

## CAPÍTULO CUARTO

### UNA RECAPITULACIÓN CONSTRUCTIVA. EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE

#### 1. INTRODUCCIÓN. LÍNEAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS. LOS OBJETIVOS, SALVO EXCEPCIONES, OPERAN COMO LÍMITES POSITIVOS Y NEGATIVOS PARA EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN

La conclusión más inmediata que se alcanza del estudio de los Tratados vigentes con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el tema que nos ocupa, es que su sistema de competencias tiene mayor extensión, complejidad, y riqueza de principios, objetivos y técnicas, que los que se deducían del TUE y del TCE antes del Tratado de Lisboa.

En efecto, el TFUE dedica al sistema competencial el grueso de sus preceptos, en particular las partes primera y tercera y otros tantos capítulos y preceptos dispersos a los que nos hemos referido a lo largo de este trabajo: más de doscientos artículos, así como un buen número de Protocolos y Declaraciones anejos a los Tratados. Este volumen considerable de artículos, protocolos y declaraciones es una de las causas de que se haya criticado las dimensiones del conjunto integrado por el TUE, el TFUE y el TCEEA, por su comparación con la mayoría de los textos fundamentales vigentes en los Estados miembros.

Sin embargo, debiera valorarse si resulta o no necesario un conjunto normativo tan extenso y complejo. Y la conclusión que se obtiene con facilidad es que está plenamente justificado que el Derecho originario vigente en la Unión (con la excepción del TCEEA, que debiera haberse integrado en el TFUE) se justifica por la conveniencia de consagrar al máximo nivel normativo el conjunto de técnicas y principios que rigen el sistema competencial de la Unión, esto es, los principios, las competencias que se atribuyen, así como las instituciones e instrumentos que se ponen a disposición de la Unión para llevarlas a cabo: sólo de este modo es posible determinar rigurosamente las competencias de que son titulares la Unión y los Estados miembros. Probablemente, la Unión Europea se ha adelantado en el tiempo a los sistemas constitucionales vigentes de naturaleza federal, en los que, por lo general, se observan carencias muy considerables, derivadas de haber adoptado la modalidad

de atribución de competencias mediante listas, así como a causa de no haber dotado a dichos sistemas de las técnicas y principios necesarios de tipo relacional.

El TUE en su artículo 5 y el TFUE, en sus artículos 2 a 6, crean la ficción de certidumbre<sup>272</sup> en la regulación del sistema competencial de la Unión, certidumbre que se completaría con el principio de primacía consagrado por la jurisprudencia del TJUE<sup>273</sup>. En efecto, la certidumbre se urde mediante diferentes principios y técnicas entre las que destaca el principio de atribución, formulado en sentido positivo y negativo. De modo que la Unión sólo sería titular de las competencias atribuidas por los Estados en los Tratados y las competencias no atribuidas a la Unión corresponderían a los Estados miembros. Dicho principio relacional se completaría, en lo relativo al ejercicio de las competencias por la Unión, con: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; mediante la cláusula de flexibilidad; y a través de la clasificación y definición de las competencias de la Unión. El cierre del sistema lo constituiría el principio de primacía, que resolvería los últimos problemas de relación del Derecho de la Unión con el Derecho de los Estados miembros.

Ahora bien, la aparente claridad del sistema de competencias, que se deduciría de los artículos antes citados del TUE y TFUE, que tendría como pretensión su aplicación a todas las políticas y acciones de la Unión, como hemos visto, no es aplicable a la totalidad de las políticas y las acciones de la Unión y contiene contradicciones y lagunas muy considerables, difíciles de resolver. Y, lo que resulta más grave, los principios que se deducirían del sistema de competencias de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE, salvo excepciones, son contradictorios, modulados o corregidos por los preceptos de los Tratados dedicados a las políticas de la Unión, en especial, por los de la Parte tercera del TFUE cuyo contenido regulador prevalece sobre los artículos antes citados del TUE y del TFUE, como hemos tenido oportunidad de comprobar.

La tipología que figura en los artículos 2 a 6 del TFUE no refleja adecuadamente la complejidad del sistema de competencias que se deduce de los Tratados. Y no lo hace en dos sentidos. Por una parte, porque la configuración de los ámbitos materiales, a excepción de algunos de los ámbitos de competencia, es insuficiente o incorrecta según los casos. Y, por otra parte, porque los tipos o categorías relacionales (ámbitos de competencias exclusivas, compartidas, etc.), particularmente el tipo competencia compartida, no reflejan adecuadamente ni los tipos de relaciones ni la posición resultante para los Estados miembros y la Unión.

No obstante, con los materiales que suministran los Tratados, y tras el análisis de las políticas y acciones que hemos realizado en el capítulo III de este trabajo, podría ensayarse una reconstrucción de los tipos competenciales, tema este en que centraremos la atención.

---

<sup>272</sup> En el sentido de J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR ESCURRA, «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre en nuestro derecho», en *Estudios en Homenaje al Profesor González Pérez*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 101.

