

PALABRAS CLAVE (orden alfabético): Certidumbre, Cláusula de flexibilidad, cláusula competencial abierta, cláusula de expansión, cláusula de incomunicación competencias acordeón, competencias compartidas, competencias complementarias, competencias concurrentes, competencias cooperativas, competencias de apoyo, competencias de ejercicio facultativo competencias de ejercicio obligatorio, competencias de coordinación, competencias exclusivas, competencias exclusivas condicionadas, competencias exclusivas incondicionadas, competencias exclusivas sobrevenidas, competencias facultativas, competencias flexibles, competencias de fomento, competencias rígidas, competencias pasarela, competencias propias o plenas, competencia reforzada singular, complemento necesario, derechos fundamentales, extraconstitucionalidad, incertidumbre, infraconstitucionalidad, núcleo esencial, objetivos específicos, objetivos generales, objetivos genéricos, objetivos transversales, Parlamentos nacionales, política común, principio de atribución, principio de coherencia, principio de competencia, principio de primacía, principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad, principio de supremacía, principio funcionalista.

RESUMEN: Este trabajo tiene como finalidad construir un sistema de competencias de la Unión Europea sobre los materiales dispersos y en ocasiones contradictorios que proporcionan los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea. Ya que el TUE en su artículo 5, y el TFUE en sus artículos 2 a 6, pretenden, sin conseguirlo, establecer los criterios competenciales que rigen en la Unión.

En primer lugar, se aborda en este trabajo la ubicación e interpretación de los principios de competencia, atribución, subsidiariedad, proporcionalidad, primacía, así como el principio funcionalista, la cláusula de flexibilidad, la cláusula del artículo 296 del TFUE, y la función y clases de objetivos de las políticas de la Unión, lo que resulta imprescindible para establecer un modelo competencial coherente. Y a partir de las conclusiones que se obtienen en los capítulos I y II se analizan, en el capítulo III, los tipos competenciales previstos en el TUE y el TFUE, llevando a cabo una reconstrucción de los mismos. El capítulo IV del trabajo supone una síntesis de las conclusiones obtenidas, que a continuación se incluye parcialmente.

Para analizar las competencias de la Unión se sigue el siguiente esquema: se analizan los objetivos que concurren en la política en cuestión, el tipo de competencia de acuerdo con lo previsto en los artículos 2 a 6 del TFUE, la competencia realmente atribuida y las instituciones e instrumentos de que dispone la Unión para ejercer la competencia o competencias atribuidas. Como resultado de dicho análisis se califica la competencia o competencias en cuestión.

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

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

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

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

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

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

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

Pero, además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del TFUE, los ámbitos en que la Unión haya ejercido su competencia quedan a la misma reservada mientras no decida dejar de ejercerla. De manera que puede suceder que la Unión agote el contenido material de una competencia no exclusiva, formal y materialmente, de modo que la misma se convierta por esta vía en *competencia exclusiva sobrevinida* o competencia exclusiva de hecho. Si bien, es cierto, que la operatividad del principio de subsidiariedad puede con posterioridad reducir los contenidos materiales de este tipo de competencia

exclusiva sobrevenida, y que, además, se podría proceder incluso, con posterioridad, a la devolución de la competencia en cuestión a los Estados miembros. Estas posibilidades son impracticables en el caso de que se tratara de competencias exclusivas originarias, salvo que la Unión a través de la facultad prevista en el artículo 2.1 *in fine* del TFUE venga a mutar la voluntad inicial de los Tratados.

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

A mi juicio, el error de los Tratados es pretender clasificar de un modo rígido (artículos 2 a 6 del TFUE) un conjunto heterogéneo de competencias, que trae causa en los Tratados de la Unión y de las Comunidades Europeas, antes de la reforma del Tratado de Lisboa, por la circunstancia de que estos últimos lejos de responder a un modelo teórico, integrado por categorías puras, son el fruto del largo proceso de construcción europea: el Derecho de la Unión es un derecho de aluvión. De manera que resultaba prácticamente imposible que las competencias de la Unión que resultan del TUE y del TFUE, sin previa reformulación, concordaran con el articulado de los Tratados. Esta deficiencia, como hemos visto, esto es, el desajuste entre el pretendido modelo de categorías o tipos de competencias y su práctica a lo largo de los textos de los Tratados, se produce tanto en el ámbito de las competencias exclusivas como en el marco de las competencias no exclusivas, aunque los principales problemas se den en relación con estas últimas.

