de considerar dicha competencia como exclusiva.

Otro de los problemas que presenta el entendimiento del apartado 2 del artículo 3 del TFUE es que en virtud del mismo no puede excluirse ámbito alguno de competencia, salvo que los Tratados, en algún supuesto, excluyan o maten la aplicación de dicho precepto. De manera que no debe pensarse que los ámbitos idóneos para la aplicación del mismo fueran los ámbitos de competencia compartida que, por otra parte, son susceptibles de convertirse, como resultado de la ampliación paulatina de competencias por la Unión, en *ámbitos de competencia exclusiva sobrevenidos*. El precepto es aplicable a cualquier tipo de competencia, salvo exclusión o modulación expresa del TFUE. La duda que surge es la de si donde los Tratados han regulado expresamente la competencia para suscribir tratados internacionales por la Unión o por los Estados miembros operaría la competencia a que se refiere el inciso segundo del artículo 3.2 del TFUE, o si, por el contrario, la regulación expresa de la competencia para suscribir acuerdos por la Unión o por los Estados miembros debe entenderse como una limitación para la operatividad de la cláusula que estudiamos. Para dilucidar este tema es necesario ordenar los distintos supuestos a que se refieren los Tratados.

### **a) Las referencias expresas de los Tratados a la competencia para celebrar tratados**

En algunos casos los Tratados prevén expresamente la competencia de la Unión para suscribir acuerdos con organizaciones internacionales o con Estados terceros. Así, las previsiones del apartado 2 del artículo 64 del TFUE atribuyen a la Unión la facultad de realizar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países, de manera que el ejercicio de la competencia atribuida exigiría, entre otras medidas, celebrar acuerdos internacionales. Y lo mismo puede decirse de la competencia que se atribuye a la Unión para: cooperar con terceros países para fomentar proyectos de interés común y garantizar la interoperabilidad de las redes (art. 172 del TFUE); para promover la cooperación en materia de investigación, desarrollo tecnológico y demostración de la Unión con los terceros países y las organizaciones internacionales (art. 180.b del TFUE); medidas para la gestión de fronteras exteriores (art. 77.2 d del TFUE); asociación y cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal (art. 78.2.g del TFUE); celebración de acuerdos con terceros países para la readmisión de sus nacionales (art. 79.3, con las limitaciones del apartado 5 del mismo artículo del TFUE); recogida, almacenamiento, tratamiento y análisis e intercambio de información con terceros países (art. 88.2 a del TFUE); cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales (art. 21.2 del TUE); celebración de acuerdos en el ámbito de la política exterior (art. 37 del TUE); o cooperación para el desarrollo (arts. 208 y 209 del TFUE).

De modo que podría sostenerse que en estos casos, de atribución expresa o implícita, no sería de aplicación el artículo 3.2, segundo inciso, del TFUE. Aunque, del mismo modo, podría sostenerse que en estos casos se produciría la conversión de la competencia no exclusiva de la Unión (dado que tales competencias tienen lugar, desde la perspectiva del artículo 4 del TFUE, en ámbitos de competencia compartida) en competencia exclusiva.

### **b) La atribución expresa de los Tratados para suscribir tratados por la Unión y por los Estados miembros**

En otros casos los Tratados atribuyen la competencia para suscribir tratados internacionales a la Unión y a los Estados miembros. Así, por ejemplo: en materia de salud pública (art. 168 del TFUE); en medio ambiente (art. 191 del TFUE); en la cultura (art. 167 del TFUE); en educación y deporte (art. 165 del TFUE); en formación profesional (art. 166 del TFUE); en cooperación con terceros Estados (art. 211 del TFUE); en cooperación económica (art. 212 del TFUE); y en ayuda humanitaria (art. 214 del TFUE). De modo que en estos casos en que se reconocen expresamente las *competencias concurrentes* en la misma materia de la Unión y los Estados miembros

no sería aplicable el apartado 3.2 del TFUE, que justamente sirve para convertir una competencia no exclusiva en competencia exclusiva.

En estos casos el TFUE no prevé de modo expreso la coordinación de las acciones de la Unión y los Estados miembros, imprevisión que resulta difícil suplir, salvo que se aplique, con carácter subsidiario, el artículo 3.2 del TFUE transformando la competencia concurrente en competencia exclusiva.

### **c) La asociación de la Unión con los países y territorios de ultramar**

Debe mencionarse como un sistema singular de asociación internacional la que tiene lugar con los países y territorios de ultramar, esto es con países y territorios no europeos que mantienen relaciones especiales con Dinamarca, Francia, los Países Bajos y el Reino Unido. Resulta obvio que se ha atribuido una *competencia facultativa de carácter exclusivo singular* para regular las relaciones con dichos países y territorios, con implicaciones para todos los Estados miembros. Así, se han establecido una serie de objetivos que suponen límites positivos y negativos para el ejercicio de la competencia (párrafo 2, apartado 2 del artículo 198 y artículo 199 del TFUE), y se han establecido preceptos de directa aplicación junto con modulaciones y excepciones (arts. 200 y 201 del TFUE) que limitan igualmente la competencia atribuida.

Resulta obvio que en estos casos resulta innecesario aplicar el artículo 3.2, segundo inciso, del TFUE, en la medida en que la competencia de la Unión es de por sí exclusiva.

### **d) Las relaciones de la Unión con las organizaciones internacionales**

Finalmente, el TFUE contiene dos diferentes tipos de habilitaciones a la Unión en relación con las organizaciones internacionales. Por una parte, ordena a la Unión que establezca (establecerá), como una *competencia de ejercicio obligatorio*, todo tipo de cooperación, es decir, colaboración ilimitada con los órganos de cuatro organizaciones internacionales: las Naciones Unidas y sus organismos especializados; el Consejo de Europa; la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa; y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Esta previsión del TFUE, de acuerdo con el apartado 1 de su artículo 220, es acorde con lo que disponen los artículos 302, 303 y 304 del TCE<sup>164</sup>. No obstante, se aprecia como diferencia más notable entre ambas regulaciones que así como el TCE atribuye a la Comisión la competencia exclusiva para asegurar o mantener relaciones con las Naciones Unidas, organizaciones especializadas y demás organizaciones internacionales, el TFUE se refiere en todo caso a la Unión y atribuye la competencia al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y a la Comisión.

<sup>164</sup> Con la excepción de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

Por otra parte, y en relación con las demás organizaciones internacionales, la Unión mantendrá relaciones apropiadas de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 220 del TFUE. Es decir, en unos casos, la UE tiene que cooperar necesariamente (*competencia de ejercicio obligatorio*), mientras que en otros casos la UE podrá (*competencia facultativa*) calibrar sus relaciones dependiendo de las circunstancias e intereses en juego, aunque en cualquiera de los casos podemos referirnos a competencias de ejercicio obligatorio.

El artículo 220 del TFUE no explicita los procedimientos que deben seguirse para el establecimiento o mantenimiento de las citadas relaciones, si bien debe llenarse esta laguna remitiéndonos al Título V dedicado a los «Acuerdos internacionales» (arts. 216 a 219 del TFUE), al que prestamos atención más atrás.

El TFUE, como el TCE, autoriza a la Unión para establecer relaciones de cooperación o relaciones apropiadas, según los casos, con organizaciones internacionales. Debe observarse que, sin embargo, no se prevé la incorporación de la Unión a las citadas organizaciones internacionales que, por otra parte tan sólo prevén como miembros a los Estados nación.

En principio, el ejercicio de la referida competencia por la Unión no interfiere las competencias de los Estados miembros, tanto en lo que concierne a su pertenencia a dichas organizaciones internacionales, como a la posibilidad eventual de excluirse de las mismas. Y esto porque de los principios consagrados en el apartado 5 del artículo 3 del TUE pudieran derivarse obligaciones de hacer o no hacer, que pudieran contradecir el ejercicio de competencias propias de los Estados miembros. Pero, en caso alguno podría aplicarse a esta competencia la cláusula residual del artículo 4.1 del TFUE, ya que la misma no puede caracterizarse como competencia compartida, sino que en todo caso estaríamos ante *competencias de ejercicio obligatorio o facultativas y complementarias de la Unión*, que en caso alguno desplazan la competencia de los Estados miembros para mantener relaciones con organizaciones internacionales. De manera que esta competencia no puede encuadrarse en la que analizamos del artículo 3.2, segundo inciso, del TFUE.

## e) Conclusiones

Así, el segundo de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 3 del TFUE (tratados necesarios para el ejercicio de una competencia interna) debería diferenciarse de los supuestos en que los Tratados prevén de modo explícito la competencia de la Unión o de la Unión y de los Estados miembros para suscribir acuerdos con organizaciones internacionales o terceros Estados<sup>165</sup>. Y tampoco sería operativo lo dispuesto en el inciso segundo del apartado 2 del artículo 3 del TFUE

---

<sup>165</sup> Estos supuestos son coincidentes con lo dispuesto en el artículo III-323.1 de la Constitución Europea *non nata* que prevé la celebración de tratados internacionales por la Unión «cuando la Constitución así lo prevea».

en los casos de asociación de la Unión con los países y territorios de ultramar (arts. 198 a 203 del TFUE), así como en las relaciones de la Unión con organizaciones internacionales (art. 220 del TFUE), que serían, todos ellos, supuestos que se rigen por sus propias normas, en que el apartado 2 del artículo 3 del TFUE se aplicaría con carácter subsidiario en caso de conflicto entre tratados suscritos por la Unión y tratados suscritos por los Estados miembros.

### **C) La celebración de tratados en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas**

El tercero de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 3 del TFUE es coincidente con uno de los supuestos del artículo 216 del TFUE, y en la literalidad de ambos está ausente la claridad que debiera. En principio, la utilización del concepto de «norma común» no parece muy acertada porque no se corresponde a ninguna de las categorías normativas que se deducirían de los artículos 288 y siguientes del TFUE, de los que tan sólo se obtendría la existencia de dos tipos de actos de la Unión: actos obligatorios (o vinculantes) para sus destinatarios; y actos no obligatorios (no vinculantes) para sus destinatarios.

La referencia a normas comunes se podría reconducir a las normas dictadas en el marco de las políticas comunes. Pero, la utilización del *concepto de política común*, que en el TCE podría tener el significado de una mayor intensidad de la atribución competencial<sup>166</sup> (con independencia de que tal caracterización sea discutible en el ámbito del TCE), a partir del Tratado de Lisboa carece de sentido, al haberse categorizado los distintos tipos políticas de acuerdo con otros parámetros.

A mi juicio las menciones a «políticas comunes» se trata de una reminiscencia, una herencia del TCE a la que no puede atribuirse un mismo significado, como resulta de la circunstancia de que se aplique esta denominación en tres casos: a un *ámbito de competencia exclusiva*, como el de la política comercial común; a un *ámbito de competencia compartida*, como el de la política de transportes; y a la *política común de seguridad y defensa que integra una categoría singular*. No obstante, a mi juicio, en el último de los casos, como veremos, la referencia a política común puede estar provista de algún significado particular. De manera que normas comunes pueden ser cualesquiera normas de la Unión, con independencia de que se produzcan en los distintos ámbitos competenciales.

La deficiencia del artículo 3.2 del TFUE tiene mayor alcance. Obsérvese que el mismo dice que la Unión dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional «en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». Y lo expresado carece de sentido.

---

<sup>166</sup> Ver por todos J. BOULOIS, «Sur la notion de politique comune et ses implications juridiques», en AAVV, *Structures et dimensions des politiques communautaires*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 217 y sigs.

Podría aplicarse al caso, como metáfora, ese dicho español «poner el carro antes que los bueyes», para significar que el orden no es el correcto. ¿Cómo se va a atribuir una competencia por si se da la circunstancia de que su utilización pudiera afectar a normas comunes? A mi juicio, se podría interpretar este precepto, invirtiendo sus prescripciones del modo siguiente: la Unión tendría una competencia exclusiva para celebrar tratados internacionales en relación con todas las competencias que le atribuyen los Tratados, con independencia de que se haga en el texto constitucional una atribución expresa de la misma. En otro caso, no alcanzo a comprender el tercero de los supuestos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 3 del TFUE.

### 3. LOS ÁMBITOS DE COMPETENCIA COMPARTIDA

Los ámbitos de competencia compartida se encuentran dispersos por la Parte tercera del TFUE, que no ha seguido la sistemática que se deduce de artículo 2 del mismo Tratado, en lo relativo a las categorías de competencias.

El concepto de competencia compartida, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 2 del TFUE, remite a carácter intercambiable de la competencia. Es decir, hace referencia a que una misma competencia podría ejercerse, teóricamente, con la misma eficacia y eficiencia por la Unión y por los Estados miembros. De manera que el procedimiento para la aplicación del principio de subsidiariedad nos diría en cada caso si resulta más eficiente que la competencia en cuestión sea ejercida por la Unión o por los Estados miembros y, por tanto, si debe ejercerla la Unión o los Estados miembros. Pero este, que parece ser el punto de partida del apartado 2 del artículo 2 del TFUE, por varias razones, está falto de consistencia, como tendremos oportunidad de comprobar. Así, en algunos casos el TFUE configura la actuación de la Unión de modo que no admite la sustitución por el ejercicio de la competencia por los Estados miembros. Esto es, se configuran competencias de la Unión insusceptibles de ser ejercidas por los Estados miembros: Por ejemplo, la agencia Europol, o las competencias de fiscalización de la Comisión en materia de ayudas de Estado. Así el citado organismo, Europol, puede crearse o no, pero de no crearse las funciones que se le atribuyen no son susceptibles de ejercerse por los Estados miembros, por la propia naturaleza coordinadora de la competencia de la Unión. O la fiscalización uniformadora de la Comisión en materia de ayudas de Estado se podrá producir o no, pero no es concebible que los Estados miembros puedan alcanzar el mismo resultado actuando de manera aislada. Esto es, si se produjera la exclusión de la Comisión para controlar las ayudas interestatales, no podría ser sustituida por el control de cada Estado miembro. En otros casos, la mayoría de ellos, el TFUE ha anticipado el juicio de oportunidad con que culmina el procedimiento de subsidiariedad y configurado en la Unión la obligación de actuar. Así, es frecuente que el TFUE utilice términos imperativos como «establecerá», «adoptará»,

«examinará»<sup>167</sup> (por el contrario, en algunos casos recurre el TFUE al facultativo «podrá»). Y, aunque existan opiniones y resoluciones del TJUE discrepantes sobre la utilización del imperativo analizado, en el contexto de una competencia atribuida conduce, salvo excepciones, a considerar que la Unión está compelida a intervenir, salvo que como consecuencia del procedimiento de subsidiariedad la Unión decidiera no hacerlo, lo que sería excepcional. Finalmente, en otros casos la Unión está facultada para ejercer determinadas competencias, supuestos en que sería posible que los Estados miembros sustituyeran a la Unión, en determinadas circunstancias.

### 3.1. El mercado interior<sup>168</sup>

#### 3.1.1. Las políticas que integran el mercado interior

El TFUE adopta en esta materia la sistemática del TCE, con resultados escasamente elogiados, pues denomina «mercado interior» al Título I de la Tercera parte «Políticas y acciones internas de la Unión», integrado por dos artículos (arts. 26 y 27 del TFUE), y tratando en títulos diferentes la libre circulación de mercancías, que incluye la unión aduanera, la cooperación aduanera y la prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros (Título II, de la Tercera parte, arts. 28 a 37 del TFUE), la libre circulación de personas servicios y capitales (Título IV, de la Tercera parte, arts. 45 a 66 del TFUE), que incluye a trabajadores, derecho de establecimiento, servicios y capital y pagos, las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de legislaciones (Título VII, de la Tercera parte, arts. 101 a 118), que incluye las normas sobre competencia, disposiciones fiscales y aproximación de legislaciones). El TCE regula esta materia en los artículos 3.c, 14, y de modo disperso en la Parte Tercera, bajo el epígrafe «Políticas de la Comunidad», con estructura similar a la adoptada finalmente por el TFUE. Sin embargo la Constitución Europea *non nata*, agrupó, con mejor criterio, las distintas políticas que integran el mercado interior en el Capítulo I «Mercado interior» del Título III de la Parte III (arts. III-130 a III-176) que se dividió, a su vez, en seis secciones. Por lo demás, los contenidos del TFUE, el TCE y de la Constitución Eu-

<sup>167</sup> El Tribunal de Justicia ha interpretado en algunos casos estas referencias como meras facultades, pero esta doctrina no es uniforme. Ver las Sentencias del TJCE: de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, caso AETR, Rec. pág. 263; y de 12 de julio de 1973, asunto 8/73, caso Massey Ferguson.

<sup>168</sup> De entre la extensa bibliografía se ha tenido en cuenta sobre el mercado interior en general, en particular: A. MATERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1995; B. PÉREZ DE LAS HERAS, *las libertades económicas comunitarias*. También E. LINDE, «El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 125 y sigs.; M. LÓPEZ ESCUDERO, «El mercado interior: cuestiones generales», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 28 y sigs.

ropea *non nata* son semejantes, a salvo de algunos matices y de los procedimientos legislativos.

### **3.1.2. Las disposiciones comunes a las políticas que integran el mercado interior**

#### **A) La dificultad para comprender las políticas que integran el mercado interior desde el artículo 2.2 del TFUE. La intervención obligatoria de la Unión**

La caracterización de un ámbito de competencia como compartida entre la Unión y los Estados miembros lleva implícita la posibilidad de que estos últimos puedan legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes de acuerdo con el TFUE, en determinadas circunstancias, de acuerdo con el artículo 2.2 del TFUE. Sin embargo, el TFUE, en el Título dedicado al mercado interior, que ahora estudiamos, no parece concebir las competencias en el mismo contenidas para que puedan ser ejercidas indistintamente por los Estados miembros o por la Unión. Así, ya el artículo 26 del TFUE, que encabeza el Título dedicado al mercado interior, establece que la Unión «adoptará» las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados». Y el sentido común indica que resulta difícil concebir que los objetivos del mercado interior puedan llevarse a cabo mediante la sustitución de la acción unitaria de la Unión por la actuaciones de todos los Estados miembros que alcanzaran el mismo resultado. La experiencia de más de cincuenta años de vigencia del TCE uso de evidencia que a pesar del intenso ejercicio de sus competencias por la Unión, que no han hecho sino incrementarse desde 1957, el mercado interior se encuentra con considerables dificultades para su realización incluso en nuestros días<sup>169</sup>.

El artículo 26 del TFUE en su apartado 3 establece, además, que el Consejo «definirá» a propuesta de la Comisión «las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados». Es decir, el TFUE, como el TCE, parece excluir que la Unión comparta sus responsabilidades en la materia con los Estados miembros, a los que tan solo se les da entrada, con carácter excepcional, de acuerdo con el artículo 347 del TFUE, en el caso de que tengan lugar «graves disturbios internos que alteren el orden públi-

---

<sup>169</sup> La Comisión, en su *Informe 1993. El mercado interior de la Comunidad*, publicado en 1994, contenía 95 medidas necesarias para la realización del mercado interior, algunas de las cuales están todavía pendientes de realización. Por otra parte y para comprobar las dificultades con las que se encuentra la realización del mercado interior pueden consultarse los documentos aprobados con la denominación de *Estrategia para el mercado interior europeo y recomendaciones para la revisión de medidas específicas*, por ejemplo la publicada en 2000 (DOCE C 140 de 18-5-2000).

co, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional». En estos casos, por lo demás, el TFUE ha dejado bien claro que la actividad de los Estados puede ser examinada por la Comisión desde la perspectiva de las normas sobre la competencia para evitar que las medidas estatales pudieran falsearla (art. 348 del TFUE) y que, en todo caso, es posible el recurso de la Comisión y de los Estados miembros al Tribunal de Justicia de acuerdo con los artículos 258 y 259 del TFUE.

Las dificultades que apuntamos, como veremos, se incrementan con el estudio de las políticas que integran el mercado interior, con la finalidad de que sea «un espacio sin fronteras interiores, en que la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados» (art. 26.2 del TFUE).

Para alcanzar conclusiones en esta materia será preciso analizar separadamente las competencias para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, y cada uno de los subámbitos que integran el mercado interior.

## **B) Las disposiciones comunes**

Los artículos 114 a 118 del TFUE, «Aproximación de legislaciones» (capítulo 3, del Título VII, de la Parte tercera del TFUE), contienen una serie de disposiciones comunes aplicables a todas las políticas que integran el mercado interior. Estos preceptos, con la excepción del artículo 118 del TFUE, se corresponden a los artículos 94, 95, 96 y 97 del TCE agrupados en el capítulo denominado igualmente «Aproximación de las legislaciones».

### **a) Normas generales**

Los artículos 114 y 115 del TFUE tienen por objeto habilitar a la Unión para adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento o funcionamiento del mercado interior (reglamentos, directivas y decisiones, adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, en el caso del artículo 114 del TFUE), o que incidan directamente en establecimiento o funcionamiento del mercado interior (directivas, adoptadas por el Consejo, mediante un procedimiento legislativo especial, en el caso el artículo 115 del TFUE).

### **b) Excepciones y modulaciones**

Sin embargo, las habilitaciones de los citados artículos no serían aplicables a todas las políticas que integran el mercado interior. Así, serían innecesarias en los

ámbitos de competencia exclusiva (unión aduanera) que integran el mercado interior. Ya que una competencia exclusiva incluye, por principio, todas las competencias posibles (en el caso del artículo 115 del TFUE) sobre una materia determinada. Y, por otra parte, no parece posible aplicar esta habilitación para armonizar las normas nacionales sobre la competencia, pues en el caso de que las medidas que se postularan fueran necesarias para el establecimiento del mercado interior se produciría la atracción de la medida al ámbito de competencia exclusiva de la Unión.

Además, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación del artículo 114 del TFUE las disposiciones fiscales y las disposiciones relativas a la libre circulación de las personas, así como las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena, que se rigen por los preceptos que regulan directamente estas materias.

El artículo 114 del TFUE prevé también que los Estados miembros puedan excepcionar la aplicación de las medidas armonizadoras, bajo el control primario de la Comisión, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4 y siguientes del citado artículo 114 del TFUE.

Finalmente los artículos 116, 117 y 118 del TFUE prevén títulos de intervención específicos para la realización del mercado interior. Interesa destacar en este lugar que mediante procedimiento legislativo ordinario o especial, según los casos, y con las finalidades y limitaciones que se establecen en dichos artículos, la Unión puede ampliar considerablemente sus competencias.

### 3.1.3. Libertad de circulación de trabajadores<sup>170</sup>

Comenzaremos por la libre circulación de trabajadores, regulada en los artículos 45 a 48 del TFUE, que se corresponden a los artículos 39 a 42 del TCE. En dichos preceptos no se establece de modo exhaustivo en qué consiste la libre circulación de trabajadores, limitándose el artículo 45.1 del TFUE a proclamar el derecho de los trabajadores a circular libremente, que sería el *objetivo genérico*, y el apartado 2 del mismo artículo a relacionar los derechos más significativos que

---

<sup>170</sup> De entre la extensa bibliografía se ha tenido en cuenta, en particular: P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994; M. I. LIROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, 1994; A. OLESTI RAYO, *Libre circulación de profesionales liberales en la CEE*, Barcelona, 1992; J. CI. SECHE, *Libre circulación de personas en la Comunidad: entrada y estancia*, Bruselas, 1991; VVAA *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe. Actes du colloque. Bruxelles, du 17 au 19 décembre 1998*, Luxembourg, 2000. También: E. LINDE, «Libre circulación de trabajadores», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, págs. 174 y sigs.; A. J. ADRIÁN ARNÁIZ, «Libre circulación de personas servicios y capitales», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 81 y sigs.; J. A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La libre circulación de trabajadores», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Valladolid, 2002, págs. 96 y sigs.

la libertad de circulación de los trabajadores lleva aparejada<sup>171</sup>. Además, el precepto modula el derecho, que no es absoluto, admitiendo limitaciones justificadas por razón de orden público, seguridad y salud pública (apartado 2), y excluyendo de su ámbito a los empleos en la administración pública (apartado 4)<sup>172</sup>.

La libre circulación de los trabajadores pudiera sostenerse que podría realizarse directamente por los Estados miembros ejecutando lo previsto en el artículo 45 del TFUE, pues éste es un precepto de aplicación directa. Pero, no es posible sostener dicha interpretación ya que los derechos que dicho artículo atribuye a los trabajadores (ap. 3), así como las limitaciones (ap. 3) y excepción (ap. 4) previstas están necesitados de intervención de la Unión, y la experiencia de las últimas décadas ha evidenciado que las regulaciones nacionales han sido insuficientes para alcanzar el objetivo de la libertad de circulación de los trabajadores.

Sin duda, dichas dificultades son las que han determinado que se otorgue al Parlamento Europeo y al Consejo la potestad para dictar reglamentos, directivas o decisiones, por el procedimiento legislativo ordinario, para hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores en los términos del artículo 46 del TFUE, precisando el TFUE en los arts. 46 y 48<sup>173</sup> qué finalidades debe perseguir dicha normación. El texto de los citados preceptos es taxativo, así se dice en ambos casos que se «adoptarán» mediante el procedimiento legislativo ordinario las medidas necesarias para la libre circulación de los trabajadores (en el caso del artículo 46 se hace referencia expresa a la adopción de reglamentos y directivas, lo que parece anticipar el juicio de oportunidad que excluiría la aplicación del principio de subsidiariedad, aunque no el de proporcionalidad).

Así, el TFUE permite que la Unión elija entre el reglamento y la directiva (art. 46 del TFUE), o entre el reglamento, la directiva y la decisión, lo que permite aplicar el principio de proporcionalidad, pues tiene consecuencias relevantes la utilización de uno u otros instrumento jurídico por la Unión. Por otra parte, el reglamento

---

<sup>171</sup> Estos serían, coincidiendo con lo dispuesto en el art. 39.2 del TCE, los derechos a: a) responder a ofertas efectivas de trabajo; b) desplazarse libremente a tal efecto por el territorio de los Estados miembros; c) residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que rigen el empleo de los trabajadores nacionales; d) permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones que rijen los reglamentos europeos adoptados por la Comisión.

<sup>172</sup> Este apartado pone de manifiesto la tesis que venimos manteniendo de que la tanto la Constitución Europea *non nata* como el TUE y el TFUE tras el Tratado de Lisboa han incorporado en su articulado, en la mayoría de los casos, sin más, el articulado del TCE y el TUE. En efecto, por ejemplo, el apartado 4 tanto del artículo 45 del TFUE, como del artículo III-133 de la Constitución Europea *non nata* reproduce el apartado 4 del artículo 39 del TCE, sin tener en cuenta la importante jurisprudencia del TJCE sobre el tema que hubiera merecido una redacción más matizada. Ver por todos J.A. FUENTETAJA PASTOR, «La libre circulación de los empleados públicos», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2º semestre, 2003, págs. 37 y sigs.

<sup>173</sup> La Declaración 22 aneja a los Tratados relativa a los artículos 49 y 79 del TFUE, reitera que deben tenerse en cuenta los intereses de los Estados miembros concernidos.

y la directiva, y en su caso la decisión, deben tener como contenidos los que el apartado 3 de artículo 45 del TFUE atribuye al derecho, y los que se deducen: del artículo 46 del TFUE, que aunque se refiere a la finalidad de las medidas confunde los objetivos con el contenido material de la competencia; o del artículo 48, en lo relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes por cuenta propia o ajena, artículo este último que sin carácter exhaustivo establece contenidos materiales de la competencia.

En el caso de los reglamentos, directivas y decisiones que afecten a la seguridad social de los Estados miembros, el párrafo segundo del artículo 48 atribuye a éstos un mecanismo de suspensión excepcional del procedimiento legislativo<sup>174</sup>, que no figuraba en su precedente, el artículo 42 del TCE. Dicho mecanismo permite a los Estados miembros, cuando consideren que un acto legislativo pueda perjudicar aspectos fundamentales de su sistema de Seguridad Social, solicitar en el Consejo que el asunto se remita al Consejo Europeo que tras deliberar puede poner fin a la suspensión devolviendo el proyecto al Consejo, o bien pedir a la Comisión que presente una nueva propuesta, con lo que el proyecto inicial se tendrá por no adoptado.

Finalmente, se prevé en el artículo 47 del TFUE que los Estados miembros propicien el intercambio de trabajadores jóvenes en el marco de un programa común, sin indicarse, como sucede en el artículo 41 del TCE, en qué consiste la competencia de la Unión, ni a quién corresponde su ejercicio o el procedimiento a adoptar. En todo caso, estaríamos ante un precepto que otorga una competencia a los Estados miembros a los que impone la obligación de ejercerla. Se trataría de un supuesto de aplicación, en su caso, de la cláusula de flexibilidad.

El derecho de los trabajadores a circular libremente dentro de la Unión, siendo de directa aplicación, ha sido concretado hasta la fecha mediante reglamentos y directivas. Y, no parece posible que el derecho pudiera ser regulado individualmente por cada uno de los Estados miembros, salvo que el TFUE derogando las modulaciones y excepciones que contiene el TCE equiparara a todos los trabajadores de la Unión. Así, el único modo de que no hiciera falta una legislación de la Unión en la materia sería que el TFUE estableciera en una sencilla disposición que los ciudadanos de la Unión, sin excepciones, pueden trabajar en cualquier Estado miembro teniendo los mismos derechos laborales que rijan en cada Estado para sus respectivos ciudadanos nacionales. Una disposición de esta naturaleza, sin embargo, no obstaría a que por la vía de los artículos 114 y 115 del TFUE se llevara a cabo una intensa armonización de la legislación laboral de los Estados miembros.

Y, en todo caso, no serían susceptibles de ser sustituidos por los Estados miembros los actos normativos de la Unión previstos en el apartado 1 del artículo 48 del TFUE, sobre acumulación de períodos prestacionales de los trabajadores en distin-

---

<sup>174</sup> Este procedimiento excepcional de suspensión del procedimiento se da también en otros supuestos como los contemplados en los artículos 31.2 del TUE, 82.3 y 83.3, ambos del TFUE.

tos países, o para el pago de prestaciones a personas que residan en cualquier lugar del territorio de la Unión.

De manera que la caracterización como compartidas de las competencias de la Unión en la materia no parece muy adecuada, porque no resulta posible la sustitución de las competencias de la Unión por competencias los Estados miembros. Así, las competencias de la Unión en este ámbito deben caracterizarse como *competencias de 150 ejercicio obligatorio*. De manera que el principio de subsidiariedad es de dudosa aplicación, pues el TFUE ha anticipado el juicio de oportunidad con el que culmina el procedimiento de subsidiariedad. No puede decirse lo mismo, por el contrario, de la aplicación del principio de proporcionalidad que modula la extensión y densidad de las medidas que proceda adoptar.

### 3.1.4. Libertad de establecimiento<sup>175</sup>

La libertad de establecimiento se regula en el artículo 49 del TFUE de modo negativo y positivo. Así, de una parte, dicho precepto prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro: prohibición que se extiende a las posibles restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales. Y, de otra parte, el artículo 49 del TFUE, formula de modo positivo la libertad de establecimiento al crear el derecho de los nacionales de cualquier Estado miembro a establecerse en el territorio de otro Estado miembro, para acceder a las actividades por cuenta propia y para ejercerlas, así como para constituir y gestionar empresas y, especialmente, sociedades, de acuerdo con la legislación del Estado miembro aplicable a sus nacionales.

Siendo los artículos 49, 54 y 55 del TFUE preceptos de directa aplicación, nada impediría que los Estados miembros los cumplieran sin necesidad de intervención de la Unión. Es decir, se trataría, en principio, de una materia idónea para su configuración como ámbito de competencia compartida. Pero, el artículo 50 del TFUE es taxativo al establecer que las directivas del Parlamento Europeo y el Consejo, adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario, «decidirán» las medidas para realizar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, y el artículo 53 del TFUE establece que las directivas, adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario, «facilitarán» el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio con la finalidad del reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, y «para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio».

De manera que es difícil concebir que pueda compartirse por la Unión con los Estados miembros la competencia para establecer medidas para realizar la libertad de establecimiento. De hecho, fue necesaria la aprobación por el Consejo de 18 de

<sup>175</sup> Ver la bibliografía citada en el epígrafe sobre *Libertad de circulación de los trabajadores*.

diciembre de 1961 de un *Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento*<sup>176</sup> al que siguió la abundante utilización del instrumento de la directiva de la Unión.

El TFUE, como antes el TCE, ha creado diferentes escenarios competenciales. En primer lugar ha previsto excluir por el procedimiento legislativo ordinario determinadas actividades del ejercicio de la libertad de establecimiento (art. 51 del TFUE<sup>177</sup>). Esta competencia, resulta obvio, no pueden ejercerla los Estados miembros en caso alguno. Es más, si la Unión no actúa esta competencia (*competencia facultativa no compatible*) debe entenderse que es de aplicación directa el artículo 49 del TFUE que consagra la libertad de establecimiento. Por otra parte, se prevé que la Unión apruebe medidas para realizar la libertad de establecimiento (art. 50 del TFUE<sup>178</sup>) y para facilitar el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio (art. 53 del TFUE<sup>179</sup>), que difícilmente pueden llevarse a cabo por los Estados miembros aisladamente (*competencias de ejercicio obligatorio*). Y en tercer lugar, la directiva debe coordinar las disposiciones nacionales que prevean regímenes especiales para los extranjeros que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 52 del TFUE). Resultando obvio que dicha coordinación, por principio, es una competencia que no puede ser ejercida sino por la Unión (*competencia de ejercicio obligatorio*). De manera que podríamos hacer extensivas a la libertad que estudiamos las conclusiones que alcanzamos para la libertad de circulación de los trabajadores en lo relativo a conceptualizar esta competencia como de ejercicio obligatorio por la Unión, salvo excepciones.

El TFUE, en el contexto del mercado interior, no siempre faculta a la Unión para que pueda dictar reglamentos. Así, por ejemplo, en lo relativo a la libertad de establecimiento el instrumento normativo obligatorio es el de la directiva (arts. 50.1, 52.2 y 53.1 del TFUE). Es decir que, en este caso, es obligada la colaboración entre la legislación europea y la legislación de los Estados miembros. De manera que aunque el ejercicio de la competencia sea obligatorio, su ejercicio configura, a su vez, *una colaboración obligatoria entre la Unión y los Estados miembros* que lejos de ser excluyente (como se deduciría de lo dispuesto en el artículo 2.2 *in fine* del TFUE) es incluyente del ejercicio de competencias de los Estados. Lo que supone un ejemplo de cómo la exigencia de regulación a través de la directiva configura un tipo de competencia compartida en sentido estricto. Por otro lado, a los efectos de excluir actividades de la libertad de establecimiento el artículo 51 del TFUE permite a la Unión decidir entre el reglamento, la directiva y la decisión, lo que puede suponer la exclusión o la inclusión de competencias para los Estados

---

<sup>176</sup> DOCE de 2 del 15-1-1962.

<sup>177</sup> Se corresponde al art. 45 del TCE.

<sup>178</sup> Se corresponde al artículo 44 del TCE.

<sup>179</sup> Se corresponde al artículo 47 del TCE.

miembros en la materia, que en caso alguno desvirtúa el carácter obligatorio del ejercicio de su competencia por la Unión.

### 3.1.5. Libertad de prestación de servicios<sup>180</sup>

La libre prestación de servicios se regula en los artículos 56 a 62 del TFUE que reproducen, sin apenas modificaciones, los artículos 49 a 55 del TCE.

El TFUE formula de modo negativo la libertad de prestación de servicios en su artículo 56. Así, prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión a los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro distinto del destinatario de la prestación. Por otra parte aclara, sin carácter exhaustivo, lo que debe entenderse por actividad objeto de una prestación de servicios a los efectos del artículo 57 del TFUE<sup>181</sup>, y excluye de su ámbito material algunos servicios<sup>182</sup>.

En el caso que nos ocupa, a diferencia de lo que se establece en el TFUE en los respectivos preceptos dedicados a las libertades de circulación de los trabajadores y de establecimiento, el artículo 56 del TFUE no tiene efecto directo, como se deduce del artículo 61 del TFUE, en la medida en que la no supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios tiene como única consecuencia la de equiparar los no nacionales a los nacionales de los diferentes Estados miembros.

La directiva establecerá las medidas para alcanzar la liberalización de los diferentes servicios (art. 59 del TFUE<sup>183</sup>), y aunque se deduce del artículo 60 del TFUE que los Estados miembros no están obligados a liberalizar los servicios a mayor ritmo que el marcado por la Unión, aquellos deben esforzarse en hacerlo, si bien la experiencia enseña que los Estados miembros tienen dificultades, incluso, para seguir el ritmo liberalizador impuesto por la Unión<sup>184</sup> (*competencia de ejercicio obligatorio*).

De modo que, aunque nada impide en el TFUE, como antes en el TCE, que los Estados miembros liberalicen la prestación de sus servicios, los avances alcanzados

---

<sup>180</sup> Ver A. TIZANO, *Professioni e servizi nella CEE*, Padua, 1985; E. LINDE, «Libre prestación de servicios», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 195 y sigs.; J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, «La libertad de prestación de servicios», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Valladolid, 2002, págs. 124 y sigs.

<sup>181</sup> Así dice el artículo 57 del TFUE: «Los servicios comprenderán en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales».

<sup>182</sup> Así, la libre prestación de servicios en materia de transportes se regirá por los artículos 90 y siguientes del TFUE.

<sup>183</sup> Se corresponde al artículo 52 del TCE.

<sup>184</sup> Véase el Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios (*DOCE* 2 de 15-1-1962).

en los Estados miembros hasta la fecha han sido obra de la Unión. Circunstancia que se explica, además de por resistencias nacionales a la aceptación del mercado único, a la conveniencia de que se lleve a cabo una liberalización coordinada por la Unión que evite desajustes en el mercado.

Pero, por las anteriores u otras razones, las dificultades técnicas para llevar a cabo liberalizaciones en que estuviera ausente la coordinación imperativa de la Unión hacen inviable la operatividad del artículo 2.2 *in fine* del TFUE, pese a que teóricamente sería posible.

### 3.1.6. Libre circulación de mercancías<sup>185</sup>

La libre circulación de mercancías está regulada en los artículos 28 a 37 del TFUE, que se corresponden a los artículos 23 a 31 del TCE. Esta libertad comprende la unión aduanera (arts. 30 a 32 del TFUE), la cooperación aduanera (art. 33 del TFUE) y la prohibición de restricciones cuantitativas (arts. 34 a 37 del TFUE). A la unión aduanera le hemos prestado atención más atrás, en la medida en que se trata de un ámbito de competencia exclusiva, de manera que aquí prestaremos atención a la denominada cooperación aduanera y a la prohibición de las restricciones cuantitativas.

En materia de *cooperación aduanera* el TFUE es taxativo en su artículo 33<sup>186</sup>, al prescribir que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán medidas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, para fortalecer la cooperación aduanera entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión (*competencia de ejercicio obligatorio*). De este precepto se deduce, también, que la competencia exclusiva de la Unión en materia aduanera excluye todo lo concerniente a las administraciones aduaneras que son una competencia interna de los Estados miembros objeto de cooperación.

Resulta obvio que la competencia de la Unión en esta materia, «medidas destinadas a fortalecer la cooperación aduanera», que se configura como obligatoria, no es susceptible de ser sustituida, por su propia naturaleza, por los Estados miembros.

---

<sup>185</sup> Se ha tenido en cuenta, especialmente, de entre la extensa bibliografía sobre el tema: F. GARRER ALCARAZ, *La circulación de mercancías en la CEE. El tránsito comunitario*, Madrid, 1986; E. LINDE y otros, *Mercado interior*, Madrid, 1997; M. LÓPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Granada, 1991; L. MERCIER, *L'union européenne et la circulation des marchandises*, Basilea, 1995; P. REMITS, *L'Europe et la libre circulation des marchandises*, Paris, 1988; N. STOFFEL VALLOTION, *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Madrid, 2000; G. VANDERSANDE, «Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises» en *Commentaires Mégret. Droit de la CEE*, vol. I, Bruselas, 1992, págs. 67 y sigs. También: E. LINDE, «Libre circulación de mercancías», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 141 y sigs.; Á. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «La libre circulación de mercancías», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias, Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 33 y sigs.; M. LÓPEZ ESCUDERO, «La libertad de circulación de mercancías», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 68 y sigs.

<sup>186</sup> Se corresponde al artículo 135 del TCE.

Si bien, el TFUE permite que la Unión opte entre el reglamento, la directiva o la decisión, lo que supone la aplicación del principio de proporcionalidad que permita calibrar el instrumento jurídico más eficiente que excluya o permita la colaboración de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la *prohibición de restricciones cuantitativas*, que imponen los artículos 34 y 35 del TFUE<sup>187</sup>, es una prescripción de directa aplicación por los Estados miembros, alcanzando tanto a la exportación como a la importación, e incluyendo toda medida de efecto equivalente. Y no es menos evidente que nos encontramos ante uno de los asuntos que han suscitado mayores controversias ante el TJCE<sup>188</sup>. También ha sido muy controvertida la aplicación por los Estados miembros de las excepciones del artículo 36 del TFUE y las específicas regulaciones del artículo 37 del TFUE (*prescripciones dirigidas a los Estados miembros*). Las prohibiciones de los artículos 34 y 35 del TFUE son de tal rotundidad que excluyen el desarrollo normativo, de manera que la competencia de la Unión, a través de la Comisión, tiene por objeto el control del cumplimiento de lo prescrito en dicho precepto, a través del recurso por incumplimiento previsto en el artículo 258 del TFUE. Control del cumplimiento que pueden ejercer igualmente los Estados miembros, de acuerdo con el artículo 259 del TFUE.

De manera que no sería aplicable a esta libertad la categoría de competencia compartida del artículo 2.2 del TFUE, ya que las competencias de la Unión serían de carácter obligatorio en todo caso.

### 3.1.7. Libertad de circulación de capitales y pagos<sup>189</sup>

La libre circulación de capitales y pagos está regulada en los artículos 63 a 66 del TFUE que reproducen, con algunas modificaciones, los artículos 56 a 60 del TCE. Como sucede con las demás libertades, a excepción de la libertad de circulación de trabajadores, el TFUE, como el TCE, define de modo negativo la libre circulación de capitales y pagos en su artículo 63, en la medida en que prohíbe las

<sup>187</sup> Se corresponde a los artículos 28 y 29 del TCE.

<sup>188</sup> Ver a título de ejemplo mi trabajo «Mercado interior», en E. LINDE y otros, *Los retos de la Unión Europea ante el siglo XXI*, Madrid, 1997, págs. 215 y sigs.

<sup>189</sup> Se ha tenido en cuenta en particular D. ÁLVAREZ y F. EGUIDEZU, «Los movimientos de capitales en la CEE», en *Papeles de Economía Española*, núm. 25, 1985, págs. 120 y sigs.; D. CARBAJO, «La libre circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea: del Tratado de Roma al Tratado de la Unión Europea», en *Noticias CEE*, núm. 93, 1992, págs. 95 y sigs.; J. F. DUQUE y otros, *Libre circulación de capitales en la CEE*, Valladolid, 1990; A. M. GARCÍA-MONCÓ, *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Madrid, 1999; M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*, Madrid, 1997. También: E. Linde, «Libre circulación de capitales y pagos», en E. Linde y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 1005, págs. 204 y sigs.; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, «La libre circulación de capitales», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *Derecho comunitario material*, págs. 138 y sigs.

restricciones tanto a los movimientos de capitales como a los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países (*prescripciones dirigidas a los Estados miembros*).

Estaríamos ante un ámbito idóneo, en principio, para su configuración como competencia compartida, ya que el artículo 63 del TFUE es de directa aplicación por la Unión y los Estados miembros, hasta el punto de que el cumplimiento del precepto no precisa desarrollo. No obstante, los artículos 64 a 66 del TFUE regulan excepciones y modulaciones a dicha libertad, que deben llevarse a cabo mediante actos legislativos, insusceptibles de ser establecidos por los Estados miembros.

En primer término, interesa señalar que se prevé, en el apartado 2 del artículo 64 del TFUE, que el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas o decisiones), «adoptarán» medidas relativas a movimientos de capitales con destino o procedentes de terceros países, siempre que tales movimientos supongan inversiones directas, entre las que se incluyen las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la administración de valores en los mercados de capitales. El precepto supone una habilitación para regular este tipo de movimientos de capitales, que no parece posible pueda ser sustituida por la legislación de los Estados miembros, pues resulta obvio que en el mercado interior una regulación de esta naturaleza debe ser uniforme (*competencia de ejercicio obligatorio*). El apartado 3 del mismo artículo 64 del TFUE confirma esta apreciación en cuanto que especifica, lo que no hace su precedente, el artículo 57 del TCE, que mediante un procedimiento legislativo especial el Consejo «podrá»<sup>190</sup> establecer medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos». De modo que no cabe duda de que estamos ante una competencia exclusiva en el marco de una competencia calificada incorrectamente como compartida. Es más, el apartado 4 del artículo 65 del TFUE (lo que supone una innovación en relación con lo dispuesto en el artículo 58 del TCE), ha previsto que en el caso de que no se dicte la medida a que se refiere el artículo 3 del artículo 64 del TFUE, se habilite sucesivamente a la Comisión para que dicte la decisión correspondiente y, en defecto de ésta, al Consejo que puede dictar una decisión europea con objeto de declarar que «las medidas fiscales restrictivas adoptadas por un Estado miembro con respecto a varios terceros países deben considerarse compatibles con los Tratados en la medida en que las justifique uno de los objetivos de la Unión y sean compatibles con el correcto funcionamiento de mercado interior». De manera que resulta claro que la medida adoptada de acuerdo con el artículo 64.3 puede ser sustituida, de acuerdo con el artículo 65.4 del TFUE, sucesivamente, por decisiones de la Comisión y del Consejo, pero en caso alguno por los Estados miembros, a los que únicamente se les reconoce la iniciativa para que el Consejo se pronuncie, lo que es excepcional.

---

<sup>190</sup> La cursiva es nuestra.

Por lo que se refiere a la adopción de medidas de salvaguardia, previstas en el artículo 66 del TFUE, el precepto es taxativo en el sentido de que la competencia para adoptar dichas medidas corresponde al Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo. Y, a la misma conclusión se llega del examen del artículo 75 del TFUE del que se deduce que sólo corresponde al Parlamento Europeo y el Consejo, mediante reglamento y por el procedimiento legislativo ordinario, a propuesta de la Comisión, la adopción de las medidas administrativas sobre movimientos de capitales y pagos para prevenir y luchar contra el terrorismo. Incluso puede anotarse que el artículo 75 del TFUE ha suprimido las facultades que tenían los Estados en el TCE para sustituir la inactividad de la Unión, a las que se refería expresamente el artículo 60 del TCE.

Así, en relación con la libertad de circulación de capitales se advierten en el TFUE mejoras relevantes por relación al texto del TCE, que ha reducido la competencia de los Estados miembros a la activación de las excepciones a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 65 del TFUE, con los límites del apartado 3. Por lo demás la Unión tiene asignadas *competencias de ejercicio obligatorio* en los artículos antes mencionados del TFUE (arts. 75, 64,2, 65.4).

### 3.1.8. Disposiciones fiscales<sup>191</sup>

Los artículos 110, 111, 112 y 113 del TFUE contienen una serie de disposiciones fiscales que tienen por objeto el funcionamiento del mercado interior. Con escasas modificaciones estos preceptos se corresponden a los artículos 90 a 93 inclusive del TCE.

El artículo 110 del TFUE contiene un conjunto de prescripciones de directa aplicación por los Estados miembros, que tienen por objeto los productos y por finalidad evitar que se distorsione la competencia, como resultado de medidas fiscales nacionales aplicadas directa o indirectamente a productos de otros Estados miembros o a los propios productos nacionales<sup>192</sup>. En relación con el cumplimiento

---

<sup>191</sup> Se ha tenido en cuenta en particular: E. ALBI IBÁÑEZ, *Globalización y armonización (o coordinación) fiscal en la UE*, Alicante, 1999; L. F. ALEMANY SÁNCHEZ DE LEÓN, «La armonización de la fiscalidad en la Unión Europea. Perspectivas ante la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria», en *Hacienda Pública*, número monográfico sobre «Armonización fiscal en la Unión Europea», 1997, págs. 159 y sigs.; R. CALLE SÁIZ, *La armonización fiscal europea: un balance actual*, Madrid, 1990. También: M. C. GONZÁLEZ RABANAL, «La política fiscal», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 365 y sigs.; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, «El derecho fiscal comunitario», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 252 y sigs.

<sup>192</sup> Dice así el artículo 110 del TFUE: «1. Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares».

Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones.

de estos preceptos por los Estados miembros tanto la Comisión como los demás Estados miembros están legitimados para interponer el recurso por incumplimiento (arts. 258 a 260 del TFUE).

Por otra parte, se faculta al Consejo, en el artículo 112 del TFUE, para que, a propuesta de la Comisión, pueda permitir, mediante decisión, a los Estados miembros que concedan exoneraciones o reembolsos a las exportaciones a los demás Estados miembros, o que les permitan imponer gravámenes compensatorios a importaciones procedentes de los Estados miembros<sup>193</sup>. *Competencia exclusiva* de la Unión que es insusceptible de ser ejercida por los Estados miembros.

Por lo que se refiere a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, el artículo 113 del TFUE prescribe que con arreglo a un procedimiento legislativo especial el Consejo adoptará las medidas referentes a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros<sup>194</sup>. Ahora bien, el mandato del TFUE está condicionado a que «la armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia», lo que modula el mandato imperativo que el precepto contiene. La necesidad deberá ser el resultado de la aplicación del procedimiento de subsidiariedad y proporcionalidad que determinará si el instrumento jurídico idóneo para la armonización debe ser el reglamento o la directiva<sup>195</sup>.

De manera que la competencia de la Unión en esta materia es de carácter obligatorio condicionada a la verificación previa de la necesidad de su ejercicio, competencia de armonización que por su propia naturaleza no es susceptible de ser ejercida por los Estados miembros.

### 3.1.9. Conclusiones

El Tratado de Lisboa ha introducido mejoras en el ámbito del mercado interior, aunque algunos de los problemas interpretativos que suscitaba el TCE se han repro-

---

2. Los productos exportados de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro no podrán beneficiarse de ninguna devolución de los tributos internos superior al importe de aquellos con que hayan sido gravados directa o indirectamente.

Estos preceptos se corresponden a los artículos 90 y 91 del TCE.

<sup>193</sup> Así el artículo 112 del TFUE dice: «En cuanto a los tributos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y los otros impuestos indirectos, no se podrán conceder exoneraciones ni reembolsos a las exportaciones a los demás Estados miembros ni imponer gravámenes compensatorios a las importaciones procedentes de los Estados miembros, a menos que las disposiciones proyectadas hayan sido previamente aprobadas por el Consejo, a propuesta de la Comisión, para un período de tiempo limitado». Este precepto se corresponde al artículo 92 del TCE.

