
Santiago González-Varas Ibáñez

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

3ª EDICIÓN

PREMIO BLAS INFANTE DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TRABAJO GALARDONADO CON EL PREMIO BLAS INFANTE DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN
EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, III EDICIÓN - 1999 -, EN SU MODALIDAD B, SOBRE
"LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SU ORGANIZACIÓN, MÉTODOS Y TÉCNICAS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA,
SU PERSPECTIVA HISTÓRICA Y DE FUTURO Y SU PROYECCIÓN EUROPEA".

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante

TERCERA EDICIÓN

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
2005 - SEVILLA

González-Varas Ibáñez, Santiago

El Derecho Administrativo Europeo / Santiago González-Varas Ibáñez.

3ª ed. — Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005

509 p.; 24 cm

D.L.: SE-2966-05

I.S.B.N. 84-8333-286-8

1. Derecho administrativo comunitario

2. Aplicación del derecho comunitario

342.9 (4-672 UE)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO.

Título: El Derecho Administrativo Europeo.

3ª Edición.

Autor: Santiago González-Varas Ibáñez.

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.



Gestión de publicaciones en materias
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Maquetación e Impresión: Imagen & Textos, S.L.

I.S.B.N.: 84-8333-286-8

Depósito Legal: SE-2966-05

*Dedico esta tercera
edición a mis hijos
Santiago e Irene.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	21
PRESENTACIÓN	25
PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN	27
PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN	31
PLANTEAMIENTO: ACTITUDES DOCTRINALES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO	33
PRIMERA PARTE: VÍAS POR LAS QUE SE MANIFIESTA EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO	39
CAPÍTULO ÚNICO: LA EUROPEIZACIÓN DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS	41
1. La aplicación del Derecho comunitario por las Administraciones nacionales	41
2. La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas	44
A. Jurisprudencia comunitaria y Derecho administrativo europeo	44
B. Algunos problemas planteados por los Estados miembros frente a la jurisprudencia comunitaria y la primacía del Derecho comunitario.....	47
3. Las “regulaciones” comunes.....	58

A. La necesaria distinción entre “repercusiones” y “regulaciones”	58
B. El fenómeno de participación de los Parlamentos nacionales en la actividad de las instituciones comunitarias	59
4. El Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea anejo al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.....	62
5. El Derecho administrativo regulador de las instituciones comunitarias y de sus relaciones jurídicas con los ciudadanos, empresas y Estados miembros	65
6. El Derecho comparado. Remisión	65
7. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	67
RECAPITULACIÓN	71
SEGUNDA PARTE: LAS REGIONES (COMUNIDADES AUTÓNOMAS) EN LA UNIÓN EUROPEA (ESTADO ACTUAL Y PROPUESTA).....	73
CAPÍTULO ÚNICO: LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	75
1. Planteamiento	75
2. La participación interna: fases ascendente y descendente.....	77
3. Participación externa.....	83
4. Propuesta	85
TERCERA PARTE: LA DIMENSIÓN EUROPEA DEL TERRITORIO.....	91
CAPÍTULO ÚNICO: REPERCUSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA	93
1. Planteamiento	93
2. Los documentos europeos sobre ordenación del territorio. Una dimensión europea del territorio. La eficacia de estos documentos	96
3. Las políticas comunitarias sectoriales y la ordenación del territorio de los Estados miembros	98

- 4. La cooperación transfronteriza territorial 101
- 5. El debate en torno a la posible competencia de ordenación del territorio a favor de la Unión Europea 106

CUARTA PARTE: EJEMPLOS DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 111

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA 113

- 1. Planteamiento 113
- 2. El cuadro de directivas comunitarias 113
 - A. Las directivas clásicas 113
 - B. La directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios 117
 - C. La directiva 2004/17, de 31 de marzo de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de los transportes y de los servicios postales 127
 - D. El nuevo mecanismo general para la exclusión de actividades sometidas directivamente a la competencia.. 129
- 3. Claves de las directivas de contratación pública: los criterios de legalidad pública 130
- 4. La repercusión de las directivas en los Estados miembros, en especial el efecto de "iuspublicación" inherente a la legalización de los contratos administrativos..... 142
 - A. Legalización y publicación de los contratos de la Administración en los sistemas europeos de contratación privada..... 142
 - B. El perfeccionamiento del contrato administrativo: la repercusión de las directivas en el Derecho francés 144
 - C. Una referencia a la repercusión en España 146

5. Recapitulación. La batalla por la legalización de adjudicaciones de los contratos administrativos	152
6. Las directivas de recursos; el desarrollo del control público sobre los contratos de la Administración. Problemas en el Derecho español	156
7. Recapitulación	164
CAPÍTULO SEGUNDO: LA REPERCUSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO. LOS SERVICIOS O MERCADOS DE INTERÉS GENERAL.....	
1. El Servicio público y los nuevos conceptos de liberalización, regulación, privatización y servicios o mercados de interés general y Derecho de la competencia.....	165
2. El Servicio público	166
3. La liberalización y sus conceptos de servicio universal y de obligaciones de servicio público.....	167
4. La regulación y la desregulación y autorregulación.....	169
5. La privatización y sus distintos sentidos: la privatización material.....	177
A. Aproximación al fenómeno de la privatización material ..	177
B. Límites jurídicos de la privatización	179
C. Régimen jurídico	179
D. El control jurisdiccional de la privatización	183
E. La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas	185
6. Privatización formal	188
A. Aproximación al fenómeno.....	188
B. La garantía judicial frente a la actuación de Derecho privado	191
7. Privatización funcional	192

8. Privatización indirecta mediante concesión o colaboración.....	193
A. Referencia a la concesión en este contexto	193
B. La idea de colaboración en el ejercicio de funciones administrativas	194
9. Los espacios de Derecho común con reglas jurídicas de distinta procedencia	196
10. Conclusión: de los servicios públicos a los mercados de interés general	203

**CAPÍTULO TERCERO: REPERCUSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO
SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PODERES PÚBLICOS.**

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	213
1. La sujeción de los servicios públicos al Derecho comunitario de la competencia.....	213
A. Planteamientos	213
B. La Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000.....	216
C. Los “servicios económicos de interés general	217
D. Análisis de los presupuestos del servicio de interés general.....	218
2. La eficacia del Derecho de la competencia	220
3. El Derecho de la competencia como pauta o medida de legalidad de los servicios públicos.....	220
A. El ejercicio de la actividad de las empresas gestoras de servicios públicos conforme al Derecho comunitario de la competencia	220
B. La sujeción de las empresas gestoras de servicios públicos a reglas jurídicas y pautas de legalidad en virtud de la aplicación de la técnica del abuso de posición dominante.....	223
C. El abuso de posición dominante como vía para facilitar la liberalización comunitaria.....	224

4. La limitación del Derecho comunitario sobre el principio de libre organización, de los servicios públicos, por parte de los Estados	225
A. La prohibición de colocar a las empresas en una situación de abuso de posición dominante	225
B. El control judicial sobre la creación y extensión de los monopolios, en virtud del abuso de posición dominante...	231
C. Las obligaciones de servicio público y sus límites (STJCE de 17 de septiembre de 1998, asunto C-412/96, Kainuun Liikenne Oy y Oy Pohjolan Liikenne Ab)	234
D. La cuestión tras las sentencias Corbeau, Almelo, Fédération Française des sociétés d'assurances, Air Inter SA y otras	235
CAPÍTULO CUARTO: EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LOS FONDOS ESTRUCTURALES. ESTUDIO SOBRE LOS FONDOS ESTRUCTURALES ...	
1. Problemática	239
2. Planteamiento general sobre los Fondos estructurales	241
A. El reconocimiento de la política de cohesión económica y social en el Tratado de la CE	241
B. Los Fondos estructurales en proceso de reforma y los nuevos reglamentos comunitarios	245
3. Las Ayudas regionales como instrumento legítimo en virtud del Derecho de la competencia	249
4. El problema jurídico: la compatibilidad y coherencia entre los Fondos y el Derecho de la competencia	251
A. Criterios seguidos en materia de Ayudas regionales	251
B. La coherencia entre Fondos estructurales y Ayudas regionales; la coherencia entre el Derecho de cohesión y el Derecho de la competencia	253
CAPÍTULO QUINTO: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	
1. Repercusión del Derecho comunitario sobre el procedimiento administrativo	263

2. El ejemplo de la revocación de los actos administrativos....	266
A. La influencia del Derecho europeo a la hora de practicar la revocación de un acto por parte de la Administración del Estado miembro	266
B. El Derecho comunitario enseña a las autoridades del Estado miembro cómo defenderse frente a las decisiones de revocación de actos o ayudas de la Comisión Europea.....	272
CAPÍTULO SEXTO: EL PROCESO ADMINISTRATIVO	275
CAPÍTULO SÉPTIMO: REPERCUSIÓN SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: CÓMO PODRÍA PROFUNDIZARSE EN LA EUROPEIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	279
1. Estado de la cuestión	279
2. Dos ejemplos especialmente significativos: la “enseñanza” y la “seguridad privada”	284
3. La legislación en España (Ley 17/1993, de 23 de diciembre, el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo y la reforma por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social)	286
4. Los problemas	292
CAPÍTULO OCTAVO. EL MEDIO AMBIENTE.....	295
1. Reseña de temas fundamentales	295
2. El Derecho comunitario y la evaluación de impacto ambiental	298
CAPÍTULO NOVENO. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	307
RECAPITULACIÓN	316
QUINTA PARTE. DERECHO COMPARADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO	317

CAPÍTULO ÚNICO: LA POSIBILIDAD DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO EN UN PLANO DOCTRINAL Y UNIVERSITARIO	319
1. Presupuestos del Derecho comparado	319
2. Las tendencias utópicas del Derecho comparado	324
A. El Derecho comparado como medio para conocer las leyes de la evolución del Derecho y de la Humanidad.....	324
B. El Congreso de París de 1900.....	326
C. Derecho comparado y Derecho universal.....	327
D. El logro de una doctrina científica común.....	332
3. La realidad del Derecho comparado en Europa.....	332
A. La idea del "prestigio nacional"	332
B. La ley del Derecho comparado	335
C. En este contexto, el Derecho comparado en España.....	336
D. El Derecho comparado como medio auxiliar del Derecho interno	339
E. Las exigencias metodológicas del Derecho comparado.....	343
4. El Derecho comparado en la base del Derecho administrativo europeo	346
5. Conclusión: el Derecho administrativo europeo como proyecto realizable en un plano doctrinal y universitario	350
A. El <i>ius commune quam communis opinio doctorum</i>	350
B. El Derecho administrativo europeo como método.....	353
RECAPITULACIÓN	353
 SIXTA PARTE. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS	 355
CAPÍTULO PRIMERO: PLANTEAMIENTO	357
CAPÍTULO SEGUNDO: ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y RELACIONES CON LOS CIUDADANOS	359

1. Procedimientos y actuación administrativa de los órganos comunitarios	359
A. El panorama tradicional.....	359
B. Referencia al control de la actuación discrecional, en especial en caso de inactividad	368
C. Referencia a los Reglamentos internos	370
D. Los “actos jurídicos de la Unión” tras la Constitución Europea.....	372
2. Principios generales de actuación	373
3. En particular la revocación de actos.....	379
4. Relaciones jurídicas entre los ciudadanos y las instituciones comunitarias.....	382
A. Acceso a información y documentos	382
B. Defensa de los particulares frente a las solicitudes de información por parte de la Comisión	388
C. Derecho de petición. El Defensor del Pueblo	389
5. Relaciones entre la Comisión y los Estados miembros.....	391
A. Actuaciones administrativas y tipos de procedimientos administrativos para controlar la aplicación del Derecho comunitario	391
B. El deber de los Estados de remitir informaciones	393
6. La función de inspección de la Comisión sobre el cumplimiento del Derecho comunitario	395
7. Relaciones administrativas entre las distintas instancias comunitarias	402
8. Administración institucional.....	404
CAPÍTULO TERCERO: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES COMUNITARIOS	407
CAPÍTULO CUARTO: LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	411
CAPÍTULO QUINTO: LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS	417

1. Posibles variantes	417
2. Presupuestos objetivos	418
CAPÍTULO SEXTO: LOS PROBLEMAS DEL DERECHO SANCIONADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO	423
1. El sistema de fuentes	423
2. Posibles variantes en cuanto al establecimiento, aplicación y ejecución material de las sanciones comunitarias.....	426
3. Las garantías de las sanciones impuestas por las instituciones comunitarias; críticas y avances.....	427
4. Sanciones impuestas por los Estados miembros.....	434
CAPÍTULO SÉPTIMO. LA CONTRATACIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS CON LOS PARTICULARES.....	439
 SÉPTIMA PARTE: EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN. EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO	445
CAPÍTULO PRIMERO: PROBLEMÁTICA.....	447
CAPÍTULO SEGUNDO: EL SISTEMA COMUNITARIO DE COMPETENCIAS Y LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA	449
1. Planteamientos.....	449
2. Características generales del sistema de competencias	450
3. El aumento de competencias	451
4. La significación de la regla de la subsidiariedad.....	454
A. Su significación en el contexto del aumento progresivo de competencias a favor de la Comunidad Europea	454
B. Referencia al principio de subsidiariedad y la distinción entre competencias compartidas y exclusivas.....	456
C. Impacto del principio de subsidiariedad sobre el sistema comunitario de competencias.....	459

5. Vías para avanzar en la integración europea.....	464
A. Planteamiento después de la subsidiariedad	464
B. Integración europea sobre la base del principio de subsidiariedad	464
C. Riesgos que plantea el principio de subsidiariedad para la integración europea	466
D. La otra posibilidad: insistir en los cauces tradicionales ..	468
E. Antagonismos y tendencias en un plano intergubernamental	470
F. El Protocolo sobre el principio de subsidiariedad en el Tratado de Amsterdam y en la Constitución Europea	472
6. El proceso de ampliación de competencias en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam.....	475
A. Introducción	475
B. La reforma del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht	475
C. La reforma del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Amsterdam	478
7. Consecuencias para el Derecho administrativo europeo: “la europeización con método”	482

OCTAVA PARTE: LAS DIFERENCIAS, RESPECTO DE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, ENTRE LOS DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS COMO PROBLEMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO 485

CAPÍTULO PRIMERO: EN PARTICULAR, LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE DERECHO PRIVADO COMO TEMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO..... 487

CAPÍTULO SEGUNDO: EL PROBLEMA DE LAS DIFERENCIAS EN CUANTO A LA POSICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO REGULADOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 491

1. Reseña de los dos problemas principales.....	491
2. Las diferencias más aparentes que reales entre los Derechos administrativos germánicos y los Derechos administrativos de órbita francesa	493
3. El problema del Derecho británico en este contexto del Derecho administrativo europeo.....	494
4. Recapitulación y propuesta	502
CAPÍTULO TERCERO: ALGUNAS REFLEXIONES FINALES, EN ESPECIAL SOBRE EL SENTIDO, ALCANCE Y VALOR DEL DERECHO SUBJETIVO.....	505

ABREVIATURAS

AA	Actualidad administrativa
AC	Actualidad civil
AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AN	Audiencia Nacional
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Audiencia Provincial
ApNDL	Apéndice del Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi
Ar	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Supremo
ArTSJ y AP	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales
ArTC	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto de un Tribunal Superior de Justicia
BIC	Bien de Interés Cultural
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA (CCAA)	Comunidad(es) Autónoma(s)
cap	Capítulo
CC	Código Civil
CCEE	Comunidades Europeas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española

CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DA	Documentación Administrativa
DGSJE	Dirección General del Servicio Jurídico del Estado
Ed	Editorial; Edición
F	Fundamento
GJ	Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia
JU	Jurisprudencia urbanística
LBRL	Ley de Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril)
LC/LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio)
LGP	Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de septiembre de 1988
LHL	Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Ley 39/1988, de 28 de diciembre)
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LO	Ley Orgánica
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio)
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre)
LPC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)
LPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, de 7 de abril de 1995
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Decreto de 26 de julio de 1957)

A B R E V I A T U R A S

LS	Legislación sobre el Suelo y Ordenación Urbana (RDLeg. 1/1992, de 26 de junio)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
p	página
PICDP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966
RAAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RAnAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCEC	Revista del Centro de Estudios constitucionales
RCG	Revista de las Cortes Generales
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi
RD	Real Decreto
RDleg	Real Decreto Legislativo
RDP	Revista de Derecho Político
RDP _r	Revista de Derecho Procesal
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDF	Revista Española de Derecho Financiero
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RGD	Revista General del Derecho
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Supremo
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ROF	Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (RD 2568/1986, de 28 de noviembre)
RPJ	Revista Poder Judicial
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1995)
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública

RVDPA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
ss	siguientes
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
STS	Sentencia de un Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vgr	verbigracia
Vol	volumen

PRESENTACIÓN

Ante el intenso proceso de europeización que vive el Derecho administrativo parece oportuno estudiar el fenómeno de repercusión del Derecho comunitario sobre el Derecho administrativo y, en general, el tema de la posibilidad de un Derecho administrativo europeo.

El Derecho administrativo europeo, tal como aquí se entiende, no es una entelequia abstracta al margen de los problemas reales de la Administración española estatal o regional. Más bien el Derecho administrativo europeo permite abordar sistemática y satisfactoriamente ciertos temas jurídicos capitales hoy tanto para la Administración (cómo ejecutar debidamente el Derecho comunitario) como para los ciudadanos.

Desde el primer punto de vista, es preciso reconocer que el Derecho comunitario cada vez más se inmiscuye en el bloque de legalidad que ha de seguir la Administración para el cumplimiento de sus funciones, planteando al funcionario temas de indudable alcance práctico y especial complejidad. Aquél entrará necesariamente en contacto con el Derecho europeo a la hora por ejemplo de revocar una ayuda por imperativo del Derecho comunitario, o de imponer una sanción a una empresa, o de aplicar las directivas comunitarias de contratos, etc.

Y también desde la perspectiva de los ciudadanos interesa abordar temas tan prácticos como por ejemplo el acceso de los nacionales de un Estado a la función pública de otros Estados miembros, la defensa frente a sanciones impuestas por aplicación de Derecho comunitario, la posibilidad de ejercitar una pretensión indemnizatoria por incumplimiento del Derecho comunitario, las quejas o denuncias que pueden presentarse ante las instituciones comunitarias, etc.

El cauce esencial para la realización del Derecho administrativo europeo es la incorporación de la legislación europea por parte de los Estados miembros y la jurisprudencia comunitaria referida a la fase de ejecución del Derecho comunitario por las propias Administraciones nacionales.

Pero, a pesar de que el Derecho comunitario se realiza esencialmente por esta vía de su ejecución por las propias Administraciones nacionales, lo cierto es que también se está consolidando dicho Derecho administrativo europeo en torno a las relaciones jurídicas cada vez más numerosas que entablan directamente las instituciones comunitarias con los ciudadanos o con los Estados miembros.

Así pues, la Administración pública, con la que el ciudadano español entabla relaciones jurídicas, puede ser la propia Administración comunitaria, como tendremos ocasión de comprobar. O puede ser la propia Administración española estatal o regional cuando éstas se ven afectadas por el Derecho comunitario. Ambos tipos de relaciones jurídicas están en la base del Derecho administrativo europeo.

También lo está el Derecho comparado. En este sentido, la doctrina puede conseguir un Derecho administrativo europeo como *ius commune quam communis opinio doctorum*, es decir la realización misma de un Derecho administrativo europeo en el plano universitario, científico y de la enseñanza. En consecuencia, debería también dedicarse alguna lección del programa de Derecho administrativo al estudio del "Derecho administrativo europeo", su concepto, limitaciones, problemas jurídicos y cauces que sirven para su realización. Este plano doctrinal es esencial para el Derecho administrativo europeo, por constituir una de las vías fundamentales para su consolidación.

En cuanto al Derecho administrativo europeo este modesto trabajo no pretende erigirse en una obra definitiva. Ambicionaría cuando más a servir de referencia a los trabajos posteriores, que sin duda se realizarán en un futuro inmediato, sobre el Derecho administrativo europeo. En este sentido, pese a que no son precisamente pocos, como podrá comprobarse, los trabajos que estudian la incidencia del Derecho europeo sobre los distintos Derechos nacionales lo cierto es que faltaba en nuestro Derecho una investigación sobre el Derecho administrativo europeo *en cuanto tal*.

Polémica es la cuestión acerca del método a seguir para realizar un trabajo de investigación sobre el Derecho administrativo europeo. A mi juicio, no parece necesario, a diferencia de lo que algún autor foráneo ha considerado, realizar dicho trabajo a costa de describir las distintas instituciones de Derecho administrativo presentes en cada uno de los Derechos de los Estados miembros. No obstante, habría que dar la razón a este tipo de enfoques metodológicos en cuanto a la necesidad de requerir al autor ciertos conocimientos de Derecho comparado si quiere aquél adentrarse en la materia del Derecho administrativo europeo.

PRESENTACIÓN DE LA 2ª EDICIÓN

Es justo reconocer que el Derecho europeo, pese a las críticas que a veces recibe, ha arraigado espectacularmente durante los últimos años y que actualmente es un hecho la existencia de reglas jurídicas comunes a cualquiera de los distintos Derechos nacionales europeos. Este Derecho administrativo europeo, dentro de un determinado ámbito y compatible con los Derechos nacionales, regionales o locales, es ya hoy una auténtica realidad y debe ser estudiado y conocido como merece.

Muestra del creciente arraigo, en general de Europa, es el hecho de que ésta se convierte en punto de referencia para aquellos Estados (por ejemplo los del Mercosur) que desean crear instituciones comunes de carácter supraestatal.

Pero al mismo tiempo el Derecho europeo común se mueve dentro de un contexto general que no es posible ignorar.

Por un lado, dentro de la propia Europa cada vez más se pone de manifiesto, primero, que aquélla es perfectamente compatible con los Estados y, segundo, la necesidad de buscar una cierta uniformidad (a nivel europeo) acerca de los niveles máximos y mínimos de competencias que han de tener las regiones dentro de Europa; esto último llevaría a evitar los desequilibrios competenciales extremos (no fácilmente comprensibles en clave europea) entre aquellos Estados en los que las regiones gozan de un grado extremo de autonomía y aquellos Estados en los que las regiones ni siquiera tienen reconocidos derechos de esta índole ¹.

Por otro lado, la realización de un Derecho común europeo se enmarca dentro de un contexto general de globalización que se superpone al propio proceso de unificación jurídica en Europa.

¹ Puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *España no es diferente*, Ensayo, Editorial Tecnos, marzo 2002.

Uno podría pensar que si es posible una unificación del Derecho en un continente tan variado como Europa será posible una unificación del Derecho a nivel general, internacional o mundial. Piénsese que tradicionalmente lo característico es que los distintos Estados europeos encontraran una proyección de sus Derechos hacia el exterior (hacia América, África o Asia) y que donde las mayores diferencias pervivían era precisamente dentro de la propia Europa (esencialmente, Derechos públicos continentales-Derechos de *common law*). De tal modo y manera que uno podía encontrar una mayor semejanza entre por ejemplo los Derechos de España y de Hispanoamérica, o entre los Derechos británico y norteamericano o algunos asiáticos, que entre los propios Derechos británico y español por ejemplo. Aun hoy es palpable esta mayor afinidad jurídica entre ciertos países europeos y otros no europeos. La unidad jurídica que se logra en Europa se ha realizado, en concreto, con el apoyo de la común creencia en los derechos fundamentales y en el arraigo de los derechos económicos y de la justicia social.

De ahí, precisamente, el interés que plantea el Derecho común en Europa, en parte reto pero en parte ya también realidad. Y de ahí también que la creación de un Derecho común europeo no pueda nunca hacer olvidar, en España, que lo más natural es un Derecho común de los distintos Estados iberoamericanos.

Se impone, por tanto, una unificación dentro de Europa pero dentro de un contexto más general que se ha dado en relacionar con el fenómeno de la globalización.

A mi juicio, desde el punto de vista del Derecho público, se están manifestando en este contexto general mundial dos tendencias naturales o factores de fondo que repercuten sobre el Derecho público informando acerca de su futuro mismo, siendo el primero un factor de crisis y el segundo un factor que lleva a arraigar decisivamente el Derecho administrativo:

El primer factor parte del claro *desideratum* social de sacar el mayor partido económico posible a aquellos sectores que tradicionalmente venían caracterizándose como servicios públicos evitando su posible infrautilización como consecuencia de todas aquellas medidas públicas que pueden llevar a frenar su mayor rendimiento económico, o la entrada de nuevos operadores económicos y con ello de una mayor tasa de empleo. Esto lleva a que, en estos sectores, las propias cargas deficitarias de tipo social que esencialmente se presentan, se solucionen desde el propio mercado arbitrando fórmulas tales como el servicio universal. La consecuencia es clara: la institución administrativa del servicio público entra en crisis a pesar de que las reglas de Derecho administrativo perviven en el nuevo mercado según tendremos ocasión de comprobar.

El segundo factor es el cada vez mayor clamor social en favor de una mayor justicia social que se traduce, en lo jurídico, entre otros hechos, en la necesidad de arraigar criterios objetivos de obligado y eficaz cumplimiento en todos

aquellos ámbitos de decisión; esto afecta desde luego a la Administración y a sus entidades interpuestas, pero también en general a todo tipo de entidad que goce de posiciones de dominio sobre otros (o posiciones de poder, o de algún derecho exclusivo o de imposición sobre los demás).

Este último fenómeno lleva por ejemplo a arraigar la figura, esencial al Derecho público, del contrato administrativo: tanto en Europa (y este libro da buena cuenta de ello) como en general en los distintos Estados civilizados se está cada vez más poniendo de manifiesto la virtualidad de esta figura jurídico-administrativa que es el mejor instrumento jurídico para luchar por la legalización de la fase de adjudicación de los contratos. La esencia misma de un contrato público es la aplicación de criterios objetivos y certeros a la hora de adjudicar el contrato.

Pero es éste un simple ejemplo de entre una larga lista. La sociedad cada vez tolera menos aquellos ámbitos de decisión al margen de la aplicación de criterios objetivos (a la hora por ejemplo de contratar al personal de un Hospital, de una Universidad, de un Ayuntamiento, a la hora de optar por una ayuda económica). Estamos hablando de decisiones muchas veces trascendentales para la vida de una persona. Un reto fundamental (que lleva a la necesidad del Derecho administrativo) es por eso lograr que estos criterios objetivos se cumplan eficazmente.

Es claro que ambas tendencias sociales se están imponiendo y que de la evolución natural de las cosas dependerá el futuro mismo del Derecho público en Europa.

No sería justo terminar esta presentación sin agradecer a la Junta de Andalucía la confianza depositada en el autor para haber llevado a cabo una segunda edición de esta obra que tiene su origen en la concesión del Premio Blas Infante. Agradezco la siempre diligente labor de M^a. Angeles López Pardo, jefa del Servicio de Publicaciones del Instituto Andaluz de Administración Pública. Además, gracias entre otros a Tomás Muñoz y especialmente al director del Instituto Andaluz de Administración Pública, D. Joaquín Castillo Sempere, se están celebrando anualmente unos interesantes cursos de formación funcional en Andalucía, coordinados por mi parte con especial entusiasmo.

Junto a estas reflexiones que acaban de hacerse, esta segunda edición actualiza los contenidos de la obra, incorporando además la jurisprudencia comunitaria de los dos últimos años y la reciente legislación. También se ha completado el capítulo relativo a la repercusión del Derecho comunitario sobre los servicios públicos y se ha introducido un capítulo relativo a los fondos estructurales.

PRESENTACIÓN DE LA 3ª EDICIÓN

Parecía obligado adaptar esta obra "El Derecho administrativo europeo" a la Constitución Europea, a pesar de que ésta no haya entrado aún en vigor. Estamos ante un hecho normativo de especial trascendencia que afecta a prácticamente todas las partes y capítulos del trabajo. De ahí la necesidad, fácilmente comprensible, de hacer un esfuerzo para llevar a cabo la referida adaptación, explicando los contenidos fundamentales de la mencionada Constitución al tiempo que se van comentando los distintos temas del Derecho administrativo europeo. No obstante, al estar en vigor el Tratado de la Comunidad Europea parecía lógico mantener la cita de los artículos del citado Tratado, junto a la de aquellos otros de la Constitución Europea.

Dicho esfuerzo ha merecido la pena considerando el interés especial del autor en esta obra que exige una continua incorporación de las novedades del Derecho comunitario. En este sentido, agradezco nuevamente al Instituto Andaluz de Administración Pública esta tercera edición, ya que de esta forma va consolidándose este trabajo como punto de referencia en el tema del Derecho público europeo desde un punto de vista administrativo. Con esta tercera edición mantengo la apuesta por el Instituto Andaluz de Administración Pública como editorial pública con la que colaboro para difundir esta obra.

No sólo ha sido aquella la motivación de esta nueva edición. Es evidente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas exige una continua adaptación de los contenidos de esta obra a las sentencias del citado Tribunal.