<sup>273</sup> Hay que recordar que el artículo I-6 de la Constitución Europea *non nata* consagraba expresamente el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

## 2. LOS TRATADOS COMO NORMAS JURÍDICAS QUE IMPONEN OBLIGACIONES, PROHIBICIONES Y OBJETIVOS Y DISTRIBUYEN COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

Los Tratados no tienen por objeto, únicamente, atribuir competencias a la Unión, como podría deducirse del Título I de la Parte I del TFUE. En efecto, los Tratados, por una parte, *prescriben obligaciones*<sup>274</sup> o *prohibiciones*<sup>275</sup> directamente a los Estados miembros. Se trata de obligaciones cuyo cumplimiento no precisa el ejercicio de competencia previa alguna por la Unión, aunque los Tratados pueden atribuir, con posterioridad, competencias de control o fiscalización a las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Por otra parte, los Tratados *imponen a los Estados miembros el cumplimiento de objetivos*<sup>276</sup> que deben regir el ejercicio de sus políticas nacionales en determinados ámbitos. Y, lo que resulta más relevante, a los efectos que nos ocupan, los Tratados *atribuyen competencias a los Estados miembros*, competencias que se convierten en límites absolutos para el ejercicio de competencias por la Unión<sup>277</sup>, o *distribuyen competencias entre la Unión y los Estados miembros*<sup>278</sup>.

De manera que debe tenerse en cuenta, al enfrentar el tema que nos ocupa, que los Tratados vigentes tras el Tratado de Lisboa, como antes los Tratados Comunitarios y de la Unión, además de ser normas de atribución de competencias a la Unión, son normas que atribuyen competencias a los Estados miembros, que distribuyen competencias entre la Unión y los Estados miembros y que imponen a éstos obligaciones, prohibiciones y objetivos.

---

<sup>274</sup> Véase por ejemplo el artículo 55 del TFUE que expresa: «Los Estados miembros otorgarán a los nacionales de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 54, sin perjuicio de la aplicación de las restantes disposiciones de los Tratados». Este artículo se corresponde al artículo 294 del TCE.

<sup>275</sup> Por ejemplo las que figuran en el marco de la unión aduanera (arts. 30 a 32 del TFUE), o en el marco de las normas sobre la competencia (art. 101 del TFUE) o en el marco de la política monetaria (arts. 127.4 y 131 del TFUE).

<sup>276</sup> Véase por ejemplo el artículo 151 del TFUE en materia de política social, que dice: «La Unión y los Estados miembros... tendrán como objetivo...», que se corresponde al artículo 136 del TCE, o en el marco de industria, art. 173 del TFUE que se corresponde al artículo 157 del TCE.

<sup>277</sup> Son varias las modalidades de atribución a los Estados miembros, por ejemplo, en el marco de la política monetaria (arts. 127.3 y 128.2 del TFUE), en el marco de la política de la energía (art. 194.2 párrafo segundo del TFUE), en el marco de la política de cooperación al desarrollo (art. 210 del TFUE), en el marco de la política de salud pública (art. 168.7 del TFUE), en el marco de la política de educación, juventud y deporte (arts. 165.1 y 166.1 del TFUE), en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 77.4 del TFUE), o de la política de inmigración (art. 79.5 del TFUE).

<sup>278</sup> Por ejemplo en el ámbito de la política de redes transeuropeas (art. 170 del TFUE).

### 3. LOS OBJETIVOS Y SUS DIFERENTES FUNCIONES

Los Tratados han establecido objetivos a diferentes niveles: *Objetivos generales* de la Unión, previstos en el artículo 3 el TUE, aplicables a todas las políticas y acciones de la Unión; *objetivos genéricos* aplicables a varios ámbitos o grupos de políticas o competencias<sup>279</sup>; *objetivos específicos* de diferente rango aplicables a las diferentes políticas o competencias de la Unión<sup>280</sup>; y *objetivos transversales*<sup>281</sup> que operan en ámbitos competenciales más o menos amplios, según los casos. En ejercicio de una competencia la Unión siempre debe observar los objetivos generales, y pudieran concurrir, además, objetivos genéricos y objetivos específicos, según los casos, que será necesario conciliar llevando a cabo una interpretación coherente de los mismos.

Pueden diferenciarse varios tipos de funciones de los objetivos. Por una parte, y con carácter general, *los objetivos son límites positivos y negativos para el ejercicio de las competencias atribuidas*. Esto es, las competencias atribuidas no pueden ejercerse sin sujeción a límites, lo que es enteramente aplicable a las competencias exclusivas. Pero, la descrita que sería la función genérica de los objetivos, se corresponde con la estricta aplicación del principio de atribución, que convive con otras funciones, como hemos comprobado más atrás.

Así, la generalizada aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a todas las competencias no exclusivas de la Unión hace que los *objetivos cobren la función de determinar la procedencia o no de actuar las competencias atribuidas, así como la intensidad de su actuación*. Esto es, la verificación de que una competencia ha sido atribuida no es suficiente para su ejercicio, es necesario acreditar su necesidad (excluyendo las competencias exclusivas cuyo ejercicio está sujeto a límites pero exento de acreditar su necesidad). Y, concluido que procede ejercer una determinada competencia tampoco es indiferente la intensidad de la intervención de la Unión que debe someterse a un juicio de oportunidad o, si se prefiere, de proporcionalidad, en que los objetivos cobran una especial relevancia.