<sup>194</sup> El Consejo decidirá por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

<sup>195</sup> En el marco del TCE se eligió como instrumento de armonización la directiva comunitaria. Así se han dictado una serie de directivas en materia de IVA e impuestos sobre consumos específicos.

ducido y en ocasiones incrementado. Veamos algún ejemplo. El mercado interior, de acuerdo con el TFUE, sería un ámbito de competencia compartida, esto es, en el mismo podría legislar la Unión o los Estados miembros de acuerdo con la regla del artículo 2 del TFUE. Pero resulta que el artículo 46 del TFUE dice taxativamente que el Parlamento Europeo y el Consejo, por el procedimiento legislativo ordinario, mediante reglamentos o directivas *adoptarán*<sup>196</sup> las medidas necesarias para hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45 del TFUE. Y a la vista de este precepto cabe preguntarse: ¿se trata de un mandato imperativo para la Unión, legislar en esta materia?, o eventualmente ¿puede dejar de legislar en la misma? sin que por ello incurra en una omisión. O, si se prefiere, se puede preguntar: ¿Pueden los Estados miembros, por su cuenta, establecer las medidas necesarias para hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores?

A mi juicio, la respuesta a esta cuestión sigue siendo la misma antes y después del Tratado de Lisboa. Esto es, las medidas para que la libertad de circulación de los trabajadores sea efectiva, en el caso de que se aprecien desviaciones generalizadas en la legislación de los Estados miembros, procede que las dicte la Unión. El mandato imperativo para la Unión que contiene el artículo 46 del TFUE no impide que los Estados miembros limpien su ordenamiento jurídico de trabas a la libre circulación de trabajadores. Esto es, el mandato imperativo del artículo 46 del TFUE opera sobre la base de que las legislaciones de los Estados miembros contienen o pueden contener trabas a la libre circulación de los trabajadores, pero los Estados miembros podrán en todo caso legislar yendo más allá de los reglamentos o directivas que se dicten por la Unión. Lo mismo puede aplicarse al ámbito de la seguridad social a que se refiere el artículo 48 del TFUE.

Así las cosas, la cláusula del artículo 2.2 del TFUE no se aplicaría a esta materia, salvo que interpretáramos que los artículos 46 y 48 del TFUE, y otros que hemos señalado, no contiene mandatos imperativos, sino meras facultades que pueden o no actuarse, de modo que en caso de no actuarse, y sólo en ese caso, podrían los Estados miembros entrar a legislar. Pero, esta solución crearía grandes problemas porque resulta improbable que las legislaciones de los Estados miembros en esta materia fueran coincidentes, lo que resultaría contrario a la concepción misma del mercado interior.

Esta cuestión nos lleva a una nueva reflexión sobre el significado de las competencias compartidas. A mi juicio, como la Parte tercera del TFUE no se ha construido de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 del mismo Tratado resulta difícil ensamblar lo establecido en dicho precepto con lo que se establece en la Parte tercera del TFUE. Es decir, el legislador del artículo 2.2 del TFUE, que es el mismo que el de la Parte tercera del TFUE, no parece haber advertido que en dicha Parte tercera se contienen mandatos imperativos a los legisladores de la Unión, mandatos que las

---

<sup>196</sup> La cursiva es nuestra.

Instituciones de la Unión deben cumplir, porque con independencia de lo previsto en el apartado 2 del artículo 2 del TFUE, de acuerdo con lo que expresa el apartado 6 del mismo artículo 2 del TFUE: «El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito», lo que significa que lo establecido en el articulado de la Parte tercera del TFUE prevalece sobre lo dispuesto en el artículo 2.2 del mismo Tratado.

A mi juicio, en esta materia se aprecia la incorrecta configuración de las que se denominan competencias compartidas, en la medida en que en un determinado ámbito o materia pueden existir competencias de diferente naturaleza. Ni el TCE ni el TFUE han configurado políticas o ámbitos competenciales puros. Al contrario, las políticas en el TCE y en el TFUE incluyen junto a competencias de ejercicio facultativo, propias de un ámbito de competencia compartida, las competencias de ejercicio obligatorio, incompatibles con la concepción misma de ámbito de competencia compartida. Así, por ejemplo, la normativa armonizadora relativa al impuesto sobre el volumen de negocios (arts. 112.3 y 113 del TFUE), resulta obvio, corresponde dictarla en exclusiva a la Unión. Resulta utópico que la Unión renunciara al ejercicio de esta competencia y mucho más irrealizable es que los Estados miembros armonizaran sus ordenamientos tributarios de modo aislado o en base a acuerdos bilaterales o multilaterales al margen de la Unión. De modo que se aprecia falta de coordinación precisa entre el artículo 2.2 del TFUE y la redacción de la parte tercera del TFUE, que sin apenas modificaciones se corresponde a la parte tercera del TCE.

## 3.2. Política social<sup>197</sup>

### 3.2.1. Tipo de competencia

La política social está regulada en el TFUE en los Títulos X y XI, de la Parte tercera, artículos 151 a 164. El TCE regula esta política en los artículos 136 a 145, y la Constitución Europea **non nata** en los artículos III-209 a III-219. Los contenidos en los tres textos señalados son coincidentes, salvo ligeras modificaciones. De acuerdo con el artículo 4.2 b) del TFUE la política social sería un ámbito de competencia compartida «en los aspectos definidos en el presente Tratado».

---

<sup>197</sup> Entre la extensa bibliografía se ha tenido en cuenta, particularmente: F. J. CASAS, «Política Social Comunitaria», en VVAA, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, págs. 387 y sigs.; M. COLINA ROBLEDO, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Valencia, 1994; J. CRUZ VILLALÓN, T. PÉREZ DEL RÍO (coords.), *Una aproximación al Derecho social comunitario*, Madrid, 2000; M. GÓMEZ JENE, «La Política Social Comunitaria», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 521 y sigs.; F. PÉREZ DE LOS COBOS, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994; M. RODRÍGUEZ-PINERO, «De Maastricht a Amsterdam: derechos sociales y empleo», en *Relaciones Laborales*, 1998/I, págs. 19 y sigs.

### 3.2.2. Objetivos

El artículo 151 del TFUE establece con claridad que son *objetivos específicos* de esta política «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo para hacer posible su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero, y la lucha contra las exclusiones». Se trata de objetivos tanto de la Unión como de los Estados miembros, que deben tener en cuenta los derechos sociales fundamentales enunciados, entre otros, en la Carta Social Europea de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Pero, además, el pleno empleo y el progreso social son objetivos de la economía social de mercado, que se constituyen en *objetivos generales* de la Unión (art. 3 del TUE), y, a la vez, los objetivos del empleo y la protección social adecuada son *objetivos de carácter transversal* de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del TFUE.

El artículo 151 del TFUE, lo que no suele ser norma en el Tratado, modula los objetivos establecidos en razón de la diversidad de las prácticas nacionales, así como en la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

### 3.2.3. Competencia atribuida

El propio párrafo tercero del artículo 151 del TFUE, que no hace sino reproducir el párrafo tercero del artículo 136 del TCE, considera que la consecución de los objetivos antes señalados se obtendrá a través de tres vías: el funcionamiento del mercado interior; los procedimientos establecidos en el TFUE; y la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros.

En primer lugar, llama la atención que el extenso y complejo artículo 153 del TFUE configure varios tipos de competencia, de carácter facultativo y de carácter obligatorio. Así, en una serie de ámbitos materiales, que deben entenderse tasados, a que se refiere el apartado 1 del artículo 153 del TFUE<sup>198</sup>, la Unión puede llevar a cabo medidas de fomento de la cooperación entre los Estados miembros<sup>199</sup> me-

<sup>198</sup> El apartado 1 del artículo 153 del TFUE dice así: «Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio del apartado 6; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166; i) la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades del mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).»

<sup>199</sup> Este tipo de coordinación se ha calificado de coordinación abierta, ver al respecto S. CAFARO, «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», en *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, vol II, Bruselas, 2003.

dian­te ini­cia­ti­vas de di­fe­ren­te na­tu­ra­le­za, que en ca­so al­gu­no pue­den ar­mo­ni­zar las dis­po­si­cio­nes le­gales y re­gla­men­ta­rias de los Es­ta­dos mi­em­bros, me­di­ante el pro­ce­di­mien­to le­gis­la­ti­vo or­di­na­rio (el Pa­r­la­men­to y el Con­se­jo) en unos ca­sos, y en otros a tra­vés de un pro­ce­di­mien­to le­gis­la­ti­vo es­pe­cial (el Con­se­jo). Es decir, se ha con­fi­gu­ra­do una *com­pe­ten­cia* que le­jos de ser com­par­ti­da es *de apo­yo* en el sen­ti­do del ar­tí­cu­lo 6 del TFUE, ca­rac­te­ri­za­da por su com­pa­ti­bi­li­dad con la le­gis­la­ción de los Es­ta­dos mi­em­bros. Por otra par­te, y en los pre­ci­sos ámbi­tos ma­te­ri­ales re­fe­ri­dos en los apa­rta­dos a) a i) del apa­rta­do 1 del ar­tí­cu­lo 153 del TFUE, la Unión *podrá* dic­tar di­rec­ti­vas para es­ta­ble­cer nor­mas mí­ni­mas que ha­brán de apli­carse pro­gre­si­va­men­te tenien­do en cuen­ta una se­rie de lí­mi­tes que se pre­ci­san en el apa­rta­do 2.b) del ar­tí­cu­lo 153 del TFUE. El apa­rta­do 5 del ar­tí­cu­lo 153 del TFUE ha in­tro­du­ci­do lí­mi­tes a las dis­po­si­cio­nes que se dic­ten en la ma­te­ria ex­cep­cio­nan­do de la apli­ca­ción del ci­ta­do ar­tí­cu­lo una se­rie de ámbi­tos ma­te­ri­ales co­mo las re­tri­bu­cio­nes, el de­re­cho de aso­cia­ción y sin­di­ca­ción, el de­re­cho de huel­ga y el de­re­cho de cie­rrre pa­tronal.

Antes de es­tu­diar los de­más pre­cep­tos so­bre po­lí­ti­ca so­cial es pre­ci­so re­sal­tar que no nos en­con­tra­mos ante una com­pe­ten­cia com­par­ti­da, de acue­rdo con la ca­rac­te­ri­za­ción del ar­tí­cu­lo 2.2 del TFUE. Al con­tra­rio, por una par­te, ma­te­ri­al­men­te se con­fi­gu­ra una *com­pe­ten­cia de apo­yo o fo­men­to* (apa­rta­do 2.a del ar­tí­cu­lo 153 del TFUE) y, por otra, una *com­pe­ten­cia ex­clu­si­va y fa­cul­ta­ti­va* de la Unión (apa­rta­do 2.b del ar­tí­cu­lo 153 del TFUE).

La idea del fo­men­to está pre­sen­te a lo lar­go del Tí­tu­lo que es­tu­dia­mos, así la Co­mi­sión fo­men­ta­rá la con­sul­ta a los in­ter­lo­cu­to­res so­ciales (art. 154 del TFUE) y la coo­pe­ra­ción en­tre los Es­ta­dos mi­em­bros, así co­mo la coor­di­na­ción de las ac­cio­nes de éstos (art. 156 del TFUE). Ac­ti­vi­da­des de la Co­mi­sión que en ca­so al­gu­no sus­ti­tu­yen la ac­ción de los Es­ta­dos.

Del ar­tí­cu­lo 157 del TFUE en su apa­rta­do 3 se de­duce que cor­res­pon­de a la Unión es­ta­ble­cer con ar­re­glo al pro­ce­di­mien­to le­gis­la­ti­vo or­di­na­rio me­di­das para ga­ran­ti­zar la apli­ca­ción del prin­ci­pio de igua­l­dad de opor­tu­ni­da­des e igua­l­dad de tra­to en­tre mu­je­res y hom­bres en asun­tos de em­pleo y ocu­pa­ción, in­clui­do el prin­ci­pio de igua­l­dad de re­tri­bu­ción por un mis­mo tra­ba­jo o por un tra­ba­jo de igua­l valor. Y esta ha­bi­li­ta­ción del TFUE tie­ne lu­gar en el apa­rta­do 1 del ci­ta­do ar­tí­cu­lo que es­ta­ble­ce que ca­da Es­ta­do mi­em­bro ga­ran­ti­zará la apli­ca­ción del prin­ci­pio de igua­l­dad de re­tri­bu­ción en­tre tra­ba­ja­do­ras y tra­ba­ja­do­res por un mis­mo tra­ba­jo o por un tra­ba­jo de igua­l valor, así co­mo que hay que en­ten­der por re­tri­bu­ción y por igua­l re­tri­bu­ción. Esto es, pese a que el ar­tí­cu­lo 157 del TFUE, en sus apa­rta­dos 1, 2 y 4, es apli­ca­ble di­rec­ta­men­te, se ha pre­vis­to la in­ter­ven­ción de la Unión con ob­je­to de in­cre­men­tar las ga­ran­tías del cum­pli­mien­to del prin­ci­pio de igua­l­dad de re­tri­bu­ción. Y, re­sul­ta ob­vio que la ga­ran­tía de la Unión no pue­de ser sus­ti­tu­ida por los Es­ta­dos mi­em­bros (*com­pe­ten­cia ex­clu­si­va y obli­ga­to­ria*).

### 3.2.4. Instituciones e instrumentos jurídicos

Al margen de los instrumentos normativos, que excepcionalmente los hemos tratado en el apartado anterior, el TFUE, en la misma línea que el TCE, ha dotado a la ejecución de la política social de procedimientos y organismos de gran interés. Me refiero, en particular, al Comité de Protección Social (art. 160 del TFUE) y al Fondo Social Europeo (arts. 162 a 164 del TFUE), concebidos, respectivamente, para las actividades de cooperación y fomento de la Unión, que desvirtúan la naturaleza pretendidamente compartida de este ámbito material.

Por lo demás, al margen de las destacadas participaciones del Comité de las Regiones (arts. 153.2 y 164.3 del TFUE), del Comité Económico y Social (arts. 153.2, 156, 159 y 162.3 del TFUE) y del Parlamento Europeo (además de en la elaboración de las medidas, en su función de receptor de información, art. 156 del TFUE, y consultiva, art. 160 del TFUE), destaca la posibilidad de que los interlocutores sociales, a petición conjunta de los mismos, puedan aplicar las directivas previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 153 del TFUE, o alcanzar acuerdos adoptados por el Consejo (art. 155 del TFUE).

### 3.2.5. Conclusiones

Como hemos acreditado la política social puede caracterizarse como un ámbito en que la Unión tiene *competencias materiales de apoyo y complemento* a las que se corresponden *competencias relacionales exclusivas obligatorias y facultativas*, lo que excluye la posibilidad de considerar a este ámbito como ámbito de competencias compartidas en el sentido del artículo 2.2 del TFUE. Esto es, la Unión no puede ser sustituida por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que le atribuye el TFUE. Aunque, por otra parte, los Estados miembros tienen ámbitos materiales protegidos por el TFUE (en especial el apartado 4 del artículo 153 del TFUE), que suponen límites absolutos para la actuación competencial de la Unión. Modalidad esta de atribución indirecta de competencias a los Estados miembros.

## 3.3. La cohesión económica, social y territorial<sup>200</sup>

### 3.3.1. Tipo de competencia

La cohesión económica, social y territorial está regulada en el TFUE en el Título XVIII de la Parte tercera, artículos 174 a 178. En el TCE se regula esta ma-

<sup>200</sup> Ver por todos sobre esta materia: C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La política comunitaria de la cohesión económica, social y territorial», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 655 y sigs.; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Fondos Estructurales Europeos. Régimen jurídico y gestión administrativa*, Madrid, 1997; J. A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La configuración jurídica de la cohesión económica y social», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES (coords.), *Derecho Comunitario Material*, págs. 342 y sigs.

teria en los artículos 146 y 158 a 162. La Constitución Europea *non nata* regula esta competencia en los artículos III-220 a III-224. Salvo modificaciones puntuales coinciden los tratamientos del TFUE, el TCE y la Constitución Europea *non nata*. De acuerdo con el artículo 4.2 c) del TFUE la materia que nos ocupa se trataría de un ámbito de competencia compartida.

### 3.3.2. Objetivos

El artículo 174 del TFUE<sup>201</sup> establece como *objetivo genérico* principal de la política de cohesión económica, social y territorial de la Unión el de reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las distintas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas. Objetivo completado por el *objetivo específico* de prestar una especial atención a las zonas rurales, esto es, «a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones septentrionales con una escasa densidad de población, las regiones insulares, transfronterizas y de montaña». Objetivos, todos ellos, el genérico y los específicos, establecidos con un cierto grado de indefinición. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la cohesión económica, social y territorial es un *objetivo general* de la Unión (art. 3.3 del TUE).

Los objetivos antes señalados deben ser tenidos en cuenta por las políticas económicas de los Estados miembros. Se trata por tanto de objetivos que se proyectan doblemente sobre las políticas de los Estados y sobre la Unión, que debe tenerlos en cuenta al definir las demás políticas y acciones y el mercado interior. Esto es, se han configurado como *objetivos de carácter transversal* (art. 175 del TFUE párrafos primero y tercero), que operan también sobre las políticas económicas de los Estados miembros.

### 3.3.3. Competencia atribuida, instituciones e instrumentos jurídicos

La Unión del Fondo de Cohesión contribuirá financieramente a los proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas en materia de infraestructuras del transporte. Los artículos 176 y 177 del TFUE se refieren a la regulación de los fondos estructurales y de Cohesión, que, por otra parte, cuentan con normativas singulares en el Derecho derivado.

A la vista de la regulación de los artículos 174 a 178 del TFUE no resulta posible explicar las competencias que integran esta política desde la categoría «competencia compartida». Más bien se trataría de *competencias de apoyo y fomento* a la que se corresponden *competencias relacionales facultativas* de la Unión, tanto

---

<sup>201</sup> El artículo 174 de TFUE conservando los caracteres básicos del artículo 158 del TCE lo ha desarrollado, en particular el concepto de regiones o islas menos favorecidas a las que el precepto del TFUE dedica el párrafo tercero y último.

la practicada a través de los fondos, como la practicada por el Banco Europeo de Inversiones, competencias de apoyo que lejos de sustituir a los Estados, exigen la participación de éstos, cuyas políticas complementa la Unión.

La no actuación de la Unión a través de los indicados instrumentos en el tiempo y el espacio no inhabilita a la Unión para actuar en el futuro, ni habilita a los Estados miembros para ejercer las competencias de la Unión en materia de fondos. Como sucede con las políticas de apoyo y complemento, que es la verdadera naturaleza material de esta política, se produce una plena compatibilidad entre la política de la Unión y la de los Estados miembros que, además, en este caso, exige la plena coordinación de las mismas. De manera que resulta inaplicable a esta política lo dispuesto en el artículo 2.2 del TFUE.

Pero, lo que es más relevante, para la consecución de los objetivos del artículo 174 del TFUE, se crean los denominados *fondos estructurales* antes referidos (esto es el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, sección «Orientación», el Fondo Social Europeo y el Fondo de Desarrollo Regional), y a tales objetivos servirá igualmente el Banco Europeo de Inversiones.

Los Fondos, son regulados (funciones, objetivos prioritarios y organización) por reglamento, y constituyen, en sí mismos, un *ámbito de competencia compartida en sentido estricto*, contrario al que se deduce del artículo 2.2 del TFUE, en la medida en que integran políticas singulares que exigen la colaboración de los Estados miembros. Esto es, la operatividad de los Fondos exige la colaboración financiera de los Estados y, lo que es más importante, la ejecución singular de las políticas de los Fondos puede condicionar las políticas singulares de los Estados miembros afectadas por los mismos. Las políticas de fomento, en que consisten las diferentes políticas de los Fondos, no tienen la limitación que luce en otras políticas (por ejemplo la cultural del art. 167 del TFUE) que excluyen expresamente toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. En este ámbito, por el contrario, en que la política de fomento cobra una importancia singular, no se han limitado los efectos que la ejecución de los fondos pueda producir.

El artículo 175 del TFUE incluye, además, la habilitación a la Unión para que mediante el procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas y decisiones), pueda adoptar otras medidas al margen de los fondos, que requiere la consulta previa al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social<sup>202</sup>.

El ámbito que analizamos es un ejemplo que pone de evidencia las dificultades para materializar la regla definitoria de una competencia compartida, de acuerdo con el artículo 2.2 del TFUE. En efecto, teniendo en cuenta que el TFUE atribuye a la Unión en este ámbito una habilitación genérica e intemporal para adoptar

---

<sup>202</sup> La previsión que contiene el párrafo tercero de 175 del TFUE tiene su origen en el párrafo tercero del artículo 159 del TCE, en que no se especificaba ni el procedimiento ni el instrumento jurídico adecuado para adoptar medidas orientadas a los objetivos de la política de cohesión económica, social y territorial.

medidas no parece posible que la Unión pudiera quedar inhabilitada para ejercer su competencia, de acuerdo con el artículo 2.2 del TFUE, por la circunstancia de no ejercerla, porque el TFUE, como hemos indicado, no establece plazo para su ejercicio, lo que es parte sustancial de la configuración de la habilitación: Y esto es así porque la necesidad de adoptar medidas puede ser el resultado de circunstancias imprevisibles. De manera que, si la habilitación del TFUE se establece para afrontar circunstancias imprevisibles en el tiempo, no puede concluirse que el no ejercicio de la competencia por la Unión de entrada a los Estados miembros perdiendo la Unión su competencia. De la misma manera no parece posible la renuncia expresa por parte de la Unión, a que se refiere implícitamente el artículo 2.2 del TFUE, por las mismas razones apuntadas.

La política de cohesión económica, social y territorial sería un ámbito competencial singular, en la medida en que la Unión puede adoptar reglamentos, directivas y decisiones para la realización de los objetivos del artículo 174 del TFUE, sin que puedan operar las reglas del artículo 2.2 del TFUE, advirtiéndose que no se han precisado otros límites a la legislación de la Unión que los que suponen los objetivos señalados, lo que resulta escaso. De manera que éste sería un *ámbito de competencias difuso* que podría permitir la irrupción del Derecho de la Unión en el Derecho interno, de acuerdo con las reglas a que antes nos referimos.

Además, estamos ante un ámbito que merecería la denominación material de fomento que se caracteriza porque la ejecución de las respectivas políticas de los fondos puede incidir en el Derecho interno de los Estados miembros, exigiendo en algunos casos la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

### 3.3.4. Conclusiones

De manera que podría concluirse que la política económica, social y territorial sería, por una parte, una *política de objetivos transversales*, en la medida en que los objetivos de la política de cohesión económica, social y territorial son también objetivos que deben tener en cuenta las demás políticas y acciones de la Unión y, en particular, la política económica y el mercado interior, de acuerdo con el artículo 175 del TFUE<sup>203</sup> y, por otra, *competencias de apoyo y complemento* en lo material, que se lleva a cabo mediante *competencias relacionales de carácter facultativo de la Unión* y por las políticas económicas de los Estados miembros. De modo que no podría encuadrarse esta política en el artículo 2.2 *in fine* del TFUE.

---

<sup>203</sup> El artículo 175 del TFUE es semejante al artículo 159 del TCE, a salvo de la indicación del procedimiento legislativo ordinario.

### 3.4. La agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos<sup>204</sup>

#### 3.4.1. Tipo de competencia

El TFUE regula esta política en el Título III de la parte tercera, artículos 38 a 44. Esta política se regula en el TCE en los artículos 32 a 38. A salvo del primer párrafo del artículo 38 y de los párrafos 2 y 3 del artículo 43 del TFUE<sup>205</sup>, que no tienen precedente en el TCE, por lo demás el contenido de ambos textos es semejante, con algunas variaciones y adaptaciones. La Constitución Europea *non nata* regula la agricultura y la pesca en los artículos III-225 a III-232. De acuerdo con el artículo 4.2.d) del TFUE se trataría de un ámbito de competencia compartida.

El ámbito competencial de la agricultura y pesca y el comercio de sus productos se integra, a su vez, en el mercado interior<sup>206</sup>, a los que son de aplicación las reglas del mismo, salvo cuando se excepcionen expresamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.2 del TFUE, en cuyo apartado 3 se hace referencia al Anexo I del TFUE que especifica los productos agrícolas y pesqueros a que se refiere dicha política.

#### 3.4.2. Objetivos

Los objetivos de la política agrícola permanecen invariados desde la fundación de las Comunidades Europeas y se recogen en el artículo 39 del TFUE, a saber:

a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico y asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular la mano de obra;

---

<sup>204</sup> De entre la numerosa bibliografía he tenido en cuenta, en particular: A. ANAYA TURRIENTES, J. JUSTE RUIZ, *La política agrícola y de pesca en la Comunidad Europea*, Madrid, 1986; P. CELMA ALONSO, *Las Claves de la Política Agrícola Común (PAC)*, Madrid, 2004; J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La política Agraria Común (Régimen jurídico de la agricultura europea y española)*, Navarra, 2000; J. LAMO DE ESPINOSA, *La nueva Política Agraria Común de la Unión Europea*, Madrid, 1998; T. PRIETO ÁLVAREZ, «Agricultura», en A. CALONGE VELÁZQUEZ (coord.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002; pág. 49; S. DEL SAZ CORDERO y P. CELMA ALONSO, «La política Agrícola Común (PAC)», en E. LINDE y otros, *Política de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 215 y sigs.

<sup>205</sup> El artículo 38 del TFUE define qué debe entenderse por productos agrícolas y qué política agrícola común, agricultura y agrícola además de ser sinónimos abarcan la pesca atendiendo a las características del sector en cuestión, cuando éste lo permita. Dice así: «Por productos agrícolas se entiende los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquellos. Se entenderá que las referencias a la política agrícola común o a la agricultura y la utilización del término agrícola abarcan también la pesca, atendiendo a las características particulares de este sector».

<sup>206</sup> Su precedente el artículo 32 del TCE se refería al mercado común en vez de al mercado interior.

- b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial mediante el aumento de la renta individual de quienes trabajan en la agricultura;
- c) estabilizar los mercados;
- d) garantizar la seguridad de los abastecimientos;
- e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

No cabe duda de que se trata de *objetivos específicos* que están en mayor sintonía con la situación de la agricultura en la postguerra mundial que con el papel que en la actualidad tiene la agricultura en la Unión, y la posición de ésta en el mundo. No obstante, sin variar los objetivos referidos ha sido posible dar diferentes enfoques a la agricultura de la Unión a lo largo de las últimas décadas<sup>207</sup>.

### 3.4.3. Competencias atribuidas

El instrumento fundamental de la política agrícola común es la «organización común de los mercados agrícolas» (OCM). Esta organización se concreta, según se trate de los diferentes productos agrícolas o de pesca, adoptando tres formas jurídicas diferentes: a) normas comunes sobre la competencia; b) una coordinación obligatoria de las diversas organizaciones nacionales de mercado; c) y una organización europea de mercado. Es decir, se trata de formas diferentes que gradúan la intensidad de la intervención de la Unión. Y, por otra parte, la creación de uno o varios fondos de orientación y de garantía agrícola.

En el marco de dicha organización común de los mercados agrícolas, en las diferentes formas jurídicas del apartado 2 del artículo 40 del TFUE, puede la Unión:

- regular los precios agrícolas
- subvencionar la producción de diversos productos
- subvencionar la comercialización de diversos productos
- establecer sistemas de almacenamiento y compensación de remanentes
- establecer mecanismos comunes de estabilización de las importaciones o exportaciones

Y al margen de la OCM, la Unión puede también establecer medidas que tengan por finalidad:

- una coordinación eficaz en los sectores de la formación profesional, la investigación y la divulgación de conocimientos agronómicos, que podrá comprender proyectos o instituciones financiados en común;
- actuaciones conjuntas para el desarrollo del consumo de determinados productos.

En todo caso, tanto el artículo 40.2 como el artículo 41, ambos del TFUE, recuerdan que el ejercicio de dichas competencias sólo se justifica para alcanzar los objetivos de la PAC enumerados en el artículo 37 del TFUE.

---

<sup>207</sup> Ver en particular P. CELMA ALONSO, *Las Claves de la Política Agrícola Común*, cit.

En el marco de la PAC se aprecian algunos rasgos característicos de un ámbito de competencia compartida, junto a otros que no son clasificables de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 del TFUE. Así, por una parte, las competencias reguladoras de la Unión responderían a la categoría de competencias compartidas. Ya que, resulta evidente, el TFUE prevé la posibilidad de ejercer competencias reguladoras que, teóricamente, pudieran no ser necesarias para alcanzar los objetivos de la PAC, y que, por tanto, podrían ejercer los Estados miembros (particularmente la regulación de precios). Pero, lo que no resuelve el TFUE son los problemas básicos a que más atrás hicimos referencia. Esto es, cuándo debe entenderse que la Unión no ejerce sus competencias o cómo se formaliza por la Unión la renuncia al ejercicio de las mismas (art. 40.2 del TFUE).

Por otra parte, algunas otras competencias de la Unión no responden a su caracterización como ámbito de competencia compartida. Así, el TFUE con notable precisión, como su precedente el TCE, lo que hace es distribuir competencias entre la Unión y los Estados miembros, que en modo alguno son intercambiables, como se deduciría de un ámbito de competencia compartida. Por de pronto, el artículo 40.1 del TFUE es taxativo en el sentido de que crea una organización común de los mercados agrícolas (*competencia de ejercicio obligatorio*), según un modelo flexible (en esa medida se comprenden algunas competencias como compartidas). De manera que la competencia consistente en la creación de una OCM no es renunciable, aunque su densidad competencial puede ser mayor o menor según se ejerzan todas o algunas de las competencias que se atribuyen a la misma. De la misma manera, la Unión puede sustituir o no una organización nacional por una organización europea de mercado (*competencia facultativa*) y para hacerlo no existe plazo, pero si la Unión no sustituye una organización nacional por una organización europea de mercado los Estados miembros no por ello incorporan la competencia de la Unión a sus competencias.

Por lo demás, igual o mayor relevancia que las competencias reguladoras tienen las competencias subvencionadoras de la Unión, que en este caso disponen de instrumentos organizativos específicos como el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación».

Así, la Unión está compelida a la creación de una OCM, *competencia de ejercicio obligatorio*, si bien las competencias que puede ejercer la OCM configurarían un marco flexible que incluiría desde competencias compartidas con los Estados miembros hasta otras de carácter exclusivo de la Unión.

#### **3.4.4. Instituciones e instrumentos jurídicos**

Como antes referimos, la PAC se caracteriza por su naturaleza estructural, que viene determinada, de una parte, por haberse creado, desde los orígenes de la Comunidad Económica Europea, una Organización Común de los Mercados Agríco-

las extraordinariamente flexible, que puede sustituir a las organizaciones nacionales en determinadas circunstancias (apartados 1, 4 y 5 del artículo 43 del TFUE), que se expresa a través de diferentes formas jurídicas (normas comunes sobre la competencia, coordinación obligatoria, organización europea del mercado) y por el ejercicio de competencias variadas (regulatorias y subvencionales). Y, además, por la posibilidad de crear fondos específicos para alcanzar los objetivos de la PAC.

El TFUE no ha concretado los instrumentos jurídicos para el ejercicio de las competencias atribuidas, tal y como sucedió en el TCE. Ahora bien, sí indica que la adopción de medidas se llevará a cabo por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante el procedimiento legislativo ordinario, previa consulta al Comité Económico y Social, lo que permite adoptar reglamentos, directivas y decisiones, instrumentos jurídicos adecuados: para el establecimiento de la organización común de mercados agrícolas; la determinación de las normas de la competencia aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas; y el ejercicio de las competencias a que antes nos hemos referido, con algunas salvedades (art. 43.2 del TFUE). Además el TFUE ha previsto que el Consejo a propuesta de la Comisión adopte las medidas relativas a la fijación de precios, exacciones, ayudas, limitaciones cuantitativas y fijación y reparto de las posibilidades de pesca (art. 43.3 del TFUE). Por su parte la Comisión es competente para fijar el importe de los gravámenes del artículo 44 del TFUE.

En este panorama normativo llama la atención que se haya previsto para el establecimiento de la organización común de mercados agrícolas la posibilidad de dictar reglamentos, directivas y decisiones. Hemos reiterado que da la impresión, en un considerable número de ocasiones, de que de modo mecánico el legislador se ha referido a «procedimiento legislativo ordinario», que permite dictar los tres tipos de normas antes señaladas, cuando en algunos casos no parezca que sean idóneos los tres instrumentos jurídicos para el ejercicio de una determinada competencia. Este sería uno de esos casos. Así, no parece que la creación de la organización común de mercados agrícolas pueda llevarse a cabo mediante una directiva, pues se trata de una organización de carácter europeo difícilmente conciliable con las modulaciones nacionales que puedan venir determinadas por la transposición de dichas normas al Derecho interno de los Estados miembros. Ahora bien, no es descartable que el ejercicio de algunas de las competencias de que dispone la Unión, a través de dichas organizaciones, pueda hacerse mediante directiva, que permita una modulación adecuada por los Estados miembros (sistemas de almacenamiento, por ejemplo).

### 3.4.5. Conclusiones

La PAC tiene una vertiente competencial que se puede caracterizar como ámbito de *competencia compartida singular*, piénsese, por ejemplo, en la regulación de precios o la sustitución de una organización nacional de mercado. Pero, a este

ámbito no se puede trasladar el principio relacional a que se refiere el artículo 2.2 *in fine* del TFUE. Así, carecería de sentido que la Unión renunciara a ejercer estas competencias facultativas, porque pueden sobrevenir, con posterioridad, circunstancias que exijan el ejercicio de toda la gama de competencias previstas en el TFUE. De manera que el ejercicio por los Estados miembros de competencias atribuidas a la Unión y no ejercidas por ésta, no puede excluir que la Unión las ejerza en el futuro. Y, por otra parte, concurren en la materia *competencias de ejercicio obligatorio* para la Unión.

En segundo lugar, destacan en este ámbito las *competencias materiales subvencionales* de la Unión, habilitada para crear fondos específicos, así como para excepcionar la aplicación en este ámbito las normas de la competencia. De manera que, a diferencia de las competencias de fomento que tiene la Unión en algunos ámbitos, en este caso la compatibilidad de las ayudas de los Estados miembros con las ayudas de la Unión debe establecerse por el Consejo a propuesta de la Comisión.

### 3.5. El medio ambiente<sup>208</sup>

#### 3.5.1. Tipo de competencia

El TFUE ha regulado esta política en el Título XX de la Parte tercera, artículos 191 a 193. El TCE la regula en los artículos 174 a 176. Y la Constitución Europea *non nata* dedica a la materia los artículos III-233 y III-234. Los textos de los Tratados mencionados son similares con ligeras variaciones, en particular en lo que respecta a los instrumentos jurídicos. La política de medio ambiente, de acuerdo con el artículo 4.2 e) del TFUE se trataría de un ámbito de competencia compartida.

#### 3.5.2. Objetivos

Un nivel elevado de protección y mejora del medio ambiente es un *objetivo general* de la Unión (art. 3.3 de TUE), la protección del medio se garantiza entre los derechos fundamentales (art. 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y las exigencias de la protección del medio ambiente debe integrarse en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión (art. 11

<sup>208</sup> De entre la abundante bibliografía he tenido en cuenta, particularmente: E. ALONSO GARCÍA, *Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Madrid, 1993; B. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, 5ª edc. Madrid, 2004; B. LOZANO CUTANDA y C. PLAZA MARTÍN, «La Política de medio ambiente», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005; R. Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid, 1991; C. PLAZA MARTÍN, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Valencia, 2005.

del TFUE). Además, el TFUE establece una serie de objetivos específicos de esta política.

La protección y mejora del medio ambiente figura entre los objetivos generales de la Unión en el artículo 3.3 del TUE, que tiene su precedente en el Tratado del mismo nombre, antes del Tratado de Lisboa. Sin embargo, es una novedad sobresaliente que la protección del medio ambiente se contemple en el artículo 37 de la Carta, como un *derecho fundamental*. Ahora bien, el citado precepto tiene como destinatarias a las políticas de la Unión que, de acuerdo con el mismo, integrarán y garantizarán un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad, lo que se reitera en el artículo 11 del TFUE. Pero, con independencia de la deficiente configuración del derecho, deben tenerse en cuenta las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que los derechos reconocidos por la Carta que constituyan disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y en los límites definidos por éstos (art. 52.2 de la Carta), tema este al que prestamos atención singular en este trabajo. Y, finalmente, el artículo 11 del TFUE dota de carácter transversal a la protección del medio ambiente cuyas exigencias deben integrarse en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión. De manera que la protección del medio ambiente constituiría un *objetivo de carácter transversal*, susceptible de ampliar todas y cada una de las demás competencias de la Unión en la medida en que afecten al medio ambiente. Por otro lado, la política de medio ambiente tendría singularidad propia y se expresaría a través de las competencias referidas en los artículos 191 a 193 del TFUE, cuya naturaleza determinaremos más adelante.

Los objetivos específicos de la política de medio ambiente se contienen en los apartados 1 y 2 del artículo 191 del TFUE, a saber:

- a) conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente
- b) protección de la salud de las personas
- c) utilización prudente y racional de los recursos naturales
- d) fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular luchar contra el cambio climático
- e) un nivel elevado de protección (en que coinciden el apartado 2 del artículo 191 del TFUE y el 37 de la Carta).

### 3.5.3. Competencia atribuida

Los artículos 191 a 193 del TFUE, en la línea de sus precedentes, los artículos 174 a 176 del TCE, de un modo singular y desordenado han regulado las competencias de la Unión. El ejercicio de las competencias de la Unión en la materia está condicionado por el cumplimiento de una serie de principios y de factores condicionantes.

Por un lado, lo que es excepcional en el contexto de las políticas de la Unión, se han establecido los *principios* en que se debe basar la política ambiental, es decir los principios de acuerdo con los que deben ejercerse las competencias (que deben, a su vez, tener en cuenta los objetivos antes señalados), que a su vez indican competencias concretas, a saber (art. 191.2 y 192.5 del TFUE):

- principio de cautela;
- principio de acción preventiva;
- principio de corrección de los daños al medio ambiente, preferentemente en el origen; y
- principio de que quien contamina paga.

Por otra parte, el ejercicio de las competencias tiene que tener en cuenta una serie de vectores o *factores condicionantes*:

- los datos científicos y técnicos disponibles;
- las condiciones medioambientales en las diversas regiones de la Unión;
- las ventajas y las cargas que puedan derivarse de la acción o de la falta de acción;
- y el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.

Además, la Unión debe adoptar *programas de acción de carácter general* que deben priorizar los objetivos que deben alcanzarse. De manera que la Unión puede intensificar o desactivar determinados objetivos. Esto es, elegir los objetivos a los que va a prestar mayor atención por razones de oportunidad.

Finalmente, de los artículos antes citados se deducen las siguientes *competencias materiales* de que dispone la Unión:

- medidas de armonización (art. 191.2 párrafo segundo del TFUE);
- cooperación con terceros países y con organizaciones internacionales competentes (art. 191.4 del TFUE);
- disposiciones de carácter fiscal (art. 191.4. 2 a del TFUE);
- medidas que afecten a la ordenación del territorio (art. 191. 2 b, i del TFUE);
- medidas que afecten a la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o, directa o indirectamente, a la disponibilidad de dichos recursos (art. 192.2 b, ii del TFUE);
- medidas que afecten a la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los recursos (art. 192.2.b iii del TFUE);
- medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético (art. 192.2.c del TFUE).
- gestión de los recursos (en sentido contrario el apartado 2.b iii, del artículo 192 del TFUE);
- medidas de excepción temporal en la aplicación de las acciones de la Unión (apartado 5 i, del artículo 192 del TFUE);
- medidas de apoyo financiero (apartado 5 i, del art. 192 del TFUE).

Sin embargo, no puede concluirse que las competencias antes señaladas agoten las competencias de la Unión en la materia, ya el artículo 192.1 del TFUE se refiere

con claridad a que el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante un procedimiento legislativo ordinario, y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirán las acciones que deban emprenderse para alcanzar los objetivos fijados en el artículo 191 del TFUE. Así, nos encontramos ante uno de los casos excepcionales que lucen en el TFUE en que *los objetivos determinan la competencia*, esto es, además de límites positivos y negativos, son determinantes de la competencia misma. De manera que para alcanzar los objetivos del artículo 191 del TFUE pueden utilizarse cuantas medidas sean convenientes, siempre que atiendan a los principios y factores condicionantes a que antes nos hemos referido. De modo que los Estados miembros no tienen ningún ámbito material protegido, salvo el relativo a sus capacidades para negociar en los foros internacionales y para celebrar acuerdos internacionales (art. 191. 4 párrafo segundo del TFUE) y la posibilidad de mantener y adoptar medidas de mayor protección (art. 193 del TFUE), que, en todo caso, deben ser compatibles con los Tratados y, en particular deben entenderse afectadas por el ejercicio por la Unión de sus ilimitadas competencias y su capacidad de concluir acuerdos internacionales.

Aparentemente, nos encontraríamos ante competencias de naturaleza compartida, pues la ausencia de actividad de la Unión permitiría que los Estados miembros fueran competentes para regular lo no regulado por la Unión. Pero, a la conclusión anterior pueden ponerse algunas objeciones. En primer lugar, el artículo 192 del TFUE se refiere en todo caso a que la Unión «decidirá» o «adoptará» o «establecerá», y por otra, lo que resulta particularmente significativo, el artículo 193 del TFUE ha previsto la compatibilidad de las medidas de protección de los Estados miembros con los de la Unión, siempre que aquéllas supongan una mayor protección (*competencia obligatoria compatible*). Este sistema de compatibilidad de la competencia de la Unión y la de los Estados miembros no concuerda con el carácter de una competencia compartida, que de acuerdo con el artículo 2.2 del TFUE se conciben como excluyentes.

#### 3.5.4. Instituciones e instrumentos jurídicos

El instrumento típico de la política de medio ambiente es el programa de acción de carácter general que debe adoptarse por el procedimiento legislativo ordinario (el Parlamento Europeo y el Consejo), o por un procedimiento legislativo especial (el Consejo), previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social, según los casos (arts. 192.1, 192.2 y 192.3 del TFUE), si bien se prevé la posibilidad de que todas las medidas se adopten mediante procedimiento legislativo ordinario (art. 192.2 *in fine*).

Debe destacarse que la financiación de la política medioambiental de la Unión corre a cargo de los Estados miembros, así como la ejecución de la misma (art. 192.4 del TFUE). Ahora bien, el TFUE, como su precedente el TCE, prevé excepciones al principio de financiación nacional de la política medioambiental, cuando la ejecución de las medidas de la Unión suponga costes que puedan considerarse desproporcio-

nados para las autoridades públicas, que pueden consistir en excepciones de carácter temporal o financiación a cargo del Fondo de Cohesión (arts. 192.4 y 5 del TFUE).

### 3.6. Política de protección de los consumidores<sup>209</sup>

#### 3.6.1. Tipo de competencia

La política de protección de los consumidores la regula el TFUE en el Título II «Disposiciones de aplicación general», artículo 12, y en el Título XV «Protección de los consumidores» de la Parte tercera<sup>210</sup>, artículo 169, que tiene su precedente en el artículo 153 del TCE. La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en los artículos III-120 y III-235. Además, la protección de los consumidores es objeto del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De acuerdo con este último la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores en las políticas de la Unión sería un derecho fundamental, lo que se modula en el artículo 169 del TFUE, disposición de aplicación general, como una exigencia. Como señalamos más adelante, la garantía del artículo 38 de la Carta se ejercerá de acuerdo con lo previsto en los artículos 12 y 169 del TFUE. La política de protección de los consumidores, de acuerdo con el artículo 4.2. f) del TFUE, es un ámbito de competencia compartida.

#### 3.6.2. Objetivos

Los objetivos de la política de protección de los consumidores se confunden con el contenido material de la competencia de la Unión y se concretan en dos diferentes niveles. De acuerdo con el artículo 169.1 del TFUE los *objetivos específicos* principales son la *promoción* de los intereses de los consumidores y la *garantía* de un nivel elevado de protección de los mismos. Y, por otra parte, para alcanzar los anteriores objetivos se fijan como *objetivos específicos* complementarios: la contribución de la Unión a la protección de la salud, la seguridad, los intereses económicos de los consumidores y la promoción del derecho de los mismos a la información, a la edu-

---

<sup>209</sup> La bibliografía en la materia es muy abundante, he tenido en cuenta, en particular: J. B. ACOSTA ESTÉVEZ, *La protección de los consumidores en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1990; R. BERCOVITZ y J. SALAS (coords), *Comentarios a la Ley General sobre Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992; C. BRAÑA PINO, *Europa y los consumidores*, Madrid, 1989; FONT GALÁN, J. I. y F. LÓPEZ Menudo (coords), *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Madrid, 1990; M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Consumidores», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2005, págs. 590 y sigs. E. MÉNDEZ PINEDO, *La protección de los consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Madrid, 1998; M. SACRISTÁN REPRESA, «Protección de los consumidores», en A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 411 y sigs.

<sup>210</sup> La única diferencia entre el artículo 169 del TFUE y el 153 del TCE consiste en la sustitución del procedimiento de codecisión por el procedimiento legislativo ordinario.

cación y a organizarse para defender sus intereses. Se trata de una definición prolija pero clara de los objetivos de la Unión, susceptibles de actuar eficazmente como límites positivos y negativos de las competencias de la Unión en la materia.

Pero, además, de acuerdo con el artículo 12 del TFUE las exigencias de la protección de los consumidores sería un *objetivo transversal*, que debe tenerse en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas de la Unión; aquellas que afecten a los consumidores.

### 3.6.3. Competencia atribuida, instituciones e instrumentos jurídicos

Las competencias materiales de la Unión son de dos tipos, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 169 del TFUE. Por una parte, el Consejo, por el procedimiento legislativo especial, deberá aproximar (*competencia obligatoria*) las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en el marco del mercado interior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 del TFUE (art. 169.2 a del TFUE); lo que convierte a la protección de los consumidores en uno de los instrumentos para la realización de los objetivos del mercado interior. Y, por otra parte, el Parlamento Europeo y el Consejo, por el procedimiento legislativo ordinario, adoptará medidas de apoyo, complemento o supervisión de las políticas de los Estados miembros (art. 169.2 b y 3 del TFUE), siempre que estén de acuerdo con los objetivos, un tanto ambiguos a que se refiere el apartado 1 del artículo 169 del TFUE (*competencia obligatoria*).

De manera que la Unión puede combinar tipos diferenciados de medidas a través de directivas, reglamentos y decisiones, que hacen posible diferentes escenarios competenciales, a cuyo efecto hay que tener en cuenta los apartados 2 y 3 del artículo 169 del TFUE. Así, es posible: A) La exclusión de los Estados miembros (legislando exclusivamente a través de reglamentos y decisiones del apartado 2.b del artículo 169 del TFUE, convirtiendo la competencia inicialmente compartida en competencia exclusiva de la Unión; B) La compartición por la Unión de esta política con los Estados miembros (directivas, en aplicación del apartado 2.a del artículo 169 del TFUE, o bien mediante reglamentos y decisiones que permitan la entrada en la regulación de la materia de la legislación de los Estados miembros); y C) Adopción por la Unión de reglamentos, directivas y decisiones que apoyen, complementen y supervisen las políticas de los Estados miembros (apartado 2.b y 3 del artículo 169 del TFUE), que no pueden excluir la competencia de los Estados miembros en la materia que tenga por objeto mantener o adoptar disposiciones que otorguen niveles mayores de protección a los consumidores.

De manera que, así como no puede descartarse la competencia de los Estados miembros cuando la Unión ejerza competencias relativas a la realización del mercado interior (apartado 2.a del artículo 169 del TFUE), el ejercicio por la Unión de la competencia prevista en el apartado 2 b) del artículo 169 del TFUE puede suponer la exclusión de la competencia de los Estados miembros, salvo que los reglamentos

y decisiones que se dicten den entrada a los Estados miembros para que las completen o desarrollen. Pero en este último caso debe tenerse en cuenta el apartado 3 del artículo 169 del TFUE que prevé que los Estados miembros puedan adoptar medidas de mayor protección para los consumidores, que deben ser compatibles con los Tratados.

El apartado 4 del artículo 169 del TFUE pone en evidencia la inaplicabilidad a la política de protección de los consumidores de lo previsto en el artículo 2.2 del TFUE, cuando la Unión ejerza su competencia de acuerdo con lo previsto en el citado apartado. En efecto, dicho apartado 4 configura a las medidas que se adopten por la Unión Europea como *estándar mínimo de protección de los consumidores*. Es decir, la competencia de la Unión en la materia no es renunciable ni tampoco es renunciable a favor de la Unión la competencia de los Estados miembros que pueden elevar el nivel de protección de los consumidores establecido por la Unión, siempre que las medidas adoptadas sean compatibles con los Tratados y cumplan el requisito de notificación a la Comisión que permita que ésta ejerza el control de compatibilidad con los Tratados y con las medidas adoptadas por la Unión.

Por otra parte, como antes señalábamos, el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales consagra entre los derechos fundamentales la protección de los consumidores de forma un tanto peculiar. En efecto, dice dicho precepto que: «En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores». Esto es, el precepto garantiza un nivel elevado de protección de los consumidores a través de las diferentes políticas de la Unión (esto es, en contextos que no tienen por objeto principal la protección de los consumidores). Ahora bien, tal y como vimos más atrás el precepto podría ser inocuo por la circunstancia de que conforme al artículo 52.2 de la Carta el derecho que analizamos, al ser reconocido en los Tratados, se ejercerá en las condiciones y límites definidos por estos. Hasta tal punto concurre esta circunstancia que el artículo 12 del TFUE ha reiterado el derecho a que se refiere el artículo 38 de la Carta estableciendo que: «Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores». Es decir, la protección de los consumidores se constituye en objetivo de carácter transversal aplicable a la totalidad de las políticas susceptibles de afectar a los intereses de los consumidores.

#### 3.6.4. Conclusiones

La política de protección de los consumidores presenta dos vertientes diferenciadas. Por un lado, por sus implicaciones para el funcionamiento del mercado interior, la Unión debe contribuir al mismo mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros (*competencia obligatoria*). Aproximación que puede llevar a cabo mediante directivas implicando a los Estados miembros en la creación del marco legislativo.

Por otra parte, la Unión debe adoptar medidas de apoyo, complemento o supervisión (*competencias obligatorias*), que son compatibles con las que puedan mantener o adoptar los Estados miembros, que en su caso deben proporcionar mayor protección a los consumidores. Esto es, la política de la Unión se ha concebido como *estándar mínimo* de protección, que puede ser incrementado por los Estados miembros, a los que el TFUE reconoce *competencias propias* insusceptibles de ser ejercidas por la Unión Europea.

### 3.7. Los transportes<sup>211</sup>

#### 3.7.1. Tipo de competencia

Los transportes han sido regulados en el TFUE en el Título VI «Transportes» de la parte tercera, artículos 90 a 100, que son coincidentes, con algunas modificaciones, con los artículos 70 a 80, de la Tercera parte del TCE, así como con los artículos III-236 a III-245 de la Constitución Europea *non nata*. De acuerdo con el artículo 4.2 g) del TFUE la política de transportes es un ámbito de competencia compartida.

#### 3.7.2. Objetivos

La política de transportes, de acuerdo con el artículo 90 del TFUE, no tiene asignados objetivos específicos sino que a la misma son aplicables los objetivos generales del artículo 3 del TUE. Esta configuración de los objetivos generales como objetivos específicos de un determinado ámbito competencial es excepcional.

#### 3.7.3. Competencia atribuida

El ámbito de la competencia de Unión en materia de transportes debe dividirse, a su vez, en dos subámbitos con intensidades regulatorias diferenciadas. Por una parte, los transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables y, por otra parte, la navegación marítima y aérea, en las condiciones a que nos referiremos.

