

EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO ANTE LA CIG'04: LOS TRABAJOS EN CURSO* DE LA CONVENCIÓN**

Javier Díez-Hochleitner

Catedrático de derecho internacional público
y titular de la cátedra «Jean Monnet» de derecho comunitario
de la Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

- I. El momento
- II. La complejidad y las insuficiencias del sistema competencial
 - 1. Indeterminación en cuanto a las competencias atribuidas
 - 1.1. La orientación funcional de las bases jurídicas
 - 1.2. Morfología de las bases jurídicas: ¿títulos competenciales o algo más?
 - 1.3. Los poderes implícitos y el artículo 308 del TCE
 - 1.4. Naturaleza de las competencias atribuidas
 - 2. Indeterminación en cuanto al alcance de las competencias: ¿competencias exclusivas, compartidas, concurrentes, complementarias, de fomento, de coordinación?
 - 2.1. Competencias no normativas: la delimitación de su alcance *ad casum*
 - 2.2. Las competencias normativas
 - 3. Competencias, procedimientos decisorios y tipología de actos comunitarios
 - 3.1. Procedimientos decisorios
 - 3.2. Tipología de actos comunitarios
- 4. Y, además, la PESC y el tercer pilar
- III. La reforma del sistema competencial
 - 1. ¿Qué modelo de sistema competencial necesita la Unión Europea?
 - 2. Los trabajos de la Convención
 - 2.1. Un sistema competencial para el conjunto de la Unión
 - 2.2. Un catálogo competencial *sui generis*
 - 2.3. Principios que rigen el sistema competencial
 - 2.4. Alcance de las competencias de la Unión
 - 2.5. El artículo 308 del TCE
 - 2.6. Competencia exterior de la UE
 - 2.7. El principio de subsidiariedad
 - 2.8. La revisión de las bases jurídicas
 - 2.9. Revisión de la tipología de actos y de los procedimientos decisorios: un apunte

I. El momento

Existe un amplio consenso en torno a la necesidad de introducir reformas en el sistema competencial comunitario. Este consenso se puso de relieve con ocasión de la adopción del Tratado de Niza¹ y en el Consejo Europeo de Laeken.²

* El presente trabajo fue concluido antes de que terminaran los trabajos de la Convención.

** Antes del inicio de los trabajos de la Convención Europea, publiqué un trabajo titulado «El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma», en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea* (E. García de Enterría —dir.— y R. Alonso García —coord.—), Madrid, 2002, pág. 85-102. Este trabajo ha sido publicado en la obra *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea* (D. J. Liñán Nogueiras —dir.— y C. López-Jurado —coord.—), Univ. de Granada, 2003.

1. Como es sobradamente conocido, la Declaración sobre el futuro de la Unión Europea formulada al adoptarse el Tratado de Niza (declaración núm. 23) señala como una de las cuestiones centrales de la agenda de la CIG'04 «el establecimiento y la supervisión de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad».

2. *Vid.* en anexo de las Conclusiones de la Presidencia (Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001)

No es, pues, de extrañar que dos de los grupos de trabajo constituidos en el seno de la Convención Europea preparatoria de la Conferencia Intergubernamental de 2004 (CIG'04) tuvieran por objeto el sistema competencial (nos referimos al Grupo I «Subsidiariedad» y al Grupo V «Competencias complementarias»), ni que el proyecto de Tratado constitucional elaborado por el Praesidium de la Convención³ le consagre un título completo de su parte I (título III: «De las competencias de la Unión»)⁴ y un protocolo adicional («Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad»)⁵.

Nadie podrá negar que el debate competencial —tanto por lo que se refiere al *reparto horizontal de competencias* (entre instituciones comunitarias) como *vertical* (entre las Comunidades Europeas y los estados miembros)— ha estado siempre presente en el proceso de integración europea y que ha ido ganando en intensidad con los años.

el texto titulado «Los retos y reformas en una Unión renovada» (SN 300/1/01 REV 1); en relación con la reforma del sistema competencial, el texto en cuestión señala lo siguiente:

«El ciudadano alberga a menudo esperanzas con respecto a la UE a las que ésta no siempre da respuesta; y, en sentido inverso, el ciudadano tiene a veces la impresión de que la Unión hace demasiado en ámbitos en los que su intervención no es siempre indispensable. Por consiguiente, conviene aclarar el reparto de competencias entre la Unión y los estados miembros, simplificarlo y ajustarlo a la luz de los nuevos desafíos ante los que se encuentra la Unión. Ello puede suponer tanto la devolución de cometidos a los estados miembros, como la asignación de nuevas funciones a la Unión o la ampliación de competencias existentes, sin perder nunca de vista la igualdad de los estados miembros y su solidaridad mutua.

Una primera serie de preguntas que deben plantearse se refiere al modo de hacer más transparente el reparto de competencias. ¿Podríamos a tal fin hacer una distinción más clara entre tres tipos de competencias: las competencias exclusivas de la Unión, las competencias de los estados miembros y las competencias compartidas de la Unión y los estados miembros? ¿A qué nivel se ejercitan las competencias de la manera más eficaz? ¿Cómo aplicar aquí el principio de subsidiariedad? ¿No debería precisarse que toda competencia que no esté atribuida por los tratados a la Unión corresponde a la competencia exclusiva de los estados miembros? ¿Cuáles serían las consecuencias?

La siguiente serie de preguntas tiene por objeto, dentro de este marco renovado y respetando el acervo comunitario, determinar si hay que proceder a un reajuste en el reparto de competencias. ¿De qué manera pueden tomarse como guía las esperanzas de los ciudadanos? ¿Qué misiones podrían derivarse de ello para la Unión? Y, a la inversa, ¿qué tareas sería preferible confiar a los estados miembros? ¿Qué modificaciones a las distintas políticas es necesario introducir en el Tratado [...]?

Por último, surge la pregunta de cómo garantizar que el reparto renovado de competencias no lleve a una ampliación furtiva de las competencias de la Unión o a un salto a las competencias exclusivas de los estados miembros y, en su caso, de las regiones. ¿Cómo garantizar al mismo tiempo que no se debilite la dinámica europea? En efecto, también en el futuro la Unión deberá poder reaccionar ante nuevos desafíos y desarrollos y deberá poder abordar nuevos ámbitos de actuación. ¿Deben revisarse a tal fin los artículos 95 y 308 del Tratado a la luz del acervo de la jurisprudencia?».

3. La estructura del proyecto de Tratado constitucional fue presentada por el Praesidium en octubre de 2002: «Anteproyecto de Tratado constitucional», CONV 369/02, de 28.10.2002.

4. *Vid.* «Proyecto de artículos 1 a 16 del Tratado constitucional», CONV 528/03, de 6.2.2003.

5. *Vid.* «Proyectos de protocolos sobre: la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea», CONV 579/03, de 27.2.2003.

Por lo que se refiere al reparto vertical de competencias —que es el que nos ocupa en este trabajo—, la jurisprudencia del TJCE resulta ilustrativa. Desde la célebre Sentencia de 1971 en el asunto *AETR*, el TJCE se ha tenido que enfrentar, cada vez con mayor frecuencia, a asuntos que muestran la existencia de tensiones en este ámbito entre las Comunidades y sus estados miembros, amén de la extraordinaria complejidad del sistema. Además, si bien es cierto que la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal han incidido en el ámbito —particularmente complejo desde el punto de vista competencial— de las relaciones exteriores,⁶ tampoco ha sido ajeno a conflictos verticales de competencias en relación con la adopción por las instituciones comunitarias de actos internos;⁷ la Sentencia de 5 de octubre de 2000 en el asunto de la Directiva sobre la publicidad del tabaco constituye un claro exponente.⁸

También las reformas introducidas por los tratados de revisión —sobre todo a partir del Tratado de la Unión Europea (TUE)— han dado cuenta de los debates existentes en el reparto vertical de competencias. Las enmiendas introducidas al artículo 133 del TCE (base jurídica en materia de política comercial) por los tratados de Ámsterdam y de Niza —como consecuencia del debate competencial surgido con ocasión del término de la Ronda Uruguay—⁹ resultan particularmente ilustrativas a este respecto; la complejidad que tales enmiendas han aportado a dicho precepto resulta a todas luces disparatada.¹⁰ Pero todos convendremos en que su prin-

6. Además de los numerosos dictámenes adoptados por el TJCE *ex art.* 300.6 TCE (sus dos últimos son el Dictamen 1/2000, de 18.4.2002, relativo al Proyecto de acuerdo por el que se crea un espacio aéreo entre la CE y terceros países —Rec. pág. I-3493— y 2/2000, de 6.12.2001, sobre el protocolo de Cartagena —Rec. pág. I-9713) y de la Sentencia en el asunto *AETR*, cit. en el texto (as. 22/70, Rec. pág. 263), cabe recordar la Sentencia de 14.7.1976 en el asunto *Kramer* (as. acumulados 3, 4 y 6/76, Rec. pág. 1279) y, más recientemente, las sentencias de 5.11.2002 en los asuntos *Comisión c. Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Alemania* (as. C-466/98 a C-472/98 y as. C-475/98 y C-476/98, pendientes de publicación en el Rec.), relativas a los acuerdos «open skies».

7. *Vid.* las sentencias del TJCE de 9.7.1987 en el asunto *Alemania c. Comisión*, que anulaba una Decisión de la Comisión basada en el actual art. 137 TCE (as. acumulados 281, 283-285 y 287/85, Rec. pág. 3203), de 20.3.1997 en el asunto *Francia c. Comisión*, que anulaba una Comunicación de la Comisión sobre el fondo de pensiones (as. C-57/95, Rec. pág. I-1627), y de 5.10.2000 en el asunto *Comisión c. Consejo*, que anulaba una Directiva sobre publicidad y patrocinio del tabaco basada en el art. 95 TCE (as. C-376/98, Rec. pág. I-8419).

8. Cit. en nota anterior.

9. Nos referimos al debate sobre la existencia o no de una competencia exclusiva de la CE *ex art.* 133 TCE para concluir, entre otros, los acuerdos GATS y TRIPS, anejos al Acuerdo OMC, debate que fue resuelto (en sentido negativo) por el TJCE en su Dictamen 1/1994, de 15.11.1994 (Rec. pág. I-5267).

10. Sobre el sentido y alcance de las enmiendas aportadas por el Tratado de Ámsterdam, *vid.*, entre otros, O. Blin, «L'article 133 CE après Amsterdam», RMCUE, núm. 420, 1998, pág. 447-456; M. Cremona, «The EC External Commercial Policy after Amsterdam: Authority and Interpretation within Interconnected Legal Orders», en *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade* (J.H.H. Weiler, ed.), pág. 5-34; y A. Dashwood, «External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty», CMLR, 1998, núm. 5, pág. 1019-1045. En cuanto a las enmiendas del Tratado de Niza: C.W. Hermann, «The Nice Reform of Article 133 EC on the Common Commercial Policy: Sisyphus would have done a better job», CMLR, 2001, núm. 1, pág. 7-29; o R. Torrent, «Les relations économiques extérieures dans la Constitution de l'UE: comment éviter les fuites en avant vers nulle part», *Observatorio de la Globalización* (Univ. de Barcelona), Serie General, núm. 4, 2003 (en <<http://www.ub.es/obsglob>>).

cial manifestación se encuentra en la introducción por el TUE del principio de subsidiariedad, en tanto que principio llamado a regir el ejercicio de las competencias no exclusivas atribuidas a la CE, en el actual artículo 5 del TCE (precepto que también vino a consagrar los principios de la competencia de atribución y de proporcionalidad).

Junto a la jurisprudencia y los tratados de revisión, otros elementos de la práctica comunitaria muestran las insuficiencias del sistema. Por lo que a las relaciones exteriores se refiere, no podemos dejar de mencionar la frecuencia con la que la CE se ve obligada a recurrir a la figura de los *acuerdos mixtos* y las dificultades que plantean su celebración y posterior gestión.¹¹ Baste recordar la negociación del Acuerdo constitutivo de la OMC y las dificultades derivadas de la participación conjunta de la CE y sus estados miembros en dicha organización.¹²

En síntesis, el debate competencial no es nuevo, como tampoco es una novedad que se formulen propuestas concretas de reforma del sistema. Lo que sí parece novedoso es la dimensión que ha adquirido el debate en la actualidad, como se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken:¹³ es el propio sistema competencial, considerado en su conjunto, el que está sometido a reexamen.¹⁴ Pero, ¿por qué este nuevo enfoque y por qué ahora?

José Martín y Pérez de Nanclares ha explicado con claridad las razones.¹⁵ En primer lugar, la presión de los *Länder* alemanes, que observan una progresiva erosión de sus competencias por la UE; por nuestra parte, añadiremos que la sensibilidad por las cuestiones competenciales en Alemania trasciende a los *Länder* y no es reciente, como pudimos comprobar con la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán sobre el Tratado de Maastricht, de 1993. En segundo lugar, el proceso de revisión de los tratados constitutivos iniciado tras el Tratado de Niza ha adquirido una indudable dimensión constitucional.

Así pues, reforma, sí; pero, ¿qué reforma? Antes de abordar esta pregunta, conviene identificar los problemas que plantea el actual sistema competencial.

11. *Vid.*, por todos, J. Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique in the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haya, 2001.

12. *Vid.* de nuevo el Dictamen 1/1994 del TJCE, antes cit.

13. *Vid. supra* nota 2.

14. Desde el punto de vista doctrinal, si bien se ha prestado bastante atención a aspectos concretos del reparto competencial (particularmente en lo que hace a las relaciones exteriores de la CE o al juego del art. 308 del TCE) y, muy especialmente, al principio de subsidiariedad, son escasos — como han resaltado Bogdandy y Bast — los estudios dogmáticos sobre el sistema competencial considerado en su conjunto; A. von Bogdandy y J. Bast, «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en *La encrucijada constitucional...*, *op. cit.*, pág. 19-67 (pág. 20).

Entre las muy honrosas excepciones figuran la obra de V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, París, 1974 y, en la doctrina española, J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997.

15. J. Martín y Pérez de Nanclares, «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», REDC, núm. 12, 2002, pág. 343-391 (pág. 345).

II. La complejidad y las insuficiencias del sistema competencial

Partiendo de una cláusula de carácter horizontal que consagra los principios de la competencia de atribución, de subsidiariedad y de proporcionalidad (el citado artículo 5), el sistema competencial comunitario se articula en torno a múltiples bases jurídicas dispersas en los tratados constitutivos que, además, presentan diferencias importantes entre sí y ofrecen contornos imprecisos en cuanto a la naturaleza y alcance de la competencia atribuida. Todas estas circunstancias (y no sólo la ausencia de un catálogo de competencias) confiere al sistema una enorme complejidad y, en consecuencia, lo hace poco claro y transparente.¹⁶

1. *Indeterminación en cuanto a las competencias atribuidas*

1.1. La orientación funcional de las bases jurídicas

La atribución de competencias en las distintas bases jurídicas sigue una orientación marcadamente funcional (definición de competencias en función de objetivos), lo que se explica por el carácter dinámico y evolutivo del que, siguiendo los planteamientos funcionalistas de Jean Monnet, se dotó al proceso de integración en los tratados fundacionales. Esta orientación favorece la interpretación sistemática y finalista de las bases jurídicas y, por ello, impide delimitar con precisión (en abstracto y *a priori*) el reparto de competencias CE/estados miembros; máxime si tenemos en cuenta la amplitud de los objetivos señalados y la imprecisión con que se definen en muchos casos.

Así, por ejemplo, para determinar la competencia atribuida por el artículo 95 del TCE, según el cual la CE adoptará las «medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior», es preciso introducirse en el nebuloso mundo de la interpretación contextual y teleológica, admitiendo que no cabe una respuesta taxativa ni estática.

La Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000 por la que se anulaba la Directiva sobre publicidad y patrocinio del tabaco, antes citada, resulta muy ilustrativa. En efecto, la aplicación de los criterios interpretativos antes mencionados conduce al Tribunal a descartar que el artículo 95 (al igual que los actuales artículos 47 y 55) atribuya al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior y a afirmar que tan sólo permite la adopción de actos que tengan «efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior».¹⁷

1.2. Morfología de las bases jurídicas: ¿títulos competenciales o algo más?

Lejos de ser títulos competenciales abstractos —como ocurre con los títulos definidos en los artículos 148 y 149 de nuestra Constitución—, las bases jurídicas im-

16. En relación con los problemas que plantea el sistema de competencia y su falta de claridad, *vid.* la nota del Praesidium a la Convención «Delimitación de competencias entre la Unión y los estados miembros. Sistema actual, problemas y vías de reflexión», CONV 47/02, de 15.5.2002.