Como novedades principales, esta tercera edición incorpora primeramente un estudio sobre las regiones y Europa, incidiendo en la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea y el alcance de la política regional europea.

Asimismo, esta edición contiene una parte sobre la Unión Europea y la ordenación territorial, interesante a efectos de observar la creciente repercusión

del Derecho europeo sobre la ordenación territorial de los Estados miembros. Es éste un buen ejemplo, además, para verificar, desde un punto de vista práctico, el fenómeno de la integración comunitaria.

La parte referida a la "contratación administrativa" de los Estados miembros y la repercusión del Derecho comunitario ha sido redactada de nuevo. La reciente reforma de las directivas comunitarias de contratación pública ha obligado a esta nueva redacción.

También la parte relativa a los servicios públicos ha sido redactada nuevamente en su mayor parte aportando una nueva sistemática. Y en general, las distintas partes de este trabajo han sido revisadas y puestas al día. Lo mismo puede decirse, en este contexto, de los capítulos dedicados a la función pública, etc.

En especial, el capítulo dedicado al Derecho sancionador ha sido objeto de muy numerosas reformas en los últimos años y era obligado tenerlas en cuenta en esta tercera edición.

Las reformas normativas de base han afectado, igualmente, a la contratación de las Comunidades Europeas, al haberse publicado un nuevo Reglamento financiero y un nuevo Reglamento de ejecución del anterior y derogado la base normativa precedente.

Por su parte, la parte dedicada al sistema de competencias de la Unión y al sistema de competencias había quedado desfasada por los últimos acontecimientos políticos y jurídicos en el contexto europeo.

Agradezco, finalmente, a Inmaculada de la Fuente Cabero, buena conocedora del Derecho público europeo, su valiosa asistencia en esta tercera edición.

PLANTEAMIENTO

ACTITUDES DOCTRINALES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

Es un hecho la existencia de un paulatino proceso de europeización de los Derechos de los Estados miembros de la Unión Europea. En este contexto puede situarse el fenómeno de creciente europeización que, en concreto, ha sufrido el Derecho administrativo ² a pesar de que aquélla afecte también a otras disciplinas jurídicas ³.

² O. BACHOF, "Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung", *VVDStRL* 30 (Berlin 1972), p.193; G. HOFFMANN, "Internationales Verwaltungsrecht", en I. VON MÜNCH (coordinador), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1988; E. KLEIN, "Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im europäischen Integrationsprozeß", en C. STARCK (coord.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetz*, 1992, pp.117 y ss.; M. PAGENKOPF, "Zum Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht - Versuch einer praktischen Einführung", *NVwZ* 1993 nº3, p.217; R. PITSCHAS, "Vom Wandel der Verwaltungszusammenarbeit: Herausforderung an die vergleichende Verwaltungswissenschaft", *Die Verwaltung* 1992, pp.477 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, "Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht", *DVBl* 1993, pp.924 y ss.; F. SCHOCH, "Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts", *JZ*, nº3 1995, pp.114 y ss.; SIEDENTOPF/HAUSCHILD, "Europäische Integration und die öffentlichen Verwaltungen der Mitgliedstaaten", *DöV* 1990, p.484; H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, München 1994, § 12, 12 p.102: "seit der Unterzeichnung der Römischen Verträge (...) konnte die öffentliche Verwaltung nicht mehr nur aus der nationalen Perspektive betrachtet werden".

³ Un libro que comenta la incidencia del Derecho europeo sobre las distintas disciplinas jurídicas es el dirigido por K.KREUZER/D.H. SCHEUING/U. SIEBER (coordinadores), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, Baden Baden 1997. Sobre el "Derecho civil europeo" U. BLAUROCK, "Europäisches Privatrecht", *JZ* 1994, pp.270 y ss.; A. BOIXAREU CARRERA, "La evolución del Derecho privado comunitario durante la presidencia española", *Gaceta de la CEE*, serie D, nº12 1990, pp.367 y ss.; B. GOLDMAN/A. LYON-CAEN/L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Paris 1994; P.O. MÜLBERT, "Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt", *ZHR* nº1 1995, pp.2 y ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, "Integración Europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho comunitario*, 1997 2 pp.413 y ss.; P.C. MÜLLER-GRAFF

En el plano doctrinal, la postura más común suele ser la de afirmar la existencia de un Derecho administrativo europeo en "formación" o en "evolución" ⁴. Y en general puede constatarse una actitud doctrinal favorable al Derecho administrativo europeo. En este sentido, llega a decirse que el Derecho administrativo europeo es el reto principal del Derecho administrativo en los momentos actuales ⁵. No obstante, no queda siempre claro a qué Derecho administrativo europeo aluden este tipo de referencias doctrinales.

(coordinador), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le Droit privé européen*, Paris 1998.

En el Derecho constitucional, A.E. PÉREZ LUÑO, "El Derecho constitucional común: un ideal realizable", en *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen I Madrid 1998 pp.685 y ss.; C. TOMUSCHAT, "Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen", *VVDStRL* 1978 36; P. HÄBERLE, "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, nº9 1993; A.E. PÉREZ LUÑO, "El Derecho constitucional común europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle", *Revista de Estudios políticos*, nº88 1995, p.171; J.P. JACQUE, "La communautarisation des politiques nationales", *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nº48 1989, p.30.

En relación con el Derecho procesal, B. PASTOR BORGONÓN, "Incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento procesal español", *Gaceta jurídica de la CEE*, serie D, nº19 1990, pp.11 y ss. De especial interés serían los estudios desarrollados desde el punto de vista de la Historia del Derecho europeo (véase, junto al clásico trabajo de A. GARCÍA GALLO, "Cuestiones de Historiografía jurídica. I La justificación de la Historia del Derecho; II La Historia del Derecho europeo", *AHDE* 44 Madrid 1974, pp.741 y ss., F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, "Ilusiones y realidades de la Historia del Derecho europeo", *Glossae, Revista de Historia del Derecho europeo* nº7 1995, Instituto de Derecho Común Europeo, Universidad de Murcia, con otras referencias bibliográficas). En este contexto se enmarcarían también los trabajos sobre Historia de las instituciones comunitarias (R. PÉREZ BUSTAMANTE, *Historia de la Unión Europea*, Madrid 1997).

⁴ "Im Werden" (J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Baden Baden, 1982); F. SCHÖCH, "Die Europäisierung..." p.114 habla, así también, de que "el concepto de europeización no describe un estado sino un proceso" ("Der Begriff Europäisierung beschreibt nicht einen Zustand sondern weist auf einen Prozeß hin"). U. BLAUROCK, "Europäisches..." p.276: "ein langsamer aber stetiger Prozeß". "Vers un droit commun européen" -en términos de J. RIVERO, "Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif", en G. CAPPELLETTI (coord.), *New Perspectives for a Common Law for Europe*, Bruxelles 1978-; *in the making* -para J. BELL- "Convergences and divergences in European administrative Law", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, p.22.

Estamos "de camino" hacia tal Derecho administrativo europeo (*verso un modello* -para S. CASSESE, "Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?", *Rivista italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 1992, pp.23 y ss.-, *auf dem Wege* -para U. EVERLING, *Auf dem Wege...* pp.1 y ss.-). También R. PITTSCHAS, "Integrationsprobleme des Polizeirechts in Europa", *NVwZ*, nº7 1994, p.629, en relación con la formación de un Derecho de policía europeo. En España, por todos, J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Vers un droit administratif commun européen", *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer/Cambridge/Maastricht 1992 p.151; y además su trabajo "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol", *Actualité Juridique de Droit Administratif*, número especial ("Droit administratif et droit communautaire"), junio 1996, p.123.

⁵ WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I...* § 12 p.102.

No faltan, por otra parte, *actitudes* de abierto escepticismo frente a dicho Derecho administrativo europeo ⁶.

En este sentido, una postura extendida en Centroeuropa es la de criticar la forma en la que se está desarrollando el proceso de europeización de los Derechos de los Estados miembros. Esta doctrina afirma la diversidad frente a la unidad, la colaboración frente al centralismo, el continuismo y respeto de las peculiaridades de los Derechos de los Estados miembros contra la reforma de los Derechos nacionales ⁷. Pero tampoco queda nada claro si esta crítica tiene en realidad un carácter constructivo y propugna un “proyecto alternativo” para la realización de un Derecho administrativo europeo o, más bien, encubre un propósito real de frenar el proceso de integración jurídica comunitaria y la europeización de los Derechos nacionales ⁸.

Por el momento baste con poner de manifiesto la existencia de “actitudes” tanto favorables o simpatizantes como críticas, en torno al proyecto de realización de un Derecho administrativo europeo. No obstante, este planteamiento dominado por opiniones e incluso por las pasiones es insatisfactorio desde un punto de vista

⁶ Así por ejemplo se critica la mutabilidad de este Derecho administrativo europeo y la dificultad de reconducir a la unidad las premisas jurídicas básicas. Véase así G. BERTI, *Prefazione a V. ANGIOLINI/N. MARZONA, Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova 1990, p.70; para E. PICOZZA, “Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, pp.1209 y ss. (1241), no es posible afirmar un Derecho administrativo europeo, debiéndose hablar por contra de un Derecho administrativo del Mercado Común Europeo. Otro problema es de orden metodológico, es decir la dificultad de abordar el análisis de cada tema en relación con los distintos países, especialmente tras la entrada de nuevos miembros (N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1986, § 74, p.31; H.H. KASTEN, “Entwicklung eines Europäischen Allgemeinen Verwaltungsrechts”, *DÖV*, 1985, p.571).

⁷ F. SCHOCH, “Die Europäisierung...” pp.115 y 116; V. GÖTZ, “Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien - Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat”, *NJW* 1992, p.1849; C. HILLGRUBER, “Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH - Hat Europarecht Methode?”, en VON DANWITZ (coord.), *Auf den Wege zu einer europäischen Staatlichkeit*, 1993 p.40; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982; H.W. RENGELING, “Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht”, *VVDStRL* 53 (1994) pp.234 y 239; H. STEINBERGER, “Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft”, *VVDStRL* 50 (1991), pp.9 y 32; P.M. SCHMIDHUBER, “Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht”, *DVBl* 1993, p.418; V. GÖTZ, “Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?”, *JZ*, nº6 1994, p.266; R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1990, p.238; H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, I/II-12. Véase también H.P. IPSEN, “Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften”, en J. ISSENSEE/P. KIRCHHOF (coord.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1992, Tomo VII, § 181, Rdn. 40 y ss.; G. KONOW, “Zum Subsidiaritätsprinzip des Vertrags von Maastricht”, *DÖV* nº10 1993, pp.406 y 408.

⁸ Puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Probleme des europäischen Verwaltungsrechts”, *Sächsisches Verwaltungsblatt* nº8, 1997, con una crítica de la doctrina alemana sobre el Derecho administrativo europeo.

científico, lejano éste por definición del mundo de los juicios de valor realizados sin el suficiente fundamento, como algunas veces parece ocurrir con el Derecho administrativo europeo.

Por otra parte, el Derecho administrativo europeo puede llegar a verse como un elemento de crisis del Derecho administrativo y por tanto del Derecho nacional. A mi juicio, el Derecho administrativo europeo puede considerarse hoy junto a otros factores que plantean igualmente la "crisis" del Derecho administrativo, tales como el fenómeno de privatización formal y consiguiente aplicación del Derecho privado para la realización de funciones administrativas, o el fenómeno de extensión del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia respecto de ciertos ámbitos regulados tradicionalmente por el Derecho administrativo (como por ejemplo los contratos, el servicio público, los colegios profesionales, etc.).

El significado del término "crisis", que he empleado, no tiene necesariamente una connotación negativa. Sin embargo, no han faltado quienes consideran que la paulatina realización de un Derecho administrativo europeo lleva consigo la progresiva *degradación* de la calidad jurídica del Derecho nacional⁹.

En todo caso, parece manifestarse cierto desconcierto sobre el Derecho administrativo europeo, pues ni siquiera es fácil averiguar en qué términos se están presentando las contradicciones y diferencias entre las distintas posturas doctrinales o, incluso, qué se está entendiendo por "Derecho administrativo europeo"¹⁰. ¿Se critica el Derecho administrativo europeo con el fin de "defender"

⁹ Así T. VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, Tübingen 1996. En este sentido, llega a afirmarse la legitimidad de una "pretensión de rechazo" frente al Derecho europeo, por degradar éste la calidad jurídica del Derecho alemán. Debe evitarse -dice DANWITZ- el riesgo de que "algún día despertemos y los institutos jurídicos del Derecho alemán hayan desaparecido". Consecuentemente, esta doctrina pretende poner cortapisas al proceso de europeización del Derecho interno. Se afirma, por tanto, la necesidad de que el TJCE (auténtico responsable de la actual situación, a juicio de T. VON DANWITZ) valore qué Derecho nacional presenta la mejor solución jurídica en el caso concreto, antes de proceder a imponer automáticamente la solución del Derecho francés. Se defiende también que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no puede llegar a "desplazar" los Derechos nacionales.

En esta línea, puede verse también el clásico trabajo de U. SCHEUNER, "Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtentwicklung", *DÖV* 1963, p.714.

Sin embargo, como pone de manifiesto SCHEUING, parece más sensato intentar influir en el Derecho comunitario que oponerse a la europeización del Derecho administrativo (D.H. SCHEUING, "Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht", en: W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ARMANN, coordinadores, *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandlens*, Baden Baden 1994 p.354).

¹⁰ Como afirma FALCON, el Derecho administrativo europeo es "*una specie di foresta non solo inesplorata, ma sconosciuta a molti nella sua stessa esistenza*"; véase G. FALCON, "Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, pp.351 y 368 y ss.

el Derecho administrativo nacional frente al proyecto de Derecho común europeo? ¿O considerando más bien la utopía e imposibilidad de realizar dicho proyecto? Y tampoco queda claro que el Derecho administrativo europeo sea un simple Derecho en formación, ya que no es difícil verificar la existencia de ciertas regulaciones comunes en los Derechos de los distintos Estados miembros. Este conjunto de principios de Derecho y de regulaciones jurídicas comunes existentes en Europa ¿no constituyen por sí mismas un Derecho administrativo europeo?

Es preciso reconocer que se está *manifestando* la "presencia" de un Derecho administrativo europeo (aunque sólo sea considerando el fenómeno de europeización de los Derechos nacionales) a pesar de que no sea diáfana su extensión y límites. Pero es discutible hasta qué punto no estamos ante una europeización sin método, rumbo y criterio, lo que explicaría las dificultades existentes para identificar un objeto claro, uniforme y definido del Derecho administrativo europeo, problema en buena medida agravado por la inexistencia de una Administración *ad hoc*, comunitaria, que lleve a cabo la ejecución del Derecho comunitario ya que el grueso de la ejecución del Derecho comunitario corresponde a las Administraciones de los Estados miembros.

Antes de abordar este tipo de problemas es preciso analizar los distintos temas que plantea el Derecho administrativo europeo, empezando por la referida europeización del Derecho administrativo y el papel decisivo que corresponde asumir a la doctrina y al Derecho comparado.

PRIMERA PARTE

VÍAS POR LAS QUE SE MANIFIESTA EL
DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

CAPÍTULO ÚNICO

LA EUROPEIZACIÓN DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. La aplicación del Derecho comunitario por las Administraciones nacionales.

Corresponde seguidamente poner de manifiesto ciertas vías o cauces por los que se manifiesta la "presencia" de un Derecho administrativo europeo.

En este sentido, el tema de la ejecución del Derecho comunitario por las Administraciones de los Estados miembros puede ser suficiente para corroborar que los Derechos nacionales han de contener ciertos principios jurídicos cuya observancia viene exigida por el Derecho comunitario europeo.

Es conocido que, salvo excepciones (que son los casos llamados de ejecución directa), lo normal es que sean las Administraciones de los propios Estados miembros quienes lleven a cabo la ejecución del Derecho comunitario (principio de autonomía institucional en favor de los Estados) ¹¹.

¹¹ Sobre este tema, en general, véase R. ALONSO GARCÍA, "La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español", *RAP* 121 (1990); J.M. BAÑO LEÓN, "La ejecución autonómica del Derecho comunitario ante el Tribunal constitucional", *REDA* nº62 (1989); S. CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid 1986, p.334; P. DYRBERG, "Tendencias a la unificación del Derecho público europeo en el marco de las Comunidades Europeas", *Revista Vasca de Administración pública*, 1994 nº40 (II), pp.69 y ss.; ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, Madrid 1998; R. JIMÉNEZ ASENSIO, "La ejecución del Derecho comunitario por las Comunidades autónomas en la jurisprudencia constitucional", *Revista Vasca de Administración pública*, nº41 1995, pp.181; A. MANGAS MARTÍN, "La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas", *IEA* 1990; A. MENÉNDEZ, "Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del

Por eso, en términos generales el desarrollo de unos principios jurídico-administrativos comunes a los distintos Estados miembros puede explicarse considerando las limitaciones que pesan sobre el mencionado principio de autonomía que rige en favor de los Estados miembros. En efecto, el principio de autonomía institucional ha de entenderse junto a los principios de cooperación con la Comunidad (artículo 10, antiguo 5, del TCE) y de aplicación uniforme del Derecho comunitario (STJCE de 6 de junio de 1972, asunto 94/71 Schlüter contra Hauptzollamt Hamburg, Rec.1972 pp.307 y ss.¹²).

Podría por tanto hablarse de una discrecionalidad de la que disponen los Estados a la hora de ejecutar el Derecho comunitario, limitada por el propio Derecho comunitario, y cuya intensidad variará evidentemente en función de ciertos factores tales como los términos en los que esté redactada la obligación del Estado miembro o de si se trata de ejecutar un reglamento o una directiva.

Igualmente, la jurisprudencia comunitaria, decisiva en la materia, exige otras veces a los Estados miembros que "se tome plenamente en consideración el interés de la Comunidad" (por todas, STPI de 8 de junio de 1995, asunto T-459/93 Siemens contra Comisión).

Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas requiere un medio efectivo de ejecución (principio de eficiencia) a la hora de ejecutar el Derecho comunitario (STJCE de 8 de julio de 1999 asunto C-186/98): "debe recordarse que cuando una normativa comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de in-

Derecho de la competencia", *REDA*, 77 p.9; A.M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Madrid 1998; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid 1986, p.101; G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona 1995, p.233; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La ejecución del Derecho comunitario en España*, Madrid 1994; J. ROLDÁN BARBERO, "La aplicación judicial del Derecho comunitario en España", *Revista de Derecho comunitario*, 1997 2 pp.549 y ss.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, "Aplicación del Derecho comunitario europeo por los órganos jurisdiccionales europeos", *Gaceta de la CEE*, serie D, nº13 1990, pp.17 a 19; A. SALVADOR SANCHO, "Modalidades de ejecución de las competencias estatales en materia de sanidad exterior", *REALA* nº250; F. SANTAOLALLA GADEA, "La aplicación del Derecho comunitario en España", en: E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, Madrid 1986 pp.385 y ss.; J.E. SORIANO GARCÍA, "Comunidades Autónomas y Comunidad Europea: primeros pasos en la dirección correcta", *REDA* 69 1991, p.20 a 31; J. SUAY RINCÓN, "Sobre la obligación de los Estados miembros de eliminar sus disposiciones internas incompatibles con el Derecho comunitario y sobre los medios de hacerla efectiva", *Noticias de la CE* nº30 1987 pp.123 y ss.; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 1988, p.73; E. SCHMIDT-ASSMANN, "Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht", *DVBl* 1993, p.936.

¹² Interesaría especialmente el párrafo siguiente: "lorsque l'exécution d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, elle a lieu en principe selon les prescriptions de forme et de procédure du droit national; cette règle doit être conciliée avec les nécessités d'une application uniforme du droit communautaire pour éviter le traitement illégal des assujettis de la Communauté".

fracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del TCE, tras el Tratado de Amsterdam artículo 10 del TCE, obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y eficacia del Derecho comunitario”.

Pero, junto a este enfoque o planteamiento general, interesa especialmente poner de manifiesto cómo la ejecución del Derecho comunitario, por parte de las Administraciones nacionales, está mediatizada por la observancia de ciertos principios jurídicos cuya validez se afirma en general respecto de las distintas instancias que en los Estados miembros llevan a cabo la ejecución del Derecho comunitario. Pueden presentarse algunos ejemplos, cuyo estudio en profundidad será realizado en el momento oportuno a lo largo de este trabajo.

Puede primeramente recordarse el derecho de defensa en cualquier procedimiento que haya sido incoado contra una persona y que pueda culminar con un acto lesivo. Este derecho “constituye un principio fundamental del Derecho comunitario, que debe observarse aun cuando la normativa reguladora del procedimiento de que se trate no contenga una disposición expresa a este respecto” (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de mayo de 1997, Quijano/Comisión, T-169/95, RecFP pp. I-A-91 y II-273, apartado 44, y de 15 de junio de 2000, F/Comisión, T-211/98, RecFP pp. I-A-107 y II-471, apartado 28 de 23 de enero de 2002 ; STPI de 23 de enero de 2002, asunto T-237/00).

En materia de revocación de ayudas ilegales, tanto comunitarias como estatales, la justicia comunitaria impone a los Estados miembros la observancia de ciertos principios o reglas de Derecho y, asimismo, orienta a dichos Estados acerca de la interpretación que debe darse a los principios jurídicos del Derecho nacional para que la aplicación de la legislación del Estado miembro sea conforme al Derecho comunitario: enriquecimiento injusto, buena fe del beneficiario de la ayuda, confianza legítima, aplicación de la legislación nacional sólo cuando no exista una reglamentación comunitaria, etc. (véase *infra* el estudio dedicado a la “revocación de actos administrativos”).

Igualmente, en materia de sanciones la justicia comunitaria ha tenido ocasión de perfilar los principios aplicables por las autoridades de los Estados miembros a la hora de imponer las sanciones: adopción de todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, incluyendo si es necesario la vía penal ¹³, principio de culpabilidad ¹⁴, carácter efectivo, disuasivo

¹³ Auto del TJCE de 13 de julio de 1990, asunto C-2/1988, Zwartveld, Rec.1990 p.I-3365; y STJCE de 10 de abril de 1984 asunto 14/83, von Colson and Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen, Rec.1984 p.1891.

¹⁴ STJCE de 12 de octubre de 1995, asunto C-104/94.

y proporcionado de la sanción ¹⁵, etc. (véase *infra* “Los problemas del Derecho sancionador en el Derecho comunitario”, cuarta parte, capítulo sexto).

Los Derechos de los Estados miembros podrán o no contemplar estos principios cuya aplicación exige la justicia comunitaria. En caso de que no los contemplen, tendrán que introducirlos. Y se habrá conseguido entonces desarrollar el Derecho administrativo europeo (vgr. la generalización de unas mismas reglas de Derecho en los ordenamientos europeos). Este conjunto de principios de Derecho europeo pasan a formar parte del bloque de legalidad que las instancias administrativas del Estado miembro han de observar para el cumplimiento de sus funciones. Podría incluso concluirse hablando de la “necesidad de un Derecho administrativo europeo”, con el fin de *asegurar* una ejecución administrativa del Derecho comunitario *conforme a Derecho*.

En el plano interno, es preciso recordar, tomando como ejemplo la STS de 15 de febrero de 1999 Ar.1644, que “es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario, y ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conxión comunitaria (cfr. SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991 y 117/1992, entre otras muchas)”.

2. La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas.

A. *Jurisprudencia comunitaria y Derecho administrativo europeo.*

La relación entre la jurisprudencia comunitaria y el Derecho administrativo europeo no se agota con el fenómeno de repercusión de aquélla sobre los Derechos de los Estados miembros, por ser una relación más rica e intensa ¹⁶.

¹⁵ STJCE de 23 de enero de 1997, asunto C-29/95.

¹⁶ Así, para G. FALCON, el Derecho administrativo europeo es, precisamente, “el conjunto de principios jurídicos, elaborados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la interpretación y sobre todo la integración de la aplicación de una normativa fragmentaria, principios que si bien son autónomos de los sistemas nacionales se corresponden no obstante con su problemática y características fundamentales” (*un senso comune dei diritto amministrativo*); G. FALCON, “Dal Diritto...” p.359. Véase igualmente M.P. CHITI, “Los Señores del Derecho comunitario: la Corte de Justicia y el desarrollo del Derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho Administrativo*, Argentina nº11 (1992); U. EVERLING, “Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.193 y ss.;

Concretamente, la descripción de las repercusiones del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales conduce a dibujar un “proceso general de influencias” entre los Derechos de los Estados miembros y el Derecho comunitario (esencialmente, aquí, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).

En primer lugar, se identifica una repercusión de los Derechos nacionales sobre el Derecho comunitario. En este sentido, tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha propugnado que el Derecho comunitario aspira a ser más expresión y resultado de la confluencia de los Derechos nacionales que una ruptura con dichos Derechos¹⁷. En efecto, y con el fin de integrar las lagunas que presentan los Tratados constitutivos, la justicia comunitaria se basa en los Derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el “*uso dell’approccio comparatistico*”) ¹⁸.

En segundo lugar, puede corroborarse el proceso inverso, concretamente la repercusión del Derecho comunitario sobre los ordenamientos de los distintos Estados miembros¹⁹. Podría subrayarse en este sentido el efecto de armonización que causa la jurisprudencia comunitaria (un efecto de *comunanza* o *concurrency*), siendo los Derechos nacionales una *parti di un tutto*²⁰.

J. RIVERO, “Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif”, en G. CAPPELLETTI (coord.), *New Perspectives...* pp.389 y ss.); J. ROLDÁN BARBERO, “Derecho comunitario y principios fundamentales del Derecho interno”, *Revista de Instituciones Europeas* n°23/3 1996 pp.799 y ss.

Téngase también en cuenta el libro dirigido por J.E. SORIANO GARCÍA, *La reciente jurisprudencia comunitaria comentada*, Madrid 1999 *in toto*.

¹⁷ Por todas, STJCE de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM&S Europe Limited contra Comisión, Rec. pp.1575 y ss. Puede verse, igualmente, R. MÖGELE, “Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - wechselseitige Einwirkungen”, *BayVBl* n°18 1993, p.559.

¹⁸ Así desde su famosa sentencia *Dineke Algera contra Asamblea Común de la CECA* de 12 de julio de 1957, asuntos acumulados 7/56 y 3 a 7/57, Rec. pp.91 y ss., donde el Tribunal afirma que “para la resolución del caso se apoya en la legislación, doctrina y jurisprudencia de los Estados miembros -por no existir en el Tratado precepto para su resolución-”.

¹⁹ Especialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas; A. ADINOLFI, “I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, p.523; S. CASSESE, “I lineamenti essenziali del Diritto amministrativo comunitario”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, p.10; H.W. RENGELING, “Die Entwicklung...” pp.331 y ss.

Véase también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional”, *REDA* n°67 (1990), pp.401 y ss.; G. REISCHL, “Ansätze zur Herausbildung eines Europäischen Verwaltungsrechts in der Rechtsprechung des EuGH”, en J. SCHWARZE (coord.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Baden-Baden 1982.

²⁰ G. FALCON, “Dal Diritto...” p.360 y 368.

Pero, en tercer lugar, es preciso hacer hincapié en un interesante proceso de influencias recíprocas entre los propios Derechos administrativos nacionales entre sí, a través del “puente” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Dicho proceso puede caracterizarse como un “efecto horizontal” (que se suma al efecto vertical, que acaba de comentarse, por el cual el Derecho comunitario incide en los Derechos administrativos nacionales y éstos en el comunitario).

Por el “efecto horizontal”, el Derecho comunitario actúa como “plataforma” para el “transplante” de los institutos de un Derecho nacional en otro (fenómeno designado como *spill-over*²¹ o también “*convergenza tra ordinamenti*”²²).

Puede llegar a observarse la huella que dejan algunos ordenamientos europeos en la jurisprudencia del TJCE, así del Derecho francés respecto del régimen de responsabilidad extracontractual o del régimen de garantías procesales²³, o del Derecho alemán en cuanto a la aplicación de los principios de proporcionalidad o de confianza legítima²⁴; también del Reino Unido en

²¹ Con ejemplos véase S. CASSESE, “L’influenza del Diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1993, pp.329 y ss.; también en este sentido, A. ADINOLFI, “I principi...” pp.524 y 563; en Alemania, por todos, J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.95 y 1380 y ss. y, del mismo autor, *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden...* p.16.

Este fenómeno de intercomunicación de los Derechos nacionales no es sino mera expresión de un proceso más amplio y general. Sirva al efecto el párrafo siguiente seleccionado de una obra de T.S. Eliot (*The unity of European culture*, 1946): “for the health of the culture of Europe two conditions are required: that the culture of each country should be unique, and that the different cultures should recognise their relationship to each other, so that each should be susceptible of influence from the others (...). In the European culture can be found three elements: the local tradition, the common European tradition, and the influence of the culture of one European country upon another”. En este mismo sentido, véase P. HÄBERLE, “¿Existe un espacio público europeo?”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1998 3 pp.113 y ss.