---

<sup>211</sup> He tenido en cuenta, en particular: R. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, *La política de transportes en la CEE*, Barcelona, 1986; M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Política de transportes», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 309 y sigs.; V. MAMBRILLA RIVERA, «Transportes», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002; págs. 139 y sigs.; J. PIÑARES LEAL, *Régimen jurídico del transporte por carretera. La nueva legislación del Estado autonómico y del Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1993; M. A. ROBLES CARRILLO, «La política común de transportes», en págs. 233 y sigs. en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 233 y sigs.

La competencia de la Unión en los transportes se establece mediante medidas positivas, y estableciendo límites y prohibiciones. Así, de un lado el Parlamento y el Consejo, de acuerdo con el artículo 91.1, establecerá con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas y decisiones) (*competencia obligatoria*):

a) normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde o hacia el territorio de un Estado miembro, o a través del territorio de uno o varios Estados miembros;

b) condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes de un Estado miembro;

c) medidas que permitan mejorar la seguridad de los transportes;

d) cualesquiera otras medidas oportunas.

Debe observarse que, como consecuencia de lo previsto en el apartado 2.d) transcrito, se configura un sistema abierto de competencias que permite a la Unión, teniendo en cuenta los límites y prohibiciones a que nos referiremos, incrementar considerablemente sus competencias. La adopción de dichas medidas (al margen de las previstas expresamente) exige la operatividad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pues el TFUE no anticipa juicio alguno de oportunidad ni la intensidad regulatoria que deba alcanzarse.

Pero, en todo caso, la aplicación del concepto «competencia compartida» a las competencias de la Unión en el ámbito de los transportes, no parece adecuada en la medida en que se ha creado en la Unión una *competencia de ejercicio obligatorio y flexible*. Esto es, la Unión «establecerá» medidas, unas tasadas y otras no. Todo ello en relación con los transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables.

La competencia de la Unión, sin embargo, es diferente en lo relativo a la navegación marítima y aérea, pues en relación a las mismas la Unión «podrá» establecer las medidas adecuadas mediante reglamento o directiva, esto es, se atribuye a la Unión una mera facultad (*competencia facultativa*). De manera que en relación con estos dos tipos de transporte son de plena aplicación los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En estos casos, a diferencia del anterior, resulta idónea la caracterización de la *competencia compartida*. Aunque el texto del TFUE es suficientemente explícito sobre la necesidad de que la Unión decida si procede o no dictar medidas en la navegación aérea y marítima, en su artículo 100.2 expresa en la misma línea con mayor claridad: «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea». No obstante, como señalamos más atrás, en relación con los ámbitos que pudieran caracterizarse como de competencias compartidas siguen pendientes las dudas de cómo se puede instrumentar por la Unión la activación o desactivación de la competencia y la posición en que quedan los Estados miembros.

Para configurar la competencia de la Unión y de los Estados miembros en esta materia deben tenerse en cuenta las *prohibiciones* que consagra el TFUE, que son de aplicación directa. Unas prohibiciones tienen por destinatarios a los transpor-

tistas y por objeto la no discriminación de precios por el transporte de mercancías dependiendo del Estado miembro de origen o destino. En este caso, de modo explícito, se encomienda al Consejo y a la Comisión establecer la regulación que garantice el cumplimiento de la prohibición en cuestión (art. 95 del TFUE), lo que sin duda es una *competencia obligatoria y exclusiva* de la Unión. Por otra parte, se establece la prohibición de que los Estados miembros puedan establecer precios o condiciones que supongan formas de ayuda o protección de una o varias empresas o industrias, a cuyo efecto el TFUE establece que la Comisión podrá autorizar dichas ayudas mediante decisión europea (art. 96 del TFUE).

El TFUE establece numerosos *límites* al ejercicio de las competencias por la Unión y los Estados miembros en esta materia. Así, por lo que se refiere a la Unión: las medidas que adopte no pueden afectar gravemente al nivel de vida y al empleo de algunas regiones o a la explotación del material de transporte (ap. 3 del artículo 91 del TFUE); y debe tenerse en cuenta la situación económica de los transportistas al adoptarse medidas sobre precios y condiciones de transporte (art. 94 del TFUE). Y, otros límites tienen por destinatarios a los Estados miembros, como es el de que los derechos o cánones por el cruce de fronteras no deben sobrepasar una cuantía razonable, a cuyo efecto se habilita a la Comisión para que dirija a los Estados miembros las correspondientes recomendaciones (art. 97 del TFUE).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el sector de los transportes se rige por reglas singulares en materia de ayudas de Estado. De entre dichos preceptos debe destacarse que el TFUE, junto a las prohibiciones y límites a que nos referimos antes, considera compatibles las ayudas que puedan conceder los Estados miembros a los servicios públicos de transporte, por necesidades de coordinación o que se correspondan a obligaciones inherentes al servicio público (art. 93 del TFUE), en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14 del TFUE. Compatibilidad que debe considerarse de directa aplicación, cuyo control final corresponde al TJUE. Si bien se otorgan a la Comisión competencias autorizativas y supervisoras, que pueden actuarse mediante la adopción de decisiones (*competencias exclusivas*).

### **3.7.4. Instituciones e instrumentos jurídicos**

El Consejo y la Comisión son las instituciones relevantes en esta materia. El Consejo, además de participar junto con el Parlamento Europeo en la elaboración de reglamentos, directivas y decisiones, adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario (arts. 91.1 95.2 y 100.2 del TFUE), puede dictar reglamentos, decisiones o directivas (art. 95.3 del TFUE). Y la Comisión, que es la encargada de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión, está facultada expresamente para adoptar decisiones y recomendaciones (art. 95.4, 96.2 y 97 del TFUE). Debe resaltarse que el TFUE ha confirmado la creación de un Comité Consultivo adjunto a la Comisión, compuesto por expertos de los Estados miembros, al que aquella consultará cuando lo entienda conveniente (art. 99 del TFUE).

### 3.7.5. Conclusiones

Resulta evidente que referirse al ámbito de los transportes como un ámbito de competencia compartida carece de fundamento, a excepción de lo relativo a la navegación marítima y aérea, que se configura como un ámbito de *competencia facultativa*, cuyo ejercicio exige de modo especial la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La política de transportes que, entre otras virtualidades, es un instrumento fundamental para la realización del mercado interior, se integra por una *competencia de ejercicio obligatorio* para la Unión a la que se añade una *cláusula específica de expansión*, que permite ampliar las competencias de la Unión, más allá de las que se prevén expresamente en el texto del TFUE.

Por otra parte, *se insta en este ámbito un sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros*. A la Unión correspondería, en principio, el desarrollo normativo a que se refieren los apartados 2.a), b) y c) del artículo 91 del TFUE, pudiendo ser abordadas por los Estados miembros las competencias a que no se hace referencia en dicho precepto, con los límites y prohibiciones del resto del título dedicado a los transportes. La caracterización como *competencia obligatoria flexible* permite a la Unión invadir la competencia de los Estados de modo ilimitado, siempre que se observen los objetivos de los Tratados. De manera que, aunque sean aplicables en este caso los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el apartado 2.d) del artículo 91 del TFUE supone una suerte de predeterminación de la exigencia de intervención de la Unión. Tan solo dispone la Unión de *competencias facultativas* en el marco de la navegación marítima y aérea, que pudieran configurarse como *competencias compartidas* en los términos que referimos más atrás.

A las competencias del Consejo y la Comisión, con objeto de hacer cumplir normas relativas a la competencia, y en particular las que tienen por destinatarios a los Estados miembros que no pueden ser ejercidas por éstos por su propia naturaleza (art. 96.2 del TFUE), no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.2 *in fine* del TFUE, tratándose realmente de *competencias exclusivas*, con la excepción antes señalada en el marco de la navegación marítima y aérea.

## 3.8. Las redes transeuropeas<sup>212</sup>

### 3.8.1. Tipo de competencia

Las redes transeuropeas se regulan en el TFUE en su Título XVI, «Redes Transeuropeas», artículos 170 a 172. Esta materia es objeto de regulación en el TCE,

<sup>212</sup> He tenido en cuenta en particular: J. A. GARCÍA DE COCA, «Redes transeuropeas», en A. CALONGE VELÁZQUEZ (coord.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 447 y sigs.; M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Redes transeuropeas», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 611 y sigs.

en los artículos 154 a 156 y en la Constitución Europea *non nata* en los artículos III-246 y III-247, con contenidos similares a los del TFUE. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado h) del artículo 4.2 del TFUE, Las redes transeuropeas serían un ámbito de competencia compartida.

### 3.8.2. Objetivos

Son *objetivos genéricos* de esta política los del mercado interior (art. 26 del TFUE) y los de la cohesión económica, social y territorial (art. 174 del TFUE). Y *objetivos singulares* los de: «permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios derivados de la creación de un espacio sin fronteras interiores»; así como «favorecer la interconexión e interoperatividad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes» (art. 170 del TFUE).

Las redes transeuropeas, o ámbito de esta política, son las infraestructuras de transportes, las telecomunicaciones y la energía. Debe tenerse en cuenta la incidencia de esta política en las políticas de transportes y de energía, que son a su vez políticas consideradas como ámbitos de competencias compartidas.

### 3.8.3. Competencia atribuida

Del artículo 170 se deduce claramente que el TFUE ha distribuido las competencias entre la Unión y los Estados miembros. Así, el ejercicio por la Unión de sus competencias tiene por objeto *contribuir* al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, las telecomunicaciones y la energía, materias sobre las que los Estados miembros conservan la mayoría de las competencias. De manera que no hay compartición de competencias sino distribución de las mismas entre la Unión y los Estados miembros, creando compartimentos competenciales separados y estancos. Esto es, los Estados miembros no pueden en caso alguno desempeñar las competencias de la Unión ni viceversa.

Las competencias materiales de la Unión, de acuerdo con el artículo 171 del TFUE, son de los siguientes tipos:

- a) de *orientación* sobre objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas;
- b) de *garantía* de la interoperatividad de las redes, en especial;
- c) de *armonización de normas técnicas*, con objeto de garantizar la interoperatividad de las redes;
- d) de *apoyo* a proyectos de interés común, que deriven de las orientaciones referidas más arriba. No se define con carácter exhaustivo los tipos de apoyo, pero se

indican algunas modalidades entre las que es posible la contribución financiera del Fondo de Cohesión;

e) de *fomento de la coordinación* de las políticas nacionales sobre redes que puedan tener incidencia significativa en la realización del conjunto de objetivos de las redes transeuropeas;

f) de *cooperación* con terceros países para el fomento de proyectos de interés común.

De las referidas son *competencias de ejercicio obligatorio* para la Unión las de los apartados a), b) y c), mientras que las tres restantes son *competencias facultativas*.

### 3.8.4. Instituciones e instrumentos jurídicos

Mediante el procedimiento legislativo ordinario el Parlamento Europeo y el Consejo ejercerán las competencias previstas en el apartado 1 del artículo 171. Por lo que se refiere a la competencia para cooperar con terceros países el instrumento será el tratado o convenio internacional. Y, finalmente, el TFUE no se pronuncia sobre el instrumento jurídico que procede actuar para el ejercicio de la competencia de fomento de la coordinación entre los Estados miembros, y de cooperación con terceros Estados, de lo que se deriva que debe aplicarse, en el caso de que se actúe por la Unión esta *competencia facultativa*, la cláusula de flexibilidad.

### 3.8.5. Conclusiones

Las redes transeuropeas han sido concebidas como un ámbito en que se han distribuido las competencias entre la Unión y los Estados miembros que, en caso alguno pueden ser compartidas por una y otros. Y, a la Unión se le han otorgado *competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio facultativo*. Por otra parte, las orientaciones y proyectos de interés común relativos a un Estados miembro requieren para su aplicación la aprobación de estos (art. 172 párrafo segundo del TFUE).

## 3.9. La energía<sup>213</sup>

### 3.9.1. Tipo de competencia

La energía se regula en el TFUE en su Título XXI «Energía», artículo 194. El TCE no dedica precepto alguno a esta materia. La regulación del TFUE trae causa

---

<sup>213</sup> He tenido en cuenta, en particular: M<sup>a</sup>. C. GONZÁLEZ RABANAL, «La política energética», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 848 y sigs.; C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, «Otras competencias comunitarias (I): Energía, siderurgia, política industrial,

en el artículo III-256 de la Constitución Europea *non nata*. Además debe tenerse en cuenta lo dispuesto singularmente para la energía atómica en el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. De acuerdo con el artículo 4. 2.i) del TFUE la energía sería un ámbito de competencia compartida.

### 3.9.2. Objetivos y competencia atribuida

El *objetivo específico* principal de la política energética, en el marco del mercado interior, es la exigencia de conservar y mejorar el medio ambiente, que de esta manera cobra virtualidad como *objetivo de naturaleza transversal*. Los *objetivos específicos* derivados de aquél ponen de relieve, a la vez, los contenidos materiales de la competencia. Así, de acuerdo con el apartado 1, del artículo 194 del TFUE estos serían:

- a) *garantizar* el funcionamiento del mercado de la energía;
- b) *garantizar* la seguridad del abastecimiento energético de la Unión;
- c) *fomentar* la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables.

El TFUE configura las competencias de la Unión como *competencias de ejercicio obligatorio*. Competencias que tienen tres limitaciones que se corresponden al reconocimiento de competencias propias de los Estados miembros insusceptibles de ser ejercidas por la Unión, a saber:

- a) la determinación de las condiciones de explotación de los recursos energéticos propios;
- b) la elección de las distintas fuentes de energía;
- c) la estructura general del abastecimiento energético, que debe ser compatible con la competencia de la Unión en lo concerniente al fomento de la eficiencia y el ahorro energético, y del desarrollo de energías renovables.

### 3.9.3. Instituciones e instrumentos jurídicos

Para el ejercicio de las competencias de la Unión, el TFUE ha previsto la adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante un procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas y decisiones), que abarcará las medidas que permitirán la mayor o menor implicación de los Estados miembros en la política energética de la Unión. De manera que, así como la Unión no puede invadir las

---

investigación y desarrollo tecnológico, en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coords.), *Derecho Comunitario Material*, Madrid, 2000, pág. 310; L. MORENO BLESÁ, «La política energética comunitaria: el mercado interior y el sector eléctrico», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 165, 1998, págs. 77 y sigs.; L. A. RASINES, «La política energética de la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 187-188, 2000, págs. 69 y sigs.

competencias de los Estados miembros (art. 194.2 párrafo segundo), mediante reglamentos, directivas y decisiones la Unión podría dar entrada a los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias.

### 3.9.4. Conclusiones

No deja de resultar curioso que un ámbito competencial como el de la energía, que no existía en el TCE, se haya configurado confundiendo los objetivos con el contenido material de la competencia, contradiciendo los propósitos que se deducirían de la consagración reforzada del principio de atribución que exigiría una mayor separación entre objetivos y contenidos competenciales.

Pero, en todo caso, no nos encontramos en un ámbito de competencias compartidas. Al contrario, el TFUE distribuye las competencias en la materia, de manera que la Unión tiene las competencias tasadas del apartado 1 del artículo 194 del TFUE y los Estados miembros las demás, en especial las referidas en el apartado 2 del citado artículo 194.

## 3.10. El espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>214</sup>

### 3.10.1. Tipo de competencia

El espacio de libertad, seguridad y justicia esta regulado en el TFUE en el Título V de la parte tercera, artículos 67 a 89. Esta materia era regulada en los artículos 29 a 42 del TUE, antes del Tratado de Lisboa y en los artículos 61 a 69 del TCE. La Constitución Europea *non nata* regulaba esta materia en los artículos III-257 a III-277, así como en el artículo I-42. La regulación actual, siguiendo a la Constitución Europea *non nata*, ha sufrido importantes modificaciones que no derivan tan sólo de la refundición de lo dispuesto en su regulación precedente en el TUE (antes del Tratado de Lisboa) y el TCE. El espacio de libertad, seguridad y justicia, de acuerdo con lo previsto en el artículo I-14. 2.j), es un ámbito de competencia compartida.

El espacio de libertad seguridad y justicia es, por otra parte, uno de los objetivos de la Unión (art. 3 del TUE), y la Carta de los Derechos Fundamentales de

---

<sup>214</sup> De la abundante bibliografía he tenido en cuenta, en particular: M. BACIGALUPO SAGGESE y J. A. FUENTETAJA PASTOR, «La cooperación policial y judicial en materia penal», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 260 y sigs.; Ministerio del Interior, VVAA, *El Tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Madrid, 1997 y *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2000; J. A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I y II)», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *Derecho Comunitario Material*, Madrid, 2000, págs. 41 y sigs.

la Unión Europea incide también en esta materia. Se trata de un ámbito complejo, integrado por un conjunto diferenciado de políticas que comparten una serie de disposiciones generales.

### 3.10.2. Objetivos genéricos y disposiciones generales que rigen el espacio de libertad, seguridad y justicia

El artículo 3.2 del TUE establece que: «La Unión *ofrecerá*<sup>215</sup> a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores». Y el artículo 67.1 del TFUE expresa taxativamente que: «La Unión *constituye*<sup>216</sup> un espacio de libertad seguridad y justicia dentro del respeto a los derechos fundamentales y los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros». Se trata de enfoques distintos de la misma materia, derivados de su diferenciada ubicación en Tratados diferentes, pues no es lo mismo «ofrecer» que «constituir». Esto último supone que el TFUE configura dicho espacio de un modo acabado sin necesidad de normas y acciones de desarrollo, salvo con carácter accesorio. Por el contrario «ofrecerá» remite a una acción futura fruto de la liberalidad de la Unión. Las discrepancias entre lo dispuesto en el TUE y en el TFUE son llamativas y son de difícil explicación.

Finalmente, el artículo 67 del TFUE en sus apartados 2, 3 y 4 enuncia los que deben considerarse como *objetivos genéricos* del conjunto de las políticas.

En el marco del Capítulo 2 dedicado a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, es posible diferenciar claramente: la política sobre controles en las fronteras, regulada en los artículos 77 del TFUE; de la política sobre asilo, protección subsidiaria y situación temporal, regulada en el artículo 78 del TFUE; y la política sobre inmigración a la que está dedicado el artículo 79 del TFUE, preceptos que analizaremos sucesivamente.

### 3.10.3. Política sobre controles en las fronteras

#### A) Objetivos

Son *objetivos específicos* de esta política los previstos en el artículo 77 del TFUE, coincidentes con los ya mencionados en el artículo 62 del TCE, a saber:

- a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen fronteras interiores;
- b) garantizar los controles de personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;

<sup>215</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>216</sup> La cursiva es nuestra.

c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

De estos ambiciosos objetivos, el referido en el apartado a) está íntimamente relacionado con la libertad de circulación y residencia de los artículos 20.2 a) y 25 del TFUE y artículo 45 de la Carta.

## **B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos**

Señalados los objetivos, el mismo artículo 77 del TFUE, en su apartado 2, se refiere a las medidas concretas positivas que pueden adoptarse, por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario:

- a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;
- b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;
- c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período;
- d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores;
- e) la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores.

Y, junto a estas medidas positivas, el apartado 3 del artículo 77 del TFUE atribuye a los Estados miembros como *competencia exclusiva* la delimitación de sus fronteras, de acuerdo con el Derecho internacional. Competencia que no es susceptible de ser ejercida por la Unión, por virtud de las reglas que rigen las competencias compartidas.

El apartado 2 del artículo 77 del TFUE es claro al prescribir que la Unión *establecerá* las medidas citadas, haciéndose referencia en un solo caso al «establecimiento progresivo» de las mismas que exige que la Unión prevea una implantación dilatada en el tiempo. Se trata, por tanto, del ejercicio por la Unión de *competencias obligatorias* de diferente intensidad, desde la política común de visados, que supone el ejercicio de una *competencia exclusiva*, hasta el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de fronteras que presupone la *distribución flexible de competencias* entre la Unión y los Estados miembros. Distribución flexible que se atribuye a la Unión que puede desplazar, en la medida en que considere oportuno, las competencias de los Estados miembros hasta la exclusión de los mismos.

### **3.10.4. Políticas de asilo, protección subsidiaria y protección temporal**

#### **A) Objetivos**

El *objetivo específico* principal de esta política, de acuerdo con el artículo 78 del TFUE, es el de «ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país

que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución».

## B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

El propio artículo 78 del TFUE califica a esta política como *política común* en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, cuyo ejercicio debe respetar la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como los demás tratados que pueda suscribir o a los que pueda adherirse la Unión.

El ejercicio de esta política debe tener lugar, por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante reglamentos, directivas y decisiones, que establecerán las siguientes medidas:

a) un *estatuto uniforme* de asilo para los nacionales de terceros países con validez en toda la Unión;

b) un *estatuto uniforme* de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional;

c) un *sistema común* para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva;

d) *procedimientos comunes* para conceder o reiterar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria;

e) *criterios y mecanismos* para determinar el Estado miembro responsable para examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria;

f) *normas relativas a las condiciones de acogida* de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria;

g) la *asociación y la cooperación con terceros países* para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.

La que se define, al inicio del apartado 1 del artículo 78 del TFUE como *política común*, y en el apartado 2 del mismo artículo como *sistema europeo común*, se desarrolla en una serie de medidas que ponen de evidencia que se trata, en todo caso, de *competencias de ejercicio obligatorio* por la Unión insusceptibles de ser ejercidas por los Estados miembros. En esta materia no se reserva competencia alguna a los Estados miembros. Así, cuando los Estados miembros se enfrenten a situaciones de emergencia, que se especifica se deban a «la afluencia repentina de nacionales de terceros países», será al Consejo mediante reglamentos o decisiones al que compete adoptar las medidas de carácter provisional en beneficio de los Estados afectados. Debe tenerse en cuenta que el artículo 69 del TFUE no considera aplicable de modo expreso el principio de subsidiariedad a estas políticas. De modo que se podría concluir que la denominada política común siendo una competencia de carácter obligatorio para la Unión es a la vez una *modalidad singular de competencia exclusiva*.

### 3.10.5. Política de inmigración

#### A) Objetivos

El *objetivo específico* de esta política es el de «garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas».

#### B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

El apartado 1 del artículo 79 del TFUE califica a la política de inmigración como una *política común*. Ahora bien, pese a dicha denominación, que no se corresponde a ninguna categoría competencial de las reguladas en el artículo 2 del TFUE, se pueden identificar en esta política competencias de diferente naturaleza. Así, en el apartado 2 del artículo 79 del TFUE se hace referencia a *competencias de ejercicio obligatorio*, de manera que el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, establecerá medidas sobre:

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

b) la definición de los nacionales de terceros países que residan en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular mujeres y niños.

Estas *competencias de ejercicio obligatorio* de la Unión son difícilmente clasificables como competencias compartidas, pues de su propia naturaleza se deduce que no pueden ser ejercidas por los Estados miembros.

En segundo lugar, el apartado 3 del artículo 79 del TFUE faculta a la Unión para *celebrar tratados o convenios con terceros países* que tengan por objeto la readmisión de sus nacionales, en los casos en que se hayan incumplido por éstos las condiciones de entrada, presencia o residencia en alguno de los Estados miembros. La competencia, por tanto, puede o no ser ejercida por la Unión (*competencia facultativa*), de manera que los Estados miembros serán o no competentes en la medida en que la Unión no ejerza la suya. Ahora bien, la configuración de esta competencia puede plantear problemas de difícil solución.

En tercer lugar, se faculta a la Unión (*competencia facultativa*) para poder aprobar *medidas de fomento y apoyo* de la acción de los Estados miembros, «destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio», con mención expresa a la exclusión de toda armonización

de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, que tengan por objeto propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio. Puede observarse, al respecto, que se ha configurado esta competencia facultativa con las mismas características que los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación y complemento, que estudiamos más adelante.

Finalmente, a los Estados miembros se reserva como competencia propia, que no está previsto pueda ser ejercida por la Unión, la de establecer «volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países, procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia» (art. 79 del TFUE).

De modo que, en el marco de la que se denomina imprecisamente política común se identifican *competencias de ejercicio obligatorio* y *competencias facultativas* de la Unión y *competencias propias de los Estados miembros*. Así, el régimen jurídico de las competencias compartidas sería sólo aplicable a las competencias facultativas.

### **3.10.6. Cooperación judicial en materia civil**

#### **A) Objetivos**

El artículo 81.2 del TFUE atribuye como *objetivo específico* de la cooperación judicial el buen funcionamiento del mercado interior.

#### **B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos**

El ámbito de la política de cooperación judicial en asuntos civiles tiene como límites la naturaleza transfronteriza de los asuntos y se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

El Parlamento Europeo y el Consejo disponen del procedimiento legislativo ordinario para establecer las medidas que sean necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior y se señalan sin carácter exhaustivo las siguientes medidas garantizadoras:

- a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;

- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

Debe observarse que la intervención de la Unión está condicionada a que se entienda necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior. De manera que se ha configurado una *competencia obligatoria-condicionada* que, a su vez, se trata de una *competencia flexible* cuyo contenido material está en función del objetivo del buen funcionamiento del mercado interior, lo que aproxima esta política a los ámbitos de competencia exclusiva. Este carácter flexible se deduce del apartado 3 del artículo 81 del TFUE que da un tratamiento singular a la posible afectación del Derecho de familia por las medidas que adopte la Unión, exigiendo que se adopten por el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial, que se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. No obstante, se prevé la posibilidad de que el Consejo (que se pronunciará por unanimidad y previa consulta del Parlamento Europeo), a propuesta de la Comisión, determine mediante decisión europea los aspectos del Derecho de familia que puedan ser objeto de procedimiento legislativo ordinario.

Se ha previsto que se adopten las medidas por el procedimiento legislativo ordinario en los casos del apartado 2 del artículo 81 del TFUE y por el procedimiento legislativo especial para los casos del apartado 3 del mismo artículo 81 del TFUE.

Llama la atención que el apartado 1 del artículo 81 del TFUE haga expresa mención a la posibilidad de adopción de medidas de aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La comprensión de la cláusula no es fácil, porque no se alcanza a comprender qué añade dicha cláusula a la facultad de la Unión para dictar reglamentos, directivas y decisiones por los procedimientos legislativos ordinario y especial. ¿Acaso, sin dicha cláusula, no se podrían dictar medidas de aproximación? La conclusión debe ser la contraria, ya que no existe prescripción alguna que impida que las normas adoptadas mediante los procedimientos legislativos antes mencionados contengan medidas de aproximación, por lo que la cláusula en cuestión sería superflua. De manera que la única explicación es la de que se ha querido reseñar el *carácter facultativo de la competencia* para adoptar medidas de aproximación de disposiciones legales y reglamentarias, olvidando que al facultar a la Unión para adoptar dichas medidas mediante un procedimiento legislativo ordinario se está facultando a la Unión para ir más allá, unificando mediante reglamentos y decisiones la legislación de los Estados miembros.

### 3.10.7. Cooperación judicial en materia penal

#### A) Objetivos

La cooperación judicial se basará, dice el artículo 82.1 del TFUE, en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales de los Estados miembros, y tiene asignados una serie de *objetivos específicos*, que de un modo un tanto ambiguo confunde con competencias, para las que atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de dictar medidas con objeto de:

- a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;
- b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;
- c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;
- d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.

#### B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

Pero, además, el apartado 1 del artículo 82 del TFUE, a diferencia de en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, establece que la cooperación judicial en materia penal «incluye» la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y atribuye numerosas competencias en esta materia.

El citado precepto atribuye a la Unión la facultad (*competencia facultativa*) de establecer normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. Dichas normas, con forma de directiva, adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo por el procedimiento legislativo ordinario, tienen previsto su contenido específico en el propio apartado 2 del artículo 82 del TFUE. Especificándose, en este precepto, que los Estados miembros, no obstante la existencia de dichas normas mínimas, podrán mantener o instaurar un nivel más alto de protección de las personas. De manera que se establece en dicha norma la compatibilidad de las competencias de la Unión y los Estados miembros.

Ahora bien, los Estados miembros, cuando consideren que las normas que se tramitan de acuerdo con el artículo 82, en sus apartados 2 y 3, afectan a aspectos fundamentales de su justicia penal, pueden, iniciado el procedimiento legislativo ordinario, solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento legislativo ordinario. Sin duda, el apartado 3 del ar-

título 82 del TFUE contiene reminiscencias de ponen de manifiesto los orígenes intergubernamentales de esta política.

Para el caso de que se alcance el consenso entre los miembros del Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses desde que se adoptara la suspensión, el proyecto se devolverá al Consejo y se pondrá fin a la suspensión. Por el contrario si no hay acuerdo en el mencionado plazo de cuatro meses, se permitirá la iniciación de una *cooperación reforzada* con arreglo al proyecto que haya suscitado la controversia.

El TFUE faculta a la Unión para que pueda establecer normas mínimas relativas a la definición de infracciones y sanciones penales (*competencia facultativa*), si bien establece con claridad el artículo 83 que la directiva se circunscribe a «ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes». La definición del ámbito material de la competencia facultativa se presta a diferentes interpretaciones, a salvo de la determinación de los referidos «ámbitos» que son de acuerdo con el artículo 83 del TFUE: el terrorismo; la trata de seres humanos y la explotación sexual de las mujeres y niños; el tráfico ilícito de drogas; el tráfico ilícito de armas; el blanqueo de capitales; la corrupción; la falsificación de medios de pago; la delincuencia informática; y la delincuencia organizada. Ámbitos cuya definición no deja de plantear problemas y diferentes tratamientos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, circunstancia que justificaría el establecimiento de las normas mínimas que se prevén. A los ámbitos referidos en el artículo 83 del TFUE se podrán añadir otros mediante decisión del Consejo en razón de la evolución de la delincuencia.

El TFUE faculta también a la Unión para que pueda mediante directivas aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal (*competencia facultativa*), en ámbitos materiales que hayan sido objeto de armonización previamente (art. 83.2 del TFUE). De manera que mediante normas mínimas puedan definirse las infracciones y sanciones en el ámbito concernido. Modalidad que podría calificarse de *competencia facultativa y condicionada*.

Por lo demás, como sucede en el marco del artículo 82 del TFUE, los Estados miembros, cuando consideren que las normas que se tramitan de acuerdo con el artículo 83 del TFUE en sus apartados 1 y 2 afectan a aspectos fundamentales de su justicia penal, pueden, iniciado el procedimiento legislativo ordinario, solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo que procederá en los términos referidos anteriormente. Sin duda, como antes señalaba, se trata de reminiscencias de los orígenes intergubernamentales de esta política.

El TFUE atribuye al Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, la facultad de establecer medidas de impulso y apoyo (*competencia facultativa*) en el ámbito de la prevención de la delincuencia, sin que

le esté permitido a la Unión adoptar normas de armonización del Derecho interno de los Estados miembros (art. 84 del TFUE).

El TFUE, por otra parte, confirma la existencia de Eurojust (creada con anterioridad), que tiene por objeto apoyar y reforzar la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave, siempre que dicha delincuencia sea de carácter transnacional y afecte a dos o más Estados miembros, estableciendo el artículo 85 que el reglamento, adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, debe determinar tanto la estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias, entre las que se señalan algunas a título de ejemplo en el artículo 85 del TFUE (*competencia de ejercicio obligatorio*). El reglamento deberá determinar el procedimiento que regule la participación del Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales en la evaluación de Eurojust. Eurojust es un ejemplo de organización de la Unión cuya misión es fundamentalmente la de fomentar la cooperación entre los Estados miembros.

Finalmente, el TFUE atribuye al Consejo en el artículo 86, la facultad de adoptar reglamentos, mediante un procedimiento legislativo especial, con el fin de crear una Fiscalía Europea, a partir de Eurojust, con objeto de combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (*competencia facultativa*). En este supuesto, se advierte que se han adoptado cautelas considerables al exigirse que el Consejo se pronuncie por unanimidad así como que el Parlamento apruebe previamente el reglamento que regule el estatuto de la referida Fiscalía. En este caso también se ha previsto que los Estados miembros, al menos nueve, puedan solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo quedando suspendida su tramitación. En el caso de que haya acuerdo entre los Estados miembros, en el plazo de cuatro meses, el proyecto se devolverá al Consejo para su nueva adopción. Por el contrario, en el caso de que no haya acuerdo, al menos nueve Estados podrán iniciar el procedimiento de *cooperación reforzada*. En este caso las reminiscencias intergubernamentales son dobles, en la medida en que se atribuye al Consejo Europeo, mediante decisión, la ampliación de las competencias de la Fiscalía.

### 3.10.8. Cooperación policial

#### A) Objetivos

El artículo 87 del TFUE no atribuye *objetivos específicos* a la cooperación policial, lo que no significa otra cosa que rigen en esta política los objetivos generales del espacio de libertad, seguridad y justicia.

## **B) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos**

La cooperación policial se extiende tanto a los servicios de policía propiamente dicha, como son los servicios de aduanas, como a cualquier servicio «con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales».

Ahora bien, la intervención de la Unión se caracteriza como una *competencia facultativa*, de manera que el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante un procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer medidas sobre:

- a) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente;
- b) el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial;
- c) las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.

Por otra parte, se definirá la función de Europol, como un organismo de apoyo y refuerzo de la actuación de las autoridades policiales de los Estados miembros.

### **3.10.9. Conclusiones**

Del análisis del conjunto de políticas y competencias que integran el espacio de libertad, seguridad y justicia se deduce que, como sucede en el marco de la acción exterior de la Unión, la agrupación llevada a cabo es un tanto artificiosa. Particularmente desde la perspectiva que nos ocupa se constata la heterogeneidad de los tipos competenciales. Pudiendo constatarse que concurren bajo la denominación de «Espacio de libertad, seguridad y justicia», *competencias obligatorias con facultativas y cooperativas*.

### **3.11. Los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en los Tratados**

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado k) del artículo 4 del TFUE, los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en los Tratados, serían una competencia compartida y, por otra parte, el apartado a) del artículo 6 del TFUE clasifica la protección y mejora de la salud humana como un ámbito de apoyo, coordinación o complemento. El TFUE regula ambas vertientes de la salud en el Título XIV «Salud pública», artículo 168, esto es, en el marco de las acciones de apoyo, coordinación o complemento, lo que ha determinado que estudiemos en dicho ámbito (al que nos remitimos) las dos vertientes referidas con objeto de darles un tratamiento unitario que las haga comprensibles.

### **3.12. Competencias compartidas extraordinarias de los apartados 3 y 4 del artículo 4 del TFUE (en la medida en que no opera en ellas la regla establecida en el apartado 2 del artículo 2 del TFUE, esto es, la exclusión de la actuación de los Estados cuando haya actuado previamente la Unión)**

Como señalamos al analizar el artículo 4 del TFUE, en el capítulo II de este trabajo, denominamos competencias compartidas extraordinarias de la Unión a aquellas caracterizadas porque su ejercicio es plenamente compatible con el ejercicio de competencias idénticas por los Estados miembros sobre la misma materia. Así, estas competencias no se corresponden al tipo de competencia compartida del artículo 2.2 del TFUE caracterizado por la incompatibilidad del ejercicio, que siempre es excluyente, de competencias por la Unión y los Estados miembros.

#### **3.12.1. Ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio<sup>217</sup>**

##### **A) Tipo de competencia**

Los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 4 del TFUE, son ámbitos de competencia compartida, objeto de regulación por el TFUE en el Título XIX de la parte tercera «Investigación y desarrollo tecnológico y espacio», artículos 179 a 190. El TCE regula este ámbito competencial en los artículos 163 a 174 y la Constitución Europea *non nata* dedica a la materia los artículos III-248 a III-255, que con algunas modificaciones sistemáticas y de contenido, por lo demás, son coincidentes.

##### **B) Objetivos**

Los *objetivos específicos* de esta política son dos, de acuerdo con el artículo 179.1 del TFUE, que están en íntima relación, aunque no subordinados. Así, el primero de sus objetivos, declarado como tal, es fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la Unión. Mientras que el segundo objetivo es la realización de un espacio europeo de investigación, que sería, a su vez, un instrumento para la realización del primer objetivo. El espacio europeo de investigación se concibe como aquel «en que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnólogas circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de la

<sup>217</sup> He tenido en cuenta, en particular: A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La I+D en la Unión Europea: el Derecho originario» en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 12, 1996 e «Investigación y desarrollo tecnológico», en A. CALONGE VELÁZQUEZ (coord.), en *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 523 y sigs.; R. PAIS RODRÍGUEZ, «Política de investigación y desarrollo tecnológico» en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 675 y sigs.; A. RUBERTI y M. ANDRÉ, *Un espace européen de la science*, Paris, 1995.

industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados».

### C) Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

Es posible diferenciar varios tipos de competencias de la Unión en este ámbito caracterizadas todas ellas por su *carácter obligatorio o facultativo y complementario* en relación con las acciones de los Estados miembros, cuyas políticas en caso alguno son sustituidas. Así, de acuerdo con lo previsto en los artículos 180 a 189 del TFUE podríamos clasificar las competencias materiales de la Unión como: *competencias de programación*, a las que se asocia la financiación de la Unión: de *promoción de la cooperación* con terceros países y organizaciones internacionales; de *difusión y explotación de los resultados* de las actividades realizadas; de *estímulo a la formación y movilidad de los investigadores* de la Unión; y de *coordinación de las políticas nacionales y de la Unión*. En esta materia llama la atención de modo especial la utilización de la modalidad «programa marco plurianual» como instrumento para encauzar el conjunto de las acciones financiadas por la Unión. Programa que la Unión debe establecer mediante procedimiento legislativo ordinario (*competencia de ejercicio obligatorio*), del que a su vez derivarán programas específicos y complementarios, de carácter obligatorio, instrumentados, respectivamente, mediante procedimientos legislativos especiales por el Consejo, con objeto de crear un espacio europeo de investigación (art. 182 del TFUE). La Unión tendrá la posibilidad de optar entre varios instrumentos jurídicos, a saber reglamentos, directivas y decisiones que se adoptarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo según los casos.

En esta materia se facultada a la Unión para adoptar medidas de ejecución del plan marco plurianual con algunos Estados miembros (arts. 184 y 185 del TFUE), o de cooperación con terceros países o con organizaciones internacionales, que pueden ser objeto de acuerdos internacionales (art. 186 del TFUE). Se produce de este modo una particular intersección entre competencias de ejercicio obligatorio (cuales son el establecimiento del programa marco plurianual y de los programas específicos) y de competencias de ejercicio facultativo como el desarrollo o ejecución del programa marco plurianual (programas complementarios y de ejecución).

Por otra parte, el TFUE habilita al Consejo para que, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, pueda adoptar reglamentos o decisiones destinados a crear empresas comunes o las estructuras que considere convenientes (art. 187 del TFUE) para la ejecución de los programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración de la Unión (*competencia de ejercicio facultativo*).

El TFUE habilita también a la Unión para elaborar una política espacial europea (*competencia de ejercicio obligatorio*) que puede consistir en el fomento de

iniciativas comunes así como de apoyo a la investigación y el desarrollo tecnológico y coordinación para la exploración y utilización del espacio (art. 189.1 del TFUE). Para conseguir dichos objetivos mediante el procedimiento legislativo ordinario, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar un programa espacial europeo, si bien con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 189.2 del TFUE). Por otra parte se habilita a la Unión para establecer las relaciones que considere adecuadas con la Agencia Espacial Europea (art. 189.3 del TFUE).

## D) Conclusiones

Como hemos señalado más atrás la competencia de la Unión en este ámbito se caracteriza por ser, desde la perspectiva relacional entre la Unión y los Estados miembros, un ámbito de competencias compartidas en sentido estricto, a las que no son de aplicación lo previsto en el apartado 2 *in fine* del artículo 2 del TFUE. De manera que las competencias obligatorias o facultativas de la Unión no pueden impedir que los Estados miembros ejerzan las suyas en la materia, lo que determina el carácter complementario de las competencias de la Unión y explica que sea un ámbito propicio para las medidas de fomento.

### 3.12.2. Ámbitos de la cooperación con terceros países y ayuda humanitaria<sup>218</sup>

#### A) Tipo de competencia

Los ámbitos de la cooperación con terceros países y ayuda humanitaria son ámbitos de competencia compartida, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 4 del TFUE, desarrollado por el Título III de la parte quinta, «Acción exterior de la Unión» artículos 208 a 214. El TCE regula esta materia en los artículos 177 a 181. La Constitución Europea *non nata* reguló esta materia en los artículos III-316 a III-321 con contenidos semejantes, a salvo de algunas adaptaciones.

Como tuvimos oportunidad de señalar más atrás, el apartado 4 del artículo 4 del TFUE configura una competencia de naturaleza compartida extraordinaria que se diferencia de las que figuran en el apartado 2 del mismo artículo, en la medida en que el ejercicio de la competencia por la Unión no excluye en caso alguno el ejercicio de

---

<sup>218</sup> He tenido en cuenta, en particular: J. A. FUENTETAJA PASTOR, «Política comunitaria de cooperación al desarrollo», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 815 y sigs.; L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «La política comunitaria de cooperación al desarrollo», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 439 y sigs.; A. NAVARRO GONZÁLEZ, «La política comunitaria de cooperación al desarrollo», en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1994, págs. 9 y sigs.

sus competencias por los Estados miembros en la misma materia, contradiciendo de modo claro la caracterización que hace de las competencias compartidas el artículo 2.2 del TFUE. Así, en esta materia las competencias de la Unión y de los Estados miembros lejos de excluirse se complementan y refuerzan mutuamente, dice el artículo 208.1 del TFUE.

## B) Objetivos y competencia atribuida

a) El *objetivo específico* de la cooperación para el desarrollo es la reducción de la pobreza que finalice en erradicación de la misma, de acuerdo con el párrafo segundo punto primero del apartado 1 del artículo 208 del TFUE. Objetivo que debe realizarse en fases, a corto y medio plazo y a largo plazo.

De acuerdo con el punto segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 208 del TFUE, los objetivos de la cooperación son de *naturaleza transversal limitada*<sup>219</sup>. Esto es, deben tenerse en cuenta cuando se apliquen por la Unión las políticas que puedan afectar a los países en desarrollo, a diferencia de las políticas de naturaleza transversal de carácter general de los artículos 8 a 12 del TFUE, a que antes nos referimos, que son de aplicación a todas las políticas.

La política de cooperación al desarrollo se vincula también a los compromisos y objetivos de la Unión y de los Estados miembros en el marco de las Naciones Unidas y demás organizaciones internacionales competentes en la materia, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 208 del TFUE.

## C) Competencia atribuida

La Unión es competente para establecer dos tipos de programas, a saber: programas plurianuales de cooperación con países en desarrollo; y programas que tengan un enfoque temático, a cuyo efecto el Banco Europeo de Inversiones contribuirá de acuerdo con las previsiones financieras previamente fijadas<sup>220</sup>, de manera que se prevé una *competencia de ejercicio obligatorio* por la Unión.

Además, la Unión puede celebrar acuerdos internacionales para alcanzar los objetivos específicos antes señalados, lo que constituye una *competencia facultativa*. En este caso, y en consecuencia con la naturaleza de competencia compartida extraordinaria, la competencia de la Unión para suscribir acuerdos internacionales no

---

<sup>219</sup> Diferenciamos así los objetivos plenamente transversales (medio ambiente y protección de los consumidores) de los objetivos en este marco que irradian sus efectos en relación con las políticas que puedan afectar a los países en desarrollo. Esta caracterización tiene su origen en el artículo 178 del TCE.

<sup>220</sup> La colaboración del Banco Europeo de Inversiones está prevista en el apartado 3 del artículo 209 del TFUE, que tiene su antecedente en el artículo 179 del TCE.

excluye las competencias de los Estados miembros para, a su vez, suscribir acuerdos internacionales en la materia<sup>221</sup>.

La circunstancia de que las políticas de cooperación al desarrollo de los Estados miembros y de la Unión puedan coincidir en tiempo y espacio es determinante de las *competencias de la Unión para coordinar y concertar* sus políticas en todos los órdenes, incluido el internacional<sup>222</sup>, con las de los Estados miembros, a los que el artículo 210 del TFUE exige la coordinación de sus políticas en la materia.

La circunstancia de que la política de cooperación de la Unión se establezca mediante el procedimiento legislativo ordinario, o pueda celebrar acuerdos con terceros Estados o con organizaciones internacionales (art. 209 del TFUE) exige plantearse los límites de dichas normas y acuerdos. Resulta claro, pues así se deduce expresamente del párrafo segundo del artículo 209 del TFUE, que la celebración por la Unión de acuerdos internacionales no puede limitar las competencias que tienen los Estados miembros para negociar en los foros internacionales y celebrar acuerdos. Ahora bien, ¿puede la norma europea, dictada mediante un procedimiento legislativo ordinario, instrumentar la complementariedad, la coordinación, la concertación y la cooperación? Las conclusiones a las que lleguemos dependerán de lo que entendamos por «política de cooperación al desarrollo». Esto es, si por tal cooperación al desarrollo entendemos o no incluidas (no ya las políticas de cooperación al desarrollo de los Estados miembros, que deben quedar excluidas), sino las técnicas antes referidas (complementariedad, etc.) que operarían sobre las políticas nacionales de cooperación.

De modo que, cuando se dice en el artículo 210 del TFUE que la Unión y los Estados miembros coordinarán sus políticas de cooperación al desarrollo, sin indicar cuál es el instrumento jurídico para llevar a cabo dicha coordinación, las opciones serían tres. Una primera, que el reglamento, la directiva o la decisión fueran instrumentos de coordinación. Otra segunda posibilidad sería que la coordinación se llevara a cabo en el seno de la Unión, con instrumentos livianos, como las recomendaciones e incluso mediante resoluciones del Consejo. Finalmente, cabe también interpretar que al habilitarse a la Comisión para que adopte cualquier iniciativa adecuada para fomentar la coordinación (art. 210.2 del TFUE) se estaría permitiendo la activación del artículo 296 del TFUE, esto es, la cláusula de flexibilidad.

La circunstancia de que se haga referencia a coordinación pudiera indicar que la directiva sería el instrumento idóneo para la colaboración entre la Unión y los Estados.

## D) Conclusiones

El carácter de competencia compartida extraordinaria que tiene la cooperación al desarrollo se evidencia por la compatibilidad de la cooperación de la Unión y de

<sup>221</sup> El artículo 181 del TCE contiene las mismas previsiones.

<sup>222</sup> El artículo 180 del TCE contiene las mismas previsiones.

los Estados miembros con terceros Estados, o con organizaciones competentes en la materia, en el marco de las respectivas competencias.

En esta materia las tensiones entre la Unión y los Estados miembros pueden tener lugar como resultado de la actuación por la Unión de sus competencias en materia de coordinación, cooperación y concertación (art. 210 del TFUE). Pero, en todo caso, en relación con esta competencia de la Unión debe descartarse la operatividad de la cláusula contenida en el apartado 2 del artículo 2 del TFUE. Por el contrario, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 208 del TFUE, la competencia de la Unión y la de los Estados miembros en la materia se podría calificar como *competencia complementaria*<sup>223</sup>, tal y como la caracteriza el artículo 177 del TCE. Complementariedad que opera tanto en relación con las *competencias de ejercicio obligatorio como con las de carácter facultativo* (art. 209 del TFUE).

### **3.12.3. Cooperación económica, financiera y técnica con terceros países**

El TFUE ha individualizado una manifestación de la cooperación para el desarrollo, a la que ha denominado en su artículo 212 «cooperación económica, financiera y técnica con terceros países». En definitiva, se ha querido especificar de modo claro que dicha versión de la cooperación es posible, evitando la exigencia de interpretar extensivamente los artículos 208 a 211 del TFUE. El Tratado de Niza añadió el artículo 181 A al TCE que, con ligeras modificaciones, se corresponde al artículo 212 del TFUE.

La única diferencia relevante que se aprecia en este ámbito en relación con la regulación de la cooperación para el desarrollo es, de acuerdo con el artículo 213 del TFUE, la posibilidad de que el Consejo, a propuesta de la Comisión, pueda adoptar decisiones, en casos de urgencia, motivadas por la situación que atraviese el tercer país beneficiario de la ayuda.

Por lo demás, las conclusiones que hemos alcanzado en lo relativo a la cooperación al desarrollo son plenamente aplicables a esta modalidad de cooperación.

## **4. COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y DE EMPLEO**

### **4.1. Las políticas económicas de la Unión y de los Estados miembros<sup>224</sup>**

#### **4.1.1. Tipo de competencia**

La Unión Europea tiene atribuidas competencias de coordinación en el ámbito de la política económica, de acuerdo con el artículo 5 del TFUE. Pero el citado

<sup>223</sup> También se hace referencia expresa a la complementariedad en el apartado 1 del artículo 210 del TFUE.

<sup>224</sup> Ver la bibliografía citada en el epígrafe de este capítulo correspondiente a la política monetaria.

artículo 5 contempla, en realidad, tres ámbitos competenciales diferenciados: Por una parte, establece que los Estados miembros deben coordinar sus políticas económicas en el seno de la Unión; por otra parte, atribuye a la Unión la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros; y, finalmente, prevé la posibilidad de que se apliquen disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro. El citado apartado 5 tiene su desarrollo en los artículos 120 a 126, agrupados en el capítulo 1 «Política económica» título VIII «Política económica y monetaria» de la Parte tercera del TFUE. El TCE regula esta materia en los artículos 98 a 104, y en algunos otros preceptos a lo largo del Título VII de la Parte tercera, dedicado a la «Política económica y monetaria». La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en sus artículos III-178 a III-184, con contenidos semejantes a los del TFUE a salvo de algunas ligeras variaciones en lo referente a los instrumentos jurídicos.

#### 4.1.2. Objetivos

El *objetivo específico* de la política económica de la Unión es el de servir al cumplimiento de los fines de la Unión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del TUE. Esto es, lo que resulta especialmente relevante, la política de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros está al servicio de los objetivos generales de la Unión del artículo 3 del TUE y, en especial, deberá estar al servicio de la realización de una economía de mercado abierta y de libre competencia, que son dos de los *objetivos generales* previstos en el mencionado artículo 3. Esta sería la conclusión que se deduciría de la redacción, un tanto compleja, del artículo 119, párrafo primero, del TFUE.

#### 4.1.3. Competencia atribuida

La regulación de la política económica en el TFUE es semejante a la que tiene lugar en el TCE<sup>225</sup>, siendo la innovación más sobresaliente del TFUE, en la línea de la Constitución Europea *non nata*, los artículos 136 a 138 relativos a las disposiciones específicas para los Estados miembros cuya moneda es el euro. La complejidad de esta política, y su considerable transcendencia sobre las demás políticas de la Unión, exige que le prestemos una especial atención.

La competencia de la Unión se ejerce a través de *orientaciones generales*, que es la forma que tiene una suerte de recomendaciones del Consejo, así como mediante *recomendaciones* del Consejo. Como he tenido ocasión de señalar en otro

---

<sup>225</sup> Ver los artículos 98 a 104 del TCE que se corresponden a los artículos 120 a 118 del TFUE, con ligeros cambios de denominación (Unión por Comunidad) o la ligera modificación de algún precepto.

lugar<sup>226</sup>, la competencia de coordinación de la Unión en esta materia tendría en las recomendaciones el instrumento idóneo, acorde a la naturaleza de la competencia, pero el análisis de los diferentes tipos de recomendaciones en este ámbito evidencia que algunas de sus manifestaciones ha sufrido una mutación que desvirtúa la naturaleza primigenia de la recomendación de la Unión como acto no obligatorio para sus destinatarios.