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

En un considerable número de preceptos se dice que la Unión (el Parlamento Europeo y el Consejo, el Consejo o la Comisión) «establecerá las medidas», «adoptará las medidas», «llevará a cabo las negociaciones», «facilitará el acceso», y otras tantas expresiones imperativas que en el contexto del precepto indican que la Unión debe ejercer la competencia (*competencia de ejercicio obligatorio*) que allí se prescribe. Una competencia de esta naturaleza puede configurarse, a su vez, como una *competencia condicionada*, o concebirse como *flexible*, o ser *complementaria* de las políticas de los Estados miembros. Bien es cierto que en algunas ocasiones el Tribunal de Justicia ha atribuido carácter potestativo a dichas expresiones, pero resulta más que dudoso que el citado Tribunal haya pretendido que la decisión sobre el caso concreto pueda aplicarse con carácter general y, sobre todo, no parece que dicha jurisprudencia pueda trasladarse sin más al TFUE, habida cuenta de que debe entenderse reforzado el principio de atribución. A la conclusión anterior se llegaría por la circunstancia de que en otras muchas ocasiones el TFUE utiliza el «podrá», lo que tiene lugar en un contexto en que tampoco cabe duda de que se otorga a la Unión una facultad que puede ser o no ser actuada (*competencia facultativa*) que, a su vez, puede ser, entre otras posibilidades, de carácter complementario.

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

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

A algunas de las competencias facultativas de la Unión les es de aplicación la caracterización de competencia compartida del artículo 2.2 del TFUE. Así, en la medida en que la Unión puede o no utilizar la facultad que le atribuyen los Tratados será posible el ejercicio de la competencia por los Estados miembros. Y decimos, en algunas circunstancias, porque no todas las competencias facultativas que atribuyen los Tratados a la Unión son susceptibles de ser ejercidas por los Estados miembros por sustitución. Será necesario analizar cada competencia facultativa para concluir si es posible la sustitución. Veamos entre los muchos ejemplos el del apartado 3 del artículo 64 del TFUE. En este precepto se establece que con arreglo a un procedimiento legislativo especial el Consejo «podrá establecer» medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto a la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. La competencia es facultativa, «podrá establecer», en la medida en que la Unión no está obligada a dictar una disposición de esta naturaleza, pero la facultad se atribuye con carácter exclusivo a la Unión, pues en el contexto de la competencia se excluye, precisamente, que los Estados puedan adoptar medidas singulares de ese tenor. De manera que si la Unión no actúa la competencia, porque no llegue a formularse propuesta al respecto, o porque no supere el juicio de oportunidad resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad, no por ello quedan habilitados los Estados para actuar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De manera que podríamos concluir que la pretendida certidumbre que se derivaría de los artículos 5 del TUE y 2 a 6 del TFUE se habría convertido más bien en incertidumbre, como resultado del análisis que hemos llevado a cabo. No basta con establecer un modelo teórico para que éste se realice sin más. Así, el modelo teórico que se plasma en el TUE y en el TFUE apenas se corresponde con el sistema de competencias que se deduce del análisis conjunto y sistemático del texto de los Tratados vigentes.

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

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

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

KEYWORDS (alphabetical order): Certainty, Flexibility clause, open clause competences, expansion clause, confinement clause, accordion competences, shared competences, complementary competences, concurrent competences, competences cooperatives, support competences, competences of optional exercise, competences of compulsory exercise, coordination competences, exclusive competences, exclusive competences conditional, unconditional exclusive competences, exclusive competences occurring, discretionary competences, flexible competences, supporting competences, competences rigid, passerelles competences, competences or full, enhanced competences singular, necessary addition, fundamental rights, «extra-constitucionalidad», uncertainty, «infra-constitucionalidad», essential core, specific objectives, general objectives, objectives generic, cross-cutting objectives, national parliaments, common policy, principle of conferral, principle of consistency, competence principle, principle of primacy, principle of subsidiarity, principle of proportionality, principle of supremacy, functionalist principle.

ABSTRACT: This paper aims to construct a system of European Union competence on materials scattered and sometimes contradictory providing Treaties of the European Union and on the Functioning of the European Union. Since the TEU in article 5 and the TFEU in articles 2-6 seek, unsuccessfully, to establish the criteria governing competence in the Union.

First this paper addresses the location and interpretation of the principles of competences, conferral, subsidiarity, proportionality, primacy, as well as the principle functionalist, the flexibility clause, the clause of Article 296 TFEU, and the function and classes of policy