

CAPÍTULO SEGUNDO

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

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

Una de las deficiencias más notables de los Tratados vigentes con anterioridad al Tratado de Lisboa radicaba en su sistema competencial⁶⁶. Así, los referidos Tratados no establecían de modo explícito los principios y técnicas por los que se regía la distribución de competencias entre las Comunidades y la Unión y los Estados miembros, ni la naturaleza de las competencias de las Comunidades y de la Unión, ni las reglas para su ejercicio, a salvo de lo previsto en artículos como el 5 y el 10 del TCE. Estas deficiencias no significaban que en los citados Tratados estuviera ausente toda referencia a principios y técnicas competenciales sino que, las mismas, eran insuficientes y sólo ocasionalmente claras. De manera que la construcción de un sistema competencial, a partir de los Tratados Comunitarios y de la Unión, ha sido fruto, fundamentalmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero, la invectiva del Tribunal de Justicia tiene límites infranqueables en los Tratados que han dificultado dotar al conjunto competencial de la coherencia deseable.

Las referidas deficiencias son, sin duda, la causa directa de que el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa *non nato* y después el Tratado de Lisboa hayan afrontado de modo decidido el reto de dotar a la Unión, de modo expreso, de un sistema de competencias⁶⁷. El núcleo central de dicho sis-

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

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

tema se integra por el Título I de la Parte primera del TFUE (arts. 2 a 6) (que se corresponde al Título III «De las competencias de la Unión», arts. I-11 a I-18, de la Parte primera⁶⁸ de la Constitución Europea *non nata*)⁶⁹. No obstante, debo anticipar que, pese a los mejores deseos del legislador, la regulación del sistema de competencias que figura en el texto del TFUE no excluye las dificultades de comprensión ni los conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno de los Estados. Así, siendo cierto que algunos extremos del vigente sistema competencial se han aclarado, otros aspectos del mismo han quedado como estaban, y en algunos casos se ha arrojado más sombra que luz sobre los problemas que planteaban los Tratados de las Comunidades y de la Unión Europea.

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

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

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

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

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

dica en la Declaración 23 del Tratado de Niza se advierte el incremento de la complejidad. La iniciativa legislativa se ha atribuido a más operadores (instituciones y órganos) que los que la tienen en el TCE, el TCEA y el TUE, y los procedimientos legislativos y normativos lejos de reducirse se han incrementado⁷⁰. Pero, con todo, como veremos, la vertiente interna, en lo que al ejercicio de competencias se refiere, no afecta sino ocasionalmente a la primera de las vertientes antes referida, la externa, que es determinante para entender el funcionamiento de las políticas de la Unión y finalmente del principio de primacía. De manera que aunque hagamos algunas referencias a la vertiente interna del sistema de competencias, en este trabajo nos centraremos en la vertiente externa del sistema de competencias.

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

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

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

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

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

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

de atribución, las competencias de la Unión vendrían determinadas por los objetivos que se atribuyen a las mismas, de manera que los Tratados vigentes hasta el Tratado de Lisboa no contendrían un elenco de competencias tasado sino que las competencias derivarían y se organizarían alrededor de los objetivos establecidos⁷³. El funcionalismo se constituiría así como un principio central que habría servido para explicar el sistema competencial en el Derecho vigente de la Unión previo al Tratado de Lisboa, que vendría determinado por varios factores: la propia configuración competencial; la deficiente atribución de competencias; así como por determinados preceptos de los Tratados y en especial por el artículo 352 del TFUE (que se corresponde al artículo 308 del TCE). Pero, con independencia de que el artículo 5 del TCE (precedente del artículo 5 del TUE) incorporara tardíamente a los Tratados el principio de atribución⁷⁴, el funcionalismo presenta problemas de origen, ya que el sistema competencial de la Unión no es producto de la autodeterminación de sus Instituciones; a la Unión no se ha transferido por los Estados miembros la potestad innovativa que sustentaría la concepción funcionalista.