*El objeto de la política económica comunitaria, es la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea.* Sin embargo, debemos anticipar que estamos ante una coordinación singular, o más precisamente, ante dos tipos de coordinación. Por una parte, la Unión Europea tiene competencias de coordinación que ejerce a través de instrumentos singulares y, por otra, los Estados miembros conservan sus competencias en materia de política económica que deben coordinar en el seno del Consejo. Si bien, como veremos, se ha llevado a cabo en el marco del TFUE, en la línea del TCE, una interpretación que hace converger ambos tipos de coordinación, que debe entenderse se trata, en todas sus manifestaciones, de una *competencia de ejercicio obligatorio* para la Unión.

#### **4.1.4. Los sujetos de la política económica. La coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros en el seno del Consejo. La coordinación de la Unión Europea. La virtualidad del Reglamento como instrumento de coordinación**

Una de las peculiaridades más sobresalientes de la configuración del sistema de competencias en el ámbito de la política económica en el TFUE es que los Estados miembros siguen siendo los titulares de sus políticas económicas. El TFUE señala los fines y los principios que deben presidir las políticas económicas de los Estados miembros y, además, ordena a éstos que las coordinen en el seno del Consejo (art. 120 del TFUE)<sup>227</sup>, considerándolas como una cuestión de interés común (art. 121.1 del TFUE)<sup>228</sup>, aunque no indica el procedimiento mediante el que dicha coordinación debe tener lugar.

La referencia que el TFUE hace a que los Estados miembros deben coordinar sus políticas económicas en el seno del Consejo, decíamos, no viene acompañada de la indicación de cuál debe ser el tipo de acto de la Unión que deben utilizar los Estados miembros para llevar a cabo dicha coordinación. De manera que la primera cuestión que puede suscitarse es en qué consiste, desde la perspectiva jurídica, la aludida coordinación en el seno del Consejo. En principio, no parecería razonable

<sup>226</sup> Con anterioridad me he pronunciado en varias ocasiones ver a título de ejemplo, *Introducción a la Unión Económica y Monetaria*, Colex, Madrid, 1999, págs. 29 y sigs.

<sup>227</sup> Este artículo se corresponde al artículo 98 del TCE.

<sup>228</sup> Este artículo se corresponde al artículo 99.1 del TCE.

reducir la mención del TFUE al «seno del Consejo» como a un mero foro, en que los Estados miembros debieran coordinarse a través de procedimientos y actos extracomunitarios. De ser así, estaríamos en un nivel inclusive inferior al de una política de naturaleza intergubernamental, ya que la coordinación no tendría regulación alguna, ni de los procedimientos, ni de las técnicas jurídicas. Tampoco es suficientemente explícito el artículo 16.1 del TUE<sup>229</sup>, que habilita al Consejo para asegurar la coordinación de las políticas de los Estados miembros, pues dicho precepto se remite a lo dispuesto en los Tratados y éste no aclara en ningún otro lugar cómo debe llevarse a cabo dicha coordinación.

La experiencia de las últimas décadas, en lo relativo a la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea, ha evidenciado síntomas de que los instrumentos jurídicos comunitarios son insuficientes. En efecto, fue necesario que se introdujeran en el TUE severos controles para el acceso de los Estados miembros a la tercera fase de la UEM, para que éstos pusieran orden en sus economías, lo que sólo consiguieron en vísperas del examen final de convergencia, tras una interpretación flexible de los parámetros exigidos. Y posteriormente con la crisis económico-financiera iniciada en EEUU en 2007 que alcanzó plenamente a la Unión en 2008, se ha hecho más que evidente la debilidad de los instrumentos de coordinación reformados por el Tratado de Lisboa, lo que ha conducido a la reforma del artículo 136 del TFUE, a la suscripción de tratados al margen de la Unión y a la necesidad de afrontar una mayor unificación fiscal y bancaria en la Unión Europea. Aunque habría que decir que, a la postre, las predicciones del informe Werner se están cumpliendo.

No debe olvidarse, que en el informe Werner se establecía la exigencia de que se transfirieran por los Estados miembros a la Unión sus más importantes competencias en política económica como paso previo para alcanzar una unión monetaria<sup>230</sup>, previsión que los hechos han contradicho invertido el orden de los factores, en la medida en que la unión monetaria ha precedido a la transferencia de las políticas económicas de los Estados miembros a la Unión, que todavía no se ha producido en la actualidad. No obstante, analizaremos las competencias de la Unión en esta materia, de acuerdo con el TFUE.

Si damos un salto en el tiempo podemos comprobar que cuando no había transcurrido un semestre desde que se iniciara la tercera fase de la UEM, algunos Estados incumplían los objetivos a los que se habían comprometido en sus respectivos programas nacionales de estabilidad (en el caso de Italia el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas autorizaba en la primavera de 1999 que la previsión de déficit pasara del 2% al 2.4%, y en el caso de España no se cumpliría el objetivo de inflación

---

<sup>229</sup> El artículo 202 del TCE es más explícito, en el sentido de que se refiere expresamente a la competencia de la Unión para coordinar las políticas económicas generales de los Estados miembros.

<sup>230</sup> Ver el Informe Werner recogido en R. PÉREZ BUSTAMANTE y J. WRANA, *La Unión Económica y Monetaria en Europa: Una introducción histórica*, págs. 83 a 101.

previsto en 1999). Posteriormente los incumplimientos se intensificaron, siendo los casos más llamativos los de Francia y Alemania<sup>231</sup> y finalmente, a partir de la crisis económico financiera que llega a Europa en 2007 se han generalizado, convirtiendo en papel mojado al TFUE, pese a los esfuerzos de las Instituciones por encajar el desbordamiento de los Tratados por la realidad.

Por otra parte, desde una perspectiva estrictamente jurídica el diseño que el Tratado hace de la política económica se corresponde al perfil de una *política de sesgo intergubernamental* en que los destinatarios directos de la política económica son los Estados miembros y en que se utilizan, además, instrumentos jurídicos de intervención livianos como las recomendaciones (aunque, como veremos, éstas no son idénticas al tipo común de recomendaciones), que permitían poner en duda que pudieran lograrse los objetivos tan ambiciosos que se asignan a la política económica en el marco del TCE.

Probablemente, estas circunstancias determinaron el *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*; clara manifestación del procedimiento de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Pero la ligazón del tipo de coordinación que supone el Pacto (art. 99.1 TCE, ahora 121.1 del TFUE) y la coordinación multilateral (art. 99.3 y 4 TCE, ahora art. 121.3 y 4 del TFUE), pudiera considerarse una interpretación discutible de los preceptos más arriba señalados. Porque, en definitiva, lo que se ha hecho es reducir a un solo tipo de coordinación dos de las modalidades previstas en los Tratados.

La intervención del Consejo Europeo en esta materia (de acuerdo con el apartado 2 del artículo 121 del TFUE) tiene base jurídica clara pero no hace sino añadir más complejidad al entramado jurídico institucional. En algún modo, podría sostenerse que el Consejo Europeo estaría suplantado, o si se prefiere sustituyendo, al Consejo de la Unión como institución prevista para dicha coordinación. Pues, no cabe duda de que el apartado 1 del artículo 121 se refiere al Consejo y no al Consejo Europeo. De modo que se apreciaría la tendencia a reducir a una las dos coordinaciones posibles desde el Consejo Europeo y el Consejo.

El Parlamento Europeo y el Consejo, para asegurar la coordinación de las políticas económicas generales de los Estados miembros, de acuerdo con el apartado 6 del artículo 121 del TFUE, pueden dictar reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, relativos al procedimiento de supervisión, resolviendo así, parcialmente, la indefinición que luce en el apartado 5 del artículo 99 del TCE que se refiere a «normas relativas al procedimiento de supervisión multilateral».

Dicho lo anterior, resulta dudoso que sea suficiente para lograr los objetivos de la Unión Europea dotarla de meros instrumentos de coordinación. Como decíamos, el diseño que el TFUE hace de la política económica se corresponde, en principio, al de una organización intergubernamental que tiene por destinatarios directos a sus

---

<sup>231</sup> Ver al respecto mi trabajo «Los fundamentos del Derecho monetario europeo» en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 238, 2004.

Estados miembros, a cuyo efecto utiliza instrumentos jurídicos de intervención livianos como las recomendaciones (aunque, como veremos, éstas no son idénticas al tipo común de recomendaciones). Esta concepción intergubernamental de la política económica de la Unión permite poner en duda la consecución de los objetivos de la política monetaria de la Unión (aun cuando ésta, como veremos, sea una manifestación evidente de una política supranacional), habida cuenta de la interdependencia de ambas políticas.

En apariencia, los Estados miembros no habrían cedido a la Unión Europea sus competencias de política económica, que se expresan sobre todo en los Presupuestos generales de los respectivos Estados, en la medida en que estos últimos serían capaces de concretar opciones políticas diferenciadas e incluso tendencias ideológicas. Y sólo habrían cedido a la Unión Europea sus competencias monetarias que, pese a sus importantes repercusiones económicas relevantes, serían menos evidentes para los electorados nacionales. Pero, aunque se puedan producir tensiones entre la política económica y la política monetaria, no deja de ser cierto que si se produjera una transferencia de competencias en el marco de la política económica, de la misma naturaleza e intensidad que la que ha tenido lugar en el contexto de la política monetaria, los Gobiernos de los Estados nacionales quedarían vaciados, prácticamente, de competencias, lo que sin embargo podría suceder como consecuencia de la crisis económico-financiera por la que atraviesan la mayoría de los Estados miembros de la Unión a partir de 2008.

En suma, puede afirmarse que estamos ante una materia (la política económica) en que concurren competencias de la Unión y de los Estados miembros (*competencias concurrentes*), que son coordinadas (*competencias de coordinación*) a través de complejos mecanismos a los que vamos a prestar atención a continuación, ya que es la única ocasión a lo largo del TFUE en que se desarrolla extensamente lo que se entiende por coordinación.

#### **4.1.5. Los instrumentos ordinarios para la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea**

##### **A) Las recomendaciones en el marco de la política económica<sup>232</sup>**

El contenido del artículo 288 del TFUE, en lo relativo a la naturaleza y régimen jurídico de las recomendaciones no ha sufrido alteraciones en relación con lo dispuesto en el artículo 249 TCE desde la redacción que recibiera el antecedente de este precepto en 1957. Las recomendaciones pueden adoptarse por el Parlamento,

---

<sup>232</sup> Para este tema puede verse ampliamente mi trabajo: «Las recomendaciones en el marco de la política económica y monetaria: un ejemplo de mutación normativa», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6, julio/diciembre, 1999, págs. 377 y sigs.

el Consejo y la Comisión para el cumplimiento de sus respectivas misiones, caracterizándose por no tener naturaleza vinculante para los destinatarios de las mismas.

La doctrina, que suele atribuir naturaleza normativa a las recomendaciones, llega a conclusiones dispares en cuanto a sus efectos. Así, con el respaldo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, algunos autores las consideran como un instrumento interpretativo para los jueces nacionales que, en consecuencia, deben tenerlas en cuenta a los efectos de aplicar las normas nacionales y de la Unión. Otros autores llegan a caracterizar a las recomendaciones como instrumento indirecto para armonizar las legislaciones nacionales, que se diferenciarían de las directivas tan sólo por su carácter no obligatorio.

El régimen general de las recomendaciones, que se deduce del artículo 288 del TFUE y concordantes, ha sido estudiado razonablemente por la doctrina y no se trata de volver aquí sobre lo que es sabido. Por el contrario se trata de incidir en los que pudieran considerarse regímenes especiales de recomendación y, en particular, plantear si las recomendaciones previstas en el marco de la política económica encajan en el tipo previsto en el citado artículo 288 del TFUE o si, por el contrario, nos encontramos ante modalidades singulares que se alejan del tipo general hasta el punto de constituir un acto jurídico de la Unión substantivo, inequívoco a la recomendación del artículo antes citado del TFUE.

Antes de seguir con la argumentación precedente hay que señalar que, al margen de la política económica, en el marco del TFUE, pueden identificarse singulares referencias a las recomendaciones que plantean algunos problemas. Es el caso del artículo 117 del TFUE<sup>233</sup>, situado entre las disposiciones comunes del mercado interior, como ha sido puesto de manifiesto, contempla un tipo de recomendación que se concilia mal con el carácter no vinculante de la recomendación. En efecto, el incumplimiento por un Estado miembro de una recomendación de la Comisión, en el marco del citado precepto, tiene como efecto jurídico concreto la inaplicación del artículo 116 del TFUE<sup>234</sup> a otros Estados miembros concernidos. La recomendación en cuestión no por ello cobra una nueva naturaleza, sin embargo, del incumplimiento de dicho tipo de recomendación se deducen consecuencias jurídicas relevantes para terceros. Pero, en el caso referido, las recomendaciones no modificarían su naturaleza jurídica de actos de contenido no vinculante.

Dicho lo anterior nos limitaremos al análisis somero de las recomendaciones en el marco de la política económica.

## **B) Orientaciones generales. El papel relevante del Consejo Europeo**

El instrumento básico para la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea son las *recomendaciones que contienen*

---

<sup>233</sup> Este precepto se corresponde al artículo 97 del TCE.

<sup>234</sup> Este precepto se corresponde al artículo 96 del TCE.

*orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y la Unión*, previstas en el apartado 2 del artículo 121 del TFUE. Estas son, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de los actos jurídicos de la Unión, *recomendaciones*, sólo que elaboradas mediante un complejo procedimiento al que vamos a prestar atención a continuación. La *propuesta* de orientaciones generales corresponde hacerla a la Comisión y al Consejo la elaboración de un *proyecto*, aprobado por mayoría cualificada, que en la modalidad de *informe* será presentado al *Consejo Europeo* y éste, en base al mismo, elaborará unas *conclusiones* (debatirá, dice el art. 121.2 del TFUE), a partir de las que el Consejo adoptará la recomendación que contenga dichas orientaciones generales. El Parlamento, que no participa en la elaboración de la recomendación, limita su intervención a la recepción de un informe del Consejo al respecto (apartados 2 y 5 del artículo 121 del TFUE).

Un ejemplo significativo de orientaciones generales es la *Recomendación del Consejo 98/454/CE, de 6 de julio de 1998, sobre las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad*. Justamente se trata de una recomendación posterior a la decisión de iniciación de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. Dicha recomendación establece las principales prioridades que deben tener las políticas económicas de los Estados miembros, esto es: el logro de la UEM, prosperidad y empleo; se refiere también a las condiciones que tienen que reunir sus políticas macroeconómicas para que estén orientadas al crecimiento y a la estabilidad; establece las condiciones indispensables para la transición al Euro, al objetivo de que las finanzas públicas estén saneadas y a las repercusiones que la evolución salarial tiene para la economía en general; y finalmente señala la necesidad de impulsar el crecimiento y el empleo con políticas estructurales. La citada recomendación no es un texto articulado y sólo excepcionalmente se pueden identificar en la misma proposiciones normativas (supuestos de hecho y consecuencias jurídicas), si bien tiene un contenido bien estructurado y, aunque no hace referencia a magnitudes, es suficientemente expresivo como para permitir una fiscalización posterior de las políticas económicas de los Estados miembros.

### **C) Supervisión y evaluación global de los Estados miembros y de la Unión**

No obstante la forma de recomendación que las orientaciones generales tienen, el Tratado ha instrumentado un sistema que permite que dicha coordinación sea eficaz, sin, en principio, desnaturalizar la intervención de la Unión de carácter coordinador, con objeto de conseguir lo que el Tratado denomina «convergencia sostenida de los resultados económicos de los Estados miembros» (art. 121.3 del TFUE). A tal efecto, se faculta al Consejo para que pueda supervisar y evaluar las políticas económicas de los Estados miembros para de este modo comprobar su adecuación a las orientaciones generales.

En primer término, el Consejo puede *supervisar* las políticas económicas de los Estados miembros, basándose en los Informes de la Comisión, con objeto de com-

probar que las políticas económicas de los Estados miembros son coherentes con las orientaciones generales aprobadas. Para facilitar esta tarea los Estados miembros deben informar a la Comisión de las medidas adoptadas en relación con las orientaciones generales.

Pero, el Consejo no se limita a llevar a cabo una supervisión sino que como conclusión de la misma realiza una *evaluación global* de las políticas económicas de los Estados miembros. No se prevén plazos o fechas en que deberán realizarse las evaluaciones, estableciéndose tan sólo que el Consejo las hará «regularmente», dejando al mismo libertad absoluta para llevarlas a cabo cuando considere oportuno (apartado 3 del artículo 121 del TFUE).

Las técnicas de supervisión y evaluación global se corresponderían en nuestra terminología con actividades inspectoras y de verificación, y nada habría que objetar a las mismas sino fuera porque dichas actividades derivan, a su vez, de una recomendación del Consejo y, si la recomendación por naturaleza es un acto no obligatorio, resulta un tanto anómalo que se instrumenten dichas técnicas con objeto de verificar si se ha producido el cumplimiento de lo recomendado. Sin embargo, como vamos a ver, no acaban en lo descrito las desviaciones que se producen, en el caso que nos ocupa (orientaciones generales), sobre el arquetipo de lo que de acuerdo con el TFUE sería una recomendación.

#### **D) Las recomendaciones conminatorias. La publicidad como instrumento para su eficacia**

En efecto, la coordinación encomendada al Consejo no tiene por qué concluir con la evaluación de la política económica de un Estado miembro, evaluación que tan sólo alcanza a comparar lo actuado por los Estados miembros con lo previsto en las orientaciones generales, sino que, en el caso de que se constate en dicha evaluación global la contradicción de lo actuado por el Estado con las orientaciones generales, o bien que aun no contradiciendo a éstas puedan suponer un riesgo para el correcto funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, el Consejo, en base a la recomendación que le haga la Comisión, y por mayoría cualificada, puede formular de nuevo *recomendaciones*, que pueden considerarse *conminatorias*. Esto es recomendaciones dirigidas a un Estado o a los Estados miembros concernidos, con objeto de que adecuen sus políticas a las orientaciones generales, o bien excluyan el riesgo que dichas políticas supongan para la UEM.

Dichas recomendaciones no tienen, en principio, que ser públicas, pudiendo acordar el Consejo que lo sean en lo que debe entenderse como una técnica original que encontraría en la publicidad un instrumento más de conminación con el fin de lograr la rectificación pretendida de los Estados miembros.

El Parlamento debe, también, ser informado de la supervisión multilateral y, en el caso de que como resultado de la evaluación global se acuerden recomendaciones

y se hagan públicas, el Parlamento puede requerir la comparecencia ante la Comisión correspondiente del Presidente del Consejo.

### **E) El procedimiento de supervisión multilateral: su regulación**

El procedimiento de supervisión multilateral comprende, al menos, tres fases: una de supervisión, otra de evaluación y, en su caso, una tercera de recomendación. Todas ellas como hemos visto, se regulan escuetamente en los apartados 3 y 4 del artículo 121 del TFUE, y son desarrolladas con el conjunto normativo que integra el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que ha sufrido reformas sustanciales desde 1997.

Nos interesa destacar en este lugar a algunos de sus objetivos básicos. Por una parte, los presupuestos nacionales que deben converger hacia el equilibrio o superávit y, en particular, en lo que al déficit se refiere supone asumir el compromiso de una especial diligencia en la corrección de los que sean excesivos por parte de los Estados miembros y las Instituciones de la Unión. Por otra parte, se da un trato diferenciado a los Estados miembros dependiendo de que hayan o no adoptado la moneda única. Este trato diferenciado tiene sentido en la medida en que en relación a los Estados que forman parte de la zona euro se trata de que mantengan e incluso mejoren los niveles de convergencia que alcanzaron para ser admitidos en la tercera fase de la UEM, a cuyo efecto tienen que presentar *programas de estabilidad* anuales o plurianuales. Mientras que en relación con los Estados integrados en la zona euro se trataría, precisamente, de que alcancen los requisitos de convergencia exigidos para su integración en el área del euro, a cuyo efecto tienen que presentar *programas de convergencia* anuales o plurianuales. En ambos casos los objetivos genéricos son la estabilidad de los precios y un fuerte crecimiento sostenible que conduzca a la creación de empleo. La información que deben contener los programas de estabilidad y de convergencia son, sin duda, un compendio de la situación económica de los Estados miembros.

A partir de estas consideraciones había que releer el TFUE en el sentido de que a las orientaciones generales, en el marco de la política económica, deben seguir los planes de estabilidad y convergencia, que deben ser aprobados por el Consejo, constituyendo un bloque de documentos coherente que permite llevar a cabo la supervisión multilateral, junto a la política en relación con los déficits públicos excesivos a que me referiré a continuación.

#### **4.1.6. Medidas para evitar déficits públicos excesivos**

##### **A) Concepto de déficit público excesivo**

Como hemos señalado, en política económica la Unión tiene con carácter general *competencias de coordinación*, que conviven con las competencias de coor-

dinación que el TFUE reconoce a los Estados miembros para que sean ejercidas en sus relaciones recíprocas. La política económica de la Unión, en cuanto política de coordinación, es, en principio, un supuesto de intervención liviana de la Unión en las políticas económicas de los Estados miembros, aunque hemos comprobado que el instrumento básico de coordinación, las orientaciones generales y sus consecuencias, no responden, pese a su apariencia externa, al prototipo de la recomendación, sino que se acercan a los actos comunitarios obligatorios. Sin embargo, no debe pensarse que en las orientaciones generales y sus consecuencias (supervisión, evaluación global y recomendaciones conminatorias) se agoten todas las posibilidades de intervención de la Unión en las políticas económicas de la propia Unión y de los Estados miembros. De nuevo, como veremos, el pragmatismo que impregna los Tratados de la Unión ha creado instrumentos de intervención que van mucho más allá de la singular competencia coordinadora.

En efecto, en lo relativo al déficit público, el Consejo puede ir más allá de las que hemos calificado de recomendaciones conminatorias, y, además, mediante un procedimiento singular de coordinación regulado en el *Protocolo (10) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo* anejo a los Tratados, que ha sido desarrollado en uno de los instrumentos jurídicos que integran el Pacto de Estabilidad y crecimiento.

Evitar déficits públicos excesivos de los Estados miembros es uno de los objetivos de coordinación que deben perseguirse a través de los instrumentos referidos más atrás (orientaciones generales, supervisión y recomendaciones conminatorias), sólo que el Tratado ha prestado una atención singular a esta cuestión y lo ha regulado de modo particular que merece atención, en la medida en que en el caso que nos ocupa el Consejo puede ir más allá de las que hemos calificado de recomendaciones conminatorias.

El citado Protocolo ha concretado lo que debe entenderse por déficit público así como por inversión y deuda. Por *público* hay que entender «*lo perteneciente a las Administraciones Públicas, es decir, a la Administración Central, a la Administración Regional o Local y a los fondos de la Seguridad Social, con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal como se definen en el sistema europeo de cuentas económicas integradas*». Esta caracterización de lo público a buen seguro que necesitará de ulteriores precisiones para delimitar lo que debe entenderse por Administraciones públicas, habida cuenta de las nuevas personificaciones públicas que de no considerarse incluidas pudieran falsear el objetivo que persigue el artículo 2 del citado Protocolo. Se considera *déficit* «*el volumen de endeudamiento neto, con arreglo a la definición del sistema europeo de cuentas económicas integradas*». Por otra parte, el Protocolo establece como concepto de inversión, a estos efectos, «*la formación bruta de capital fijo, tal como se define en el sistema europeo de cuentas económicas integradas*. Y, finalmente, debe entenderse por *deuda* «*la deuda bruta total, a su valor nominal, que permanezca viva al final de año, consolidada dentro de los sectores del gobierno general*»,

con arreglo a la definición de lo que se entiende por público, a que se refiere el Protocolo citado.

Por otra parte, el Protocolo especifica los valores a que se refiere el artículo 126 del TFUE, de modo que éstos serán respectivamente: el 3 por 100 en lo referente a la proporción entre déficit previsto o real y producto interior bruto a precios de mercado; y el 60 por 100 en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado. De modo que *déficit público excesivo* de un Estado miembro sería el que sobrepasase estos valores teniendo en cuenta lo que debe entenderse por déficit, por público, así como por inversión y deuda, de acuerdo con lo previsto en artículo 2 del Protocolo.

## **B) Procedimiento para la constatación de déficit público excesivo**

Por de pronto, la supervisión de las políticas económicas de los Estados miembros, para verificar si se ha producido o no déficit excesivo, corresponde en este caso a la Comisión (art. 126 del TFUE), a diferencia de lo que sucede en el procedimiento general, estudiado más atrás, en que la competencia corresponde al Consejo (art. 121.3 del TFUE). El artículo 126 ha sido desarrollado mediante reglamentos que especifican los plazos en que deben producirse notificaciones, informes, dictámenes, recomendaciones y decisiones.

La *supervisión* debe analizar la situación presupuestaria y el nivel de endeudamiento, de modo que se entenderá que hay observancia de disciplina presupuestaria si se constatan las siguientes proporciones o valores a que antes nos referimos, esto es: a) Por una parte que la proporción entre déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado sea del 3% y; b) que la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado sea del 60% de acuerdo con el Protocolo. Debe tenerse en cuenta que el primero de los criterios de medición puede excepcionarse en dos casos previstos en el apartado 2.a) del artículo 126 del TFUE, esto es:

- que la proporción haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia;
- que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia.

Estos parámetros de medición han sido desarrollados mediante reglamento. En este lugar nos interesa destacar algunos aspectos del procedimiento de supervisión.

### **a) Informe de la Comisión**

La Comisión en el caso de que compruebe que un Estado miembro:

- no cumple los requisitos a que nos hemos referido;

– o cumpliéndolos presente riesgo de déficit excesivo, deberá elaborar un *Informe* que deberá tener en cuenta, en general la situación económica y presupuestaria del Estado en cuestión.

#### **b) Dictamen del Comité Monetario o del Comité Económico y Financiero**

El Informe de la Comisión debe someterse al Dictamen del Comité Económico y Financiero a partir del 1 de enero de 1999. En ambos casos dicho dictamen, que debe emitirse en el plazo de dos semanas desde la aprobación del informe de la Comisión, siendo preceptivo no tiene carácter vinculante.

#### **c) Recomendación de la Comisión**

En base a su Informe y a la vista del Dictamen del Comité Económico y Financiero, la Comisión, si considera que un Estado presenta o puede presentar déficit excesivo, debe informar al Consejo en forma de recomendación.

### **C) Procedimiento para adopción de medidas**

#### **a) Recomendación del Consejo**

En base a la recomendación de la Comisión, y teniendo en cuenta las observaciones del Estado miembro concernido, el Consejo (art. 126.6 del TFUE) decidirá si existe o no un déficit excesivo, y en caso de que acuerde que, en efecto, el Estado miembro ha incurrido en déficit excesivo le dirigirá una recomendación para que reconduzca el déficit a los parámetros previstos en Tratado y Protocolo (art. 126.7 del TFUE). Dicha recomendación fijará un plazo máximo para que el Estado miembro concernido tome las medidas efectivas conducentes al cumplimiento de la recomendación, fijando, además un plazo para la corrección del déficit excesivo que excepcionalmente deberá llevarse a cabo el año siguiente al de la identificación del déficit excesivo.

Estas recomendaciones, en principio, no serán públicas salvo en caso de incumplimiento de las mismas, en cuyo caso se publicitarán de modo inmediato (art. 126.8 del TFUE).

#### **b) Incumplimiento de la recomendación del Consejo: advertencia conminatoria (art. 126.9 del TFUE)**

En el caso de que se compruebe que el Estado miembro no cumple lo recomendado, el Consejo puede dirigir al Estado miembro, en base a una recomendación de

la Comisión, una *advertencia conminatoria* adoptada por mayoría cualificada para que en un plazo determinado adopte medidas dirigidas a poner remedio a la situación, pudiendo exigirle al Estado miembro la presentación de Informes con arreglo a un calendario específico.

### **c) El incumplimiento de la advertencia conminatoria (art. 126.11 del TFUE)**

En el caso de que el Estado miembro incumpla la advertencia conminatoria, con forma de decisión, el Consejo puede decidir, en base a una recomendación de la Comisión, la aplicación o intensificación de las siguientes medidas, que se adoptarán en el plazo de dos meses posteriores a la advertencia conminatoria, a saber:

- *Exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar, antes de emitir obligaciones y valores;*
- *Invitar al Banco Europeo de Inversiones que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión;*
- *Exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Comunidad un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo;*
- *Imponer multas de una magnitud apropiada.*

### **D) Procedimiento para la derogación de medidas**

La derogación de algunas o de la totalidad de las medidas adoptadas exige, de acuerdo con el artículo 126. 12 del TFUE, que el Consejo, en base a una recomendación de la Comisión, aprecie que se ha corregido la situación. Si se adoptó como medida la publicidad de la recomendación dirigida al Estado miembro el Consejo hará pública una declaración en el sentido de que el déficit ha dejado de existir.

#### **4.1.7. Irrecurribilidad de las medidas previstas en los apartados 1 a 9 del artículo 126**

El TFUE ha diferenciado claramente los tipos de acuerdos sobre el déficit excesivo según puedan o no recurrirse por la Comisión y los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia. Así, no son recurribles los acuerdos que se funden en los apartados 1 a 9 del artículo 126 (de acuerdo con su apartado 10) y sí serían recurribles los acuerdos adoptados en virtud de los apartados 11 y 12 del artículo 126 del TFUE.

Obsérvese que en el apartado 11 del artículo 126 del TFUE supone un paso más allá de las que calificábamos de recomendaciones conminatorias reguladas en los artículos 121 y 126 (apartados 1 a 9), pues, aparte de los dos primeros supuestos que contempla el apartado 11 del art. 126 que comentamos, los otros supuestos (depósito y multa) son medidas que bajo ningún concepto se pueden encuadrar bajo una reco-

mendación pues deberán adoptar necesariamente la forma de decisión y, en caso de no hacerlo, en todo caso, serán decisiones desde un punto de vista material, esto es, actos comunitarios que imponen obligaciones singulares a sus destinatarios.

#### **4.1.8. Procedimiento para la modificación y desarrollo del Protocolo**

De acuerdo con lo previsto en el apartado 14 del artículo 126 del TFUE, el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al BCE puede sustituir el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

#### **4.1.9. Medidas excepcionales de política económica comunitaria**

Como hemos señalado en política económica la Unión tiene, con carácter general, competencias de coordinación que conviven con las competencias de coordinación que el TFUE otorga a los Estados miembros para que sean ejercidas en sus relaciones recíprocas. La política económica de la Unión, en cuanto política de coordinación, es, en principio, un supuesto de intervención liviana de la Unión en las políticas económicas de los Estados miembros, aunque hemos comprobado que el instrumento básico de coordinación, las orientaciones generales, no responden, pese a su apariencia externa, al prototipo de la recomendación, sino que suponen un grado mayor de intervención. Sin embargo, no debe pensarse que en las orientaciones generales y sus consecuencias (supervisión, evaluación global y recomendaciones conminatorias y sanciones) se agoten todas las posibilidades de intervención de la Unión en las políticas económicas de la propia Unión y de los Estados miembros. De nuevo, como veremos, el pragmatismo que impregna el Derecho de la Unión ha creado instrumentos de intervención que van mucho más allá de la anunciada competencia coordinadora.

##### **A) La constatación de dificultades graves en el suministro de determinados productos: medidas excepcionales para garantizar el suministro de un producto**

En efecto, si el Consejo apreciara, a propuesta de la Comisión, que existen dificultades graves en el suministro de un determinado producto, especialmente en el ámbito de la energía, en el territorio comunitario, puede adoptar las medidas que procedan para afrontar la situación. El TFUE en su artículo 122 no hace mayores precisiones, sin duda, para dejar el mayor margen de apreciación al Consejo. Este precepto estaría creando una excepción de carácter general, cuyo único límite sería el restablecimiento de la situación y, por tanto, la desaparición de la grave dificultad en el suministro de

un determinado producto. Pero, con todo, no deja de ser deficiente que el TFUE no establezca los parámetros que permitan, en su caso, fiscalizar esta medida excepcional.

La medida que se adopte deberá adoptar la forma del acto de la Unión que corresponda en función de la forma del acto que se pretenda excepcionar.

## **B) Dificultades graves en un Estado miembro: decisión de ayuda financiera**

El segundo de los supuestos previstos por el artículo 122, apartado 2, del TFUE supone una excepción al papel de mera coordinación del Consejo de las políticas económicas de los Estados miembros, es la constatación por el Consejo de dificultades o riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, que puede determinar la concesión por la Unión al mismo de una ayuda financiera.

Los conceptos de *dificultad* o de *riesgo de dificultad grave*, en la economía de un Estado miembro no se ha hecho explícito, de modo que el margen de apreciación del Consejo es considerable, siendo el único límite la exigencia de propuesta de la Comisión. El Parlamento debe ser informado por el Presidente de la *decisión* adoptada.

### **4.1.10. Prohibiciones**

Decíamos más atrás que los Estados miembros siguen siendo titulares de sus políticas económicas, sólo que deben ejercer sus competencias de acuerdo con los principios establecidos en el TFUE, que deberán coordinar a través de los procedimientos estudiados. Pues bien, finalmente hay que mencionar que, en todo caso, las políticas económicas de los Estados miembros tienen su límite en las prohibiciones que establecen los artículos 123, 124 y 125 del TFUE.

#### **A) Prohibición al BCE y los BBCCNN de autorización de descubiertos o créditos o de adquisición de instrumentos de deuda pública al sector público de los Estados miembros y excepciones**

La primera de las prohibiciones es consecuente con la independencia de que se ha dotado al Banco Central Europeo y a los Bancos Centrales Nacionales. En efecto, los mencionados no pueden, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123, *autorizar descubiertos o conceder cualquier tipo de crédito o adquirir directamente instrumentos de deuda* por el Banco Central Europeo o por los bancos centrales nacionales a «instituciones órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales, u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros», con la excepción

de las entidades públicas de crédito que en lo relativo a la provisión de reservas por los bancos centrales nacionales que serán tratados como las entidades de crédito privadas. Aun cuando no disponemos de una expresión que sintetice los destinatarios de la prohibición referida la pretensión de la técnica descriptiva utilizada pretende que no quede al margen de ella ningún poder público. Si antes nos referíamos a la independencia, también hay que mencionar que el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales deben comportarse con neutralidad en relación con los mencionados poderes públicos de los que en caso alguno pueden considerarse sus instrumentos. No obstante, durante la crisis económico financiera que atraviesa la Unión, el Banco Central Europeo ha estado adquiriendo deuda pública en el mercado secundario, lo que de todo punto parece contradecir el espíritu del artículo 123 del TFUE.

### **B) Prohibición de acceso privilegiado del sector público de los Estados miembros a las entidades financieras**

La prohibición del artículo 124 del TFUE pretende evitar que los poderes públicos a que nos referimos en el apartado anterior tengan un sistema de acceso privilegiado a las entidades financieras *a no ser que se base en consideraciones prudenciales*. El artículo precedente del 124 del TFUE previó el desarrollo del apartado 2 del mismo antes del 1 de enero de 1994, con arreglo al procedimiento de cooperación del artículo 252 del TCE, lo que tuvo lugar mediante reglamento por el que se establecen las definiciones para la aplicación de la prohibición de acceso privilegiado a que se refiere el artículo 124 del TFUE.

### **C) Prohibición de asunción cruzada de compromisos**

El artículo 125 del TFUE tiene por objeto evitar que la Unión asuma o responda de los compromisos de los poderes públicos de los Estados miembros a que antes nos referimos, o que un Estado miembro haga lo mismo en relación con los poderes públicos de otros Estados miembros. El TFUE en el citado artículo 125 no ha ordenado al Consejo el desarrollo de este precepto, como ha hecho en relación con las prohibiciones precedentes, sino que ha dejado al arbitrio del Consejo la especificación de las definiciones que en el precepto se contienen. No es improbable que surjan en el futuro problemas interpretativos sobre lo que debe entenderse por *asumir, responder, compromisos, garantías financieras mutuas o realización conjunta de proyectos específicos*, pero no parece mal que se aplique al caso el principio de economía normativa, del que se deduce que no deben dictarse normas sino cuando lo exija el cumplimiento del TFUE.

#### 4.1.11. La posición de los Estados acogidos a una excepción

##### A) Régimen general

A los Estados miembros acogidos a una excepción al inicio de la tercera fase de la UEM, de acuerdo con el artículo 139.2), no les serán de aplicación los siguientes artículos del TFUE: 121.2; 126.9 y 11; 127.1, 2, 3, y 5; 128; 132; 133; 219; 283; 138.1; y 138.2. Tampoco les serán de aplicación los derechos y obligaciones del capítulo IX de los ESEBC y del BCE. Esto lleva aparejado que la formación de mayorías exigidas para adoptar acuerdos ni contarán con la participación, ni contabilizarán los votos correspondientes a los Estados miembros acogidos a una excepción, en las medidas previstas en los apartados 2 y 4 del artículo 126.

Así, en lo relativo a la *política económica*, y en particular en lo concerniente a las medidas previstas para evitar déficits públicos excesivos, los Estados miembros acogidos a una excepción *no pueden ser destinatarios de recomendaciones a las que hemos calificado de conminatorias* (ap. 9 del art. 126 del TFUE) *ni se les puede imponer sanciones por incumplimiento de estas últimas* (ap. 11 del art. 126 del TFUE), siéndoles de aplicación el TFUE, en lo relativo a la política económica, en todo lo demás, así como el derecho derivado dictado en el marco de la misma.

Debe señalarse que los artículos 143 y 144 del TFUE, que permiten que el Consejo adopte medidas extraordinarias en el caso de que se aprecien en un Estado miembro dificultades o amenaza de dificultades en la balanza de pagos, o crisis súbita en la balanza de pagos, una vez iniciada la tercera fase de la UEM quedan tan sólo vigentes para los Estados miembros acogidos a una excepción.

Por otra parte, debe recordarse en este lugar que los Estados miembros acogidos a una excepción están obligados a presentar programas de convergencia a que hicimos referencia más atrás.

##### B) El caso del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

En lo que al Reino Unido se refiere hay que tener en cuenta, además de lo dicho con carácter general en el epígrafe anterior, que de acuerdo con el Protocolo 15 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte respecto de la Unión Económica y Monetaria<sup>235</sup> especifica los artículos de la del TFUE y del Protocolo del SEBC que no le son de aplicación.

<sup>235</sup> Se corresponde este Protocolo al Protocolo núm. 13 anejo al TCE.

#### **4.1.12. Conclusiones: La política económica entre la intergubernamentalidad y la supranacionalidad**

Por lo que se refiere al conjunto de medidas que pueden adoptarse a nivel comunitario, para garantizar la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión, se puede constatar que la Unión no se ha dotado de los instrumentos más eficaces para conseguir la convergencia y la estabilidad de las políticas económicas de los Estados miembros. Bien es cierto que el TFUE prevé el reforzamiento, en relación con el TCE; de la coordinación, supervisión y vigilancia de la disciplina presupuestaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro (arts. 136 a 138 del TFUE)<sup>236</sup>, pero la insuficiencia de las mismas ha quedado acreditada con la reforma del artículo 136, por la adopción de un conjunto de Tratados al margen del Derecho de la Unión para afrontar la crisis económico-financiera, así como por los proyectos de reforzamiento de la unidad europea en materia fiscal y bancaria.

El instrumento unificador por excelencia, el reglamento, tan sólo tiene entrada hasta la fecha, en la política económica, para regular los procedimientos relativos a la supervisión multilateral y a la modificación relativa al procedimiento aplicable en caso del déficit excesivo (arts. 122.6 y 126.14 del TFUE).

El instrumento por excelencia de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros son las recomendaciones caracterizadas por la singularidad de los procedimientos mediante las que se elaboran y por sus efectos, que las alejan del régimen general previsto en el artículo 288 del TFUE, caracterizado por excluir la obligatoriedad para sus destinatarios. Muy al contrario, las recomendaciones estudiadas persiguen que sus destinatarios cumplan con lo recomendado a través de un complejo sistema que puede finalizar con recomendaciones a las que hemos calificado de conminatorias, con o sin publicidad, e, incluso, con la imposición de sanciones u obligaciones singulares a sus destinatarios. Es por esto por lo que podemos afirmar que, a todas luces, se ha producido una mutación de la recomendación del artículo 288 del TFUE, de modo que en el marco de la política económica las que se denominan recomendaciones, pese a su forma externa, contienen actos comunitarios que, según los casos, se aproximarían a las directivas (orientaciones generales) o a las decisiones (recomendaciones conminatorias y recomendaciones para evitar déficits excesivos).

Hay que señalar también la singular posición que ocupa el Parlamento Europeo en relación con las citadas recomendaciones. El Parlamento Europeo que, particularmente a través de las reformas de Maastricht y Amsterdam, ha ido incrementando sus competencias y su participación en los actos de la Unión, tiene en la política económica y monetaria su excepción, pues, en este sector, su intervención, como hemos puesto de manifiesto, se reduce por lo general a recibir información y, excep-

---

<sup>236</sup> Este precepto no tiene correspondiente en el TCE.

cionalmente, a la posibilidad de participar en la elaboración del acto de la Unión a que se refiere el apartado 6 del artículo 121 del TFUE.

La política económica de la Unión, *prima facie*, pone de manifiesto el perfil intergubernamental de la Unión Europea, en la medida en que los únicos destinatarios inmediatos de la misma son los Estados miembros, que todavía no han transferido a la Unión sus más importantes competencias de política económica. Sin embargo, la singularidad de los instrumentos utilizados para llevarla a cabo y su desarrollo reglamentario permiten afirmar que estamos ante una política que está a medio camino entre lo intergubernamental y lo supranacional.

## 4.2. Las políticas de empleo de la Unión y de los Estados miembros<sup>237</sup>

### 4.2.1. Tipo de competencia

De acuerdo con el artículo 5.2 del TFUE la Unión tiene la competencia de coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros. A esta política se dedica el título IX de la Parte tercera, «Empleo», arts. 145 a 150 del TFUE. El TCE regula esta materia en los artículos 125 a 130 y la Constitución Europea *non nata* dedica a la misma los artículos III-203 a III-208, sin que se aprecien modificaciones significativas entre el TFUE y sus precedentes.

### 4.2.2. Objetivos, competencia atribuida e instrumentos jurídicos

#### A) La coordinación de las políticas de empleo

La competencia de coordinación de la Unión presupone que los Estados miembros disponen de sus respectivas competencias en materia de empleo que deben ser susceptibles de coordinación a través de instrumentos livianos (recomendaciones) que no supongan la exclusión de la competencia de los Estados miembros. Para calibrar la naturaleza de la coordinación es preciso comprobar los objetivos de la misma, así como los instrumentos que se ponen a disposición de la Unión.

Los *objetivos específicos* de las políticas de empleo de la Unión y de los Estados miembros son, de acuerdo con el artículo 145 del TFUE, los de «desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra

---

<sup>237</sup> De entre la bibliografía sobre el tema he tenido en cuenta, particularmente: M. GÓMEZ JENE, «La política de empleo comunitaria», en E. LINDE y otros, *Las políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 481 y sigs.; L. P. GOMIS, *Política Social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, Madrid, 1999; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, «Empleo», en A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 263 y sigs.

cualificada, formada y adaptable, así como unos mercados laborales capaces de reaccionar rápidamente a la evolución de la economía, con vistas a lograr los objetivos enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea». La referencia expresa que se hace al artículo 3 del TUE es excepcional, por comparación a las demás políticas, aunque es innecesaria, pues como hemos indicado los objetivos generales de la Unión del artículo 3 del TUE se imponen, en todo caso, a los objetivos específicos de las políticas de la Unión. Sin embargo, debe señalarse que las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, de acuerdo con el artículo 9 del TFUE, es un *objetivo de carácter transversal* que deben tenerse en cuenta en la definición y ejecución de las políticas de los Tratados.

El instrumento de la Unión para la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros son las *orientaciones en materia de empleo* (art. 148.2 del TFUE). Nada dice el TFUE sobre la forma jurídica de dichas orientaciones, lo que sería sorprendente de no ser porque su precedente, el artículo 128 del TCE, ha obviado también pronunciarse sobre la forma jurídica de dichas orientaciones. Pero, en todo caso, parecería adecuado que dichas orientaciones adoptaran la forma de recomendaciones (tal y como sucede en el marco de la política económica<sup>238</sup>).

No obstante obviarse la forma jurídica, el procedimiento para la adopción de las orientaciones en materia de empleo se regula con claridad en el artículo 148 del TFUE. Así, teniendo en cuenta las conclusiones del Consejo Europeo, que se basarán en un informe conjunto del Consejo y la Comisión, el Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones, al Comité de Económico y Social y al Comité de Empleo, adoptará dichas orientaciones que deberán ser compatibles con las orientaciones generales de política económica a que nos hemos referido antes.

Los Estados miembros tienen que adaptar sus políticas de empleo a las orientaciones generales, a cuyo efecto deben informar anualmente al Consejo y a la Comisión de las medidas adoptadas en la materia. Informes de los Estados miembros que serán examinados por el Consejo, a la luz del dictamen que emita el Comité de Empleo, que, finalmente, por recomendación de la Comisión podrá dirigir recomendaciones a los Estados miembros.

Las semejanzas de las orientaciones en materia de empleo con las orientaciones generales de política económica son evidentes, pero las que ahora nos ocupan, de acuerdo con la regulación del TFUE, no parece que sean susceptibles de mutación, como sucede con las orientaciones generales de política económica, a que antes me he referido. De manera que el TFUE no prevé, para el caso de incumplimiento de las orientaciones generales por los Estados miembros, la adopción de otras medidas capaces de hacer efectiva la coordinación en cuestión.

El TFUE ha previsto la creación por el Consejo, previa consulta del Parlamento Europeo, de un Comité de Empleo de carácter consultivo con la finalidad de fomentar

---

<sup>238</sup> Así se califican en el artículo 121.2 del TFUE que no hace sino reproducir el artículo 99.2 del TCE.

la coordinación de los Estados en la materia. Si bien, su naturaleza consultiva no parece el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de coordinación propuestos.

## **B) La política de fomento para la cooperación entre los Estados miembros**

A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en que está descartada toda política de fomento, en el ámbito del empleo se prevé la posibilidad de aprobar medidas, mediante el procedimiento legislativo ordinario con el doble objetivo de fomentar la cooperación de los Estados miembros y apoyar su acción en el ámbito del empleo (art. 149 del TFUE). Se trata de una modalidad de coordinación entre Estados miembros impulsada por la Unión a la que se ha denominado de modo escasamente feliz «coordinación abierta».<sup>239</sup>

### **4.2.3. Conclusiones**

La política de empleo incluye *competencias de coordinación*, que se completan con *competencias de fomento*. Pero, además, debe tenerse en cuenta el carácter límite de esta política con el derecho fundamental a trabajar (art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y las libertades de circulación de los trabajadores (45 del TFUE) de establecimiento (art. 49 del TFUE) y de prestación de servicios (art. 56 del TFUE).

La aclaración del artículo 149 del TFUE (en el sentido de que las medidas que se adopten, por el procedimiento legislativo ordinario, en materia de fomento del empleo no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros) acentúa el carácter meramente coordinador de la esta política de la Unión.

## **5. LOS ÁMBITOS DE LAS ACCIONES DE APOYO, COORDINACIÓN O COMPLEMENTO**

### **5.1. Introducción: Los caracteres generales de los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento**

Son ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento de la acción de los Estados miembros las relacionadas con carácter exhaustivo en el artículo 6 del

---

<sup>239</sup> Ver sobre esta modalidad de coordinación entre Estados S. CAFARO, «Le méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», en *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, vol. II, Bruselas, 2003. Otros ejemplos de este tipo de coordinación serían los previstos en los artículos 153, 156, 181, 168 y 173 del TFUE.

TFUE. Se trata de un cajón de sastre en que se han agrupado las competencias de la Unión que no son ni exclusivas, ni compartidas, ni de coordinación en el ámbito de la política económica y del empleo, ni en acción exterior y política exterior y de seguridad común. Algunos de dichos ámbitos competenciales tienen su precedente en el TCE. Así, la salud pública (arts. 152 del TCE y 168 del TFUE), la industria (arts. 157 del TCE y 173 del TFUE), la cultura (arts. 151 del TCE y 167 del TFUE), y la educación, juventud, deportes y formación profesional (arts. 149 del TCE y 165 del TFUE). Otros ámbitos competenciales, sin embargo, no tienen precedente, a saber el del turismo (art. 195 del TFUE), el de la protección civil (art. 196 del TFUE) y el de la cooperación administrativa (art. 197 del TFUE). Todos los ámbitos referidos son regulados por la Constitución Europea *non nata* en los artículos III-278 a III-285.

La novedad más notable de estas acciones o políticas de la Unión son las dos reglas de carácter general que regulan su funcionamiento con relación a los Estados miembros. Esto es: la no sustitución por dichas acciones de las competencias de los Estados miembros; y la exclusión de toda armonización de disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por dichas acciones de la Unión (art. 2.5 del TFUE). La explicitación de dichos caracteres, con carácter general, no tiene precedente en el TCE, aunque los mismos podrían deducirse de su articulado.

## 5.2. El carácter facultativo del ejercicio por la Unión de las competencias atribuidas y sus límites

La circunstancia de que una competencia sea atribuida a la Unión por el TFUE no es suficiente para que sea ejercida por aquélla, salvo cuando se trate de una competencia de carácter exclusivo. Pero, además, la habilitación para que la Unión Europea ejerza las competencias no exclusivas no tiene la misma intensidad, como hemos tenido oportunidad de comprobar. Así, en el tipo que ahora estudiamos, esto es, los «ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento», de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 5 del artículo 2 del TFUE, la Unión dispone de competencias que puede o no ejercer. Esto es, se habrían creado en la Unión *competencias de carácter facultativo*. Así, salvo en el marco de la salud humana<sup>240</sup>, la Unión podría abstenerse de actuar en los referidos ámbitos, sin vulnerar por ello el TFUE<sup>241</sup>. Y, en consecuencia, el carácter facultativo de las

<sup>240</sup> El artículo 168 del TFUE, en realidad, dos competencias diferentes, una obligatoria y otra facultativa, de acuerdo con lo dispuesto por una parte en el artículo 14.2.k) del TFUE y otra en el artículo 6.a) del TFUE, aunque se regulan ambas competencias en el mismo precepto, el artículo 168 del TFUE.

<sup>241</sup> La operatividad del recurso por omisión en estos ámbitos competenciales debe estimarse limitado, pues no siendo la intervención de la Unión de carácter necesario resulta problemático atribuir a la abstención de una institución la vulneración de la Constitución, de acuerdo con el artículo 265 del TFUE.

competencias que estudiamos exigiría aplicar el principio de subsidiariedad con mayor intensidad que en el resto de los tipos competenciales. Se trataría del ámbito por antonomasia en que la Unión debería acreditar la necesidad de intervenir apoyando, coordinando o complementando el ejercicio por los Estados miembros de sus competencias.

Sin embargo, el tenor literal de los preceptos que atribuyen competencias en los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento puede conducir a conclusiones diferentes, ya que en numerosas ocasiones se configuran, en los mismos, *competencias de ejercicio obligatorio*. De nuevo se advierte una falta de coherencia entre el artículo 2.5 del TFUE y su supuesto desarrollo posterior, que de acuerdo con el apartado 6 del artículo 2 del TFUE debe resolverse de acuerdo con lo dispuesto en el TFUE al regular cada ámbito competencial.