²² Destacable sería el efecto que la jurisprudencia comunitaria está produciendo sobre el Derecho inglés, en el sentido de la introducción en este ordenamiento de principios jurídicos de otros Estados, por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Véase Lord MACKENZIE STUART, “Recent developments in English Administrative Law. The impact of Europe”, en F. CAPOTORTI (coord.), *Du droit...* pp.441 y ss.; también J.A. USHER, “Community Law and Private Law - A View from the United Kingdom?”, en P.C. MÜLLER-GRAFF, *Gemeinsames...* pp.171 y ss.

²³ Véase P. BECKER, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, Hamburg 1963; A. ADINOLFI, “I principi...” pp.555 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El control de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español (informe para el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria)”, *RAP* n°135, pp.303 y ss.

²⁴ M. FROMONT, “Le principe de proporcionalité”, *L’actualité juridique* 1995 spécial p.156.

relación con las garantías procedimentales tales como el derecho de audiencia (*right to be heard*)²⁵.

La repercusión intensa del Derecho europeo en los Derechos nacionales lleva a la consideración de que aquél deja de ser un corpus jurídico separado del Derecho nacional, por *interferir* más bien en la formación de las instituciones jurídicas nacionales²⁶.

Junto a este tipo de influencias puede valorarse, asimismo, “la influencia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las declaraciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”²⁷ (véase *infra* el apartado dedicado a la jurisprudencia del TEDH, en este mismo capítulo).

B. Algunos problemas planteados por los Estados miembros frente a la jurisprudencia comunitaria y la primacía del Derecho comunitario.

Actualmente, la Constitución Europea prevé en su **artículo I-6**: el clásico principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional: “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

Pero no puede desconocerse que la europeización de los Derechos nacionales, y la propia repercusión de la jurisprudencia del TJCE que acaba de comentarse, se ha realizado con problemas y dificultades.

Los Estados miembros han mostrado ciertas reticencias por ejemplo frente al deficiente planteamiento procesal comunitario de garantías jurídicas de los ciudadanos en caso de vulneración de un derecho fundamental reconocido por la

²⁵ Sobre este, en general, puede verse, J.A. USHER, “The influence of national concepts on decisions of the European Court”, *European Law Review*, 1976, pp.359 y ss.; J. MERTENS DE WILMARS, “La jurisprudence de la Cour de Justice comme instrument de l’intégration communautaire”, *Cahiers de Droit européen*, 1976 p.148.

²⁶ Se dice, así, que “*vive internamente*” dentro de tales instituciones (E.M. BARBIERI, “Diritto comunitario ed istituti generali del Diritto amministrativo nazionale”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, p.25; G. FALCON “Dal diritto...” p.356; S. CASSESE, “Il Diritto amministrativo europeo: una introduzione”, *El desenvolupament del Dret administratiu europeu*, Barcelona 1993, p.8).

²⁷ En palabras de G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/A. VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997 2 p.341.

Constitución de dicho Estado miembro, o incluso frente al principio de supremacía del propio Derecho comunitario. Las fricciones que han podido plantearse han sido tales que cierto sector doctrinal, que ha estudiado el Derecho administrativo europeo, llega a hablar de una "convivencia (entre Derecho comunitario y Derechos nacionales) querida pero sufrida" (*voluta ma sofferta*)²⁸.

El germen de los problemas puede verse en el dato, tantas veces criticado o comentado durante los últimos años, de la inexistencia en los Tratados comunitarios de una lista de derechos fundamentales²⁹. Para más inri el TJCE, en una primera jurisprudencia, rechazó pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales causada por las normas de Derecho comunitario³⁰, pese a que mediante otras resoluciones inició una andadura proclive a la protección de dichos derechos³¹.

No puede sorprender que en los Estados miembros se hayan planteado críticas contra este sistema. Destacarían en este sentido las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán denominadas Solange I, Vielleicht, Solange II y Maastricht (años 1974, 1979, 1981 y 1993, respectivamente). El planteamiento jurídico es en todas ellas básicamente el mismo: en tanto en cuanto el nivel de garantías jurídicas de Derecho comunitario, de protección de derechos fundamentales, sea aceptable, el Tribunal Constitucional se inhibe de realizar un control sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales por parte del Derecho comunitario, y en tanto en cuanto esto no ocurra dicho Tribunal Constitucional realizará dicho enjuiciamiento. La primera de las posibilidades es la que ha acabado primando en la jurisprudencia del TC alemán, pese a que queda latente la segunda de las mencionadas.

Con el tiempo, el tema de la protección adecuada de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario por una parte ha ido consolidando ciertos progresos

²⁸ La expresión es de G. COCCO, "Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra Diritto comunitario e Diritto interno", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, p.641, recogida también por E.M. BARBIERI, "Diritto..." p.4.

²⁹ Sobre el tema F.J. MATÍA PORTILLA, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid 2002.

³⁰ STJCE de 4 de febrero de 1959, Stork, asunto 1/58 y STJCE de 17 de mayo de 1960, Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr, asuntos 36 a 38 y 40/59; Rec.1958 p.43 y 1960 p.857, respectivamente.

³¹ En este contexto, téngase en cuenta la sentencia Stauder de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, donde el TJCE reconoce que los derechos fundamentales están comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario. Igualmente, sentencia Internationale Handelsgesellschaft, Rec.1970 p.1125, sentencia Nold de 14 de mayo de 1974, sentencia Defrenne III de 30 de junio de 1978, sentencia Hauer de 13 de diciembre de 1979, etc.

jurídicos sin que por otra parte esto haya evitado la discusión sobre la conveniencia y necesidad de mejorar el sistema. Véamos ambos hechos por separado.

En primer lugar, y en cuanto a los progresos realizados, el Derecho comunitario, a través de la vía pretoriana del TJCE, ha venido mejorando el nivel de protección de ciertos derechos fundamentales, basándose para ello esencialmente en las tradiciones comunes de los Derechos de los Estados miembros (dato que viene a reiterar los planteamientos hechos *supra* sobre el Derecho administrativo europeo) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ³² y en la jurisprudencia del TEDH ³³.

Y sin perjuicio de encontrar inspiración también en otros documentos de carácter internacional (junto al citado Convenio, la Carta Social Europea y el Convenio 111 de la OTI), lo cierto es que es preciso valorar positivamente el esfuerzo realizado por el TJCE en aras de conseguir integrar esta importante laguna del Derecho comunitario que es la protección de los derechos fundamentales.

A ello ha contribuido también la previsión de ciertas disposiciones de los Tratados de la CE y de la Unión Europea, tales como aquéllas que pueden hacerse corresponder con ciertos derechos fundamentales (derecho de no discriminación -artículos 13 y 39 por ejemplo del TCE-, libertad de circulación de los trabajadores -artículo 39-, libertad de establecimiento -artículo 43-, libre prestación de servicios -artículo 49-, libre circulación de mercancías -artículo 23-, libertad de empresa -artículos 23, 39, 81, etc.-, derecho de petición -artículo 194-, etc.) ³⁴.

Podría seleccionarse en este sentido una STPI de 29 de enero de 1997, asunto T-113/96, donde primeramente se afirma que "el derecho al libre ejercicio de

³² Sobre el particular, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/E. TIZZANO/R.ALONSO GARCÍA, *Código de la Unión Europea*, Madrid 1996 p.745; N. FERNÁNDEZ SOLA, "La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", *Noticias de la Unión Europea* 1997 144 p.53; M. MARTÍ CORMENA, "Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario", *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, 1999 82/83 pp.10 y ss.; D. RUIZ JARABO, "Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas", *Podre Judicial* 1993 6 pp.159 y ss.; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Sobre el Derecho internacional de los derechos humanos y comunitario europeo", *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1999 5.

³³ Por todas, STJCE de 29 de mayo de 1997, asunto C-299/95.

³⁴ A.G. CHUECA, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona 1989, pp.73 a 108; M. HEINTZEN, "Die Herrschaft über die Europäischen Gemeinschaftsverträge - Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs", *AöR* 1994, pp.564 y ss.; J.V. LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Bruselas-Luxemburgo 1986, p.91; A. POYAL COSTA, "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario", *Revista de Estudios Europeos* n°8 1994; M. SCHWEITZER/W. HUMMER, *Europarecht*, Frankfurt 1985, p.188; M. ZULEEG, "Deutsches und Europäisches Recht", *WVStRL* 53 (1994), pp.165 y ss.

las actividades profesionales forma parte de los principios generales del Derecho comunitario" y, en segundo lugar, el TPI prevé ciertos límites o restricciones en el ejercicio de este tipo de derechos:

"Sin embargo, dicho principio no se presenta como una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración y en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al libre ejercicio de una actividad profesional, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado".

Interesa poner de manifiesto que de esta forma el TPI desarrolla una típica o característica función constitucional que es la de delimitar el ejercicio de un derecho fundamental (en el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia observa que la realización del mercado interior no afecta a la existencia de la empresa de la demandante o a la esencia de la libre elección de la profesión):

"No afecta directamente, sino sólo indirectamente, a un derecho relacionado con ésta, puesto que la supresión de ciertas formalidades aduaneras y fiscales que implica tiene determinadas repercusiones sobre las posibilidades de explotación de la empresa de la demandante y, sólo de ese modo, sobre el ejercicio de la profesión. Seguidamente, procede hacer constar que la realización del mercado interior constituye un objetivo de interés general evidente. Respecto a la finalidad esencial así perseguida, no contiene ninguna limitación indebida al ejercicio del derecho fundamental de que se trata".

En cuanto al segundo planteamiento hecho *supra*, del posible perfeccionamiento de este sistema, el debate durante los últimos años ha venido planteándose en torno a dos posibles opciones ³⁵.

La primera, la de establecer un catálogo de derechos fundamentales que sirva de referencia a la justicia comunitaria.

La segunda, la de adherirse la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

En este sentido, un significativo dictamen (2/94 de 28 de marzo de 1996), emitido por el TJCE, para el Consejo de la Unión Europea (en virtud del apartado 6 del

³⁵ Puede verse J.L. CARRILLO SALCEDO, "La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas", *Tratado de Derecho comunitario Europeo*, Madrid 1986 pp.17 a 26; L.M. DÍEZ PICAZO, "¿Una Constitución sin declaración de derechos?", *Revista Española de Derecho constitucional*, 1991 32 p.135.

artículo 228 del Tratado CE, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) concluye que para poder llevar a cabo dicha adhesión sería necesaria una reforma del Tratado de la CE ya que “una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una *envergadura constitucional*” (no es suficiente por tanto realizar dicha reforma con el apoyo del artículo 235 -hoy 308- del TCE)³⁶.

De ahí que interese, en este recorrido o evolución, de forma especial el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo F, en la versión anterior a la reforma de Amsterdam).

En principio, este precepto prevé que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario (disposición ésta que es común a los tres pilares del TUE³⁷).

Esta regulación (artículo 6.2 del TUE) viene pues a reconocer formal o expresamente la realidad existente, en tanto en cuanto el TJCE, como ya nos consta, se basa en el citado Convenio y en los Derechos públicos de los Estados miembros a la hora de desarrollar los principios generales del Derecho comunitario.

No obstante, el artículo 6.1 del TUE tras la reforma realizada por el Tratado de Amsterdam afirma que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. Este precepto puede relacionarse con el extenso y significativo artículo 7 del TUE donde se contemplan ciertas medidas que puede adoptar el Consejo en caso de que un Estado miembro viole los principios contemplados en el artículo 6, que acaba de ser estudiado (suspensión

³⁶ Puede verse C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de las instituciones europeas*, 1996 3 Vol.23 pp.817 y ss.

³⁷ Véase también el artículo 46 del TUE. En la doctrina, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *I Diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, Bolonia Conferenza-seminari 16 (1991/92) pp.10 a 20; R. GOSALBO BONO, “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho comunitario europeo* 1997 1 p.47; A. MASSERA, “I principi generali”, en M.P. CHITI/G. GRECO (coordinadores), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 1997 pp.431 y ss.; E. VÁZQUEZ GÓMEZ, en VARIOS AUTORES, *Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo IV*, Córdoba 1998 pp.307 y ss.

de determinados derechos contemplados en el TUE incluidos los derechos de voto del representante de dicho Estado miembro en el Consejo, tras la constatación de la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro).

Por otra parte, en el ámbito de los derechos sociales es preciso considerar, junto a ciertas alusiones del TUE (artículos 6.2, 7 y 46), el Título XI del TCE (sin perjuicio de las clásicas libertades fundamentales de los trabajadores proclamadas en dicho Tratado).

Tras la reforma del TCE, por el Tratado de Amsterdam, el Preámbulo del TUE contiene un considerando cuarto donde se reconocen expresamente los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea de Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 (véase el nuevo artículo 136 del TCE).

De esta forma se supera *el sistema de Maastricht* basado en el Protocolo sobre política social y el no menos famoso Acuerdo sobre Política Social celebrado entre los Estados miembros de la CE *a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, pasando esta regulación al articulado del TCE (artículos 136 y ss.) y consiguiendo dicha regulación una validez general en el territorio comunitario (por tanto también en el Reino Unido).

Es preciso, no obstante, no olvidar que el artículo 137.6 declara la inaplicación del Derecho comunitario respecto de temas tan esenciales como las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal. Y en general parece que debe aún profundizarse en el encaje de los derechos sociales dentro del Derecho comunitario ³⁸.

En fin, toda la evolución precedente culmina inicialmente con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales, aprobada por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión, reuniendo en un solo texto los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, de 7 de diciembre de 2000³⁹. La aprobación de dicha Carta no puede hacer olvidar los progresos jurídicos realizados durante los últimos años. No es aquélla un testimonio que surja de la nada. Como recuerda de forma interesante una STPI de 20 de febrero de 2001 (asunto T-112/98) "el hecho de que se haya aprobado un Convenio para la protección de los Derechos Humanos

³⁸ Puede verse J. BAQUERO CRUZ, "La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1998 4 pp.639 y ss. y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "El control de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español (informe para el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria)", *RAP* n°135, pp.303 y ss.

³⁹ A. FERNANDEZ TOMAS, *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Valencia 2002.

y Libertades Fundamentales no puede ignorar el reconocimiento anteriormente de los derechos fundamentales a nivel comunitario y en particular del principio fundamental del respeto de los derechos de defensa”.

No obstante, en la actualidad es preciso estar especialmente a la Constitución Europea y a la incorporación de la citada Carta de los Derechos Fundamentales dentro del articulado de dicha Constitución (Parte II de la Constitución; véase también su artículo I-9).

Así pues, la conexión, de las distintas afirmaciones y planteamientos que acaban de hacerse, con el Derecho administrativo europeo es evidente. Si el Derecho comunitario es la base fundamental del Derecho administrativo europeo los problemas que afectan al principio de supremacía del Derecho comunitario vienen a ser problemas para la afirmación del propio Derecho administrativo europeo. De igual modo, los progresos de dicho Derecho comunitario representan un avance para el Derecho administrativo europeo.

Debemos entonces aludir a otro tipo de problemas planteados al Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, concernientes a la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de rango infraconstitucional ⁴⁰. En este sentido, es conocida la posición del Tribunal Constitucional italiano en aras de condicionar la primacía del Derecho comunitario sobre la norma de Derecho interno posterior a aquél a un previo pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Ley de Derecho interno ⁴¹, pese a que tras la sentencia Granital el TC italiano (STC 170/84)

⁴⁰ En la STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, se establece la regla de primacía del Derecho comunitario: “los jueces nacionales están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, inaplicando toda disposición eventualmente contraria a la nacional, *sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria*” (F.21). Es el efecto de “bloqueo o cierre” (Sperrwirkung), por el cual las directivas, tras su ejecución normativa por el Estado miembro, bloquean la posibilidad de los Estados de dictar una norma nacional posterior a la comunitaria que la contradiga. De lo contrario entramos en un supuesto típico del artículo 226, antiguo 169, del TCE (o acción de incumplimiento que promueve la Comisión contra un Estado miembro). Sobre las distintas explicaciones doctrinales que se han desarrollado para justificar el principio de supremacía en Alemania (teoría internacionalista, procedimental, federal, europeísta) puede verse E. GRABITZ, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München 1990, § 289, § 26 p.10.

Véase también M. ZULEEG, “Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien”, *ZGR* 1980, p.446 y ss.; V. CONSTANTINESCO, “Die Eigentümlichkeiten des europäischen Gemeinschaftsrechts”, *JuS* 1965, p.295; y S. MUÑOZ MACHADO, “Los principios de articulación de las relaciones entre Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, en *Tratado de Derecho comunitario. Estudio sistemático desde el Derecho Español* (dirigido por E. García de Enterría, J. González Campos y S. Muñoz Machado), Madrid 1986 p.537 y ss.

⁴¹ Véase G. COCCO, “Riserva di ordenamento e specialità del Diritto comunitario”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, pp.767 y ss.; M.P. CHITI, “I signori del Diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo”, *El desenvolvament...* p.17; G. GRECO, “Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale”, en M.P. CHITI/G. GRECO

reconoce que el juez ordinario es competente para inaplicar la norma de Derecho interno contraria a Derecho comunitario ⁴². Y volviendo a la sentencia Maastricht, el Tribunal Constitucional alemán ha establecido que la validez del Derecho comunitario en Alemania presupone que las instituciones comunitarias han seguido el sistema de competencias establecido expresamente en el Tratado ⁴³.

(coordinadores), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 1997 pp.399 y ss. (p.404); S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "Temas y problemas principales del Derecho comunitario europeo", *Revista de Estudios Europeos* nº8 1994; J. PALACIO GONZÁLEZ, "Jurisprudencia constitucional en sede comunitaria y protección de los particulares", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº42 1995, pp.82 y ss.; G. RUIZ-RICO RUIZ/G. BURKHARDT, "Control de constitucionalidad: Primacía y límites del Derecho comunitario europeo. Casos italiano y español", *Revista de las Cortes Generales*, nº31 1994, pp.72 y ss.; G. TESAURO, "Procedura di adeguamento al Diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, p.385.

⁴² En España no ha habido pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los Tratados constitutivos, sino sólo sobre el antiguo artículo 8.B.1 del Tratado de la Comunidad Europea que dio lugar a la reforma de la Constitución con el fin de atribuir un derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea. Por otra parte, el Tribunal español ha reconocido la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de rango *infraconstitucional* (véase sentencias 28/1991 y 64/1991). Puede verse M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Tribunal Constitucional y Derecho comunitario", *Noticias de la Unión Europea*, nº118 1994, pp.9 a 11; J. CARDONA LLORENS, "Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº118 1994, pp.34 y ss.; es significativo que el Tribunal Constitucional se haya limitado a hablar del carácter *infraconstitucional* del conflicto entre el Derecho comunitario y el nacional (J.J. IZQUIERDO PERIS, "El Tribunal Constitucional como órgano de garantía del Derecho comunitario en España", *Gaceta jurídica de la CEE y de la competencia*, B-87 1993, pp.16 y ss.); M. DESANTES REAL, "El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales", *Noticias de la Unión Europea*, nº118 1994, pp.43 y ss.; A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, "Notas sobre la sentencia 64/1991, de 22 de marzo (asunto APESCO)", *Noticias de la Unión Europea*, nº118 1994, pp.68 y 61; véase también A. MANGAS MARTÍN, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español*, Madrid 1987, pp.138 y 139; R. ALONSO GARCÍA, "La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la ley orgánica 10/198, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del artículo 93 de la Constitución Española", en *Tratado de Derecho comunitario. Estudio sistemático desde el Derecho español* (dirigido por E. García de Enterría, J. González Campos y S. Muñoz Machado), Madrid 1986 p.364.

⁴³ Sentencia Maastricht de 12 de octubre de 1993. Puede verse M. BACIGALUPO, "La constitucionalidad de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 12 de octubre de 1993)", *Gaceta jurídica de la CEE*, serie D 1994 p.41; S. GALERA RODRIGO, "El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea", *Gaceta jurídica de la CEE*, 1995 Boletín 103 p.11; M. FROMONT, "Europa und nationale Verfassungsrecht nach dem Maastricht-Urteil", *JZ* nº17 1995, pp.800 y ss.; D. HANF, "Le jugement de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº3 1994 pp.391 y ss.; N. MACCORMICK, "Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute", *JZ*, nº17 1995 pp.797 y ss.; H.J. HAHN, *Der Vertrag von Maastricht als völkerrechtliche Übereinkunft und Verfassung*, Baden-Baden 1992.

Otro problema que también en este contexto puede plantearse es el de un posible "activismo" judicial por parte del TJCE ⁴⁴, no legitimable, cuando dicho TJCE desarrolla los principios generales de Derecho comunitario (artículo 6.2 del TUE; artículo 288, antiguo artículo 215.2, del TCE).

La redacción de ciertos preceptos del Tratado de la Comunidad vendría a justificar un papel creativo ⁴⁵ por parte del TJCE, así el artículo 220 (antiguo 164) del TCE cuando dice que el Tribunal de Justicia "garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado" ⁴⁶.

El TJCE parece querer reservarse un amplio margen de apreciación a la hora de afirmar ciertos principios generales del Derecho comunitario sobre la base de las tradiciones comunes de los Derechos de los Estados miembros, ya que no siempre

⁴⁴ Sobre el tema W. DÄNZER-VANOTTI, "Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs", *RIW*, 1992, pp.733 y ss.; U. EVERLING, "Rechtsvergleichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft", *RabelsZ* 50 (1986), pp.193 y ss.; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, "Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht", *EuR* n°225 (1992), p.237; J. RINZE, "The role of the European Court of Justice as a Federal Constitutional Court", *Public Law*, 1993, pp.426 y ss.; F. SCHOCH, "Die Europäisierung..." p.116: "debe diferenciarse la interpretación de la creación jurídica"; I.E. SCHWARTZ, "30 Jahre EG-Rechtsprechung", en *Eine Ordnungspolitik. Festschrift für H. Von der Groeben*, 1987, pp.333 y ss.; J. UKROWS, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, Baden-Baden 1995.

⁴⁵ El papel creativo del TJCE se corrobora a la luz de la intensa repercusión de su jurisprudencia (así por ejemplo en cuanto a los criterios de suspensión del acto administrativo, de resarcimiento de daños causados por lesión de los intereses legítimos, la legitimación, la revocación de los actos administrativos, etc.). Puede verse M.P. CHITI, "I signori..." pp.12 y 17; igualmente, J. BOULLO-UIS, "L'incidence du droit communautaire sur l'organisation administrative française", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, p.749 y ss.; E. M. BARBIERI, "Diritto..." p.4 a 25; también E. PICOZZA, "Alcune riflessioni..." p.1236 a 1240; A. WEBER "Il Diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento de la Comunità Europea", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, p.393; del mismo autor, "Das Verwaltungsverfahren", en: M. SCHWEITZER, *Europäisches...* p.55; J. WEILER, "The European Court at a Crossroad: Community Human Rights and Member State Action", en F. CAPOTORTI (coord.), *Du droit...* pp.821 y ss.; J. SCHWARZE, "Tendances vers un Droit administratif commun en Europe", en *El desenvolvament...* p.3; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Privilegios y garantías: los poderes de la Comisión y los derechos de los particulares", en *El desenvolvament...* p.193.

⁴⁶ Análogos preceptos se contienen en el artículo 31 del Tratado de la CECA y en el artículo 136 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Por otra parte, los Tratados confieren al Tribunal poderes concretos y determinados: para sancionar cualquier incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le incumben, quedando el Estado obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia; para controlar la legalidad de los actos del Consejo y la Comisión y para establecer, a solicitud de cualquier órgano jurisdiccional nacional, la interpretación auténtica del Tratado y de los actos adoptados por las instituciones, así como para decidir sobre la validez de estos últimos, imponiendo su criterio a los jueces internos (véanse los artículos 220 y ss., antiguos 164 y ss. del TCE).

es fácil afirmar que estemos ante tradiciones jurídicas "comunes"⁴⁷. Otras veces, no obstante, se pone de manifiesto que el reconocimiento de los principios es común, siendo diferente su aplicación concreta⁴⁸.

En el fondo, la respuesta a esta compleja cuestión del activismo judicial dependerá, evidentemente, de la postura que quiera adoptarse en cuanto al grado mayor o menor de integración comunitaria que desee alcanzarse⁴⁹. En todo caso, no es siempre fácil trazar la línea divisoria entre la creación jurídica y el activismo judicial. Y las opiniones y posturas doctrinales no son coincidentes entre sí como lo corrobora el hecho de las dispares posiciones a las que ha dado lugar la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas *Francovich* y *Bonifaci contra Italia*

⁴⁷ El TJCE parece preferir hablar de "inspiración" en los Derechos nacionales, realizando "alusiones indirectas" a las regulaciones de los Estados. Puede verse A. ADINOLFI, "I principi..." pp.521, 544, 555; véase también F. CAPOTORTI, "Il diritto comunitario non scritto", *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, pp.409 y ss.; P. REUTER, "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de Droit", en *Mélanges H. Rolin*, Paris 1964. También se afirma que el Derecho administrativo europeo tiene, así, un *eigenes Profil* (U. EVERLING, "Auf dem Wege eines Europäischen Verwaltungsrechts", *NVwZ* 1987, p.9).

⁴⁸ Así, la STJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst AG* contra Comisión (asuntos acumulados 44/87 y 227/88, Rec. 1989 p.2260) afirma que si bien existe un reconocimiento general del principio de inviolabilidad de domicilio, las diferencias están en cuanto al alcance de dicha inviolabilidad en relación con las empresas. Sobre el tema, A. ADINOLFI, "I principi..." pp.545 y 548; igualmente, A. BLECKMANN, *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Colonia 1986, pp.102 y ss.

⁴⁹ La actividad "creadora" del TJCE se ha desarrollado principalmente en dos direcciones: la interpretación "progresista" de disposiciones fundamentales del Tratado y la creación de un orden jurídico nuevo autónomo. Respecto del primer extremo, por ejemplo, en materia de libre circulación de mercancías, el Tribunal dio una interpretación amplia de la noción de *medidas de efecto equivalente* (en la sentencia *Dassonville* de 11 julio 1974, asunto 8/74, Rec. pp.837 y ss.). No obstante, ha de tenerse en cuenta también la jurisprudencia posterior (sentencia *Keck*) más restrictiva. Véanse también las sentencias *Reyners* de 21 junio 1974 (asunto 2/74, Rec. pp.631 y ss.) en relación con el ejercicio de la libertad de establecimiento, la sentencia *Van Binsbergen* de 3 diciembre 1974 (asunto 33/74, Rec. pp.1299 y ss.) para la libertad de prestación de servicios o, en materia de propiedad industrial y comercial la sentencia *Terrapin*, de 22 junio 1976 (asunto 119/75, Rec. pp.1039 y ss.). En la doctrina, por todos, R. LECOURT, "Le rôle de la Cour de Justice dans le développement des Communautés", *Annuaire Européen*, 1978.

En relación con el segundo extremo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha logrado un Derecho comunitario con propios caracteres (autonomía, obligatoriedad, efecto directo, primacía, irreversibilidad, uniformidad). En este proceso pueden nombrarse las sentencias *Van Gend & Loos* de 5 febrero 1963, asunto 26/62, Rec. pp.3 y ss., en relación con el efecto directo. También la sentencia *Costa* contra ENEL de 15 julio 1964, asunto 6/64, Rec. pp.1143 y ss., donde se proclama el principio de la primacía del Derecho comunitario (puede verse J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, "Recurso de amparo, artículo 24 de la Constitución e integración europea", *Noticias de la Unión Europea* n°118 1994, p.88). El carácter irreversible de la transferencia de atribuciones se proclamó en las sentencias *Manghera* de 3 febrero de 1976 (asunto 59/75, Rec. pp.91 y ss.) y *Defrenne* de 8 abril de 1976 (asunto 43/75, Rec. pp.445 y ss.). La necesidad de la aplicación uniforme del Derecho comunitario se ha reflejado en la sentencia *Rheinmühlen-Düsseldorf* de 16 enero de 1974, asunto 166/73, Rec. pp.33 y ss.; la sentencia pone de manifiesto la importancia de la misión del

(donde como es sabido se reconoce el derecho a una indemnización en favor de los interesados por incumplimiento del deber de incorporar una directiva en plazo adecuado ⁵⁰). Por otra parte, cierta jurisprudencia lleva a pensar que el Tribunal puede estar restringiendo su papel “creativo”.

Así pues, este tipo de problemas representan factores de fondo que repercuten sobre el Derecho administrativo europeo pues, como ya nos consta, dicho Derecho se desarrolla fundamentalmente a través del Derecho comunitario y de la jurisprudencia comunitaria (resolviendo litigios en materia de ejecución del Derecho comunitario, cuestiones prejudiciales o recursos de incumplimiento). Por otra parte, sobran comentarios sobre la virtualidad propia de ciertos preceptos que acaban de ser comentados, desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo, como ocurre con el artículo 6.1 del TUE tras la reforma realizada por el Tratado de Amsterdam: “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, *principios que son comunes a los Estados miembros*”.