*Los objetivos se confunden con la competencia misma* en algunos casos<sup>282</sup>. Se trata de supuestos excepcionales en que los Tratados no han diferenciado, como sucede en la inmensa mayoría de supuestos, los objetivos de las competencias. Pero en este caso no debiera hablarse de filtración del principio funcionalista sino más

<sup>279</sup> Por ejemplo en el ámbito de las políticas que integran acción exterior de la Unión son objetivos genéricos los que refiere el apartado 2 del artículo 21 del TUE.

<sup>280</sup> Por ejemplo los objetivos de la protección de los consumidores establecidos en el apartado 1 del artículo 169 del TFUE.

<sup>281</sup> Ver, entre otros los distintos niveles de transversalidad, los artículos 9 a 13 del TFUE.

<sup>282</sup> Por ejemplo, este sería el caso de los objetivos y competencia en materia de política industrial (art. 173 del TFUE), o en la política de la energía (art. 194 del TFUE), o en la cooperación judicial en materia penal (art. 82.1 del TFUE), o en la política de educación, juventud y deportes (arts. 165.1 y 166.1 del TFUE), o en el marco de la protección civil (art. 196 del TFUE).

bien de confusión entre ambos (objetivos y competencias), de manera que de los objetivos de una determinada competencia hay que extraer los contenidos materiales de la misma.

*Los objetivos en ciertos casos parecen configurar un ámbito específico*<sup>283</sup>. De manera que, en algunos ámbitos las competencias vendrían determinadas por los objetivos. Esto es, en algunos casos excepcionales, la competencia queda indeterminada y su determinación es consecuencia de la finalidad que pretenda alcanzarse. Se trata de casos excepcionales que instauran una suerte de competencia funcional que debería haberse erradicado, en coherencia con el principio de atribución que en estos casos, sin embargo, queda excepcionado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que existen *objetivos transversales*<sup>284</sup>. Es decir, objetivos de determinadas políticas que, sin embargo, deben realizarse también por otras políticas y acciones desde el arsenal de los instrumentos jurídicos que ponen a su disposición los Tratados, lo que podría interpretarse, de nuevo, como la incursión del funcionalismo en el Derecho de la Unión. Dentro de los objetivos transversales deben diferenciarse los que son de aplicación a la totalidad de las políticas<sup>285</sup> y acciones de aquellos que sólo son aplicables a algunas políticas de la Unión o de los Estados miembros<sup>286</sup>.

#### 4. SUPRANACIONALIDAD E INTERGUBERNAMENTALIDAD COMO CRITERIOS RELACIONALES RESIDUALES

El sistema que se deduce de los artículos 2 a 6 del TFUE, resulta evidente, después de lo que llevamos dicho, que no explica de modo suficiente el sistema de competencias de la Unión. De manera que se trata de que sinteticemos de modo ordenado los criterios que explican de modo más adecuado las competencias de la Unión desde una perspectiva relacional con los Estados miembros.

Los criterios más generales de carácter relacional, en lo que concierne a las competencias de la Unión y de los Estados miembros, son los de supranacionalidad e intergubernamentalidad, criterios teóricos que se situarían en los extremos de la escala gradual que pudiera comprender el conjunto de competencias de la Unión.

---

<sup>283</sup> Este sería el caso de los objetivos en el marco del medio ambiente, de acuerdo con los artículos 191 y 192 del TFUE.

<sup>284</sup> Este sería el caso de los objetivos de la política de protección de los consumidores (art. 12 del TFUE), de la política de medio ambiente (art. 11 del TFUE), de las políticas social y de empleo (arts. 9 y 151 del TFUE), de la política industrial (art. 173.3 del TFUE), o de la política cultural (art. 167 del TFUE).

<sup>285</sup> Estos son los casos, por ejemplo, de los objetivos de protección del medio ambiente, art. 11 del TFUE, de los consumidores, art. 12 del TFUE, del nivel de empleo elevado y la protección social, art. 151 del TFUE.

<sup>286</sup> Este sería, por ejemplo, el bienestar de los animales (art. 13 del TFUE), o la política de cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria (art. 208 del TFUE).

Así, serían competencias supranacionales de la Unión las competencias de carácter exclusivo, ejercidas por las instituciones con los instrumentos y procedimientos ordinarios. En efecto, las competencias que se denominan competencias exclusivas tendrían claros rasgos supranacionales, aunque sería difícil identificar a una de ellas como prototipo de competencia supranacional. Obsérvese que, por ejemplo, en el marco de la política monetaria de los Estados miembros que han adoptado el euro, ámbito que suele ponerse como ejemplo de ámbito de competencias exclusivas, los Estados miembros conservan algunas competencias y que el funcionamiento institucional de la Unión se ha alterado sustancialmente al crearse órganos, instrumentos y procedimientos extraordinarios. Aun así, no cabe duda de que, entre otras competencias, la competencia del Banco Central Europeo en lo relativo a la emisión de billetes en euros es un ejemplo de competencia supranacional.

Las competencias de carácter intergubernamental o cooperativo, en el otro extremo de la escala gradual, serían aquellas en que: las instituciones preponderantes serían el Consejo Europeo y el Consejo, quedando relegados a un segundo plano la Comisión y del Parlamento Europeo; los instrumentos jurídicos por excelencia serían los actos jurídicos no vinculantes para los Estados miembros; la adopción de acuerdos se haría por unanimidad de los representantes de los Estados en el Consejo Europeo o en el Consejo; y los actos jurídicos adoptados no serían residenciables ante el TJUE. Ejemplos prístinos de competencias de esta naturaleza las encontraríamos en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, en que el funcionamiento de la Unión sería, con todos los matices que introduce el Tratado de Lisboa en el TUE, similar al de las organizaciones internacionales convencionales. Así, el carácter intergubernamental de una política no nos indica el carácter obligatorio o facultativo del ejercicio de las competencias por la Unión, aunque lo condicione en todo caso.