### **5.3. La no sustitución por la Unión de las competencias de los Estados miembros**

La segunda norma general que se desprende del apartado 5 del artículo 2 del TFUE es la no sustitución de los Estados miembros por la Unión en el ejercicio de sus competencias en la materia o, lo que es lo mismo, la afirmación de exigencia de compatibilidad competencial. Es decir, en todo caso, el ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión debe ser compatible con el ejercicio de sus competencias por los Estados miembros. Cuestión diferente es que esta regla general se cumpla en la configuración que se hace de las diferentes políticas de esta naturaleza en el TFUE. Justamente, trataremos de verificar esta regla analizando las diferentes políticas agrupadas bajo la mencionada denominación.

### **5.4. La exclusión de armonización de disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por dichas acciones de la Unión**

La tercera regla que se deduce del artículo 2.5 del TFUE es la exclusión de toda armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, mediante el ejercicio de sus competencias por la Unión Europea. Previsión que figura en la regulación precedente de estas materias por el TCE. La novedad del TFUE es la especificación de que la prohibición de armonización alcanza a la totalidad de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, es decir a los reglamentos, las directivas y las decisiones. Sin embargo, esta prohibición se ve desmentida por el propio Tratado, en algunos ámbitos, como tendremos oportunidad de constatar.

## 5.5. Salud pública<sup>242</sup>

### 5.5.1. Tipo de competencia

En la política de salud pública operan diferentes tipos específicos de competencia. Así: del apartado 1 del artículo 168 del TFUE se deduce una *competencia complementaria*; en los apartados 2 y 3 se configuran *competencias de coordinación, apoyo y cooperación*; en el apartado 5 se habilita a la Unión para el ejercicio de la *competencia de fomento*, todas ellas de acuerdo con el artículo 6.a) del TFUE; y en el apartado 4 se prevé una competencia compartida, de acuerdo con el apartado k) del artículo 4 del TFUE. El TCE regula esta materia en el artículo 152 y la Constitución Europea *non nata* en su artículo III-278.

A simple vista se aprecia que la clasificación de la salud pública entre las acciones de apoyo, coordinación o complemento no explica la totalidad de las competencias que la Unión tiene en la materia.

### 5.5.2. Objetivos

Los *objetivos específicos* previstos en el artículo 168 del TFUE se corresponden a los diferentes tipos de competencias de la Unión. Así, la competencia complementaria tiene como objetivos: la mejora de la salud pública; y prevenir las enfermedades humanas y las fuentes de peligro para la salud física y psíquica, incluyéndose en dichos objetivos, la lucha contra las pandemias y la vigilancia de las amenazas transfronterizas. Por lo que se refiere a las acciones de cooperación entre los Estados miembros, éstas tendrán como objetivo el entero ámbito de las competencias en materia de salud pública, y en especial mejorar la complementariedad de los servicios de salud de las regiones fronterizas. La coordinación tiene como objetivos el establecimiento de orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. La competencia de fomento tiene por objetivo la cooperación entre los Estados miembros, la protección de la salud humana y, en particular, la lucha contra las pandemias transfronterizas, así como la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol. Y la competencia compartida atenderá a los problemas comunes de seguridad. Como puede observarse se trata de una larga relación de objetivos muy precisos que deben operar como límites positivos y negativos en el ejercicio de sus competencias por la Unión.

---

<sup>242</sup> He tenido en cuenta, particularmente: A. J. ADRIÁN ARNÁIZ, «Salud pública», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 381 y sigs.; M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Salud pública», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 569 y sigs.; J. M. SOBRINO HEREDIA, «La política de la salud pública en la Unión Europea», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998.

### 5.5.3. Competencia atribuida

La determinación de las competencias en materia de salud es bastante precisa, aunque presenta algunas lagunas. Así, en lo relativo a las *competencias complementarias* (apartado 1 del art. 168 del TFUE) no se especifica en qué se concretan las competencias de la Unión salvo al indicar que promoverá, en la lucha contra las pandemias, la investigación de su etiología, transmisión y prevención, así como la información y la educación sanitaria; la alerta y la lucha contra las amenazas transfronterizas graves para la salud; y la información y prevención con objeto de reducir la incidencia nociva de las drogas en la salud. La *competencia de fomento de la cooperación* entre los Estados miembros (apartado 2 párrafo primero del art. 168 del TFUE)<sup>243</sup>, en el entero ámbito de la salud pública, es una competencia en sí misma considerada, como lo es igualmente la *competencia de coordinación* (apartado 2, párrafo segundo del art. 168 del TFUE) para alcanzar los objetivos a que antes nos referimos.

La competencia a que se refiere el apartado 4 del artículo 168 del TFUE se configura de un modo singular. Por una parte se excluye expresamente la aplicación del apartado 2 del artículo 2 del TFUE, así como de la letra a) del artículo 6 del mismo Tratado. Y, por otra parte, se remite a la letra k) del apartado 2 del artículo 4 del TFUE, que se refiere a «los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado». En definitiva, entre el conjunto de competencias en materia de salud pública se incluye una *competencia de carácter compartido* para hacer frente a problemas comunes de seguridad en dicha materia. Y, a tal efecto, se confieren a la Unión cuatro tipos diferentes de competencias, a que se refiere implícitamente el citado apartado 4 del artículo 168 del TFUE<sup>244</sup>.

Como sucede con otras competencias compartidas, el apartado 4 del artículo 168 del TFUE no puede interpretarse en el sentido de que la Unión pueda libremente ejercer o no su competencia. En efecto, en dicho precepto se establece que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «contribuirán» a los objetivos de salud pública establecidos en el artículo 168 del TFUE, lo que no deja lugar a dudas sobre la obligación de la Unión (*competencia de ejercicio obligatorio*) de actuar las competencias a que dicho precepto hace referencia (apartado 4). Los límites a la competencia de la Unión serían de dos tipos. Por

<sup>243</sup> Este tipo de coordinación se ha calificado de coordinación abierta, ver al respecto S. CAFARO, «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», en *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, vol II, Bruselas, 2003.

<sup>244</sup> Estas son: a) medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como la sangre y derivados de la sangre; estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o instaurar medidas de protección más estrictas; b) medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública; c) medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios».

una parte, de la letra a) del apartado 4 del artículo 168 del TFUE se deduce que, en el marco estricto de la competencia referida, los Estados miembros pueden mantener o instaurar medidas de protección más estrictas. Es decir, nos encontramos ante una modalidad de competencia compartida a la que no es aplicable la cláusula del apartado 2, último inciso, del artículo 2 del TFUE. Esto es, en el caso que nos ocupa, el ejercicio de su competencia por la Unión no excluye el ejercicio de la misma competencia por los Estados miembros, siempre que las medidas adoptadas por los Estados sean más estrictas que las adoptadas por la Unión. Además el apartado 7 del artículo 168 del TFUE hace compatibles las medidas que adopte la Unión en el marco de la competencia prevista en la letra a) del apartado 4 del mismo artículo, con las disposiciones que los Estados miembros puedan adoptar en materia de donaciones o uso médico de órganos y sangre.

Por otra parte, las competencias de la Unión, en materia de salud pública, tienen como límite genérico (a salvo de lo dicho en el apartado 4 antes mencionado) lo prescrito en el apartado 7 del artículo 168 del TFUE. Así, de un modo un tanto ambiguo, se establece que la Unión «respetará las responsabilidades de los Estados miembros», en lo relativo a definición de su política de salud y en la organización y prestación de servicios sanitarios y de atención médica, para acabar diciendo que las responsabilidades de los Estados incluyen la gestión de los servicios de salud y atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios. Mayor claridad se obtendría de haberse hecho referencia a la exclusión de la Unión del ejercicio de las competencias antes señaladas, pero, en todo caso, debe llegarse a dicha conclusión. Esto es, los aspectos organizativos, prestacionales y presupuestarios siguen en la esfera de competencias de los Estados miembros, aunque no cabe duda de que el ejercicio de competencias que la Unión tiene atribuidas en la materia repercuten necesariamente en las vertientes organizativas, prestacionales y presupuestarias. Mayores matizaciones deben hacerse en lo relativo a las responsabilidades de los Estados miembros en lo relativo a la definición de su política de salud, pues resulta evidente que, aunque la competencia de definir corresponda a cada uno de los Estados miembros, dicha definición tiene que tener en cuenta el marco competencial de la Unión en la materia. Pero, en todo caso, el citado precepto supone el reconocimiento de competencias propias de los Estados miembros que no pueden ser ejercidas por la Unión.

#### **5.5.4. Instrumentos jurídicos y procedimientos**

Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 168 del TFUE, relativos al ejercicio de competencias complementarias, de cooperación, apoyo, fomento y coordinación, no hacen referencia alguna al instrumento o instrumentos jurídicos para ejercerlas. No obstante, por virtud de lo dispuesto en el apartado 6 del citado artículo, el Consejo podrá adoptar recomendaciones a propuesta de la Comisión, instrumento jurídico

liviano que es del todo idóneo para el ejercicio de competencias de cooperación, coordinación y apoyo. Podría entenderse que al prever el apartado 5 del artículo 168 del TFUE la adopción de medidas de fomento mediante el procedimiento legislativo ordinario se da por sobreentendido que el citado procedimiento es el instrumento idóneo para el ejercicio de las competencias de los apartados 1 a 3 del citado artículo. Pero, se trata de una interpretación un tanto forzada, porque nada hubiera impedido que en los respectivos apartados 1, 2 y 3 se hubiera hecho referencia a los instrumentos idóneos para el ejercicio de las diferentes competencias. Mayores dificultades para aceptar dicha interpretación se deducen del apartado 6 del citado artículo, que pudiendo regular los diferentes instrumentos jurídicos para el ejercicio de cada competencia tan sólo se ha referido a las recomendaciones. Por ello, entiendo que en caso de que no se considere suficiente la recomendación como instrumento jurídico, como puede suceder para ejercer competencias de fomento, podrá utilizarse la cláusula del artículo 296 del TFUE, que estudiamos más atrás.

Por lo que se refiere al ejercicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 168 del TFUE, se ha previsto una competencia de carácter facultativo en el Parlamento Europeo y el Consejo, que deberán ejercerla mediante el procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas y decisiones), previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social.

Finalmente, el ejercicio de las competencias de fomento, del apartado 5, corresponde al Parlamento Europeo y al Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social.

### **5.5.5. Los objetivos en materia de salud como objetivos transversales y prohibición de armonización**

A las observaciones anteriores hay que añadir la circunstancia de que los objetivos de la protección salud humana pueden calificarse de carácter transversal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del TFUE (reproducido por el apartado 1 del artículo 168 del TFUE), que establece que: «En la definición y ejecución sus las políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas... con un nivel elevado... de protección de la salud humana», remitiéndome para el significado de dicha prescripción a lo dicho anteriormente.

Como antes señalamos, en el apartado 5 del artículo 168 del TFUE se excluye toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Pero resulta obvio que la exclusión de armonización no afecta a la competencia compartida del apartado 4 del artículo 168 del TFUE, más bien al contrario. Ya que de la literalidad del precepto «estableciendo... medidas para hacer frente a problemas comunes de seguridad» remite a medidas de coordinación o, más allá, a normas unitarias para todos los Estados de la Unión. Por el contrario el legislador

habría considerado que el ejercicio de las competencias de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 168 del TFUE no es susceptible, por su propia naturaleza, de armonizar disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, más aun por la circunstancia de que ni siquiera se han previsto expresamente los instrumentos jurídicos mediante los que deben ejercerse las referidas competencias, en cuyo caso debe aplicarse la norma general establecida en el apartado 5, párrafo segundo, del artículo 2 del TFUE.

## 5.6. Industria<sup>245</sup>

### 5.6.1. Tipo de competencia

De acuerdo con el artículo 6.b) del TFUE la Industria sería un ámbito de las acciones de apoyo, coordinación o complemento, reguladas en el artículo 173 del TFUE, que reproduce con ligeras adaptaciones el artículo 157 del TCE. La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en el artículo III-279.

### 5.6.2. Objetivos

El *objetivo específico* principal que rige tanto para la Unión como para los Estados miembros es el de velar porque se den las condiciones necesarias para la competitividad en la industria. Y para alcanzar dicho objetivo principal se establecen otros *objetivos específicos*, derivados o implícitos para la Unión y los Estados miembros, como los de: a) acelerar la adaptación de la industria a los cambios estructurales; b) fomentar un entorno favorable a la iniciativa y al desarrollo de las empresas de toda la Unión, en particular de las pequeñas y medianas empresas; c) fomentar un entorno favorable a la cooperación entre empresas; y d) favorecer un mejor aprovechamiento del potencial industrial de las políticas de innovación, investigación y desarrollo tecnológico. Es relevante que los objetivos de esta política tengan carácter transversal (apartado 3 del art. 173 del TFUE), en la medida en que dichos objetivos lo son también de las demás políticas y acciones de la Unión (*objetivo transversal*).

---

<sup>245</sup> He tenido en cuenta, particularmente: M. BANGEMANN, «Pour une politique industrielle européenne», en *Revue du Marché Común*, 1992; FLORY Y TOULEMON, *Une politique industrielle pour l'Europe*, Paris, 1974; B-F. MACERA, «Industria», en A. CALONGE VELÁZQUEZ y otros, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 475 y sigs.; R. PAIS RODRÍGUEZ, «Política industrial», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 633 y sigs.

### 5.6.3. Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

En primer lugar a la Comisión le corresponde la iniciativa para la adopción de *medidas para el fomento de la coordinación entre los Estados miembros*<sup>246</sup>, coordinación que se ha previsto se exprese mediante el establecimiento de orientaciones e indicadores, organizando el intercambio de mejores prácticas y preparando los elementos necesarios para el control y evaluación periódicos de las políticas industriales de los Estados miembros. Por otra parte, se configura como una *competencia flexible* en que los objetivos configuran la competencia, con la limitación de que por dicha vía no se pueden armonizar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

El fomento de la coordinación entre los Estados miembros y de éstos con la Comisión (apartado 2 del art. 173 del TFUE) compete adoptarla a la Comisión, sin que se hayan previsto los instrumentos para llevarla a cabo (*competencia facultativa*), así como la obligación de informar al Parlamento Europeo, aunque no se precisa quién y en qué trámite procedimental debe producirse dicha información. Habida cuenta de que la coordinación en algunos otros ámbitos competenciales se lleva a cabo mediante recomendaciones, parecería adecuado utilizar este tipo de instrumento jurídico para el ejercicio de la competencia que nos ocupa. A tal efecto debe actuarse la cláusula del artículo 296 del TFUE, en los términos a que nos referimos más atrás.

El apartado 3 del artículo 173 del TFUE prevé, como antes señalamos, la realización de los objetivos del artículo 1 del mismo artículo a través del ejercicio de las demás políticas y acciones, con la única limitación de que el ejercicio de dicha competencia integrada tiene como límites positivos y negativos los objetivos del apartado 1 del artículo 173 del TFUE, a que nos referimos antes. De manera que los objetivos industriales deben ser realizados mediante los instrumentos y procedimientos previstos en las demás políticas y acciones de la Unión, en la medida en que sean idóneas al efecto.

Finalmente, en el apartado 3 del artículo 173 del TFUE se prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan llevar a cabo medidas de apoyo para la realización de los objetivos del apartado 1 del mismo artículo, mediante el procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas y decisiones). *Competencia facultativa* que tiene límites bien precisos, en la medida en que a través de dichas medidas no puede falsearse la competencia o incluir disposiciones fiscales o relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena, quedando prohibida toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Es decir, las normas para la competencia rigen plenamente en esta materia.

---

<sup>246</sup> Este tipo de coordinación se ha calificado de coordinación abierta, ver al respecto S. CAFARO, «La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen», en *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, vol. II, Bruselas, 2003.

#### 5.6.4. La prohibición de armonización

En este ámbito, como sucede en el anterior, surge la duda de si la cláusula de prohibición de que la Unión pueda dictar normas de armonización de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros, del apartado 3 del artículo 173 del TFUE, es o no aplicable a la competencia del apartado 2. Probablemente, el legislador consideró que el ejercicio de las competencias del apartado 2 del artículo 173 del TFUE no es susceptible, por su propia naturaleza, de armonizar disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros. Pero la duda surge en la medida en que sea cual sea el instrumento jurídico que se utilice deberá contener orientaciones e indicadores y, a la postre, las mismas tendrán carácter armonizador cuando se conecten a medidas de fomento, a las que se refiere el apartado 3 de dicho artículo 173.

#### 5.7. La cultura<sup>247</sup>

##### 5.7.1. Tipo de competencia

De acuerdo con el apartado c) del artículo 6 del TFUE, la cultura sería un ámbito para las acciones de fomento de la Unión, en que ésta deberá también propiciar la cooperación con terceros Estados y con organizaciones internacionales en la materia, como corrobora el artículo 167 del TFUE, que reproduce el artículo 151 del TCE. Por otra parte, la diversidad cultural se reconoce en el artículo 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en el artículo III-280. De acuerdo con el artículo 13 del TFUE, en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio, tanto la Unión como los Estados miembros deben respetar las tradiciones culturales.

##### 5.7.2. Objetivos

Los *objetivos específicos* principales de la política cultural de la Unión son dos (art. 167 del TFUE). Por un lado, contribuir al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, consecuente con la consagración del principio de diversidad cul-

---

<sup>247</sup> He tenido en cuenta, particularmente: A. ALLUÉ BUIZA, «Cultura», en A. CALONGE VELÁSQUEZ y otros, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, págs. 359 y sigs.; M. Lora-Tamayo Vallvé, «Cultura», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 548 y sigs.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La atribución de competencia en materia cultural (art. 128 TCE)», en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1995; P. MELLADO PRADO, «Informe sobre la presidencia española de Ministros de Cultura y del Audiovisual de la Unión Europea», en *La presidencia española del Consejo de Ministros de Cultura y del Audiovisual de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

tural en todas sus vertientes (arts. 22 de la Carta y 13 del TFUE). Y, por otro lado, poner de relieve el patrimonio cultural común, principio que debe operar de modo simultáneo al anterior.

Serían también objetivos específicos que complementarían los referidos anteriormente: El fomento de la cooperación entre los Estados miembros; y, si es necesario, apoyar y complementar la acción de los mismos, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 167 del TFUE. En este último caso se extreman las cautelas para la intervención de la Unión, lo que parece indicar que la intervención de la Unión exigiría el procedimiento de la subsidiariedad. De manera que existe cierto desajuste entre los objetivos del apartado 1 y los del apartado 2 del artículo 167 del TFUE, desde la perspectiva de la aplicación del principio de subsidiariedad.

La cultura, como objetivo, tiene *naturaleza transversal*, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 de artículo 160 que prescribe que: «La Unión tendrá en cuenta los aspectos culturales en la actuación que lleve a cabo en virtud de otras disposiciones de los Tratados, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas». De manera que el objetivo del apartado 1 del artículo 167 del TFUE sería de obligado cumplimiento, incondicionado, en el marco de las demás políticas de la Unión, con la consiguiente ampliación competencial.

### 5.7.3. Competencia atribuida e instrumentos jurídicos

De la formulación de los objetivos específicos que se hace en el apartado 1 del artículo 167 del TFUE se deduciría que la Unión está obligada a intervenir, «contribuir» dice el precepto (*competencia de ejercicio obligatorio*). Esto es, como señalamos en otras ocasiones, el TFUE estaría anticipando el juicio de oportunidad que sustituiría el procedimiento de subsidiariedad, aunque no el de proporcionalidad.

Por otra parte, el objetivo del apartado 1 del artículo 167 del TFUE sería de obligado cumplimiento en lo relativo al fomento de la cooperación entre Estados miembros, llevada a cabo por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, decidiendo el Consejo por unanimidad y previa consulta al Comité de las Regiones. En este caso, puede decirse que el TFUE habría realizado el juicio de oportunidad previa, que excluiría el procedimiento de subsidiariedad. Sin embargo, las medidas de apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros exigirían el procedimiento de subsidiariedad, en la medida en que habría que determinar la necesidad de las mismas. Y sería preciso, igualmente, superar el test de la proporcionalidad para determinar si procede dictar reglamentos, directivas o decisiones.

Las medidas de apoyo y complemento están limitadas a cuatro ámbitos determinados, a saber:

a) mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos;

- b) la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea;
- c) los intercambios culturales no comerciales;
- d) la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual.

Por otra parte, la Unión está habilitada, junto a los Estados miembros, para tener relaciones internacionales en este ámbito, en la versión de cooperación con terceros países y con organizaciones internacionales en el ámbito de la cultura, y en especial con el Consejo de Europa, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 167 del TFUE. Como sucede en otros casos, y en sintonía con la naturaleza de esta competencia, se ha consagrado en el TFUE la plena compatibilidad de la competencia internacional en materia de cultura de los Estados y de la Unión, con los problemas que esto puede suponer, al no preverse expresamente la coordinación de las políticas culturales de la Unión y de los Estados miembros.

Por otra parte, se sigue atribuyendo la potestad de aprobar recomendaciones al Consejo, que debieran entenderse idóneas para adoptar medidas de cooperación y coordinación que resulten necesarias.

Como en casos anteriores la circunstancia de que las competencias de la Unión sean compatibles con los de los Estados miembros en la materia, no excluye el ejercicio obligatorio por la Unión de sus competencias.

Finalmente, debe señalarse que el apartado 5 del artículo 167 del TFUE excluye la armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

## **5.8. El turismo**

### **5.8.1. Tipo de competencia**

De acuerdo con el apartado d) del artículo 6 del TFUE el turismo es una competencia de apoyo, coordinación o complemento, que desarrolla el artículo 195 TFUE, que integra el título XXII «Turismo» de la parte tercera de dicho Tratado. Este precepto que trae causa en el artículo III-281 de la Constitución Europea *non nata* no tiene precedente en el TCE al que tan solo se hacía una referencia al turismo en el apartado u) del artículo 3.1, sin desarrollo posterior. El turismo se caracteriza como un ámbito de acciones de apoyo, coordinación o complemento.

### **5.8.2. Objetivos, competencia atribuida e instrumentos jurídicos**

En el artículo 195 del TFUE se confunden los objetivos y contenido material de la competencia. El *objetivo específico* principal de la política de la Unión sería promover la competitividad de las empresas turísticas de la Unión. Y serían también *objetivos específicos*, que se confunden con competencias materiales, las que persiguen complementar la acción de los Estados miembros, a saber:

a) fomentar de la creación de un entorno favorable al desarrollo de las empresas del sector; y

b) propiciar la cooperación entre Estados miembros, en particular mediante el intercambio de buenas prácticas.

Del artículo 195 del TFUE se deduce un juicio de oportunidad, «la Unión complementará» (*competencia de ejercicio obligatorio*), que podría interpretarse en el sentido de que se excluye el procedimiento de subsidiariedad, aunque no el de proporcionalidad.

Los instrumentos que el TFUE pone a disposición del Parlamento Europeo y del Consejo son los derivados del procedimiento legislativo ordinario (reglamentos, directivas y decisiones), mediante los que deberá adoptar medidas de complemento de la acción de los Estados miembros en la materia.

En todo caso, el artículo 195.2 del TFUE excluye que las medidas que pueda adoptar la Unión en la materia puedan suponer la armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

## 5.9. Educación, juventud, deportes y formación profesional<sup>248</sup>

### 5.9.1. Tipo de competencia

De acuerdo con el apartado e) del artículo 6 del TFUE, la educación, juventud, deportes y formación profesional sería un ámbito de acciones de apoyo, coordinación o complemento, desarrollado en los artículos 165 y 166 del TFUE, que integran el Título XII de la Parte tercera de este Tratado. El TCE regula este heterogéneo ámbito competencial en los artículos 149 y 150 y la Constitución Europea *non nata* en sus artículos III-282 y III-283 que, con ciertas matizaciones, coincide con la regulación del TFUE.

### 5.9.2. Objetivos y competencia atribuida

Los objetivos son diferentes para cada uno de los subámbitos que se incluyen en los artículos 165 y 166, ambos del TFUE. Así, en relación con la educación el *objetivo específico* principal de esta política es *la contribución al desarrollo de una educación de calidad*. En relación con el deporte su *objetivo específico* principal es el de *contribuir a fomentar los aspectos europeos del deporte*. Y, en relación con la

---

<sup>248</sup> Sobre este tema: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Otras competencias comunitarias (II): educación, cultura y salud pública», en M. LÓPEZ ESCUDERO Y J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES (coord.), *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 324 y sigs.

formación profesional su *objetivo específico* principal sería el de *desarrollar una política de formación profesional*.

Los *objetivos específicos*, derivados del principal, en materia de educación se confunden con las competencias materiales de la Unión, y son los siguientes:

- desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, en particular mediante el aprendizaje y la difusión de las lenguas de los Estados miembros;
- favorecer la movilidad de los estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios;
- promover la cooperación entre los centros docentes;
- incrementar el intercambio de información y experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas educativos de los Estados miembros;
- favorecer el desarrollo de los intercambios de jóvenes y animadores socioeducativos y fomentar la participación de los jóvenes en la vida democrática de Europa;
- fomentar el desarrollo de la educación a distancia.
- desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente los jóvenes.

Debe destacarse que los apartados 2 del artículo 165 y 2 del artículo 166, ambos del TFUE, habilitan expresamente a la Unión y a los Estados miembros para que mantengan relaciones de cooperación con terceros Estados y con organizaciones internacionales competentes en materia de educación, deporte y formación profesional, indicando el apartado 3 del artículo 165 del TFUE que deberán mantenerse dichas relaciones, en particular, con el Consejo de Europa. La consagración de relaciones paralelas y compatibles de la Unión y de los Estados miembros puede ser una fuente de problemas de no actuarse la coordinación entre una y otros, para la que no se han previsto instrumentos adecuados. Pero, en todo caso, se trata de un supuesto de *competencia concurrente*.

Los *objetivos específicos* de la formación profesional se contienen en el apartado 1 del artículo 166 del TFUE y se confunden con el contenido material de la competencia, a saber:

- a) facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, en particular mediante la formación y la reconversión profesionales;
- b) mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral;
- c) facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente los jóvenes;
- d) estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanza o de formación profesional y empresas;
- e) incrementar el intercambio de información y experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros.

El ejercicio de las competencias de la Unión en materia de educación, como antes su precedente, ha explicitado la naturaleza de fomento de las acciones de la Unión al señalar que la misma debe respetar plenamente la responsabilidad de los Estados miembros en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación. Este mismo tipo de limitación se prescribe en lo relativo a la competencia en materia de formación profesional en que la Unión, en sus acciones de apoyo y complemento, debe respetar plenamente la responsabilidad de los Estados «en cuanto al contenido y la organización de dicha formación». Pero la naturaleza de las competencias materiales de la Unión no excluye el carácter obligatorio de su ejercicio (*competencia de ejercicio obligatorio*).

Resulta curioso como, en ocasiones, el incremento de competencias de la Unión no sólo no favorece la consecución de los objetivos de la misma sino, justamente, lo contrario. En efecto, una de las dificultades más significativas para la realización del mercado interior se encuentra en que los contenidos educativos no son homogéneos. Razón ésta por la que la Unión ha llevado a cabo una serie de medidas (a las que nos hemos referido en el marco de la política de libre circulación de personas y servicios), con objeto de que puedan homologarse los títulos que acreditan conocimientos con objeto de hacer posible la circulación efectiva de trabajadores y profesionales en la Unión. Resulta evidente que las medidas adoptadas hasta la fecha no son suficientes, y hubiera sido posible por la vía de los artículos 94, 95 y 96 del TCE (de no haberse introducido los artículos 149 y 150 del TCE) una armonización adecuada de disposiciones educativas con la finalidad de realizar el mercado interior. Pues bien, de igual manera el TFUE impide dicha armonización, que en otro caso sería posible de acuerdo con los artículos 114, 115 y 116 del TFUE, a tenor de lo dispuesto en los apartados 4 del artículo 165 y 4 del artículo 166, ambos del TFUE.

### 5.9.3. Instrumentos jurídicos

Los instrumentos que el TFUE pone a disposición del Parlamento Europeo y el Consejo son los derivados del procedimiento legislativo ordinario (apartado 4 del artículo 165 y apartado 4 del artículo 166, ambos del TFUE), esto es reglamentos, directivas y decisiones, mediante los que se podrán adoptar las medidas de fomento, en el caso de la educación y el deporte, o las medidas necesarias, en el caso de la formación profesional. Por otra parte se habilita al Consejo para que pueda adoptar recomendaciones a propuesta de la Comisión (apartado 4 *in fine* del artículo 165 del TFUE).

En todo caso, los artículos 165 y 166 del TFUE excluyen la armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

## 5.10. La protección civil

### 5.10.1. Tipo de competencia

El apartado f) del artículo 6 del TFUE caracteriza a la protección civil como un ámbito de acciones de apoyo, coordinación y complemento, objeto de desarrollo en el artículo 196 del TFUE, que integra el Título XXIII «Protección civil» de la Parte tercera de dicho Tratado. A la protección civil se refiere el apartado u) del artículo 3.1 del TCE, sin que, sin embargo, con posterioridad se explicitaran las medidas que puede adoptar la Unión en este ámbito. La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en el artículo III-284, que coincide sustancialmente con el artículo 196 del TFUE.

### 5.10.2. Objetivos y competencia atribuida

En el artículo 196 del TFUE se confunden los objetivos y contenido material de la competencia. El *objetivo específico* de la política de protección civil de la Unión es «mejorar la eficacia de los sistemas de prevención de las catástrofes naturales o de origen humano y de protección frente a ellas». A este objetivo específico principal se dirige, a su vez, la acción de fomento de la cooperación entre los Estados miembros, que constituye su competencia principal. Y los *objetivos específicos*, complementarios del anterior, que se confunden con la competencia de la Unión, son de tres tipos diferentes:

a) *De apoyo y complemento* de la acción de los Estados miembros para el logro de tres objetivos:

- prevención de riesgos;
- preparación de las personas encargadas de la protección civil en los Estados miembros;
- intervención en caso de catástrofes naturales o de origen humano dentro de la Unión.

b) *De fomento de una cooperación operativa* rápida y eficaz dentro de la Unión entre los servicios de protección civil nacionales.

c) *De favorecimiento de la coherencia* de las acciones emprendidas a escala internacional en materia de protección civil.

Se trata de objetivos-competencias muy ambiciosos, de carácter obligatorio (*competencia de ejercicio obligatorio*), que son coincidentes, parcialmente, con la causa determinante de la aplicación de la cláusula de solidaridad del artículo 222 del TFUE, que prevé la posibilidad de la intervención directa de la Unión, previa solicitud de un Estado miembro, en caso de catástrofe natural o de origen humano. De acuerdo con dicha cláusula, es posible deducir que la política de protección civil

de la Unión, del artículo 196 del TFUE, en caso alguno podría ir más allá del apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros, o del fomento de la cooperación entre los Estados miembros, suponiendo la cláusula de solidaridad un nivel de intervención superior.

En todo caso, la confusión entre objetivos y competencias no favorece la comprensión de los límites de las acciones de complemento que tengan por objeto la intervención de la Unión, en caso de catástrofes naturales o de origen humano a que se refiere el apartado 1.a) *in fine* del artículo 196 del TFUE.

### **5.10.3. Instrumentos jurídicos**

El instrumento jurídico que pone el TFUE a disposición de la Unión para el ejercicio de sus competencias en materia de protección civil son los reglamentos, directivas y decisiones, adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, por el procedimiento legislativo ordinario, que establecerán las medidas necesarias para contribuir a la consecución de los objetivos antes citados. La redacción del apartado 2 del artículo 196 del TFUE difiere matizadamente de los preceptos del mismo capítulo relativos a los instrumentos jurídicos que puede utilizar la Unión para la consecución de sus objetivos, en el sentido de que dichas disposiciones establecerán las «medidas necesarias para contribuir a la consecución de los objetivos». De manera que cobra relevancia principal como competencia de la Unión, la que se anuncia en el apartado 1 de dicho artículo, esto es, el fomento de la cooperación de los Estados miembros en la materia, que excluiría la posibilidad de intervenciones complementarias de la Unión que consistieran en intervenciones directas en caso de catástrofes naturales o de origen humano, intervenciones que sólo podrían tener lugar a través de la práctica de la cláusula de solidaridad.

En todo caso, el artículo 196.2 del TFUE excluye la armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

## **5.11. La cooperación administrativa**

### **5.11.1. Tipo de competencia**

De acuerdo con el apartado g) del artículo 6 del TFUE la cooperación administrativa sería un ámbito de las acciones de apoyo, coordinación o complemento. La cooperación administrativa para la aplicación efectiva del Derecho de la Unión es una nueva competencia de la Unión introducida por el artículo 197 del TFUE que integra el Título XXIV de la parte tercera de dicho Tratado, que trae causa de artículo III-285 de la Constitución Europea *non nata*.

### 5.11.2. Objetivos

El *objetivo específico* principal de cooperación administrativa es la aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que con cierto énfasis se dice que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión hasta el punto de ser considerado como un asunto de interés común. Y, sería también *objetivo específico* el de mejorar la capacidad administrativa de los Estados miembros para aplicar el Derecho de la Unión.

Estos objetivos pudieran sorprender, en la medida en que la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros es una obligación de éstos, como recuerda el apartado 3 del artículo 197 del TFUE, e impone el apartado 3, párrafo segundo, del artículo 4 del TUE. Lo cierto es que tanto la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con las novedades que supone, como las ampliaciones de la Unión recientes, aconsejan una acción de esta naturaleza que debiera contribuir a elevar el grado de conocimiento del Derecho de la Unión por los Estados miembros, y los operadores jurídicos en general, que en la actualidad presenta considerables deficiencias.

### 5.11.3. Competencia atribuida

Resulta claro que la actuación de la competencia que analizamos debe soportar el procedimiento de subsidiariedad, pues afecta de un modo directo a los empleados públicos y a la organización de las Administraciones públicas de los Estados miembros, razones estas por la que el apartado 2 del artículo 197 del TFUE ha establecido que la «La Unión *podrá respaldar*<sup>249</sup> los esfuerzos de los Estados miembros para mejorar su capacidad administrativa para aplicar el Derecho de la Unión», esto es, una *competencia facultativa* en sentido estricto. Es más, excepcionalmente, el apartado 2 que analizamos establece que «ningún Estado miembro estará obligado a valerse de tal apoyo». Es decir, que aun en el caso de que la actuación de la Unión superara el procedimiento de subsidiariedad, dicha actuación exige el consentimiento expreso de cada uno de los Estados miembros. De manera que se trata de una *competencia facultativa de apoyo en que prevalece el carácter complementario*.

En el caso de que se supere el procedimiento de subsidiariedad, aunque sin carácter exhaustivo, la intervención de la Unión puede consistir en:

- intercambio de información y funcionarios.
- apoyo de programas de formación.

---

<sup>249</sup> La cursiva es nuestra.

#### 5.11.4. Instrumentos jurídicos

El instrumento jurídico que prevé el TFUE para el ejercicio de las competencias en materia de cooperación administrativa es el reglamento adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante el procedimiento legislativo ordinario, que establecerá las medidas necesarias para contribuir a la consecución de los objetivos antes citados. La mención expresa al reglamento es excepcional en el marco de las políticas del TFUE que suelen referirse únicamente al procedimiento de adopción de medidas.

En todo caso, el artículo 197 del TFUE excluye la armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

#### 5.11.5. Conclusiones

La novedosa competencia de la Unión de apoyo a los Estados miembros con la finalidad de que el Derecho de la Unión se aplique efectivamente puede caracterizarse como una *competencia facultativa de apoyo y complementaria, cuya efectividad en cada Estado miembro exige su aceptación por los mismos*. Podríamos decir que estamos ante un supuesto en que la subsidiariedad funciona doblemente. Por un lado, la intervención de la Unión exige superar el procedimiento de subsidiariedad y, superado dicho procedimiento sigue siendo necesaria la aceptación por los Estados miembros en que se lleve a cabo dicha acción de la Unión.

### 5.12. Conclusiones

El conjunto de políticas estudiadas en este epígrafe 5 constituyen los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento. No obstante, debe señalarse que la salud pública tiene también naturaleza de competencia compartida, con arreglo al artículo 4.2 k) del TFUE, competencia que se regula junto a la vertiente de acción apoyo, coordinación o complemento.

La regulación de las políticas de apoyo, coordinación y complemento no es suficiente en todos los casos, ni tampoco es homogénea. Es insuficiente porque en algunos casos se confunden objetivos con competencias, lo que debiera haberse evitado en aras de la claridad, y en otros falta la definición de los instrumentos jurídicos de que dispone la Unión. Igualmente son destacables los supuestos en que se produce la habilitación expresa a la Unión y a los Estados miembros para las relaciones internacionales, sin adoptar las precauciones precisas de coordinación.

Se podría también extraer la conclusión de que el procedimiento de subsidiariedad no se exigiría en algunos casos, como consecuencia de haber anticipado el TFUE el juicio de oportunidad, convirtiendo el ejercicio de la competencia en una

obligación, sujeta a condiciones más o menos precisas. Y, esta conclusión se obtendría por la circunstancia de que en algunos casos se configura una obligación (establecerá) para la Unión, mientras que en otros casos lo que se otorga es una facultad (podrá). Y, es más, en algún caso (art. 197.2 del TFUE), superado el procedimiento de subsidiariedad los Estados miembros pueden aceptar o rechazar la actuación de la Unión.

## 6. ACCIÓN EXTERIOR Y POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN (PESC)<sup>250</sup>

### 6.1. La acción exterior de la Unión y la política exterior y de seguridad común como conjunto heterogéneo de políticas y acciones

El TFUE denomina «Acción exterior de la Unión»<sup>251</sup> a un conjunto de políticas de diferente naturaleza agrupadas en la parte quinta del TFUE (artículos 205 a 222)<sup>252</sup>. Y, por su parte, El TUE dedica su título V a «Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la política exterior y de seguridad común» artículos 21 a 46. Todas estas políticas y acciones, a excepción de la cláusula de solidaridad, figuraban en el TCE que presta atención a la política comercial común (arts. 131 a 134), a la cooperación al desarrollo (arts. 177 a 181), a la celebración de acuerdos internacionales (art. 300), y a las relaciones con organizaciones internacionales (arts. 302 a 304) y en

<sup>250</sup> De entre la extensa bibliografía sobre la materia he tenido en cuenta, en particular: F. ARTEAGA, *La identidad europea de seguridad y defensa*, Madrid, 1999; M. ÁLVAREZ VERDUGO, *La Política de Seguridad y Defensa en la Unión Europea*, Madrid, 2004; E. BARBÉ (coord.), *Política Exterior Europea*, Barcelona, 2000; A. DUMOULIN, R. MATHIEU, G. SARLET, *La politique européenne de sécurité et de défense (PESD): De l'opérateur à l'identitaire. Genèse, structuration, ambitions, limites*, Bruselas, 2003; J. A. FUENTETAJA PASTOR, «La Política Exterior y de seguridad Común», en E. LINDE y otros, *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 900 y sigs.; R. GARCÍA PÉREZ, *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea*, Madrid, 2003; V. GARRIDO REBOLLEDO (coord.), *El futuro de la política exterior y de seguridad y defensa europea*, Madrid, 2002; F. LONGO, *La Política Estera dell'Unione Europea tra Interdependenza e Nacionalismo*, Bari, 1995; G. PALOMARES LERMA, *Relaciones internacionales en el siglo XXI*, Madrid, 2004 y (ed.), *Política de seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI*, Valencia, 2002; C. RAMÓN CHORNET (coord.), *La política de seguridad y defensa en el Tratado constitucional*, Valencia, 2005.

<sup>251</sup> Una crítica a la utilización de esta denominación puede encontrarse en F. ALDECOA LUZÁRRAGA, *Una Europa. Su proceso constituyente 2000-2003. La innovación política europea y su dimensión internacional. La Convención, el Tratado Constitucional y su política exterior*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, págs. 219 y sigs.

<sup>252</sup> Dicha parte quinta se integra por los siguientes títulos: (I) Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión; (II) la política comercial común; (III) cooperación con terceros países y ayuda humanitaria; (IV) medidas restrictivas; (V) acuerdos internacionales; (VI) las relaciones con organizaciones internacionales y con terceros países y delegaciones de la Unión; y (VII) cláusula de solidaridad.

el TUE se regulaba la política exterior y de seguridad común (arts. 11 a 42). El TFUE ha incorporado las novedades introducidas por la Constitución Europea *non nata* que agrupó prácticamente la totalidad de las políticas que en el texto del TFUE están dedicadas a la acción exterior y a la política exterior y de seguridad común bajo el mismo epígrafe «Acción exterior de la Unión» (arts. III-292 a III-329).

La Constitución Europea *non nata* agrupó bajo el epígrafe «acción exterior» un conjunto de políticas heterogéneas, antes dispersas en el TUE y el TCE, agrupación que pudo tener, acaso, un propósito sistematizador, pero no uniformaba la naturaleza de las políticas en cuestión. Por el contrario el Tratado de Lisboa ha vuelto a separar la acción exterior de la política exterior y de seguridad común, lo que sigue sin responder a criterio sistematizador alguno, pues las políticas que contiene son de naturaleza diferente. Lo único que une a ambos conjuntos de políticas son los principios por los que se rigen, los principios de los artículos 21 y 22 del TUE, si bien lo hacen con diferente intensidad (sin ninguna) en las diferentes políticas. Por otra parte, debe mencionarse que ni la acción exterior ni la política exterior y de seguridad común, como tales, figuran en los artículos 2 a 6 del TFUE que pretende clasificar todas las políticas de la Unión.

No vamos a estudiar en este lugar las competencias de la Unión clasificadas de acuerdo con los artículos 2 a 6 del TFUE. Me refiero a la política comercial común que es un ámbito de competencia exclusiva, estudiado más atrás, a la política de cooperación y la ayuda humanitaria, ámbitos de competencias compartidas de carácter singular que también hemos estudiado más atrás, ni a la competencia para suscribir acuerdos internacionales, que también han sido objeto de estudio más atrás. Curiosamente, las demás políticas que integran la acción exterior de la Unión (acuerdos internacionales, relaciones con organizaciones internacionales y cláusula de solidaridad) no están clasificadas en los artículos 2 a 6 del TFUE, la-guna que, una vez más, sólo se puede explicar por el modo de elaboración del Tratado de Lisboa. De nuevo, los redactores de los artículos 2 a 6 del TFUE parecen ser diferentes a los que debieron elaborar partes como la quinta, o sencillamente, no la tuvieron en consideración. Pues, como veremos, la cláusula general de carácter subsidiario que contiene el artículo 4.1 del TFUE es de difícil aplicación a las políticas a que nos hemos referido del TFUE así como a la política exterior y de seguridad común del TUE, que incluiría la política común de defensa, que un conjunto de competencias singulares.

## **6.2. Los objetivos genéricos de la acción exterior y de la política exterior y de seguridad común**

La única novedad relevante tras el Tratado de Lisboa sería la de establecer un conjunto de objetivos que serían comunes a las distintas políticas y acciones

del TUE y del TFUE en lo que concierne a la acción exterior y a la política exterior y de seguridad común del TUE. Los objetivos de la acción exterior y de la política exterior y de seguridad común son, por un lado, los objetivos de la Unión (art. 3.5 del TUE) y por otra, los principios-objetivos comunes del artículo 21 del TUE. Finalmente, cada política de las que integran la acción exterior y la política exterior y de seguridad común es regida por principios u objetivos específicos que se deducen del articulado del Título V del TUE y de la parte quinta del TFUE.

El artículo 3.5 del TUE<sup>253</sup> tiene contenidos retóricos y simbólicos indudables al poner de relevancia el internacionalismo de la Unión, que lejos de concebirse a sí misma como una organización internacional de objetivos limitados opta, decididamente, en la línea iniciada tímidamente por el TUE, anterior al Tratado de Lisboa, por la proyección de los valores que sirven de soporte a la Unión y a sus Estados miembros. Así, además de la promoción y afirmación de sus valores, la Unión contribuirá a la realización de una serie de objetivos ambiciosos en el ámbito internacional. Se trata de objetivos de la Unión «en sus relaciones con el resto del mundo» que se deben llevar a cabo de acuerdo con los instrumentos y competencias que Tratados ponen a disposición la Unión (art. 3.6 del TFUE). Estos objetivos pueden servir como parámetros de control, positivos y negativos, de la acción exterior de la Unión, siempre de acuerdo con los controles políticos, jurídicos y jurisdiccionales, de variado signo, que soportan cada una de las políticas.

Particular relevancia pueden tener las cláusulas de respeto al Derecho internacional y a la Carta de las Naciones Unidas, que suponen una técnica de interpretación del propio texto constitucional, semejante al artículo 10.2 de la Constitución española, a que me he referido en el capítulo I de este trabajo.

En el marco de la acción exterior de la Unión no deben olvidarse los principios que lucen en el artículo 4.2 del TUE, en especial: el respeto de «las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad de cada Estado miembro», que sin duda deben suponer un límite al expansionismo de la Unión en la materia que estudiamos.

---

<sup>253</sup> El artículo 3.5 del TFUE, que se corresponde al artículo I-3.4 de la Constitución Europea *non nata*, que dice: «En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho Internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas».

### 6.3. Los objetivos genéricos que comparten las políticas que integran la acción exterior; sus efectos sobre las demás políticas; y definición de intereses y objetivos estratégicos

Mayor especificidad se manifiesta en el artículo 21 del TUE, en que se establecen principios y objetivos de la Unión en el ámbito de la acción exterior. Dichos objetivos suponen el desarrollo y profundización de los objetivos generales establecidos en el artículo 3.5 del TUE, referidos anteriormente. Objetivos que son ambiciosos y claros. La Unión pretende influir en la acción internacional exportando sus valores y principios así como haciendo profesión de multilateralismo alrededor de las Naciones Unidas como eje central de la escena internacional<sup>254</sup>.

Los objetivos de la acción exterior, además, no sólo irradian sus efectos sobre las políticas que la integran sino que, como especifica el apartado 3 del artículo 21 del TUE, operan sobre los aspectos exteriores de las demás políticas, y en esta medida serían *objetivos transversales* sobre las vertientes exteriores de las demás políticas de la Unión.

---

<sup>254</sup> Dice así el artículo 21 del TUE: 1. La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional.

La Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con los terceros países y con las organizaciones internacionales, regionales o mundiales que compartan los principios mencionados en el primer párrafo. Propiciará soluciones multilaterales a los problemas comunes, en particular en el marco de las Naciones Unidas».

2. La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará en lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de:

- a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad;
- b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional;
- c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores;
- d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza;
- e) fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional;
- f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible;
- g) ayudar a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales o de origen humano; y
- h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y una buena gobernanza mundial».

#### 6.4. El funcionamiento institucional de la acción exterior<sup>255</sup>

Particular relevancia tiene el artículo 22 del TUE, que refleja la vertiente cooperativa de la acción exterior, en la medida en que sitúa en la cúspide de la misma las decisiones del Consejo Europeo sobre los intereses y objetivos estratégicos de la Unión. La relevancia de dicho precepto viene determinada por la circunstancia de otorgar un gran protagonismo al Consejo Europeo al que se atribuye la competencia de aprobar decisiones en el entero ámbito de la acción exterior y, en especial, en el marco de la política exterior y de seguridad común (art. 22.1 del TFUE). Dichas decisiones se adoptan por unanimidad basándose en una recomendación del Consejo y se ejecutan, de acuerdo con los procedimientos establecidos en los Tratados, por el Consejo. En definitiva, el referido precepto anticipa el artículo 26 del TUE, que atribuye al Consejo Europeo y al Consejo el grueso de las competencias en materia de acción exterior, con las salvedades a que nos referiremos más adelante.

En la misma línea intergubernamental se aprecia en esta materia el desplazamiento de la Comisión en favor del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, heredero del Ministro de Asuntos Exteriores ideado por la Constitución Europea *non nata*. Ya que este último, por sí mismo, puede hacer propuestas al Consejo conjuntamente con la Comisión, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 22 del TUE. Así, sólo el Consejo puede tomar la iniciativa de proponer recomendaciones al Consejo Europeo para que éste adopte las decisiones del artículo 22.1 del TUE. Es decir, el carácter intergubernamental de esta política deja reducidos resquicios, ya que se produce la más completa marginación del Parlamento Europeo en la toma de decisiones en la materia (al margen de la obligación de consulta del Consejo al Parlamento para implementar la organización y funcionamiento del servicio europeo de acción exterior, art. 27.3 del TUE, así como la posibilidad de que el Parlamento dirija preguntas o formule recomendaciones al Consejo y al Alto Representante (art. 36, párrafo segundo del TUE).

La conclusión que se obtendría del artículo 22 del TUE sería que la acción exterior en su conjunto tendría un extraordinario sesgo intergubernamental. Pero, así como lo dispuesto en el artículo 22 del TUE es plenamente aplicable a la política exterior y de seguridad común, resulta menos obvio en relación con las demás políticas que pueden englobarse bajo el título de acción exterior de la Unión. Obsérvese que el apartado 1 del artículo 22 del TUE se refiere a la política exterior y de seguridad común y, además, a los «otros ámbitos de la acción exterior», y considero que la circunstancia de que se haya obviado la cita textual de las demás políticas no se debe a razones de estilo, sino que encuentra sentido en las mayores dificultades

---

<sup>255</sup> Sobre este tema puede verse el trabajo de P. MELLADO PRADO, «El funcionamiento institucional en la acción exterior de la Unión en la Constitución Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 9, segundo semestre de 2005.

que tiene la aplicación de las decisiones del Consejo Europeo sobre los intereses y objetivos estratégicos de la Unión en otras políticas, como hemos tenido oportunidad de analizar más atrás al tratar algunas de las políticas que integran la acción exterior de la Unión.

## 6.5. La política exterior y de seguridad común

### 6.5.1. Tipo de competencia

El TUE (siguiendo a la Constitución Europea *non nata*, artículo I-16<sup>256</sup>)<sup>257</sup> ha definido en su artículo 24 la competencia de la Unión en la materia. En el apartado primero, párrafo primero, del artículo 24 ha tratado de describir la competencia de la Unión, e indirectamente qué debemos entender por política exterior y de seguridad común, con el estilo habitual de su precedente, el Tratado de la Unión, en que son más las ambigüedades que la claridad.

En primer término se nos indica que la competencia de la Unión «abarcará» la totalidad de la materia, que caracteriza como «ámbitos» y «cuestiones» que integran la política exterior y de seguridad común, lo que viene a reproducir los términos del artículo 11 del TUE, antes del Tratado de Lisboa. Esto es, no se excluye ámbito o cuestión alguna, pero, a su vez, señala como una singular competencia «la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común». Con objeto de dejar patente el carácter singular de esta política el Tratado de Lisboa ha añadido un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 24, en que se hace referencia al carácter específico de esta política, a la competencia en la misma del Consejo Europeo y del Consejo, a que la ejecución de dicha política corresponde al Alto Representante y a los Estados miembros, a la función «específica», es decir

---

<sup>256</sup> Dice así el artículo 24.1, párrafo primero, del TUE: «La competencia de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común abarcará todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común».

<sup>257</sup> En el primero de ellos ha tratado de describir la competencia de la Unión, e indirectamente qué debemos entender por política exterior y de seguridad común, con el estilo habitual de su precedente, el Tratado de la Unión, en que son más las ambigüedades que la claridad.