El funcionalismo explicaría las distintas fases de la construcción europea «por desbordamiento». De manera que el desbordamiento de cada paso constructivo del derecho vigente daría lugar a otro nuevo paso constructivo (reforma de los Tratados), y así sucesivamente en la medida en que el ordenamiento jurídico se considerara insuficiente⁷⁵. Pero, justamente, en la explicación funcionalista de la construcción europea se encuentra su mayor deficiencia, ya que la exigencia de modificar los Tratados para legitimar la actuación de la Unión al margen de los mismos pone de evidencia que los avances constructivos exigen la reforma de los Tratados, aun cuando sea posible constatar que las Instituciones suelen desbordar con frecuencia el Derecho de la Unión mediante el manejo oportunista del derecho vigente, anticipando por la vía de hecho las reformas que posteriormente se consagran en los Tratados o mediante tratados al margen del Derecho de la Unión; lo que, sin embargo, se explica por el componente intergubernamental de la Unión Europea.

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

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

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

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

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

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

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

La mayoría de los autores han pasado por alto la exigencia de determinación del preciso contenido de la atribución a que se hace referencia en el artículo 93 de la Constitución Española⁷⁶. Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha referido al tema que nos ocupa en la Declaración de 1 de junio de 1992⁷⁷, a propósito de la consulta del Gobierno previa a la ratificación del Tratado de la Unión Europea. En dicha declaración se examina el artículo 93 con objeto de establecer si el Tratado de la Unión Europea, tramitado de acuerdo con el artículo 93, es suficiente para entender modificada la Constitución, sin necesidad de proceder a la reforma previa y expresa de la Constitución. Sin duda, desde la perspectiva funcionalista no resultaba precisa la reforma de la Constitución, tesis que rebate con rotundidad el Tribunal Constitucional siguiendo dos líneas argumentales. Por una parte, entiende que el artículo 93 permite la cesión de competencias a organizaciones internacionales que suponen determinadas limitaciones o constricciones de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles. Pero, por otra parte, para que operen dichas limitaciones es indispensable que «exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se ceden o transfieren competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el artículo 13.2 no podría atribuirseles» (FJ 4º). Además, establece la citada Declaración que el artículo 93 no se presta a «ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la *reforma implícita o tácita* constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales» (FJ 4º), concluyendo la Declaración que el artículo 93 permite la atribución de competencias derivadas de la Constitución pero «no disponer de la Constitución misma, contrariando, o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una *competencia* cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto

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

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

es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto». Conclusión esta que se ve reforzada por lo dispuesto expresamente por el artículo 95.1 del texto constitucional que prevé la previa revisión constitucional para la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución⁷⁸.

2.2. La determinación competencial como segunda objeción al funcionalismo

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

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

A mi juicio, la doctrina a seguir en este punto es la marcada por el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, a propósito de si era compatible o no con el Tratado de la Comunidad Europea la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En dicho Dictamen se concluirá que no se ha atribuido a la Comunidad Europea la competencia exigida para concluir un acuerdo de adhesión de esa naturaleza y que el artículo 308 del TCE (ahora artículo 352 del TFUE) no es una excepción al principio de atribución de artículo 5 del TCE (ahora artículo 5 del TUE), sino que, por el contrario, debe interpretarse aquél (art. 308 del TCE, ahora 352 del TFUE) de acuerdo con éste (art. 5 del TCE, ahora art. 5 del TUE), de manera que el artículo 308 no es susceptible de crear competencias no atribuidas⁷⁹. En conse-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1. Caracteres generales

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

Las semejanzas entre el artículo 352 del TFUE y el artículo 308 del TCE⁸⁰ son evidentes. No obstante, se observan algunas diferencias notables. En primer lugar, el ámbito de aplicación del artículo 308 del TCE es el mercado común, mientras que el artículo 352 del TFUE se refiere a la totalidad de políticas y acciones de la Unión. En segundo lugar, el artículo 352 exige que las medidas que se adopten conforme al mismo sean aprobadas previamente por el Parlamento Europeo, mientras que el artículo 308 del TCE prevé, tan sólo, la consulta al mismo. Pero, ambos preceptos coinciden, aparentemente, en la posibilidad de que para alcanzar objetivos de la Unión, «sin que se hayan previsto poderes de actuación (acción) necesarios al efecto (respecto)» se puedan adoptar medidas no previstas expresamente. ¿Acaso no se está diciendo que la Unión puede crear competencias específicas para realizar objetivos de la Unión? En definitiva: ¿No se está haciendo en el TFUE, como antes en la Constitución Europea *non nata*, un hueco al principio funcionalista, después de haberlo negado rotundamente al formular el principio de atribución?