17. Sentencia de 5.10.2000, antes cit. (consid. 84).

ponen, en palabras de Armin von Bogdandy y Jürgen Bast, «presupuestos materiales al ejercicio de las competencias —con la finalidad de orientar y limitar al poder público europeo— y someten a los órganos a la persecución de fines sumamente exigentes». ¹⁸ Esta confusión entre *normas competenciales* y *normas-criterio*, siguiendo la terminología de los autores alemanes, ¹⁹ es comprensible dado el carácter derivativo de las competencias comunitarias (atribución por los estados miembros de competencias limitadas). Sin embargo, en un texto de carácter constitucional parece más adecuado que las normas-criterio se enuncien en disposiciones horizontales (como hacen los artículos 6.1 del TUE o 5 del TCE sobre el respeto de los derechos fundamentales y el principio de subsidiariedad, respectivamente) y que, además, se expresen en términos principales.

A lo anterior se une el hecho de que determinadas bases jurídicas delimitan con una precisión desconocida en un texto constitucional el ámbito de las competencias atribuidas (véase, por ejemplo, el artículo 42, en materia de seguridad social), incluyen cláusulas de salvaguardia en favor de los estados miembros (por ejemplo, artículo 134, en materia de política comercial) o, incluso, definen *competencias negativas*, esto es, reservadas a los estados miembros (por ejemplo, artículo 149.1, en materia de educación).

Tampoco hemos de olvidar las cláusulas de salvaguardia horizontales o que definen *competencias negativas* (por ejemplo, artículos 296, que permite a los estados miembros adoptar medidas necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, o 295, que preserva el régimen de propiedad existente en los estados miembros).

Por si todo lo anterior fuera poco, también encontramos bases jurídicas que subordinan el ejercicio de las competencias atribuidas en relación con aspectos particularmente sensibles para los (o algunos) estados miembros a la unanimidad del Consejo (frente a la regla de la mayoría cualificada prevista para los restantes supuestos), con el propósito de someter al legislador comunitario a un férreo «control» (véase el artículo 133, en la redacción dada por el Tratado Niza, respecto del comercio de servicios o los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, o el artículo 175.2, en relación con determinadas medidas ambientales, tales como las que inciden en la ordenación del territorio). Se trata *de facto* de verdaderas cláusulas de salvaguardia que quedan a merced de los intereses individuales de los estados miembros.

1.3. Los poderes implícitos y el artículo 308 del TCE

La orientación funcional en la articulación de las bases jurídicas unida a la amplitud e indefinición de algunos de los objetivos establecidos (ya sea en las propias bases jurídicas o, con carácter general, en los artículos 2 a 4 del TCE) han hecho de

18. En su excelente trabajo «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pág. 27.

19. *Ibid.*

Creo que es más claro hablar de *normas-criterio* que de *competencias negativas*, como hace J. Martín y Pérez de Nanclares («La delimitación de competencias entre...», *loc. cit.*, pág. 352), siguiendo a F. C. Mayer («Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte», *ZAoRV*, 2002, pág. 577 y ss.). Nosotros utilizaremos la expresión *competencias negativas* para hacer referencia a las competencias expresamente reservadas —*ex tratados*— a los estados miembros.

la CE caldo de cultivo del principio de los poderes implícitos, especialmente en el campo de las relaciones exteriores. Como es sabido, debido a la imprevisión de los tratados constitutivos, son pocas las bases jurídicas que de manera expresa reconozcan una dimensión exterior a las competencias atribuidas, lo que ha llevado al TJCE a explorar todas las potencialidades del principio en dicho campo. Fruto de la jurisprudencia del Tribunal es el principio del *paralelismo entre las competencias internas y externas de la Comunidad*, conforme a la cual la CE ostenta competencias externas (implícitas) en los ámbitos en los que las bases jurídicas le atribuyen (expresamente) competencias *ad intra*.²⁰

Si el principio de los poderes implícitos incrementa significativamente el grado de indeterminación de las competencias comunitarias, lo mismo —cuando menos— habremos de decir del artículo 308 del TCE. Se trata de una cláusula de cierre del sistema competencial que atribuye competencias residuales —con el fin de suplir las lagunas del Tratado— al permitir que la CE funde en ella su acción siempre que «resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad» (énfasis añadido) y no exista otra base jurídica que atribuya (ni siquiera de manera implícita) competencia al efecto. Obsérvese que los contornos de esta base jurídica —máximo exponente del método funcionalista al que hicimos referencia anteriormente— son más imprecisos, si cabe, que los de cualquier otra base jurídica: basta con que la acción sea necesaria (¿quién determina la necesidad? ¿Las propias instituciones habilitadas para actuar?) para lograr uno de los objetivos de la Comunidad (por referencia, ha de entenderse, al conjunto de objetivos establecidos en el TCE, en particular en sus artículos 2 a 4).

Pero que nadie se rasgue las vestiduras. El artículo no lo permite todo, ni mucho menos. De hecho, las críticas (pretendidamente) vertidas sobre el precepto por el *Bundesverfassungsgericht*, entre otros, tienen más que ver con el uso que de él han podido (o pudieran) hacer las instituciones comunitarias que con su propia razón de ser.²¹ Además, la exigencia de unanimidad en el seno del Consejo para adoptar —a partir de una propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo— un acto con fundamento en el artículo 308, la inclusión de nuevas bases jurídicas por los tratados de revisión (a partir del Acta Única Europea) y el rigor del TJCE en su interpretación²² me llevan a pensar que —más allá del terreno dogmático— el precepto no da para tanto debate.

1.4. Naturaleza de las competencias atribuidas

Los tratados no sólo ofrecen bases jurídicas complejas. Tampoco precisan la naturaleza (normativa, administrativa, etc.) de las competencias atribuidas. En efecto,

20. Doctrina elaborada por el TJCE a partir de sus sentencias de 31.3.1971 en el asunto *AETR*, y de 14.7.1976 en el asunto *Kramer*, antes cit.

21. Sentencia de 10.3.1993 en relación con el Tratado de la Unión Europea (*vid.* la versión en inglés de este pronunciamiento en CMLR, 1994, núm. 1, pág. 57).

22. *Vid.* el Dictamen 2/1994, de 28.3.1996, sobre la adhesión de la CE al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Rec. pág. I-1759), en el que el TJCE niega que el art. 308 sirva de fundamento para la adhesión de la Comunidad a dicho Convenio.

en el TCE conviven bases jurídicas que atribuyen competencias normativas (la mayoría; por ejemplo, el citado artículo 95, relativo al mercado interior, o los artículos 174 y 175, en materia de medio ambiente) con otras en las que la competencia definida es de carácter administrativo (por ejemplo, artículo 88, que exige la autorización de la Comisión para la concesión de ayudas por las administraciones públicas nacionales) o que tienen por objeto otro tipo de actuaciones tales como la coordinación de las políticas nacionales (por ejemplo, artículo 99, en materia de política económica) o la adopción de medidas de fomento (por ejemplo, artículo 151, sobre cultura). Además, las bases atributivas de competencias normativas no siempre habilitan a la CE para adoptar el mismo tipo de normas (reglamentos, directivas), ni advierten de que su ejecución administrativa corresponde (normalmente) a los estados miembros. A todo ello se añade —para mayor confusión— el hecho de que las bases jurídicas se entremezclan con disposiciones que definen principios de los que se derivan obligaciones precisas e incondicionales, que no requieren normas comunitarias de desarrollo; pensemos en los preceptos del TCE que consagran las libertades básicas del mercado interior.

2. *Indeterminación en cuanto al alcance de las competencias: ¿competencias exclusivas, compartidas, concurrentes, complementarias, de fomento, de coordinación?*

El artículo 5 del TCE tan sólo alude a la distinción entre *competencias exclusivas* y *no exclusivas* (al limitar el juego del principio de subsidiariedad a estas últimas). Además, salvo raras excepciones,²³ el carácter exclusivo de determinadas competencias no se deduce claramente de los tratados, sino que se debe a la labor interpretativa del TJCE²⁴ (también puede deducirse, por lo que a la acción exterior de la CE se refiere, del juego de la *doctrina del paralelismo entre competencias internas y externas*).

Un análisis de las distintas bases jurídicas —a la luz de la jurisprudencia y práctica comunitarias— permite concluir, por una parte, que la distinción entre *competencias exclusivas* y *no exclusivas* únicamente se proyecta en las competencias normativas y, por otra parte, que las competencias normativas no exclusivas —o, si se quiere, compartidas— son en unos casos de carácter *concurrente* y en otros *complementarias*.

2.1. Competencias no normativas: la delimitación de su alcance *ad casum*

En los (pocos) casos en que los tratados atribuyen *competencias de carácter administrativo* en favor de la Comisión Europea (por ejemplo, artículo 88, antes cita-

23. Nos referimos al art. 26, sobre unión aduanera, al apartado 1 del art. 106, que atribuye al BCE el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes, y al art. 89, que reserva a la Comisión la autorización de las ayudas que las administraciones públicas se propongan otorgar.

24. Así, el carácter exclusivo de la competencia de la CE en materia de política comercial o de gestión y conservación de los recursos pesqueros de la mar no aparece expresamente reflejado en las correspondientes bases jurídicas; como es sabido, hubo que esperar al Dictamen 1/1975, de 11.11.1975, a propósito del Acuerdo relativo a una norma sobre gastos locales (Rec. pág. 1355) y a la Sentencia de 14.7.1976 en el asunto *Kramer* (antes cit.), respectivamente, para su consolidación como doctrina pacífica.

do, en materia de ayudas públicas, o artículo 147, que le encomienda la administración del FSE), no se plantea la cuestión de su exclusividad o no. Lo mismo cabe decir cuando encuentran su fundamento en actos de derecho derivado (por ejemplo, Reglamento sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 en materia de derecho de la competencia).²⁵

La ejecución administrativa del derecho comunitario corresponde bien a los estados miembros (regla general) bien a la Comisión Europea (supuestos tasados), sin perjuicio del deber de colaboración entre las administraciones públicas y la Comisión, cuyo fundamento se encuentra, con carácter general, en el artículo 10 del TCE.

Algo parecido ocurre con las competencias atribuidas a la CE en ciertas bases jurídicas para la adopción de *medidas de fomento* (o de apoyo) con exclusión de toda medida de armonización (artículos 149 —educación—, 150 —formación profesional—, 151 —cultura—, 157 —industria— o 153 —protección de los consumidores)²⁶ o con las que podríamos denominar *competencias de coordinación* (artículo 99 —coordinación de políticas económicas de los estados miembros— o artículos 125 y siguientes —empleo).

2.2. Las competencias normativas

2.2.1. Competencias normativas exclusivas, concurrentes y complementarias

Respecto de las *competencias normativas* (la mayor parte de las bases jurídicas —y, en todo caso, las principales— atribuyen competencias normativas), procede distinguir —lo repetimos— entre *competencias exclusivas y no exclusivas* (o compar-tidas) y, dentro de estas últimas, entre *competencias concurrentes y complementarias*.

En lo que hace a las primeras (*competencias normativas exclusivas*), no sólo están presididas por una cierta indeterminación en cuanto a los ámbitos cubiertos, sino que, además, los tratados no permiten delimitar con precisión el campo de acción vedado a los estados miembros.

Nos referimos no sólo al hecho de que la competencia exclusiva comunitaria suele circunscribirse (aunque no siempre) al ámbito normativo (y convencional), reclamando de los estados miembros las correspondientes medidas de ejecución administrativa, o de que, mientras no dé lugar a una acción normativa plena por parte de las instituciones comunitarias, no desplaza necesariamente a las normas nacionales vigentes en la materia. La mayor fractura en el carácter exclusivo de una competencia comunitaria se produce como consecuencia del recurso por las instituciones a cláusulas de habilitación en favor de los estados miembros.²⁷ Desde un punto

25. *Vid.* el Reglamento 17/62, sustituido por el Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los art. 81 y 82 del Tratado (DOCE L 1, de 4.1.2003).

26. Sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas de armonización en materia de protección de los consumidores con fundamento no en el art. 153 sino en el art. 95, relativo al mercado interior.

27. *Vid.* a este respecto J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias...*, *op. cit.*, pág. 168 y ss., y J. Roldán Barbero, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores», en *El derecho comunitario y su aplicación judicial* (G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Nogueras, coord.), Madrid, 1993, pág. 297-326 (en pág. 301 y ss.).

de vista teórico, se puede argumentar sin duda que estas cláusulas no suponen delegaciones del ejercicio de las correspondientes competencias en favor de los estados miembros, sino habilitaciones para actuar en nombre de la Comunidad. Pero este discurso se ha visto desbordado en la práctica. Parece razonable entender que una cláusula de habilitación sólo es compatible con el carácter exclusivo de la competencia comunitaria si, como parecía desprenderse de una primera jurisprudencia, sólo pudiera otorgar una habilitación específica, fuera excepcional y tuviera además carácter transitorio. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha llegado a admitir como válida una cláusula de habilitación general contenida en un reglamento comunitario que, *de facto*, suponía la exclusión del ámbito de la política comercial común de todo un sector (en concreto, la exportación de petróleo).²⁸

En cuanto a las *competencias normativas de carácter concurrente* (la mayoría de las competencias normativas lo son), sabido es que los estados miembros pueden ejercerlas hasta tanto no actúe la Comunidad o en la medida en que no contraríen los actos adoptados por ésta, de manera que su ejercicio efectivo por la CE desplaza la acción de los primeros (*preemption*), amén de la aplicación de las normas nacionales que resulten contrarias a los actos comunitarios adoptados (primacía del derecho comunitario).

Así las cosas, cabría entender que las competencias concurrentes quedan a merced del ánimo intervencionista comunitario, pudiendo llegar a crear situaciones materialmente análogas a la que se producen en los ámbitos de competencias exclusivas. Ahora bien, gracias a su consagración formal por el TUE, el principio de subsidiariedad —configurado como un principio regulador del ejercicio de las competencias atribuidas— ha venido a frenar los ímpetus intervencionistas de algunas instituciones al exigir que en los ámbitos de competencias compartidas la Comunidad actúe, como reza el párrafo tercero del artículo 5 del TCE, «sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

Sin embargo, en la aplicación del principio de subsidiariedad las instituciones comunitarias gozan de un amplio margen de apreciación (si no discrecionalidad), siendo así que la afirmación de su carácter justiciable raramente podrá traducirse en la anulación de un acto comunitario como consecuencia de su violación.²⁹

Estas limitaciones del principio de subsidiariedad se explican no sólo por su elevado grado de indefinición —al estar construido a partir de conceptos jurídicos indeterminados, tales como *necesidad*, *eficacia* o *transnacionalidad* de la acción— sino, sobre todo, por cuanto está llamado a operar en el marco de un sistema competencial *sui generis*, en el que, como vimos, las normas competenciales se confunden con *normas-criterio* (y a veces sumamente detalladas).

Debemos admitir, no obstante, que los textos adoptados en desarrollo del artículo 5 del TCE y, en particular, su codificación por el Protocolo sobre la aplica-

28. *Vid.* su Sentencia de 18.2.1986 en el asunto *Bulk Oil* (as. 174/84, Rec. pág. 559).