En primer término se nos indica que la competencia de la Unión «abarca» la totalidad de la materia, que caracteriza como «ámbitos» y «cuestiones» que integran la política exterior y de seguridad común, lo que viene a reproducir los términos del artículo 11 del TUE. Esto es, no se excluye ámbito o cuestión alguna, pero, a su vez, señala como una singular competencia «la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común». Además, el apartado 2 del artículo 24 contiene algunos de los subprincipios cooperativos que rigen la PESC, a saber: apoyo activo entre los Estados, lealtad y solidaridad mutua y respeto por los Estados a la actuación de la Unión.

El artículo 24 es desarrollado por los artículos siguientes, constituyendo una de las políticas que tienen una regulación más extensa en el TFUE.

limitada, del Parlamento Europeo y de la Comisión, a la exclusión de actos legislativos, así como a la competencia limitada del Tribunal de Justicia.

Además, los apartados 2 y 3 del artículo 24 del TUE contiene algunos de los subprincipios cooperativos que rigen la PESC, a saber: apoyo activo entre los Estados, lealtad y solidaridad mutua y respeto por los Estados a la actuación de la Unión.

El artículo 24 ha sido desarrollado por los artículos 25 a 46 del TUE, constituyendo una de las políticas que tienen una regulación más extensa en los Tratados (junto a la política económica y monetaria y el espacio de libertad, seguridad y justicia). De los 23 artículos que el TUE dedica a la PESC se deduciría fácilmente que se trata de un *ámbito competencial singular de carácter intergubernamental*, cuyos perfiles singulares es preciso determinar.

### 6.5.2. Objetivos

Los artículos 23 a 46 del TUE no contienen especificación de los objetivos de la misma. Esta circunstancia corrobora que los objetivos que se contienen en el artículo 21 del TUE tienen por destinatario principal a la PESC, objetivos a los que me he referido anteriormente.

### 6.5.3. Competencias atribuidas

#### A) Introducción. Definición de competencias y cláusula competencial abierta

Tal y como se desprende del artículo 24, la política exterior y de seguridad común de la Unión operaría sobre el entero ámbito competencial, sin exclusiones, de lo que pudiera deducirse que la competencia pudiera configurarse incluso como competencia exclusiva. Sin embargo, del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 24 se extraería la conclusión de que nos encontramos ante una política intergubernamental, al hacerse mención a que los «Estados miembros trabajarán conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua». Y todavía es más evidente dicho carácter intergubernamental cuando se encomienda el control del cumplimiento de los principios que deben presidir dicha política al Consejo, institución de sesgo intergubernamental, que apenas se compensa, encargando también dicha supervisión al Alto Representante (art. 24.3 párrafo tercero del TUE), órgano de acusado perfil supranacional<sup>258</sup>. Y esa dimensión intergubernamental se aprecia también: en lo relativo a los poderes de ejecución de las decisiones europeas por los Estados miembros

---

<sup>258</sup> Sobre este tema puede verse A. CALONGE VELÁZQUEZ, «El Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 9, segundo semestre de 2005.

(arts. 28 y 29 del TUE); en la posición de los Estados miembros en la ejecución de los enfoques comunes (art. 32 del TUE); y en la actuación de los Estados miembros en el marco de organizaciones internacionales y conferencias internacionales, que serán coordinados por el Alto Representante (art. 34 del TUE).

A lo largo de los artículos 23 a 41 del TUE se deducen, directa o indirectamente, algunos contenidos de la competencia de la Unión en esta materia, como serían: el dialogo político con terceros Estados (art. 27.2 del TUE); acciones operativas en determinadas situaciones internacionales (art. 28 del TUE); adopción de decisiones en asuntos concretos de carácter geográfico o temático (art. 29 del TUE); asuntos que exijan una decisión rápida (art. 30.2 del TUE); celebración de acuerdos internacionales con uno o varios Estados u organizaciones internacionales en la materia (art. 37 del TUE); coordinación de los Estados miembros en organizaciones y conferencias internacionales (arts. 34 y 35 del TUE; fomento de la cooperación entre los Estados miembros (art. 35 del TUE). Ahora bien, además, el artículo 30 del TUE establece una *cláusula competencial abierta*, de acuerdo con la que cualquier Estado miembro, el Alto Representante y éste con el apoyo de la Comisión pueden plantear al Consejo cualquier cuestión relacionada con la política exterior y de seguridad. De manera que, aunque el TUE prevé expresamente el ejercicio por la Unión de algunas competencias específicas, también concibe la posibilidad de incorporar otras competencias mediante el procedimiento del apartado 1 del artículo 30 del mismo.

## **B) La cláusula de incomunicación del artículo 40 del TUE**

El artículo 40 del TUE prevé que: «La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Y sigue diciendo dicho precepto, a la inversa, que: «Asimismo, la ejecución de las políticas mencionadas en dichos artículos (*se refiere a los artículos 3 a 6 del TFUE*) no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión en virtud del presente capítulo». Esto es, se ha instituido una *cláusula excepcional de incomunicación* de la PESC con el resto de las políticas de la Unión y de éstas con la PESC. Dicha cláusula tiene su precedente en el artículo 47 del TUE, antes del Tratado de Lisboa, en que se establece que «ninguna disposición del presente Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado», si bien, el TUE ha regulado de un modo más preciso dicha cláusula.

La cláusula de incomunicación pone de evidencia el deseo de reforzar el carácter intergubernamental de la PESC que, de esta manera, no puede convertirse en una

política de otra naturaleza como resultado de la conexión de la misma con otras políticas.

### C) Instituciones e instrumentos

No se aprecian diferencias sustanciales entre la regulación en el TUE vigente y su precedente en lo relativo a las instituciones competentes en la materia, a salvo de lo que diremos sobre el Alto Representante. En efecto, la definición de las orientaciones generales y las líneas estratégicas de la política exterior y de seguridad común sigue correspondiendo al Consejo Europeo (art. 26 del TUE). Y el Consejo es, en el TUE, el órgano de propuesta y ejecución de las orientaciones y de las líneas estratégicas establecidas por el Consejo Europeo.

Los artículos 26 a 40 del TUE describen, de un modo farragoso, el entramado institucional y la adopción de decisiones en este ámbito, en que los rasgos cooperativos son evidentes, en la medida en que las decisiones europeas en la materia deben adoptarse por unanimidad, con algunas excepciones (art. 31.2 del TUE), debiendo señalarse que las modalidades de adopción de acuerdos en esta materia están dispersas a lo largo del TUE. El principio de unanimidad se establece para el Consejo Europeo en el artículo 22 del TUE, y se reitera en el artículo 31.1 del TUE, tanto para el Consejo Europeo, como para el Consejo, salvo las excepciones que figuran en el propio capítulo 2 del título V del TUE.

Especial relevancia tiene el precepto contenido en el apartado 3 del artículo 31, que prevé la posibilidad de que el Consejo Europeo pueda aprobar, por unanimidad, una decisión europea que modifique el sistema decisional, de manera que el Consejo pueda adoptar pronunciamientos por mayoría cualificada en casos distintos a los previstos en la materia que analizamos. Este último precepto pudiera tener una importancia capital en la transformación de la Política Exterior y Seguridad Común. En efecto, antes vimos que la materia o ámbito de la PESC incluye toda manifestación posible de la misma, pero, sin embargo, los artículos 24 a 40 son los únicos en que se establece la correspondencia entre competencias específicas, procedimientos, instrumentos jurídicos y tipo de vinculación a que se someten los Estados miembros. El elenco contenido en dichos artículos es limitado, así se hace referencia a: «situación internacional que exija una acción operativa» (art. 28 del TUE); «definición de la posición de la Unión en un asunto concreto de carácter geográfico o temático» (art. 29 del TUE); a «enfoque común de la Unión» (art. 32 del TUE); y a «celebrar acuerdos con uno o varios Estados u organizaciones internacionales» (art. 37 del TUE). De esta primera lectura pudiera deducirse que otras cuestiones diferentes a las que se refieren de modo específico los preceptos antes mencionados pudieran ser objeto de decisión por el Consejo, por mayoría cualificada, y consecuencia de esta vía de apertura a un modo de operar alejado de la unanimidad serían las previsiones del artículo 30 del TUE, según el que cualquier Estado miembro, el Alto Represen-

tante, o éste junto con la Comisión pueden plantear al Consejo «cualquier cuestión relacionada con la política exterior y de seguridad común y presentarle respectivamente iniciativas y propuestas». Es decir, al margen de las competencias articuladas en materia de política exterior, en que sería operativa la unanimidad en la toma de decisiones, con las excepciones previstas en el artículo 31.2 del TUE, en el resto de competencias, que pueden alcanzar la totalidad de lo que se entienda por política exterior y de seguridad común, el Consejo Europeo podría adoptar la decisión de que el Consejo adopte sus decisiones por mayoría cualificada. Resulta evidente que de ser ésta la correcta interpretación de los preceptos concernidos nos encontraríamos con una puerta de entrada a la configuración de la política exterior como una política parcialmente supranacional.

Pero, aunque, la PESC no tenga competencias excluidas del ámbito de la política exterior y de la seguridad común, los instrumentos jurídicos que se ponen a su disposición son limitados. Así, de acuerdo con el artículo 25 del TUE la Unión puede: definir sus *orientaciones generales*; adoptar *decisiones*<sup>259</sup> (que incluyan acciones, posiciones o modalidades de ejecución de las anteriores); y fortalecer la *cooperación sistemática* entre los Estados miembros. Es decir, quedan excluidos los actos legislativos de la Unión, tal y como explicita el artículo 20.1 del TUE.

Y, en todo caso, el artículo 275, párrafo primero, del TFUE, en consonancia con el artículo 24.1 del TUE, excluye del ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión la política exterior y de seguridad común y los actos adoptados en base a la misma. Aunque, por otra parte, lo que resulta un avance considerable en relación con su precedente, el TJUE, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 275 puede entrar a controlar el respeto al artículo 40 del TUE, así como llevar a cabo el control de legalidad de las decisiones europeas que establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo (art. 263 del TFUE). En definitiva, se instaura por el TFUE y el TUE un sistema de control indirecto de la legalidad en el ámbito de la PESC.

#### 6.5.4. Conclusiones

En el marco de las disposiciones comunes de la PESC, y a la luz de lo expuesto, es posible alcanzar algunas conclusiones. Así puede afirmarse que, en la línea de su precedente, el TUE configura la PESC como una *política de marcado carácter intergubernamental, o cooperativo*: por la predominancia del Consejo Europeo y el Consejo sobre las demás instituciones; por los instrumentos jurídicos de que se dota a la Unión (orientaciones generales y decisiones), con exclusión de actos legislativos;

---

<sup>259</sup> Los artículos 23 y siguientes del TUE prevén como instrumento fundamental de la PESC las decisiones del Consejo Europeo y del Consejo de Ministros.

por ser la unanimidad, salvo excepciones, el procedimiento general para la adopción de decisiones por el Consejo Europeo y por el Consejo; así como por la exclusión casi absoluta del control del TJUE.

Pero, no puede obviarse que mediante procedimientos intergubernamentales o por la actuación de la cláusula del artículo 37, en relación con el artículo 30, ambos del TUE, la PESC podrá expansionarse considerablemente sin que por ello se someta al control jurisdiccional. Esto es, la PESC podría, como dice el artículo 24.1 del TUE, abarcar todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa, que podrá concluir en una defensa común, sin controles jurisdiccionales y con livianos controles del Parlamento Europeo.

Desde la perspectiva del principio de atribución del artículo 4.1 del TUE resulta evidente que no es operativa la cláusula federativa de su apartado 2. Esto es, *la capacidad expansiva de las competencias de la Unión en el ámbito de la PESC no tiene límite*, aunque el ejercicio de competencias esté sometido, salvo excepciones, a procedimientos intergubernamentales muy rigurosos.

El TFUE ha venido a explicitar formas de proceder que eran habituales antes del Tratado de Lisboa, de acuerdo con el TUE, y a reforzar el sistema institucional. En este sentido, la creación del *Alto Representante* y de un *servicio exterior* (art. 27 del TUE), y un *Comité Político y de Seguridad* (art. 38 del TUE), sin duda, otorgará una mayor capacidad de maniobra a la Unión, aunque ambas novedades sean herederas del Alto Representante de la Unión, y del incipiente servicio exterior existente antes del Tratado de Lisboa. Pero, la circunstancia de que se refuerce el aparato institucional de la Unión no significa que se haya mudado la naturaleza de la política exterior que, acaso, ha reforzado su perfil intergubernamental derivada tanto de la relevancia del Consejo Europeo como del sistema de toma de decisiones del artículo 31 del TUE, a que me referiré más adelante.

## 6.6. La política común de seguridad y defensa (PCSD). El objetivo estructural

### 6.6.1. Objetivos

La política común de seguridad y defensa (PCSD), aunque forme parte integrante de la PESC, recibe un tratamiento singular en los artículos 42 a 46 del TUE y en los Protocolos 10 y 11, sobre el artículo 42 del TUE, anejos a los Tratados. El TUE, antes de la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, regulaba esta materia en el artículo 17. La Constitución Europea *non nata* regula esta materia en los artículos I-41 y III-309 a III-312, cuyos contenidos coinciden sustancialmente con los artículos del TFUE, antes señalados.

Llama la atención que el TUE haya previsto *objetivos específicos* de la PCSD en el artículo 42.1 del TUE, a diferencia de lo que con carácter general hemos destaca-

do para el conjunto de la PESC, a saber: «garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas». Dichos objetivos se convierten en competencias materiales en el artículo 43 del TUE según el que abarcarán: «las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de la crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos».

Ahora bien, además de los objetivos antes mencionados, que afectan a las acciones de la Unión en dicho marco competencial, la PCSD tiene un *objetivo de tipo estructural*, cual es la definición de una política común de defensa que conduzca a una defensa común (arts. 24 y 42 del TUE). Para alcanzar el estadio competencial de «una defensa común» sería precisa la reforma del TUE que exige la unanimidad del Consejo y la adopción del correspondiente acuerdo por los Estados miembros, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. Este objetivo estructural supondría, en su caso, un cambio sustancial, pero hasta alcanzar dicho objetivo, concebido como irreversible, es posible aplicar el concepto de *competencia de tipo acordeón* a la PCSD.

### **6.6.2. Competencia atribuida. La institucionalización de un sistema a la carta de diferentes velocidades y subordinación de la PCSD a la OTAN**

Otra de las singularidades de la PCSD es la instauración de un sistema que permite que los Estados miembros puedan elegir su nivel de implicación en dicha política. Las posibilidades son de diferente naturaleza. Por una parte, en el marco de dicha política es posible que algunos Estados miembros se queden al margen, entre otras causas, por entender que el marco de la OTAN es el idóneo para su defensa (art. 42.2 del TUE). Y, en todo caso, la PCSD debe ser compatible con la política de dicha organización internacional (art. 42.2 del TUE), lo que no deja de ser una explícita subordinación de la PCSD a la OTAN que pudiera poner en crisis a la primera.

La *competencia* en materia de la PCSD es, en todo caso, de naturaleza *intergubernamental o cooperativa*, salvo que se alcance el objetivo estructural al que antes me he referido, ya que la Unión sólo puede disponer de las capacidades civiles y militares que pongan a su disposición los Estados para los objetivos materiales a que antes nos referimos (art. 42.1 del TUE). A tal efecto, los Estados se comprometen mejorar progresivamente sus capacidades militares y se crea la *Agencia Europea de Defensa* (art. 42.3 y 45 del TUE) a la que los Estados miembros se incorporarán voluntariamente.

Otra de las singularidades de esta política es que el TUE prevé la creación de *fuerzas multinacionales* entre los Estados miembros, que pueden ponerse a disposición de la Unión para la aplicación de la PCSD. Dichas fuerzas multinacionales pueden crearse al margen de la Unión. Así como la existencia coyuntural de un *grupo de Estados miembros* a los que la Unión pueda encomendarles misiones (art. 42.5 y 44 del TUE). Pero además, se prevé una modalidad de cooperación reforzada a la que se denomina *cooperación estructurada* (art. 42.6 y 46 del TUE), desarrollada por el Protocolo 10, anejo a los Tratados, sobre la cooperación estructurada permanente.

Esto es, la PCSD es el *marco competencial flexible* desde el punto de vista estructural, las opciones son numerosas sin necesidad de alcanzar el objetivo estructural de la defensa común. Así, el TFUE faculta a la Unión para que, de acuerdo con una serie de objetivos, ejerza un conjunto de competencias en materia de defensa, condicionadas a su adopción por unanimidad, salvo excepciones, que permiten niveles de coordinación y cooperación diferenciadas.

### 6.6.3. La PESC como competencia acordeón y sus riesgos

De lo dicho anteriormente se deduce que siendo la PESC un ámbito de naturaleza intergubernamental, es relevante que (la PESC, y en particular la PCSD) pueda incorporar sin límite competencias en la materia hasta el punto de vaciar de competencias a las instituciones de los Estados miembros. Se dirá que para alcanzar el máximo estadio competencial, el de una defensa común, habida cuenta de su configuración intergubernamental, es necesario cumplir un considerable número de requisitos, a que antes nos hemos referido. Pero, justamente, en esta configuración intergubernamental se encuentran los riesgos y no las garantías. En efecto, sin alcanzar una defensa común, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del TUE, se pueden incrementar las competencias de la Unión en detrimento de competencias de los Estados miembros. Es decir, los gobiernos de los Estados miembros, sin control alguno, por unanimidad, pueden extraer una competencia de su ámbito constitucional y residenciarlo entre las competencias de la Unión. De esta manera, desaparecerían los controles internos de los Estados miembros, controles que no serían compensados con controles de la Unión Europea, pues como hemos señalado la PESC apenas soporta controles políticos del Parlamento Europeo y, en todo caso, con las excepciones señaladas, está exenta del control del Tribunal de Justicia. Así, se daría la paradoja de que la ambicionada política exterior común de la Unión se construiría a costa de retroceder de modo espectacular en lo que atañe al cumplimiento de parámetros del Estado de derecho (controles políticos y jurisdiccionales).

Este tipo de *competencia acordeón* hace inoperante la cláusula de garantía del principio de atribución del artículo 4.1 del TUE, según la que: «Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros». Esto es, nunca se puede considerar cerrado el conjunto de competencias atribuido a la

Unión en esta materia. Las competencias de la Unión en la PESC pueden aumentar o disminuir a lo largo del tiempo. Así, pueden determinarse las competencias de la Unión en materia de PESC en un determinado momento, competencias que pueden no corresponderse a las detentadas en momentos anteriores o posteriores, sin que las instituciones internas de los Estados miembros puedan ejercer controles sobre el ejercicio de las competencias transferidas. De esta manera, el único estadio que sería objeto de control por las instituciones parlamentarias de los Estados miembros sería el que se denomina «una defensa común» que exigiría su tramitación de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 42.2 del TUE).

La configuración de la competencia de la Unión en esta materia podría caracterizarse como una *competencia tipo pasarela*, en la línea del diseño concebido para la política de visados, asilo e inmigración, o para el tránsito a la tercera fase de la unión económica y monetaria, ambas previstas en el TFUE. Es decir, la configuración actual de la política exterior y de seguridad común podría culminar en una defensa común, concepto este que, aunque algo inconcreto, particularmente a partir de que el TUE, permitiría la existencia de una organización estable que tuviera por objeto la defensa. Obsérvese que en este precepto se está utilizando la terminología del TUE, anterior al Tratado de Lisboa, que incluye la política de defensa en la PESC. Sin embargo, dicha inclusión en el TFUE debiera haber tenido un tratamiento más explícito, pues la política común de seguridad y defensa (PCSD) tiene un tratamiento considerablemente más singularizado en el marco del Tratado de Lisboa que en su precedente. La ambigüedad continúa en el apartado 3 del artículo 24 del TUE, que, al prever que los Estados miembros apoyen activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad común de la Unión, pone de evidencia que en la Unión conviven una y otras políticas (de la Unión y de los Estados miembros). Ahora bien, se advierte en este precepto un cierto grado de subordinación de las políticas de los Estados miembros a la política de la Unión, particularmente al preceptuar que los Estados miembros se abstengan de acciones contrarias «a los intereses de la Unión o que pueda mermar su eficacia». Lo cierto es que el artículo 17.1 del TUE, antes del Tratado de Lisboa, tiene un contenido semejante al artículo 24 del TUE tras su reforma, y lo cierto es que después de dos décadas de vigencia del citado artículo 17.1 no se haya producido el tránsito desde una política netamente intergubernamental a otra de carácter supranacional en la materia, lo que no hace sino acreditar que la actuación de las posibilidades que suministran los Tratados depende de las instituciones intergubernamentales por excelencia de la Unión, el Consejo Europeo y el Consejo.

Pero, pese a las semejanzas de la competencia en materia de PESC con una competencia tipo pasarela, sería más adecuado calificar a la competencia controvertida como *competencia acordeón*, en la medida en que los avances en esta política no se han concebido como irreversibles, como sucede con las políticas tipo pasarela a que antes me referí (política de visados y política monetaria). Esto es, el ejercicio de la competencia por la Unión en una determinada circunstancia puede sustraer, hasta el punto de vaciar, las competencias de los Estados en materia de política exterior y se-

guridad común. Pero, del mismo modo, es posible el retorno a la posición de partida, tanto para la Unión en su conjunto, como para cualquier Estado miembro.

#### 6.6.4. Un ejemplo de las repercusiones de la PESC en el sistema competencial de la Constitución Española: el artículo 63.3

Pondremos ahora un ejemplo de cómo afectaría la configuración de la citada competencia al sistema competencial español. Las relaciones internacionales y la defensa son competencias exclusivas del Estado, de acuerdo con los apartados 3ª y 4ª del artículo 149.1 de la Constitución española, sin que se hayan atribuido competencias a las Comunidades Autónomas<sup>260</sup>. De manera que los posibles conflictos competenciales en este caso se producirían, principalmente, entre el Estado y la Unión Europea. Los preceptos antes mencionados hay que ponerlos en relación con el artículo 63.3 que regula el procedimiento para declarar la guerra y hacer la paz y los artículos 93 a 96 relativos a los tratados internacionales, todos ellos de la Constitución Española.

Prestaremos aquí atención al artículo 63.3 de la Constitución Española que, de modo inequívoco, atribuye la competencia para declarar la guerra y para hacer la paz al Rey, previa autorización de las Cortes Generales<sup>261</sup>. Y la cuestión a examinar sería si dicha competencia puede ser alterada por la PESC de la Unión, tal y como se configura en el TFUE.

Lo cierto es que la terminología de la Constitución Española está ya en desuso. Desde la Segunda Guerra Mundial, por lo general, ni se declara la guerra ni se acuerda la paz de modo formal; estos conceptos y la terminología han evolucionado vertiginosamente<sup>262</sup>. Pero esto no significa que no exista la guerra, pues guerras fueron las de los Balcanes, del Golfo, de Afganistán, Irak y un largo etcétera, aunque no hubiera declaración de guerra ni reconocimiento de iniciarla o finalizarla. El lenguaje se ha convertido en eufemístico, línea en que coincide el TUE, sustituyendo las denominaciones clásicas por las llamadas *misiones* (humanitarias y de rescate,

<sup>260</sup> No entraremos aquí en la emergencia de competencias internacionales en el ámbito de las Comunidades Autónomas a que ha prestado atención entre otros: C. CONDE MARTÍNEZ, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. La institucionalización de gobiernos territoriales y la integración internacional*, Tecnos, 2000; F. ALDECOA y M. KEATING (eds.), *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*, Marcial Pons, Madrid, 2000; M. KEATING, «Paradiplomacy and Regional Networking», en *Papers from the workshop on The Foreign Relations of Constituent Units*, Winnipeg, Manitoba, 10-13 May 2001; F. ALDECOA LUZÁRRAGA, «Las relaciones exteriores de las regiones», en *Parlamentos y regiones en la construcción de Europa*, IX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de los Parlamentos, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 255 y sigs.

<sup>261</sup> Ver sobre el tema E. LINDE PANIAGUA y D. DE LARIO, «La crisis del golfo: España abandona la neutralidad», en *Foro Exterior*, núm. 1, enero/junio, 1991, págs. 41 y sigs.

<sup>262</sup> De especial interés es el ensayo de M. HOWARD, *La invención de la paz. Reflexiones sobre la guerra y el orden internacional* (The Invention of Peace, 2000), Salvat, 2001.

de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, misiones de prevención de conflictos, misiones en que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, misiones para el restablecimiento de la paz, etc., art. 43 del TUE<sup>263</sup>).

Y, aunque no todas, algunas de dichas misiones son equivalentes, en la práctica, al concepto de «guerra» que luce en el artículo 63 de la Constitución Española. De manera que la pregunta que podemos hacernos es la situación en que ha quedado dicho precepto de la Constitución Española tras la entrada en vigor del TUE, tras el Tratado de Lisboa. Pues bien, adoptada por el Consejo la decisión correspondiente a la adopción de una de dichas *misiones*, y sobre la base de que el Gobierno español no se hubiera abstenido, de acuerdo con el artículo 31.1 del TUE, la competencia de las Cortes Generales y posteriormente del Rey habrían sido transferidas a la Unión en virtud de lo dispuesto por el TUE.

En el ejercicio de una competencia como la mencionada se aprecia, en toda su amplitud, lo que significa una competencia acordeón, caracterizada porque no se produce una transferencia formal de la competencia en cuestión (a diferencia, por ejemplo de la política monetaria de la zona euro), pero la Unión, en determinados casos, y siempre que el Estado miembro concernido no se abstenga, puede atraer para sí la competencia, sustituyendo a las instituciones y órganos internos de los Estados. Así, las previsiones de la legislación interna podrían ser superfluas, habida cuenta de que el Gobierno, en el marco de la Unión Europea, no necesitaría la autorización de las Cortes Generales para participar en las referidas misiones.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, aun en el caso de que el Gobierno español se abstuviera de acuerdo con el artículo 31 del TUE, (que significaría que no quedaría vinculado positivamente a la decisión adoptada), quedaría vinculado negativamente a la misma (art. 31 del TUE). Esto es, el Estado miembro que se abstiene no está obligado a participar en la misión decidida por el Consejo, pero no puede adoptar acciones que puedan entrar en conflicto con la misión acordada, lo que en todo caso limita radicalmente las atribuciones del Congreso de los Diputados. Bien es cierto que la unanimidad está siempre presente en el procedimiento de toma de decisiones, pues aún en los casos en que una decisión pueda adoptarse por mayoría cualificada (de acuerdo con el apartado 2 del artículo 31 del TUE), un Estado miembro puede, oponiéndose a la adopción de la misma, conseguir que, finalmente, la adopción de la decisión en cuestión exija la unanimidad del Consejo Europeo (art. 31. 2 párrafo segundo del TUE), lo que significa que los Estados miembros pueden convertir, en todo caso, un procedimiento de adopción de acuerdos por mayoría cualificada en un procedimiento de adopción de acuerdos por unanimidad.

A mi juicio, las competencias tipo acordeón presentan el problema de que lo que se transfiere es la posibilidad de actuar una competencia (competencia de la competencia). La Unión podría ampliar sus competencias hasta reducir a la mínima expresión la capacidad de actuación de los Estados miembros.

---

<sup>263</sup> Este precepto se corresponde al apartado 2 del artículo 17.2 del TUE, antes del Tratado de Lisboa.

Por último, no debe olvidarse la configuración de la financiación de la PESC de acuerdo con parámetros intergubernamentales, de acuerdo con el artículo 41 del TUE, lo que tiene un carácter excepcional, pues se trata de la única política de la Unión que regula de manera específica su vertiente financiera.

### 6.7. Aplicación de cláusula de solidaridad<sup>264</sup>

La cláusula de solidaridad que se regula en el artículo 222 del TFUE, que integra el título VII de la Parte quinta de dicho Tratado, no tiene precedentes en los Tratados vigentes antes del Tratado de Lisboa<sup>265</sup> (aunque procede de la Constitución Europea *non nata*, arts. I-41 y III-329).

La aplicación de dicha cláusula se condiciona a la concurrencia de dos circunstancias. Por un lado la aplicación de la cláusula está prevista para cuando «un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano» (apartado 1 del art. 222 del TFUE). Y, por otra parte, dicha cláusula sólo puede aplicarse a petición de las autoridades políticas de cada Estado miembro (apartado 2 del art. 222 del TFUE).

Los *objetivos específicos* de la aplicación de la cláusula se especifican en el apartado 1 del artículo 222 del TFUE, esto es: *prevenir* la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros; *proteger* las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas; *prestar asistencia* a un Estado miembro en el territorio de éste, en caso de ataque terrorista; y *prestar asistencia* a un Estado miembro en el territorio de éste, en caso de catástrofe natural o de origen humano. De manera que no puede confundirse la cláusula de solidaridad con la cláusula de defensa mutua del apartado 7 del artículo 42 del TFUE, que se circunscribe a las agresiones armadas, es decir: de naturaleza militar<sup>266</sup>.

Aquí nos interesa determinar la naturaleza de la competencia que se atribuye a la Unión. Obsérvese que el apartado 1 del artículo 222 del TFUE establece una clara diferenciación entre los supuestos en que la competencia de la Unión consiste en *prestar asistencia*, que exige la solicitud de las autoridades políticas del Estado concernido (ataque terrorista o catástrofe natural y de origen humano), y las competencias de la Unión consistentes en *prevenir* la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros, y *proteger* las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas que, del tenor literal del precepto, no exigirían la

<sup>264</sup> Sobre este tema A. PASTOR PALOMAR, «Relaciones de la Unión con las organizaciones internacionales, terceros países y delegaciones de la Unión. La cláusula de solidaridad y su aplicación», en *Comentarios a la Constitución Europea* (dirs., E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL), Vol. III, Tirant lo blanch, págs. 1510 y sigs.

<sup>265</sup> La única referencia explícita a la solidaridad entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión anterior al Tratado de Lisboa tiene lugar en el artículo 2 del TCE, del que resultaría difícil deducir dicha cláusula.

<sup>266</sup> Puede verse como contrario a este criterio A. PASTOR PALOMAR, ob. cit., pág. 1516.

solicitud de las autoridades de los Estados miembros concernidos. Por otra parte, el apartado 2 del artículo 222 del TFUE contempla la aplicación de la cláusula de solidaridad para los casos de ataque terrorista o catástrofe natural o de origen humano, a solicitud de las autoridades políticas del Estado concernido. Si nos centramos en lo dispuesto en este apartado llegaremos a la conclusión de que la competencia genérica de la Unión sería de carácter intergubernamental. Las únicas diferencias, en lo que concierne a la adopción de las decisiones en el contexto del artículo 222 del TFUE, dependen de que la activación de la cláusula de solidaridad tenga o no repercusiones en el ámbito de la defensa, en el caso de que así fuera el Consejo se pronunciará por unanimidad en el procedimiento (art. 222.2 del TFUE).

En definitiva, estaríamos ante una *competencia específica de carácter asistencial* que puede exigir la movilización de cuantos instrumentos sean necesarios, inclusive los militares, que los Estados pongan a disposición de la Unión. La índole de la competencia justifica la asistencia prevista tanto del Comité Político y de Seguridad y el comité del artículo 77 del TFUE, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Nada dice el TFUE sobre el momento en que debe finalizar la ejecución de la decisión asistencial, pero resulta obvio que, (además de que la decisión en cuestión puede y debe establecer los límites, entre ellos los temporales, de la aplicación de la cláusula), las autoridades políticas, de la misma manera que pueden pedir la actuación de la cláusula deben poder decidir la cesación de la aplicación de la misma.

Ahora bien, como antes decía, el artículo 222.1 del TFUE, además de la competencia de la Unión consistente en *prestar asistencia*, se refiere a competencias de *prevención y protección* cuyo ejercicio no se vincula a la petición de las autoridades políticas de los Estados miembros. De manera que estaríamos ante una *competencia específica de naturaleza compartida de carácter facultativo*, que podría ser actuada de modo autónomo por la Unión.

Las decisiones a que se refiere la cláusula de solidaridad pueden presentar problemas difíciles de prever. ¿Pueden acaso modificar el sistema competencial en el interno de los Estados miembros? O, ¿pueden afectar a la legislación sobre la policía, o los ejércitos, o a la Administración en general? Nada dice el TFUE sobre estas cuestiones, lo que pone de evidencia una deficiencia considerable que deberá ser solventada por la decisión a que se refiere el apartado 2 del artículo 222 del TFUE.

## **7. OTRAS COMPETENCIAS NO INCLUIDAS EN LOS ARTÍCULOS 3 A 6 DEL TFUE**

Los artículos 3 a 6 del TFUE no clasifican expresamente todas las competencias de la Unión. Y la técnica que se utiliza para evitar la existencia de una laguna se encuentra en la cláusula residual contenida en el apartado 1 del artículo 4 del TFUE, de acuerdo con el que, como concluimos más atrás, las competencias no clasificadas tendrían naturaleza de competencias compartidas.

Así, en los artículos 3 a 6 del TFUE no se hace referencia: a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; a la asociación de los países y territorios de ultramar; a las cooperaciones reforzadas; a las uniones regionales; a las relaciones con las regiones ultraperiféricas; a la política monetaria en relación con los Estados miembros acogidos a una excepción; o al marco financiero de la Unión. Sin embargo, resulta obvio que ninguno de los supuestos citados puede calificarse de competencia compartida sino que son políticas o acciones singulares en que se dan cita junto a técnicas singulares otras que hemos analizado anteriormente, particularmente con competencias relacionales de carácter obligatorio y facultativo. Aquí trataremos, exclusivamente, por su especial trascendencia, los derechos fundamentales como competencia.

## 7.1. Los derechos fundamentales como competencia<sup>267</sup>

### 7.1.1. Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales

Los obligados al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales son las instituciones, órganos y organismos de la Unión y los Estados miembros exclusivamente cuando apliquen el Derecho de la Unión de acuerdo con el artículo 51 de la Carta (y aunque la Carta nada dice al respecto la obligación de respeto de los derechos fundamentales incumbe también a todas las personas físicas y jurídicas). Y los beneficiarios de los mismos son, según los casos, solo los ciudadanos de la Unión Europea, o bien los ciudadanos de la Unión y las personas físicas y jurídicas. De este modo se excluye la obligación de que los Estados miembros apliquen dichos derechos de la Carta al margen de la aplicación del Derecho de la Unión, aunque nada impide que los Estados miembros incorporen los derechos fundamentales de la Carta a sus ordenamientos jurídicos internos. Así se consagrarían dos sistemas de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros: uno en aplicación del Derecho de la Unión; y otro cuando no se aplique el Derecho de la Unión. Aunque lo cierto es que dicha separación de sistemas, como veremos, es relativa en la medida en que numerosos derechos y libertades de la Carta se contienen también en los Tratados. Más adelante volveremos sobre este asunto.

---

<sup>267</sup> Sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, antes de la Constitución Europea, se ha tenido en cuenta, en particular, los trabajos de A. RODRÍGUEZ, *Integración Europea y Derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001; Á. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, 2ª edc., Barcelona, 1999; F. J. MATIA PORTILLA (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999. Por lo que se refiere a los derechos fundamentales en la Constitución Europea se ha tenido en cuenta, en particular: E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL (dirs.), «Libro II Derechos y libertades», de *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, 2004; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (coords.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bolonia, 2001; P. CRUZ VILLALÓN, «La Carta o el convidado de piedra (aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/Constitución

La cuestión que debemos ahora plantear es si (además de la finalidad primordial de los derechos fundamentales de ser respetados, observados y promovida su aplicación por la Unión y los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión) la Carta ha creado competencias en la Unión, a propósito de los derechos fundamentales, que repercuten directa o indirectamente en las competencias de los Estados miembros. O si los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados, por su parte, constituyen nuevas competencias de la Unión Europea.

### 7.1.2. Los derechos fundamentales como valores y objetivos de la Unión

En el Título I del TUE se hace referencia de modo explícito o implícito a los derechos fundamentales como valores. Por ejemplo, la Unión se caracterizaría por «el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres» (art. 2 del TUE); por ofrecer a sus ciudadanos un «espacio de libertad, seguridad y justicia» (art. 3.2 del TUE); por «combatir (combatirá) la exclusión social y la discriminación y fomentar (fomentará) la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres y la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño» (art. 3.2, apartado segundo, del TUE); o la no discriminación de los artículos 18 y 19 del TFUE.

Aunque de un modo disperso e incompleto los derechos fundamentales integran los valores y los objetivos de la Unión de acuerdo con los Tratados, que deben entenderse como límites positivos y negativos de las políticas de la Unión. Pero tales referencias expresas no parecen susceptibles de limitar la operatividad de los derechos fundamentales más allá de su consideración como valores y objetivos.

### 7.1.3. *Prima facie* los derechos fundamentales no serían un ámbito competencial de la Unión

En los artículos 2 a 6 del TFUE, como antes señalábamos, no se hace referencia alguna a los derechos fundamentales que integran la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Habida cuenta de que los artículos 2 a 6 del TFUE integran el Título primero de la Parte primera de dicho Tratado, tienen por finalidad establecer los diferentes ámbitos competenciales de la Unión, de dicha omisión se podría deducir que los derechos fundamentales no serían un ámbito competencial para el TFUE, lo que justificaría la referida exclusión. Y, en particular, no constituirían un ámbito competencial que entrara en colisión con competencias de los Estados miembros en la materia.

---

para Europa», en C. CLOSA MONTERO y N. FERNÁNDEZ SOLA (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 185 y sigs.; C. RUIZ MIGUEL (coord.), *Estudios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, 2004.

Pero cabe también la posibilidad de que la ausencia de mención de los derechos fundamentales en los artículos 2 a 6 del TFUE se debiera a que el legislador no hubiera sido capaz de clasificar dicho ámbito competencial o, simplemente, que fruto de la apresurada elaboración del Tratado de Lisboa no hubiera caído en la cuenta de que la Carta constituye un ámbito singular de competencias. En caso de ser así, la ausencia de mención de los derechos fundamentales en los artículos 2 a 6 del TFUE no los excluiría como un específico ámbito de competencia al que podría aplicarse, como antes señalamos, la cláusula residual del artículo 2 del TFUE y, por consiguiente, podría caracterizarse a los derechos fundamentales como un *ámbito de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros*.

De manera que deberemos llevar la indagación, más allá de las apariencias jurídicas, preguntándonos si los derechos fundamentales integran un ámbito competencial y, en este caso, la naturaleza del mismo, así el modo en que afectaría al sistema de competencias de la Unión y de los Estados miembros.

#### **7.1.4. La vinculación de los derechos fundamentales a las demás competencias de la Unión**

La primera cuestión que debemos plantearnos es, justamente, los límites y efectos del apartado 2 del artículo 51 de la Carta según el que: «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados», lo que reitera el artículo 6, párrafo segundo, del TUE. Una lectura elemental de este precepto conduciría a la conclusión de que la Carta tendría un escaso valor jurídico, porque ni amplía, ni crea, ni modifica las competencias de la Unión. Sin embargo, deberemos verificar como se aplica dicho precepto a los derechos que integran la Carta.

Por una parte, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 51 de la Carta, ésta no supondría la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión. Se trata de una reiteración de lo establecido en el apartado 1 del artículo 51 de la Carta, en el sentido de que los derechos fundamentales se expresarían necesariamente a través del ejercicio de otras competencias de la Unión. Dicho de otro modo: la Carta, aunque fuera un ámbito competencial, lo sería como un *ámbito competencial vinculado a las demás competencias de la Unión*. Dicha vinculación supondría que los derechos de la Carta no podrían operar independientemente de otras competencias de la Unión. Esto es, los derechos fundamentales de la Carta no gozarían de autonomía. Así, la libertad de reunión, por ejemplo, que se consagra en el artículo 12, no sería susceptible de ejercerse de modo autónomo, sino que sólo puede ejercerse por las personas en el marco de una competencia ejercida por la Unión.

La ausente coordinación entre la Carta y los Tratados ha conducido a una redacción que crea problemas interpretativos. Porque, en definitiva, lo que se quiere

significar en el artículo 51 antes mencionado es que la Carta no crea una competencia exclusiva de la Unión en materia de derechos fundamentales, sino una competencia propia y subordinada, que afecta tan sólo al ejercicio de las competencias de la Unión Europea.

En segundo lugar, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 51 de la Carta, ésta no crea ninguna competencia o misión nueva. La idea sigue siendo la misma, esto es, para que la Carta opere es preciso que se haya otorgado a la Unión «una competencia o una misión» en los Tratados. Obsérvese que se menciona expresamente a las misiones, para evitar el progreso de la tesis funcionalista. En efecto, de haberse mencionado únicamente a las competencias de la Unión podría entenderse que la ampliación competencial de la Unión sería posible a través de los derechos fundamentales entendidos como misiones, de manera que, de nuevo, el artículo 51.2 de la Carta tendría por objeto excluir el funcionalismo como técnica de integración de competencias de la Unión.

En tercer lugar la Carta no puede tampoco modificar las competencias o misiones definidas en los Tratados. Lo que supone volver a insistir en la primera idea. Es decir, por activa y por pasiva se nos dice que la operatividad de la Carta está vinculada y, a la vez, subordinada, al ejercicio de competencias atribuidas en los Tratados.

Después de analizar el apartado 2 del artículo 51 de la Carta es más fácil comprender el apartado 1 del mismo artículo. En efecto, en el apartado 1 del artículo 51 se establecen dos reglas. Por una parte, que la Carta en relación con las competencias que se le atribuyen a la Unión tiene por destinatarios a las instituciones, órganos u organismos de la Unión y a los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión. Pero, en segundo lugar se dice que la aplicación de la Carta tiene lugar «dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión», lo que puede interpretarse como una mera reiteración de lo dicho anteriormente. Esto es, la aplicación de la Carta se vincula y subordina al ejercicio de las competencias atribuidas en los Tratados a la Unión. De modo que el apartado 2 del artículo 51 de la Carta sería una reiteración más explícita de lo expresado en el apartado 1 del mismo artículo.

Los preceptos analizados pueden conducir también a las conclusiones que se deduce de una lectura elemental de la misma. Esto es, la Carta no tendría virtualidad alguna en sí misma considerada, pues ni crearía competencias nuevas, ni ampliaría o modificaría las existentes. Pero, como trataré de acreditar, la pretensión de que la Carta ni cree, ni modifique ninguna competencia de la Unión Europea, más allá de la letra de los Tratados y de la propia Carta, es un imposible jurídico, una pretensión de los Estados miembros que se oponen a la creación de un espacio común de derechos fundamentales y libertades públicas en la Unión Europea, en una suerte de relectura del Convenio de Roma de 1950 que está llamado al fracaso.

### **7.1.5. Los derechos fundamentales según sean o no regulados en los Tratados**

Si llegáramos a la conclusión de que los derechos de la Carta operan vinculados al ejercicio de otras competencias de la Unión debemos establecer en qué manera se relacionan los derechos fundamentales con la competencia a través de la que cobrarían sentido.

Los derechos fundamentales son ejercidos por personas físicas y jurídicas frente a los poderes públicos o frente a terceros. Esa es su virtualidad principal. Pero la cuestión que ahora nos importa es la actividad que debe llevar a cabo la Unión para que los derechos fundamentales puedan ser ejercidos, en el caso de que se hayan concebido para esta finalidad. La cuestión sería si es suficiente el respeto de los derechos por los poderes públicos, de la Unión y los Estados miembros, en aplicación directa de la Carta, o debe la Unión realizar otra suerte de actividades como la de regular su ejercicio. Y, en el caso de que tenga que regular su ejercicio si estaríamos o no ante el ejercicio de una competencia.

El apartado 2 del artículo 52 de la Carta establece una división de los derechos fundamentales que pudiera ser relevante, ya que en el mismo se establece que los derechos reconocidos en la Carta que constituyen disposiciones de los Tratados «se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos», es decir por los Tratados. El precepto se refiere a los derechos «que constituyen disposiciones de los Tratados», lo que significa que los derechos objeto de regulación en los Tratados se ejercen de acuerdo con los Tratados y no de acuerdo con lo que pudiera deducirse de la Carta. De manera que de acuerdo con dicho precepto los derechos de la Carta tendrían un régimen diferente según fueran regulados o no por los Tratados, debiendo dilucidarse el régimen jurídico de unos y otros.

#### **A) Los derechos de ciudadanía**

El artículo 6 del TUE tiene una importancia considerable en la medida en que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al que reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados, aunque en dicho precepto se vuelve a reiterar que la Carta no amplía «en modo alguno» las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados.

Además del apartado 1 del artículo 6 del TUE, los otros dos apartados tienen un extraordinario interés. Así, el apartado 2 ordena la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, vieja aspiración de los europeístas, que pudiera suponer la unificación de la doctrina jurisprudencial sobre los Derechos fundamentales en Europa. Si bien, dicho mandato está sujeto a límites considerables ya que el propio apartado

2 del artículo 6 del TUE reitera que la «adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definan en los Tratados», así como en el *Protocolo 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Por otra parte, el apartado 3 del artículo 6 del TUE considera que los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, son principios generales del Derecho de la Unión.

A simple vista se advierten desajustes, al menos temporales, entre los apartados 2 y 3 del artículo 6 del TUE pues si, de acuerdo con el apartado 2 de dicho artículo, la Unión debe adherirse al Convenio Europeo de 1950, cuando esto suceda resultará superfluo establecer que el mismo forma parte del Derecho de la Unión como principios generales, a no ser que lo que se haya querido significar es que además de que el Convenio forme parte del Derecho de la Unión, como tratado internacional, los derechos contenidos en el mismo serían, además, principios del Derecho de la Unión. Salvo que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de 1950 excluyera la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo, en cuyo caso quedaría desvirtuado el mandato del artículo 6 del TUE

Por otra parte, el artículo 20 del TFUE enumera los derechos de ciudadanía en su apartado 2, del que ahora nos interesa destacar su último párrafo que amplía las limitaciones contenidas en el apartado 2 del artículo 52 de la Carta. En efecto en dicho párrafo se establece que el ejercicio de dichos derechos de ciudadanía tendrá lugar «en las condiciones y dentro de las límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos». En efecto, el artículo 20 extiende como ámbito intangible para la Carta las medidas adoptadas en desarrollo o aplicación del Derecho originario.

No es difícil identificar un número considerable de derechos fundamentales regulados en los Tratados, además de en la Carta. Y en estos casos debe prevalecer, en todo caso, la regulación de los Tratados sobre la regulación de la Carta. Así sucede, al menos, con: la libertad de circulación y de residencia de los artículos 20.2 a) y 21, ambos de TFUE en relación con el artículo 45 de la Carta; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo de los artículos 20.2.b) y 22.2, ambos del TFUE en relación con el artículo 39 de la Carta; el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, de los artículos 20.2.b) y 22.1, ambos del TFUE en relación con el artículo 40 de la Carta; el derecho de recurrir al Defensor del Pueblo de los artículos 20.2 d) y 24, ambos del TFUE y el artículo 43 de la Carta; el derecho de petición al Parlamento Europeo, de los artículos 20.2 d) y 24, ambos del TFUE y 44 de la Carta; el derecho a la protección diplomática, de los artículos 20.2 c) y 46 del TFUE en relación con el artículo 46 de la Carta; o el derecho a dirigirse a las instituciones, órganos u organismos de la Unión, de los artículos 20.2 d) y 24 del TFUE en relación con el artículo 41.4 de la Carta. De manera que los procedimientos para la regulación de estos derechos

serán en todo caso los que se establecen en los preceptos reseñados del TFUE, sin que desde la Carta puedan actuarse otros diferentes. Y lo mismo puede decirse de los contenidos de los mismos.

**a) Derechos de ciudadanía europea regulados en la Carta que está previsto se ejerzan frente a la Unión**

De entre los derechos de ciudadanía es posible identificar cuatro que pueden ejercitarse de manera autónoma frente a la Unión, a saber:

Artículo 41: derecho a la buena administración, en lo relativo a los apartados 1, 2 y 4;

Artículo 42: derecho de acceso a los documentos, a que se refiere el artículo 13.3 del TFUE;

Artículo 43: derecho a someter al Defensor del Pueblo los casos de mala administración, a que se refiere el artículo 24, párrafo tercer, del TFUE;

Artículo 44: derecho de petición ante el Parlamento Europeo, a que se refiere el artículo 24, párrafo segundo, del TFUE.

Los derechos mencionados anteriormente pueden ejercerse por las personas (art. 41 de la Carta) o por los ciudadanos de la Unión y las personas jurídicas en determinadas circunstancias (42, 43 y 44 de la Carta) frente a instituciones, órganos u organismos de la Unión (arts. 41 y 42 de la Carta) o ante el Defensor del Pueblo (art. 43 de la Carta) o el Parlamento Europeo (art. 44 de la Carta). De modo que pueden tener una regulación autónoma, que tenga por destinatarios exclusivamente: De una parte, a personas, ciudadanos o personas jurídicas según los casos; y de otra, a instituciones, órganos u organismos de la Unión, o al Defensor del Pueblo o al Parlamento europeo según los casos. La Unión Europea deberá respetar los citados derechos cuyo ejercicio sólo podrá limitarse mediante acto legislativo y en la medida en que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos. Los citados derechos no tienen en caso alguno a los Estados miembros como destinatarios y por tanto, y por principio, no pueden suponer la ampliación de competencias atribuidas a la Unión que supongan la sustracción de competencias a los Estados miembros. Se trata de derechos en el ámbito interno de la Unión que no afectan a las relaciones competenciales entre la Unión y los Estados miembros.

De manera que el TFUE ha otorgado *competencias de ejercicio obligado* por la Unión Europea. Ésta debe cumplir lo preceptuado en los referidos preceptos y sólo puede limitar su ejercicio mediante acto legislativo. No parece que sea aplicable a estos derechos fundamentales las limitaciones que se deducen de los artículos 51 y 52 de la Carta, antes referidos.

## **b) Derechos de ciudadanía europea que está previsto se ejerzan en y frente a los Estados miembros**

Por otro lado es posible identificar en la Carta tres derechos de ciudadanía susceptibles de ser ejercidos frente a los Estados miembros. Me refiero a los derechos contemplados en los artículos 39, 40 y 46.

El artículo 39 consagra el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo que se regula en el artículo 22.2 del TFUE. Dicho precepto otorga a los ciudadanos europeos el derecho a ejercer el sufragio activo y pasivo en los Estados miembros en que residan, diferente del de su nacionalidad, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en cuestión. De manera que este derecho, supone una ampliación de la competencia de la Unión que puede regularlo (el Consejo) mediante un procedimiento legislativo especial, tal y como ha ocurrido de acuerdo con el Derecho vigente que lo regula<sup>268</sup>. Las mismas consideraciones pueden hacerse extensivas a lo dispuesto en el artículo 40, que se regula en el artículo 22.1 del TFUE, en lo relativo al derecho de los ciudadanos europeos al sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado concernido<sup>269</sup>. Si bien en ambos casos la competencia de la Unión derivaría del artículo 22 del TFUE y no de los artículos 39 y 40 de la Carta.

El artículo 46 de la Carta consagra la protección diplomática y consular de los ciudadanos europeos, regulado en el artículo 23 del TFUE, por las autoridades diplomáticas de cualquier Estado miembro, en un tercer Estado en que el Estado del que sea nacional no tenga representación diplomática o consular. Se trata, por tanto, de un derecho que se ejerce, en determinadas circunstancias, por los ciudadanos europeos frente a los Estados miembros diferentes al de su nacionalidad, derecho garantizado por la Unión que lo ha regulado<sup>270</sup>. En este caso la competencia de la Unión ejercida por el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial deriva del artículo 23 del TFUE y no del 46 de la Carta.