En este contexto de posibles contradicciones entre textos constitucionales y Derecho comunitario es preciso aunque sólo sea reseñar, en España, la reciente declaración del TC de 13 de diciembre de 2004 (DTC 1/2004). Ante el requerimiento (asunto núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, el TC declara la inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

TJCE de asegurar la unidad de interpretación del Derecho Comunitario a través de las cuestiones prejudiciales del artículo 177 (actualmente 234) del TCE. La sentencia Simmenthal de 9 marzo 1978 (asunto 106/77, Rec. pp.629 y ss.) supone otro hito del Tribunal al realizar la fusión de los principios de primacía y de efecto directo. En la sentencia Comisión contra República Francesa de 14 diciembre de 1971 (asunto 7/71, Rec. pp.1003 y ss.), el Tribunal reconoció la existencia de otro importante principio de conservación, sin el cual los Tratados correrían el riesgo de quedar vacíos de contenido, o de parte de su contenido, por el solo hecho de la inactividad prolongada de las instituciones comunitarias o de los Estados miembros.

⁵⁰ Dicha sentencia (de 19 de noviembre de 1991 asunto C-6 y 9/90, Rec. pp.I-5357) es aplaudida por el ex-juez comunitario M. ZULEEG, “Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration”, *JZ* n°1 1994, p.1; R. MÖGELE, “Neuere Entwicklungen im Recht der Europäischen gemeinschaften”, *BayVBl* 1993, p.132.

En cambio, es criticada por V. NESSLER, “Richterrecht wandelt EG-Richtlinien”, *RIW* 1993, pp.206 y ss.; véase también W. DÄNZER-VANOTTI, “Unzulässige...” pp.733 y ss.

Véase también W. VAN GERVEN, “Bridging the gap between community and national: towards the principle of homogeneity in the field of legal remedies?”, *CMLRev.* vol.32, p.683; C. LEWIS/S. MOORE, “Duties, Directives and Damages in European Community Law”, *Public Law*, 1993, pp.151 y ss.; H. SMITH, “The Francovich Case: State liability and the individual’s right to damages”, *European Competition Law review*, vol.13 1992, p.120, etc.

3. Las "regulaciones" comunes.

A. La necesaria distinción entre "repercusiones" y "regulaciones".

Desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo interesa la distinción entre "repercusiones" por una parte y "regulaciones" por otra parte. Ambos fenómenos están en la base del Derecho administrativo europeo.

Importa hacer esta afirmación porque, según la doctrina que ha estudiado el Derecho administrativo europeo, éste se realiza a través de la "repercusión", esencialmente jurisprudencial, del Derecho europeo sobre el Derecho de los Estados miembros. Con ello se agotaría el planteamiento del Derecho administrativo europeo.

En efecto, se entiende por "repercusión" la observancia de ciertos principios de Derecho comunitario europeo desarrollados en la jurisprudencia comunitaria esencialmente aquéllos que han de aplicar las Administraciones Públicas para la ejecución del Derecho comunitario ⁵¹.

Este planteamiento es a mi juicio insuficiente, ya que junto a la "repercusión" de la jurisprudencia comunitaria sobre los Derechos de los Estados miembros es preciso considerar también las "regulaciones" de Derecho comunitario vigentes con carácter general en los distintos Estados miembros. Estas regulaciones representan una vía importante para la formación de un Derecho administrativo común en Europa y se propician "vía legislativa" a instancia de las instituciones comunitarias. Por otra parte, sus actos normativos pueden ir más allá de la simple "repercusión" por poder llevar a una "sustitución" de la legislación de Derecho administrativo prevista en los Derechos nacionales por otra cuya trasposición es obligada ⁵².

⁵¹ Véase así H.W. RENGELING, "Deutsches..." *in toto*; C. ENGEL, "Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht", *Die Verwaltung*, nº25 1992, pp.455 y ss.; R. STREINZ, "Der Einfluß..." p.255 (quien habla de "influencia" -Einfluß-); G. FALCON, "Dal Diritto..." p.359; P. DYRBERG, "Tendencias..." pp.69 y ss.; E. PICOZZA, "Alcune riflessioni..." p.1211. En este contexto se sitúan, igualmente, los numerosos trabajos sobre la influencia del Derecho comunitario sobre ámbitos concretos de los Derechos nacionales. Algunos son: E. COLLADO GARCÍA-LAJARA, "La incidencia, nuevamente, del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998", *Actualidad Administrativa* 1999 3; G. GRECO, "Incidenza del Diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani", en M.P. CHITI/G. GRECO (coordinadores), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 1997 pp.431 y ss.; S. KADELBACH, "Der Einfluß des EG-Rechts auf das nationale Allgemeine Verwaltungsrecht", en *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Bonn 1993, pp.131 y ss.; H.J. PAPIER, "Die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verwaltungs- und Verfahrensrecht", en KOEPFER/MERTEN/PAPIER/SKOURIS, *Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit*, Berlin 1989, p.65; D.H. SCHEUING, "Instrumente zur Durchführung des Europäischen Umweltrechts", *NWwZ* 1999 5 pp.475 y ss.

⁵² Véase también S. GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración Mixta: tercera vía de aplicación*, Madrid 1998.

En efecto, dentro de las regulaciones de Derecho comunitario es preciso distinguir, a su vez, la simple "repercusión", por una parte, y el "efecto de sustitución", por otra parte. Lo primero ocurre, por ejemplo, cuando en el plano organizativo, la normativa comunitaria (de liberalización, en este ejemplo) provoque una separación entre los órganos encargados de la ordenación del servicio y aquellos otros que llevan a cabo su gestión.

Pero, en ciertos ámbitos, así en materia de contratación pública, no puede ignorarse que las directivas comunitarias pueden haber originado la sustitución de una legislación por otra, como ocurre gráficamente en el Derecho alemán o austriaco. Otros Estados (por ejemplo España, también Francia), donde la legislación de contratos administrativos es más próxima a la comunitaria, tampoco se han visto libres de la necesidad de ampliar o sustituir la regulación de la contratación administrativa. En el primer caso, se habrá sustituido una regulación nacional por una regulación de corte europeo prevista en las directivas comunitarias. En el segundo caso, la legislación nacional es conforme con la reglamentación comunitaria. Pero es entonces, considerando ambas situaciones conjuntamente, cuando se descubre precisamente la existencia de una "regulación común" a los distintos Derechos nacionales.

Las distintas "repercusiones" y "regulaciones" se estudiarán a lo largo de este trabajo en el contexto del Derecho administrativo europeo.

B. El fenómeno de participación de los Parlamentos nacionales en la actividad de las instituciones comunitarias.

Así pues, dentro de los cauces para la formación del Derecho administrativo europeo se sitúa la legislación procedente de las instituciones comunitarias.

Puede entonces ofrecerse un planteamiento muy similar al que *supra* hacíamos por referencia a la jurisprudencia del TJCE, concretamente cuando aludíamos a la influencia sobre aquélla de los Derechos nacionales al tiempo que de ésta sobre dichos Derechos.

Ha de empezarse la explicación de este fenómeno aludiendo a la participación cada vez mayor de los Parlamentos nacionales en la actividad de las instituciones comunitarias.

En este sentido, puede hacerse hincapié en el Tratado de Amsterdam, concretamente su Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

Este Protocolo se propone precisamente impulsar la participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea incrementando

su capacidad para manifestar su opinión en aquellos asuntos que consideren de especial interés.

En consecuencia, el Protocolo prevé que todos los documentos de consulta de la Comisión (libros blancos y verdes y comunicaciones) se transmitirán puntualmente a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros.

Asimismo, las propuestas legislativas de la Comisión se comunicarán con la suficiente antelación para que el Gobierno de cada Estado miembro pueda asegurar que su Parlamento nacional las reciba convenientemente.

Por otra parte, se establece que entre el momento en que la Comisión transmite al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta legislativa o una propuesta de una medida que deba adoptarse en virtud del Título VI del TUE (...) deberá transcurrir un plazo de seis semanas, salvo excepciones por motivos de urgencia, debiendo mencionarse éstos en el acto o la posición común.

De este modo, el Derecho administrativo europeo no se manifiesta exclusivamente en el plano de la ejecución del Derecho comunitario por parte de las Administraciones de los Estados miembros. Además es preciso considerar la participación de los Parlamentos nacionales en la elaboración de las fuentes normativas de Derecho comunitario pudiendo ser éste receptor de las propuestas que provengan de los Parlamentos nacionales. Puede entonces reproducirse el planteamiento hecho *supra* sobre la influencia del Derecho nacional sobre el Derecho comunitario y el posible trasplante de soluciones jurídicas, de unos Derechos en otros de la Unión Europea, a través de la acción legislativa de las instituciones comunitarias.

No termina, por otra parte, con esto la participación parlamentaria en la creación del Derecho comunitario. El Protocolo citado regula, asimismo, una Conferencia de Órganos especializados en Asuntos Europeos (COSAC), creada en París los días 16 y 17 de noviembre de 1989. Esta institución puede dirigir a las instituciones de la Unión Europea cualquier contribución que juzgue conveniente, basándose en particular en los proyectos de textos normativos que los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros decidan de común acuerdo transmitirle, en función de la naturaleza de los asuntos que traten. Pero en general la COSAC podrá dirigir a las instituciones comunitarias cualquier contribución que juzgue conveniente sobre las actividades legislativas de la Unión, en particular respecto de la aplicación del principio de subsidiariedad, el espacio de libertad, seguridad y justicia, así como respecto de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Finalmente, la COSAC podrá estudiar cualquier propuesta o iniciativa legislativa relacionada con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que pueda tener consecuencias directas en los derechos y libertades de las personas, debiéndose informar al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de cualquier contribución realizada por la COSAC con arreglo al presente punto.

En relación con los Parlamentos nacionales, éstos no están vinculados por las aportaciones de la COSAC (Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión europea).

En el caso español es preciso considerar la Comisión mixta para la Unión Europea, objeto de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, y cuya misión es que las Cortes tengan participación adecuada en las propuestas legislativas y dispongan en general de la más amplia información sobre las actividades de la Unión Europea⁵³.

Podría definirse esta Comisión Mixta para la Unión Europea como una Comisión parlamentaria permanente no legislativa encargada de hacer un seguimiento lo más detallado posible de la evolución comunitaria desde el punto de vista institucional. Sus funciones esenciales son, resumidamente, primero la de controlar las iniciativas legislativas europeas (Documentos COM) en todo su iter legislativo antes de su conversión final en actos comunitarios. A estos efectos, el Gobierno español envía a las Cortes periódicamente tanto las citadas iniciativas como su opinión sobre las mismas cuando éstas sean relevantes. En el tiempo que transcurre hasta su aprobación final, los miembros de la Comisión pueden solicitar la comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores, el Secretario de Estado para la Unión Europea o cualquier otra autoridad a efectos de conocer cuál sería la forma en que España negociará dicha iniciativa en el Consejo así como para expresarle sus opiniones al respecto de cada Grupo Parlamentario o de la Comisión en general.

En segundo lugar, la Comisión obtiene del Gobierno todo tipo de información relativa a la Unión Europea, celebrándose numerosas comparecencias de los distintos ministros que informan sobre los últimos Consejos de sus ramos respectivos siempre desde una perspectiva institucional, sin perjuicio de que el Ministro pueda acudir también a la Comisión parlamentaria competente por razón de la materia. Estas informaciones tienen una función de control y de elaboración de estudios. En tercer lugar, la Comisión se relaciona con todo tipo de autoridades y órganos semejantes.

⁵³ Con anterioridad a dicha Ley la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación del Gobierno para la aplicación de los derechos de las CCEE, reguló la presente Comisión mixta atribuyéndole la función de controlar la transposición del acervo comunitario al ordenamiento español, al producirse la incorporación de España a la Comunidad. Esta función permanece si bien tiene menor importancia.

La actual Comisión Mixta es una Comisión mixta Congreso-Senado creada por Ley y formada por cuarenta y dos parlamentarios y presidida por el Presidente del Congreso de los Diputados quien puede delegar la presidencia.

Puede verse M. CIENFUEGOS MATEO, "La Comisión Mixta para la Unión Europea: análisis y balance de una década de actividad en el seguimiento de los asuntos comunitarios", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1997 D-27 pp.7 y ss.

4. El Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea anejo al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

A causa de la especial preocupación generada durante los últimos años en torno al papel de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea (y que se hizo patente en la Declaración nº23 del Tratado de Niza) era inevitable que se previese en la Constitución Europea una regulación en torno a esta cuestión. Concretamente, se ha contemplado la misma en el Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

Por medio de esta regulación indirectamente se ha conseguido una cierta europeización de la concepción del papel de los Parlamentos nacionales, pues ya no va a corresponder exclusivamente a los Estados miembros la definición de la función misma de los Parlamentos nacionales.

En cuanto al contenido general del Protocolo nº1 sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, anejo a la Constitución Europea, reconoce éste, en primer lugar, que el modo en que cada Parlamento nacional ha de realizar el control de su propio Gobierno con respecto a las actividades de la Unión atañe a la organización y práctica constitucional propias, es decir, sería una cuestión interna de cada Estado.

Añade seguidamente que se desea impulsar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea, incrementando su capacidad para manifestar su opinión sobre las propuestas legislativas y otros asuntos que consideren de especial interés.

Para reforzar el papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, se estima que han de mejorarse dos aspectos, que son los que tratará el Protocolo: primeramente, el deber de remitir información a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, y, en segundo lugar, la cooperación interparlamentaria.

Como puede observarse, este Protocolo sigue la misma sistemática que el Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam, pero veremos a continuación que el contenido se ha ampliado y se ha perfeccionado mucho, atendiendo a las sugerencias de reforma y mejora que desde distintos foros venía propugnándose, especialmente por lo que respecta a la información a los Parlamentos nacionales.

Respecto al deber de remisión de información a los Parlamentos, se exige por el Protocolo que todos los documentos de consulta de la Comisión (Libros Blancos, Libros Verdes, Comunicaciones) sean transmitidos directamente por la Comisión a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros cuando se publiquen

Esto por lo que se refiere a los documentos de consulta, pero también se establece que todas las propuestas legislativas remitidas al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros se remitirán al mismo tiempo por la Comisión a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros. La remisión por la Comisión significa que se ha adoptado una mejora en este sentido respecto del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam, según el cual eran los propios Gobiernos los encargados de la remisión.

La Comisión remitirá asimismo a los Parlamentos nacionales, al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros, el programa legislativo anual así como cualquier otro instrumento de programación legislativa o de estrategia política que presente a ambas instituciones.

Hasta ahora nos hemos referido a los instrumentos que se arbitran en la Constitución para procurar el fortalecimiento de los Parlamentos nacionales cuando las relaciones han sido iniciadas por las instituciones comunitarias, pero es preciso señalar que se recoge, también como novedad en este Protocolo, un derecho de los Parlamentos nacionales de dirigirse directamente a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de Ministros y de la Comisión (por tanto, iniciando los Parlamentos nacionales la relación jurídica, a diferencia de los casos anteriores) remitiendo un dictamen motivado sobre la conformidad de una propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento previsto en el Protocolo nº2 anejo a la Constitución Europea relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Tal como venía propugnando la COSAC en diferentes Contribuciones y también la doctrina, debían introducirse medidas para lograr que el plazo de seis semanas que el Protocolo de Amsterdam disponía fuese real y no se viese reducido por la lentitud burocrática o el incierto *dies a quo* que podía establecer el Gobierno para efectuar las remisiones de información a los Parlamentos nacionales.

La Convención tomó nota de estos problemas que la COSAC le había hecho saber y, en este sentido, señala el Protocolo que entre el momento en que la Comisión transmita al Parlamento Europeo, al Consejo de Ministros y a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros una propuesta legislativa y la fecha de inclusión de dicha propuesta en el orden del día del Consejo de Ministros con miras a su adopción o a la adopción de una posición en el marco de un procedimiento legislativo ha de transcurrir un plazo de seis semanas, que han de transcurrir necesariamente, ya que no podrá constatarse ningún acuerdo sobre una propuesta legislativa salvo en casos urgentes debidamente motivados. Es, indudablemente, ésta una medida que tiende a fortalecer el papel de los Parlamentos nacionales en la elaboración del Derecho comunitario.

Asimismo, entre la inclusión de dicha propuesta en el orden del día del Consejo de Ministros y la adopción de una posición deberá transcurrir un plazo de diez días, lo cual supone que se prolonga en la práctica diez días el plazo de seis semanas.

Otra regla que se ha introducido *ex novo* en este mismo sentido es que los órdenes del día y los resultados de las sesiones del Consejo de Ministros, incluidas las actas de las sesiones del Consejo de Ministros en las que éste delibere sobre propuestas legislativas, se comunicarán directamente a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros al mismo tiempo que a los Gobiernos de los Estados miembros.

En los apartados finales de este Protocolo, en coherencia con el artículo IV-444 de la Constitución Europea, se prevé el deber de informar previamente a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros cuando el Consejo Europeo decida sustituir un procedimiento especial de elaboración de leyes o leyes marco europeas por un procedimiento ordinario y cuando decida sustituir la regla de la unanimidad por la regla de la mayoría cualificada en un ámbito concreto.

En el artículo 7 de este Protocolo se afirma también que el Tribunal de Cuentas debe remitir a título informativo su Informe Anual a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros.

Por lo que respecta a la cooperación interparlamentaria, el Protocolo de la Constitución no introduce reformas con respecto al Protocolo anterior del Tratado de Amsterdam.

Se afirma que el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales definirán conjuntamente el modo de organizar y potenciar de manera eficaz y regular la cooperación interparlamentaria en el seno de la Unión Europea.

Asimismo, la COSAC podrá dirigir al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros y a la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente. La COSAC fomentará además el intercambio de información y de prácticas idóneas entre los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y el Parlamento Europeo y entre sus comisiones especializadas.

La COSAC podrá organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, en particular para debatir temas de política exterior y de seguridad común, así como de política común de seguridad y de defensa.

Las aportaciones de la Conferencia no vincularán en absoluto a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros ni prejuzgarán su posición como ya señalare el Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam.

5. El Derecho administrativo regulador de las instituciones comunitarias y de sus relaciones jurídicas con los ciudadanos, empresas y Estados miembros.

Junto a las relaciones de Derecho administrativo, *condicionadas* por el Derecho comunitario, que entablan las Administraciones de los Estados miembros con sus nacionales, están las relaciones de Derecho administrativo, reguladas por el Derecho comunitario, que entablan directamente las instituciones comunitarias con los nacionales de los Estados miembros.

En torno a este tipo de relaciones jurídico-administrativas de Derecho comunitario entabladas con las instituciones comunitarias, al igual que ocurre con las relaciones jurídicas entabladas entre las Administraciones nacionales y los ciudadanos, se ha desarrollado una intensa labor jurisprudencial por parte de la justicia comunitaria y, asimismo, existe una copiosa reglamentación especial de Derecho comunitario que regula la actuación de las instituciones comunitarias.

No puede de manera alguna menospreciarse la significación de este tipo de regulaciones y doctrinas jurisprudenciales desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo. Más bien, dentro del Derecho administrativo europeo es preciso considerar el Derecho regulador de las distintas relaciones jurídicas que se entablan en el seno de la Unión europea entre los ciudadanos y las instituciones comunitarias, relaciones jurídicas cada vez más numerosas y más problemáticas desde un punto de vista jurídico.

Algunos ejemplos pueden ser las relaciones jurídicas de Derecho administrativo europeo en torno a la imposición de una sanción, el acceso a la función pública comunitaria, la contratación de obras o suministros, etc.

Importa especialmente desarrollar esta parte o variante del Derecho administrativo europeo a fin de garantizar debida y suficientemente las posiciones jurídicas de los ciudadanos, ya que se observan ciertas lagunas en el Derecho administrativo de las instituciones comunitarias que repercuten en una deficiente protección de los derechos de dichos ciudadanos (sobre este tema véase la cuarta parte de este trabajo).

6. El Derecho comparado. Remisión.

Como ha podido comprobarse, el Derecho comparado está en la base de la jurisprudencia comunitaria, vehículo esencial para la realización del Derecho administrativo europeo.

De ahí que la doctrina que ha estudiado el Derecho administrativo europeo no haya dudado en subrayar la importancia del Derecho comparado ⁵⁴.

En este sentido, el Derecho comparado es un vehículo que permite a la doctrina un amplio radio de acción para hacer avanzar el Derecho común europeo ⁵⁵. En esta línea, llega a reclamarse una actitud doctrinal más favorable al Derecho comparado ⁵⁶ y a la "europeización de la doctrina científica" ⁵⁷.

En este contexto (pues la relación entre el Derecho administrativo europeo y el Derecho comparado se estudia en el capítulo correspondiente de este trabajo) pueden presentarse ciertos problemas generales que afectan al Derecho administrativo europeo, concretamente la existencia de divergencias significativas entre los Derechos de los Estados miembros.

Y es que la propia definición del Derecho administrativo, su extensión y límites, no es coincidente entre los distintos Estados europeos; así, en España está muy extendida la opinión de que el Derecho administrativo es el Derecho regulador de las distintas actividades de la Administración pública. En cambio, en Alemania rige un principio de libertad de elección (Wahlfreiheit) entre el Derecho público y el Derecho privado para la realización de dichas actuaciones. Las diferencias son en principio aún más acusadas entre los Derechos de los Estados del Continente europeo y el Derecho británico (véase *infra* la sexta parte, sobre estas cuestiones).

⁵⁴ G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo", *Revista Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 1999 200 pp.11 y ss.; J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.73, 77, 83; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I...* § 1.22 p.22 y § 13.6 p.115; sobre el Derecho comparado R. SCHNUR, "Über vergleichende Verwaltungswissenschaft", en H. SIEDENTOPF (coord.), *Verwaltungswissenschaft*, 1976, pp.349 y ss.; A. BLECKMANN, *Studien...* pp.96 y ss.; BEUTLER/BIEBER/SIPKORN/STREIL, *Die Europäische Union*, Baden-Baden 1993; R. GEIGER, *EG-Vertrag*, München 1995, pp.307 y ss. y 740 y ss.; L. MILLÁN MORO, *La armonización de legislaciones en la CEE*, Madrid 1986.

⁵⁵ El Derecho comparado puede considerarse como un *arma* del Derecho administrativo europeo; E. SCHMIDT-ASSMANN, "Zur Europäisierung..." p.517 ("die dritte Kraft der Europäisierung des Verwaltungsrechts", neben dem Recht der EG und des Europarates und Menschenrechtskonvention"); E. SCHMIDT-ASSMANN, "Deutsches..." p.929 (el Derecho comparado es un medio de profundizar en las repercusiones mutuas -wechselseitiger Einwirkungen- y de lograr propuestas -Lösungsmodelle-); H.W. DAIG, "Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäische Gemeinschaftsrecht", en H. BERNSTEIN (coord.), *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen 1981, pp.395 y ss.

⁵⁶ G. COCCO, "Una convivenza..." p.641; H. COING, "Europäisierung der Rechtswissenschaft", *NJW*, 1990, pp.937 y ss.; P. HÄBERLE, "Diskussionsbeitrag zu: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft", *VVDStRL* 50 (1991), p.156; B. GROßFELD, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1984, p.53; A. JUNKER, "Rechtsvergleichung als Grundlagenfach", *JZ*, n°19 1994, p.921.

⁵⁷ WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I...* § 1.22 p.22 y § 13.6 p.115.

Lo más normal es no obstante que las diferencias afecten simplemente al modo de manifestarse principios que son comunes, en esencia, en los distintos Estados miembros. Por ejemplo, siendo común la idea de la sujeción a Derecho del poder público, las fórmulas que los Estados miembros han desarrollado con este fin han podido hacer mayor hincapié en el principio de legalidad (caso del Derecho francés), o en el Estado de Derecho y la protección de los derechos subjetivos (caso del Derecho alemán) o en el *Rule of law* propio del Derecho británico.

Y lo mismo podría decirse respecto del principio de separación de poderes, de los derechos fundamentales, del sistema procesal administrativo⁵⁸, de la organización administrativa⁵⁹, etc.

También es preciso reconocer que los problemas y retos que han de resolver las Administraciones de los distintos Estados miembros se presentan de forma muy similar entre sí, lo que en el fondo facilita la aproximación de las soluciones jurídicas⁶⁰.

7. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque breve quiere hacerse también una referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desarrollada en aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*hecho* en Roma el 4 de noviembre de 1950⁶¹).

⁵⁸ Véase J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.13 y ss., nota a pie de página 37.

⁵⁹ J. BELL, "Convergences..." pp.2 y ss.

⁶⁰ Esta referencia hecha en último lugar nos llevaría a enfoques propios de la ciencia administrativa; véase C. CONDE MARTÍNEZ, "El proceso de convergencia y la europeización de las Administraciones nacionales", *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1998 4 pp.683 y ss.

⁶¹ En España dicho Convenio fue ratificado mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA/E.LINDE/L.I.ORTEGA/M.SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid 1979 *in toto*; D.A. LEONARDI, "The Strasbourg System of Human Rights Protection: Europeanisation of the Law through the Confluence of the Western Legal Traditions", *European Review of Public Law*, Vol.8 n.4 pp.1139 y ss.; D. CÁMARA DEL PORTILLO "La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDA* 87 1995 p.451; J.J. GONZÁLEZ RIVAS, "El Juez nacional español y la jurisprudencia de los Tribunales Europeos. Reflexiones sobre el estatuto europeo del Juez", *Revista Noticias de la Unión Europea*, 142 1996.

En efecto, se justifica dicha referencia considerando que esta jurisprudencia se "sitúa modélicamente en los terrenos propios del Derecho administrativo" ⁶².

De ahí que se haya dicho que "se aprecia la formulación de un *ius commune* de los derechos humanos propiciada por la doctrina del TEDH" y que "ambos ordenamientos (administrativo y europeo de los derechos humanos) aparecen como sistemas no independientes sino complementarios" ⁶³. El "Convenio de Roma estaría propiciando una intensa y callada europeización sobre el Derecho español" (L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER) ⁶⁴.

Se plantea, no obstante, el problema de determinar el alcance de la eficacia de las resoluciones del TEDH. Pese al carácter declarativo de sus resoluciones ⁶⁵ lo cierto es que no puede negarse la repercusión de este tipo de sentencias sobre los Derechos nacionales, como afirma E. GARCÍA DE ENTERRÍA cuando refiriéndose a un ejemplo concreto mantiene que "uno de los grandes logros del Tribunal ha sido haber forzado a dos Estados europeos que habían quedado rezagados en las posiciones tradicionales del siglo XIX en la materia, a dictar Leyes que han instaurado un verdadero sistema jurisdiccional contencioso-administrativo, Holanda y Suecia" ⁶⁶.

En este sentido, la reparación de la lesión sufrida por el demandante puede llevar consigo la necesidad de una reforma legislativa o la derogación de un precepto normativo o la revocación de un acto administrativo, no siendo precisamente infrecuentes los casos en los que todo esto se ha producido ⁶⁷.

⁶² J.M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 1996; A. CARRILLO SALCEDO, "El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Poder Judicial*, número especial VI CGPJ 1989 p.247; J.A. PÉREZ-BEVIÁ, *La aplicación del Derecho Público extranjero*, Madrid 1989.

⁶³ J.M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho...* p.32.

⁶⁴ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La Europa de los derechos humanos*, Madrid 1998 p.120.

⁶⁵ Véase D. CÁMARA DEL PORTILLO, "La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDA* 87 1995 p.451; y R. GARCÍA VARELA, "La inejecutabilidad en España de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *La Ley* Tomo 5 1997 p.1837 D-283. Véase también *La Ley* 4690 1998.

⁶⁶ Prólogo del libro, anteriormente citado, de J.M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT.

⁶⁷ Por ejemplo, la sentencia del TEDH de 9 de octubre de 1979 (Caso Airey) consiguió que el Derecho irlandés realizara una reforma a efectos de reconocer un sistema de justicia gratuita. En este sentido, la sentencia del TEDH de 22 de octubre de 1981 (caso Dudgeon) provocó la reforma de la legislación penal sobre homosexualidad, de Irlanda del Norte, etc. Considérese, por otra parte, el artículo 50 del TEDH, a cuyo tenor si el Derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la resolución, el Tribunal "(...) concederá, si

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede repercutir en el plano judicial, asumiendo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro la doctrina del TEDH. En este sentido, puede citarse la sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto López Ostra contra España⁶⁸, en la cual se considera que la invocación del derecho al respeto de la vida familiar y de domicilio es suficiente para obligar a la Administración española a dictar las medidas de protección necesarias para su tutela efectiva (en relación con el irregular funcionamiento de una depuradora). Interesa aquí subrayar que esta sentencia sirve en España de apoyo a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para llegar a conclusiones similares a las del Tribunal Europeo (así, la ejemplar STSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997, AA 8 1997, que hemos comentado en *REALA* 276 1998).