29. A menos que pueda apreciarse «error manifiesto»; *vid.* en este sentido P. A. Ferral, «Le principe de subsidiarité; progrès ou *statu quo* après le traité d'Amsterdam?», RMUE, 1998, núm. 1, pág. 95 y ss. (en pág. 112).

ción de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, añadido como anejo al TCE por el Tratado de Ámsterdam, han sabido trasladar el juego del principio de subsidiariedad al ámbito de los procedimientos decisorios comunitarios, obligando con ello a las instituciones comunitarias a incorporarlo a su discurso en el marco de tales procedimientos (lo que no es poco).³⁰

En esta línea se sitúa la jurisprudencia del TJCE.³¹ Como ha puesto de relieve De Búrca, de sus pronunciamientos se desprende que el principio no opera como «*a strong standard of intervention and scrutiny*» sino como un elemento esencial en la motivación de los actos comunitarios (por referencia, en particular, a la necesidad de la acción).³²

Sea como fuere, lo cierto es que, tras el TUE y la articulación de diversas medidas procedimentales y de control consagradas (en parte) en el Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, no sólo se ha producido un retraimiento legislativo por parte de las instituciones (en particular de la Comisión), tanto en términos de cantidad como de intensidad normativa, sino una mejora global del proceso legislativo.³³

Tampoco hemos de minusvalorar la importancia del principio de proporcionalidad, presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes de su inclusión en el artículo 5 del TCE por el Tratado de la Unión Europea.³⁴ Como ha señalado el Tribunal, en virtud de este principio general del derecho comunitario, que opera tanto en los ámbitos de competencias compartidas como exclusivas, los actos de las instituciones comunitarias no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente, de manera que cuando quepa optar entre varias medidas deberá optarse por la menos gravosa.³⁵

Junto a las competencias concurrentes encontramos otro tipo de competencias normativas compartidas (o no exclusivas): las *competencias normativas complementarias* (o paralelas). Se diferencian de las primeras por el hecho de que las normas que pueden adoptar las instituciones comunitarias con fundamento en ellas no entran en principio en conflicto con las que puedan adoptar (o hayan podido adoptar previamente) los estados miembros, sino que se presentan como complementarias

30. B. de Witte se ha llegado a preguntar si acaso «[...] *the principle of subsidiarity has a legal currency of its own, and embodies more than the particular rules of institutional behaviour contained in Article 5 and (now also) in the Amsterdam Protocol on Subsidiarity and Proportionality?*», en su trabajo «Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law», en *General Principles of European Community Law* (U. Bernitz y J. Nergelius, ed.), La Haya, pág. 143 y ss. (pág. 149).

31. *Vid., per omnia*, las sentencias del TJCE de 13.5.1997 en el as. *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo* (as. C-233/94, Rec. pág. I-2405) y de 9.10.2001 sobre la Directiva 98/44, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (as. C-377/98, Rec. pág. I-7079).

32. G. de Búrca, «Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law», en *General Principles of European... op. cit.*, pág. 95 y ss. (pág. 104 y ss.).

33. *Vid.*, entre otros, A. Barav, «Le principe de subsidiarité et sa mise en oeuvre», en *L'Union européenne de l'an 2000: défis et perspectives* (C. Philip y P. Soldates, dir.), Quebec, 1997, pág. 113 y ss. (pág. 125 y ss.).

34. *Vid., per omnia*, G. de Búrca, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», YBEL, 1993, pág. 105 y ss.

35. *Vid.*, por ejemplo, su Sentencia de 17.4.1984 en el asunto *Denkavit* (as. 15/83, Rec. pág. 2171).

de éstas. Y se distinguen de las competencias para adoptar medidas de fomento o de apoyo, antes referidas, por cuanto dan lugar (a diferencia de estas últimas) a actos normativos.³⁶

La competencia comunitaria en materia de cooperación al desarrollo constituye un ejemplo paradigmático de este tipo de competencias; basta leer el apartado 1 del artículo 177 del TCE, a cuyo tenor «la política de la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo [...] será complementaria de las llevadas a cabo por los estados miembros». También podemos mencionar las competencias comunitarias en materia de I+D (artículos 163 y siguientes), de salud pública (artículo 152) y, tal vez, de cooperación aduanera (artículo 135). Ciertamente las bases jurídicas en cuestión contemplan no sólo la adopción de actos normativos, sino igualmente de medidas de fomento y —como es natural— de coordinación entre la acción comunitaria y la de los estados miembros.

2.2.2. Competencias de armonización: ¿competencias concurrentes o *tertius genus*?

Cuando hablamos de competencias normativas compartidas y, más precisamente, concurrentes, incluimos normalmente en esta categoría a las que atribuyen competencias para armonizar (mediante directivas) las legislaciones existentes en los estados miembros. Entre las bases jurídicas que atribuyen competencias armonizadoras destacan las que (como los artículos 47 y 55, en materia de establecimiento y de prestación de servicios, o el artículo 95, antes citado) persiguen remover los obstáculos al ejercicio de las libertades básicas del mercado interior (otro ejemplo lo tenemos en el artículo 93, en materia de fiscalidad indirecta, que a la postre también sirve a la realización del mercado interior).

Resulta evidente que estos preceptos no contemplan competencias compartidas entre la CE y los estados miembros, pues sólo la primera puede adoptar las referidas medidas de armonización. Pero deducir de ello, como hace el abogado general Fenelly en relación con el actual artículo 95 en el asunto de la Directiva sobre publicidad del tabaco, que se trata de competencias exclusivas,³⁷ me resulta sencillamente chocante. ¿O es que acaso un estado miembro no puede introducir, de forma unilateral, modificaciones en su legislación destinadas a eliminar disparidades con respecto a las legislaciones de los demás estados miembros?³⁸ Baste pensar en la convergencia de los ordenamientos nacionales en aspectos que exceden el ámbito de las competencias comunitarias. En cualquier caso, no parece que el TJCE comparta la tesis del abogado general.³⁹

36. A. von Bogdandy y J. Bast proponen por ello distinguir entre competencias paralelas y competencias no regulativas en «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pág. 42-44.

37. Conclusiones de 15.6.2000 en el as. C-376/98, antes cit. (apartados 136 y ss.).

38. A. von Bogdandy y J. Bast señalan que la calificación de las competencias de armonización interior en cuestión como exclusivas «desconoce que en la armonización relacionada con el mercado interior la pervivencia de competencias de regulación autónoma por parte de los estados miembros es muy compatible con el mercado interior»; en «El orden competencia vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pág. 41.

39. No nos referimos a la Sentencia relativa a la Directiva sobre la publicidad del tabaco, en la que el TJCE elude la cuestión, sino a su reciente Sentencia de 9.10.2001, antes cit., sobre la Directiva

Sin embargo, es verdad que, aun no tratándose de competencias compartidas, los efectos que producen son los mismos que las competencias de carácter concurrente (me refiero al juego de la *preemption* y de la primacía del derecho comunitario). Lo mismo cabe decir de las bases jurídicas que sólo habilitan a la CE para adoptar normas (normalmente directivas) de mínimos, como son los artículos 63, 137 y 176, en materia de asilo y refugiados, de política social y de medio ambiente, respectivamente.⁴⁰

2.2.3. La proyección *ad extra* de las competencias normativas concurrentes: un supuesto de competencias exclusivas *derivativas*

Mención aparte merece la proyección *ad extra* de las competencias concurrentes. En su dimensión exterior, las competencias concurrentes pueden dejar de serlo, tornándose en competencias exclusivas de la CE. No busquemos la explicación en los tratados constitutivos sino, una vez más, en la jurisprudencia del TJCE.

En su Sentencia de 1971 en el asunto *AETR*, ya aludida, el Tribunal afirmó que «cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta reglas comunes, en la forma que sea, los estados miembros ya no tienen la facultad [...] de contraer obligaciones con estados terceros que afecten a dichas reglas».⁴¹ Sabido es que la «doctrina AETR» dio lugar a interpretaciones extensivas, que el Tribunal de Justicia ha ido rechazando, provocando airadas respuestas en ciertos sectores doctrinales.⁴² Especial mención merecen sus dictámenes 2/1991 y 1/1994, en los que descarta que opere en los supuestos de normas comunitarias *de mínimo* que baste con que el acuerdo internacional considerado se refiera a un ámbito en el que la CE cuente con *reglas comunes*, siendo necesario que la materia objeto del mismo haya sido, en su totalidad (o, al menos, en buena medida), objeto de tales reglas.⁴³ Las siete sentencias pronunciadas por el TJCE el pasado 5 de noviembre de 2002 a propósito de la celebración por sendos estados miembros de acuer-

98/44, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; tras recordar que el principio de subsidiariedad sólo resulta de aplicación en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la CE, el TJCE analiza la conformidad de la citada Directiva —adoptada sobre la base del art. 100 A del TCE (actual art. 95)— con dicho principio (consid. 30 y ss.).

40. A. von Bogdandy y J. Bast las consideran, en cambio, competencias paralelas (no concurrentes), en «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pág. 43.

41. Sentencia de 31.3.71, antes cit. (consid. 17) (traducción propia).

42. *Vid.*, entre otros, los trabajos de N. Emilou («The Death of Exclusive Competence?», ELR, 1996, núm. 4, pág. 294-311, en pág. 302 y ss.), de J. Dutheil de la Rochère («L'ère des compétences partagées. A propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne», RMC, núm. 390, pág. 461-470, en pág. 463 y ss.) y, en la doctrina española, J. Martín y Pérez de Nanclares («La competencia de la CE para celebrar el Acuerdo de la OMC [Comentario al dictamen del TJCE 1/1994, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994]», *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, núm. 2, pág. 593-618, en pág. 607 y ss.).

43. Dictamen 2/1991, de 19.3.1993, relativo a la celebración del Convenio núm. 170 de la OIT sobre seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo (Rec. pág. I-1061) y Dictamen 1/1994 a propósito del Acuerdo por el que se establece la OMC, antes cit.

dos sobre transporte aéreo⁴⁴ resumen bien el alcance de la doctrina en cuestión, al señalar que:

«(107) Es necesario determinar [...] en qué circunstancias puede verse afectado o alterado el alcance de las normas comunes por las obligaciones internacionales consideradas y, por tanto, en qué condiciones adquiere la Comunidad una competencia externa como consecuencia del ejercicio de su competencia interna.

»(108) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se da el caso cuando las obligaciones internacionales están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las normas comunes (Sentencia *AETC*, antes citada, apartado 30) o, en cualquier caso, dentro de un ámbito ya cubierto en gran medida por tales normas (Dictamen 2/1991, antes citado, apartado 25). En este supuesto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los estados miembros no pueden contraer obligaciones internacionales al margen de las instituciones comunes, aunque no exista ninguna contradicción entre éstas y las normas comunes (Dictamen 2/1991, antes citado, apartados 25 y 26). [...]

»(111) [...] las eventuales distorsiones en los flujos de servicios en el mercado interior que pueden derivarse de los acuerdos bilaterales denominados «de cielo abierto» celebrados por los estados miembros con terceros países no afectan por sí mismas a las normas comunes adoptadas en este ámbito y por tanto no pueden ser fundamento de una competencia externa de la Comunidad.»⁴⁵

Sensu contrario, cuando no se produce el «efecto AETR» corresponde a los estados miembros celebrar el acuerdo internacional de que se trate, o su celebración conjunta por la CE y los estados miembros en forma de «acuerdo mixto».

Ahora bien, la jurisprudencia y práctica comunitarias señalan otros dos supuestos en los que la competencia convencional corresponde a la CE y no a los estados miembros. El primero fue definido por el TJCE en su Dictamen 1/1976, conforme al cual el ejercicio *ad extra* de una competencia concurrente no está necesariamente condicionado a una acción previa *ad intra*, bastando con que la acción exterior sea *necesaria* para la consecución del objetivo en función del cual la competencia exterior fue atribuida.⁴⁶ Junto al «efecto AETR» tenemos, pues, el que podríamos denominar «efecto Dictamen 1/1976».

El segundo supuesto es aquél en el que un acto de derecho derivado reserva expresamente la celebración de acuerdos internacionales en un determinado ámbito a la CE,⁴⁷ si bien es cierto que, a falta de tal reserva expresa, probablemente operaría el «efecto AETR».

44. Sentencias antes cit.

45. Tomado de la sentencia en el as. C-476/98.

Vid. asimismo el Dictamen 2/2000 relativo al protocolo de Cartagena, igualmente cit., y el comentario de J. Roldán Barbero, «El dictamen 2/2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de diciembre de 2001», REDE, núm. 5, 2003, pág. 161-182 (pág. 174 y ss.).

46. Dictamen 1/1976, de 26.4.1977, relativo al Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior (Rec. pág. 741).

47. *Vid.*, por ejemplo, el Reglamento 4055/86, de 22.12.1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre estados miembros y entre estados miembros y países terceros, que reserva a la CE la celebración de los acuerdos en materia de reparto de cargamentos (DOCE L 378, de 31.12.1986).

La extraordinaria complejidad del sistema competencial comunitario en su dimensión exterior (recordemos también la posibilidad de una acción exterior basada en el artículo 308 o las dificultades que plantea la gestión de los «acuerdos mixtos», sobre todo cuando son constitutivos de organizaciones internacionales), unida a la ausencia de reglas escritas, explica que la conflictividad entre la CE y sus estados miembros sea creciente en este terreno, hecho que se refleja en la también creciente actividad consultiva del TJCE. Ello repercute a su vez negativamente en la coherencia y unidad de la acción exterior de la Comunidad y de sus estados miembros, así como en la comprensión por terceros países de nuestro proceso de interpretación; a estas dificultades de comprensión se añaden otras de índole jurídica (por ejemplo, la aplicación del régimen de responsabilidad internacional en el caso de «acuerdos mixtos»).⁴⁸

3. *Competencias, procedimientos decisorios y tipología de actos comunitarios*

Una cabal aproximación al sistema competencial comunitario exige que también hagamos referencia al modo de ejercer las competencias —los procedimientos decisorios comunitarios— y al fruto de su ejercicio —la tipología de los actos comunitarios—. Como vamos a ver, estos aspectos inciden directamente en la determinación del alcance y de la naturaleza de las competencias atribuidas.

3.1. Procedimientos decisorios

Cada base jurídica del TCE no sólo atribuye una competencia (normalmente de carácter normativo) a la CE sino que, además, establece el procedimiento decisorio a seguir para adoptar actos comunitarios con fundamento en ella. De ello resulta una multiplicidad de procedimientos decisorios: en unos casos decide la Comisión; en otros el Consejo, si bien en el marco del poder de iniciativa de la Comisión (excepcionalmente del Parlamento Europeo, del TJCE o del BCE) y tras una intervención, de alcance variable, del Parlamento (consulta simple, cooperación, dictamen conforme); tampoco son infrecuentes los supuestos en que el poder decisorio corresponde en codecisión al Consejo y al Parlamento Europeo, previa iniciativa, como en el supuesto anterior, de la Comisión. Pero, amén de cambios en el papel que corresponde en cada procedimiento a las instituciones mencionadas, se observa que no siempre resulta de aplicación la misma regla de mayoría en el Consejo (unanimidad, mayoría cualificada o mayoría simple) y que, en ocasiones, intervienen otros órganos, como el Comité de las Regiones o el Comité Económico y Social.⁴⁹

Esta multiplicidad de procedimientos resulta inconveniente —si no censurable— pero no es del todo caprichosa. Responde a los equilibrios y consensos logrados por los estados miembros en la negociación de las distintas bases jurídicas introducidas por los tratados constitutivos y los tratados de revisión. En este sentido no es

48. *Vid.* mi trabajo *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998, pág. 28 y ss.

49. Sobre la necesidad de racionalizar los procedimientos decisorios comunitarios, *vid.*, entre los trabajos más recientes, la contribución de A. Dashwood «The Constitution of the European Union after Nice: Law-Making Procedures», *ELR*, 2001, núm. 3, pág. 215-238.

realista pretender que se suprima la regla de la unanimidad de todas las bases jurídicas del TCE (piénsese en el artículo 93, en materia de fiscalidad indirecta), a menos que se logre sustituir por una regla de mayoría *super cualificada*, o introducir la codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo en todos los ámbitos en los que la CE ostenta competencias normativas (piénsese en la política comercial común).

Ahora bien, no podemos dejar de denunciar que el resultado es irracional en muchos aspectos. Así, en primer lugar, algunos procedimientos decisorios —nos referimos en particular a los que prevén la aplicación de la regla de la unanimidad en el seno del Consejo— operan como verdaderas cláusulas de salvaguardia (en favor de los estados miembros) frente a la atribución de determinadas competencias a la Comunidad, restando *productividad* a las bases jurídicas afectadas (cuando no hacen casi impracticable la competencia atribuida). Piénsese en la exigencia de unanimidad prevista en el artículo 93 del TCE, en materia de fiscalidad indirecta, o en el artículo 94, sobre armonización de legislaciones. Es más, como hemos tenido ocasión de subrayar anteriormente, encontramos incluso algunas bases jurídicas que, si bien establecen como regla general de votación en el Consejo la mayoría cualificada, someten no obstante el ejercicio de la competencia atribuida en relación con algunas cuestiones especialmente sensibles a la unanimidad.⁵⁰

En segundo lugar, observamos que en muchos casos no existe correspondencia entre el procedimiento decisorio aplicable y la naturaleza de la competencia atribuida (y, por ende, el tipo de medidas a adoptar). Así, por ejemplo, carece de toda racionalidad que las medidas de *fomento* en materia de cultura, previstas en el artículo 151 del TCE, hayan de adoptarse por el Consejo y el Parlamento Europeo siguiendo el procedimiento de codecisión y que, por el contrario, el Parlamento quede relegado a un plano meramente consultivo en la aprobación de la legislación agrícola comunitaria.