De manera que los derechos de ciudadanía serían, fundamentalmente de dos tipos, desde la perspectiva de ante quién es posible ejercerlos. Unos se ejercerían

<sup>268</sup> Ver la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (*DOCE* L 329 de 30-12-1994).

<sup>269</sup> Ver la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (*DOCE* L 368, de 31-12-1994).

<sup>270</sup> Ver la Decisión 95/553/CE, de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares (*DOCE* L 314, de 28-12-1995).

frente a la Unión (arts. 41, 42, 43, 44 de la Carta) y no podrían, entrar en colisión, por su propia naturaleza, con el Derecho de los Estados miembros. Y otros se ejercerían frente a los Estados miembros (arts. 39, 40 y 46 de la Carta), a cuyo efecto los Tratados crean competencias de la Unión a través de los artículos 22 y 23 del TFUE. Competencias atribuidas en un ámbito preciso (que excluye a los Estados miembros), así como el ejercicio a la libertad de circulación y residencia, que otorga una *competencia facultativa* de acuerdo con el artículo 21.2 del TFUE, a fin de facilitar el ejercicio del derecho.

## **B) El derecho a la protección de datos personales como competencia propia**

Destaca, entre los derechos fundamentales regulados por el TFUE, el derecho a la protección de datos personales del artículo 16, objeto, también, del artículo 8 de la Carta. El artículo 16 del TFUE tiene un contenido que sólo es coincidente parcialmente con del artículo 8 de la Carta. Así, los apartados 1 y 3 del artículo 8 de la Carta han sido recogidos por el artículo 16 del TFUE, pero no así el apartado 2 del artículo 8 de la Carta que contiene mandatos sobre el contenido del derecho. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del art. 52 de la Carta, el ejercicio de este derecho, consagrado en el artículo 8 de la misma, se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites del artículo 16 del TFUE, de manera que las prescripciones del artículo 8 de la Carta puede dudarse que obliguen al legislador de la Unión, aunque no cabe duda de que éste podría tener en cuenta su contenido.

Mayor importancia tiene dilucidar si al artículo 16 es de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 que establece que los derechos reconocidos en la Carta que se correspondan a derechos garantizados en el Convenio de Roma tendrán el sentido y alcance que les confiera el Convenio de Roma. Pues bien, también en este caso, de una lectura y aplicación estricta del apartado 2 del mismo artículo 52 de la Carta se deduciría que el apartado 3 del mismo artículo no sería de aplicación al artículo 16 del TFUE. A esta misma conclusión se llegaría de la aplicación del artículo 6.2 del TUE que ordenando la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, establece que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados», lo que es una nueva versión del contenido del apartado 2 del artículo 51 de la Carta. Ahora bien, el artículo 6 del TFUE en su apartado 3 establece que forman parte del Derecho de la Unión como «principios generales» los derechos fundamentales que garantiza el Convenio de Roma de 1950, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. De manera que esta cláusula sí sería capaz de operar directamente sobre la configuración jurídica del derecho del artículo 16 del TFUE, así como sobre los derechos reconocidos en los Tratados.

Los derechos fundamentales que se mencionan en los Tratados, como es el caso que nos ocupa, se ejercen «en las condiciones y dentro de los límites defini-

dos por aquellos». Es decir, en relación con estos derechos, las condiciones y el ejercicio de los mismos se rigen por los artículos en cuestión, de manera que el contenido y límites del derecho en cuestión no se deducen de los preceptos contenidos en la Carta, sino de los preceptos contenidos en los Tratados. Es decir, en relación con estos derechos se produciría una suerte de remisión de la Carta a los Tratados, que prevalecerían sobre aquella hasta el punto de poder convertirla en inaplicable.

La razón de esta remisión podría estar en la circunstancia de que el legislador habría advertido que un considerable número de derechos fundamentales se contenían previamente en los Tratados y de este modo resolvería las posibles contradicciones regulatorias, prevaleciendo las regulaciones de los derechos fundamentales en los Tratados sobre las regulaciones de estos en la Carta. Pero resolviendo un problema interpretativo se ha creado otro en cuanto que hay que resolver en qué medida los derechos regulados en los Tratados hay que considerarlos derechos fundamentales y en qué medida son de aplicación algunos de los preceptos contenidos en la Carta.

Expresado de otro modo, la pregunta que deberíamos formularnos es si la remisión de la Carta a los Tratados excluye la consideración como derechos fundamentales de los derechos regulados fuera de la Carta, de manera que, por ejemplo, no se aplicaría a los mismos la cláusula del apartado 3 del artículo 52 que prevé que el sentido y alcance de los derechos de la Carta coincidentes con los del Convenio de Roma de 1950 serán los mismos que los que les atribuye el Convenio de Roma. Esta conclusión no sería difícil de alcanzar de interpretar literalmente la previsión del apartado 2 del artículo 51 de la Carta, según el que ésta ni amplía, ni crea ni modifica las competencias definidas en los Tratados, o del apartado 2 del artículo 52 de la Carta que prescribe que los derechos reconocidos en la Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los mismos.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 52, el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 8 de la Carta se regirá por las condiciones y dentro de los límites del artículo 16 del TFUE y del apartado 2 del artículo 6 del TUE que establece que la adhesión al Convenio de Roma no modificará las competencias de la Unión que se definan en los Tratados. Y, ¿acaso no se modificaría la competencia de la Unión por virtud de la interpretación de la misma de acuerdo con el Convenio de Roma? Sin duda alguna, la aplicación de la cláusula del apartado 3 del artículo 52 de la Carta conformaría el contenido del derecho de acuerdo con el Convenio de Roma. Pero, pese a que del tenor literal de los preceptos referidos se deduciría la no aplicación de la cláusula en cuestión, resulta dudoso que el legislador persiguiera esta conclusión, por lo que el TJUE deberá alcanzar una interpretación que no excluya la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos humanos de Estrasburgo porque, de ser así, se frustraría una de las finalidades principales del TFUE.

En todo caso, el derecho del artículo 16 del TFUE se podría configurar como una *competencia propia de la Unión, de ejercicio obligatorio* y, por otra parte, como un derecho regulable mediante acto legislativo aplicable en el ámbito del Derecho de la Unión, por las instituciones y órganos y organismos de la Unión y por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión. La regulación de este derecho tendría, al menos, que tener en cuenta el Convenio de Roma de 1950 y las tradiciones comunes de los Estados miembros como principios de la Unión, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 6 del TFUE.

Así, la legislación sobre protección de datos de la Unión sería compatible con la legislación de los Estados miembros sobre la misma materia. La legislación de la Unión se aplica al Derecho de la Unión por instituciones órganos y organismos de la Unión y por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión, mientras que la legislación de los Estados miembros sobre protección de datos procederá aplicarla cuando las autoridades de los Estados miembros no apliquen el Derecho de la Unión.

Los problemas que derivan de esta distribución de competencias, como la que analizamos, radica en que los operadores jurídicos tienen que aplicar una u otra normativa sobre protección de datos, dependiendo del caso controvertido. Si se aplica el Derecho de la Unión rige la normativa sobre protección de datos de la Unión y si no se aplica el Derecho de la Unión se aplicará la normativa de protección de datos propia del Estado miembro concernido. Ambas normativas deberán ser conformes al Convenio de Roma de 1950, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 del TFUE, en el caso del Derecho de la Unión, y por virtud de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española, en el caso de España. Pero ambas normativas no tienen porque ser coincidentes; la intensidad de la protección puede ser mayor o menor en una u otra. Esta circunstancia puede ser una fuente de conflictos al ser la extensión y la intensidad de la protección diferente en uno y otro caso.

### **C) Otros derechos regulados en los Tratados**

Otra suerte de derechos fundamentales de la Carta son regulados por los Tratados con mayor o menor extensión o intensidad. Así, al menos los derechos: a la libertad y seguridad del artículo 6 de la Carta, regulado en los artículos 67 y siguientes del TFUE; a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia del artículo 9 de la Carta, regulado parcialmente en el artículo 81.3 del TFUE; a la educación del artículo 14 de la Carta, que se menciona en el artículo 6 e) y se regula en el 165 y, por otra parte, en el artículo 9 (en relación con la educación relacionada con la salud), todos ellos del TFUE; de asilo del artículo 18 y protección en caso de devolución, expulsión y extradición del artículo 19, ambos de la Carta, que serían regulados de acuerdo con lo establecido en los artículos 77, 78 y 79 del TFUE; a la negociación y acción colectiva del artículo 28 de la Carta, regulada en los artículos

151 y siguientes del TFUE; a la Seguridad Social y ayuda social, del artículo 34 de la Carta, que se regula en los artículos 9, 48, 151 y siguientes del TFUE; a la protección de la salud del artículo 35 de la Carta, que se menciona en el artículos 4.2k y se regula en los artículos 9 y 168, todos ellos del TFUE; de acceso a los servicios de interés económico general del artículo 36 de la Carta, que se regula en el artículo 14 del TFUE; a la protección del medio ambiente del artículo 37 de la Carta, regulado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11 y 191 del TFUE; y a la protección de los consumidores del artículo 38, regulado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 12 y 169 del TFUE.

De manera que el tratamiento de los derechos fundamentales en los Tratados en relación con Carta sería desigual, hasta el punto de que en algunos casos los derechos se configuran como objetivos, mientras que en otros, como en el del artículo 16 del TFUE, se crea en la Unión una competencia propia, la de dictar la normativa que debe regir en materia de protección de datos en aplicación del derecho de la Unión, lo que supone una *competencia propia de ejercicio obligatorio* a través de la actos legislativos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario, que permite incluir o excluir la colaboración de los Estados miembros.

#### **D) Derechos fundamentales de la Carta mencionados en los Tratados**

Entre los derechos fundamentales de la Carta que sólo se mencionan en los Tratados pueden incluirse los derechos a que se refieren, por ejemplo, los siguientes artículos de la Carta: 1, 10, 13, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 47 a 50.

Artículo 1: dignidad humana, mencionada en el artículo 2 del TFUE, como uno de los valores de la Unión. Se trata de un derecho que no precisa desarrollo normativo alguno para ser eficaz.

Artículo 10: La libertad de pensamiento, conciencia y religión debe considerarse mencionada implícitamente en el artículo 17 del TFUE sobre el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales. Pero, a mi juicio, la implícita consideración de la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa a través del derecho a crear organizaciones que canalicen dichas libertades no parece capaz de atraer en su totalidad a los derechos de los que trae causa. De manera que las libertades del artículo 10 de la Carta no podrían remitirse para su ejercicio, por virtud del apartado 2 del artículo 52 de la Carta, al artículo 17 del TFUE. Lo mismo puede decirse de la lucha contra la discriminación por razón de religión o convicciones del artículo 10 del TFUE, que sólo incluiría el respeto a los ritos religiosos del 13 del TFUE. De manera que los aspectos relacionados con la libertad del artículo 10 de la Carta, que son regulados en los artículos 17, 10 y 13 del TFUE se regirían por estos preceptos, sin afectar al núcleo central de la libertad.

Artículo 13: libertad de las artes y de las ciencias, se menciona en el artículo 179 del TFUE, en lo que respecta a la investigación, e implícitamente en los artículos 6. c) y 167 del TFUE, en lo relativo a las artes. Esto es, por una parte se caracterizaría como

un ámbito de competencia compartida (investigación) y por otro un ámbito de las acciones de apoyo, coordinación o complemento (artes).

Artículo 15: libertad profesional y derecho a trabajar, se menciona indirectamente en los artículos 4.2 a), 5.2, 9, 45 y siguientes, 49 y siguientes; 56 y siguientes; 145; y 156, todos ellos del TFUE. De manera que la libertad y el derecho se caracterizan según los casos como un ámbito en el que concurren competencias compartidas, de coordinación o como exigencia de las políticas de los Tratados.

Artículo 17: derecho de propiedad, mencionado en el artículo 345 del TFUE.

Artículo 20: igualdad ante la ley, mencionada en los artículos 2 y 3.3 del TUE como valor y objetivo y en los artículos 9 y 10 del TFUE.

Artículo 21: no discriminación, se menciona en los artículos 3 del TUE y 10 del TFUE, como prohibición general y específica en el ámbito de los Tratados.

Artículo 22: diversidad cultural, religiosa y lingüística, se menciona implícitamente en los artículos 6 c), 17 y 167, todos ellos del TFUE, esto es, el ámbito de acciones de apoyo, coordinación o complemento, y explícitamente en el artículo 13 del TFUE, como exigencia en el ámbito de la agricultura, la pesca, los deportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio.

Artículo 23: igualdad entre hombres y mujeres, se menciona en los artículos 2 y 3.3 del TUE, como valores y objetivos y en el artículo 8 del TFUE como objetivo de las políticas de los Tratados.

Artículo 24: derechos del niño, se mencionan en el artículo 3.3 del TUE, como un objetivo de la Unión.

Artículos 47- 50: derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y derechos de defensa, principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, se mencionan implícitamente en los artículos 81, 82 y 86 del TFUE. Esto es, en un ámbito de competencia compartida.

De lo expuesto se deduce que las menciones a lo largo de los Tratados de algunos derechos consagrados en la Carta no son uniformes. En unos casos, la mención o regulación tiene lugar en el TUE y en otras, las más numerosas, en el TFUE. Pero en este último caso la mención o regulación tiene lugar en diferentes ámbitos competenciales con intensidades diferentes. De manera que resulta dudoso que la mera mención produzca por efecto la ineficacia de lo expresado en la Carta, como se deduciría de los artículos 51 y 52 de la misma o del artículo 6 del TUE

## **E) Derechos fundamentales de la Carta que ni se regulan ni se mencionan en los Tratados**

Con las matizaciones a que nos referiremos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión consagra derechos que no son objeto de regulación en el TFUE y que, acaso, se deducen implícitamente del TUE. Estos serían los derechos

referidos en los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10.2, 11, 12, 16, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32 y 33, a saber:

Artículo 2: derecho a la vida que tendría el sentido y alcance del artículo 2 del Convenio de Roma.

Artículo 3: derecho a la integridad de la persona.

Artículo 4: prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, que tendría el sentido y alcance del artículo 3 del Convenio de Roma.

Artículo 5: prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, los apartados 1 y 2 tendrían el sentido y alcance del artículo 4 del Convenio de Roma.

Artículo 7: respeto a la vida privada y familiar, que tendría el sentido y alcance del artículo 8 del Convenio de Roma.

Artículo 9: derecho a contraer matrimonio del artículo. Tiene el mismo sentido y mayor alcance que el artículo 12 del Convenio de Roma.

Artículo 10.2: derecho a la objeción de conciencia. Su apartado 1 tiene el sentido y alcance del artículo 9 del Convenio de Roma (la regulación del TFUE puede alcanzar el derecho de familia, de acuerdo con el artículo 81.3).

Artículo 11: libertad de expresión y de información. Tiene el mismo sentido y alcance que el artículo 10 del Convenio de Roma.

Artículo 12: libertad de reunión y de asociación. Su apartado 1 tiene el mismo sentido y mayor alcance que el artículo 11 del Convenio de Roma.

Artículo 16: libertad de empresa.

Artículo 25: derechos de las personas mayores.

Artículo 26: integración de las personas discapacitadas

Artículo 27: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa;

Artículo 29: derecho de acceso a los servicios de colocación;

Artículo 30: protección en caso de despido injustificado;

Artículo 31: condiciones de trabajo justas y equitativas;

Artículo 32: prohibición de trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo;

Artículo 33, vida familiar y vida profesional.

La cuestión en relación con estos derechos es la de cómo operan. Del artículo 51 de la Carta se deduciría que los mismos deben ser respetados, observados los principios y promovida su aplicación, dentro de los límites de las competencias que se le han atribuido a la Unión. Esto es, los referidos derechos no podrían ser objeto de una regulación general aplicable en los Estados miembros, pero al ejercer una determinada competencia la norma de aplicación no sólo no debe vulnerar los referidos derechos sino que debe favorecerlos y sólo podrá limitarlos mediante actos legislativos que deberá respetar su contenido esencial (art. 52.1 de la Carta).

De manera que la rotunda afirmación de que los derechos de la Carta no crean, en caso alguno, competencias o misiones nuevas debe matizarse, ya que la exigencia de que se respeten los derechos, se observen los principios y se promueva la aplicación, aunque sea dentro de los límites de las competencias atribuidas a la

Unión, no deja de ser una ampliación de la regulación que procede efectuar dentro del marco de las competencias atribuidas. O si se prefiere, en el ejercicio de las competencias atribuidas la Unión debe tener en cuenta los derechos antes referidos. Lo que, ni más ni menos, supone: o bien la atribución de una nueva competencia sobre la competencia; o una modulación de la competencia atribuida.

## **7.2. Los derechos fundamentales como ámbito competencial propio de la Unión y sus límites**

De lo que llevamos dicho se deduce que el artículo 51 de la Carta, presenta deficiencias considerables al haberse concebido pensando en un solo tipo de derechos fundamentales, el de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta que se regulan (y excepcionalmente que se mencionan) en los Tratados. En relación con los derechos que se mencionan o, más precisamente, que se regulan en los Tratados, puede afirmarse que los destinatarios de los mismos son las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Estos derechos, de acuerdo con el artículo 51 no podrían ejercerse sino en el ámbito de una competencia atribuida a la Unión. Es decir, no podrían ejercerse de modo autónomo, desvinculado de competencias no atribuidas. Pero, incluso en este caso, los derechos fundamentales de este tipo deben o pueden ser regulados por la Unión, en el marco y en los límites a que se refieren los artículos 51 a 54 de la Carta.

A los derechos fundamentales que no tienen regulación explícita en los Tratados, de acuerdo con lo dispuesto, en sentido contrario, en el apartado 2 del 52, se les aplica limitadamente lo dispuesto en el artículo 51. Esto es, no están vinculados en su interpretación a otros preceptos de los Tratados. La Unión está vinculada plenamente a dichos derechos, cuya limitación exige un acto legislativo.

Por tanto debe concluirse que el Título VII de la Carta no se ha coordinado adecuadamente con los Tratados. Así, se advierte, por una parte, que preceptos sustanciales relativos a los derechos fundamentales están dispersos y, por otra parte, los preceptos fundamentales tienen que interpretarse a la luz de los Tratados y de las disposiciones que los desarrollen. La primera circunstancia pone de evidencia las carencias sistemáticas del texto, que acarrearán grandes dificultades interpretativas cuando no contradicciones. La segunda circunstancia, sin embargo, se deduce de la propia configuración de los derechos.

## **7.3. El Derecho de los Estados miembros y la aplicación de la Carta**

El principio general que se deduce del artículo 51.1 de la Carta es el que los Estados miembros están vinculados a la Carta en la medida en que apliquen Dere-

cho de la Unión, de manera que resulta imprescindible establecer previamente qué debe entenderse por Derecho de la Unión. En este punto caben dos posibilidades bien diferentes. De acuerdo con una posición restrictiva, por Derecho de la Unión deberíamos entender el Derecho originario y el Derecho derivado, mientras que desde una posición amplia, por Derecho de la Unión deberíamos entender también el derecho de transposición y desarrollo de los Estados miembros del Derecho derivado. Ambas posiciones conducen a soluciones diferentes desde la perspectiva que ahora nos ocupa. Si se optara por la primera posición resultaría que siempre que se aplicara Derecho interno de un Estado miembro, con independencia de que el mismo fuera o no transposición del Derecho de la Unión, la Carta no sería de aplicación. A mi juicio, la solución no sería acertada. Lo correcto sería aplicar aquí el *concepto de bloque normativo*. Esto es, siempre que una norma de la Unión requiera para su aplicación que los Estados miembros dicten a su vez normas que la completen, estas normas deben entenderse como Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51 de la Carta, por formar parte del bloque normativo aplicable al caso concreto.

Sin embargo, resulta evidente, la Carta contiene derechos fundamentales, como hemos visto, que no están vinculados a las competencias de la Unión y que, por su propia naturaleza, sólo son exigibles a la Unión. Estos serían, en el ámbito de la ciudadanía: el *derecho a una buena administración* (art. 41); el *derecho de acceso a los documentos* (art. 42); el *derecho a someter al Defensor del pueblo los casos de mala administración* (art. 43) y el *derecho de petición ante el Parlamento Europeo* (art. 44). Se trata de derechos de los ciudadanos europeos que pueden ejercer frente a las autoridades de la Unión (instituciones, órganos, y organismos, incluido el Defensor del Pueblo). Son derechos que en caso alguno pueden vincular a las autoridades de los Estados miembros.

#### **7.4. La cláusula de apertura de los Tratados al Convenio de Roma de 1950**

El apartado 52.3 de la Carta Constitución contiene una cláusula de apertura al Derecho internacional semejante a la que figura en el artículo 10.2 de la Constitución española. Así dice el citado precepto: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». Si alcanzáramos la misma conclusión a la que ha llegado el Tribunal Constitucional español, que supone que el sentido y alcance de los derechos y libertades es el que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se estaría produciendo una estimable armonización interpretativa de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional españoles y del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea, de manera que se excluirían los conflictos interpretativos que en otro caso pudieran producirse.

El precedente del artículo 52.3 de la Carta es el artículo 6.2 del TCE que decía: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950...». Sin embargo, pese a las semejanzas entre ambos preceptos, su significado es diferente en el contexto del TCE y en la Carta, ya que el artículo 6.2 del TCE tenía por objeto principal dotar a la Unión de un marco de derechos fundamentales de referencia, a partir del que podría llegarse a la conclusión que hemos postulado, sin embargo el artículo 52.3 en el contexto de la Carta de los Derechos Fundamentales lleva irremisiblemente a la conclusión postulada más atrás. Sin embargo, el artículo 6 del TUE, que ordena la adhesión de la Unión al mencionado Convenio Europeo, insistirá en que dicha adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados, y el alcance que les da a los derechos consagrados en el Convenio es el «principios generales» del Derecho de la Unión. Se trata de regulaciones contradictorias fruto del tortuoso proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

### **7.5. La competencia de la Unión para ratificar tratados internacionales en materia de derechos humanos**

La Unión Europea es competente, en su propio orden interno, para dotarse de un sistema de derechos fundamentales. Así lo acredita la circunstancia de que la Carta esté dedicada por entero a la regulación de los derechos fundamentales, en los términos a que nos hemos referido anteriormente. La cuestión es si la Unión Europea es competente para suscribir tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, habida cuenta de que: Por una parte, el TJCE entendió que carecía de base jurídica la suscripción de tratados internacionales en dicha materia<sup>271</sup>; y por otra parte, el artículo 6.2 del TUE contiene un mandato expreso de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Comenzando por la última de las cuestiones, la circunstancia de que de modo expreso se prevea la adhesión a un tratado internacional, en materia de derechos humanos como el de Roma de 1950, no parece obstáculo a la firma de otros tratados, habida cuenta de que el mandato expreso a que nos referimos puede explicarse justamente por el contenido del Dictamen del TJCE que consideró que no existía base jurídica para firmar el referido Convenio Europeo. Esto es, la previsión del artículo 6.2 del TUE no se trata de una excepción a una regla, sino una mera espe-

---

<sup>271</sup> Ver el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996.

cificación necesaria habida cuenta de los antecedentes y, lo que es más importante, para solucionar los problemas interpretativos a que hemos hecho referencia más atrás.

La cuestión sería, por consiguiente, la de establecer si las diferencias que se aprecian entre la situación anterior y posterior al Tratado de Lisboa permiten invalidar la doctrina del TJCE vertida en el referido Dictamen. ¿Acaso la UE no tiene competencias en materia de derechos humanos en los TCE, TUE y TCEEA y las tendría después del Tratado de Lisboa? Que la UE tiene competencia en el orden interno en materia de derechos fundamentales resulta evidente por la circunstancia de la mera existencia de la Carta. De manera que, de acuerdo con la doctrina del TJCE la competencia en el orden interno (interno-interno, habría que decir) determina la competencia en el orden externo. Así, con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no cabe duda de la posibilidad de suscribir tratados internacionales, con la condición de que éstos afecten exclusivamente al orden interno comunitario, en los términos a que me referí anteriormente.



## CAPÍTULO CUARTO

### UNA RECAPITULACIÓN CONSTRUCTIVA. EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE

#### 1. INTRODUCCIÓN. LÍNEAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS. LOS OBJETIVOS, SALVO EXCEPCIONES, OPERAN COMO LÍMITES POSITIVOS Y NEGATIVOS PARA EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN

La conclusión más inmediata que se alcanza del estudio de los Tratados vigentes con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el tema que nos ocupa, es que su sistema de competencias tiene mayor extensión, complejidad, y riqueza de principios, objetivos y técnicas, que los que se deducían del TUE y del TCE antes del Tratado de Lisboa.

En efecto, el TFUE dedica al sistema competencial el grueso de sus preceptos, en particular las partes primera y tercera y otros tantos capítulos y preceptos dispersos a los que nos hemos referido a lo largo de este trabajo: más de doscientos artículos, así como un buen número de Protocolos y Declaraciones anejos a los Tratados. Este volumen considerable de artículos, protocolos y declaraciones es una de las causas de que se haya criticado las dimensiones del conjunto integrado por el TUE, el TFUE y el TCEEA, por su comparación con la mayoría de los textos fundamentales vigentes en los Estados miembros.

Sin embargo, debiera valorarse si resulta o no necesario un conjunto normativo tan extenso y complejo. Y la conclusión que se obtiene con facilidad es que está plenamente justificado que el Derecho originario vigente en la Unión (con la excepción del TCEEA, que debiera haberse integrado en el TFUE) se justifica por la conveniencia de consagrar al máximo nivel normativo el conjunto de técnicas y principios que rigen el sistema competencial de la Unión, esto es, los principios, las competencias que se atribuyen, así como las instituciones e instrumentos que se ponen a disposición de la Unión para llevarlas a cabo: sólo de este modo es posible determinar rigurosamente las competencias de que son titulares la Unión y los Estados miembros. Probablemente, la Unión Europea se ha adelantado en el tiempo a los sistemas constitucionales vigentes de naturaleza federal, en los que, por lo general, se observan carencias muy considerables, derivadas de haber adoptado la modalidad

de atribución de competencias mediante listas, así como a causa de no haber dotado a dichos sistemas de las técnicas y principios necesarios de tipo relacional.

El TUE en su artículo 5 y el TFUE, en sus artículos 2 a 6, crean la ficción de certidumbre<sup>272</sup> en la regulación del sistema competencial de la Unión, certidumbre que se completaría con el principio de primacía consagrado por la jurisprudencia del TJUE<sup>273</sup>. En efecto, la certidumbre se urde mediante diferentes principios y técnicas entre las que destaca el principio de atribución, formulado en sentido positivo y negativo. De modo que la Unión sólo sería titular de las competencias atribuidas por los Estados en los Tratados y las competencias no atribuidas a la Unión corresponderían a los Estados miembros. Dicho principio relacional se completaría, en lo relativo al ejercicio de las competencias por la Unión, con: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; mediante la cláusula de flexibilidad; y a través de la clasificación y definición de las competencias de la Unión. El cierre del sistema lo constituiría el principio de primacía, que resolvería los últimos problemas de relación del Derecho de la Unión con el Derecho de los Estados miembros.

Ahora bien, la aparente claridad del sistema de competencias, que se deduciría de los artículos antes citados del TUE y TFUE, que tendría como pretensión su aplicación a todas las políticas y acciones de la Unión, como hemos visto, no es aplicable a la totalidad de las políticas y las acciones de la Unión y contiene contradicciones y lagunas muy considerables, difíciles de resolver. Y, lo que resulta más grave, los principios que se deducirían del sistema de competencias de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE, salvo excepciones, son contradictorios, modulados o corregidos por los preceptos de los Tratados dedicados a las políticas de la Unión, en especial, por los de la Parte tercera del TFUE cuyo contenido regulador prevalece sobre los artículos antes citados del TUE y del TFUE, como hemos tenido oportunidad de comprobar.

La tipología que figura en los artículos 2 a 6 del TFUE no refleja adecuadamente la complejidad del sistema de competencias que se deduce de los Tratados. Y no lo hace en dos sentidos. Por una parte, porque la configuración de los ámbitos materiales, a excepción de algunos de los ámbitos de competencia, es insuficiente o incorrecta según los casos. Y, por otra parte, porque los tipos o categorías relacionales (ámbitos de competencias exclusivas, compartidas, etc.), particularmente el tipo competencia compartida, no reflejan adecuadamente ni los tipos de relaciones ni la posición resultante para los Estados miembros y la Unión.

No obstante, con los materiales que suministran los Tratados, y tras el análisis de las políticas y acciones que hemos realizado en el capítulo III de este trabajo, podría ensayarse una reconstrucción de los tipos competenciales, tema este en que centraremos la atención.

<sup>272</sup> En el sentido de J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR ESCURRA, «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre en nuestro derecho», en *Estudios en Homenaje al Profesor González Pérez*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 101.

<sup>273</sup> Hay que recordar que el artículo I-6 de la Constitución Europea *non nata* consagraba expresamente el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

## 2. LOS TRATADOS COMO NORMAS JURÍDICAS QUE IMPONEN OBLIGACIONES, PROHIBICIONES Y OBJETIVOS Y DISTRIBUYEN COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

Los Tratados no tienen por objeto, únicamente, atribuir competencias a la Unión, como podría deducirse del Título I de la Parte I del TFUE. En efecto, los Tratados, por una parte, *prescriben obligaciones*<sup>274</sup> o *prohibiciones*<sup>275</sup> directamente a los Estados miembros. Se trata de obligaciones cuyo cumplimiento no precisa el ejercicio de competencia previa alguna por la Unión, aunque los Tratados pueden atribuir, con posterioridad, competencias de control o fiscalización a las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Por otra parte, los Tratados *imponen a los Estados miembros el cumplimiento de objetivos*<sup>276</sup> que deben regir el ejercicio de sus políticas nacionales en determinados ámbitos. Y, lo que resulta más relevante, a los efectos que nos ocupan, los Tratados *atribuyen competencias a los Estados miembros*, competencias que se convierten en límites absolutos para el ejercicio de competencias por la Unión<sup>277</sup>, o *distribuyen competencias entre la Unión y los Estados miembros*<sup>278</sup>.

De manera que debe tenerse en cuenta, al enfrentar el tema que nos ocupa, que los Tratados vigentes tras el Tratado de Lisboa, como antes los Tratados Comunitarios y de la Unión, además de ser normas de atribución de competencias a la Unión, son normas que atribuyen competencias a los Estados miembros, que distribuyen competencias entre la Unión y los Estados miembros y que imponen a éstos obligaciones, prohibiciones y objetivos.

---

<sup>274</sup> Véase por ejemplo el artículo 55 del TFUE que expresa: «Los Estados miembros otorgarán a los nacionales de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 54, sin perjuicio de la aplicación de las restantes disposiciones de los Tratados». Este artículo se corresponde al artículo 294 del TCE.

<sup>275</sup> Por ejemplo las que figuran en el marco de la unión aduanera (arts. 30 a 32 del TFUE), o en el marco de las normas sobre la competencia (art. 101 del TFUE) o en el marco de la política monetaria (arts. 127.4 y 131 del TFUE).

<sup>276</sup> Véase por ejemplo el artículo 151 del TFUE en materia de política social, que dice: «La Unión y los Estados miembros... tendrán como objetivo...», que se corresponde al artículo 136 del TCE, o en el marco de industria, art. 173 del TFUE que se corresponde al artículo 157 del TCE.

<sup>277</sup> Son varias las modalidades de atribución a los Estados miembros, por ejemplo, en el marco de la política monetaria (arts. 127.3 y 128.2 del TFUE), en el marco de la política de la energía (art. 194.2 párrafo segundo del TFUE), en el marco de la política de cooperación al desarrollo (art. 210 del TFUE), en el marco de la política de salud pública (art. 168.7 del TFUE), en el marco de la política de educación, juventud y deporte (arts. 165.1 y 166.1 del TFUE), en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 77.4 del TFUE), o de la política de inmigración (art. 79.5 del TFUE).

<sup>278</sup> Por ejemplo en el ámbito de la política de redes transeuropeas (art. 170 del TFUE).

### 3. LOS OBJETIVOS Y SUS DIFERENTES FUNCIONES

Los Tratados han establecido objetivos a diferentes niveles: *Objetivos generales* de la Unión, previstos en el artículo 3 el TUE, aplicables a todas las políticas y acciones de la Unión; *objetivos genéricos* aplicables a varios ámbitos o grupos de políticas o competencias<sup>279</sup>; *objetivos específicos* de diferente rango aplicables a las diferentes políticas o competencias de la Unión<sup>280</sup>; y *objetivos transversales*<sup>281</sup> que operan en ámbitos competenciales más o menos amplios, según los casos. En ejercicio de una competencia la Unión siempre debe observar los objetivos generales, y pudieran concurrir, además, objetivos genéricos y objetivos específicos, según los casos, que será necesario conciliar llevando a cabo una interpretación coherente de los mismos.

Pueden diferenciarse varios tipos de funciones de los objetivos. Por una parte, y con carácter general, *los objetivos son límites positivos y negativos para el ejercicio de las competencias atribuidas*. Esto es, las competencias atribuidas no pueden ejercerse sin sujeción a límites, lo que es enteramente aplicable a las competencias exclusivas. Pero, la descrita que sería la función genérica de los objetivos, se corresponde con la estricta aplicación del principio de atribución, que convive con otras funciones, como hemos comprobado más atrás.

Así, la generalizada aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a todas las competencias no exclusivas de la Unión hace que los *objetivos cobren la función de determinar la procedencia o no de actuar las competencias atribuidas, así como la intensidad de su actuación*. Esto es, la verificación de que una competencia ha sido atribuida no es suficiente para su ejercicio, es necesario acreditar su necesidad (excluyendo las competencias exclusivas cuyo ejercicio está sujeto a límites pero exento de acreditar su necesidad). Y, concluido que procede ejercer una determinada competencia tampoco es indiferente la intensidad de la intervención de la Unión que debe someterse a un juicio de oportunidad o, si se prefiere, de proporcionalidad, en que los objetivos cobran una especial relevancia.

*Los objetivos se confunden con la competencia misma* en algunos casos<sup>282</sup>. Se trata de supuestos excepcionales en que los Tratados no han diferenciado, como sucede en la inmensa mayoría de supuestos, los objetivos de las competencias. Pero en este caso no debiera hablarse de filtración del principio funcionalista sino más

<sup>279</sup> Por ejemplo en el ámbito de las políticas que integran acción exterior de la Unión son objetivos genéricos los que refiere el apartado 2 del artículo 21 del TUE.

<sup>280</sup> Por ejemplo los objetivos de la protección de los consumidores establecidos en el apartado 1 del artículo 169 del TFUE.

<sup>281</sup> Ver, entre otros los distintos niveles de transversalidad, los artículos 9 a 13 del TFUE.

<sup>282</sup> Por ejemplo, este sería el caso de los objetivos y competencia en materia de política industrial (art. 173 del TFUE), o en la política de la energía (art. 194 del TFUE), o en la cooperación judicial en materia penal (art. 82.1 del TFUE), o en la política de educación, juventud y deportes (arts. 165.1 y 166.1 del TFUE), o en el marco de la protección civil (art. 196 del TFUE).

bien de confusión entre ambos (objetivos y competencias), de manera que de los objetivos de una determinada competencia hay que extraer los contenidos materiales de la misma.

*Los objetivos en ciertos casos parecen configurar un ámbito específico*<sup>283</sup>. De manera que, en algunos ámbitos las competencias vendrían determinadas por los objetivos. Esto es, en algunos casos excepcionales, la competencia queda indeterminada y su determinación es consecuencia de la finalidad que pretenda alcanzarse. Se trata de casos excepcionales que instauran una suerte de competencia funcional que debería haberse erradicado, en coherencia con el principio de atribución que en estos casos, sin embargo, queda excepcionado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que existen *objetivos transversales*<sup>284</sup>. Es decir, objetivos de determinadas políticas que, sin embargo, deben realizarse también por otras políticas y acciones desde el arsenal de los instrumentos jurídicos que ponen a su disposición los Tratados, lo que podría interpretarse, de nuevo, como la incursión del funcionalismo en el Derecho de la Unión. Dentro de los objetivos transversales deben diferenciarse los que son de aplicación a la totalidad de las políticas<sup>285</sup> y acciones de aquellos que sólo son aplicables a algunas políticas de la Unión o de los Estados miembros<sup>286</sup>.

#### 4. SUPRANACIONALIDAD E INTERGUBERNAMENTALIDAD COMO CRITERIOS RELACIONALES RESIDUALES

El sistema que se deduce de los artículos 2 a 6 del TFUE, resulta evidente, después de lo que llevamos dicho, que no explica de modo suficiente el sistema de competencias de la Unión. De manera que se trata de que sinteticemos de modo ordenado los criterios que explican de modo más adecuado las competencias de la Unión desde una perspectiva relacional con los Estados miembros.

Los criterios más generales de carácter relacional, en lo que concierne a las competencias de la Unión y de los Estados miembros, son los de supranacionalidad e intergubernamentalidad, criterios teóricos que se situarían en los extremos de la escala gradual que pudiera comprender el conjunto de competencias de la Unión.

---

<sup>283</sup> Este sería el caso de los objetivos en el marco del medio ambiente, de acuerdo con los artículos 191 y 192 del TFUE.

<sup>284</sup> Este sería el caso de los objetivos de la política de protección de los consumidores (art. 12 del TFUE), de la política de medio ambiente (art. 11 del TFUE), de las políticas social y de empleo (arts. 9 y 151 del TFUE), de la política industrial (art. 173.3 del TFUE), o de la política cultural (art. 167 del TFUE).

<sup>285</sup> Estos son los casos, por ejemplo, de los objetivos de protección del medio ambiente, art. 11 del TFUE, de los consumidores, art. 12 del TFUE, del nivel de empleo elevado y la protección social, art. 151 del TFUE.

<sup>286</sup> Este sería, por ejemplo, el bienestar de los animales (art. 13 del TFUE), o la política de cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria (art. 208 del TFUE).

Así, serían competencias supranacionales de la Unión las competencias de carácter exclusivo, ejercidas por las instituciones con los instrumentos y procedimientos ordinarios. En efecto, las competencias que se denominan competencias exclusivas tendrían claros rasgos supranacionales, aunque sería difícil identificar a una de ellas como prototipo de competencia supranacional. Obsérvese que, por ejemplo, en el marco de la política monetaria de los Estados miembros que han adoptado el euro, ámbito que suele ponerse como ejemplo de ámbito de competencias exclusivas, los Estados miembros conservan algunas competencias y que el funcionamiento institucional de la Unión se ha alterado sustancialmente al crearse órganos, instrumentos y procedimientos extraordinarios. Aun así, no cabe duda de que, entre otras competencias, la competencia del Banco Central Europeo en lo relativo a la emisión de billetes en euros es un ejemplo de competencia supranacional.

Las competencias de carácter intergubernamental o cooperativo, en el otro extremo de la escala gradual, serían aquellas en que: las instituciones preponderantes serían el Consejo Europeo y el Consejo, quedando relegados a un segundo plano la Comisión y del Parlamento Europeo; los instrumentos jurídicos por excelencia serían los actos jurídicos no vinculantes para los Estados miembros; la adopción de acuerdos se haría por unanimidad de los representantes de los Estados en el Consejo Europeo o en el Consejo; y los actos jurídicos adoptados no serían residenciables ante el TJUE. Ejemplos prístinos de competencias de esta naturaleza las encontraríamos en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, en que el funcionamiento de la Unión sería, con todos los matices que introduce el Tratado de Lisboa en el TUE, similar al de las organizaciones internacionales convencionales. Así, el carácter intergubernamental de una política no nos indica el carácter obligatorio o facultativo del ejercicio de las competencias por la Unión, aunque lo condicione en todo caso.

Pero, al margen de algunos ejemplos, escasos, que podrían caracterizarse sin fisuras como políticas o competencias supranacionales o intergubernamentales, la inmensa mayoría de las políticas y competencias de la Unión tendrían rasgos supranacionales e intergubernamentales o, más precisamente, tendrían rasgos singulares irreducibles a tipos competenciales puros como los señalados.

La utilización de los criterios de la supranacionalidad o la intergubernamentalidad, para determinar la atribución competencial a la Unión, es demasiado general y de difícil aplicación, por lo que debiera reducirse su función a la de meros criterios orientadores del sesgo de la política o competencia en cuestión, razón esta por la que deben utilizarse estos criterios con carácter residual.

## **5. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS *VERSUS* COMPETENCIAS NO EXCLUSIVAS**

Desde el punto de vista relacional, que se sustenta o deriva del principio de atribución de competencias, las competencias de la Unión pueden ser de dos tipos: *Com-*

*petencias exclusivas y competencias no exclusivas.* Las competencias exclusivas de la Unión se caracterizan porque excluyen a los Estados miembros de un determinado ámbito competencial. Mientras que las competencias no exclusivas de la Unión conviven, o pueden convivir, en un mismo ámbito competencial con competencias de los Estados miembros.

### 5.1. La heterogeneidad de los ámbitos de competencias exclusivas

Las *competencias exclusivas* tienen una serie de rasgos comunes (exclusión de los Estados miembros, exclusión del principio de subsidiariedad, etc.), pero cada una de ellas supone un régimen singular: desde la política monetaria de los países que han adoptado el euro, *que constituye una cooperación reforzada singular* que integra un considerable número de competencias, hasta la de conservación de los recursos biológicos marinos, dentro de la política pesquera común, que constituye una mera *competencia exclusiva*.

Ya el TCE, en su artículo 5, hacía referencia implícita a competencias exclusivas y competencias no exclusivas con ocasión de establecer el ámbito de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y el artículo 2.1 del TFUE ha sido el que por primera vez ha explicado qué debe entenderse por competencia exclusiva, explicación que tiene tan solo un objetivo relacional. Es decir, la competencia exclusiva de la Unión supone la exclusión de los Estados miembros del ejercicio de una competencia así calificada, salvo que la Unión decida de modo unilateral la colaboración de los Estados miembros en el ejercicio de dicho tipo de competencia.

La circunstancia de que el concepto de competencia exclusiva, que luce en el artículo 2.1 del TFUE, sea meramente relacional no carece de lógica, pues del análisis de los ámbitos de competencias exclusivas a que se refiere el artículo 3 del TFUE se deduce que los contenidos materiales de las llamadas competencias exclusivas son irreducibles a un tipo que no sea el meramente relacional, dado el carácter heterogéneo de las mismas. En efecto, en la lista que contiene el artículo 3 del TFUE se pueden identificar competencias de diferente naturaleza, como antes anticipaba. Así, en el mismo se hace referencia a una cooperación reforzada singular como es *la política monetaria de los Estados que han adoptado el euro*, que, sin embargo deja prácticamente indemnes las competencias exteriores de los Estados miembros en la materia que el TFUE no ha transferido a la Unión. Por lo que se refiere a *la unión aduanera*, su denominación resulta un tanto pretenciosa, teniendo en cuenta que la Unión no ha asumido competencias en lo que concierne a las administraciones aduaneras de los Estados miembros. Es decir, la Unión no tiene competencias directas; lo que no deja de ser un tanto sorprendente. En el ámbito de *las normas sobre la competencia* resulta difícil aplicar el concepto de competencia exclusiva, como hemos señalado, ya que este ámbito incluye sólo el comercio e intercambios comerciales entre los Estados miembros, de manera que el comercio o intercambios que no afec-

tan al comercio intercomunitario no formaría parte del ámbito de competencia exclusiva de la Unión: Así, el TFUE reconoce implícitamente sobre esta materia competencias de la Unión y de los Estados miembros, lo que es difícilmente conciliable con el concepto de competencia exclusiva sobre una materia. La *política comercial común* es, entre los ámbitos de competencia exclusiva, la que mejor se compadece con el concepto de competencia exclusiva, pese a que se trate de una competencia tangente con la unión aduanera, que introduce algunas sombras en su regulación. Asimismo, la *conservación de los recursos biológicos marinos* es una competencia, en el marco de la política pesquera común, que trae causa en una sentencia del TJUE que, aunque no deje de resultar sorprendente, no ha recibido la regulación singular que merece, lo que, sin duda, ha sido un olvido de los legisladores. Finalmente, la competencia para la *celebración de acuerdos internacionales*, cuya formulación trae causa, parcialmente, en la jurisprudencia del TJUE, como hemos podido comprobar anteriormente, ha recibido una regulación insuficiente y deficiente que será fuente de conflictos entre la Unión y los Estados miembros.

De modo que la determinación de la posición en que quedan los Estados miembros, en relación con los escasos ámbitos de competencias exclusivas, no puede hacerse tan sólo en virtud de lo establecido en el artículo 2.1 del TFUE, sino que exige el análisis de cada uno de los respectivos ámbitos de competencia exclusiva que son de carácter heterogéneo, hasta el punto de que la exclusividad debe considerarse como un criterio relacional de carácter general que debe ser completado, en cada caso, con los criterios relacionales singulares que se deducen de cada uno de dichos ámbitos de competencias exclusivas. Así, por ejemplo, el ejercicio de una competencia exclusiva, en principio, no precisa justificación, lo que, sin embargo, tiene su excepción en las normas sobre la competencia, que hemos calificado finalmente como competencia propia de la Unión (arts. 101 y sigs. del TFUE).

Por lo demás, llama la atención la distinta intensidad reguladora de las diferentes competencias exclusivas. Así, en unos casos las indicaciones sobre su régimen jurídico son prácticamente inexistentes: como es el caso de la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común (un mero enunciado, sin más indicaciones, en el artículo 3 del TFUE y sin regulación posterior, lo que lleva aparejadas dificultades considerables para establecer su régimen jurídico); y la competencia para suscribir tratados es del todo insuficiente. En los demás casos nos encontramos con intensidades regulatorias muy diferentes: escasas en el caso de la unión aduanera; algo mayores en los casos de la política comercial común y normas sobre la competencia; y extraordinariamente detalladas en el caso de la política monetaria. Todo ello es resultado del carácter de aluvión que tiene el Derecho de la Unión.

Debe también reseñarse que los Tratados vigentes, en algunos supuestos, configuran *competencias singulares exclusivas* en ámbitos diferentes a los que refiere el artículo 3 del TFUE, así, por ejemplo en el marco de la política de transportes, en que se establecen prohibiciones y se habilita con carácter exclusivo al Consejo para que garantice el cumplimiento de las mismas (art. 95 del TFUE).

De modo que, como hemos tenido oportunidad de comprobar, la diferencia entre las competencias caracterizadas como exclusivas y las no exclusivas, con la excepción que hemos señalado, resulta tan sólo de especial relevancia en lo relativo a la aplicación o no del principio de subsidiariedad.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del TFUE, los ámbitos en que la Unión haya ejercido su competencia quedan a la misma reservada mientras no decida dejar de ejercerla. De manera que puede suceder que la Unión agote el contenido material de una competencia no exclusiva, formal y materialmente, de modo que la misma se convierta por esta vía en *competencia exclusiva sobrevenida* o competencia exclusiva de hecho<sup>287</sup>. Si bien, es cierto, que la operatividad del principio de subsidiariedad puede con posterioridad reducir los contenidos materiales de este tipo de competencia exclusiva sobrevenida, y que, además, se podría proceder incluso, con posterioridad, a la devolución de la competencia en cuestión a los Estados miembros. Estas posibilidades son impracticables en el caso de que se tratara de competencias exclusivas originarias, salvo que la Unión a través de la facultad prevista en el artículo 2.1 *in fine* del TFUE venga a mutar la voluntad inicial de los Tratados.

## 5.2. Las competencias no exclusivas

Los mayores problemas de determinación de la competencia atribuida por el TFUE se plantean en el marco de las *competencias no exclusivas*. Dichas competencias, a las que le son de aplicación los principios y procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad, se clasifican en los Tratados con criterios que no son homogéneos. Así, junto a la categoría competencia compartida, que pretendidamente sería relacional, las demás categorías atenderían a la naturaleza jurídica de la competencia desde una perspectiva material, que no relacional (coordinación, apoyo, etc) o, simplemente, no serían objeto de categorización, como el caso de la política exterior y de seguridad común.

A mi juicio, el error de los Tratados es pretender clasificar de un modo rígido (artículos 2 a 6 del TFUE) un conjunto heterogéneo de competencias, que trae causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, antes de la reforma del Tratado de Lisboa, por la circunstancia de que estos últimos lejos de responder a un modelo teórico, integrado por categorías puras, son el fruto del largo proceso de construcción europea: el Derecho de la Unión es un derecho de aluvión. De manera que resultaba prácticamente imposible que las competencias de la Unión que resultan del TUE y del TFUE, sin previa reformulación, concordaran con el articulado de los Tratados. Esta deficiencia, como hemos visto, esto es, el desajuste entre el pretendido modelo de categorías o tipos de competencias y su práctica a lo largo de los

<sup>287</sup> En esta línea el Dictamen del TJCE 9/91, de 19-3-1993.

textos de los Tratados, se produce tanto en el ámbito de las competencias exclusivas como en el marco de las competencias no exclusivas, aunque los principales problemas se den en relación con estas últimas.

## 6. COMPETENCIAS DE EJERCICIO OBLIGATORIO POR LA UNIÓN (COMPETENCIAS OBLIGATORIAS) Y COMPETENCIAS DE EJERCICIO FACULTATIVO (COMPETENCIAS FACULTATIVAS)

A mi juicio, en relación con las competencias no exclusivas es posible utilizar criterios más acertados que los contenidos en el artículo 2 del TFUE que, no obstante, pueden ser útiles con carácter residual. Las competencias no exclusivas pueden ser, en primer término, *obligatorias o facultativas*. Esto es, la Unión, de acuerdo con los Tratados, en algunos casos, tendría que ejercer necesariamente su competencia, derivada la obligación del tiempo imperativo utilizado por el texto del TFUE al atribuir la competencia, o del contexto normativo en que tiene lugar la atribución, o de ambos a la vez (*competencia de ejercicio obligatorio*). O, por el contrario, en otros casos, la competencia se atribuye por el TFUE a la Unión como una facultad que puede o no ejercerse, lo que se deduce del tiempo no imperativo o del contexto normativo en que tiene lugar la atribución, o de ambos a la vez. Este tipo de categorización que postulamos se caracteriza, por otra parte, porque permite construir una escala gradual en que se aprecian las diferentes intensidades entre los extremos obligatorio y facultativo.

En un considerable número de preceptos se dice que la Unión (el Parlamento Europeo y el Consejo, el Consejo o la Comisión) «establecerá las medidas», «adoptará las medidas», «llevará a cabo las negociaciones», «facilitará el acceso», y otras tantas expresiones imperativas que en el contexto del precepto indican que la Unión debe ejercer la competencia (*competencia de ejercicio obligatorio*) que allí se prescribe<sup>288</sup>. Una competencia de esta naturaleza puede configurarse, a su vez, como una competencia *condicionada*<sup>289</sup>, o concebirse como *flexible*<sup>290</sup>, o ser *complementaria*<sup>291</sup> de las políticas de los Estados miembros. Bien es cierto que en algunas ocasiones el TJCE

<sup>288</sup> Así ejemplos de competencias de ejercicio obligatorio se deducen de los siguientes preceptos: 26; 33; 38.1; 43. 2 y 3; 46; 48; 50; 52.2; 53.1; 59.1; 64.2; 74; 75; 81. 1 y 2; 82.1; 85.1;89; 91; 95.3; 113; 114.1; 118; 133; 136.1; 138.1;140.2; 146; 147; 152; 157.3; 160; 164; 165.4; 166 3 y 4; 167.5; 168.2 y 4; 169.3; 177; 182.1, 4 y 5; 188; 189.1; 191; 192; 194.2; 195;196; 203; 207.2; 209.1; 212. 1 y 2; 214.3; 215.1; 220.1; 222.3, todos ellos del TFUE.