Otro ejemplo puede referirse al derecho al Juez ordinario. Según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos debe distinguirse entre una vertiente subjetiva y otra objetiva en el derecho al Juez imparcial (sentencia de 28 de octubre de 1998⁶⁹) *lo mismo que hace* el Tribunal Constitucional español (en su STC 7/1997, cuyo fundamento jurídico 3º):

“Este Tribunal ha incluido, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un Juez imparcial. Desde el principio y *con apoyo en la jurisprudencia del TEDH* (asunto Piersack, de 1 de octubre de 1982 y De Cubber, de 26 de octubre de 1984), hemos distinguido en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad del criterio del Juez -o su mera sospecha- derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo”.

No obstante las intensas repercusiones que pueden producirse, lo más normal es que exista una compatibilidad esencial entre los Derechos de los Estados

procede, una satisfacción equitativa de la parte lesionada”; L.M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid 1997 pp.143 y ss.; J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, 1989 nº15 pp.53 y ss.

⁶⁸ Esta sentencia puede consultarse en la serie de Publicaciones Oficiales del TEDH, Serie A 303-C; resumidamente, *AJA* 178 1994. Sobre esta sentencia J.A. CARRILLO DONAIRE/R. GALÁN VIOQUE, *REDA* 86 1995, pp.271 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, *REDA* 95 1997, p.356; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *RAP* 137 1995, pp.7 y ss.; F. VELASCO CABALLERO, *REDC* 45 1995, pp.305 y ss.

⁶⁹ En cuanto al fondo, esta sentencia del Tribunal Europeo resuelve que, en el asunto C.A. contra España, existió violación del artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos ya que determinados Magistrados resolvieron, primero, un recurso de apelación contra un auto de procesamiento y, después, juzgaron también los hechos.

Europeos y la jurisprudencia del TEDH. Por ejemplo, en España el artículo 24.2 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en sentido similar a como también lo hacen el artículo 14.3.c del PIDCP, que proclamó el derecho de toda persona acusada de un delito "a ser juzgada sin dilaciones indebidas", y el artículo 6.1 del CEDH, que reconoce que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable".

En un plano jurisprudencial, siguiendo con este ejemplo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos afirma que el "carácter razonable de la duración del procedimiento" se aprecia "siguiendo las circunstancias del caso y teniendo en cuenta los criterios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal, sobre todo la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y de las autoridades competentes" (STEDH de 21 de abril de 1998 *ArTC* 13 1998; STEDH de 22 de abril de 1998 *ArTC* 14 1998).

Y también el Tribunal Constitucional español considera que el concepto de dilaciones indebidas, indeterminado y abierto, debe ser dotado de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico (SSTC 180/1996 y 31/1997, entre otras) ⁷⁰.

⁷⁰ Como tales factores se pueden identificar la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga la parte, su conducta procesal y la conducta de las autoridades. Esta doctrina ha sido constantemente seguida por numerosos pronunciamientos (SSTC 28/1989, 81/1989, 215/1992, 69/1993, 179/1993, 197/1993, 313/1993, 144/1994 y 324/1994).

Este derecho puede resultar así vulnerado tanto cuando el tiempo invertido en resolver definitivamente un litigio supera lo razonable, como cuando exista una paralización del procedimiento, que por su excesiva duración esté igualmente injustificada y suponga una alteración del curso del proceso, como se ha estimado en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional (SSTC 133/1988, 7/1995 y 144/1995).

Lo mismo debe predicarse cuando la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial, pues -dado el lugar que la recta y eficaz administración de justicia ocupa en una sociedad democrática-, no es admisible llegar a una interpretación restrictiva respecto del alcance y contenido de este derecho con base en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece. Por contra, es exigible que los Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales (SSTC 36/1984, 223/1988, 50/1989, 81/1989 y 35/1994).

Sin embargo, para que el Tribunal Constitucional conceda el amparo en estos casos es necesario que el recurrente haya acreditado que la dilación ha sido denunciada ante el órgano judicial en el proceso a quo. La razón de esta limitación estriba en la necesidad de una invocación previa que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha considerado esencial para respetar el principio de subsidiariedad que informa el amparo constitucional (SSTC 100/1996, 180/1996, 181/1996, 31/1997, 53/1997 y 136/1997).

Pero, junto a estos enfoques, donde quizás el tema de la repercusión de la jurisprudencia del TEDH plantee mayor interés, desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo, sea en “la influencia que tiene la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos en las declaraciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”⁷¹.

Este tipo de influencias alude de forma especial a la repercusión sobre la jurisprudencia comunitaria, de la jurisprudencia del TEDH, y en general del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

RECAPITULACIÓN.

La europeización de los Derechos de los Estados miembros es un fenómeno característico en la actualidad que plantea la discusión sobre la existencia de un Derecho administrativo europeo, dando lugar a actitudes doctrinales dispares entre sí.

Se corrobora la existencia de ciertas vías que manifiestan la presencia de un Derecho administrativo europeo, esencialmente la jurisprudencia comunitaria y en particular su “repercusión” en el plano de la ejecución del Derecho comunitario por parte de las Administraciones nacionales. Pero también es preciso considerar las “regulaciones” dictadas a instancia de las instituciones comunitarias. Asimismo, dentro del Derecho administrativo europeo es necesario tener en cuenta el Derecho administrativo que regula las relaciones jurídicas directamente entabladas entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos, empresas o Estados de la Unión Europea.

⁷¹ G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/A. VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997 2 p.341.

SEGUNDA PARTE

LAS REGIONES (COMUNIDADES AUTÓNOMAS)
EN LA UNIÓN EUROPEA (ESTADO ACTUAL Y PROPUESTA)

CAPÍTULO ÚNICO

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA UNIÓN EUROPEA ⁷².

1. Planteamiento.

En la parte anterior de este trabajo se planteaban ya cuestiones directamente relacionadas con las Comunidades Autónomas en el contexto de la ejecución del

⁷² Sobre el tema que nos ocupa interesa aunque sólo sea reseñar estas disposiciones, reiterando o completando las citadas en este trabajo:

1. Real Decreto 2105/96, de 21 de septiembre, por el que se crea la Consejería de Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España (BOE 229, de 21 de septiembre, p. 38934).
 2. Real Decreto 1317/97, de 1 de agosto, del Ministerio de Presidencia sobre Comunicación previa a la Administración General del Estado y publicación oficial de los Convenios de cooperación transfronteriza de Comunidades Autónomas y entidades locales con entidades territoriales extranjeras. (BOE 207, de 29 de agosto, p. 25908). Desarrollado por Resolución de 14 de noviembre de 1997 de la Secretaría de Estado para Administraciones Territoriales.
 3. Ley 23/1998, de 7 de julio, que regula la cooperación internacional para el desarrollo (BOE 162, de 8 de julio, p. 22755).
 4. Reglamento Interno de la CARCE (aprobado en la reunión del 5 de junio de 1997). Deroga el Reglamento interno acordado en la reunión del 14 de junio de 1994.
 5. Acuerdo modificando el Acuerdo de Institucionalización de la CARCE, ampliando su ámbito temático (CARCE, 14 de junio de 1994).
 6. Acuerdo de institucionalización de la CARCE (CARCE, 29 de octubre de 1992).
- Igualmente, interesan los siguientes Acuerdos de la CARCE:
1. Para regular la intervención de las Comunidades Autónomas en las actuaciones del Estado en procedimientos precontenciosos de la Comisión de las comunidades Europeas y en los asuntos relacionados con el Tribunal de Justicia que afecten a sus competencias (CSARCE, 29 de noviembre de 1990).
 2. En materia de ayudas públicas (CSARCE, 29 de noviembre de 1990).
 3. Sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales (CARCE, 30 de noviembre de 1994).

Derecho comunitario. Conviene, no obstante, abordar con mayor profundidad el tema de las regiones en Europa.

El tema de la Unión Europea y las regiones admite diversas perspectivas. Una de ellas, de creciente actualidad, es la relativa a la participación de las Comunidades Autónomas en el marco institucional europeo.

Para abordar esta cuestión puede hablarse de la existencia de dos modos posibles de participación:

El primero es la participación externa, es decir la participación directa de las Comunidades Autónomas en las instituciones europeas.

El segundo es la participación interna, es decir la participación de las Comunidades Autónomas en los procesos europeos de carácter normativo en los que, en principio, sólo procede la participación directa del Estado como entidad que directamente entabla relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias. A su vez, esta variante admite dos modalidades:

La primera se refiere a la fase ascendente de la elaboración y aprobación de normas comunitarias. Desde este punto de vista se trata de averiguar si es posible, o en qué grado o modo, una participación de las Comunidades Autónomas en esta fase.

La segunda alude a la aplicación y ejecución de estas normas una vez han sido aprobadas. Se trata, pues, de una fase propiamente descendente o, cuando menos, así suele denominarse.

4. Sobre la creación de un Consejero para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la UE (CARCE, 22 de julio de 1996).
5. Relativo al procedimiento para cumplir lo establecido en el Real Decreto 1317/1997, de 1 de agosto, sobre comunicación previa a la Administración General del Estado y publicación oficial de los Convenios de Cooperación Transfronteriza con entidades territoriales extranjeras (CARCE, 2 de diciembre de 1996). Puede consultarse el Real Decreto 1317/1997.

Relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (CARCE, 11 de diciembre de 1997).

7. Acuerdo para la participación de las Comunidades Autónomas en los Comités intergubernamentales de control de la Comisión.
8. Sobre Seguridad Social y asistencia sanitaria de las personas que prestan sus servicios en las Delegaciones y Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas (CARCE, 11 de diciembre de 1997).

Asimismo, interesan las siguientes disposiciones del Comité de las Regiones:

1. Dictamen "Legislar mejor 1999: Una responsabilidad que debe compartirse".
2. Dictamen "La aplicación de la legislación de la UE por las regiones y los entes locales".
3. Dictamen "El gobierno local y regional en el corazón de Europa".
4. Dictamen "La Conferencia Intergubernamental del 2000".
5. Proceso de elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea.
6. Reglamento Interno del Comité de las Regiones.

2. La participación interna: fases ascendente y descendente.

Esta participación se realiza a través de las conferencias sectoriales y las conferencias bilaterales.

Una primera referencia sobre las citadas conferencias puede encontrarse, como es sabido, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Su artículo 5 afirma que "la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas pueden crear órganos para la cooperación entre ambas, de composición bilateral o multilateral, de ámbito general o de ámbito sectorial, en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, y con funciones de coordinación o cooperación según los casos"⁷³.

En el tema que nos ocupa interesa la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE).

⁷³ Dice el artículo: A efectos de lo establecido en el presente Capítulo, no tienen la naturaleza de órganos de cooperación aquellos órganos colegiados creados por la Administración General del Estado para el ejercicio de sus competencias en cuya composición se prevea que participen representantes de la Administración de las Comunidades Autónomas con la finalidad de consulta. 2. Los órganos de cooperación de composición bilateral y de ámbito general que reúnan a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros del Consejo de Gobierno, en representación de la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma, se denominan Comisiones Bilaterales de Cooperación. Su creación se efectúa mediante acuerdo, que determina los elementos esenciales de su régimen. 3. Los órganos de cooperación de composición multilateral y de ámbito sectorial que reúnan a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, se denominan Conferencias Sectoriales. El régimen de cada Conferencia Sectorial es el establecido en el correspondiente acuerdo de institucionalización y en su reglamento interno. 4. La convocatoria de la Conferencia se realizará por el Ministro o Ministros que tengan competencias sobre la materia que vaya a ser objeto de la Conferencia Sectorial. La convocatoria se hará con antelación suficiente y se acompañará del orden del día y, en su caso, de la documentación precisa para la preparación previa de la Conferencia. 5. Los acuerdos que se adopten en una Conferencia Sectorial se firmarán por el Ministro o Ministros competentes y por los titulares de los órganos de gobierno correspondientes de las Comunidades Autónomas. En su caso, estos acuerdos podrán formalizarse bajo la denominación de Convenio de Conferencia Sectorial. 6. Las Conferencias Sectoriales podrán acordar la creación de comisiones y grupos de trabajo para la preparación, estudio y desarrollo de cuestiones concretas propias del ámbito material de cada una de ellas. 7. Con la misma finalidad, y en ámbitos materiales específicos, la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas podrán constituir otros órganos de cooperación que reúnan a responsables de la materia. 8. Cuando la materia del ámbito sectorial de un órgano de cooperación de composición multilateral afecte o se refiera a competencias de las Entidades Locales, el pleno del mismo puede acordar que la asociación de éstas de ámbito estatal con mayor implantación sea invitada a asistir a sus reuniones, con carácter permanente o según el orden del día.

Esta Conferencia, constituida en 1988, fue institucionalizada en 1992 mediante un Acuerdo de *institucionalización* de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE). Su objetivo principal es desarrollar esquemas de participación de las Comunidades Autónomas en ambas fases ascendente y descendente referidas anteriormente.

Su propio funcionamiento puso de manifiesto la necesidad de acometer una regulación normativa para consolidar este sistema y garantizar un procedimiento de intervención efectiva de las Comunidades Autónomas en la elaboración y ejecución del Derecho comunitario. De ahí que se dictara la Ley 2/1997, de 13 de marzo, que regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las CCEE y posteriormente el Reglamento interno (que deroga el Reglamento anterior de 14 de junio de 1994 que se había aprobado conforme al propio Acuerdo de institucionalización de 1992).

El esquema de la Ley es el siguiente:

Artículo 1: definición.

Artículo 2: composición

Artículo 3: funciones.

Artículo 4: régimen de funcionamiento.

Disposiciones Adicionales: Cooperación bilateral y Ceuta y Melilla.

Conforme a esta Ley, "La Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, que se regula en la presente Ley, es un órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos comunitarios europeos. En particular, la Conferencia debe garantizar la participación efectiva de las Comunidades Autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones comunitarias y en la ejecución del Derecho comunitario"⁷⁴.

⁷⁴ En cuanto a su composición, estará constituida la Conferencia por el Ministro de Administraciones Públicas, que la presidirá, y por el Consejero que, como responsable de los asuntos que integran el ámbito de materias de la misma, sea designado por cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con sus normas de organización interna. En la representación de la Administración del Estado se integrarán tanto el Secretario de Estado de Política Exterior y para la Unión Europea como el Secretario de Estado para las Administraciones Territoriales.

Y respecto de sus funciones, la Conferencia, como órgano de cooperación, de consulta y deliberación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y sin perjuicio de sus respectivas facultades de actuación en el marco de sus competencias, entenderá de las siguientes materias:

- La información a las Comunidades Autónomas y la discusión en común sobre el desarrollo del proceso de construcción europea.
- La articulación de mecanismos para hacer efectiva la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas.

Sobre el tema que nos ocupa, de la participación que en concreto corresponde a las Comunidades Autónomas en las referidas fases ascendente y descendente, hay que estar a la Resolución de 10 de marzo de 1995 de la Secretaría de Estado para Administraciones Territoriales que publica el **Acuerdo de la CARCE de 30 de noviembre de 1994 sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales** (publicada en el BOE 69, de 22 de marzo, p. 9037 y 78, de 1 de abril, p. 10045).

En este Acuerdo primero se establecen unos **principios generales** o procedimiento marco en el que se determina el contenido necesario de la participación de las Comunidades Autónomas, tanto en lo que respecta a la fase ascendente como en lo relativo a la fase descendente.

En este sentido, "en el desarrollo por cada Conferencia Sectorial del procedimiento marco deberá ser tenida en cuenta, a efectos de determinar el grado de intensidad y el contenido concreto de la participación de las Comunidades Autónomas, la naturaleza y el nivel de competencias, tanto de las asumidas por las Comunidades Autónomas como de las reservadas al Estado".

Los criterios son los siguientes:

1. Cuando el asunto comunitario europeo afecte exclusivamente a las competencias reservadas del Estado y las Comunidades Autónomas invoquen su interés, la Administración del Estado les informará oportunamente en el marco de la Conferencia Sectorial respectiva.

- El tratamiento y resolución con arreglo al principio de cooperación de aquellas cuestiones de alcance general o contenido institucional relacionadas con las Comunidades Europeas como las siguientes:
- Procedimientos técnicos para asegurar la recepción de la información comunitaria de carácter general por parte de las Comunidades Autónomas.
- Técnica normativa tanto para incorporar las directivas al Derecho interno como para aplicar, desarrollar o ejecutar reglamentos y decisiones.
- Fórmulas de participación en los procedimientos internos para el cumplimiento de obligaciones ante las instituciones comunitarias.
- Problemas planteados en la ejecución del Derecho comunitario por implicar a varias políticas comunitarias o exigir medidas internas con un cierto grado de coordinación temporal o material.
- Cuestiones relativas a la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas que carezcan de una Conferencia Sectorial o instrumento equivalente donde ser tratadas.
- El impulso y seguimiento del procedimiento de participación de las Comunidades Autónomas, a través de las respectivas Conferencias Sectoriales u organismo equivalente, en las políticas o acciones comunitarias que afectan a las competencias de aquéllas.
- Garantizar el cumplimiento en las Conferencias Sectoriales de los procedimientos y fórmulas de participación de las Comunidades Autónomas previstos en las materias 3.c) y 4), disponiendo la adecuada aplicación de los mismos.
- El tratamiento de aquellas otras cuestiones de la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas que estimen oportuno.

2. Cuando los aspectos esenciales de un asunto comunitario afecten a las competencias legislativas exclusivas de las Comunidades Autónomas, si en el procedimiento de concertación interno, previo a la decisión del Consejo, se ha llegado a una posición común entre ellas, ésta será tenida en cuenta de forma determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.
3. En aquellos asuntos que incidan sobre competencias compartidas o concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los que previamente a la decisión del Consejo exista un acuerdo entre la posición común de las Comunidades Autónomas y la posición de la Administración del Estado, tal acuerdo será determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.
4. En los supuestos 2 y 3, si la posición inicial del Estado experimentase variación sustancial como consecuencia del proceso de negociación comunitaria, siempre que los plazos lo permitan, la Administración del Estado, en el seno de la respectiva Conferencia Sectorial, informará a las Comunidades Autónomas sobre la modificación para facilitar una nueva posición común de éstas y, en su caso, su acuerdo con la posición de la Administración del Estado. Cuando los plazos no lo permitan, la Administración del Estado, a solicitud de las Comunidades Autónomas, explicará los motivos de que la posición expresada por el Estado en el seno del Consejo haya variado respecto de la inicialmente acordada.
5. En el supuesto de que las decisiones sean susceptibles de originar aumento de gasto o disminución de ingresos de las Administraciones Públicas, la posición común de las Comunidades Autónomas se consensuará con la posición de la Administración del Estado.
6. En aquellos asuntos en los que no se hubiese alcanzado una posición común por parte de las Comunidades Autónomas, la Administración del Estado tomará conocimiento de los argumentos expresados por las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la participación de las Comunidades Autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado (**fase ascendente**) la participación de las Comunidades Autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado tendrá como contenido necesario el que a continuación se establece:

1. La Conferencia Sectorial remitirá sin dilación a las Comunidades Autónomas la propuesta de la Comisión fijando, en función de los plazos de tramitación en el Consejo, un término para expresar su postura.

2. De conformidad con el sistema que acuerde cada Conferencia Sectorial o, en su defecto, siempre que lo solicite al menos una Comunidad Autónoma, la propuesta de la Comisión deberá incluirse en el orden del día del órgano especializado de la Conferencia -comisión, grupo de trabajo, o reunión ad hoc- a efectos de su deliberación y consideración conjunta entre la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
3. La Conferencia Sectorial informará regularmente a las Comunidades Autónomas de la evolución de la propuesta de la Comisión en el seno del Consejo.
4. En los procedimientos de cooperación y codecisión, las Comunidades Autónomas serán informadas de todas las sucesivas modificaciones que se produzcan a lo largo del proceso de adopción de la iniciativa.

En el caso de convocatoria del Comité de Conciliación previsto en el procedimiento de codecisión se informará a las Comunidades Autónomas sobre sus deliberaciones.

5. La Conferencia Sectorial remitirá sin dilación a las Comunidades Autónomas el texto de la propuesta de la Comisión que se incluya en el orden del día del Consejo.
6. La Conferencia Sectorial remitirá sin dilación a las Comunidades Autónomas el orden del día provisional de la sesión del Consejo. Teniendo en cuenta el contenido del orden del día y el resultado del procedimiento de participación desarrollado, cada Conferencia Sectorial valorará la oportunidad de una reunión del Pleno de la misma antes de la sesión del Consejo.

En cuanto a la participación de las Comunidades Autónomas **en la fase descendente** de aplicación del Derecho comunitario europeo y de los actos de las instituciones es preciso partir del principio de autonomía institucional que rige en todos los Estados miembros en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados, así como del principio de que la aplicación en España del Derecho comunitario europeo debe llevarse a cabo conforme a la distribución de competencias resultante del bloque de constitucionalidad, la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

La participación en la fase descendente implica, como contenido necesario, los siguientes compromisos relativos a la aplicación del Derecho comunitario europeo y de los actos de las instituciones.

1. Cuando la aplicación consista en la aprobación de normas.
 - 1.1. Las Administraciones que proyecten la aprobación de una norma, bien para desarrollar o completar un reglamento o decisión comunitario, bien para efectuar la transposición de una directiva comunitaria, pondrán en conocimiento de la Conferencia Sectorial el texto del proyecto.
 - 1.2. Cuando en la Conferencia Sectorial la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas coincidan en la necesidad de dar un contenido semejante o equivalente al proceso normativo interno derivado de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión será incluida en el orden del día del correspondiente órgano especializado de la Conferencia Sectorial al objeto de elaborar una propuesta de acuerdo y elevarla al Pleno de la Conferencia.
2. Cuando la aplicación consista en la ejecución de actuaciones administrativas.
 - 2.1. La Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas se informarán regularmente, a través de la Conferencia Sectorial, de aquellas actuaciones administrativas en proyecto o en curso que se deriven de la aplicación del Derecho comunitario.
 - 2.2. Cuando en la Conferencia Sectorial la Administración del Estado o las Administraciones de las Comunidades Autónomas propongan la necesidad de dar un contenido semejante o equivalente al proceso de ejecución administrativa en aplicación del Derecho comunitario, la cuestión será incluida en el orden del día del correspondiente órgano especializado de la Conferencia Sectorial al objeto de elaborar una propuesta de acuerdo y elevarla al Pleno de la Conferencia.
3. Cuando la aplicación consista en el desarrollo de programas comunitarios.
 - 3.1. La Administración del Estado informará regularmente a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a través de la Conferencia Sectorial, de aquellos programas comunitarios que gestione, abiertos o no a la participación de las Comunidades Autónomas.
 - 3.2. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas informarán regularmente a la Administración del Estado de su participación

en aquellos programas comunitarios que no sean coordinados por la Administración del Estado.

Junto a los mecanismos referidos anteriormente es preciso conocer también las Conferencias Bilaterales. Así, en la disposición adicional primera de la Ley reguladora de la CARCE se prevé la "Cooperación bilateral": "aquellas cuestiones propias de la participación en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, que afecten en exclusiva a una Comunidad Autónoma o que tengan para ésta una vertiente singular en función de su especificidad autonómica, se tratarán, a iniciativa de cualquiera de las partes y de mutuo acuerdo, mediante instrumentos de cooperación de carácter bilateral".

En la práctica estas conferencias bilaterales no se han desarrollado, ya que es lógico que la participación se encauce a través de los otros mecanismos generales previstos en el marco de la cooperación general entre Estado y Comunidades Autónomas.

3. Participación externa.

En cuanto a la participación externa de las regiones es evidente el límite que impone la Constitución en su artículo 149.1.1 cuando reserva al Estado la materia internacional. No obstante, es preciso conocer la acción "internacional" que desarrollan las Comunidades Autónomas a través del Comité de las Regiones (artículos 263 a 265) y de las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas (apoyadas por el TC: STC 165/1994, de 26 de mayo) ⁷⁵.

En este contexto debe citarse el Acuerdo de la CARCE sobre la creación de un Consejero para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la UE (CARCE, 22 de julio de 1996).

Otra vertiente, dentro de esta misma participación externa, es aquella que lleva a discutir la posibilidad de una participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo, la Comisión y el TJCE.

El propio TCE (artículo 203) prevé la posibilidad de los "ministros regionales" en el Consejo y, en el caso español, se han adoptado algunos acuerdos por el Congreso o el Senado (o la propia CARCE) que reafirman esta posibilidad sin que hasta el momento se haya llegado a algún resultado.

En la Comisión un Acuerdo (de la CARCE) para la participación de las Comunidades Autónomas en los Comités intergubernamentales de control de la Comisión ha

⁷⁵ M. MORENO VAZQUEZ, *Comité de las Regiones y Unión europea*, Valencia 2001.

dado pie a la participación de las Comunidades Autónomas en numerosos Comités de control, aunque tampoco se ha institucionalizado un cauce de participación.

En el TJCE existe igualmente un Acuerdo (de la CARCE) relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (CARCE, 11 de diciembre de 1997) que procura un sistema de defensa unitaria entre Estado y CA cuando existen intereses comunes.

No acaban con esto los mecanismos de participación a favor de las Comunidades Autónomas. Es preciso citar las conferencias de las regiones europeas con competencias legislativas. Son concretamente la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE) en 1997, y, por otra parte, la Conferencia de Presidentes de Regiones con Poderes Legislativos (REG LEG) en 2000. La CALRE ha venido celebrando desde su constitución en 1997 reuniones anuales que se cierran con una Declaración en la que se recogen las principales pretensiones y aspiraciones de las regiones parlamentarias en la Unión Europea.

Por su parte, la Conferencia de Presidentes de Regiones con Poderes Legislativos (REG-LEG) celebró en noviembre de 2003 su IV edición en Salzburgo. Esta IV Conferencia concluyó con una Declaración en favor de la aprobación de la Constitución Europea, aunque también se solicitó en la misma una mayor implicación de estas regiones de acuerdo con sus responsabilidades.

También es preciso considerar la cooperación transfronteriza como competencia autonómica que permite una importante acción internacional a las Comunidades Autónomas. Los acuerdos de cooperación transfronteriza permiten celebrar (a las Comunidades Autónomas o a sus municipios) convenios con las autoridades competentes de otros Estados (en nuestro caso Francia o Portugal).

Hemos de citar el famoso Convenio Marco de 5.2.1980 sobre cooperación transfronteriza. Este Convenio sugería la posibilidad de celebrar Acuerdos interestatales.

De ahí que España, al igual que otros Estados, considerara insuficiente este Convenio Marco y por eso aprobara con Francia un Acuerdo específico, igualmente conocido: el Tratado de Bayona. En el Norte de España rige este Tratado desde el 10.3.1995, entrando en vigor en 1997, según el cual se permiten este tipo de acuerdos transfronterizos.

Para la eficacia de estos acuerdos transfronterizos con un Tratado interestatal de cobertura basta con la previa comunicación del proyecto de acuerdo transfronterizo a la Administración del Estado en virtud del Real Decreto 1317/1997. Finalmente, puede considerarse un Protocolo de 1996, no ratificado por España.

Como complemento de las afirmaciones precedentes pueden reseñarse ciertas noticias de actualidad sobre el tema que nos ha ocupado, tomando como fuente los periódicos de los últimos días (Razón Digital del viernes 10 de diciembre de 2004; Europa Sur domingo, 12 de diciembre de 2004, Europa Press 8 Dic.).

Las Comunidades estarán presentes en cuatro Consejos de Ministros de la UE mediante representantes elegidos en las Conferencias Sectoriales. Cada representante permanecerá al menos un semestre. Todas las Comunidades Autónomas tendrán ocasión de tener un representante. Las Comunidades estarán representadas en los Consejos de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, que incluye Turismo; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente y Educación, Juventud y Cultura. En concreto, un consejero autonómico, elegido de forma rotatoria, representará a todas las autonomías en cuatro Consejos de Ministros de la Unión Europea, en función de las propuestas que se aborden en la reunión de la Conferencia de Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) que se celebrará en el Senado

Por otra parte, Galicia y Andalucía han sido las primeras en designar a sus representantes comunitarios en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, la REPER. El número de representantes podría ampliarse.

Estos Acuerdos son fruto de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE).

4. Propuesta ⁷⁶.

Lege ferenda cabe profundizar en la posibilidad de una política regional comunitaria. Suele entenderse por política regional comunitaria temas tales como la participación de las Regiones en el ejercicio de competencias de la Comunidad Europea, el Comité de las Regiones, etc. A estas cuestiones se acaba de hacer referencia *supra* en este trabajo.

Ahora bien, si Europa aspira, como parece ser, a ser una realidad más próxima a un "Estado" y elabora al efecto una Constitución, y perfecciona su sistema de competencias, y desea una mayor integración no sólo económica sino también política, no parece descabellado que Europa asuma una cierta influencia, aunque mínima, en el proceso de definición del papel de las regiones, sus regiones, en Europa.