Pero, al margen de algunos ejemplos, escasos, que podrían caracterizarse sin fisuras como políticas o competencias supranacionales o intergubernamentales, la inmensa mayoría de las políticas y competencias de la Unión tendrían rasgos supranacionales e intergubernamentales o, más precisamente, tendrían rasgos singulares irreducibles a tipos competenciales puros como los señalados.

La utilización de los criterios de la supranacionalidad o la intergubernamentalidad, para determinar la atribución competencial a la Unión, es demasiado general y de difícil aplicación, por lo que debiera reducirse su función a la de meros criterios orientadores del sesgo de la política o competencia en cuestión, razón esta por la que deben utilizarse estos criterios con carácter residual.

## 5. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS *VERSUS* COMPETENCIAS NO EXCLUSIVAS

Desde el punto de vista relacional, que se sustenta o deriva del principio de atribución de competencias, las competencias de la Unión pueden ser de dos tipos: *Com-*

*petencias exclusivas y competencias no exclusivas.* Las competencias exclusivas de la Unión se caracterizan porque excluyen a los Estados miembros de un determinado ámbito competencial. Mientras que las competencias no exclusivas de la Unión conviven, o pueden convivir, en un mismo ámbito competencial con competencias de los Estados miembros.

### 5.1. La heterogeneidad de los ámbitos de competencias exclusivas

Las *competencias exclusivas* tienen una serie de rasgos comunes (exclusión de los Estados miembros, exclusión del principio de subsidiariedad, etc.), pero cada una de ellas supone un régimen singular: desde la política monetaria de los países que han adoptado el euro, *que constituye una cooperación reforzada singular* que integra un considerable número de competencias, hasta la de conservación de los recursos biológicos marinos, dentro de la política pesquera común, que constituye una mera *competencia exclusiva*.

Ya el TCE, en su artículo 5, hacía referencia implícita a competencias exclusivas y competencias no exclusivas con ocasión de establecer el ámbito de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y el artículo 2.1 del TFUE ha sido el que por primera vez ha explicado qué debe entenderse por competencia exclusiva, explicación que tiene tan solo un objetivo relacional. Es decir, la competencia exclusiva de la Unión supone la exclusión de los Estados miembros del ejercicio de una competencia así calificada, salvo que la Unión decida de modo unilateral la colaboración de los Estados miembros en el ejercicio de dicho tipo de competencia.

La circunstancia de que el concepto de competencia exclusiva, que luce en el artículo 2.1 del TFUE, sea meramente relacional no carece de lógica, pues del análisis de los ámbitos de competencias exclusivas a que se refiere el artículo 3 del TFUE se deduce que los contenidos materiales de las llamadas competencias exclusivas son irreducibles a un tipo que no sea el meramente relacional, dado el carácter heterogéneo de las mismas. En efecto, en la lista que contiene el artículo 3 del TFUE se pueden identificar competencias de diferente naturaleza, como antes anticipaba. Así, en el mismo se hace referencia a una cooperación reforzada singular como es *la política monetaria de los Estados que han adoptado el euro*, que, sin embargo deja prácticamente indemnes las competencias exteriores de los Estados miembros en la materia que el TFUE no ha transferido a la Unión. Por lo que se refiere a *la unión aduanera*, su denominación resulta un tanto pretenciosa, teniendo en cuenta que la Unión no ha asumido competencias en lo que concierne a las administraciones aduaneras de los Estados miembros. Es decir, la Unión no tiene competencias directas; lo que no deja de ser un tanto sorprendente. En el ámbito de *las normas sobre la competencia* resulta difícil aplicar el concepto de competencia exclusiva, como hemos señalado, ya que este ámbito incluye sólo el comercio e intercambios comerciales entre los Estados miembros, de manera que el comercio o intercambios que no afec-

tan al comercio intercomunitario no formaría parte del ámbito de competencia exclusiva de la Unión: Así, el TFUE reconoce implícitamente sobre esta materia competencias de la Unión y de los Estados miembros, lo que es difícilmente conciliable con el concepto de competencia exclusiva sobre una materia. La *política comercial común* es, entre los ámbitos de competencia exclusiva, la que mejor se compadece con el concepto de competencia exclusiva, pese a que se trate de una competencia tangente con la unión aduanera, que introduce algunas sombras en su regulación. Asimismo, la *conservación de los recursos biológicos marinos* es una competencia, en el marco de la política pesquera común, que trae causa en una sentencia del TJUE que, aunque no deje de resultar sorprendente, no ha recibido la regulación singular que merece, lo que, sin duda, ha sido un olvido de los legisladores. Finalmente, la competencia para la *celebración de acuerdos internacionales*, cuya formulación trae causa, parcialmente, en la jurisprudencia del TJUE, como hemos podido comprobar anteriormente, ha recibido una regulación insuficiente y deficiente que será fuente de conflictos entre la Unión y los Estados miembros.