En tercer lugar, esta realidad provoca un grado excesivo de conflictividad entre las instituciones comunitarias en la base jurídica (esto es, en el terreno del reparto *horizontal* de competencias), conflictividad que, sin embargo, no siempre desemboca en la interposición de recursos ante el Tribunal de Justicia.⁵¹

3.2. Tipología de actos comunitarios

Por lo que se refiere a la tipología de los actos comunitarios, la confusión que también reina en este ámbito afecta igualmente a la delimitación de competencias atribuidas. Señalemos las razones.

50. *Vid. supra* epígrafe II.1.2.

51. Si bien es cierto que la falta de competencia comunitaria no ha sido —salvo raras excepciones (*vid.* la reciente Sentencia de 5.10.2000 anulando la Directiva sobre publicidad del tabaco, antes cit.)— causa de anulación de los actos de las instituciones (E. García de Enterría, «La regulación de las competencias de la Unión en el proyecto de Constitución», en *La Constitución europea* —M. Oreja, dir.— Madrid, 1994, pág. 197-211 —en pág. 207), son en cambio relativamente frecuentes los casos en los que el TJCE estima recursos *ex art.* 230 TCE basados en una inadecuada elección de la base jurídica. Baste recordar la Sentencia de 11.6.1991 en el asunto del *Dióxido de Titanio* (as. C-300/89, Rec. pág. I-2867).

Por lo demás, la elección de la base jurídica suscita en muchos casos debates interminables en el seno del Consejo (en particular del COREPER y del correspondiente Grupo de trabajo).

En primer lugar, son infrecuentes las bases jurídicas que, atribuyendo competencias normativas, precisan el tipo de acto que la Comunidad puede adoptar, y huelga decir que desde el punto de vista competencial no es lo mismo que las instituciones puedan adoptar, por ejemplo, una directiva (que, por definición, deja un margen de acción amplio —o al menos así debiera ser— a la acción normativa de los estados miembros) que un reglamento. Obsérvese incluso que el artículo 95, atributivo de competencias armonizadoras, habla de «medidas» (cuando, a todas luces, debiera limitar la competencia comunitaria a la aprobación de directivas).

En segundo lugar, la dificultad de delimitar con precisión los contornos de cada uno de los actos tipificados en el artículo 249 del TCE, la extrema confusión entre los actos comunitarios de naturaleza legislativa y ejecutiva y la proliferación creciente de actos atípicos no contribuyen a ofrecer una imagen clara y comprensible del sistema.⁵²

No podemos dejar de señalar —si se nos permite el *excursus*— que la confusión entre poder legislativo y poder ejecutivo plantea mayores dificultades desde la perspectiva del reparto *horizontal* de competencias (entre instituciones). En efecto, no parece razonable que el ejercicio del poder legislativo lo mismo puede dar lugar a la adopción de reglamentos o directivas que agotan el proceso legislativo en el plano comunitario, que a «reglamentos marco» o «directivas marco» que reclaman la adopción de medidas comunitarias de ejecución, en forma de reglamentos, directivas o decisiones «de ejecución». Por no hablar del juego de los procedimientos comitológicos en el ejercicio por la Comisión del poder de ejecución que le atribuyen los reglamentos o directivas «marco» o de la posibilidad que tiene el Consejo de reservarse para sí dicho poder de ejecución.

4. Y, además, la PESC y el tercer pilar

Si trascendemos el plano comunitario, la confusión es aún mayor pues, junto al sistema competencial de las Comunidades Europeas, nos encontramos con las reglas particulares de la PESC (política exterior y de seguridad común) y la CPJP (cooperación policial y judicial en materia penal).

El segundo y tercer pilar se configuran, en principio, como ámbitos de cooperación intergubernamental. En efecto, cabe entender que en ellos no se produce una atribución de competencias en favor de la Unión (a la que incluso se niega personalidad jurídica), sino la asunción por parte de los estados miembros de la obligación de concertarse entre sí a través del Consejo (y del Consejo Europeo), procurando alcanzar en su seno acuerdos que adoptan una amplia variedad de formas. Vistas así las cosas, no sería posible hablar de un sistema competencial de la Unión, que abarque sus tres pilares.

Sin embargo, la descripción que acabamos de ofrecer se corresponde más bien con la antigua cooperación política europea, tal y como fue institucionalizada

52. Llevé a cabo un estudio sobre la materia en mis trabajos «Simplificación: un objetivo prioritario de la CIG'96», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, B-115, 1996, pág. 5-16 (en pág. 12 y ss.) y «La tipología de los actos comunitarios», en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (M. Oreja, dir.), Madrid, 1998, vol. I, pág. 565-577.

zada por el Acta Única Europea, y con la cooperación en los asuntos de justicia y de interior antes del TUE. Las reformas introducidas en los mecanismos decisivos y en la tipología de los actos de la PESC y, sobre todo, del tercer pilar a partir del TUE permiten afirmar hoy que la articulación de la UE en tres pilares, la falta de atribución (al menos explícita) de personalidad jurídica a la UE y hasta la configuración de la PESC y el tercer pilar como meros marcos de cooperación intergubernamental resultan artificiosas. Baste pensar en las *decisiones marco* y las *decisiones* del tercer pilar o en los acuerdos que celebra la UE (¿o los estados miembros?) con terceros países a que se refieren los artículos 24 y 38 del TUE, así como en las enmiendas de que ha sido objeto el primero de estos artículos por el Tratado de Niza.⁵³

Dicho en otras palabras, si hiciéramos abstracción de la falta de personalidad jurídica de la UE y su división formal en tres pilares, nada impediría hablar de un sistema competencial único de la Unión, siendo las competencias atribuidas en el marco del segundo y del tercer pilar básicamente de *coordinación*, aunque no sólo (las *decisiones marco* y las *decisiones* de la CPJP se configuran como verdaderos actos normativos emanados del Consejo). Sistema competencial único en el que, eso sí, la PESC y el tercer pilar presentarían reglas particulares no sólo por el hecho de la atribución fundamentalmente de competencias de coordinación sino, en particular, por lo que se refiere al papel que se atribuye a la Comisión y al Parlamento Europeo (amén del Tribunal de Justicia) y a la tipología de actos que adopta el Consejo.

III. La reforma del sistema competencial

1. ¿Qué modelo de sistema competencial necesita la Unión Europea?

La reforma del sistema competencial comunitario suele asociarse con la idea de dotar a la UE de un catálogo de competencias,⁵⁴ idea que no comporta necesariamente un cambio radical en dicho sistema ni, en consecuencia, en la naturaleza del proceso de integración europea.

Sin embargo, las propuestas formuladas a este respecto antes de la Convención responden claramente al propósito de trasladar al ámbito comunitario el (también complejo) modelo de reparto competencial propio de los estados federales, es decir, un modelo mucho más acabado que —con toda la complejidad de que es capaz— ofrece una delimitación más precisa de las competencias.

Ahora bien, su implantación traería aparejada una profunda transformación del actual proceso de integración, que tal vez podría abocarnos al fracaso. Pensemos que la marcada orientación funcionalista de algunas bases jurídicas —como, por ejemplo, el referido artículo 95 del TCE— o el llamado «efecto AETR» cohonestan

53. Vid. N. Fernández de Sola, «Subjetividad internacional de la UE», RDCE, núm. 11, 2002, pág. 85-112 (en pág. 53 y ss.).

54. Vid. con carácter general la obra de T. Fischer y N. Schley, *Organizing a Federal Structure for Europe: An EU Catalogue of Competences*, 2000.

mal con el modelo federal y que deberían ceder el paso a una distribución de las competencias entre los estados miembros y el *ente* por materias, sin perjuicio de la posibilidad de que en algunas materias las competencias pudieran ser concurrentes o el *ente* tuviera reconocida la capacidad de adoptar legislación básica.⁵⁵ ¿En qué transformamos entonces el artículo 95? ¿En una mera capacidad para adoptar legislación básica?⁵⁶ ¿Y en qué materias?

Y en cuanto a las relaciones exteriores, ¿las atribuimos en exclusiva al *ente*? No creo que quepa esperar tanto de 2004.

Tampoco tiene fácil encaje en un modelo federal el hecho de que, como regla general, las competencias normativas atribuidas al *ente* tengan carácter concurrente ni el artículo 308, al menos en su configuración presente.

Las propuestas formuladas en el marco del *Programa de reforma Europa 96*, auspiciado por la Fundación Bertelsmann y el Grupo de Investigación Europea de la Universidad de Maguncia, ilustran muy bien estos problemas (además de evidenciar la dificultad de realizar una separación clara de las competencias que, partiendo de la realidad existente, corresponden a la CE y a los estados miembros).⁵⁷

En síntesis, la extrapolación del modelo federal comportaría una profunda transformación del actual proceso de integración, en particular por lo que se refiere a su carácter dinámico y evolutivo.⁵⁸ Más aún, una verdadera refundación de la Unión Europea para la que no sé si estamos preparados y que, en cualquier caso, exigiría el inicio de un auténtico proceso constituyente (la Convención seguida de la CIG'04 obviamente no lo es).

No discutimos la necesidad de delimitar mejor las competencias comunitarias ni tampoco la conveniencia de tomar a tal efecto como referencia el modelo federal, sobre todo si se tiene en cuenta el progresivo aumento de las mismas a través de los tratados de revisión. Pero no consideramos que se den aún las circunstancias que

55. Para A. Mangas Martín la atribución de competencias por materias es sencillamente «incompatible conceptualmente con los entes de base funcional», en «La Unión Europea y su futuro: el debate competencial», *Noticias UE*, núm. 218, pág. 79-95 (pág. 82).

56. Como ha señalado U. di Fabio, «*if, for instance, at the state of integration that has been achieved so far, the decision was taken to deprive the Community completely of its competences under Articles 94 to 97 EC, concerning the Internal Market, and if such deprivation resulted in de-harmonization of the Internal Market, this would strike at the root of European Integration*», en «*Some Remarks on the Allocation of Competences between the European Union and its Member States*», CMLR, 2002, núm. 6, pág. 1289-1301 (pág. 1291).

En relación con las (negativas) consecuencias de una eventual supresión del art. 95 TCE, *vid.* A. von Bogdandy y J. Bast, «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pág. 51 (afirman, con razón, que se retrocedería a un estadio de desarrollo constitucional anterior a la Sentencia *Van Gend & Loos*).

57. *Vid.* W. Weindenfeld, *Europa '96. Programa de reforma para la Unión Europea*, Fundación Bertelsmann, Gütersloh, 1995 (en pág. 14 y ss.).

Entre los análisis críticos a dichas propuestas figuran, en lengua española, los trabajos de J. V. Louis «Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996», RIE (actual RDCE), 1995, núm. 1, pág. 9-42 (en pág. 30 y ss.) y de J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias...*, *op. cit.*, pág. 230-231.

58. Como señalara V. Constantinesco en su célebre obra *Compétences et pouvoirs...* (*op. cit.*) la introducción de una cláusula general de reparto de competencias entre la CE y los estados miembros en los tratados constitutivos hubiera resultado demasiado rígida para la consecución de los objetivos comunitarios (pág. 89 y ss.).

permitan abandonar el método funcionalista y dinámico que preside el proceso de construcción europea y dar el salto a un *Kompetenzenkatalog* de corte federalista⁵⁹ o, en palabras de Jean-Claude Piris, para establecer un reparto de competencias «estricto, preciso y estable». ⁶⁰ Ni siquiera pensamos que quepa revisar en profundidad las competencias atribuidas hasta la fecha a la CE, aun cuando simpaticemos con la idea de avanzar hacia un «*recentrage progressif*», en palabras de Jim Cloos, de las actividades de la Unión. ⁶¹

2. Los trabajos de la Convención

2.1. Un sistema competencial para el conjunto de la Unión

En el seno del Grupo III («Personalidad jurídica») de la Convención se ha logrado un amplio consenso (un solo miembro se pronunció en contra) en torno a la conveniencia de dotar de personalidad jurídica a la Unión Europea y de fundir los tres pilares (con la consiguiente desaparición de las Comunidades Europeas). ⁶² Esta propuesta —cuyas ventajas desde el punto de vista de la *simplificación* y de la *transparencia* resultan evidentes— encuentra reflejo en el Anteproyecto de Tratado constitucional presentado por el Praesidium de la Convención (texto que sustituiría al TUE y a los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas). ⁶³

Como explica el Grupo III en su informe final, la fusión de los pilares y el reconocimiento de personalidad jurídica a la UE no comportan por sí mismos una alteración en la naturaleza de la PESC y de la CPJP, ni modificaciones en el reparto de competencias entre la CE y los estados miembros. ⁶⁴ Otra cosa es que el Grupo considere que debería traer aparejada una reforma del procedimiento de celebración de los acuerdos internacionales PESC y CPJP regulado en el artículo 24 del TUE (en particular, suprimiendo la exigencia de su ratificación por los estados miembros) y en materia de representación exterior (dotando a la UE de una «única voz»). Como también se pronuncia a favor de que dicho procedimiento se regule conjuntamente con el de celebración de los actuales acuerdos comunitarios (si bien manteniendo las particularidades del primero), en un precepto único

59. Estoy en lo esencial de acuerdo con las siguientes reflexiones del Comisario Michel Barnier (en «L'urgence européenne», nota personal de 17.10.2001): «[...] *la flexibilité des traités de l'Union doit être préservée, pour ne pas entraver les évolutions ultérieures de la construction européenne. C'est un devoir pour les générations à venir. Peut-on alors établir une liste de ce que l'Union ne devrait jamais faire et qui devrait rester par conséquent de la compétence exclusive des États? Ce serait à tout prendre mieux que d'entreprendre le catalogue limitatif de nos actions communes. Mais les listes, qu'elles soient négatives ou positives, risquent d'être rapidement obsolètes, alors que les États membres forment un espace économique, juridique et politique de plus en plus intégré — par un mouvement subi autant qu'il est voulu et parce que l'évolution du monde nous l'impose.*»

60. J. C. Piris, «L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?», RTDE, 1994, núm. 4, pág. 599-635 (en pág. 618).

61. *Vid.* J. Cloos, «Nice: une étape obligée», RMC, núm. 444, 2001, pág. 5-10 (en pág. 9-10).

62. «Informe final del Grupo III "Personalidad Jurídica", CONV 305/02, de 1.10.2002.

63. «Anteproyecto de Tratado constitucional», cit.

64. «Informe final del Grupo III...», cit., pág. 2. Sobre esta cuestión, *vid.* asimismo B. de Witte, «Simplification and Reorganization of the European Treaties», CMLR, núm. 6, 2002, pág. 1255-1287 (en pág. 1266 y ss.).

que podría igualmente contemplar la figura (tan frecuente en la práctica como ignorada por los tratados) de los «acuerdos mixtos» y una nueva figura: los «acuerdos interpilares».⁶⁵

Ahora bien, permitiría configurar la PESC y la CPJP como ámbitos de atribución de competencias a la UE (de mera coordinación, en su caso) y, consiguientemente, articular un sistema competencial único para la Unión. De hecho, este es el enfoque que adopta el Anteproyecto de Tratado constitucional, antes citado, al consagrar en su parte primera («De la arquitectura constitucional») un único título (el título III) a las competencias actualmente atribuidas a las Comunidades Europeas y a las que se derivan (de acuerdo con el nuevo enfoque) del segundo y tercer pilar.⁶⁶

Debe observarse, sin embargo, que la Convención parece decantarse por considerar a la CPJP como un ámbito más de competencias compartidas,⁶⁷ junto a los que hoy corresponden a la CE (agricultura, medio ambiente, etc.). Y es que las transformaciones experimentadas en el tercer pilar a través de los últimos tratados de revisión han dotado a las instituciones de la Unión —insistimos— de una verdadera competencia normativa en materia de CPJP.