⁷⁶ Las siguientes afirmaciones se basan en, y completan lo contenido en, mi libro *España no es diferente*, Editorial Tecnos, Madrid 2000 y en el trabajo "Una mayor europeización de la política regional y la necesidad de una Ley de normalización del español como consecuencia", *Revista de Administración y función pública de Castilla y León*, nº 1, 2004. Igualmente, "Spain is different hoy", *Diario ABC*, Sección Tribuna (17 de abril de 2002, p.71) y "¿Europa de las regiones?", *Diario ABC*, Sección Tribuna, 27 de septiembre de 2002 p.61.

Si se pensara en "clave europea", y conociendo la historia del viejo continente, puede plantearse el debate de unos posibles marcos futuros de participación de las regiones desde un punto de vista europeo y europeísta. No se legitima que los Estados lleguen a agotar por completo la definición del papel que ha de corresponder a sus regiones.

Es cierto que el punto de partida está en el principio de autonomía institucional, en el de subsidiariedad y en el respeto de los Estados (la Constitución Europea lo recuerda oportunamente en su artículo I-5,1).

Pero también ha de reconocerse que ciertos Estados europeos tienen tradiciones jurídicas y políticas similares entre sí (me refiero en concreto a Alemania, España, Francia, Italia y el Reino Unido como Estados compuestos por esencia).

Es evidente que una plena igualación de todas las regiones no es viable a nivel europeo, porque la perspectiva nacional (es decir, la definición en clave nacional del papel que en cada Estado ha de corresponder a sus regiones) sigue y tiene que seguir primando o dominando. Ahora bien, habría un mínimo de influencia de la Unión europea, más allá de los cauces institucionales del Comité de las Regiones o perspectivas análogas. Se trata, más bien, de que la Unión Europea pueda repercutir en cierta medida en la definición del papel que ha de corresponder a las regiones europeas. Esta propuesta se traduciría en la definición de unos marcos (aunque generales) de mínimos y máximos competenciales a favor de las regiones.

Un caso llamativo, desde una perspectiva europea, lo presentan algunas regiones que están divididas por fronteras nacionales y, mientras que en unos Estados (España) las regiones (Cataluña y el País Vasco) gozan de unas enormes prerrogativas (competenciales, de soberanía, lingüísticas, políticas, etc.) del otro lado de la frontera las mismas regiones no tienen siquiera reconocida una entidad regional por ser una provincia o departamento que forma parte de una región más amplia (por ejemplo, de la Aquitania). ¿Cómo explicar estas anomalías en clave europea? Insistiendo en la perspectiva que abre el "pensamiento europeísta", parece lógico afirmar que si las regiones españolas a las que acabo de referirme hubieran estado del otro lado de la frontera, sólo existiría en ellas una cultura francesa y una uniformidad política y lingüística basada en el hecho nacional francés.

Estos son los razonamientos que, objetivamente, se desprenden del Derecho Europeo. Viendo que España no debería ser diferente. Europa es el *norte*.

Los grandes Estados europeos han tenido una tradición similar y son parte de una misma familia europea. En los distintos Estados que he mencionado (Alemania, Francia, España, Italia y el reino Unido) existen ciertas regiones que representan el núcleo (también históricamente) del Estado (Inglaterra en el Reino Unido; la zona central vinculada al Monarca en París en Francia, Prusia en Alemania, Cas-

tilla y Aragón en España) y otras zonas que, sin perjuicio de haber aportado a la realización del Estado donde se integran, tienen una cierta dimensión *especial* (Escocia y Gales en el Reino Unido; País Vasco francés, Alsacia, Córcega, Bretaña en Francia, etc.; Cerdeña, Sicilia, Lombardía etc. en Italia; Baviera, Hesse, Sajonia, etc. en Alemania; Cataluña, País Vasco español en España) junto a otras zonas o regiones que puedan situarse en una dimensión o escala *intermedia*.

En el presente estamos en condiciones de identificar claramente estas cuestiones para establecer a nivel europeo unos parámetros competenciales de máximos y mínimos.

Junto a estos Estados mencionados existen otros, en Europa, con una problemática tampoco dispar entre sí. Son los Estados, con identidad nacional en la actualidad, pero desgajados históricamente de los Estados del grupo anteriormente mencionado (los antiguos imperios germánico, francés, británico y español). Me refiero lógicamente a Austria, Dinamarca, Luxemburgo, Holanda, las dos partes belgas (una francesa, otra germánica), Irlanda y Portugal.

Es ilógica la equiparación que se pretende a veces entre todos los Estados europeos, queriendo implantar una política regional por ejemplo en Portugal o Dinamarca con iguales consecuencia que en Francia o el Italia o Alemania, España y el Reino Unido. Por mucho que se pretenda una regionalización en Portugal o en Dinamarca ésta nunca puede tener el mismo sentido que en aquellos otros Estados.

Estarían justificadas las diferencias entre los Estados de cada uno de los dos grupos establecidos; pero no los planteamientos radicalmente opuestos entre sí. La Unión Europea tiene un compromiso con las regiones y con los Estados, y de ahí que debiera a aquella en el futuro involucrarse en la definición política de los Estados y de sus regiones. En el primer grupo mencionado de Estados podría fijarse un nivel máximo y mínimo de competencias en el marco de un sistema de descentralización política; no así en el segundo grupo de Estados por razones obvias. Es decir, en Portugal o en Irlanda o Dinamarca falta la característica histórica fundamental presente en aquellos otros Estados a la que ya me he referido. Si es preciso podría consolidarse un tercer grupo de Estados, de carácter residual, que aglutina aquellos de posición intermedia entre aquellos otros dos grupos.

Es preciso reconocer que si este planteamiento europeísta no vence aún hoy en Europa es porque en los grandes Estados la ratio o el interés es principalmente nacional, pese a lo que uno hubiera podido pensar en un contexto europeo.

En todo caso, es evidente que el caso español debe ponerse en relación con los Estados mencionados (Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido) y no con otros diferentes, tal como a veces se hace a mi juicio impropriamente. El caso belga, por

ejemplo, no tiene mucho que ver con el nuestro porque, además de las razones expuestas, Bélgica es suma de dos partes de identidad nacional (francesa y germánica). Bélgica no es, como Alemania o Francia o Italia o el Reino Unido o España un Estado auspiciado por un determinado poder territorial de identidad propia que termina extendiéndose a los distintos confines del territorio nacional.

Es más, en España un estudio histórico serio pone de manifiesto que el papel de nuestras regiones nunca ha sido tan destacado como el de otras, tales como Baviera, Sajonia, Escocia, Aquitania o Alsacia. En estos mismos términos debería abordarse el tema lingüístico. No tiene sentido, en clave europea, que el alsaciano o el bretón sean considerados dialectos o lenguas que no pueden emplearse en la vida pública (universitaria, legislativa, comunal, las señales de tráfico, etc.) mientras que nuestras lenguas españolas sean consideradas prácticamente al mismo nivel que la lengua oficial del Estado. España es un Estado o zona de Europa donde se plantean los mismos problemas lingüísticos que en Alemania, Francia, Italia o el Reino Unido. Tampoco es de recibo buscar estados de referencia fuera de Europa.

En la línea de estas afirmaciones "europeístas" se observan ciertas tendencias que manifiestan la posibilidad de un enfoque europeo general del tema regional, tal como estamos propugnando. Se consolida hoy por ejemplo un marco de conferencia de las "regiones con competencia legislativa" (y otras que deberían tenerla, me refiero a las regiones francesas que son regiones de igual naturaleza que Escocia, Cerdeña, Baviera o Cataluña). Estrasburgo, por su parte, nos informa de que es posible un sistema de niveles competenciales de máximos y mínimos, a nivel europeo, tal como corrobora la Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias de 16 de agosto de 1998. La técnica seguida, en efecto, por esta Carta es la de plantear un máximo y un mínimo de competencias lingüísticas a favor de las regiones de los Estados miembros. Bien es cierto que, no obstante, los Estados más nacionales como lo son Alemania o Francia se han apresurado a desvirtuar por completo su aplicación práctica.

La europeización de la política regional abre una vía para la solución futura de conflictos entre Estados y regiones, haciendo ver a éstas dónde están y cuáles son sus aspiraciones legítimas y cuáles no.

Para preparar el terreno a una auténtica política europea regional podría empezarse por un sistema de decisiones "orientativas" no vinculantes de la Unión Europea para ir avanzando o un sistema de "cláusulas de salvaguarda" a favor de los Estados.

Cuando se estudia un determinado tema jurídico lo habitual viene siendo en nuestro país la consideración de otros ordenamientos jurídicos, en especial el francés, el italiano o el alemán, sin perjuicio de otros Derechos foráneos. A esta

metodología se le denomina Derecho comparado. Tiene una gran virtualidad porque permite ampliar el marco de soluciones posibles para regular con mayor acierto una determinada cuestión.

Así por ejemplo, cuando hubo que reformar la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 fue oportuno tener en cuenta el sistema procesal administrativo alemán y su conocimiento permitió perfeccionar en algún extremo la legislación española del momento.

Es éste un ejemplo, entre muchos otros posibles. También otros Estados, en mayor o menor medida, emplean el Derecho comparado, pues en general siempre es conveniente conocer otros posibles modelos legislativos para abordar las reformas en un determinado país.

Esto mismo se hizo cuando en España se abordó la reforma constitucional de 1978, ya que durante los años inmediatamente precedentes (y por supuesto los posteriores) se estudiaron otros posibles "modelos de Estado" (tales como el alemán) de corte descentralizada.

Todo ello no significa mermar la originalidad o creatividad de los legisladores de cada Estado. Más bien, el Derecho comparado perfecciona las soluciones propias. De ahí la necesidad de considerar el Derecho comparado desde el punto de vista de la estructura o modelo de Estado, también ahora, y no sólo en el momento de abordar la reforma constitucional de los años setenta.

Es necesario hoy avanzar en el Derecho comparado en materia regional, es decir en el conocimiento veraz de las experiencias centralistas o descentralizadoras de otros Estados europeos. *En el tema regional también tenemos que aprender.* En general, el Derecho comparado europeo ha tenido un gran alcance en España, pues durante todo el siglo XX nos permitió aprender mucho de Europa (Ortega y Gasset fue, ante todo, un comparatista nato que descubre España en sus estancias alemanas).

Acerca de la metodología comparada se advierte un cierto desenfoque también en el tratamiento del tema regional. Una afirmación que conviene tener en cuenta, en materia territorial es que los Estados que tienen plena validez de cara a aplicar el método jurídico-comparado en sentido estricto son (por orden alfabético) Alemania, Francia, Gran Bretaña e Italia. Sobre estos Estados giró y ha de girar el Derecho comparado en España en materia territorial; sobre los demás Estados se pueden hacer estudios de ampliación de conocimientos o informativos, útiles en otro plano.

TERCERA PARTE

LA DIMENSIÓN EUROPEA DEL TERRITORIO

CAPÍTULO ÚNICO

REPERCUSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA.

1. Planteamiento.

En torno a la presente cuestión se plantean distintas cuestiones de especial interés. Por un lado, se trata de observar el fenómeno de difuminación de las fronteras nacionales. Es evidente, desde este punto de vista, que a la Unión Europea le importa relativizar el hecho fronterizo. Y vamos a ver en este sentido distintas acciones de carácter transfronterizo, que promueve la Unión Europea, para llevar a cabo una ordenación transfronteriza del espacio europeo. Todo esto es importante, en especial la consideración del territorio a nivel europeo, porque pone de manifiesto la crisis de un postulado clásico y esencial de los Derechos de los Estados miembros, es decir la afirmación de la idea de Estado basada en las nociones de poder, población y *territorio* (Jellinek). La identificación misma entre Estado y territorio sufre una alteración, más bien una europeización.

Por otro lado, se trata de dar comienzo en este trabajo a otra perspectiva, es decir la europeización de las materias jurídico-administrativas observando la intensa repercusión del derecho europeo sobre instituciones clásicas del Derecho administrativo. En este sentido, es significativo cómo ni siquiera el urbanismo y la ordenación del territorio, materias ligadas tradicionalmente a las Administraciones de los Estados miembros e incluso a los niveles administrativos más inferiores, se han visto libres de la repercusión del Derecho comunitario. En un momento en el que nuestro Tribunal Constitucional (STC 61/97, de 20 de marzo) cierra al Estado la posibilidad de regular el urbanismo, por considerar que aquél corresponde a instancias de ámbito inferior (Comunidades Autónomas y entidades locales), las instituciones comunitarias emprenden ciertas acciones

que revelan una voluntad decidida de llevar a cabo una ordenación territorial de ámbito comunitario europeo⁷⁷.

⁷⁷ I. AHEDO GURRUTXAGA, "Políticas públicas de ordenación territorial e institucionalización en Iparralde", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº62 2002.; J.B. AUBY, "Droit de l'urbanisme et droit européen", *L'Actualité juridique-Droit administratif* 1995; M. BASSOLS COMA, "Panorama del Derecho urbanístico español: balance y perspectivas", *Revista de Derecho urbanístico*, 1998 166; U. BATTIS, "Rechtsfragen der Europäischen Raumordnungspolitik", en: Homenaje a SCHLICHTER, *Planung und Plankontrolle*, Colonia 1995; M. BRENNER, *Baurecht*, Heidelberg 2002; V. BIELZA DE ORY/R. DE MIGUEL GONZÁLEZ, "El patrimonio cultural, componente de ordenación del territorio", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº10 1997; BREIER, en: RENGELING (dir.), *Handbuch zum Europäischen und deutschen Umweltrecht*, Vol.1 1998; A. VON BOGDANDY/J. BAST, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/R. ALONSO GARCÍA, *La encrucijada constyitucional de la Unión Europea*, Madrid 2002; F. BOUYSSOU, "Droit de l'urbanisme et Droit international", *Melanges Pierre Vellas* Paris 1995; P.M. DUPUY, "La coopération régionale transfrontalière et le Droit international", *AFDI*, vol XXIII, 1977; N. FERNÁNDEZ LOSÁ/E. PERALTA LOSILLA, "El papel de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos y su evolución en el contexto europeo de la cooperación transfronteriza teritorial", *Revista de Instituciones Europeas* vol 21 (1994); C. FOESSER/M. BERNAD/J. ROBERT, *La Communauté de Travail des Pyrénées dans le nouveau contexte européen/La Comunidad de Trabajo de los Pirineos en el nuevo contexto europeo*, Zaragoza 1992; F. FONSECA MURILLO, "Relaciones de vecindad y cooperación transfronteriza desde el ángulo del Derecho internacional público", en C. DEL ARENAL (Coordinador), *Las relaciones de vecindad*, Bilbao 1987; DAVID, en: RUCH/HERTIG/NEF (Coordinador), *Das Recht in Raum und Zeit*, Homenaje a Lendi, 1998; J.F. GARNER/N.P. GRAVELLS (Coordinador), *Planning Law in Western Europe*, Amsterdam 1986; S. GATAWIS, "Legislative Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Raumordnung", *Die öffentliche Verwaltung*, 2002, 20; "Steuerung der nationalen Raumordnung durch das EUREK und durch Fördermittel der EG", *UPR* 2002, 7, p.263 y ss; J. GONZÁLEZ PÉREZ, "La ordenación del suelo en la Comunidad Europea y su comparación con la legislación española", en: *Curso de Conferencias sobre Derecho comunitario europeo*, Madrid 1975; HENDLER, en: MERTINS (dir.), "Vorstellungen der Bundesrepublik Deutschland zu einem europäischen Raumordnungskonzept", 1993; A. HERRERO DE LA FUENTE (Coordinador), *La cooperación transfronteriza hispano-portuguesa en 2001*, Madrid 2002; A. HILDENBRAND SCHEID, "Nuevas iniciativas de la Unión Europea en materia de ordenación del territorio", *Revista de las instituciones europeas*, 1996; O. HOCKING, "Conservation of Migratory Birds and Protection of Their Habitat: Conflicts between Planning Guidance and European Legislation?", *Land Management and Environment Law Report*, December 1992; J. KERSTEN, "Empfehlungen für die Ausgestaltung der Raumentwicklung im europäischen Verfassungsvertrag", *UPR* 6/2003 pp.218 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Madrid 1997; G. MARCOU, "Rechtsgrundlagen und Rechtsprobleme der deutsch-französischen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit", *Festschrift für Martin Lendi*, Zürich 1998; A.M. MARINERO PERAL, "La Ordenación del Territorio en la Unión Europea"; *Noticias de la Unión Europea* 190 2000; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid 1997; MATUSCHAK, *Europäisches Gemeinschaftsrecht im Verhältnis zum deutschen Städtebaurecht*, 1994; N. PAFFENHOLZ, "Tagung der Akademie für raumforschung und Landesplanung und des Bundesamtes für Bauwesen und raumordnung am 15. und 16. November 2001 in Bonn", *DVBl*, 1 März 2002 p.315; S. PAYNE, "Nature Conservation and Development", *Journal of planning and environment law*, November 1994; E. PERALTA LOSILLA, "La cooperación transfronteriza territorial en una Europa de Estados", *Anuario del Real Instituto de Estudios Europeos*, vol 1 1995; M. PÉREZ GONZÁLEZ, "Algunas observaciones sobre el empleo de la técnica convencional en la cooperación transfronteriza entre colectividades territoriales", en VV.AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Diez de Velasco*, Madrid 1993; "El régimen jurídico de la cooperación transfronteriza entre entidades territoriales: Del Convenio-marco del Consejo de Europa al Tratado de Bayona y Real Decreto 1317/1997", *Documentos INAP* nº 14 1997; P. PÉREZ

En todo caso, también las acciones de ordenación del territorio que están llevando a cabo las instituciones comunitarias deben ser consideradas y respetadas por las instancias nacionales (en el caso español, regionales) con competencia en la materia territorial.

Es más, en gran medida, el motor de la ordenación del territorio (dentro de los Estados miembros, sus regiones y municipios) está hoy en las acciones que, sobre el particular, está emprendiendo la Unión Europea.

La ordenación del territorio, a este nivel europeo, se asentaría en cuatro "pilares": primero, la cooperación transfronteriza; segundo, los documentos y programas de la Unión Europea en materia de ordenación del territorio; tercero, las competencias sectoriales de la Unión Europea que repercuten en la ordenación del territorio; cuarto, la posible competencia de la Unión Europea en materia de ordenación del territorio en el marco de la Constitución Europea conforme a las más recientes tendencias jurídicas ⁷⁸.

Desde una perspectiva europea, la ordenación del territorio es en parte realidad y en parte un tema de actualidad no consagrado en el plano de la eficacia normativa. En particular, la cooperación transfronteriza, los documentos y programas de la Unión Europea en materia de ordenación del territorio y las competencias sectoriales de la Unión Europea que repercuten en la ordenación del territorio (es decir, los tres primeros de los cuatro pilares que acabo de mencionar) son ya una realidad, poniéndose de manifiesto que existe una ordenación europea del

TREMPS/M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ/E. ROIG MOLÉS, *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid-Barcelona 1998; M. RAMOS/T. QUILISCH, "Eine neue Ordnung für das Paradies", *Immobilien Zeitung*, 5.6.2003 Ausgabe 12/2003; A. REMIRO BROTONS, "El territorio, la frontera y las comunidades transfronterizas: reflexiones sobre la cooperación transfronteriza", *I Semana de Cuestiones Internacionales*, Zaragoza 1983; M. REDMAN, "European Community Planning Law", *Journal of planning and environment law*, November 1993; SCHMIDHUBER/HITZLER, "Die Planungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft beim Ausbau der europäischen Infrastrukturen", *Die Öffentliche Verwaltung*, 44; A. SERRANO RODRÍGUEZ, "Teledetección y ordenación del territorio", *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos* 4 1986; H. SIEDENTOPF/B. SPEER, "Europäischer Verwaltungsraum oder Europäische Verwaltungsgemeinschaft?", *Die Öffentliche Verwaltung*, 2002 18.

⁷⁸ También pueden considerarse las instituciones comunitarias con competencias de ordenación del territorio, así los Consejos Informales de Ministros Responsables de la Política Regional y Ordenación del Territorio, el Comité Informal de Desarrollo Territorial y finalmente la Comisión de Política Regional y Ordenación del Territorio del Parlamento Europeo (A.A. PÉREZ ANDRÉS, *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Madrid 1998, pp.216). También el Consejo de Europa ha realizado desde su creación en 1949 una actividad interesante en el ámbito de la ordenación del territorio, en especial desde la Conferencia Europea de Ministros Responsables de Política Regional y Ordenación del Territorio (CEMAT), que se ha reunido periódicamente desde 1970. La acción más relevante sería la famosa Carta Europea de Ordenación del Territorio o Carta de Torremolinos aprobada el 20 de mayo de 1983.

territorio. La europeización del territorio no es un simple proyecto o una cuestión político-jurídica.

En cambio, no se ha conseguido aún la competencia europea de ordenación del territorio. Más bien, en torno a este cuarto "pilar" estamos ante una perspectiva *lege ferenda*, aunque de creciente interés.

Seguidamente, se comentan estos cuatro pilares de la ordenación del territorio a nivel europeo.

2. Los documentos europeos sobre ordenación del territorio. Una dimensión europea del territorio. La eficacia de estos documentos.

Las leyes de las Comunidades Autónomas, de ordenación del territorio, no desconocen los documentos que van dictando sobre ordenación del territorio las instituciones europeas:

Muy citada ha sido la Carta Europea de ordenación del territorio de Torremolinos de 1983 (así, en la Ley 11/1992 Aragón, Ley 10/1998 de Castilla y León, Ley 10/1995 de Galicia, Ley 14/2000 de las Islas Baleares, Ley 6/1989 de Valencia).

También el documento PEOT de Noordwijk, de 9 y 10 de junio de 1997 se cita, por ejemplo, por la Ley 1/2001 de 24 Abril de Murcia.

El célebre documento ETE ("Estrategia Territorial Europea") se menciona por ejemplo en el Texto navarro "Estrategia Territorial de Navarra 2001-2025", así como en las Directrices de ordenación del territorio de Galicia.

Lo mismo puede decirse del documento "Europa 2000" y "Europa 2000+" (*Cooperación para el desarrollo espacial del territorio europeo, 1995*)⁷⁹.

⁷⁹ Relevantes han sido también las resoluciones del Parlamento Europeo sobre una política concertada de ordenación del territorio y sobre una política comunitaria de ordenación del territorio: Europa 2000 A3-245/90 (Informe de la Comisión de Política Regional y Ordenación del Territorio, sobre una política comunitaria de ordenación del territorio, de fecha 3 de octubre de 1990) y A3-0253/92 (Informe de la Comisión de Política Regional, Ordenación del Territorio y Relaciones con los Poderes Regionales y Locales sobre una política comunitaria de ordenación del territorio: Europa 2000, COM 91, 0452-C3-0051/92, de fecha 10 de julio de 1992).

En estas resoluciones se parte de que la ordenación del territorio en Europa debe inscribirse necesariamente en un marco geográfico tan amplio como sea posible. Y se pretenden ciertos fines, tales como la realización de una red equilibrada de ciudades y villas dinámicas en todo el territorio como anclaje de la vida cultural, social y económica, el logro de una adecuada, correcta y racional distribución de empresas y personas dentro del espacio territorial de la Unión Europea, el desarrollo armonioso del territorio, la obtención de un cuadro de medidas que sirva para planificar mejor el

Menos éxito han tenido hasta el momento las "Guiding Principles for Sustainable Spatial Development of the European Continent", documento más reciente y más relevante en la actualidad procedente del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo, aunque materialmente sus principios pueden encontrarse en las legislaciones autonómicas de ordenación del territorio.

La Estrategia Territorial Europea (ETE) fortalece la aplicación del principio de sostenibilidad o desarrollo equilibrado y sostenible del espacio y nos orienta en el sentido de evitar los grandes desequilibrios territoriales dentro de Europa y dentro de cada uno de los Estados miembros. Asimismo, nos obliga a considerar el espacio lejos de una dimensión estrictamente local o incluso regional.

Habría una dimensión propiamente europea del territorio, al igual que también la hay local o regional. Ahora bien, si existe una dimensión propia europea del espacio, tal como nos cuentan las instituciones comunitarias en estos documentos citados, ¿no ha de existir también una dimensión nacional o española del territorio?

Interesa también afirmar que la política europea de cohesión económica y social tiene cada vez más una dimensión estrictamente territorial: la política de cohesión territorial por tanto (puede verse el artículo III-220 de la Constitución Europea)⁸⁰.

En fin, podría pensarse que los documentos comunitarios no tienen mayor eficacia, al carecer de vinculación normativa o jurídica. No es el caso. Estos documentos están teniendo una incidencia de primer orden dentro de los Estados miembros. En este debate, entre permanecer en el *soft law* o pasar al plano normativo, viene evidenciándose que, curiosamente, la eficacia puede ser mayor si permanecemos en un ámbito no estrictamente normativo. En un contexto europeo, esta parece ser la experiencia obtenida en especial en el Reino Unido.

suelo por parte de las Administraciones de los Estados miembros, la reducción de los desequilibrios espaciales que se traducen en unas concentraciones urbanas (gigantescas megalópolis) cada vez más preocupantes y una desaparición progresiva de espacios naturales así como una concentración local de las actividades económicas en las regiones más ricas.

También se insiste en estas resoluciones en la característica interrelación entre lo ambiental y lo urbanístico.

Pueden citarse en este contexto también otras declaraciones de *soft law* de las instituciones comunitarias que propugnan una política comunitaria de ordenación del territorio e insisten en el planteamiento de la calidad de vida en materia de urbanismo (Libro Verde sobre el medio ambiente en las ciudades, de la Comisión Europea, de 6 de julio de 1990, COM 90, 218; documento de la Comisión "camino para el desarrollo de las ciudades en la Comunidad Europea", de 6 de mayo de 1997, COM 97, 197; "Carta Urbana Europea. Estrategias y proyectos urbanos" del Consejo, 1992; Carta Europea de Ordenación del Territorio, de 1983).

⁸⁰ En este contexto, importa mencionar programas europeos tales como INTERREG (sobre la participación de España en este programa informa con precisión el texto: www.europa.eu.int/comm) y ciertos problemas que, en un ámbito de aplicación práctica o administrativa, plantean aquéllos, ya que no existirían criterios claros para determinar el reparto de los fondos comunitarios entre las autoridades administrativas interesadas.

3. Las políticas comunitarias sectoriales y la ordenación del territorio de los Estados miembros.

Seguimos en el ámbito de *la realidad* de la ordenación del territorio a nivel europeo, sin abandonarnos aún al planteamiento *lege ferenda*.

En efecto, es una auténtica realidad la existencia de una ordenación del territorio europea a través del ejercicio, de la Unión Europea, de sus competencias sectoriales.

La propia legislación autonómica se hace eco, en general, de esta tendencia, cuando afirma (así, la Ley de ordenación del territorio 1/1994 de Andalucía) que el Plan debe considerarse como un marco para la ejecución de los proyectos y acciones del Estado y *de Europa*.

En este sentido, la Ley canaria de ordenación del territorio 1/2000 prevé un deber de cooperación de esta Comunidad Autónoma con Europa, para cumplir con las obligaciones que resulten del ejercicio de las competencias europeas de carácter sectorial y que repercutan sobre el territorio de la citada Comunidad (artículos 13 y siguientes y 78.2.d).

Ejemplo claro de cuanto decimos son las medidas de ordenación territorial que se derivan del ejercicio de la competencia europea de medio ambiente.

Así, una directiva de carácter o contenido ambiental (la directiva de los pájaros (COM (90) 218) ocasionó que el Estado español tuviera que declarar como espacios exentos de urbanización ciertos terrenos en aras de proteger el hábitat de las aves de la zona (puede verse, igualmente, la directiva Fauna-Flora-Hábitat 92/43, de 21 de mayo de 1992) ⁸¹.

Estas determinaciones de carácter territorial, fruto del ejercicio de una competencia sectorial de la Unión Europea, tendrán que fijarse en los planes o en el ordenamiento jurídico en general, tal como ponen de manifiesto las sentencias del TJCE, en las cuales se condena a los Estados por no tomar éstos las medidas precisas para dar a aquéllas debido cumplimiento (sentencias de 2 de agosto de 1993 y de 7 de diciembre de 2000 (C-374/98).

⁸¹ La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 2 de agosto de 1993 (AA nº31 1995) declara que "el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben por haber omitido clasificar tales marismas como zona de protección especial". El incumplimiento se produjo en gran medida ante la planificación de polígonos industriales en zonas contiguas a las marismas y la concesión de usos particulares en la zona a favor de grupos de pescadores (la directiva que se incumplía en este caso era la directiva 79/409, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres; más recientemente, asimismo, véase sobre el particular la STJCE de 25 de noviembre de 1999, asunto C-96/98, Comisión contra República Francesa). Puede citarse también la STJCE de 9 de diciembre de 2004 asunto C-79/03.