De modo que la determinación de la posición en que quedan los Estados miembros, en relación con los escasos ámbitos de competencias exclusivas, no puede hacerse tan sólo en virtud de lo establecido en el artículo 2.1 del TFUE, sino que exige el análisis de cada uno de los respectivos ámbitos de competencia exclusiva que son de carácter heterogéneo, hasta el punto de que la exclusividad debe considerarse como un criterio relacional de carácter general que debe ser completado, en cada caso, con los criterios relacionales singulares que se deducen de cada uno de dichos ámbitos de competencias exclusivas. Así, por ejemplo, el ejercicio de una competencia exclusiva, en principio, no precisa justificación, lo que, sin embargo, tiene su excepción en las normas sobre la competencia, que hemos calificado finalmente como competencia propia de la Unión (arts. 101 y sigs. del TFUE).

Por lo demás, llama la atención la distinta intensidad reguladora de las diferentes competencias exclusivas. Así, en unos casos las indicaciones sobre su régimen jurídico son prácticamente inexistentes: como es el caso de la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común (un mero enunciado, sin más indicaciones, en el artículo 3 del TFUE y sin regulación posterior, lo que lleva aparejadas dificultades considerables para establecer su régimen jurídico); y la competencia para suscribir tratados es del todo insuficiente. En los demás casos nos encontramos con intensidades regulatorias muy diferentes: escasas en el caso de la unión aduanera; algo mayores en los casos de la política comercial común y normas sobre la competencia; y extraordinariamente detalladas en el caso de la política monetaria. Todo ello es resultado del carácter de aluvión que tiene el Derecho de la Unión.

Debe también reseñarse que los Tratados vigentes, en algunos supuestos, configuran *competencias singulares exclusivas* en ámbitos diferentes a los que refiere el artículo 3 del TFUE, así, por ejemplo en el marco de la política de transportes, en que se establecen prohibiciones y se habilita con carácter exclusivo al Consejo para que garantice el cumplimiento de las mismas (art. 95 del TFUE).



De modo que, como hemos tenido oportunidad de comprobar, la diferencia entre las competencias caracterizadas como exclusivas y las no exclusivas, con la excepción que hemos señalado, resulta tan sólo de especial relevancia en lo relativo a la aplicación o no del principio de subsidiariedad.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del TFUE, los ámbitos en que la Unión haya ejercido su competencia quedan a la misma reservada mientras no decida dejar de ejercerla. De manera que puede suceder que la Unión agote el contenido material de una competencia no exclusiva, formal y materialmente, de modo que la misma se convierta por esta vía en *competencia exclusiva sobrevenida* o competencia exclusiva de hecho<sup>287</sup>. Si bien, es cierto, que la operatividad del principio de subsidiariedad puede con posterioridad reducir los contenidos materiales de este tipo de competencia exclusiva sobrevenida, y que, además, se podría proceder incluso, con posterioridad, a la devolución de la competencia en cuestión a los Estados miembros. Estas posibilidades son impracticables en el caso de que se tratara de competencias exclusivas originarias, salvo que la Unión a través de la facultad prevista en el artículo 2.1 *in fine* del TFUE venga a mutar la voluntad inicial de los Tratados.

## 5.2. Las competencias no exclusivas

Los mayores problemas de determinación de la competencia atribuida por el TFUE se plantean en el marco de las *competencias no exclusivas*. Dichas competencias, a las que le son de aplicación los principios y procedimientos de subsidiariedad y proporcionalidad, se clasifican en los Tratados con criterios que no son homogéneos. Así, junto a la categoría competencia compartida, que pretendidamente sería relacional, las demás categorías atenderían a la naturaleza jurídica de la competencia desde una perspectiva material, que no relacional (coordinación, apoyo, etc) o, simplemente, no serían objeto de categorización, como el caso de la política exterior y de seguridad común.

A mi juicio, el error de los Tratados es pretender clasificar de un modo rígido (artículos 2 a 6 del TFUE) un conjunto heterogéneo de competencias, que trae causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, antes de la reforma del Tratado de Lisboa, por la circunstancia de que estos últimos lejos de responder a un modelo teórico, integrado por categorías puras, son el fruto del largo proceso de construcción europea: el Derecho de la Unión es un derecho de aluvión. De manera que resultaba prácticamente imposible que las competencias de la Unión que resultan del TUE y del TFUE, sin previa reformulación, concordaran con el articulado de los Tratados. Esta deficiencia, como hemos visto, esto es, el desajuste entre el pretendido modelo de categorías o tipos de competencias y su práctica a lo largo de los

<sup>287</sup> En esta línea el Dictamen del TJCE 9/91, de 19-3-1993.

textos de los Tratados, se produce tanto en el ámbito de las competencias exclusivas como en el marco de las competencias no exclusivas, aunque los principales problemas se den en relación con estas últimas.