2.2. Un catálogo competencial *sui generis*

El Anteproyecto de Tratado constitucional consagra el título III de su primera parte, antes referido, a enunciar los principios que rigen el sistema competencial y los ámbitos en los que se atribuyen competencias a la UE, clasificados por el alcance de la competencia atribuida (competencias exclusivas, compartidas, etc.), previendo que en su parte segunda se recojan las bases jurídicas del TCE y las disposiciones pertinentes en materia de PESC y de CPJP.⁶⁸

Además, dispone que en su título V, también de la parte primera, se regulen la tipología de los actos de la UE (tanto de la actual CE como de la PESC y de la CPJP) y los procedimientos para su adopción.

65. *Ibid.* pág. 6 y ss.

Vid. asimismo el «Informe final del Grupo VII «Acción Exterior», CONV. 459/02, de 16.12.2002 (pág. 30) y el «Proyecto de artículos sobre la acción exterior del Tratado constitucional», presentado por el Praesidium de la Convención, CONV 685/03, de 23.4.2003 (pág. 64 y ss.).

Los «acuerdos interpilares» serían aquellos que inciden a la vez en ámbitos (que actualmente son) de competencia comunitaria y de la PESC o de la CPJP.

66. Se trata del título III, que en el «Anteproyecto de Tratado constitucional» (cit.) figura bajo la rúbrica «De las competencias y las acciones de la Unión» (énfasis añadido), mientras que en el «Proyecto de artículos 1 a 16 del Tratado constitucional», presentado más tarde por el Praesidium (CONV 528/03, de 6.2.2003), se denomina «De las competencias de la Unión».

67. *Vid.* art. 12 del «Proyecto de artículos 1 a 16 del Tratado constitucional», cit.; en él se hace referencia al «espacio de libertad, seguridad y justicia», que englobaría el nuevo título IV del TCE, en materia de visados, asilo e inmigración, y la CPJP.

68. El «Anteproyecto de Constitución de la Unión Europea», elaborado a petición de la Comisión por un grupo de trabajo presidido por F. Lamoureux y conocido como «Penélope», sigue este mismo enfoque, consagrandolo igualmente el título III de su parte I a definir el sistema competencial de la UE; sin embargo, en él sólo se recogen, en síntesis, las disposiciones de los actuales art. 5 y 308 TCE; «Contribución a un anteproyecto de Constitución de la Unión Europea. Estudio de viabilidad», documento de trabajo de 4.12.2002 (disponible en la página web de la Convención).

El planteamiento me parece bastante acertado pues, al tiempo que se aporta un catálogo competencial y una explicación global del funcionamiento del sistema competencial, se mantienen las actuales bases jurídicas (con las enmiendas que procedan). Si a ello se une una simplificación y racionalización de la tipología de los actos de la Unión y de los procedimientos decisorios (en el título V de la primera parte), no cabe duda de que ganaremos en transparencia y coherencia, sin tener que afrontar un cambio radical del sistema.

Sin embargo —sin entrar de momento en el contenido del título III— no parece que tenga mucho sentido que cada una de las bases jurídicas (agrupadas en la parte segunda del Tratado constitucional) tenga que reiterar —como propone el Praesidium— el alcance de la competencia atribuida o el procedimiento decisorio aplicable, sin perjuicio de la posibilidad de introducir algunas precisiones o particularidades en algunas de ellas. En lo que hace a los procedimientos decisorios, entendemos que a cada base jurídica deberían asociarse uno o varios tipos de actos en concreto y que la aprobación de cada tipo de acto debería seguir el mismo procedimiento, a salvo la posibilidad de incorporar, cuando proceda, alguna variante procedimental en alguna base jurídica.

Por otra parte, es necesario proceder a la revisión de las bases jurídicas, no sólo con el objeto de adaptarlas en función de las consideraciones anteriores sino para delimitar más claramente su contenido. Más tarde profundizaremos sobre este aspecto.

2.3. Principios que rigen el sistema competencial

El proyecto de artículos correspondiente al título III presentado por el Praesidium en febrero de este año (artículos 8 a 16)⁶⁹ ofrece una distinción entre los principios fundamentales que deben regir el sistema competencial y la forma en que han de aplicarse dichos principios.

Por lo que se refiere a los principios, el artículo 8 retoma los contenidos del artículo 5 del TCE —enunciando los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad— y añade una referencia al principio de cooperación leal del artículo 10 del TCE.

Respecto al principio de la competencia de atribución, el apartado 2 del proyecto de artículo 8 perfila mejor su alcance señalando que, conforme al mismo, «la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuye la Constitución (*sic*), con el fin de lograr los objetivos que ésta determina» (énfasis añadido). La redacción del artículo 5 del TCE es equívoca a este respecto cuando afirma que «la Comunidad actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado y de los objetivos que éste la asigna», pues pudiera dar a entender que el enunciado de objetivos en el TCE es por sí mismo atributivo de competencias. Ciertamente es que el enfoque funcionalista de algunas bases jurídicas y el artículo 308 (en su redacción actual) determinan que todo nuevo objetivo enunciado en el Tratado pueda traducirse en un ensanchamiento de las competencias atribuidas.

69. «Proyecto de artículos 1 a 16...», cit.

Por otra parte, se incluye una segunda frase en dicho apartado según la cual «toda competencia no atribuida a la Unión por la Constitución (*sic*) corresponde a los estados miembros». Considero que, aunque ociosa (por obvia), la inclusión de esta frase es, desde el punto de vista de la transparencia del sistema, sumamente pertinente. Además, resulta sin duda preferible a enunciar —como se ha pretendido—⁷⁰ las competencias que corresponden a los estados miembros, técnica esta última que, además de incongruente con el principio de atribución,⁷¹ podría añadir mayor complejidad al sistema y resulta difícilmente compatible con la fisonomía de algunas bases jurídicas (dada su orientación funcionalista).

Los apartados 3 y 4 del proyecto de artículo, por su parte, reproducen los párrafos que el artículo 5 del TCE dedica a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, con alguna variante en el lenguaje a la que no atribuyo consecuencias jurídicas reseñables.⁷²

Por último, su apartado 5 afirma que «según el principio de cooperación leal, la Unión y los estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones que se desprendan de la Constitución». Retoma con ello el principio de cooperación leal tal y como ha sido enunciado por el TJCE en su dimensión vertical (el principio también opera, como es sabido, en las relaciones inter-institucionales), con fundamento en el artículo 10 del TCE.⁷³

Por lo que hace a la aplicación de estos principios, el proyecto de artículo 9 ofrece un primer apartado tan oportuno como polémico: «la Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que aquélla les atribuye primarán sobre el derecho de los estados miembros». No cabe duda de que el *principio de primacía del derecho comunitario* es un principio estructural del ordenamiento comunitario, perfectamente asentado gracias a la labor del TJCE, y que merece ser «constitucionalizado». Sin embargo, afirmar su alcance absoluto (como hace el proyecto) pudiera plantear dificultades en el proceso de ratificación del Tratado constitucional.⁷⁴ Visto desde el punto de vista de la Constitución española, ¿su artículo 93 ofrece acaso fundamento para afirmar la primacía del derecho de la Unión sobre la propia Constitución?

No obstante, el sexto (y último) apartado del proyecto de artículo puede verse como un contrapunto (¿suficiente?) a la formulación que se propone del principio

70. *Vid.* el texto de las Conclusiones del Consejo Europeo de Laeken, antes reproducido.

71. *Vid.* en este sentido el documento de trabajo de la Comisión «La délimitation des compétences: une question d'intensité de l'intervention», D(2002) PS/PVN, de 22.4.2002.

72. Dichos apartados rezan así:

«2) Según el principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros sino que puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión.

4) Según el principio de proporcionalidad, el contenido y forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución.»

73. *Vid.*, por ejemplo, el Auto del TJCE de 13.7.1990 en el asunto *Zwartveld* (as. C-2/88, Rec. pág. I-3365).

74. La disposición del apartado 1 del proyecto de art. 9 ha sido objeto de diversas propuestas de enmiendas por parte de los convencionales; un resumen de éstas se encuentra en el documento «Informe resumido del pleno adicional. Bruselas, 5 de marzo de 2003», CONV 624/03, de 17.3.2003.

de primacía, al afirmar —desarrollando lo que actualmente dispone el apartado 3 del artículo 6 del TUE— que «la Unión respetará la identidad nacional de sus estados miembros vinculada a la estructura fundamental de éstos y a las funciones esenciales de un estado, y en particular su estructura política y constitucional, incluida la organización de los poderes públicos en los planos nacional, regional y local». Me pregunto, sin embargo, cómo se puede garantizar el respeto de esta disposición (y cuál es su verdadero alcance). ¿Acaso podría el Tribunal de Justicia, al ejercer (en monopolio) el control de legalidad de los actos de la Unión, apreciar la conformidad de un acto emanado de sus instituciones con otros principios básicos del orden constitucional de los estados miembros que no sean los derechos fundamentales?

Los apartados 2 y 3 del proyecto de artículo 9 tan sólo remiten al (nuevo) Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (anejo al Tratado constitucional), precisando —como veremos— que en él se reconoce un papel a los parlamentos nacionales.

El apartado 4 retoma la primera frase del artículo 10 del TCE, estableciendo la obligación de los estados miembros de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento del derecho de la Unión. Se añade, sin embargo, un nuevo apartado 5 que desarrolla el principio de cooperación leal (recogido en el proyecto de artículo 8), precisando que «los estados miembros facilitarán a la Unión el cumplimiento de su misión y [aquí sigue el segundo párrafo del artículo 10 del TCE] se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de la Constitución» y que, a la inversa, «la Unión actuará con lealtad respecto a los estados miembros».

2.4. Alcance de las competencias de la Unión

2.4.1. Categorías de competencias

El proyecto de artículo 10 categoriza las competencias de la Unión en función de su alcance, disponiendo que habrán de ser ejercidas con arreglo a las disposiciones específicas (bases jurídicas) que para cada ámbito se establecen en la parte segunda del Tratado constitucional. Concretamente, distingue entre (i) competencias exclusivas, (ii) competencias compartidas y (iii) competencias «para coordinar, completar o apoyar la acción de los estados miembros» (en otras palabras, competencias de coordinación y apoyo).⁷⁵

Con representar un avance significativo respecto de la situación actual, a nuestro juicio la clasificación que propone el Praesidium no resulta suficientemente esclarecedora. Creemos que sería preferible distinguir entre (i) competencias normativas, (ii) competencias administrativas (o de ejecución administrativa) y (iii)

75. El Grupo de Trabajo V («Competencias complementarias») propuso que, junto a la enumeración de las competencias exclusivas y compartidas, «las tareas y responsabilidades de la UE (actualmente enumeradas en los art. 3 y 4 del TCE) se reformulen de tal manera que los ámbitos en los que la Unión sea principal o plenamente responsable se definan como responsabilidades de la Unión», propuesta que me resulta sumamente confusa; *vid.* «Informe final del Grupo V», CONV 275/1/02, de 4.11.2002 (pág. 6-7).

competencias de coordinación y apoyo (o fomento), advirtiendo que las competencias normativas pueden a su vez ser exclusivas o compartidas (mejor aún, exclusivas, concurrentes o complementarias —e, incluso, «de armonización») y que las restantes (competencias administrativas y competencias de coordinación y apoyo) se definen *ad casum* en cada base jurídica.⁷⁶

Por otra parte, observamos que el Praesidium no se atreve a incluir en una de las tres categorías que define las competencias de la UE en materia de PESC, limitándose el apartado 4 del proyecto de artículo 10 a señalar que «la Unión dispondrá de competencia para definir y poner en práctica una política exterior y de seguridad común, incluida la definición progresiva de una política de defensa común». Tal vez debamos admitir que, dada la actual indefinición de la PESC (y no parece que el momento sea propicio para realizar avances espectaculares en este terreno), es una solución realista.

Más difícil resulta entender por qué dedica otro apartado (el 3) a la coordinación de las políticas económicas de los estados miembros (en lugar de englobar esta dimensión de la UEM en las competencias de coordinación), si no es por la relevancia que tiene esta materia (aunque lo mismo cabría decir, por ejemplo, del empleo).

2.4.2. Competencias exclusivas

De acuerdo con el apartado 1 del proyecto de artículo 10, en el ámbito de las competencias exclusivas, sólo la Unión «podrá legislar o adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los estados miembros, en cuanto tales, sólo podrán hacerlo si la Unión les habilita para ello».

Si atendiéramos a la literalidad del precepto, la competencia exclusiva de la Unión no se limitaría al ámbito normativo, sino que incluiría los actos de ejecución administrativa (lo que demuestra la pertinencia de distinguir entre competencias normativas y otras). Por otra parte, sería conveniente precisar mejor el posible alcance de las habilitaciones, que, a nuestro juicio, han de ser específicas y excepcionales y deben tener carácter transitorio.⁷⁷

En cuanto a los ámbitos considerados de competencia exclusiva, el apartado 1 del proyecto incluye la:

«[...] competencia exclusiva para garantizar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales y para establecer las normas sobre la competencia dentro del mercado interior, así como en los ámbitos siguientes:

76. *Vid. supra* epígrafe II.2.

El documento de trabajo de la Comisión «La délimitation des compétences...», antes cit., que también distingue entre acciones legislativas y no legislativas, propone clasificar las primeras en atención a su intensidad (se refiere, en este sentido, a acciones de reglamentación uniforme, de armonización, de armonización de mínimos, de reconocimiento mutuo y de interconexión entre los ordenamientos jurídicos nacionales; pág. 5 y ss.); a mi juicio, sin embargo, la intensidad de la acción normativa debe venir determinada por el tipo de acto normativo cuya adopción prevea cada base jurídica (*vid. infra* epígrafe III.2.9).

77. *Vid. supra* epígrafe II.2.2.1.

- Unión aduanera.
- Política comercial común.
- Política monetaria de los estados miembros que hayan adoptado el euro.
- Conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común.»

La propuesta nos parece acertada (prudente) salvo en dos aspectos: (i) la referencia a las libertades básicas del mercado interior y (ii) la inclusión de la política comercial común sin añadir matización alguna.

El primer aspecto ya ha sido objeto de serias críticas, como las vertidas (con toda razón) por Ramón Torrent.⁷⁸ ¿A qué se está haciendo referencia? ¿A la competencia para adoptar medidas de armonización *ex* artículo 95 del TCE (entre otros preceptos)? No parece que sea esta la intención pues, junto a la referencia a las libertades básicas en el proyecto de artículo 11, el proyecto de artículo 12 —relativo a las competencias compartidas— alude al mercado interior y alguna significación habrá que darle. Además, ¿cómo calificar una competencia de armonización como exclusiva? A mi parecer, ni siquiera resulta apropiado configurarla como compartida.⁷⁹

Así pues, tan sólo cabe entender que se está pensando en los preceptos del TCE que afirman las libertades básicas del mercado interior (artículos 23 y siguientes). Pero si así es, se trata de un claro error. Dichos preceptos no atribuyen competencias a la CE, sino que imponen obligaciones (precisas e incondicionales) a los estados miembros (de las que se deducen derechos subjetivos para los particulares), razón por la cual, a mi juicio, ni siquiera deberían llevarse a la parte segunda del Tratado constitucional, sino a un nuevo título de la parte primera (tal vez previo al título III sobre competencias).

Además, la referencia a la libre circulación de personas (en lugar de trabajadores) sólo tendría sentido si se pretendiera —pero no parece el caso— configurar la competencia de la CE en materia de visados, asilo e inmigración como exclusiva.⁸⁰

En cuanto a la política comercial común, el proyecto de artículo parece olvidar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE y la configuración actual del artículo 133 del TCE, la exclusividad de la competencia se circunscribe al comercio de mercancías.⁸¹ Ciertamente, la situación sería distinta si el Tratado constitucional introdujera modificaciones sustanciales en dicha base jurídica, pero no parece que exista consenso al respecto en el seno de la Convención.⁸²

78. «L'article 11 du projet de Constitution de l'UE: outrage à la raison ou coup de génie de M. Lamoureux?», *Observatorio de la Globalización* (Univ. de Barcelona), Serie General, núm. 2, 12.2.2003 (en <<http://www.ub.es/obsglob>>).

79. *Vid. supra* epígrafe II.2.2.2.

80. El proyecto de artículo 12 incluye el «espacio de libertad, seguridad y justicia» entre los ámbitos de competencias compartidas.

81. *Vid.* la bibliografía cit. en la nota 10.