Más recientemente prosiguen este tipo de pronunciamientos, siendo siempre parte recurrente la Comisión Europea y parte condenada un determinado Estado miembro que incumple las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 79/409, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

Unas veces se condena al Estado miembro (a la República de Finlandia en el caso de la STJCE de 6 de marzo de 2003, asunto C-240/00), por omitir el cumplimiento de alguna de las obligaciones que le incumben en virtud de la citada Directiva “al no haber clasificado de forma definitiva y completa las zonas de protección especial situadas en su territorio”.

Otras veces se condena al Estado miembro (al Reino de Bélgica en el caso de la STJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-415/01) por no adaptar su Derecho interno a alguno de los preceptos de la citada Directiva, además de por no garantizar una delimitación de las zonas de protección especial situadas en su territorio, ni por adoptar las medidas necesarias para asegurar que la clasificación de un lugar como zona de protección especial implique automática y simultáneamente la aplicación de un régimen de protección y de conservación conforme con el Derecho comunitario.

Otra posible variante de incumplimiento, relacionada con las anteriores, es aquélla que recoge la STJCE de 20 de marzo de 2003 (asunto C-143/02) porque, aunque la condena se refiere a la no adopción de las medidas apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats naturales, el incumplimiento no se debe tanto a una ausencia de la transposición debida como a una medida normativa del Estado miembro (de la República de Italia) que impide este resultado.

El medio ambiente no agota las competencias sectoriales europeas que pueden repercutir sobre el territorio. Pensemos en el Derecho de la competencia (y la determinación de las zonas susceptibles de obtener ayudas económicas), en la política agraria (y la fijación de las áreas rurales subvencionables), en las redes transeuropeas previstas en el artículo III-246 de la Constitución Europea (con la consiguiente fijación de las redes en el planeamiento de los Estados miembros), en la realización de las políticas energéticas comunitarias (y la consiguiente determinación de su ámbito territorial de aplicación), etc.

Puede en este contexto seleccionarse el artículo 175 (antiguo 130 S) del Tratado de la Comunidad Europea, según el cual el Consejo adoptará “medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo”.

También el artículo 151 (antiguo art.128) del TCE (introducido por el Tratado de la UE), a cuyo tenor la “Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros”; en efecto, la preservación de espacios culturales puede llevar consigo la realización de medidas de ordenación del territorio.

En particular, la realización de las redes transeuropeas lleva consigo la necesidad de que las Administraciones nacionales con competencia de ordenación territorial y urbanística dibujen en sus planes de ordenación la red que resulta del ejercicio de la competencia sectorial comunitaria.

También es preciso considerar la evaluación de impacto ambiental, ya que las últimas tendencias normativas en el ámbito comunitario pretenden reforzar la consideración del ambiente a la hora de realizar planes urbanísticos. La normativa comunitaria afirma que la evaluación del impacto ambiental constituye un instrumento importante para la integración de los aspectos ambientales en dichos planes y programas, pues garantiza que las autoridades tengan en cuenta las posibles repercusiones ambientales que resultan de la realización de tales planes y programas antes de su adopción.

Mención aparte merece el tema de los fondos estructurales, ya que algunos de los programas comunitarios de cohesión tienen como objetivo la mejora de las infraestructuras de las ciudades (v.gr. programa Urban, o el programa Interreg, para áreas fronterizas)⁸².

Un problema que se plantea en este contexto es cómo justificar la ilegalidad de una ayuda en un territorio sobre el cual es legal un fondo estructural. El problema parte de la toma en consideración de distintos criterios espaciales o geográficos a la hora de llevar a cabo las políticas comunitarias de cohesión (a través de los fondos estructurales) y de la competencia, concretamente las ayudas comunitarias. Para evitar problemas de descoordinación entre ambas políticas comunitarias, existen tendencias en el ámbito comunitario que pretenden dibujar un mismo "mapa" de común aplicación para ambas políticas (de competencia y de cohesión), logrando de esta forma la debida coherencia entre fondos y ayudas comunitarias.

¿Qué alcance pueden llegar a tener este tipo de acciones de las instituciones comunitarias en materia territorial y urbanística? Buscando una interpretación en la medida de lo posible comprensible en nuestro propio Derecho, y retomando por tanto el hilo de la jurisprudencia constitucional, puede citarse la STC 149/1991, de 4 de julio, cuando afirma que la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio tiene "enorme amplitud", aunque "esa enorme amplitud de su ámbito propio evidencia que quien asume, como competencia propia, la ordenación del territorio, ha de tomar en cuenta para llevarla a cabo la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso

⁸² Sobre los fondos estructurales y, en general, la ordenación del territorio desde el punto de vista europeo, puede verse el reciente trabajo de I. DE LA FUENTE CABERO, "La interrelación entre los Fondos Estructurales y la Ordenación del Territorio", *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº 234, julio 2004 *in toto*.

de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo (...) Este condicionamiento de una competencia atribuida por referencia a un concepto (la ordenación del territorio), que la Ley cántabra sobre la materia (Ley 7/1990) califica de equívoco y la Ley de Ordenación Territorial de la Comunidad de Madrid (Ley 10/1984) de denominación aún confusa en nuestra reflexión teórica, no es ilegítimo y ello no sólo por el *hecho de que el territorio puede ser contemplado desde una perspectiva nacional y hasta europea, como recuerda la Ley 6/1989 de la Comunidad Valenciana, sino sobre todo porque, como acabamos de indicar, es inherente a la idea misma de ordenación la actuación de poderes distintos, dotados de competencias propias. Para que el condicionamiento legítimo no se transforme en usurpación ilegítima es indispensable, sin embargo, que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios*".

El ejercicio de las competencias sectoriales de la Unión Europea lleva a que las instancias de planeamiento territorial (las Comunidades Autónomas) tengan que prever -en sus planes o instrumentos de ordenación- las actuaciones que se deriven de dicho ejercicio. Por ejemplo, una red transeuropea definida a escala europea tendrá que encontrar una adecuada plasmación en el correspondiente plan autonómico de ordenación territorial.

Por otra parte, el Derecho europeo de ordenación territorial serviría en el fondo para reforzar la legitimidad de las acciones del Estado derivadas del ejercicio de sus propias competencias sectoriales (por ejemplo, infraestructuras o medio ambiente) y para reforzar la idea de que la ordenación territorial autonómica ha de ajustarse a las determinaciones territoriales que se deriven del ejercicio de las competencias sectoriales del Estado. Porque, en efecto, no puede llegarse al absurdo de que la Unión Europea (pero no el Estado) pueda repercutir en el espacio autonómico. Por eso, el "mínimo" exigible parece ser que el Estado español tenga en España, cuando menos, las mismas competencias que tiene Europa. Cuando menos, las competencias estatales de carácter sectorial aumentan su legitimidad en un contexto europeo, también considerando que ni siquiera en el Estado federal alemán se priva al Estado de competencia de ordenación del territorio. De momento, sin embargo, sólo el Estado (no Europa), en el ejercicio de sus competencias sectoriales, ha de seguir reglas tales como que dicho ejercicio no puede "dejar vacías de contenido" las competencias autonómicas o que dicho ejercicio ha de respetar estrictamente la política territorial autonómica.

4. La cooperación transfronteriza territorial.

Desde el punto de vista de la ordenación del territorio, ¿cómo se manifiesta la europeización a través de la cooperación transfronteriza? ¿Qué regulaciones

existen, a nivel autonómico, que corroboren dicha europeización del planeamiento urbanístico o territorial? ¿Cómo se articulan los planes de ordenación del territorio de carácter transfronterizo ⁸³?

A la búsqueda de regulaciones, sobre ordenación del territorio transfronterizo, se presentan dos cauces: el primero, las regulaciones propiamente dichas de planeamiento en el ámbito de la legislación autonómica de tipo territorial o urbanístico. El segundo, las regulaciones y los acuerdos de cooperación transfronteriza entre las Comunidades Autónomas (del lado español) y las autoridades nacionales francesas o portuguesas.

En torno al primer ámbito o cauce, es necesario partir de que las leyes de ordenación del territorio no se enfrentan expresamente con este problema de la ordenación del territorio transfronterizo. No obstante, en los instrumentos de ordenación territorial (así por ejemplo en las directrices de ámbito regional de la Comunidad Autónoma de Aragón) se contienen interesantes referencias, tales como las relativas a las infraestructuras que unen esta Comunidad Autónoma y Francia, dentro de las estrategias territoriales de esta Comunidad.

Por otra parte, este tipo de referencias (y todas aquellas que, de forma previsible se irán dictando) encuentran respaldo normativo en la legislación autonómica de ordenación del territorio.

En el segundo ámbito, es decir los acuerdos de cooperación transfronteriza, permiten éstos celebrar (a las Comunidades Autónomas o a sus municipios) convenios con las autoridades competentes de otros Estados (Francia o Portugal). Hemos de citar el famoso Convenio Marco de 5.2.1980 sobre cooperación transfronteriza. Este Convenio sugería la posibilidad de celebrar Acuerdos interestatales. De ahí que España, al igual que otros Estados, considerara insuficiente este Convenio Marco y por eso aprobara con Francia un Acuerdo específico, igualmente conocido: el Tratado de Bayona. En el Norte de España rige este Tratado desde el 10.3.1995, entrando en vigor en 1997, según el cual se permiten este tipo de acuerdos transfronterizos. Para la eficacia de estos acuerdos transfronterizos con un Tratado interestatal de cobertura basta con la previa comunicación del proyecto de acuerdo transfronterizo a la Administración del Estado en virtud del Real Decreto 1317/1997. Finalmente, puede considerarse un Protocolo de 1996, no ratificado por España.

Pues bien, nada impide para que, en estos acuerdos, se realicen proyectos de carácter directa o indirectamente territorial. Por ejemplo, la construcción de una carretera o de un puente o de instalaciones de servicios públicos comunes,

⁸³ Por todos, sobre el tema, F. LÓPEZ RAMÓN, "Instrumentos de urbanismo transfronterizo pirenaico", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº9 1996, pp.399 y ss.

podrá hacerse aprovechando este marco normativo. Puede hablarse incluso de una planificación territorial conjunta o europea, es decir transnacional, entre una Comunidad Autónoma y el Estado francés o el Estado portugués, es decir la "planificación" que implica la realización del proyecto transfronterizo en cuestión.

Ahora bien, la aprobación de los planes donde se establezcan dichas determinaciones de carácter territorial, será competencia lógicamente de la Administración competente para dicha aprobación del plan correspondiente (la Comunidad Autónoma, del lado español y la autoridad portuguesa o francesa del otro lado).

Es decir, desde el punto de vista de la europeización del planeamiento urbanístico o territorial, es interesante destacar la posible "planificación conjunta", a pesar de la aprobación por separado de los planes urbanísticos o territoriales.

Por tanto, la cooperación transfronteriza viene a decirnos que no es suficiente la supresión de la frontera para el desarrollo de las áreas transfronterizas, ya que es necesario además una planificación conjunta para la actuación en ámbitos concretos espaciales.

De la práctica administrativa existente pueden seleccionarse algunos ejemplos: se han desarrollado proyectos transfronterizos que afectan al territorio español, tales como "Eurostadt" (entre San Sebastián y Bayona, con una consideración espacial conjunta) tal como nos explica el documento "Libro Blanco de la Eurociudad"⁸⁴.

Interesante es también que, dentro de los fines de las Comunidades de trabajo (instituciones protagonistas en el ámbito de esta cooperación en el área pirenaica) se prevé expresamente la "cooperación transfronteriza territorial", junto a otras materias como la energía, la economía de montaña, los balnearios, etc. (así, el Tratado de los Pirineos de 1995).

En la parte de España más cercana a Portugal, Andalucía ha firmado dos protocolos transfronterizos con Portugal, lo mismo que Extremadura (durante los años 1992 y 1994) y Galicia (protocolo de 17.1.1992 y 27.5.1994) y Castilla y León (protocolo de 21.2.1995 y 3.3.1995). Estos protocolos no tienen fuerza jurídica vinculante y es posible que un régimen similar al hispano-francés termine imponiéndose en estos otros territorios. Al no haber un Tratado interestatal hispano-luso, en materia de cooperación transfronteriza, si se firman acuerdos (entre las autoridades autonómicas o locales españolas y las portuguesas), para su eficacia jurídica sería necesaria la conformidad expresa del Gobierno de la Nación, no sirviendo a estos efectos la comunicación previa del RD 1317/1997.

⁸⁴ Puede verse www.eurociudad.org, www.agglo-bab.fr/f_missions.htm o www.guipuzkoa.net o el proyecto "Cities" entre Irún, Hondarribia y Hendaya (www.bidasoa-txingudi.com, oder www.irun.org).

Así pues, se está desarrollando una tendencia en favor de un planeamiento territorial transfronterizo. En particular, la cooperación con Portugal puede valorarse como positiva, por representar una vía de solución al problema de la tradicional ausencia de cooperación entre ambos Estados celtibéricos. En este sentido, puede seleccionarse el ejemplo, de cooperación transfronteriza "Terra Douro", o la declaración del parque natural de los "Arribes del Duero". En todos estos casos, existe también una valoración o consideración conjunta del espacio territorial.

En gran medida, el sentido de la cooperación transfronteriza es aprovechar los programas europeos de financiación (Fondos Estructurales FEDER y FEOGA, Iniciativas Comunitarias URBAN y especialmente, en este caso, Iniciativa Comunitaria INTERREG). Estos programas permiten el desarrollo económico y el progreso social de cada una de las áreas territoriales nacionales. En ello hay, evidentemente, un interés común de los Estados miembros. Es obvio que estamos ante un fenómeno general que afecta a muchos otros Estados europeos.

Lo interesante es poner de manifiesto que algunos de estos proyectos conjuntos (claramente el INTERREG) tendrán necesariamente una repercusión espacial o traducción en clave territorial, lo que obliga en cierta medida a una consideración transnacional del territorio, conjuntamente con el Estado vecino, aunque finalmente cada cual apruebe sus respectivos planes o directrices de ordenación territorial, en ausencia de autoridades europeas o supranacionales que pudieran aprobarlos.

La reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local introduce un segundo apartado en el artículo 87 de la Ley de Bases de Régimen Local relativo, como actualmente, a los consorcios) diciéndose que "los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia".

Tal como ilustra la Exposición de Motivos de la citada Ley 57/2003, "se incorporan a nuestra legislación básica de régimen local los consorcios transfronterizos, como mecanismo asociativo que puede utilizarse en una actividad de creciente importancia como es la cooperación transfronteriza de nuestras entidades locales".

Así pues, resumiendo o recapitulando, pueden distinguirse estas posibles opciones:

1. En lo relativo al proyecto en general de cooperación transfronteriza (por ejemplo infraestructuras o servicios públicos): sistema "europeo" de actuación conjunta entre la Comunidad Autónoma y autoridades extranjeras.

2. En lo concerniente a la planificación territorial, en este marco de la cooperación transfronteriza: igualmente, actuación de "forma europea" entre autoridades autonómicas y extranjeras.
3. En lo tocante a la aprobación del planeamiento en el que se plasmen las acciones territoriales planificadas conjuntamente: aprobación por separado en cada Estado (Comunidades Autónomas del lado español; autoridades nacionales en el caso francés).

Podría considerarse otro ámbito a través del cual pueden desarrollarse proyectos transnacionales con impacto territorial, es decir los Tratados internacionales. Previa concertación de un Tratado Internacional puede acordarse por ejemplo la construcción de una obra pública, así un puente de enlace entre territorios de distintos Estados. Evidentemente, estas obras habrán de constar en los instrumentos de ordenación territorial o, cuando menos, de planeamiento urbanístico, de cada uno de los Estados que participan en el proyecto en cuestión. Y de ahí la repercusión espacial o territorial.

En general, podemos concluir esta cuestión poniendo pues de manifiesto la interesante existencia de una consideración conjunta del territorio entre distintos Estados, es decir un planeamiento territorial o urbanístico de carácter transnacional. El "territorio" deja de ser realidad nacional, para manifestar un carácter europeo que trasciende del propio Estado. Y es significativo porque el territorio es un pilar de la soberanía nacional de los Estados miembros. Por eso mismo, la Unión Europea es consciente de la importancia de este tipo de acciones transfronterizas para llevar adelante el proyecto de integración europea. Las fronteras pierden fuerza y los Estados miembros dejan de identificar rígidamente los confines de su territorio. Y la planificación del territorio se hace cada vez más de forma conjunta con otros Estados europeos. Este es el sentido mismo de Europa en un plano territorial.

Es presumible que estos proyectos cobren cada vez un mayor auge. Las iniciativas europeas de este tipo serán seguidas con especial interés en un Estado como el nuestro en el cual las Comunidades Autónomas están deseosas de acaparar competencias de carácter "internacional" que mermen la soberanía del Estado.

Lógicamente, estos proyectos cuentan también con dificultades prácticas. Así, tradicionalmente, las zonas fronterizas en la parte hispano-lusa (la "Raya") presentan un fenómeno preocupante de despoblación, aridez del territorio, grandes distancias entre ciudades, funcionamiento deficiente de los servicios públicos, a veces actitudes de desinterés en la colaboración y tan sólo en la financiación. Todo esto no hace fácil dicha cooperación. Tampoco pueden ignorarse las diferencias existentes entre sistemas jurídicos y organizativos, como limitación de la cooperación transfronteriza.

Suele apuntarse además, en este contexto de las dificultades, que el centralismo en Portugal y Francia dificulta notablemente la agilidad de la toma de decisiones en el marco de la cooperación transfronteriza, ya que las decisiones han de ser tomadas en París o Lisboa, con un exceso añadido de burocracia, a diferencia de la toma de decisiones, más ágil, del lado español, en un lugar más próximo a la frontera.

5. El debate en torno a la posible competencia de ordenación del territorio en favor de la Unión Europea

Junto a los “pilares” anteriores, de la ordenación del territorio, es posible discutir (y de hecho así se discute en otros Estados de la Unión) la posibilidad o conveniencia de reconocer a la Unión europea una competencia en materia de ordenación territorial (en sentido estricto) que se corresponda con la dimensión europea del espacio, del mismo modo que las dimensiones nacionales, regionales y locales dan lugar (en los distintos Estados) a los niveles competenciales respectivos a favor del Estado, las Regiones y las Entidades locales.

De afirmarse una competencia europea de ordenación territorial, en España se plantea el problema de la determinación del órgano de coordinación con la Unión Europea. ¿Las diecisiete Comunidades Autónomas, con competencia sobre el particular?

Al no tener el Estado competencia territorial, tampoco es fácilmente comprensible ni siquiera el propio artículo 175.2.1.2 del Tratado de la Comunidad Europea, donde ya se prevén competencias de carácter territorial en favor de la Unión Europea.

Llevado a Europa el singular “modelo” español, éste significaría que la Unión tendría, cuando más, sólo competencias sectoriales, pudiendo no más que interferir en la ordenación del territorio. Pero en Europa es factible discutir la posibilidad o conveniencia de una competencia de ordenación del territorio en favor de la Unión Europea.

Es discutible, ciertamente, hablar en términos de “necesidad” de una competencia de la UE en materia de ordenación del territorio. No obstante, habría argumentos que se presentan en una zona intermedia entre la necesidad y la conveniencia u oportunidad de una competencia europea de ordenación territorial.

Primeramente, el hecho mismo de que la UE disponga de competencias sectoriales que repercuten directamente en la ordenación del territorio (agricultura, transporte, cohesión, redes transeuropeas, medio ambiente...) haría *aconsejable* una competencia de este carácter territorial, a los efectos de que la UE pueda

atender debidamente su dimensión territorial, lo que repercutiría en último término en su mejor cumplimiento y ejecución.

En segundo lugar, esta propuesta se sitúa en consonancia con la tendencia que durante los últimos años se ha manifestado, en general, en cuanto al sistema de competencias de la UE. Las reformas de los Tratados, llevadas a cabo durante las últimas décadas, corroboran un fenómeno de extensión *horizontal* competencial, es decir un fenómeno de otorgamiento a la UE de todas las competencias posibles, al mismo tiempo que una limitación *vertical* en cuanto al ejercicio mismo de la competencia siguiendo el principio de subsidiariedad. Según esto, habría que reconocer también una competencia en materia de ordenación del territorio, en favor de la UE, aunque limitando su ejercicio.

En tercer lugar, no puede obviarse que uno de los motivos principales de la actual reforma institucional europea es la simplificación y clarificación del sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros (Declaración 23 del Tratado de Niza). El reconocimiento de una competencia en ordenación del territorio contribuye a precisar sus límites y conocer sus contornos.

En cuarto lugar, los diferentes documentos europeos sobre ordenación del territorio dejan clara su vocación a favor de una mayor acción de la Unión, a efectos del mejor cumplimiento de sus contenidos y fines. Asimismo, dichos documentos pueden entenderse como un primer estadio prenормativo que justifica la dimensión estrictamente europea del territorio, a la espera de que se consolide este proceso, plasmando una competencia en la Constitución europea con este contenido. En efecto, los propios documentos de las instituciones comunitarias, citados *supra*, expresan la necesidad de atender debidamente a la dimensión puramente europea del espacio; esta "dimensión" se superpone a su juicio a las dimensiones estatales o regionales o locales. De esta forma, se pretende también lograr mejor el objetivo del desarrollo sostenible.

En quinto lugar, el sentido de una competencia de ordenación del territorio en el ámbito europeo está en gran medida en abrir una vía para lograr que los Estados realicen las acciones que, por si solos, no serían capaces de llevar a cabo. La Unión Europea hace posible acciones que a los Estados, individualmente, les es costoso o complejo realizar, responsabilizándose en estos casos a una instancia superior que es la Unión Europea. Esta es la gran virtualidad práctica de la Unión Europea. Es así como, por ejemplo, se ha conseguido en gran parte la liberalización de los sectores económicos o la reconversión de otros, y sólo así seguramente es como puede conseguirse eficazmente un desarrollo sostenible del territorio dentro de Europa, entre otros fines de esta posible competencia comunitaria territorial.

Entonces, la cuestión siguiente sería la relativa a qué tipo de competencia plasmar en materia de ordenación del territorio, ¿compartida o complementaria?

En el caso de la complementariedad, la competencia de la UE sería esencialmente de apoyo de las acciones de los Estados. Si fuera compartida, ello significaría que los Estados pierden la competencia en tanto en cuanto la Comunidad la ejercite, con el límite del principio de subsidiariedad.

Para la definición de la competencia europea, en materia territorial, algunos criterios ya han sido esbozados *supra*, es decir una competencia que sirva para realizar un concepto europeo de ordenación territorial basado en la consideración espacial de las competencias sectoriales, la cooperación transnacional, la fijación de las grandes estrategias del espacio europeo, la conexión mejor entre regiones, la cohesión territorial, el desarrollo sostenible.

El principio de complementariedad ha encontrado eco en las últimas reformas del Tratado de la Comunidades Europeas. Debido a sus ventajas. La complementariedad permite avanzar en la integración comunitaria (reconociendo una competencia en favor de la Unión), al mismo tiempo que los Estados miembros no pierden competencias. La *ratio* de la complementariedad está presente en las competencias comunitarias de educación (art.149 TCE), formación (art.150 TCE), cultura (art.151 TCE), salud (art.152 TCE), industria (art.157.3 TCE), cohesión (art.158 TCE), investigación (arts.163.2, 164 y 165 TCE), ayuda al desarrollo (art.177).

Este principio de complementariedad ofrece distintas variantes; una es la de armonización (art.63 TCE en materia de asilo; art.137 política social, 175 medio ambiente); otra es limitarse a plasmar una simple regla de apoyo en favor de los Estados miembros (educación, cultura, salud, son algunos ejemplos) o de simple "recomendación" (arts.212, 150 y 151V TCE).

No obstante, han de considerarse también las desventajas de esta opción. Normalmente, en estos casos se emplean en la norma conceptos jurídicos indeterminados de difícil precisión ("apoya", "contribuye", "ayuda", "fomenta", etc.). Esto hace compleja la aplicación del precepto en cuestión y conduce a un protagonismo acaso no deseado o deseable del Tribunal de Justicia de las CCEE. Además, la práctica confirma que en estos casos el ejercicio de la competencia puede bloquearse "de facto" en especial cuando se exige regla de unanimidad (caso de la cultura) ⁸⁵.

De ahí que las competencias comunitarias complementarias son susceptibles de ser valoradas como un paso hacia adelante y dos hacia atrás en el proceso de integración comunitaria. La previsión de una competencia siguiendo este molde de la complementariedad, dado el caso, *puede interpretarse como una forma de*

⁸⁵ Puede verse R. CRAUFURD-SMITH, *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2005.

sostener las acciones comunitarias. A partir de entonces éstas se limitarán al simple fomento.

Todas estas reflexiones personales han de entenderse en el contexto de la comisión de expertos de la que forma parte el autor de este trabajo, integrada por siete profesores de Derecho administrativo y algunos otros juristas de reconocido prestigio que, por encargo del Gobierno alemán, fue constituida con el fin de debatir la posibilidad de una competencia europea de ordenación del territorio ⁸⁶.

Después de algunas sesiones en Berlín, la última durante los días 13 y 14 de junio de 2003, aquélla propuso, a sabiendas de la dificultad política del tema y también de la preferencia gubernamental por prever una competencia compartida, primero, completar el artículo 16.2 de la Constitución Europea, sobre competencias complementarias, haciendo mención a la ordenación del territorio; segundo, que la Constitución Europea recoja, dentro de los fines de la Unión (art.3.3) su dimensión territorial junto a la "económica" y la "social"; finalmente, que en la Constitución se incluya la necesidad de que la Unión ejercite sus competencias sectoriales de forma coherente con una consideración europea del territorio y que desarrolle el concepto europeo de "ordenación del territorio" en la línea de las reflexiones que hemos tenido ocasión de esbozar.

⁸⁶ Los miembros de la Comisión de Expertos son: Prof.Dr.Dr.h.c. Ultrich Battis, Prof.Dr. Werner Buchner y Prof.Dr. Hans-Jürgen Rabe (Alemania), Prof.Dr. Martin Loughlin (Reino Unido), Prof.Dr. Gérard Marcou (Francia), Prof.Dr. Hans Mattsson (Suecia), Prof.Dr. Dimitris Melissas (Grecia), Prof.Dr. Zygmunt K. Niewiadomski (Polonia), abogado Holger Schmitz (Alemania) y Prof.Dr.Dr. S. González-Varas Ibáñez (España). Informan también J. KERSTEN, "Empfehlungen für die Ausgestaltung der Raumentwicklung im europäischen Verfassungsvertrag", *UPR* 6/2003 pp.218 y ss. y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "Die Europäische Raumentwicklung aus spanischer Sicht", *EurUP* n°2 2004, pp.94 y ss.

CUARTA PARTE

EJEMPLOS DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

1. Planteamiento.

Un estudio de los efectos del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho administrativo exige una lógica labor de selección de algunos ejemplos que sirvan para observar la repercusión general del Derecho comunitario sobre instituciones típica y tradicionalmente jurídico-administrativas. El primero que se analiza seguidamente es la contratación administrativa.

Concretamente, este trabajo se pregunta acerca de la repercusión de la normativa más característica dictada durante los últimos años en el ámbito de la contratación administrativa (v.gr. las directivas comunitarias europeas) sobre el ordenamiento jurídico español y europeo en general. La respuesta a esta pregunta no quiere hacerse a los solos efectos de observar la repercusión práctica de dichas directivas sino también a los efectos de estudiar la propia naturaleza jurídica del contrato administrativo.

2. El cuadro de directivas comunitarias.

A. *Las directivas clásicas.*

Es bien conocido que la Comunidad Europea ha venido dictando, durante los últimos años, una serie de directivas en materia de contratación pública a las que los Estados miembros han tenido que adaptar su Derecho interno ⁸⁷.

⁸⁷ Sobre la contratación comunitaria, en la doctrina española, J.M. BAÑO LEÓN, "Proyecto de Ley de contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario del Gobierno Local*, Diputación de Barcelona, 1995;

Desde luego todos los Derechos de los Estados miembros han sufrido con mayor o menor intensidad la repercusión de estas directivas.

En la actualidad nos encontramos en una fase, nuevamente, de reforma de la normativa de contratación administrativa. Aún siguen definiendo el marco jurídico español las directivas clásicas que se van a citar seguidamente. Su cita es imprescindible, además, a efectos de conocer la evolución del sistema normativo comunitario de contratación administrativa. Hecha una breve, aunque obligada, referencia a estas directivas, acto seguido citaré aquella otra normativa, de reciente aprobación, que habrá de ser incorporada al Derecho español próximamente.

Así pues, las directivas que han venido rigiendo esta materia son las siguientes:

Los contratos de *suministros* se han venido rigiendo por la **directiva 93/36** de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros (DOCE de 9 de agosto de 1993)⁸⁸.