Lo cierto es que la cláusula del artículo 352 del TFUE es más exigente, más restrictiva en su utilización, que el artículo 308 del TCE. Nada obsta, por tanto, para que utilicemos en relación con el artículo 352 del TFUE el principio de continuidad jurídica, que permite considerar como fuente de interpretación de este precepto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al ser los artículos 352 del TFUE y 308 del TCE «disposiciones comparables» (dicha cláusula se preveía expresamente por el artículo IV-438.4⁸¹ de la Constitución Europea *non nata* y de un implícito en

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

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

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

La cuestión que late en la interpretación del artículo 352 es la de si del mismo puede o no derivarse que la Unión Europea tenga la potestad innovativa, tema este decisivo en la configuración del sistema competencial, al que nos hemos referido antes. Si concluyéramos que el artículo 352 excepciona el principio de atribución llegaríamos a consecuencias diferentes a las de considerar al artículo 352 como subordinado al principio de atribución. Optar por una u otra solución nos sitúa ante dos diferentes concepciones del Derecho de la Unión. La primera posición conduce a la concepción funcionalista, que ha postulado durante décadas que el ámbito competencial de la Unión era en extremo flexible, en la medida en que venía determinado tan solo por los objetivos o misiones de la Unión; por cierto formulados en la mayoría de los casos con amplitud y ambigüedad. Así, los objetivos o misiones eran el único límite de las competencias materiales de la Unión que permitían, mediante la cláusula de flexibilidad del artículo 308 el TCE, regular todo lo que se considerara por las Instituciones de la Unión que respondía a dichos difusos límites. Esta tesis, si bien se fundamenta técnicamente en el artículo 308 del TCE, hunde sus raíces de modo decisivo en concepciones internacionalistas que sitúan al Derecho internacional (y en general al Derecho de las organizaciones internacionales) en una posición superior al Derecho de los Estados. Más atrás nos referimos a la pretensión de situar al Derecho internacional en la cúspide del ordenamiento jurídico español durante la tramitación del proyecto constitucional de 1978, pretensión que se rechazó de modo expreso⁸².

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

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

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

⁸² Ver el Cap. I.3.

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

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

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

4.2. La intervención de los Parlamentos nacionales

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

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

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

4.3. La interdicción de la armonización sobrevenida

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

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

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

El artículo 296, párrafo primero del TFUE establece una cláusula que dice así: «Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad». Dicha cláusula forma parte de la sección dedicada a los procedimientos de adopción de los actos⁸³.

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

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

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

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

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

Llegados a este punto podemos responder en qué forma afecta el apartado 1 del artículo 296 del TFUE al sistema de atribución de competencias. En primer término, la elección del instrumento jurídico adecuado, en caso de aplicación del referido precepto, debe ser acorde al ámbito en que radique la competencia. Pero, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante el haz de competencias de un determinado ámbito competencial no es siempre homogéneo, de manera que la cláusula del artículo 296 del TFUE podría, eventualmente, servir para una nueva reformulación del tipo de competencia. De manera que aunque partamos de la idea⁸⁴ de que el tipo de norma (reglamentos, directivas y decisiones) no se asocia en los Tratados vigentes, salvo excepciones, al tipo de competencia, a diferencia de lo que sucedía, por lo general, en el Tratado de la Comunidad Europea, no es lo mismo la elección de uno que otro instrumento jurídico. Así: el reglamento excluye la colaboración de los Estados salvo expresa inclusión; o la directiva requiere necesariamente la colaboración de los Estados; es decir, cada tipo de norma se corresponde a un determinado régimen jurídico integrado por instituciones y procedimientos predeterminados. Pero, lo que resulta más relevante, a los efectos que ahora nos ocupan, es que, como veremos más adelante, el principio de subsidiariedad sólo opera en relación con los actos legislativos, de manera que la no elección, siendo posible, de un acto legislativo, en aplicación de la cláusula del artículo 296 del TFUE, puede traer como consecuencia la exclusión del principio de subsidiariedad. Lo que supone que la referida cláusula puede incidir en el sistema competencial del que el principio de subsidiariedad es una pieza capital.