82. Si bien en el «Proyecto de artículos sobre la acción exterior...» (cit.) se propone una drástica simplificación del art. 133 TCE (*vid.* el proyecto de art. 24), entiendo que no pretende alterar la naturaleza y alcance de la competencia comunitaria en relación con el comercio de servicios o los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio; basta leer el apartado 4 del proyecto de art. 24, a cuyo tenor: «para la negociación y la celebración de un acuerdo en los ámbitos del comercio de los servicios que implican desplazamientos de personas y de los aspectos de la propiedad intelectual, *el*

Para terminar, debemos señalar que el apartado 2 del proyecto de artículo 11 se refiere a la competencia exclusiva de la CE para celebrar acuerdos internacionales. Sobre esta cuestión volvemos más adelante.

2.4.3. Competencias compartidas

El apartado 2 del proyecto de artículo 12 señala que cuando «la Constitución (*sic*) atribuya a la Unión una competencia compartida con los estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los estados miembros tendrán potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los estados miembros ejercerán su competencia únicamente si la Unión no ha ejercido la suya y sólo en la medida en que no lo haya hecho».

El precepto alude a las competencias normativas de carácter concurrente y, en particular, al juego de la *preemption* en estos casos (efecto *preemption* que se completa con el principio de la primacía del derecho de la UE consagrado en el proyecto de artículo 9).⁸³ En principio, no tenemos objeciones que formular.

Ahora bien, consideramos que su enunciado no es congruente con el del apartado 2 del proyecto de artículo 12, conforme al cual «el alcance de las competencias compartidas de la Unión se fija en las disposiciones de la parte II» (*¿ad casum?*), y menos aún con los apartados 5 y 6 de este último artículo (dedicado a enunciar las competencias compartidas), que disponen que:

«5. En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio (*sic*), la Unión tendrá competencia para llevar a cabo acciones, en particular la realización de programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener como efecto impedir a los estados miembros ejercer las suyas.

6. En los ámbitos de la cooperación al desarrollo y de la ayuda humanitaria, la Unión tendrá competencia para poner en marcha acciones y para llevar a cabo una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener como efecto impedir a los estados miembros ejercer las suyas.»

A su vez, resulta difícil conciliar los apartados 5 y 6 con el apartado 3, que dice que «cuando la Unión no haya ejercido o deje de ejercer su competencia en un ámbito de competencia compartida, los estados miembros podrán ejercer la suya» (colatorio del efecto *preemption*).

El problema es evidente: el proyecto de artículo 12 no sólo no precisa que las competencias consideradas son de carácter normativo sino que, sobre todo, no distingue entre competencias normativas concurrentes y complementarias, correspondiendo a esta última categoría (en parte) las competencias en materia de I+D y de cooperación al desarrollo. En estos dos últimos ámbitos mencionados sería además necesario precisar que la UE no sólo puede adoptar actos normativos sino igual-

Consejo resolverá por unanimidad cuando dicho acuerdo incluya disposiciones para las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas» (énfasis añadido).

El Grupo VII («Acción Exterior») había propuesto, en cambio, que se recurra a la mayoría cualificada en todos los ámbitos de la política comercial, incluidos los servicios y la propiedad intelectual, dejando a salvo, no obstante, «las restricciones actuales en materia de armonización en ámbitos nacionales de actuación» («Informe final del Grupo VII...», cit., pág. 7).

83. *Vid. supra* epígrafe II.2.2.1.

mente medidas de fomento y de coordinación, al igual que ocurre, por lo demás, con la mayor parte de los ámbitos de competencias normativas compartidas (concurrentes o complementarias); baste pensar, por ejemplo, en las políticas de redes transeuropeas o de salud —o sanidad— pública.⁸⁴ Sobre ello volveremos al hablar de las competencias de coordinación y apoyo.

Los ámbitos de competencia incluidos en la relación del apartado 4 del artículo 12 no plantean, en principio, especiales problemas (espacio de libertad, seguridad y justicia, agricultura y pesca —debería, no obstante, dejarse a salvo lo dispuesto en el artículo 11 en relación con el carácter exclusivo de la competencia en materia de conservación y gestión de los recursos pesqueros—, transportes, redes transeuropeas, energía, política social, cohesión económica y social, medio ambiente, sanidad pública), excepción hecha de la mención (i) al «mercado interior» y (ii) a la protección de los consumidores.

En relación con la primera mención, como ya indicamos en el epígrafe anterior de este trabajo, entendemos que el proyecto de artículo 12 se refiere a las competencias de armonización relacionadas con el mercado interior (en tanto que el proyecto de artículo 11 a las libertades básicas), tales como las que resultan de los artículos 94 y 95 del TCE (cláusulas generales de armonización), de los artículos 47 y 52 (establecimiento y servicios) o, incluso, del artículo 93 (fiscalidad indirecta),⁸⁵ además de las competencias derivadas de otras bases jurídicas que acompañan a la afirmación de las libertades básicas, como son los artículos 40 y 42 (libre circulación de trabajadores). No insistiré más en la idea de que, a mi entender, las competencias de armonización tienen una identidad propia (distinta de las restantes competencias normativas compartidas, ya sean concurrentes o complementarias); con todo, su inclusión en el catálogo de competencias compartidas (en el sentido de concurrentes) no me parece del todo desacertada, pues a la postre las directivas de armonización producen igualmente el efecto *preemption*. Pero, ¿por qué no hablar en el apartado 4 del artículo 12 de competencias de armonización relativas al (establecimiento y funcionamiento del) mercado interior?

En cuanto a la mención a la protección de los consumidores, a menos que se quiera alterar el alcance de la competencia prevista en el artículo 153 del TCE, creo que su inclusión en el catálogo del artículo 12 resulta equívoca. El precepto, en su versión actual, tan sólo atribuye competencias de coordinación y apoyo; otra cosa es que aluda al hecho de que el artículo 95 sirve de fundamento para la adopción de medidas de armonización que incidan en este ámbito. Bastaría para aclararlo con indicar en este precepto que las competencias de armonización relativas al mercado interior incluyen las relativas a la protección de los consumidores.

Parece también oportuno volver sobre la inclusión en el catálogo del proyecto de artículo 12 (de su apartado 4) del ámbito denominado «espacio de libertad, seguridad y justicia», que abarca tanto el actual título IV del TCE (visados, asilo e in-

84. De hecho, el Grupo V propuso considerar las redes transeuropeas, la I+D y la salud pública como ámbitos propios de medidas de fomento; «Informe final del Grupo V», cit. (pág. 9).

85. No encontramos ninguna referencia específica a la armonización de la fiscalidad indirecta en el proyecto, de modo que el art. 93 del TCE debe considerarse incluido en la referencia al «mercado interior».

migración) como el título VI del TUE (CPJP). Como ya hemos indicado, las transformaciones experimentadas en el tercer pilar permitirían entender que (a salvo la ausencia de atribución —al menos explícita— de personalidad jurídica a la UE) el título VI atribuye una verdadera competencia normativa a las instituciones de la Unión. Consecuentemente, la propuesta del Praesidium nos parece plenamente acertada en este punto, sin que consideramos un obstáculo a la calificación de la CPJP como un ámbito de competencias compartidas (en tanto que normativas concurrentes) el hecho de que las disposiciones del TUE contemplen otro tipo de acciones, tales como la adopción de «posiciones comunes» o la celebración de convenios entre los estados miembros. En los ámbitos de competencias normativas concurrentes no se excluye —ni ha de excluirse en el futuro Tratado constitucional— la posibilidad —permítame el lector la reiteración— de adoptar otras medidas de alcance menor, tales como medidas de fomento o de coordinación.

Otra cosa es que la tipología de los actos de la CPJP (en particular las decisiones marco y las decisiones) debiera en tal caso ser común con la que corresponda a los ámbitos de competencias (hasta ahora) de la CE.⁸⁶

Por último, conviene recalcar que el apartado 1 del proyecto de artículo 12 hace de las competencias compartidas, con razón, la regla general, al afirmar que «la Unión dispondrá de competencia compartida con los estados miembros cuando la Constitución le atribuya una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 11 y 15» (convirtiendo así la lista del apartado 4 en meramente ilustrativa). No entiendo, sin embargo —aunque se trata ciertamente de una cuestión menor—, por qué sólo se mencionan los artículos 11 (competencias exclusivas) y 15 (competencias de coordinación y apoyo), y no los artículos 13 (coordinación de políticas económicas) y 14 (PESC).

2.4.4. Competencias de coordinación y de apoyo

Bajo la rúbrica «Ámbitos de la acción de apoyo» (*sic*), el apartado 1 del proyecto de artículo 15 señala que «la Unión podrá llevar a cabo acciones de coordinación, de complemento o de apoyo», precisando (también el apartado 1) que «el alcance de esta competencia se fija en las disposiciones de la parte II» y (el apartado 4) que «los actos jurídicamente vinculantes adoptados por la Unión en virtud de las disposiciones específicas de estos ámbitos que figuran en la parte II no podrán conllevar la armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los estados miembros».

Por otra parte, el apartado 2 incluye entre los «ámbitos de la acción de apoyo» el empleo, la industria, la educación, la formación profesional y la juventud, la cultura, el deporte y la protección ante las catástrofes, en tanto que el apartado 3 señala que «los estados miembros coordinarán en el seno de la Unión sus políticas nacionales de empleo».

Amén de alguna ausencia en el catálogo⁸⁷ y de que el lenguaje es claramente mejorable (¿por qué no hablar de competencias de coordinación y apoyo?), el precepto no plantea serios problemas.

86. *Vid. infra* epígrafe III.2.9.

87. Me refiero en particular a la protección de los consumidores; *vid.* a este respecto el epígrafe anterior.

Resulta en esta ocasión sumamente apropiado que se señale (en el apartado 1) que el alcance de la competencia se determina en cada caso en la correspondiente base jurídica incluida en la parte II del Tratado constitucional. A esta precisión habría que añadir que también se indica en cada base jurídica el procedimiento a seguir y la forma (denominación y naturaleza vinculante o no) de las medidas que se acuerden; esta precisión también podría figurar en el título IV del Tratado constitucional.⁸⁸

No entiendo, sin embargo, la distinción que se hace entre los ámbitos que pueden ser objeto de medidas de apoyo (apartado 2) y los que son objeto de coordinación (apartado 3, que sólo menciona el empleo —también recogido en el apartado 2), pues en los ámbitos en que se atribuye una competencia de fomento o de apoyo también es posible —y deseable— la coordinación entre los estados miembros. Es más, la posibilidad de una coordinación de las políticas de los estados miembros debería preverse respecto de cualquier ámbito de competencia compartida de la UE o, incluso, en ámbitos en que la Unión carece de otras competencias. En esta línea se mueven quienes proponen la inclusión de un precepto en el Tratado constitucional que consagre el llamado «método abierto de coordinación», instituido por el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000.⁸⁹

Por otra parte, también puede resultar conveniente —ya lo sugerimos en epígrafes anteriores— que en este precepto se indique que las medidas de fomento (y, en su caso, de coordinación —si la coordinación no se afirma como una competencia general) no sólo caben en los ámbitos a que se refiere el apartado 2 del proyecto, sino igualmente en otros ámbitos de competencias compartidas a que se refiere el proyecto de artículo 12, en particular (o únicamente) cuando así se disponga en la base jurídica correspondiente; pensemos, de nuevo, en las políticas de redes trans-europeas o de salud pública, entre otras.

Para terminar, debemos señalar de nuevo que la consagración de un artículo separado (el artículo 13 en el proyecto) a la coordinación de las políticas económicas de los estados miembros, aun cuando pueda entenderse en términos políticos (dada su relevancia), resta claridad y coherencia al Tratado constitucional. ¿Acaso se trata de una categoría competencial distinta de las previstas en el proyecto de artículo 15? Tal vez una solución de compromiso pudiera consistir en dedicarle un apartado separado en este último precepto (recalcando en él su importancia).

Además, los apartados 2 y 3 del proyecto de artículo 13 resultan sumamente confusos. El primero (afirma que «los estados miembros desarrollarán sus políticas económicas teniendo en cuenta el interés común, con el fin de contribuir a la realización de los objetivos de la Unión») no tiene que ver con la competencia atribuida a la Unión y debiera figurar más bien en el título I de la parte primera del Tratado (al definir los objetivos de la UEM) o, en su defecto, en la correspondiente base jurídica de su parte segunda (solución esta última que me parece técnicamente menos afortunada).

88. Como luego se verá (*infra* epígrafe II.2.9), el proyecto de artículos correspondientes al título IV no contiene mención alguna sobre este particular.

89. *Vid.* el «informe final del Grupo V», cit. (pág. 7) y el «Proyecto de propuesta de añadido de un nuevo artículo sobre «El método abierto de coordinación»», presentado a la Convención por A. Costa y G. de Oliveira Martins, CONV 701/03, de 28.4.2003.

En cuanto al apartado 3 (según el cual «se aplicarán disposiciones específicas a los estados miembros que hayan adoptado el euro»), no sé si se refiere a las obligaciones *ex*TCE que en materia de política económica incumben a los estados miembros que participan en el euro, a que aluden con precisión sus artículos 102 y siguientes, o a las medidas que en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de política monetaria pueden adoptar las instituciones de la Unión. Si fuera lo segundo, la disposición debe suprimirse, pues dicha competencia se recoge (como exclusiva) en el proyecto de artículo. Si lo primero, también, pues las obligaciones en cuestión deberían enunciarse (al igual que las libertades básicas del mercado interior) en un título distinto de la primera parte (tal vez en el mismo título que proponíamos para enunciar las obligaciones de los estados miembros en relación con el mercado interior, que podría denominarse «De las obligaciones de los estados miembros en el ámbito del mercado interior y de la UEM»).

2.5. El artículo 308 del TCE

El proyecto de artículos presentado por el Praesidium que estamos comentando ha hecho caso omiso de las voces que reclamaban la supresión del artículo 308 del TCE, reconduciendo oportunamente su ubicación al título III de la primera parte del Tratado constitucional, en concreto al artículo 16, bajo la rúbrica «Cláusula de flexibilidad». Pero no acaban aquí los cambios. El proyecto de artículo 16 (i) busca delimitar con mayor precisión el ámbito y el alcance de las competencias atribuidas por esta base jurídica e (ii) introduce cambios en el procedimiento decisorio, reforzando el papel del Parlamento Europeo y reconociendo un papel a los parlamentos nacionales.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el apartado 1 del proyecto de artículo modifica la redacción del actual artículo 308 dándole la siguiente (énfasis añadido en las principales modificaciones): «si fuera necesaria una acción de la *Unión en el ámbito de las políticas definidas en la parte II para llevar a cabo uno de los objetivos fijados en la presente Constitución*, sin que ésta haya previsto los poderes de actuación necesarios al efecto, el Consejo, por unanimidad [...] tomará las disposiciones apropiadas». Obsérvese que el texto, por una parte, reconoce que este precepto permite atender cualquiera de los objetivos del Tratado (ya no se dice que sea necesario lograr «en el funcionamiento del mercado común» uno de los objetivos de la CE),⁹⁰ pero, por otra parte, circunscribe el ámbito de acción a las «políticas definidas en la parte II».

Interpretada en sentido estricto, esta segunda modificación podría llevar a entender que el nuevo precepto viene a consagrar el principio de los poderes implícitos, operando en los casos en que las bases jurídicas de la parte II no atribuyan (expresamente) poderes suficientes para lograr los objetivos perseguidos en el ámbito

90. Sin embargo, la referencia en el actual art. 308 del TCE al logro «en el funcionamiento del mercado común» de «uno de los objetivos de la Comunidad» permite entender que basta con que la acción se sitúe en el marco general del Tratado; *vid.* a este respecto, entre otros, C. Flaesch-Mougin, «Article 235», en *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article* (Constantinesco *et al.*, ed.), Paris, 1992, pág. 1459 y ss. (en pág. 1513 y ss.).

de las políticas a las que sirven. Si así fuera, se produciría un retroceso muy importante pues el principio de los poderes implícitos no podría servir como parámetro de interpretación de las bases jurídicas de la parte II, permitiendo fundar en ellas (siguiendo el procedimiento que prescriban —que normalmente no exigirá la unanimidad del Consejo) la acción de la Unión; por el contrario, sería necesario fundar la acción en el nuevo artículo 16 (respetando el procedimiento decisorio previsto en él).