<sup>289</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 113 o del artículo 81.2, ambos del TFUE.

<sup>290</sup> Por ejemplo en el marco de la cooperación judicial (art. 81.3 del TFUE), o en el de la política de transportes (art. 91.1.d del TFUE).

<sup>291</sup> Por ejemplo en el marco de la política de investigación (art. 180 del TFUE), de la política de cooperación al desarrollo (art. 209 del TFUE), de la política de salud pública (art. 168 del TFUE), en la política cultural (art. 167 del TFUE), en la política de cooperación judicial (art. 88 del TFUE), o de la política de cooperación económica, financiera y técnica con terceros Estados (art. 212 del TFUE).

ha atribuido carácter potestativo a dichas expresiones, pero resulta más que dudoso que el citado Tribunal haya pretendido que la decisión sobre el caso concreto pueda aplicarse con carácter general y, sobre todo, no parece que dicha jurisprudencia pueda trasladarse sin más al TFUE, habida cuenta de que debe entenderse reforzado el principio de atribución. A la conclusión anterior se llegaría por la circunstancia de que en otras muchas ocasiones el TFUE, como antes el TCE, utiliza el «podrá», lo que tiene lugar en un contexto en que tampoco cabe duda de que se otorga a la Unión una facultad que puede ser o no ser actuada (*competencia facultativa*<sup>292</sup>) que, a su vez, puede ser, entre otras posibilidades, de carácter complementario<sup>293</sup>.

Las competencias de ejercicio obligatorio, a mi juicio, suponen la anticipación por los Tratados del juicio de oportunidad con el que culmina el procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad. De manera que cuando se identifique una competencia de ejercicio obligatorio podrá obviarse el procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad: Esto es, el juicio sobre si la competencia debe actuarse por la Unión. Sin embargo, en todo caso debe activarse el principio de proporcionalidad que al valorar la intensidad de la intervención deberá, entre otras cosas, decidir la elección del instrumento jurídico cuando la Unión pueda optar entre reglamentos, directivas y decisiones.

Por el contrario, cuando los Tratados utilizan el «podrá» al atribuir una competencia nos encontraremos ante una competencia facultativa que para ejercerse deberá venir precedida de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

A algunas de las competencias facultativas de la Unión les es de aplicación la caracterización de competencia compartida del artículo 2.2 del TFUE. Así, en la medida en que la Unión puede o no utilizar la facultad que le atribuyen los Tratados será posible el ejercicio de la competencia por los Estados miembros. Y decimos, en algunas circunstancias, porque no todas las competencias facultativas que atribuyen los Tratados a la Unión son susceptibles de ser ejercidas por los Estados miembros por sustitución. Será necesario analizar cada competencia facultativa para concluir si es posible la sustitución. Veamos entre los muchos ejemplos el del apartado 3 del artículo 64 del TFUE. En este precepto se establece que con arreglo a un procedimiento legislativo especial el Consejo «podrá establecer» medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto a la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. La competencia

---

<sup>292</sup> Ejemplos de este tipo serían, las previstas en el marco de la política de empleo (art. 149 del TFUE), de la política social (art. 153.2 del TFUE), de la PAC (art. 41 del TFUE), de la política de transportes (art. 100 del TFUE), de las redes transeuropeas (art. 171.1, tercer apartado y 3 del TFUE), de la política de inmigración (art. 79.3 del TFUE), de la cooperación judicial en materia penal (arts. 82.2 y 84 del TFUE), de la política de cooperación policial (art. 87.3 del TFUE), de la política de cooperación administrativa (art. 197.2 del TFUE), o de la política de cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria (art. 209.2 del TFUE).

<sup>293</sup> Por ejemplo en el marco de la política industrial (art. 173 del TFUE).

es facultativa, «podrá establecer», en la medida en que la Unión no está obligada a dictar una disposición de esta naturaleza, pero la facultad se atribuye con carácter exclusivo a la Unión, pues en el contexto de la competencia se excluye, precisamente, que los Estados puedan adoptar medidas singulares de ese tenor<sup>294</sup>. De manera que si la Unión no actúa la competencia, porque no llegue a formularse propuesta al respecto, o porque no supere el juicio de oportunidad resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad, no por ello quedan habilitados los Estados para actuar.

Por otra parte, las competencias facultativas podrían ser excepcionalmente *condicionadas*<sup>295</sup>. Esto es, así como el ejercicio de una competencia facultativa, en la generalidad de los casos tan sólo dependería del resultado del procedimiento de subsidiariedad, en otros casos, los menos, el ejercicio de la competencia exige como *prius* el cumplimiento de determinados requisitos.

Finalmente, las competencias facultativas pueden ser *compatibles-complementarias*<sup>296</sup> o *incompatibles*<sup>297</sup> con las competencias propias de los Estados miembros. Las competencias compatibles-complementarias serían competencias facultativas de la Unión en un marco rígido de atribución de competencias a la Unión y a los Estados miembros que permitiría el ejercicio por la Unión de sus competencias que, además de compatible, sería complementario. Este sería, por lo general, el ámbito de las competencias de apoyo, coordinación o complemento. Mientras que las competencias facultativas serían incompatibles con competencias de los Estados miembros en un marco flexible en el que el ejercicio de la competencia por la Unión excluiría, finalmente, el ejercicio de competencias por los Estados miembros.

## 7. COMPETENCIAS RÍGIDAS Y COMPETENCIAS FLEXIBLES

Las competencias obligatorias o facultativas, sin embargo, no nos indican la intensidad con que pueden ejercerse, de manera que además habrá que considerar como categorías superpuestas a las anteriores los tipos de competencias *rígidas o flexibles* o, más adecuadamente, habría que referirse a una escala gradual que reflejara la mayor o menor flexibilidad o rigidez de la competencia de carácter obligatorio o facultativo. El ejemplo extremo de flexibilidad se da en las que hemos denominado *competencias acordeón* en el marco de la política exterior y de seguridad común. Un nivel intermedio sería el de las *competencias pasarela* y el mínimo nivel de flexibilidad o de mayor rigidez se daría en los casos en que todos los presupuestos para el ejercicio de la competencia vinieran predeterminados en el ejercicio de una competencia obligatoria (objetivos, contenido material de la competencia, instituciones y tipo de norma y de procedimiento), de manera que la

<sup>294</sup> También, por ejemplo la competencia el artículo 51 del TFUE.

<sup>295</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 83 del TFUE.

<sup>296</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 168.4 a) del TFUE.

<sup>297</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 51 del TFUE.

operatividad de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad fuera prácticamente inexistente (*competencia rígida*). La mayor o menor intensidad con que se utilicen estos principios indica el mayor o menor grado de flexibilidad de la competencia atribuida.

## **8. LAS COMPETENCIAS MATERIALES COMO DELIMITADORAS DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN. NÚCLEO ESENCIAL Y COMPLEMENTO NECESARIO *VERSUS* EFECTO ÚTIL**

Tras la aplicación de las reglas anteriores de carácter relacional, debe tenerse en cuenta el contenido material de las competencias atribuidas a la Unión (coordinación en sus diferentes modalidades, fomento, supervisión, etc.) para determinar la competencia atribuida. El ámbito material de una competencia nos dice lo que la Unión puede hacer y al hacerlo (positiva o negativamente) crea un ámbito negativo en que la Unión no puede ejercer su competencia.

La integración del contenido material de una competencia, tenidos en cuenta los criterios anteriores, es en todo caso el resultado de una operación de integración de categorías previas de mayor o menor complejidad, como es bien sabido y en que no vamos a entrar aquí. La cuestión que nos interesa en este lugar está relacionada con el concepto efecto útil, uno de los conceptos fundamentales que sirvieron a la Unión para ampliar de modo muy considerable sus competencias. Dicho concepto se fundaba en el principio funcionalista que ha sido desplazado por el principio de atribución, hasta el punto de reducir la eficacia de aquél a casos excepcionales. Pero, la circunstancia de que el principio funcionalista se haya marginado no significa que no persista una de las razones determinantes de la existencia del citado concepto de efecto útil, como es que el contenido material de una competencia se integra por varios niveles de certeza, lo que, sin embargo, puede abordarse desde el principio de atribución. Sin duda alguna el contenido material de una competencia se constituye por un núcleo central, indiscutible, que denominaríamos *núcleo esencial* y, a partir del mismo, se podrían configurar, según los casos, círculos ex-céntricos de contenidos materiales que pueden ser atraídos por el núcleo esencial que denominaríamos *complemento necesario*. Lo que diferencia esta concepción de la que prevalece en la actualidad es que cuando nos referimos a núcleo esencial y complemento necesario lo hacemos desde el principio de atribución, porque tanto el núcleo esencial como el complemento necesario son contenidos atribuidos, que sólo exigen una operación jurídica de delimitación del contenido, operación que puede ser sencilla o muy compleja hasta el punto de tener que recurrir al principio de conexión para poder integrar un determinado contenido material en una competencia.

## **9. LA ENTRADA FRANCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN**

La historia de la implantación de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea es sobre manera accidentada, y no parece que el Tratado de Lisboa haya puesto fin a esa dinámica, ni que haya culminado el proceso de implantación de los mismos. Así, como es sabido, la Carta fue proclamada en vez de incorporada a los Tratados, con motivo del Tratado de Niza, y el reconocimiento a la Carta del mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión reviste tales caracteres de singularidad y tantas cautelas, que ponen en peligro su eficacia.

Dotar a la Unión Europea de una Carta de los Derechos fundamentales supone introducir en la misma uno de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno: sin derechos fundamentales no hay Constitución ni Estado de Derecho. Además, en segundo lugar, la Carta, unida a la obligada adhesión de la Unión al Convenio de Roma de 1950, propiciará la unificación de los Derechos fundamentales en la entera Unión Europea (para ello los Derechos internos de los Estados miembros deben resolver algunos problemas en sus ordenamientos jurídicos), lo que resulta del todo imprescindible para poner fin a la eventual colisión entre diferentes sistemas de protección de los derechos fundamentales que rigen para los Estados de la Unión.

A mi juicio, la regulación de los derechos fundamentales en los Tratados presenta graves problemas. Hemos acreditado que los derechos fundamentales se regulan en la Carta, pero también se regulan en los Tratados y la regulación en los mismos prevalece sobre la regulación contenida en la Carta. Así, lo que sin duda han conseguido los Tratados ha sido reiterar, sin necesidad (o con el propósito final de desvirtuar la Carta), lo que se regula en la Carta de los Derechos fundamentales, o separar artificialmente lo que debiera regularse unido. Por lo demás, al ser evidente que muchos de los derechos fundamentales se regulan en los Tratados se ha producido un vaciamiento notable de la Carta que sólo se explica por una cierta resistencia de los Estados miembros a la unificación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Una regulación adecuada de los derechos fundamentales exigiría llevar a cabo la operación inversa a la que ha tenido lugar por el Tratado de Lisboa. Esto es, los derechos fundamentales debieran regularse exclusivamente en la Carta, y en caso de que se hicieran menciones a los mismos en otras partes o títulos de los Tratados, éstos deberían remitirse a la Carta, y no al contrario, como se deduce de los artículos 51 y 52 de la Carta.

## **10. LA INCERTIDUMBRE COMO COMPONENTE NECESARIO DEL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN**

De manera que podríamos concluir que la pretendida certidumbre que se derivaría de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE se habría convertido más bien en

incertidumbre<sup>298</sup>, como resultado del análisis que hemos llevado a cabo. No basta con establecer un modelo teórico para que éste se realice sin más. Así, el modelo teórico que se plasma en el TUE y en el TFUE apenas se corresponde con el sistema de competencias que se deduce del análisis conjunto y sistemático del texto de los Tratados vigentes.

La certidumbre plena, la inexistencia de incertidumbre, no resulta posible en el Derecho. Ni siquiera en el ámbito de las competencias exclusivas es posible la certidumbre plena, ya que, en último extremo, los límites materiales de una competencia siempre entran en contacto con los de otras competencias constituyendo una zona competencial de intersección en que no siempre es fácil dilucidar los límites de unas y otras competencias. Esto es, a medida que nos alejamos del núcleo central de la competencia exclusiva (de la competencia en general), la competencia en cuestión entra necesariamente en contacto con otra competencia o competencias (propias o de los Estados miembros), de manera que será necesario contar con reglas capaces de solucionar los eventuales conflictos que se produzcan.

Pero, es necesario separar las dificultades interpretativas del Derecho como lenguaje, de las dificultades interpretativas derivadas de la complejidad, o de la imprevisión. En el caso que nos ocupa la complejidad del sistema se deriva, fundamentalmente, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, de que el modelo teórico de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE que no han tenido en cuenta las atribuciones de competencias que tienen lugar a lo largo de los textos de dichos Tratados, que traen causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, sin operar en estos últimos las reformas que hubieran sido precisas.

Pero, dicho lo anterior, hay que significar qué grados altos de incertidumbre deben ser asumidos como un componente más del sistema neofederal de la Unión Europea y no como una deficiencia del mismo.

---

<sup>298</sup> La formulación del principio de incertidumbre se debe a Werner HEISENBERG que lo formula en el ámbito de la física atómica (la circunstancia de que cada partícula lleve asociada consigo una onda, impone restricciones en la capacidad para determinar al mismo tiempo su posición y su velocidad).

**PALABRAS CLAVE (orden alfabético):** Certidumbre, Cláusula de flexibilidad, cláusula competencial abierta, cláusula de expansión, cláusula de incomunicación competencias acordeón, competencias compartidas, competencias complementarias, competencias concurrentes, competencias cooperativas, competencias de apoyo, competencias de ejercicio facultativo competencias de ejercicio obligatorio, competencias de coordinación, competencias exclusivas, competencias exclusivas condicionadas, competencias exclusivas incondicionadas, competencias exclusivas sobrevenidas, competencias facultativas, competencias flexibles, competencias de fomento, competencias rígidas, competencias pasarela, competencias propias o plenas, competencia reforzada singular, complemento necesario, derechos fundamentales, extraconstitucionalidad, incertidumbre, infraconstitucionalidad, núcleo esencial, objetivos específicos, objetivos generales, objetivos genéricos, objetivos transversales, Parlamentos nacionales, política común, principio de atribución, principio de coherencia, principio de competencia, principio de primacía, principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad, principio de supremacía, principio funcionalista.

**RESUMEN:** Este trabajo tiene como finalidad construir un sistema de competencias de la Unión Europea sobre los materiales dispersos y en ocasiones contradictorios que proporcionan los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea. Ya que el TUE en su artículo 5, y el TFUE en sus artículos 2 a 6, pretenden, sin conseguirlo, establecer los criterios competenciales que rigen en la Unión.

En primer lugar, se aborda en este trabajo la ubicación e interpretación de los principios de competencia, atribución, subsidiariedad, proporcionalidad, primacía, así como el principio funcionalista, la cláusula de flexibilidad, la cláusula del artículo 296 del TFUE, y la función y clases de objetivos de las políticas de la Unión, lo que resulta imprescindible para establecer un modelo competencial coherente. Y a partir de las conclusiones que se obtienen en los capítulos I y II se analizan, en el capítulo III, los tipos competenciales previstos en el TUE y el TFUE, llevando a cabo una reconstrucción de los mismos. El capítulo IV del trabajo supone una síntesis de las conclusiones obtenidas, que a continuación se incluye parcialmente.

Para analizar las competencias de la Unión se sigue el siguiente esquema: se analizan los objetivos que concurren en la política en cuestión, el tipo de competencia de acuerdo con lo previsto en los artículos 2 a 6 del TFUE, la competencia realmente atribuida y las instituciones e instrumentos de que dispone la Unión para ejercer la competencia o competencias atribuidas. Como resultado de dicho análisis se califica la competencia o competencias en cuestión.

Las *competencias exclusivas* tienen una serie de rasgos comunes (exclusión de los Estados miembros, exclusión del principio de subsidiariedad, etc.), pero cada una de ellas supone un régimen singular: desde la política monetaria de los países que han adoptado el euro, *que constituye una cooperación reforzada singular* que integra un considerable número de competencias, hasta la de conservación de los recursos biológicos marinos, dentro de la política pesquera común, que constituye una mera *competencia exclusiva*.

La circunstancia de que el concepto de competencia exclusiva, que luce en el artículo 2.1 del TFUE, sea meramente relacional no carece de lógica, pues del análisis de los ámbitos de competencias exclusivas a que se refiere el artículo 3 del TFUE se deduce que los contenidos materiales de las llamadas competencias exclusivas son irreducibles a un tipo que no sea el meramente relacional, dado el carácter heterogéneo de las mismas. En efecto, en la lista que contiene el artículo 3 del TFUE se pueden identificar competencias de diferente naturaleza, como antes anticipaba. Así, en el mismo se hace referencia a una cooperación reforzada singular como es *la política monetaria de los Estados que han adoptado el euro*, que, sin embargo deja prácticamente indemnes las competencias exteriores de los Estados miembros en la materia que el TFUE no ha transferido a la Unión. Por lo que se refiere a *la unión aduanera*, su denominación resulta un tanto pretenciosa, teniendo en cuenta que la Unión no ha asumido competencias en lo que concierne a las administraciones aduaneras de los Estados miembros. Es decir, la Unión no tiene competencias directas; lo que no deja de ser un tanto sorprendente. En el ámbito de *las normas sobre la competencia* resulta difícil aplicar el con-

cepto de competencia exclusiva, como hemos señalado, ya que este ámbito incluye sólo el comercio e intercambios comerciales entre los Estados miembros, de manera que el comercio o intercambios que no afectan al comercio intercomunitario no formarían parte del ámbito de competencia exclusiva de la Unión: Así, el TFUE reconoce implícitamente sobre esta materia competencias de la Unión y de los Estados miembros, lo que es difícilmente conciliable con el concepto de competencia exclusiva sobre una materia. La *política comercial común* es, entre los ámbitos de competencia exclusiva, la que mejor se compadece con el concepto de competencia exclusiva, pese a que se trate de una competencia tangente con la unión aduanera, que introduce algunas sombras en su regulación. Asimismo, la *conservación de los recursos biológicos marinos* es una competencia, en el marco de la política pesquera común, que trae causa en una sentencia del TJUE que, aunque no deje de resultar sorprendente, no ha recibido la regulación singular que merece, lo que, sin duda, ha sido un olvido de los legisladores. Finalmente, la competencia para la *celebración de acuerdos internacionales*, cuya formulación trae causa, parcialmente, en la jurisprudencia del TJUE, como hemos podido comprobar anteriormente, ha recibido una regulación insuficiente y deficiente que será fuente de conflictos entre la Unión y los Estados miembros.

De modo que la determinación de la posición en que quedan los Estados miembros, en relación con los escasos ámbitos de competencias exclusivas, no puede hacerse tan sólo en virtud de lo establecido en el artículo 2.1 del TFUE, sino que exige el análisis de cada uno de los respectivos ámbitos de competencia exclusiva que son de carácter heterogéneo, hasta el punto de que la exclusividad debe considerarse como un criterio relacional de carácter general que debe ser completado, en cada caso, con los criterios relacionales singulares que se deducen de cada uno de dichos ámbitos de competencias exclusivas. Así, por ejemplo, el ejercicio de una competencia exclusiva, en principio, no precisa justificación, lo que, sin embargo, tiene su excepción en las normas sobre la competencia, que hemos calificado finalmente como competencia propia de la Unión (art. 101 y sigs. del TFUE).

Por lo demás, llama la atención la distinta intensidad reguladora de las diferentes competencias exclusivas. Así, en unos casos las indicaciones sobre su régimen jurídico son prácticamente inexistentes: como es el caso de la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común (un mero enunciado, sin más indicaciones, en el artículo 3 del TFUE y sin regulación posterior, lo que lleva aparejadas dificultades considerables para establecer su régimen jurídico); y la competencia para suscribir tratados es del todo insuficiente. En los demás casos nos encontramos con intensidades regulatorias muy diferentes: escasas en el caso de la unión aduanera; algo mayores en los casos de la política comercial común y normas sobre la competencia; y extraordinariamente detalladas en el caso de la política monetaria. Todo ello es resultado del carácter de aluvión que tiene el Derecho de la Unión.

Debe también reseñarse que los Tratados vigentes, en algunos supuestos, configuran *competencias singulares exclusivas* en ámbitos diferentes a los que refiere el artículo 3 del TFUE, así, por ejemplo en el marco de la política de transportes, en que se establecen prohibiciones y se habilita con carácter exclusivo al Consejo para que garantice el cumplimiento de las mismas (art. 95 del TFUE).

De modo que, como hemos tenido oportunidad de comprobar, la diferencia entre las competencias caracterizadas como exclusivas y las no exclusivas, con la excepción que hemos señalado, resulta tan sólo de especial relevancia en lo relativo a la aplicación o no del principio de subsidiariedad.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del TFUE, los ámbitos en que la Unión haya ejercido su competencia quedan a la misma reservada mientras no decida dejar de ejercerla. De manera que puede suceder que la Unión agote el contenido material de una competencia no exclusiva, formal y materialmente, de modo que la misma se convierta por esta vía en *competencia exclusiva sobrevinida* o competencia exclusiva de hecho. Si bien, es cierto, que la operatividad del principio de subsidiariedad puede con posterioridad reducir los contenidos materiales de este tipo de competencia

exclusiva sobrevenida, y que, además, se podría proceder incluso, con posterioridad, a la devolución de la competencia en cuestión a los Estados miembros. Estas posibilidades son impracticables en el caso de que se tratara de competencias exclusivas originarias, salvo que la Unión a través de la facultad prevista en el artículo 2.1 *in fine* del TFUE venga a mutar la voluntad inicial de los Tratados.

Los mayores problemas de determinación de la competencia atribuida por el TFUE se plantean en el marco de las *competencias no exclusivas*. Dichas competencias, a las que se les aplica los principios y procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad, se clasifican en los Tratados con criterios que no son homogéneos. Así, junto a la categoría competencia compartida, que pretendidamente sería relacional, las demás categorías atenderían a la naturaleza jurídica de la competencia desde una perspectiva material, que no relacional (coordinación, apoyo, etc) o, simplemente, no serían objeto de categorización, como el caso de la política exterior y de seguridad común.

A mi juicio, el error de los Tratados es pretender clasificar de un modo rígido (artículos 2 a 6 del TFUE) un conjunto heterogéneo de competencias, que trae causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, antes de la reforma del Tratado de Lisboa, por la circunstancia de que estos últimos lejos de responder a un modelo teórico, integrado por categorías puras, son el fruto del largo proceso de construcción europea: el Derecho de la Unión es un derecho de aluvión. De manera que resultaba prácticamente imposible que las competencias de la Unión que resultan del TUE y del TFUE, sin previa reformulación, concordaran con el articulado de los Tratados. Esta deficiencia, como hemos visto, esto es, el desajuste entre el pretendido modelo de categorías o tipos de competencias y su práctica a lo largo de los textos de los Tratados, se produce tanto en el ámbito de las competencias exclusivas como en el marco de las competencias no exclusivas, aunque los principales problemas se den en relación con estas últimas.

A mi juicio, en relación con las competencias no exclusivas es posible utilizar criterios más acertados que los contenidos en el artículo 2 del TFUE que, no obstante, pueden ser útiles con carácter residual. Las competencias no exclusivas pueden ser, en primer término, *obligatorias o facultativas*. Esto es, la Unión, de acuerdo con los Tratados, en algunos casos, tendría que ejercer necesariamente su competencia, derivada la obligación del tiempo imperativo utilizado por el texto del TFUE al atribuir la competencia, o del contexto normativo en que tiene lugar la atribución, o de ambos a la vez (*competencia de ejercicio obligatorio*). O, por el contrario, en otros casos, la competencia se atribuye por el TFUE a la Unión como una facultad que puede o no ejercerse, lo que se deduce del tiempo no imperativo o del contexto normativo en que tiene lugar la atribución, o de ambos a la vez. Este tipo de categorización que postulamos se caracteriza, por otra parte, porque permite construir una escala gradual en que se aprecian las diferentes intensidades entre los extremos obligatorio y facultativo.

En un considerable número de preceptos se dice que la Unión (el Parlamento Europeo y el Consejo, el Consejo o la Comisión) «establecerá las medidas», «adoptará las medidas», «llevará a cabo las negociaciones», «facilitará el acceso», y otras tantas expresiones imperativas que en el contexto del precepto indican que la Unión debe ejercer la competencia (*competencia de ejercicio obligatorio*) que allí se prescribe. Una competencia de esta naturaleza puede configurarse, a su vez, como una *competencia condicionada*, o concebirse como *flexible*, o ser *complementaria* de las políticas de los Estados miembros. Bien es cierto que en algunas ocasiones el Tribunal de Justicia ha atribuido carácter potestativo a dichas expresiones, pero resulta más que dudoso que el citado Tribunal haya pretendido que la decisión sobre el caso concreto pueda aplicarse con carácter general y, sobre todo, no parece que dicha jurisprudencia pueda trasladarse sin más al TFUE, habida cuenta de que debe entenderse reforzado el principio de atribución. A la conclusión anterior se llegaría por la circunstancia de que en otras muchas ocasiones el TFUE utiliza el «podrá», lo que tiene lugar en un contexto en que tampoco cabe duda de que se otorga a la Unión una facultad que puede ser o no ser actuada (*competencia facultativa*) que, a su vez, puede ser, entre otras posibilidades, de carácter complementario.

Las *competencias de ejercicio obligatorio*, a mi juicio, suponen la anticipación por los Tratados del juicio de oportunidad con el que culmina el procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad. De manera que cuando se identifique una competencia de ejercicio obligatorio podrá obviarse el procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad: Esto es, el juicio sobre si la competencia debe actuarse por la Unión. Sin embargo, en todo caso debe activarse el principio de proporcionalidad que al valorar la intensidad de la intervención deberá, entre otras cosas, decidir la elección del instrumento jurídico cuando la Unión pueda optar entre reglamentos, directivas y decisiones.

Por el contrario, cuando los Tratados utilizan el «podrá» al atribuir una competencia nos encontraremos ante una *competencia facultativa* que para ejercerse deberá venir precedida de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

A algunas de las competencias facultativas de la Unión les es de aplicación la caracterización de competencia compartida del artículo 2.2 del TFUE. Así, en la medida en que la Unión puede o no utilizar la facultad que le atribuyen los Tratados será posible el ejercicio de la competencia por los Estados miembros. Y decimos, en algunas circunstancias, porque no todas las competencias facultativas que atribuyen los Tratados a la Unión son susceptibles de ser ejercidas por los Estados miembros por sustitución. Será necesario analizar cada competencia facultativa para concluir si es posible la sustitución. Veamos entre los muchos ejemplos el del apartado 3 del artículo 64 del TFUE. En este precepto se establece que con arreglo a un procedimiento legislativo especial el Consejo «podrá establecer» medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto a la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. La competencia es facultativa, «podrá establecer», en la medida en que la Unión no está obligada a dictar una disposición de esta naturaleza, pero la facultad se atribuye con carácter exclusivo a la Unión, pues en el contexto de la competencia se excluye, precisamente, que los Estados puedan adoptar medidas singulares de ese tenor. De manera que si la Unión no actúa la competencia, porque no llegue a formularse propuesta al respecto, o porque no supere el juicio de oportunidad resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad, no por ello quedan habilitados los Estados para actuar.

Por otra parte, las competencias facultativas podrían ser excepcionalmente *condicionadas*. Esto es, así como el ejercicio de una competencia facultativa, en la generalidad de los casos tan sólo dependería del resultado del procedimiento de subsidiariedad, en otros casos, los menos, el ejercicio de la competencia exige como *prius* el cumplimiento de determinados requisitos.

Finalmente, las competencias facultativas pueden ser *compatibles-complementarias* o *incompatibles* con las competencias propias de los Estados miembros. Las competencias compatibles-complementarias serían competencias facultativas de la Unión en un marco rígido de atribución de competencias a la Unión y a los Estados miembros que permitiría el ejercicio por la Unión de sus competencias que, además de compatible, sería complementario. Este sería, por lo general, el ámbito de las competencias de apoyo, coordinación o complemento. Mientras que las competencias facultativas serían incompatibles con competencias de los Estados miembros en un marco flexible en el que el ejercicio de la competencia por la Unión excluiría, finalmente, el ejercicio de competencias por los Estados miembros.

Las competencias obligatorias o facultativas, sin embargo, no nos indican la intensidad con que pueden ejercerse, de manera que además habrá que considerar como categorías superpuestas a las anteriores los tipos de competencias *rígidas* o *flexibles* o, más adecuadamente, habría que referirse a una escala gradual que reflejara la mayor o menor flexibilidad o rigidez de la competencia de carácter obligatorio o facultativo. El ejemplo extremo de flexibilidad se da en las que hemos denominado *competencias acordeón* en el marco de la política exterior y de seguridad común. Un nivel intermedio sería el de las *competencias pasarela* y el mínimo nivel de flexibilidad o de mayor rigidez se daría en los casos en que todos los presupuestos para el ejercicio de la competencia vinieran predeterminados en el ejercicio de una competencia obligatoria (objetivos, contenido material de la competencia, instituciones y tipo de norma y de procedimiento), de manera que la operatividad de la aplicación de los principios de

subsidiariedad y proporcionalidad fuera prácticamente inexistente (*competencia rígida*). La mayor o menor intensidad con que se utilicen estos principios indica el mayor o menor grado de flexibilidad de la competencia atribuida.

Tras la aplicación de las reglas anteriores de carácter relacional, debe tenerse en cuenta el contenido material de las competencias atribuidas a la Unión (coordinación en sus diferentes modalidades, fomento, supervisión, etc.) para determinar la competencia atribuida. El ámbito material de una competencia nos dice lo que la Unión puede hacer y al hacerlo (positiva o negativamente) crea un ámbito negativo en que la Unión no puede ejercer su competencia.

La integración del contenido material de una competencia, tenidos en cuenta los criterios anteriores, es en todo caso el resultado de una operación de integración de categorías previas de mayor o menor complejidad, como es bien sabido y en que no vamos a entrar aquí. La cuestión que nos interesa en este lugar está relacionada con el concepto efecto útil, uno de los conceptos fundamentales que sirvieron a la Unión para ampliar de modo muy considerable sus competencias. Dicho concepto se fundaba en el principio funcionalista que ha sido desplazado por el principio de atribución, hasta el punto de reducir la eficacia de aquél a casos excepcionales. Pero, la circunstancia de que el principio funcionalista se haya marginado no significa que no persista una de las razones determinantes de la existencia del citado concepto de efecto útil, como es que el contenido material de una competencia se integra por varios niveles de certeza, lo que, sin embargo, puede abordarse desde el principio de atribución. Sin duda alguna el contenido material de una competencia se constituye por un núcleo central, indiscutible, que denominaríamos *núcleo esencial* y, a partir del mismo, se podrían configurar, según los casos, círculos excéntricos de contenidos materiales que pueden ser atraídos por el núcleo esencial que denominaríamos *complemento necesario*. Lo que diferencia esta concepción de la que prevalece en la actualidad es que cuando nos referimos a núcleo esencial y complemento necesario lo hacemos desde el principio de atribución, porque tanto el núcleo esencial como el complemento necesario son contenidos atribuidos, que sólo exigen una operación jurídica de delimitación del contenido, operación que puede ser sencilla o muy compleja hasta el punto de tener que recurrir al principio de conexión para poder integrar un determinado contenido material en una competencia.

La historia de la implantación de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea es sobre manera accidentada, y no parece que el Tratado de Lisboa haya puesto fin a esa dinámica, ni que haya culminado el proceso de implantación de los mismos. Así, como es sabido, la Carta fue proclamada en vez de incorporada a los Tratados, con motivo del Tratado de Niza, y el reconocimiento a la Carta del mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión reviste tales caracteres de singularidad y tantas cautelas, que ponen en peligro su eficacia.

Dotar a la Unión Europea de una Carta de los Derechos fundamentales supone introducir en la misma uno de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno: sin derechos fundamentales no hay Constitución ni Estado de Derecho. Además, en segundo lugar, la Carta, unida a la obligada adhesión de la Unión al Convenio de Roma de 1950, propiciará la unificación de los Derechos fundamentales en la entera Unión Europea (para ello los Derechos internos de los Estados miembros deben resolver algunos problemas en sus ordenamientos jurídicos), lo que resulta del todo imprescindible para poner fin a la eventual colisión entre diferentes sistemas de protección de los derechos fundamentales que rigen para los Estados de la Unión.

A mi juicio, la regulación de los derechos fundamentales en los Tratados presenta graves problemas. Hemos acreditado que los derechos fundamentales se regulan en la Carta, pero también se regulan en los Tratados y la regulación en los mismos prevalece sobre la regulación contenida en la Carta. Así, lo que sin duda han conseguido los Tratados ha sido reiterar, sin necesidad (o con el propósito final de desvirtuar la Carta), lo que se regula en la Carta de los Derechos fundamentales, o separar artificialmente lo que debiera regularse unido. Por lo demás, al ser evidente que muchos de los derechos fundamentales se regulan en los Tratados se ha producido un vaciamiento notable de la Carta que sólo se explica por una cierta resistencia de los Estados miembros a la unificación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Una regulación adecuada de los derechos fundamentales exigiría llevar a cabo la operación inversa a la que ha tenido lugar por el Tratado de Lisboa. Esto es, los derechos fundamentales deberían regularse exclusivamente en la Carta, y en caso de que se hicieran menciones a los mismos en otras partes o títulos de los Tratados, éstos deberían remitirse a la Carta, y no al contrario, como se deduce de los artículos 51 y 52 de la Carta.

De manera que podríamos concluir que la pretendida certidumbre que se derivaría de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE se habría convertido más bien en incertidumbre, como resultado del análisis que hemos llevado a cabo. No basta con establecer un modelo teórico para que éste se realice sin más. Así, el modelo teórico que se plasma en el TUE y en el TFUE apenas se corresponde con el sistema de competencias que se deduce del análisis conjunto y sistemático del texto de los Tratados vigentes.

La certidumbre plena, la inexistencia de incertidumbre, no resulta posible en el Derecho. Ni siquiera en el ámbito de las competencias exclusivas es posible la certidumbre plena, ya que, en último extremo, los límites materiales de una competencia siempre entran en contacto con los de otras competencias constituyendo una zona competencial de intersección en que no siempre es fácil dilucidar los límites de unas y otras competencias. Esto es, a medida que nos alejamos del núcleo central de la competencia exclusiva (de la competencia en general), la competencia en cuestión entra necesariamente en contacto con otra competencia o competencias (propias o de los Estados miembros), de manera que será necesario contar con reglas capaces de solucionar los eventuales conflictos que se produzcan.

Pero, es necesario separar las dificultades interpretativas del Derecho como lenguaje, de las dificultades interpretativas derivadas de la complejidad, o de la imprevisión. En el caso que nos ocupa la complejidad del sistema se deriva, fundamentalmente, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, de que el modelo teórico de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE no ha tenido en cuenta las atribuciones de competencias que tienen lugar a lo largo de los textos de dichos Tratados, que traen causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, sin operar en estos últimos las reformas que hubieran sido precisas.

Pero, dicho lo anterior, hay que significar que grados altos de incertidumbre deben ser asumidos como un componente más del sistema neofederal de la Unión Europea y no como una deficiencia del mismo.

**KEYWORDS (alphabetical order):** Certainty, Flexibility clause, open clause competences, expansion clause, confinement clause, accordion competences, shared competences, complementary competences, concurrent competences, competences cooperatives, support competences, competences of optional exercise, competences of compulsory exercise, coordination competences, exclusive competences, exclusive competences conditional, unconditional exclusive competences, exclusive competences occurring, discretionary competences, flexible competences, supporting competences, competences rigid, passerelles competences, competences or full, enhanced competences singular, necessary addition, fundamental rights, «extra-constitucionalidad», uncertainty, «infra-constitucionalidad», essential core, specific objectives, general objectives, objectives generic, cross-cutting objectives, national parliaments, common policy, principle of conferral, principle of consistency, competence principle, principle of primacy, principle of subsidiarity, principle of proportionality, principle of supremacy, functionalist principle.

**ABSTRACT:** This paper aims to construct a system of European Union competence on materials scattered and sometimes contradictory providing Treaties of the European Union and on the Functioning of the European Union. Since the TEU in article 5 and the TFEU in articles 2-6 seek, unsuccessfully, to establish the criteria governing competence in the Union.

First this paper addresses the location and interpretation of the principles of competences, conferral, subsidiarity, proportionality, primacy, as well as the principle functionalist, the flexibility clause, the clause of Article 296 TFEU, and the function and classes of policy

objectives of the Union, which is essential to establish a consistent competence model. And from the conclusions drawn in Chapters I and II are discussed in Chapter III, the types of competence under the TEU and the TFEU, conducting a reconstruction of the same. Chapter IV of the work is a synthesis of the conclusions, which then partially included.

To analyze the competences of the Union follows the following scheme: the objectives are discussed attending the policy in question, the nature of competences in accordance with the provisions of Articles 2-6 TFEU, competences and institutions actually attributed and instruments available to the Union to exercise jurisdiction or competences conferred. As a result of this analysis is described competences or competence in question.

The *exclusive competences* have a number of common features (excluding Member States, excluding the subsidiarity principle, etc), but each is a unique scheme: from the monetary policy of the countries that have adopted the euro, which enhanced cooperation is singular that integrates a large number of competences, to conservation of marine biological resources within the Common Fisheries Policy, which is a mere exclusive competence.

The fact that the concept of exclusive competence displayed, in Article 2.1 of the TFEU, is purely relational not illogical, since the analysis of areas of exclusive competence referred to in Article 3 TFEU follows that the contents materials called exclusive competences cannot be guided back than to a type other than the purely relational, given the heterogeneous nature of the same. Indeed, the list contained in Article 3 of the TFEU can identify competences of different nature, as previously anticipated. Thus, it is referred to as enhanced cooperation its unique *monetary policy of the States that have adopted the euro*, which nevertheless leaves virtually unscathed external competence of the Member States in the field that has not transferred TFEU to the Union. As regards the *customs union*, its name is somewhat pretentious, considering that the Union has assumed responsibility in regard to the customs administrations of the Member States. That is the Union has no direct competences, which it is still somewhat surprising. In the field of *competition law* is difficult to apply the concept of exclusive competence, as noted, as this area includes only trade and trade exchanges between Member States, so that the trade or trades that do not affect trade intercommunity is not part of the exclusive competence of the Union: Thus the TFEU implicitly recognizes this matter competence of the Union and of the Member States, which is difficult to reconcile with the concept of exclusive competence over a matter. *Common commercial policy*, including areas of exclusive competence, the best fit in with the concept of exclusive competence, although it is a tangent competition with the customs union, which introduces some shadows in its regulation. Furthermore, the *conservation of marine biological resources* is a competence under the common fisheries policy, which gave rise to a judgment of the ECJ which, although not surprising stop, has not received the deserved singular regulation which undoubtedly has been an oversight by lawmakers. Finally, competences for *conclusion of international agreements*, which brings formulation because, in part, in the jurisprudence of the ECJ, as we have seen above, has received insufficient regulation and poor will be a source of conflict between the Union and the Member States.

So the determination of the position in which the Member States are, in relation to the few areas of exclusive competence, cannot be done only under the provisions of Article 2.1 of the TFEU, but requires an analysis of each of the respective areas of exclusive competence are heterogeneous in nature, to the point that exclusivity should be considered a general relational criteria that must be completed, in each case, with unique relational criteria that are derived from each of these areas of exclusive competence. For example, the exercise of exclusive competence in principle requires no justification, which, however, is an exception to the rules on competition we have finally qualified as self-competence of the Union (Article 101 and sigs.).

Moreover, it is noteworthy the different intensity of the different regulatory exclusive competence. Thus, in some cases the directions on their legal status are virtually nonexistent: as is the case for the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy (a mere statement, without further indication, in Article 3 TFEU and without subse-

quent regulation, which carries with it significant challenges to establish their legal status), and the competence to enter into treaties is totally inadequate. In other cases we find very different regulatory intensities: low in the case of the customs union, something higher in cases of common trade policy and competition rules, and extraordinarily detailed in the case of monetary policy. All this is a result of the character of alluvium that has the Union law.

It should also be quoted that the existing treaties, in some cases, have *unique exclusive competences* in areas other than those referred to in Article 3 TFEU and, for example in the context of transport policy in establishing prohibitions and enabled exclusively to the Council to ensure compliance with them (Article 95 TFEU)

So, as we have had opportunity to test the difference between competences characterized as exclusive and non-exclusive, except that we have noted, is especially relevant only with respect to the application or not of the principle of subsidiarity.

But it must also be noted that, in accordance with Article 2.2 of the TFEU, the areas where the Union has excised its competences are reserved to it until decided to cease exercising. So it can happen that the Union drains the material content of a non-exclusive competence, formally and materially, so that it becomes in this way in an *exclusive competence supervening* or a competence fact exclusive. If it is true, that the operation of the principle of subsidiarity can subsequently reduce the contents of such materials supervening exclusive competence, and, moreover, it could come even later, to return to competences in question Member States. These possibilities are impractical in the case of original exclusive competences, except that the Union through the power under Article 2.1 *in fine* TFEU will come to mutate the original Treaties.

The biggest problems of determining competence under the TFEU arise under non-exclusive competences. Those competences, which will apply the principles and procedures of subsidiarity and proportionality, are classified into treaties with non-homogeneous criteria. So, next to the category shared competence, which would supposedly relational other categories would attend to the legal nature of competence from a material perspective, not relational (coordination, support, etc) or simply would not object categorization as the case of the common foreign and security policy.

In my view, the error of the Treaties is to presume to classify in a rigid (Articles 2-6 TFEU) a heterogeneous set of competences, which gave rise to the Treaties of the Union and of the European Communities, before reform Lisbon Treaty, by the fact that the latter far from responding to a theoretical model, composed of pure categories, are the fruit of a long process of European integration: the EU law is a law of alluvium. So it was almost impossible that the competences of the Union are the TEU and TFEU without prior restatement, were consistent with the articles of the Treaties. This deficiency, as we have seen, that is, the mismatch between the intended model categories or types of competences and practice throughout the texts of the Treaties, occurs both within the exclusive competence as part of non-exclusive competences, but the main problems occur in relation to the latter.

In my view, in relation to the non-exclusive competences may use criteria more successful than those contained in Article 2 TFEU, however, may be useful with residual character. The non-exclusive competences may be, first *mandatory or optional*. That is, the Union, in accordance with the Treaties, in some cases, necessarily would have to exercise its competence, the obligation arising from the imperative tense used by the TFEU to confer jurisdiction or regulatory context in which occurs the attribution, or both at once (*obligatory exercise competence*). Or, on the contrary, in other cases, competition is attributed by the TFEU to the Union as a competence that can be exercised or not, what time is deducted from non-mandatory or regulatory context in which the allocation takes place, or both together. This type of categorization that we postulate is characterized, on the other hand, because it allows to build a gradual scale that can be seen in different intensities between mandatory and optional ends.

In a considerable number of precepts is said that the Union (the European Parliament and the Council, the Council or the Commission) «will establish measures», «will take ac-

tion», «will conduct negotiations», «will facilitate access», and many other expressions imperative that in the context of the provision indicates that the Union should exercise competence (*mandatory exercise competence*) prescribed therein. A competence of this nature can be configured, in turn, as a *conditional competence*, or seen as *flexible*, or be *complementary* to the policies of the Member States. It is true that in some instances the Court has discretionary character attributed to such expressions, but it is more than doubtful that that Court has claimed that the decision on the case can be applied generally and, in particular, does not seem that this competence can be moved to the TFEU, given that it should be understood reinforced the principle of conferral. The above conclusion would be reached by the fact that in many instances the TFEU uses «may», which takes place in an context in which there is also no doubt that the Union is given competences that may or may not be actuated (*optional competence*) that, in turn, can be, among other possibilities, as a supplement.

The *competences of compulsory exercise*, in my opinion, represent the advance of the trial by the Treaties of opportunity with that ends the procedure for applying the principle of subsidiarity. So when you identify a mandatory exercise competence may not apply the procedure for applying the principle of subsidiarity: that is, the question whether competence should be exercised by the Union. But in any case must be activated with the proportionality principle that in assessing the intensity of the intervention should, among other things, decide the choice of legal instrument when the Union can choose to regulations, directives and decisions.

By contrast, when the Treaties use the «may» in attributing a competence we will face *facultative competence* which to be exercised must be preceded by the application of the principles of subsidiarity and proportionality.

To some of the facultative competences of the Union is applicable the characterization of shared competence of Article 2.2 of the TFEU. Thus, to the extent that the Union may or may not use its competence given to them by the Treaties, it will be possible to exercise the competence by the Member States. And we say, in some circumstances, because not all discretionary competences under the Treaties on which the Union is likely to be exercised by the Member States by substitution. It will be necessary to analyze each optional competence to conclude if substitution is possible. Here among them any examples of paragraph 3 of Article 64 of the TFEU. This provision states that in accordance with a special legislative procedure the Council «may establish» measures which constitute a step backwards in Union law regarding the liberalization of the movement of capital to or from third countries of them. Competence is optional, «may provide», to the extent that the Union is not obliged to issue a provision of this nature, but the competence is attributed exclusively to the Union, because in the context of competences is excluded, precisely, that States may adopt measures of this unique tenor. So if the EU does not act competences because there is no formulated proposal about it, or does not have opportunity to pass judgment result of the application of the principle of subsidiarity, why are not enabled States to act.

Moreover, *optional competences* could be exceptionally *conditioned*. This is as well as the exercise of an optional competence, in the majority of cases only depends on the outcome of the procedure of subsidiarity, in other cases, unless the exercise of competence firstly (as *prius*) requires compliance with certain requirements.

Finally, the facultative competence can be *compatible*, *complementary* or *incompatible* with the powers of the Member States. The competences-compatible complementary competences would be optional for the Union in a frame of attribution of competences to the Union and the Member States to allow the exercise by the Union of its competences, in addition to support, would be complementary. This would, in general, the scope of competence to support, coordinate or supplement. While facultative competences would be inconsistent with competences of the member States in a flexible framework in which the exercise of competences by the Union would exclude finally the exercise of competences by the Member States.

The competences mandatory or optional, however, indicate the intensity of which may be exercised so that there will also be considered as superimposed on the above categories

the types of *competence rigid or flexible* or, more suitably, one should refer to scale gradual reflecting the degree of flexibility or rigidity of competences mandatory or optional. The extreme example of flexibility is given in which we called *accordion competences* in the context of the common foreign and security policy. An intermediate level of competence should be the accordion and the minimum level of flexibility or rigidity would be where all the quotes for the exercise of competence come default in the exercise o compulsory competence (objectives, content material competences, and type of institutions and procedural rule), so that the operation of the application of the principles of subsidiarity and proportionality was virtually nonexistent (*stiff competence*). The varying intensity with which they use this principles indicates the varying degrees of flexibility of the competence conferred.

After application of the above rules of relational, must take into account the material content of the competences conferred on the Union (in its different modalities, coordination, promotion, supervision, etc) to determine the competence conferred. The material scope of competences tells us what the Union can do and to do it (positively or negatively) creates a negative environment in which the Union cannot exercise competence.

The integration of the material content of a competence, taken into account the above criteria in all cases is the result of an integration operation of previous categories of varying complexity, as is well known and we will not go into here. The question that interests us here is related to the concept of effectiveness, one of the fundamental concepts that served the Union to expand its competence so considerable. This concept was based on the functionalist principle has been displaced by the principle of conferral, so much less effective than that in exceptional cases. But, the fact that the principle has been marginalized functionalist does not mean that one of the reasons persist determining the existence of this concept of effectiveness, such as the content material competence is comprised of several levels of certainty, which, however, can be approached from the principle of conferral. No doubt the substance of competence is constituted by a *central core*, without question, we would call the essential and, from it, you could configure as appropriate, contain eccentric circles of materials may be attracted to the core would call a *necessary complement*. What sets this prevailing conception of today is that when we refer to the essential and necessary complement we do so from the principle of conferral, because both the core and the corollary are attributed content, which only require a legal transaction delimitation of the content, operation can be simple or very complex to the point of having to rely on the principle of connecting to integrate certain content material in a competence.

The history of the implementation of fundamental rights in the European Union law is about as rugged, and it seems that the Lisbon Treaty has ended this dynamic, and it has completed the process of implementing them. So as you know, the Charter was proclaimed rather than incorporated into the Treaties, on the occasion of the Treaty of Nice, and the recognition of the Charter the same legal value as the Treaties of the Union is of such unique characters and so many precautions, threatening its effectiveness.

Giving the EU Charter of Fundamental Rights is introduced into the same one of the essential elements of modern constitutionalism: without fundamental rights no constitution or rule of law. Furthermore, second, the Charter, together with the accession of the Union forced the Rome Convention of 1950, will facilitate the unification of fundamental rights in the whole European Union (to do the domestic laws of the Member States should solve some problems in their legal systems), which is absolutely essential to stop the possible conflict between different systems of protection of fundamental rights that apply to the States of the Union.

In my view, the regulation of fundamental rights in the Treaties has serious problems. We have established that fundamental rights are governed by the Charter, but also regulated in the Treaties and in the same regulation supersedes the regulation contained in the Charter. So, what have certainly been achieved Treaties reiterate, without (or with the ultimate aim of undermining the Charter), which is regulated by the Charter of Fundamental Rights or artificially separate what should be regulated together. Moreover, to be clear that many of the

fundamental rights in the treaties regulating there was a significant depletion of the Charter that can only be explained by a reluctance of Member States to the unification of fundamental rights in the European Union.

Appropriate regulation of fundamental rights would require performing the inverse of that has taken place by the Lisbon Treaty. That is, the fundamental rights should be regulated solely by the Charter, and in case you did mention the same in other parts of the treaties or titles, they should be referred to the Charter, and not vice versa, as is clear from the Articles 51 and 52 of the Charter.

So we can conclude that the supposed certainty that would result from Articles 5 TEU and TFEU 2-6 would become more of uncertainty as a result of the analysis that we have carried out. Not sufficient to establish a theoretical model for it to be done without more. Thus, the theoretical model is reflected in the TEU and the TFEU just match the competence system that follows the joint and systematic analysis of the text of the existing treaties.

The full certainty, the absence of certainty, it is not possible under the law. Even in the field of exclusive competence may complete certainty, because, ultimately, the material limits of competences always come into contact with other competences to be an area of intersection of competences is not always easy to decide some limits and other competences. This is as we move away from the core of the exclusive competence (*general competences*), competences in question necessarily in contact with another competence or competences (own or Member States), so it will be necessary have rules capable of resolving disputes that arise.

But it is necessary to separate the interpretative difficulties of law as language, interpretative difficulties arising from the complexity, or unpredictability. In the present case the complexity of the system is derived, primarily, as we have repeatedly pointed out, that the theoretical model of Article 5 TEU and TFEU 2-6 that have not taken into account the competence of competence occur throughout the texts of those Treaties, because they bring in the treaties of the Union and of the European Communities, without operating in recent reforms have been accurate.

But that said, you have to mean high degrees of uncertainty must be assumed as a component of the neo-Federal system of the European Union and not a deficiency.