## 6. COMPETENCIAS DE EJERCICIO OBLIGATORIO POR LA UNIÓN (COMPETENCIAS OBLIGATORIAS) Y COMPETENCIAS DE EJERCICIO FACULTATIVO (COMPETENCIAS FACULTATIVAS)

A mi juicio, en relación con las competencias no exclusivas es posible utilizar criterios más acertados que los contenidos en el artículo 2 del TFUE que, no obstante, pueden ser útiles con carácter residual. Las competencias no exclusivas pueden ser, en primer término, *obligatorias o facultativas*. Esto es, la Unión, de acuerdo con los Tratados, en algunos casos, tendría que ejercer necesariamente su competencia, derivada la obligación del tiempo imperativo utilizado por el texto del TFUE al atribuir la competencia, o del contexto normativo en que tiene lugar la atribución, o de ambos a la vez (*competencia de ejercicio obligatorio*). O, por el contrario, en otros casos, la competencia se atribuye por el TFUE a la Unión como una facultad que puede o no ejercerse, lo que se deduce del tiempo no imperativo o del contexto normativo en que tiene lugar la atribución, o de ambos a la vez. Este tipo de categorización que postulamos se caracteriza, por otra parte, porque permite construir una escala gradual en que se aprecian las diferentes intensidades entre los extremos obligatorio y facultativo.

En un considerable número de preceptos se dice que la Unión (el Parlamento Europeo y el Consejo, el Consejo o la Comisión) «establecerá las medidas», «adoptará las medidas», «llevará a cabo las negociaciones», «facilitará el acceso», y otras tantas expresiones imperativas que en el contexto del precepto indican que la Unión debe ejercer la competencia (*competencia de ejercicio obligatorio*) que allí se prescribe<sup>288</sup>. Una competencia de esta naturaleza puede configurarse, a su vez, como una competencia *condicionada*<sup>289</sup>, o concebirse como *flexible*<sup>290</sup>, o ser *complementaria*<sup>291</sup> de las políticas de los Estados miembros. Bien es cierto que en algunas ocasiones el TJCE

<sup>288</sup> Así ejemplos de competencias de ejercicio obligatorio se deducen de los siguientes preceptos: 26; 33; 38.1; 43. 2 y 3; 46; 48; 50; 52.2; 53.1; 59.1; 64.2; 74; 75; 81. 1 y 2; 82.1; 85.1;89; 91; 95.3; 113; 114.1; 118; 133; 136.1; 138.1;140.2; 146; 147; 152; 157.3; 160; 164; 165.4; 166 3 y 4; 167.5; 168.2 y 4; 169.3; 177; 182.1, 4 y 5; 188; 189.1; 191; 192; 194.2; 195;196; 203; 207.2; 209.1; 212. 1 y 2; 214.3; 215.1; 220.1; 222.3, todos ellos del TFUE.

<sup>289</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 113 o del artículo 81.2, ambos del TFUE.

<sup>290</sup> Por ejemplo en el marco de la cooperación judicial (art. 81.3 del TFUE), o en el de la política de transportes (art. 91.1.d del TFUE).

<sup>291</sup> Por ejemplo en el marco de la política de investigación (art. 180 del TFUE), de la política de cooperación al desarrollo (art. 209 del TFUE), de la política de salud pública (art. 168 del TFUE), en la política cultural (art. 167 del TFUE), en la política de cooperación judicial (art. 88 del TFUE), o de la política de cooperación económica, financiera y técnica con terceros Estados (art. 212 del TFUE).

ha atribuido carácter potestativo a dichas expresiones, pero resulta más que dudoso que el citado Tribunal haya pretendido que la decisión sobre el caso concreto pueda aplicarse con carácter general y, sobre todo, no parece que dicha jurisprudencia pueda trasladarse sin más al TFUE, habida cuenta de que debe entenderse reforzado el principio de atribución. A la conclusión anterior se llegaría por la circunstancia de que en otras muchas ocasiones el TFUE, como antes el TCE, utiliza el «podrá», lo que tiene lugar en un contexto en que tampoco cabe duda de que se otorga a la Unión una facultad que puede ser o no ser actuada (*competencia facultativa*<sup>292</sup>) que, a su vez, puede ser, entre otras posibilidades, de carácter complementario<sup>293</sup>.

Las competencias de ejercicio obligatorio, a mi juicio, suponen la anticipación por los Tratados del juicio de oportunidad con el que culmina el procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad. De manera que cuando se identifique una competencia de ejercicio obligatorio podrá obviarse el procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad: Esto es, el juicio sobre si la competencia debe actuarse por la Unión. Sin embargo, en todo caso debe activarse el principio de proporcionalidad que al valorar la intensidad de la intervención deberá, entre otras cosas, decidir la elección del instrumento jurídico cuando la Unión pueda optar entre reglamentos, directivas y decisiones.

Por el contrario, cuando los Tratados utilizan el «podrá» al atribuir una competencia nos encontraremos ante una competencia facultativa que para ejercerse deberá venir precedida de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

A algunas de las competencias facultativas de la Unión les es de aplicación la caracterización de competencia compartida del artículo 2.2 del TFUE. Así, en la medida en que la Unión puede o no utilizar la facultad que le atribuyen los Tratados será posible el ejercicio de la competencia por los Estados miembros. Y decimos, en algunas circunstancias, porque no todas las competencias facultativas que atribuyen los Tratados a la Unión son susceptibles de ser ejercidas por los Estados miembros por sustitución. Será necesario analizar cada competencia facultativa para concluir si es posible la sustitución. Veamos entre los muchos ejemplos el del apartado 3 del artículo 64 del TFUE. En este precepto se establece que con arreglo a un procedimiento legislativo especial el Consejo «podrá establecer» medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto a la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. La competencia

---

<sup>292</sup> Ejemplos de este tipo serían, las previstas en el marco de la política de empleo (art. 149 del TFUE), de la política social (art. 153.2 del TFUE), de la PAC (art. 41 del TFUE), de la política de transportes (art. 100 del TFUE), de las redes transeuropeas (art. 171.1, tercer apartado y 3 del TFUE), de la política de inmigración (art. 79.3 del TFUE), de la cooperación judicial en materia penal (arts. 82.2 y 84 del TFUE), de la política de cooperación policial (art. 87.3 del TFUE), de la política de cooperación administrativa (art. 197.2 del TFUE), o de la política de cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria (art. 209.2 del TFUE).