No creo, sin embargo, que quepa interpretar de este modo la modificación comentada. Pero, ¿qué significa entonces que la acción debe recaer «en el ámbito de las políticas definidas en la parte II»? ¿Se excluye una acción de la Unión que tenga por objeto lograr uno de los objetivos previstos en el Tratado constitucional huérfano de una base jurídica específica? ¿Se excluye, pues, toda imprevisión o laguna en el (sistema competencial del) Tratado? Ilustremos la cuestión con un ejemplo. Si se mantuviera en el Tratado constitucional el turismo entre los objetivos de la Unión (como hace el actual artículo 3 del TCE) y no se incluyera una base jurídica específica en este ámbito, ¿se podría acaso seguir acudiendo al artículo 308 (artículo 16 del proyecto) para fundar en él medidas en materia de turismo?

Tal vez la solución pasa por cambiar la redacción del proyecto de artículo en los siguientes términos: «si fuera necesaria una acción de la Unión para el logro de uno de los objetivos fijados en el Tratado constitucional dentro del ámbito de acción que éste le reconoce» (ámbito de acción que puede venir determinado en el título I de la parte primera del Tratado constitucional).

Más pacífica resulta (a mi juicio es acertada) la nueva disposición contenida en el apartado 3 del proyecto de artículo 16, con arreglo al cual «las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo no podrán conllevar una armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los estados miembros en los casos en que la Constitución excluya dicha armonización».

En lo que hace a los cambios en el procedimiento decisorio, el proyecto sustituye la intervención meramente consultiva del Parlamento Europeo por la exigencia de dictamen conforme, manteniendo el poder de iniciativa de la Comisión. Cabría preguntarse por qué dictamen conforme y no procedimiento de codecisión. Sin embargo, a mi juicio la elección es aceptable, pues, por una parte, las medidas fundadas en el artículo 308 no revisten necesariamente el carácter de actos legislativos (a cuya adopción debe asociarse la codecisión) y, por otra, parece apropiado que el Parlamento deba autorizar (en eso consiste el dictamen conforme) el recurso por el Consejo y la Comisión a esta base jurídica excepcional (que puede prestarse a abusos).⁹¹

En cuanto a los parlamentos nacionales, el apartado 2 del proyecto de artículo señala que «la Comisión, dentro del marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el artículo 9, indicará a los parlamentos nacionales de los estados miembros las propuestas que se basan en el presente artículo». Dedicamos un epígrafe posterior de este trabajo a analizar este nuevo mecanismo de control del principio de subsidiariedad.

91. A. Mangas Martín se pronuncia, en cambio, a favor de la codecisión, estimando que el dictamen conforme es la mínima participación deseable para el Parlamento Europeo en este precepto; en «La Unión Europea y su futuro...», *loc. cit.*, pág. 92.

Para concluir este epígrafe, queremos hacer notar que el Praesidium no ha recogido dos propuestas que en relación con la modificación del artículo 308 habían sido formuladas en el seno del Grupo de Trabajo sobre «Competencias complementarias». ⁹² Me refiero, en primer lugar, a la propuesta de incluir una disposición que permita derogar por mayoría cualificada del Consejo los actos adoptados (por unanimidad) con fundamento en él, solución que, en cualquier caso, parecía preferible a la idea lanzada por Alain Lamassoure, en su excelente informe al Parlamento Europeo, de que dicha disposición sirviera para «recuperar» (en favor de los estados miembros) competencias atribuidas a la UE. Y, en segundo lugar, a la posibilidad de introducir un mecanismo de control previo por el TJCE de los actos adoptados con base en el nuevo artículo 308, a semejanza de lo que prevé el artículo 300.6 del TCE respecto de los acuerdos internacionales (mecanismo que haría impracticable —o sumamente ineficaz— el recurso a dicho precepto).

2.6. Competencia exterior de la Unión Europea

No vamos a entrar a analizar las propuestas elaboradas en el seno de la Convención para la reforma de las relaciones exteriores de la CE ni de la PESC, propuestas que abarcan cuestiones múltiples tales como la necesidad de un tratamiento conjunto de la acción exterior de la UE, de dotar a la UE de una voz única, de regular conjuntamente el procedimiento de celebración de los actuales acuerdos internacionales celebrados por la CE y en el ámbito de la PESC, etc. ⁹³ El estudio de todas cuestiones excede con mucho el objeto de este trabajo.

Nuestro único propósito es analizar cómo se propone la Convención definir la competencia exterior de la UE en los ámbitos que en la actualidad corresponden a la CE, en particular —pero no sólo— por lo que se refiere a su capacidad convencional.

El proyecto de artículos correspondientes al título III de la primera parte, presentado por el Praesidium, no aporta, de manera explícita, precisiones sobre cuál es el ámbito de la competencia exterior. Sin embargo, el apartado 2 del proyecto de artículo 11, en el que se definen las competencias exclusivas de la UE, advierte que «la Unión dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, sea necesaria para permitir a la Unión ejercer su competencia en el plano interno o afecte a un acto interno de la Unión». En otras palabras, consagra el «efecto AETR» y el «efecto Dictamen 1/1976», referidos en un epígrafe previo de este trabajo, ⁹⁴ añadiendo el supuesto en que la celebración del acuerdo esté prevista en un acto interno de la UE.

Ciertamente, esta disposición supone reconocer (implícitamente) que ostenta competencias exteriores más allá de los supuestos en que las bases jurídicas lo prevén expresamente (lo que ocurre, como sabemos, en pocos casos) y, en concreto, la vigencia del *principio del paralelismo entre competencias internas y externas* que, sobre la base de la teoría de los poderes implícitos, ha definido el TJCE.

92. Vid. «Informe final del Grupo V», cit. (pág. 16 y ss.).

93. Vid. «Informe final del Grupo VII...» y «Proyecto de artículos sobre la acción exterior...», antes cit.

94. Vid. *supra* epígrafe II.2.2.3.

De hecho, el artículo 32 del «Proyecto de artículos sobre la acción exterior del Tratado constitucional», recientemente hecho público por el Praesidium, recoge una disposición análoga a la que hemos reproducido pero en la que, sin embargo, no se dice que la UE ostenta competencias exclusivas en los casos referidos, sino que «la Unión podrá celebrar [en tales casos] acuerdos internacionales». ⁹⁵ Además, en el comentario que acompaña a esta disposición se identifica la *doctrina del paralelismo entre las competencias internas y externas de la CE*, formulada por el TJCE, ⁹⁶ con el «efecto AETR» y el «efecto Dictamen 1/1976». ⁹⁷

Tal vez sería preferible distinguir entre *el principio del paralelismo entre las competencias internas y externas* y el alcance de la competencia exterior de la UE. En concreto, el primer artículo del título III de la primera parte del Tratado constitucional podría aclarar —al referirse al principio de la competencia de atribución (proyecto de artículo 8)— que la UE ostenta competencia exterior tanto en los supuestos en que así se establezca expresamente en las bases jurídicas (recogidas en la parte II del Tratado constitucional) como en los casos en que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, dicho principio resulta de aplicación.

Por otra parte, el título III en cuestión no debería limitarse a reconocer capacidad convencional a la UE, como hace el proyecto de artículo 32 sobre acción exterior, antes mencionado, o —implícitamente— el apartado 2 del proyecto de artículo 11. Debería afirmar, con carácter general, su competencia exterior. En efecto, además de la celebración de tratados internacionales es posible la adopción de otros actos, tales como la posición a defender en el seno de organizaciones internacionales de las que sea parte la CE (la UE en el futuro).

Centrándonos ya en el alcance de la competencia exterior, el proyecto de artículo 11 peca tanto por defecto como por exceso.

Por defecto, porque parece obviar que la competencia exterior es por definición exclusiva en todos los ámbitos a los que su apartado 1 configura como tal. Así, por ejemplo, sólo la CE puede en la actualidad celebrar acuerdos comerciales (de mercancías) o de pesca, con independencia de que existan o no actos internos en la materia o de que se den los demás supuestos previstos en el apartado 2 del proyecto de artículo.

Por exceso, porque define de manera sumamente imprecisa (y laxa) el «efecto AETR», afirmando que la competencia para celebrar un acuerdo internacional es exclusiva cuando «afecte a un acto interno de la Unión». Recuérdese el debate doctrinal a que ha dado lugar el empleo de la palabra «afectar» por el TJCE en su Sentencia en el asunto *AETR*. Tal vez bastaría con acompañar una declaración colectiva indicando que debe interpretarse en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por referencia a su jurisprudencia posterior).

95. Se trata del apartado 3 del proyecto de art. 32 (relativo a la celebración de acuerdos internacionales), que reza del siguiente modo: «La Unión podrá celebrar acuerdos internacionales cuando ello sea necesario para la realización de alguno de los objetivos de la Unión, esté previsto en un acto legislativo de la Unión o afecte a un acto interno de la Unión»; «Proyecto de artículos sobre la acción exterior...», cit., pág. 64.

96. *Vid.* de nuevo *supra* epígrafe II.2.2.3.

97. «Proyecto de artículos sobre la acción exterior...», cit., pág. 65.

Dos reflexiones para concluir este epígrafe. Primera: la Convención da muestras de alguna descoordinación al formular dos proyectos de disposiciones de contenido análogo pero con distintos enfoques (artículos 11.2 del proyecto de título III y 32.3 del proyecto de artículos sobre acción exterior); huelga añadir que la ubicación adecuada es el título III de la parte I del Tratado constitucional. Segunda: tanto realismo en los planteamientos a veces resulta frustrante: ¿para cuándo la afirmación de que las relaciones exteriores —al menos en los ámbitos de la actual CE— son, en su conjunto, competencia exclusiva de la UE? ¿Cuándo acabaremos con los complejos equilibrios del «efecto AETR» y de otras construcciones —por qué no decirlo— cicateras (por mucho que nos diviertan a los juristas).

2.7. El principio de subsidiariedad

El proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, presentado por el Praesidium para su inclusión como anejo al Tratado constitucional, se aparta en buena medida del correspondiente Protocolo actualmente anejo al TCE.⁹⁸ Es más, propone un cambio de enfoque.

El Protocolo anejo al TCE realiza un gran esfuerzo —tan encomiable como, en parte, inútil— por precisar los criterios que han de presidir la actuación de las instituciones (en particular, de las que conforman el *triángulo institucional*) en la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. El proyecto de nuevo Protocolo, en cambio, resume el contenido del anterior afirmando que «cada institución deberá garantizar de manera permanente el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad definidos en el apartado 3 del artículo 8 de la Constitución» (apartado 1) y que «antes de proponer un acto legislativo,⁹⁹ la Comisión procederá a amplias consultas, salvo en casos especiales de urgencia o confidencialidad. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones consideradas» (apartado 2, que añade una referencia a la dimensión regional del principio de subsidiariedad).

En sus comentarios al proyecto, el Praesidium justifica este cambio en los siguientes términos: «el texto actual se ha reducido y simplificado con el fin de hacerlo compatible con la naturaleza de un protocolo anejo a una constitución».¹⁰⁰

Sin embargo, lo que realmente está proponiendo la Convención es superar los problemas que plantea la ausencia de un mecanismo verdaderamente eficaz para asegurar el respeto del principio de subsidiariedad —dado que su carácter *justiciable* no se traduce más que en un control por el TJCE de la motivación de los actos,¹⁰¹ introduciendo un mecanismo de control previo y de naturaleza política, en el que intervienen los parlamentos nacionales—. Sigue, pues, la senda marcada por otras muchas propuestas hechas públicas en el marco del «proceso post-Niza» que sugieren la articulación de un mecanismo de control *ad hoc* del respeto principio de subsidiariedad —o, más ampliamente, del reparto vertical de competencias—, me-

98. «Proyecto de protocolos...», cit.

99. Sobre la nueva tipología de los actos de la UE, *vid. infra* epígrafe 2.9.

100. «Proyecto de protocolos...», cit., pág. 9.

101. *Vid. supra* epígrafe II.2.2.1.

canismo que unos conciben como de carácter político y otros de carácter jurisdiccional.

El mecanismo previsto en el proyecto de Protocolo fue diseñado por el Grupo I de la Convención («Subsidiariedad») —presidido por Iñigo Méndez de Vigo— y es conocido como «*early warning system*».¹⁰² Se articula, en síntesis, del siguiente modo: (i) la Comisión remite todas sus propuestas de actos legislativos y propuestas modificadas a los parlamentos nacionales (la misma obligación incumbe al Parlamento Europeo y al Consejo en relación con sus «resoluciones legislativas» y sus posiciones comunes, respectivamente), con el fin de que cualquier Parlamento nacional pueda emitir, en el plazo de seis semanas, un dictamen motivado (dirigido a las tres instituciones mencionadas) exponiendo las razones por las que considera que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad; (ii) si al menos un tercio de los parlamentos nacionales emiten dictámenes motivados, la Comisión reexaminará su propuesta, pudiendo mantenerla, modificarla o retirarla; (iii) también pueden emitir dictámenes motivados entre la convocatoria y la celebración del Comité de Conciliación (del procedimiento de codecisión) con las razones por las que consideran que la posición común del Consejo o las enmiendas del Parlamento Europeo incumplen el principio, asumiendo estas instituciones la obligación de tomarlas «muy en cuenta».

El Grupo de Trabajo «Subsidiariedad» llegaba más lejos en su propuesta, previendo la posibilidad de que los parlamentos nacionales que hubieran emitido un dictamen motivado pudieran ulteriormente interponer un recurso ante el TJCE (de anulación, se entiende) por violación del principio de subsidiariedad.¹⁰³ Sin embargo, el proyecto de Protocolo del Praesidium reconduce la propuesta del Grupo señalando que «el Tribunal de Justicia será competente para conocer de recursos por violación del principio de subsidiariedad interpuestos por los estados miembros, *a instancia si procede de los parlamentos nacionales y de acuerdo con sus respectivos ordenamientos constitucionales*» (apartado 8, énfasis añadido). También reconoce —siguiendo en este punto las conclusiones del Grupo de Trabajo— legitimación activa al Comité de las Regiones para «interponer tales recursos respecto de los actos legislativos sobre los que se le haya consultado» (apartado 8 igualmente).

Por último, el proyecto de Protocolo prevé que toda propuesta legislativa de la Comisión se acompañe de una ficha detallada, explicando los pormenores que permitan evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad» (apartado 4).

La inclusión de este «*early warning system*» en el Tratado constitucional resulta atractiva pues, por una parte, aseguraría una mayor «sensibilidad» de las instituciones hacia el principio de subsidiariedad y, por otra, ofrecería una vía de participación de los parlamentos nacionales en el proceso decisorio de la UE, dando así respuesta a quienes la reclaman.¹⁰⁴ Sin embargo, plantea algunos (serios) problemas.

102. «Conclusiones del Grupo de Trabajo I sobre el Principio de subsidiariedad», CONV 286/02, de 23.9.2002.

103. *Ibid.*, pág. 6.

104. La Declaración núm. 23 adoptada en Niza (antes citada) señala que la CIG'04 debe abordar «la función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea». Sobre esta cuestión, *vid.*, además, el proyecto de Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE contenido en el documento «Proyecto de protocolos...», cit.

En primer lugar, incrementa la complejidad del procedimiento decisorio de la UE y, tal vez, su duración (más aún en una Europa ampliada a 25 o más estados). En segundo lugar, mucho me temo que los parlamentos nacionales no se limitarán a enjuiciar las propuestas con arreglo al principio de subsidiariedad, sino que, tomando como pretexto el examen del respeto de este principio, entrarían en el fondo de aquéllas.¹⁰⁵ Si así fuera, ¿no se produciría acaso una interferencia excesiva de los parlamentos nacionales en el procedimiento decisorio, desplazando la posición del Parlamento Europeo?

Hay que reconocer, sin embargo, que se lograría una mayor implicación de los parlamentos nacionales en el proceso de construcción europea. Además, debemos valorar positivamente que el mecanismo se limite a la aprobación de actos de carácter legislativo (básicamente, reglamentos y directivas, en la actual tipología de actos de la CE) y que no abarque los acuerdos internacionales (así lo entendemos), cuya celebración requiere procedimientos más ágiles, u otro tipo de actos como, por ejemplo, las medidas de fomento. También consideramos acertado que el Praesidium haya descartado el reconocimiento de legitimación activa a los parlamentos nacionales ante el TJCE, posibilidad que no haría sino complicar extraordinariamente el sistema.