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

6. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD⁸⁵ Y PROPORCIONALIDAD⁸⁶. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL DE LA SUBSIDIARIEDAD A LOS PARLAMENTOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

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

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

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

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

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

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

riedad y proporcionalidad, en la atribución de importantes competencias de control de la aplicación de dicho principio a los Parlamentos nacionales, lo que se deduce tanto del Protocolo 1, sobre el cometido de los Parlamentos nacionales de la Unión Europea⁸⁷, como del el Protocolo 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ambos protocolos anejos al TFUE.

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

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

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

Es decir, del Protocolo 2 anexo al TFUE se deduce, con claridad, que el procedimiento allí contemplado sólo es aplicable a los reglamentos, directivas y decisiones que sean actos legislativos, dejando al margen otros instrumentos normativos de considerable relieve como los reglamentos, directivas y decisiones derivados directamente del TFUE, los reglamentos delegados y de ejecución, que tienen naturaleza normativa, así como todos los demás tipos normativos e instrumentos ejecutivos⁸⁸, y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.5. La intervención de los Parlamentos nacionales⁸⁹

Los Protocolos 1⁹⁰ y 2⁹¹ anejos a los Tratados están íntimamente relacionados hasta el punto de no ser comprensibles aisladamente. Por ello prestaremos atención

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

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

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

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

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

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

Así, los artículos 1 y 2 del Título I del citado Protocolo 1, han mejorado notablemente el sistema de comunicación con los Parlamentos nacionales que regía antes del Tratado de Lisboa⁹². En efecto, de acuerdo con el Protocolo introducido por el Tratado de Amsterdam la obligación de comunicación de las Instituciones europeas a los Parlamentos nacionales debía hacerse «puntualmente» o «con la suficiente antelación», lo que ha dado lugar a importantes desfases al actuar los Gobiernos nacionales como intermediarios de la comunicación de las propuestas legislativas de la Comisión a los respectivos Parlamentos nacionales, en perjuicio de la información eficiente a estos últimos que veían dificultadas sus limitadas facultades de control.

6.5.2. La información de la Comisión a los Parlamentos nacionales

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

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

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

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

6.5.3. La información del Consejo a los Parlamentos nacionales

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

6.5.4. La información del Consejo Europeo a los Parlamentos nacionales

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

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

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

6.5.6. El dictamen motivado sobre proyectos legislativos

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

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

6.5.7. La cooperación interparlamentaria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.7. Conclusiones

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

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

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

7. EL PRINCIPIO DE COHERENCIA

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

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

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

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

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

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

8.1. Los objetivos generales de los Tratados

Los objetivos generales de la Unión se contienen en el artículo 3⁹³ del TUE que, siguiendo la línea trazada por sus precedentes, los artículos 2 del TUE (antes de la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.4. Conclusión

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

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

9. TIPOLOGÍA COMPETENCIAL

9.1. Introducción

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

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

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

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

9.2. Competencias exclusivas

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, la inactividad de la Unión en el marco de una competencia exclusiva no puede ser suplida por la actividad de los Estados miembros, que lo único que podrán hacer ante la pasividad de la Unión es interponer el correspondiente recurso por omisión⁹⁵ ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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

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

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

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

9.3. Competencias compartidas. Su carácter residual

9.3.1. Concepto

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

⁹⁵ De acuerdo con el artículo 265 del TFUE (artículo 232 del TCE).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) Ámbitos ordinarios de competencia compartida

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

B) Ámbitos extraordinarios de competencia compartida

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

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

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

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

C) Ámbitos residuales de competencias compartidas

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

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

El apartado 3 del artículo 2 del TFUE prescribe con claridad que los Estados miembros deben coordinar sus políticas económicas y de empleo, atribuyendo a la Unión la competencia de «definición»; debe entenderse de coordinación de las referidas políticas⁹⁶. Bien es cierto que las lagunas de este precepto se subsanarían mediante la remisión a las políticas que en el mismo se contienen.