<sup>293</sup> Por ejemplo en el marco de la política industrial (art. 173 del TFUE).

es facultativa, «podrá establecer», en la medida en que la Unión no está obligada a dictar una disposición de esta naturaleza, pero la facultad se atribuye con carácter exclusivo a la Unión, pues en el contexto de la competencia se excluye, precisamente, que los Estados puedan adoptar medidas singulares de ese tenor<sup>294</sup>. De manera que si la Unión no actúa la competencia, porque no llegue a formularse propuesta al respecto, o porque no supere el juicio de oportunidad resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad, no por ello quedan habilitados los Estados para actuar.

Por otra parte, las competencias facultativas podrían ser excepcionalmente *condicionadas*<sup>295</sup>. Esto es, así como el ejercicio de una competencia facultativa, en la generalidad de los casos tan sólo dependería del resultado del procedimiento de subsidiariedad, en otros casos, los menos, el ejercicio de la competencia exige como *prius* el cumplimiento de determinados requisitos.

Finalmente, las competencias facultativas pueden ser *compatibles-complementarias*<sup>296</sup> o *incompatibles*<sup>297</sup> con las competencias propias de los Estados miembros. Las competencias compatibles-complementarias serían competencias facultativas de la Unión en un marco rígido de atribución de competencias a la Unión y a los Estados miembros que permitiría el ejercicio por la Unión de sus competencias que, además de compatible, sería complementario. Este sería, por lo general, el ámbito de las competencias de apoyo, coordinación o complemento. Mientras que las competencias facultativas serían incompatibles con competencias de los Estados miembros en un marco flexible en el que el ejercicio de la competencia por la Unión excluiría, finalmente, el ejercicio de competencias por los Estados miembros.

## 7. COMPETENCIAS RÍGIDAS Y COMPETENCIAS FLEXIBLES

Las competencias obligatorias o facultativas, sin embargo, no nos indican la intensidad con que pueden ejercerse, de manera que además habrá que considerar como categorías superpuestas a las anteriores los tipos de competencias *rígidas o flexibles* o, más adecuadamente, habría que referirse a una escala gradual que reflejara la mayor o menor flexibilidad o rigidez de la competencia de carácter obligatorio o facultativo. El ejemplo extremo de flexibilidad se da en las que hemos denominado *competencias acordeón* en el marco de la política exterior y de seguridad común. Un nivel intermedio sería el de las *competencias pasarela* y el mínimo nivel de flexibilidad o de mayor rigidez se daría en los casos en que todos los presupuestos para el ejercicio de la competencia vinieran predeterminados en el ejercicio de una competencia obligatoria (objetivos, contenido material de la competencia, instituciones y tipo de norma y de procedimiento), de manera que la

<sup>294</sup> También, por ejemplo la competencia el artículo 51 del TFUE.

<sup>295</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 83 del TFUE.

<sup>296</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 168.4 a) del TFUE.

<sup>297</sup> Por ejemplo la competencia del artículo 51 del TFUE.

operatividad de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad fuera prácticamente inexistente (*competencia rígida*). La mayor o menor intensidad con que se utilicen estos principios indica el mayor o menor grado de flexibilidad de la competencia atribuida.

## **8. LAS COMPETENCIAS MATERIALES COMO DELIMITADORAS DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN. NÚCLEO ESENCIAL Y COMPLEMENTO NECESARIO *VERSUS* EFECTO ÚTIL**

Tras la aplicación de las reglas anteriores de carácter relacional, debe tenerse en cuenta el contenido material de las competencias atribuidas a la Unión (coordinación en sus diferentes modalidades, fomento, supervisión, etc.) para determinar la competencia atribuida. El ámbito material de una competencia nos dice lo que la Unión puede hacer y al hacerlo (positiva o negativamente) crea un ámbito negativo en que la Unión no puede ejercer su competencia.

La integración del contenido material de una competencia, tenidos en cuenta los criterios anteriores, es en todo caso el resultado de una operación de integración de categorías previas de mayor o menor complejidad, como es bien sabido y en que no vamos a entrar aquí. La cuestión que nos interesa en este lugar está relacionada con el concepto efecto útil, uno de los conceptos fundamentales que sirvieron a la Unión para ampliar de modo muy considerable sus competencias. Dicho concepto se fundaba en el principio funcionalista que ha sido desplazado por el principio de atribución, hasta el punto de reducir la eficacia de aquél a casos excepcionales. Pero, la circunstancia de que el principio funcionalista se haya marginado no significa que no persista una de las razones determinantes de la existencia del citado concepto de efecto útil, como es que el contenido material de una competencia se integra por varios niveles de certeza, lo que, sin embargo, puede abordarse desde el principio de atribución. Sin duda alguna el contenido material de una competencia se constituye por un núcleo central, indiscutible, que denominaríamos *núcleo esencial* y, a partir del mismo, se podrían configurar, según los casos, círculos ex-céntricos de contenidos materiales que pueden ser atraídos por el núcleo esencial que denominaríamos *complemento necesario*. Lo que diferencia esta concepción de la que prevalece en la actualidad es que cuando nos referimos a núcleo esencial y complemento necesario lo hacemos desde el principio de atribución, porque tanto el núcleo esencial como el complemento necesario son contenidos atribuidos, que sólo exigen una operación jurídica de delimitación del contenido, operación que puede ser sencilla o muy compleja hasta el punto de tener que recurrir al principio de conexión para poder integrar un determinado contenido material en una competencia.