Por lo demás, el llamado «*early warning system*» me parece preferible a los demás mecanismos propuestos en el marco del «proceso post-Niza», a los que antes aludíamos. En primer lugar, me parece preferible a la creación de un órgano *ad hoc* como, por ejemplo, un *defensor de la subsidiariedad*, un comité parlamentario integrado por representantes de los parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo o una segunda cámara parlamentaria compuesta por representantes de los parlamentos nacionales.¹⁰⁶ La participación de un nuevo órgano —máxime de carácter parlamentario— haría mucho más complejo todavía el procedimiento legislativo de la UE (y, a mi juicio, no está justificado en términos de legitimidad democrática).

Tampoco me parece apropiada la idea de crear un nuevo tribunal *ad hoc* (un tribunal constitucional) encargado de conocer de los conflictos verticales de competencias, incluidos los relativos al respeto del principio de subsidiariedad, y que estaría compuesto por representantes de los tribunales constitucionales o, en su caso, de los tribunales supremos de los estados miembros y por algún juez del TJCE.¹⁰⁷

105. Esta cuestión se ha suscitado durante los debates del proyecto de Protocolo celebrados en el seno del *Select Committee* de la Cámara de los Lores para la Unión Europea, según se indica en un Informe de dicho comité remitido a la Convención (CONV 625/03, de 17.3.2002, pág. 29).

106. En relación con estas propuestas, me remito al trabajo de J. Martín y Pérez de Nanclares, «La delimitación de competencias...», *loc. cit.*, pág. 370 y ss.

Sobre la posibilidad de crear una nueva cámara parlamentaria para el control del principio de subsidiariedad, integrada por representantes de los parlamentos nacionales, *vid.* la dura crítica de A. Duff y otros miembros de la Convención en su contribución titulada «Cuestiones relativas a las competencias y a la subsidiariedad, y la confusión que se deriva de las mismas», CONV 178/02, de 9.7.2002.

107. *Vid.*, por ejemplo, el «Informe sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros» presentado al Parlamento Europeo por A. Lamassoure, PE 304.276, de 24.4.2002, pág. 26.

Vid. de nuevo el trabajo de J. Martín y Pérez de Nanclares, *cit.* en nota anterior, cuyas críticas a esta propuesta comparto plenamente (pág. 378 y ss.).

Además de complicar innecesariamente la arquitectura judicial de la UE, no entiendo por qué este nuevo tribunal habría de ser preferible al TJCE. Además, se correría el riesgo de fracturas en la jurisprudencia comunitaria, pues el TJCE y el TPI seguirían siendo competentes para ejercer el control de la legalidad de los actos comunitarios o para pronunciarse sobre el sistema competencial en el marco de otras vías de recurso, tales como, por ejemplo, el recurso por incumplimiento o la cuestión prejudicial (entiendo que las solicitudes de dictámenes sobre la compatibilidad de los acuerdos proyectados con el Tratado —a que hace referencia el artículo 300.6 del TCE— se residenciarían en el nuevo Tribunal).

Quienes propugnan la creación de este nuevo Tribunal no hacen sino evidenciar su desconfianza hacia el TJCE, pues si el problema fuera que en el Tribunal de Justicia confluyen en la actualidad funciones constitucionales con otras propias de la jurisdicción ordinaria, la solución pasaría por profundizar en la reforma de la arquitectura judicial iniciada en Niza,¹⁰⁸ limitando el número y, sobre todo, los tipos de asuntos que está llamado a conocer.¹⁰⁹

Por último, me parece que no es tampoco una buena solución articular un recurso previo para resolver los conflictos verticales de competencias.

En su informe al Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la UE y los estados miembros, Alain Lamassoure ha sugerido que sea el nuevo Tribunal Constitucional quien conozca de estos recursos, que se limiten a los supuestos de violación de los principios de subsidiariedad o de proporcionalidad y que la legitimación activa recaiga en la Comisión y en una «minoría cualificada» del Consejo y del Parlamento Europeo.¹¹⁰

Huelga decir que a esta propuesta cabe oponer las mismas objeciones que a la creación de un nuevo Tribunal (Constitucional); cierto es, sin embargo, que el recurso previo podría reconducirse al TJCE. Pero es que, además, ampliar la posibilidad de un recurso previo (ya previsto en el artículo 300.6 del TCE para los acuerdos internacionales) a los actos legislativos (entiendo que se limitaría a este tipo de actos) puede acarrear serios inconvenientes. Tal y como lo demuestra la experiencia vivida en España con el recurso previo de inconstitucionalidad de las leyes tras la aprobación de la Constitución (que hubo de ser suprimido), las instituciones y los estados miembros (a través del Consejo) podrían utilizar este mecanismo como arma política, recurriendo a él para paralizar el procedimiento legislativo cada vez que la propuesta o los debates en curso no fueran de su agrado. Este riesgo —que con la ampliación sería aún mayor— es percibido por Alain Lamassoure quien, al concretar su propuesta, sugiere que el recurso se interponga en el mes siguiente al de la aprobación del acto (ya no se trata entonces de un recurso previo —la única diferencia con el actual recurso de anulación estaría en que el

108. Sobre la reforma del Tratado de Niza, *vid.*, por todos, los trabajos de E. García de Enterría («El sistema de la justicia comunitaria tras el Tratado de Niza») y de D. Ruiz-Jarabo («La articulación de los tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los estados miembros») en *La encrucijada constitucional...*, *op. cit.*, pág. 483 y ss. y 509 y ss., respectivamente.

109. *Vid.* en esta línea las reflexiones de J. Weiler en su trabajo «La arquitectura judicial después de Niza», en *La encrucijada constitucional...*, *op. cit.*, pág. 469 y ss.

110. «Informe sobre la delimitación...», *cit.*, pág. 26.

plazo se reduce en un mes) y que deba resolverse en un plazo igualmente de un mes (ésta sí es una novedad).

Por lo demás, y con carácter general, entiendo que si el control de la aplicación del principio de subsidiariedad requiere de nuevos mecanismos de control, debe pensarse mejor en un mecanismo de carácter político, pues el principio, como hemos visto, no se presta a un control jurisdiccional de fondo.¹¹¹

2.8. La revisión de las bases jurídicas

Para completar la revisión del sistema competencial, el Tratado constitucional debe afrontar una revisión a fondo de las bases jurídicas (que pretende agrupar en la parte II). La finalidad no es sólo adaptarlas a la categorización de las competencias (en cuanto a su alcance) prevista en el título III de la parte primera o a la nueva tipología de actos de la UE. Es además necesario (al menos): (i) depurarlas de *normas-criterio* y disposiciones detalladas; y (ii) revisar la redacción dada a ciertas bases jurídicas para reducir el amplio margen de interpretación que permiten, pero sin renunciar al enfoque funcionalista que preside muchas de ellas.¹¹²

Por lo que se refiere al primer aspecto, las normas-criterio deberían llevarse, a modo de cláusulas horizontales, a dicha parte I del Tratado.¹¹³ Es el caso, por señalar un ejemplo, de las disposiciones de los apartados 1 a 3 del artículo 174, en los que se formulan los objetivos de la política comunitaria en el ámbito de medio ambiente. Por otra parte, deberían evitarse reiteraciones o disposiciones excesivamente detalladas. Estas disposiciones detalladas (muchas veces de carácter coyuntural) podrían reconducirse ya sea a los actos normativos de las instituciones o, en los casos en que dicha solución suscitara recelos en los estados miembros, a «leyes orgánicas» de desarrollo del Tratado¹¹⁴ o, alternativamente, a protocolos adicionales al Tratado (sometidos a un procedimiento más flexible de revisión).

La propuesta que formulamos guarda estrecha relación con la labor de simplificación de los tratados que debiera acometer la próxima Conferencia Intergubernamental con vistas a acercar el proceso de integración a los ciudadanos y dotar a la

111. *Vid.* en esta misma línea el documento de la Comisión «La délimitation des compétences...», cit. (pág. 9).

112. *Vid.* el esfuerzo (insuficiente) que en esta línea realiza el «Anteproyecto de Constitución de la Unión Europea» conocido como «Penélope» (cit.).

Vid. asimismo el anteproyecto de parte II del Tratado constitucional que, en el marco de los trabajos de la Convención, ha preparado un grupo de expertos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión («Parte II de la Constitución. Informe del Grupo de Expertos designados por los Servicios Jurídicos de Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión», CONV 618/3, de 17.3.2003); más allá de la muy estimable labor de simplificación y reordenación de las disposiciones correspondientes del TCE y del TUE, el resultado es bastante decepcionante.

113. *Vid.* en este sentido el Informe de A. Lamassoure al Parlamento Europeo («Informe sobre la delimitación...», cit.), en el que se apunta que «los objetivos fundamentales de la Unión deberían recogerse en un preámbulo constitucional o en un artículo preliminar del Tratado o de la Constitución, como los actuales artículos 2 del TUE y del TCE, y no en los capítulos que tratan del reparto de las competencias» (pág. 19).

114. En relación con esta figura, *vid. infra* nota 123.

Unión, si no de una Constitución, sí al menos de una carta de carácter constitucional en cuanto a sus contenidos (un *tratado constitucional*).¹¹⁵

Por lo que se refiere al segundo aspecto, ¿por qué no revisar la dicción del artículo 95 del TCE, retomando la fórmula de la sentencia del TJCE en el asunto de la Directiva sobre la publicidad del tabaco, dejando así claro que no otorga un poder de armonización general?¹¹⁶

Se trata, sin embargo, de un ejercicio que entraña algunos peligros, como ha puesto de relieve el Tratado de Niza en relación con el artículo 133 del TCE. Las enmiendas acordadas en Niza respecto de este artículo respondían, al igual que las que introdujo el Tratado de Amsterdam, a un loable intento por clarificar el ámbito material de las competencias que corresponden a la CE en materia de política comercial y acabar con las tensiones que, como puso de relieve el Dictamen 1/1994, existen al respecto entre la Comisión Europea y los estados miembros. Pero entiendo que el resultado dista de ser un ejemplo a seguir.¹¹⁷ A la falta de claridad anterior se añade ahora una mayor complejidad en el reparto de competencias entre los estados miembros y CE para la celebración de acuerdos internacionales en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual; a cambio se ha ganado algo (no creo que demasiado) en precisión.

2.9. Revisión de la tipología de actos y de los procedimientos decisorios: un apunte

La reforma del sistema competencial resultaría incompleta si, al tiempo, no se procediera a una revisión de la tipología de los actos de la UE y de los procedimientos decisorios. Los objetivos son múltiples: simplificar la tipología de los actos correspondientes a los tres pilares (procurando su unificación), introducir una distinción entre actos normativos legislativos y reglamentarios (de ejecución o no), delimitar mejor el poder legislativo y el poder de ejecución (normativo o no), anudar el procedimiento legislativo (de codecisión) a la aprobación de los actos de carácter legislativo (para dar coherencia al sistema y situar al Parlamento Europeo en el lugar que le corresponde), etc.¹¹⁸

115. De hecho, las modificaciones antes sugeridas entroncan en alguna medida con las conocidas propuestas de reorganización de los tratados elaboradas, a propuesta de la Comisión Europea, por el Centro Robert Schuman del Instituto Universitario Europeo de Florencia (grupo de trabajo coordinado por C. D. Ehlermann e Y. Mény) (*vid. Un traité fondamental pour l'Union européenne. Etude sur la réorganisation des Traités*, Informe de 15.5.2000, en <www.iue.it/RSC/Treaties.html>).

116. *Vid.* al respecto «Taking (the limits) of competences seriously», *Editorial Comments*, CMLR, 2000, núm. 6, pág. 1301-1305.

117. *Vid.* en este sentido las duras (pero, a mi juicio, justificadas) críticas vertidas por P. Pescatore al nuevo art. 133 en su editorial «Nice-Aftermath» publicado en CMLR, 2001, núm. 2, pág. 265-271 (en pág. 266-267).

118. La necesidad de una reforma en la tipología de los actos comunitarios ya había sido planteada en anteriores conferencias intergubernamentales, en particular en la CIG que culminó en Maastricht. *Vid.* en particular, las siguientes contribuciones presentadas en el marco de dicha CIG: «Conferencias intergubernamentales: contribuciones de la Comisión» (*Boletín CE*, 2/91, pág. 119 y ss.), Resolución del Parlamento Europeo sobre la naturaleza de los actos comunitarios, de 18.4.1991, adoptada sobre la base del informe Boulanges (DOCE C 129, de 20.5.1991) y Nota de la delegación italiana sobre la tipología de los actos comunitarios, de 20.9.1990 (SN 3936/90).

No es nuestro propósito analizar el proyecto de artículos que, sobre la base de los trabajos del Grupo IX («Simplificación»),¹¹⁹ ha presentado a este respecto el Praesidium (proyecto de artículos 24 a 33 —título V de la parte primera del Tratado constitucional).¹²⁰ Simplemente queremos dejar constancia de que, si bien no está exento de problemas y es susceptible de críticas, responde en líneas generales a los objetivos antes señalados.

Por lo que se refiere a los actos normativos, recordemos que el proyecto distingue entre: (i) la ley europea (corresponde a los actuales reglamentos —y a algunas decisiones—¹²¹ aprobados por el Consejo o el Consejo y el Parlamento Europeo); (ii) la ley de bases europea (equivale a la directiva);¹²² (iii) el reglamento europeo (actual reglamento de ejecución de la Comisión); y (iv) el «reglamento delegado» (las leyes europeas o las leyes de bases europeas podrían establecer una delegación en la Comisión para promulgar reglamentos delegados «que completen o modifiquen ciertos elementos no fundamentales de la ley o de la ley de bases» —artículo 27 del proyecto).¹²³

En cuanto a los procedimientos decisorios, tan sólo señalaremos que las leyes y leyes de bases se asocian al procedimiento de codecisión, si bien se admiten excepciones (tanto por lo que se refiere a la regla de la mayoría cualificada como a la propia intervención del Parlamento Europeo en régimen de codecisión): realismo *oblige*.

Una palabra en relación con la adaptación de las bases jurídicas a la nueva tipología de actos de la que se dote a la Unión. Sería conveniente que cada base jurídica identificara claramente el tipo de acto (o actos) para el que sirve de fundamento, especialmente en el caso de competencias normativas, precisando así la intensidad posible de la acción de la UE en cada ámbito competencial.

Esperamos tener la oportunidad de llevar a cabo un análisis de estas propuestas en otro trabajo.¹²⁴

119. «Informe final del Grupo IX 'Simplificación', CONV 424/02, de 29.11.2002.

120. «Proyecto de artículos 24 a 33 del Tratado constitucional», CONV 571/03, de 26.2.2003.

121. En particular, las decisiones *sui generis* y, en principio, las decisiones (ordinarias) de la CPJP.

122. También, en principio, a las decisiones marco de la CPJP.

123. El «Anteproyecto de Constitución de la Unión Europea» conocido como «Penélope» (cit.): (i) añade la figura de las «leyes orgánicas» (consagradas a regular la organización de las instituciones y el funcionamiento de la UE en los supuestos previstos en el Tratado; su aprobación se somete a reglas de mayoría reforzada); (ii) suprime la distinción entre leyes y leyes de bases (previendo que las leyes puedan ser desarrolladas por reglamentos de la Comisión, si así se dispone en ellas; en caso contrario, las medidas de ejecución normativas corresponderían a los estados miembros); (iii) si bien no prevé la figura de los «reglamentos delegados», admite que una ley pueda prever su posible modificación o derogación a través de un reglamento de la Comisión (art. 76 y ss. del Anteproyecto).

El recurso a *leyes orgánicas* (y *constitucionales*) figuraba en el proyecto de Constitución de la UE de 1994 de la Comisión institucional del Parlamento Europeo (informe Herman; doc. A 3-0064/94).

Sobre el papel que podrían jugar las *leyes orgánicas* en la UE, *vid.* la interesante contribución de R. Bierber y B. Kahil al informe de la Secretaría General del Consejo *Reforming the Sources and Categories of EC Legal Acts*, dirigido por G. Winter (1995), titulada «Organic Law in the European Union» (pág. 1 y ss.).

124. Las propuestas contenidas en el «Informe final del Grupo IX...» y en el «Anteproyecto de Constitución de la Unión Europea» conocido como «Penélope» han sido analizadas en profundidad por A. López Castillo, «¿Cerrar o cuadrar el círculo?: a propósito de la revisión del 'sistema de fuentes del derecho' de la UE», REDE, núm. 5, 2003, pág. 47-89 (en pág. 76 y ss.).