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

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

⁹⁶ Este precepto no tiene correspondiente en el TCE.

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

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

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

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

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

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

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

9.7. Los procedimientos e instrumentos jurídicos

El Tratado de Lisboa ha dotado a la Unión de un sistema de fuentes singular⁹⁷, caracterizado porque no vincula los tipos de actos legislativos a los tipos de com-

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

petencias. Así, en el marco de las diferentes clases de competencias se permite a la Unión utilizar, en numerosas ocasiones, el reglamento, la directiva o la decisión, de manera que la utilización de uno de estos instrumentos legislativos no indica el tipo de competencia. Puede utilizarse la directiva en el contexto de una competencia exclusiva⁹⁸, y el reglamento para el ejercicio de una competencia de apoyo⁹⁹. Esta circunstancia lejos de arrojar luz al sistema competencial por el contrario lo enturbia.

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

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

Consecuencia de la falta de relación entre los instrumentos jurídicos de la Unión y los tipos de competencia es que tanto el reglamento como la directiva pueden tener prohibida la armonización de disposiciones legales o administrativas de los Estados miembros¹⁰⁰. No se trata de una contradicción ni de ninguna paradoja, pese a que la directiva sea el instrumento idóneo para armonizar y que no lo sea, en principio, el reglamento europeo que parece más apropiado para unificar el Derecho en la Unión.

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

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

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

¹⁰⁰ Entre otros ejemplos, el del apartado 3 del artículo 173 del TFUE.

en cada ámbito competencial el tipo de instrumento jurídico que debía utilizarse. Sin embargo el Tratado de Lisboa ha dado un paso atrás, con la finalidad de erradicar las leyes europeas y las leyes marco europeas, que visualizaban una unidad política mayor que la existente hasta la fecha. Y, a tal efecto, ha introducido las categorías de actos legislativos y procedimientos legislativos (ordinario y especiales) con escaso acierto, complicando y oscureciendo, en vez de simplificando, el panorama de las fuentes del Derecho de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en el marco de la política monetaria de los Estados que han adoptado el euro, el artículo 133 del TFUE prevé la posibilidad de que el reglamento, la directiva y la decisión sean instrumentos idóneos para establecer las medidas necesarias para la utilización del euro como moneda única, al establecerse que dichas medidas deben adoptarse mediante el procedimiento legislativo ordinario por el Parlamento Europeo y el Consejo. Y, resulta evidente que si la Unión utilizara la directiva para dicha regulación estaría convirtiendo la mencionada competencia en compartida en su sentido más estricto (no en el que le atribuye el artículo 2.2 del TFUE), en la medida en que la directiva exige la colaboración normativa de los Estados miembros, siendo el bloque normativo regulador de dicha competencia el que se integra por la directiva y por la normativa de transposición adoptada por los Estados miembros¹⁰¹.

En el caso de las competencias exclusivas, como es sabido, no operan los principios y procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad, aunque, en definitiva, las instituciones competentes (Parlamento y Consejo, Consejo y Comisión) deberán realizar un juicio de oportunidad semejante al que tiene lugar en el procedimiento que deriva de la aplicación del principio de subsidiariedad, debiendo regirse la elección de uno u otro instrumento en función del cumplimiento de los objetivos que rigen la competencia exclusiva¹⁰². Ahora bien, en el caso de que cambien las circunstancias las instituciones competentes podrán decidir el cambio del instrumento normativo, de forma que la elección de uno u otro instrumento no excluye una decisión posterior de diferente signo. De manera que la Unión, lo que es relevante, seguirá disponiendo de su facultad de elección indefinidamente.

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

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

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

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

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