## **9. LA ENTRADA FRANCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN**

La historia de la implantación de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea es sobre manera accidentada, y no parece que el Tratado de Lisboa haya puesto fin a esa dinámica, ni que haya culminado el proceso de implantación de los mismos. Así, como es sabido, la Carta fue proclamada en vez de incorporada a los Tratados, con motivo del Tratado de Niza, y el reconocimiento a la Carta del mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión reviste tales caracteres de singularidad y tantas cautelas, que ponen en peligro su eficacia.

Dotar a la Unión Europea de una Carta de los Derechos fundamentales supone introducir en la misma uno de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno: sin derechos fundamentales no hay Constitución ni Estado de Derecho. Además, en segundo lugar, la Carta, unida a la obligada adhesión de la Unión al Convenio de Roma de 1950, propiciará la unificación de los Derechos fundamentales en la entera Unión Europea (para ello los Derechos internos de los Estados miembros deben resolver algunos problemas en sus ordenamientos jurídicos), lo que resulta del todo imprescindible para poner fin a la eventual colisión entre diferentes sistemas de protección de los derechos fundamentales que rigen para los Estados de la Unión.

A mi juicio, la regulación de los derechos fundamentales en los Tratados presenta graves problemas. Hemos acreditado que los derechos fundamentales se regulan en la Carta, pero también se regulan en los Tratados y la regulación en los mismos prevalece sobre la regulación contenida en la Carta. Así, lo que sin duda han conseguido los Tratados ha sido reiterar, sin necesidad (o con el propósito final de desvirtuar la Carta), lo que se regula en la Carta de los Derechos fundamentales, o separar artificialmente lo que debiera regularse unido. Por lo demás, al ser evidente que muchos de los derechos fundamentales se regulan en los Tratados se ha producido un vaciamiento notable de la Carta que sólo se explica por una cierta resistencia de los Estados miembros a la unificación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Una regulación adecuada de los derechos fundamentales exigiría llevar a cabo la operación inversa a la que ha tenido lugar por el Tratado de Lisboa. Esto es, los derechos fundamentales debieran regularse exclusivamente en la Carta, y en caso de que se hicieran menciones a los mismos en otras partes o títulos de los Tratados, éstos deberían remitirse a la Carta, y no al contrario, como se deduce de los artículos 51 y 52 de la Carta.

## **10. LA INCERTIDUMBRE COMO COMPONENTE NECESARIO DEL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN**

De manera que podríamos concluir que la pretendida certidumbre que se derivaría de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE se habría convertido más bien en

incertidumbre<sup>298</sup>, como resultado del análisis que hemos llevado a cabo. No basta con establecer un modelo teórico para que éste se realice sin más. Así, el modelo teórico que se plasma en el TUE y en el TFUE apenas se corresponde con el sistema de competencias que se deduce del análisis conjunto y sistemático del texto de los Tratados vigentes.

La certidumbre plena, la inexistencia de incertidumbre, no resulta posible en el Derecho. Ni siquiera en el ámbito de las competencias exclusivas es posible la certidumbre plena, ya que, en último extremo, los límites materiales de una competencia siempre entran en contacto con los de otras competencias constituyendo una zona competencial de intersección en que no siempre es fácil dilucidar los límites de unas y otras competencias. Esto es, a medida que nos alejamos del núcleo central de la competencia exclusiva (de la competencia en general), la competencia en cuestión entra necesariamente en contacto con otra competencia o competencias (propias o de los Estados miembros), de manera que será necesario contar con reglas capaces de solucionar los eventuales conflictos que se produzcan.

Pero, es necesario separar las dificultades interpretativas del Derecho como lenguaje, de las dificultades interpretativas derivadas de la complejidad, o de la imprevisión. En el caso que nos ocupa la complejidad del sistema se deriva, fundamentalmente, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, de que el modelo teórico de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE que no han tenido en cuenta las atribuciones de competencias que tienen lugar a lo largo de los textos de dichos Tratados, que traen causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, sin operar en estos últimos las reformas que hubieran sido precisas.

Pero, dicho lo anterior, hay que significar qué grados altos de incertidumbre deben ser asumidos como un componente más del sistema neofederal de la Unión Europea y no como una deficiencia del mismo.

---

<sup>298</sup> La formulación del principio de incertidumbre se debe a Werner HEISENBERG que lo formula en el ámbito de la física atómica (la circunstancia de que cada partícula lleve asociada consigo una onda, impone restricciones en la capacidad para determinar al mismo tiempo su posición y su velocidad).