R. JURISTO SÁNCHEZ, *La adaptación del contrato de obra pública al Derecho comunitario europeo*, Madrid 1987; M. LÓPEZ BENÍTEZ, "Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Noticias de la Unión Europea*, Nr.136 1996 pp.49 y siguientes; J.F. LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, "La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a otras empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea (Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)", *RAP*, Nr.133 1994; J.F. MESTRE DELGADO, "El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)", *Noticias CEE* Nr.74 1991 pp.35 y siguientes; J.A. MORENO MOLINA, "Los procedimientos de selección de contratistas y adjudicación de los contratos", *Noticias de la Unión Europea*, Nr.136 1996 pp.81 y siguientes; A. OJEDA MARÍN, "La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública", *RAP*, Nr.116 1988; del mismo autor "Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario", *RAP*, Nr.112 1987 pp.131 y siguientes; J.L. PIÑAR MAÑAS, "El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley", en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid 1996; M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Pamplona 1996; L. RODRÍGUEZ/J. LASA/K. GEEURICKX, "Contratos públicos en la CEE", *Noticias CEE*, Nr.103/104 1993; G. SAMANIEGO BORDIU, "La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones", *REDA*, Nr.71 1991 pp.357 y siguientes; M. VINYOLÉS I CASTELLS, *La adjudicación de los contratos públicos. La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normativa comunitaria*, Madrid 1995.

⁸⁸ Dichos contratos de suministros se regularon primero por la directiva 77/62 de 21 de diciembre de 1976, sobre la coordinación del procedimiento para la adjudicación de contratos públicos de suministro, modificada por la directiva 80/767 de 22 de julio de 1980 (DOCE de 18 de agosto de 1980) y, después, por la directiva 88/295 de 22 de marzo de 1988 (DOCE de 20 de mayo de 1988).

Los contratos de *obras* por la **directiva 93/37** de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras (DOCE de 9 de agosto de 1993)⁸⁹. Además del contrato de obras en esta directiva se incluían también reglas sobre el contrato de concesión de obras públicas (art.3), “considerando que, habida cuenta de la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica, resulta conveniente incluir en la presente directiva normas relativas a su publicidad”.

Ambas directivas tienen una *correspondencia procesal*, mediante la **directiva 89/665** de 21 de diciembre de 1989, directiva para la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros.

Los contratos públicos de *servicios* eran el objeto de la directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, **directiva 92/50** de 18 de junio de 1992 (DOCE de 24 de julio de 1992).

Estas directivas se perfeccionaban con la llamada *directiva de sectores especiales*, inicialmente directiva 90/531, de 17 de septiembre de 1990, aunque sustituida posteriormente por la **directiva 93/38** sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE de 9 de agosto de 1993), a su vez modificada por la directiva 98/4, del Parlamento Europeo y del Consejo.

La regulación de la contratación pública en estos casos no pudo abordarse en las directivas de obras y de suministros, debido a la complejidad técnica del supuesto, ya que es conocido que en torno a estos sectores no es fácil lograr que las entidades adjudicadoras respeten los principios de publicidad, concurrencia, objetividad o transparencia. Así lo reconoce un considerando de la directiva cuando afirma que “las entidades no efectúan convocatorias de licitación a escala europea” fruto del “carácter cerrado de los mercados en los que actúan, debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos (...)”.

Se argumentó (por la propia directiva citada en último lugar) que los cuatro sectores que se tomaban en consideración tenían un “carácter similar”, hecho que permitía su regulación conjunta. Por lo demás, los principios que consigue plasmar esta directiva son los mismos de las de obras y suministros: libre prestación de servicios, no discriminación, etc.

⁸⁹ Se regularon primero por la directiva 71/305 de 26 de julio de 1971, sobre la coordinación del procedimiento para la adjudicación de contratos públicos de obras, modificada por la directiva 89/440 de 18 de julio de 1989 (DOCE de 21 de julio de 1989) y la decisión de 13 de julio de 1990 (DOCE de 19 de julio de 1990).

No obstante, existirían dos peculiaridades especialmente relevantes. La primera, que la aplicación de la directiva viene alcanzando, sin rubor alguno, a empresas públicas pero también a empresas puramente privadas que gocen de derechos especiales. La segunda, que los procedimientos de adjudicación tienen esta vez un carácter optativo, ya que el art.20.1 de la presente directiva 93/38 deja claro que "las entidades contratantes podrán elegir cualquiera de los procedimientos definidos en el apartado 7 del artículo 1 (abiertos, restringidos, negociados)".

Como contrapartida de la flexibilidad "deberá asegurarse un nivel mínimo de transparencia" y deberán adoptarse unos métodos adecuados para vigilar la presente directiva (considerando 46 de la directiva). En este sentido, el artículo 21 recoge la forma a través de la cual ha de efectuarse la licitación. En conclusión, existe una inicial menor rigidez aunque finalmente la configuración del procedimiento negociado previsto en esta directiva sería muy similar a la de los otros dos procedimientos ⁹⁰.

La *vertiente procesal* de esta directiva citada en último lugar se encuentra en la **directiva 92/13**, de 25 de febrero de 1992 (DOCE de 23 de marzo de 1992), relativa a la coordinación de las disposiciones legales referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones ⁹¹.

Puede citarse, también, la **directiva 93/13**, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se ha planteado hasta qué punto puede regir ésta (y por tanto la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación), en el ámbito de la contratación (privada) de la Administración ⁹².

Algunas remisiones son en este momento obligadas. Por una parte, téngase en cuenta el contexto internacional donde se encuadran las directivas comunitarias, es decir el Acuerdo de contratación pública de la OMC (Organización Mundial

⁹⁰ Véase J.L. PIÑAR MAÑAS/J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, "El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos", VARIOS AUTORES, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Madrid 1997 p.120.

⁹¹ Con anterioridad, pueden tenerse en cuenta algunas proposiciones de modificación de las directivas; véase COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Bruxelles, 29 de marzo de 1995, COM 95, 107 final) la CE adoptó la directiva 97/52, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997. Esta directiva reforma las directivas 93/36, 93/37 y 92/50.

⁹² Puede verse J.RODRÍGUEZ-ARANA, AA 12 1999 y sobre el tema M. RUIZ MUÑOZ, "Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario", *Revista Gaceta Jurídica de la CE y Derecho de la competencia*, 1994 D-21 pp.47 y ss..

de Comercio). Puede asimismo citarse el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (en vigor tras el 1 de enero de 1994), donde se prevé expresamente la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública en los distintos países miembros (parte IV "competencia y otras normas comunes" y Anexo XVI del Acuerdo) ⁹³.

Hecha esta referencia obligada seguidamente se comentan las nuevas directivas comunitarias de contratación pública.

B. La directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

Antes de incidir en los principios esenciales de la regulación comunitaria de contratos públicos, es preciso referirse a la reforma reciente de las directivas comunitarias y a las ideas principales de la citada reforma.

En el actual proceso de reforma actualmente destaca la reciente directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

En la citada directiva se contienen los motivos que justifican una nueva regulación. Como antecedentes importantes pueden citarse primero el Libro Verde de la Comisión titulado "La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro" ⁹⁴. Y, segundo, la comunicación de la Comisión "La contratación pública en la Unión Europea" de 11 de marzo de 1998 (COM(98) 143 final).

Estos documentos que acaban de citarse, y otros más ⁹⁵ (igualmente, puede tenerse en cuenta la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo -DO serie C 255 de 13 de septiembre de 2001-), justifican la reforma con distintos argumentos ⁹⁶. Sería preciso simplificar

⁹³ A veces las propias directivas comunitarias aluden a este Espacio Económico Europeo. Sobre el tema, M.A. DÍAZ MIER/A. ÁVILA ÁLVAREZ, *Revista Noticias de la U.E.* 133 1996.

⁹⁴ COM(96) 583 final-C4-0009/97, de 27 de noviembre de 1996.

⁹⁵ En este sentido, puede citarse el dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde -La contratación pública en la Unión Europea- reflexiones para el futuro (DO C 244 de 11 de agosto de 1997), donde se insiste en la simplificación de las normas de adjudicación y en la mayor utilización de los medios tecnológicos.

⁹⁶ Puede verse también J. BERMEJO VERA, "Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos", *Revista Gallega de Administración pública*, 29 (2001) pp.141 y ss.

la regulación existente. Sería necesario refundir, en una sola directiva, las tres directivas clásicas de contratación de suministros, de servicios y de obras. Sería obligado suprimir ciertas incoherencias que se descubren entre las directivas, así como generalizar a los distintos contratos los contenidos que actualmente se prevén sólo en alguna de ellas. Sería más que conveniente actualizar los contenidos de las directivas, en especial por lo que se refiere a su necesario ajuste a las nuevas tecnologías, en particular en torno a la fase de publicación de los anuncios y la recepción de las ofertas o a la hora de redactar las llamadas especificaciones técnicas que comentaremos más adelante.

La labor de unificación en una misma directiva, de los contratos de obras, servicios y suministros, no desconoce la necesidad de delimitar correctamente entre sí dichos contratos. En este sentido, uno de los motivos o considerandos (nº10) de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios *cit.* es la mejor delimitación entre los contratos de obras y los de servicios, ya que ambos pueden aparecer en la práctica ligados entre sí. El criterio diferenciador (siguiendo la STJCE de 19 de abril de 1994, asunto C-331/92) es el objeto principal del contrato.

Finalmente, la presente reforma pretende integrar adecuadamente, en la contratación pública, los aspectos medioambientales y los aspectos sociales.

Estas iniciativas de reforma, que acabamos de comentar, son en general, aunque con distintos matices y contenidos, apoyadas desde distintas instituciones.

En este sentido, puede citarse la resolución, del Parlamento, sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro (COM(96)0583 -C4-0009/97) ⁹⁷.

El Parlamento impulsa la reforma aportando una serie de datos interesantes que informan de la aún escasa repercusión de las acciones comunitarias en este ámbito de la contratación pública. Informa aquél concretamente de que sólo un 3% de todos los contratos públicos que se producen en la UE se adjudican a empresas de otros Estados miembros de la UE, alcanzando el 11% del producto interior bruto de la UE.

Asimismo, insiste el Parlamento en la necesidad de incorporar adecuadamente los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública y, en

⁹⁷ A su vez, entre otros documentos que cita la presente resolución, ésta se basa en el informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y Política Industrial y las opiniones de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos y de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (A4-0309/1997).

general, en los distintos fines inherentes al proceso de integración comunitaria por referencia a los contratos públicos.

Interesante es también el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde - La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro» (DO serie C 287 de 22/09/1997 p.0092). El presente dictamen nos serviría para completar las afirmaciones que acaban de hacerse, por referencia a la resolución del Parlamento, sobre el Libro Verde. En concreto, las causas del insuficiente impacto del régimen de contratación comunitaria, que según veíamos denunciaba el Parlamento Europeo, tienen a juicio del CES una fácil explicación; según este Comité el número todavía limitado de contratos adjudicados a empresas de otro Estado miembro *se explica más por la existencia de factores externos que por una deficiente aplicación de las directivas*.

Por “factores externos” entiende el Comité tanto elementos subjetivos (desconocimiento del Derecho comunitario, hábitos nacionales) como elementos objetivos, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, una rentabilidad a veces decepcionante debido a los costes de una licitación fuera de las fronteras nacionales, los obstáculos jurídicos y reglamentarios y, por último, la barrera de la lengua. Estos factores son sobre todo obstáculos para las pequeñas y medianas empresas ⁹⁸.

Un contenido original del presente dictamen sería su valoración de los procedimientos y mecanismos de recurso. Es “original” debido a que ni siquiera la propuesta de directiva abordaba esta cuestión de los recursos y garantías. Y, sin embargo, el CES entra a valorar este asunto trascendental para el logro del cumplimiento efectivo de las directivas.

Destacaríamos el argumento según el cual “las empresas vacilan a menudo a la hora de utilizar estos procedimientos de recurso a causa de los elevados gastos y riesgos de represalia por parte de los adjudicadores públicos. El Comité subraya la importancia de procedimientos de fácil acceso, poco costosos y que garanticen una protección real de los denunciantes, con perspectivas de obtener rápidamente, en su caso, reparación de daños y perjuicios” ⁹⁹.

⁹⁸ Por tanto, una política europea de contratación pública debe examinar las condiciones generales de acceso a los contratos y fijarse el objetivo de mejorar las condiciones de acceso a la información (puede verse, en esta misma línea, el punto 4.6 del dictamen).

⁹⁹ Añade además el CES: “El Comité propone a la Comisión que inicie una reflexión sobre las iniciativas que podrían adoptarse en el marco del tercer pilar de la Unión Europea: elección de las jurisdicciones, naturaleza e importe de las indemnizaciones y compensaciones, ayuda judicial, reparto de responsabilidades, particularmente en el caso del recurso a la subcontratación. El Comité observa que los procedimientos de reparación de daños y perjuicios se utilizan más ampliamente en los países en que su examen es competencia de jurisdicciones especializadas”.

Finalmente, al igual que el Parlamento, el Comité incide en que en numerosos países de la Unión los entes locales son los que realizan la mayor parte de los contratos públicos, siendo la apertura de estos contratos particularmente importante para las pequeñas y medianas empresas. De este modo, el Comité recomienda a la Comisión que intervenga en este ámbito creando, en un principio con carácter voluntario, procedimientos de certificación de los adjudicadores (certificados). Además, el CES recomienda a la Comisión que dedique su atención al apoyo a los programas de formación para los responsables en los entes y corporaciones locales.

En el dictamen descubrimos asimismo una brevísima pero interesante alusión a la contratación de las propias instituciones comunitarias. El CES (punto 6.5 del dictamen) dirige a la Comisión el siguiente mensaje: "en tanto que guardiana de los Tratados la Comisión está obligada a dar ejemplo en materia de contratos públicos (...). El Comité pide a la Comisión que, para el conjunto de los contratos que adjudica, e independientemente del programa afectado, introduzca una ley única e invariable de adjudicación de los contratos".

Finalmente, téngase en cuenta que el CES dictamina, igualmente, temas centrales de la reforma tales como la aplicación del Derecho comunitario a las concesiones, la compatibilidad con la contratación pública de los métodos de financiación privada de las obras públicas, la necesaria utilización de las tecnologías electrónicas y la más que conveniente incorporación de los aspectos ambientales y sociales en la contratación pública. Pero a estos contenidos de este dictamen haremos referencia según vayamos tratando todas estas cuestiones.

Es preciso reseñar brevemente a continuación los temas principales de la nueva directiva de contratos públicos de obras, suministros y servicios. Un primer tema importante de la directiva es lograr el ajuste de la normativa de contratos públicos a las nuevas tecnologías. La Comisión se propone que el 25% del total de los contratos adjudicados se realicen con soporte electrónico en 2003. En el Derecho español, es obligado citar en este contexto el Reglamento de la LCAP 2/2000 aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, ya que uno de los motivos que lo justifican es precisamente la mayor atención por el empleo de medios electrónicos (disposición adicional décima, donde se concede al Ministerio de Hacienda la posibilidad de regular la utilización de los medios electrónicos; puede verse también la disposición adicional novena, párrafo tercero).

La vía electrónica tiene la ventaja de la reducción o ahorro de tiempos innecesarios con la consiguiente mayor celeridad. Cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos se podrán reducir los plazos de recepción de ofertas (en el procedimiento abierto) y los plazos de recepción de solicitudes en los procedimientos restringidos y negociados.

Otro tema interesante de la directiva son los acuerdos marco (en la línea de la directiva 93/38/CEE) como una solución en caso de compras repetitivas, evitando que tenga que repetirse el procedimiento de adjudicación por cada compra. Se persigue de esta forma que los compradores puedan beneficiarse de la evolución de los productos y de los precios. En el Derecho español el acuerdo marco aparece por primera vez en la LCAP 13/1995, de 18 de mayo (artículo 183. f), actualmente artículo 182.l de la LCAP 2/2000, en el contexto igualmente de los procedimientos negociados sin publicidad. Se caracteriza como una forma de contratación próxima a los modelos privados, de carácter abierto en la definición de su objeto, de colaboración estable y de flexibilidad permanente ¹⁰⁰.

Otro tema son las especificaciones técnicas. Una “especificación técnica” se define por la directiva, en los contratos públicos de servicios y de suministros, como “una especificación que figure en un documento en el que se definen las características exigidas de un producto o servicio, como por ejemplo los niveles de calidad, de rendimiento medioambiental, de diseño para todas las necesidades (...), la seguridad o las dimensiones (...).

De forma similar, en los contratos públicos de obras aquélla se define como “el conjunto de prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, en las que se definen las características requeridas de un material, producto o suministro” (...), incluyendo “los niveles de rendimiento medioambiental (...), la seguridad o las dimensiones (...).”

Según la directiva, las disposiciones aplicables hasta el momento en materia de especificaciones técnicas ¹⁰¹ se caracterizaban por constituir, en la medida de lo posible, especificaciones armonizadas a escala europea o internacional. De este modo, obligando a los compradores públicos a seguir estas pautas, para definir las especificaciones técnicas, quiere evitarse que un operador económico o la producción nacional de un país se vean favorecidos de cualquier forma que sea. Por otra parte, este sistema tiene la ventaja de la transparencia y de estar a disposición de todo el mundo.

La directiva pretendería perfeccionar el actual modelo. La aplicación de estas disposiciones de las directivas sobre las especificaciones habría llevado,

¹⁰⁰ Otra referencia puede obtenerse en el artículo 183 de la LCAP 2/2000 dentro de la contratación centralizada de bienes. Cierta relación guardarían, con los acuerdos marco, los casos de los arts.141. e y d, en el contexto del contrato de obras. Puede verse I. VIRGILI PONS, “La organización de los contratos públicos en la práctica. El acuerdo marco”, *Actas del Seminario La Contratación Pública en Europa*, Instituto Europeo de Administración Pública, Barcelona 17 y 18 de abril 2002, con interesantes datos de la práctica administrativa.

¹⁰¹ Directivas de suministros (93/36/CEE), obras (93/37/CEE), servicios (92/50/CEE) y sectores especiales (93/38/CEE).

en algunos casos, a una situación en que la norma se ha considerado un instrumento obligatorio *de facto*, ya que cabe interpretar que tales disposiciones limitan la elección del comprador a la compra únicamente de los productos conformes a la norma.

En este sentido, la directiva pretendería la flexibilidad necesaria para abrir la posible aplicación de otras soluciones distintas de la solución aportada por la norma, en especial cuando estas otras puedan ser más acordes con las nuevas tecnologías y el estado actual de la técnica. Se razona que la rápida obsolescencia técnica que se produce en determinados sectores, combinada con la interpretación de que la norma es *de facto* obligatoria, es especialmente perjudicial cuando la norma está, por su propia naturaleza, atrasada respecto al avance técnico (caso de las tecnologías de la información).

En el Derecho español, esta cuestión se relaciona primeramente con el artículo 52 de la LCAP donde, en esencia, viene a establecerse una regla de primacía de las prescripciones técnicas definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes (...) ¹⁰².

De ahí que la posibilidad de definir las especificaciones técnicas al margen de las normas europeas venga contemplándose como una excepción limitada a la concurrencia de ciertos presupuestos tasados (los previstos en el artículo 14 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; artículo 21 del Real Decreto 390/1991, de 1 de marzo, en el que se establecen algunas excepciones a la obligación general de definición de las especificaciones técnicas de acuerdo con las normas europeas, supuestos excepcionales que las Administraciones deberán indicar en los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas particulares y en el anuncio del contrato).

Otra cuestión, siempre compleja, con la que se enfrenta la directiva, es la relativa a la necesidad de reducir la discrecionalidad de los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar el contrato.

En las disposiciones tradicionales sobre criterios de adjudicación ¹⁰³ se preveía que dichos criterios debían enumerarse en el anuncio de licitación o en el

¹⁰² Otras referencias son: art.67 (donde se afirma que en el expediente de contratación se incorporará el pliego de cláusulas administrativas y el de prescripciones técnicas particulares), art.124.c (prescripciones técnicas como contenido de los proyectos de obras).

¹⁰³ Apartado 2 del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE, apartado 2 del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE y apartado 2 del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE.

pliego de condiciones «en la medida de lo posible» en orden decreciente según la importancia que les atribuya el poder adjudicador.

A juicio de las instituciones comunitarias, en primer lugar, la mención al “orden de importancia decreciente” es poco precisa y necesita ser aclarada. En segundo lugar, incluso cuando se indica un orden de importancia decreciente de los criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores siguen teniendo un margen discrecional considerable a la hora de adjudicar el contrato. En efecto, si sólo se indica un orden de importancia decreciente, el poder adjudicador mantiene la posibilidad de dar a los criterios, en el momento de la evaluación, un peso determinado y, por tanto, un valor relativo que no conocen los licitadores. La falta de transparencia puede tener como resultado que determinados poderes adjudicadores confieran una importancia inesperada o imprevisible a uno o varios criterios, incluso después de la apertura de las ofertas, de modo que den un trato privilegiado a una u otra de éstas.

De esta manera, ante dos criterios, el orden de preferencia puede llevar a conceder el 90% o el 51% del valor relativo al primer criterio. Además, al no existir una norma general que obligue a indicar la ponderación relativa de los criterios desde el inicio del procedimiento, es difícil controlar la elección definitiva del poder adjudicador.

Habría, pues, que reconocer que tal carencia desemboca, en la fase crucial de la adjudicación del contrato, en dejar sin efecto útil las normas que rigen las etapas anteriores del procedimiento de adjudicación. Todas estas normas persiguen el mismo objetivo de garantizar el respeto de los derechos de los licitadores y, especialmente, los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Por lo tanto, la directiva quiere prever la obligación de mencionar, ya en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, la ponderación relativa de cada criterio. Ésta puede adoptar distintas formas (principalmente, porcentajes o parte relativa en relación con otro criterio) y, para mantener cierta flexibilidad, se puede expresar en forma de una banda de valores dentro de la cual se situará el valor asignado a cada criterio ¹⁰⁴.

¹⁰⁴ No obstante, no siempre es posible indicar, ya en el anuncio de licitación, la ponderación relativa de los criterios. Esto puede resultar especialmente difícil en el caso de contratos complejos.

Por lo tanto, según la directiva las disposiciones deben dejar una posibilidad de hacer excepciones a la citada obligación.

Por otro lado, conviene procurar que la ponderación sea conocida por todos los licitadores cuando preparan sus ofertas.

En consecuencia, la directiva prevé una exención que permita que la ponderación relativa se indique como máximo en la invitación a licitar (en los procedimientos restringidos y negociados) o en la invitación al diálogo (en los procedimientos negociados en caso de contratos complejos). En los demás casos -procedimientos abiertos-, el no haber indicado la ponderación relativa desde el inicio del procedimiento podrá acarrear su nulidad.

Esta regulación afecta directamente al artículo 86 de la LCAP 2/2000. En este precepto se afirma que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares han de constar los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación (art.86.1 y 3). Además, “los criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos”.

En el propio Derecho comunitario podría profundizarse aún más de lo que lo hace la actual directiva, en aras de conseguir el objetivo que se pretende. Habría que llegar a un control judicial que, cuando sea factible, indique a quién debe adjudicarse el contrato. “Cuando sea factible” significa o presupone la existencia de parámetros normativos claros sobre los criterios que deben aplicarse por la Administración a la hora de adjudicar un contrato.

En la línea de reforzar la aplicación de criterios objetivos la directiva pretende que, en los procedimientos restringidos y negociados, la definición de los licitadores invitados a participar se haga aplicando criterios objetivos enunciados previamente.

Por otro lado, la directiva refuerza los instrumentos para combatir la delincuencia organizada, la corrupción y el fraude, al introducir una obligación según la cual los poderes adjudicadores estarán obligados a excluir a todo licitador que haya sido objeto de una sentencia firme por delitos de delincuencia organizada, de corrupción o de fraude en detrimento de los intereses económicos de la Comunidad.

Otro problema de los contratos públicos especialmente complejos, que aborda la nueva directiva, se refiere al “diálogo competitivo”. Determinadas adjudicaciones pueden ser especialmente complejas ya que los poderes adjudicadores no se encuentran objetivamente en situación de definir los medios -técnicos, jurídicos o financieros- que mejor podrían satisfacer sus necesidades. El Comité de las Regiones, en su dictamen, cita como ejemplo los contratos del sector de sanidad (equipos quirúrgicos, sistemas de diagnóstico por imagen). La directiva pretende introducir una mayor flexibilidad superando los problemas jurídicos existentes actualmente en aras de entablar un diálogo con los licitadores. Haciendo un esquema de la regulación de este diálogo competitivo sus fases principales serían las siguientes:

1. Anuncio de licitación exponiendo las necesidades del poder adjudicador.
2. Diálogo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, a fin de definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades, respetando los principios de igualdad y confidencialidad.
3. Invitación, a los participantes, a que presenten su oferta final.

4. Adjudicación conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación y al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

Otra cuestión es la de los umbrales. La cuestión de los umbrales es transcendental, por expresar la barrera dentro de la cual se produce la repercusión de las directivas comunitarias de contratos públicos. No puede por eso extrañar que desde las instituciones comunitarias se proponga estudiar la posibilidad de rebajar los umbrales, especialmente los relativos a las obras.

En las directivas clásicas se preveían distintos umbrales. A menudo, no era fácil determinar el umbral aplicable a un contrato público específico, ya que los umbrales eran cualquier cosa menos simples y fáciles de utilizar. Por lo tanto, habría una necesidad urgente de simplificar estos umbrales, reduciendo el número de umbrales diferentes, fijándolos en números redondos y en euros hasta un grado compatible con las obligaciones internacionales de la Comunidad, derivadas del Acuerdo sobre contratación pública, resultante de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay.

La directiva se propone, asimismo, modificar las disposiciones de las directivas sobre el uso de distintas nomenclaturas (CPC, NACE y Nomenclatura Combinada), sustituyéndolas por una nomenclatura común (el Vocabulario Común de Contratos Públicos: Common Procurement Vocabulary, CPV). Las instituciones comunitarias se muestran convencidas de que esta nomenclatura.

Interesante es asimismo *la exclusión de la contratación pública de los poderes públicos que ejercen una actividad en el sector de telecomunicaciones*. La presente cuestión, interesante, es en parte fruto del proceso de liberalización de las telecomunicaciones y, en la otra parte, una cuestión de coherencia con la directiva 93/38/CEE de "sectores especiales".

A mi juicio, dicho proceso pone de manifiesto que, una vez se liberaliza un determinado sector, dejan de existir motivos suficientes para tener que sujetar la contratación pública (de los poderes públicos que ejercen una actividad en el sector de telecomunicaciones) al régimen siempre estricto de las directivas comunitarias. Los agentes públicos pasan a ser operadores de mercado que, como los demás agentes, tienen fundamentalmente un móvil económico en un entorno de competencia. Si este régimen se consagra es claro que los agentes económicos públicos, si los hay, han de regirse por las mismas reglas que los privados. Por tanto, una vez liberalizado el sector, no aparecen razones suficientes que lleven a cargar (al Estado o con mayor probabilidad a sus organismos públicos) con la aplicación de los criterios de publicidad y de adjudicación previstos en la directiva

93/38/CEE (directiva, en principio aplicable en estos casos, es decir la directiva de sectores especiales ¹⁰⁵).

Dicha directiva 93/38/CEE fue objeto de reforma y uno de sus motivos fue excluir, a los poderes públicos del sector de las telecomunicaciones, de su ámbito de aplicación. Entonces, si no se modificaran las directivas «clásicas», la consecuencia sería que los poderes públicos estarían de nuevo sometidos a las directivas «clásicas» en lo relativo a sus compras vinculadas a su actividad en el sector de las telecomunicaciones.

Y esto, obviamente, sería por su parte contrario a la lógica de las directivas relativas a la contratación pública. Sería concretamente ilógico que los poderes públicos, que, en el actual estado de cosas -incluso en ausencia de una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones-, estaban sometidos a las disposiciones más flexibles de la directiva 93/38/CEE, pasaran a estar sometidos a las normas más estrictas de las directivas «clásicas».

Puede concluirse que, tras la liberalización del sector y su conversión en un mercado, no se justifica un trato de desigualdad en contra de los poderes públicos que puedan optar por intervenir en el tráfico económico junto a los operadores privados.

Por lo tanto, se propone modificar las directivas «clásicas» para garantizar que los poderes públicos continúen estando excluidos del ámbito de aplicación de las directivas clásicas, en los que se refiere a las compras relacionadas con sus actividades en el sector de telecomunicaciones (puede verse el artículo 13 de la nueva directiva).

Cambiando de tema interesantes son “las centrales de compra”. En esencia, se admite y fomenta la práctica, desarrollada en algunos Estados miembros, de centralización de adquisiciones: varios poderes adjudicadores se encargan, en estos casos, de efectuar las compras o de adjudicar contratos públicos para otros poderes adjudicadores. A juicio de las instituciones comunitarias este sistema favorece la competencia mediante publicaciones de ámbito europeo según la importancia de los contratos, y a *ayudar* a las entidades locales. El límite jurídico consiste, obviamente, en que dichas centrales de compra hayan respetado las garantías de la directiva comunitaria. En tal caso, se entiende que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros o servicios recurriendo a una central de compra han observado dichas garantías.

¹⁰⁵ Se aplica esta directiva a la contratación del Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por una o varias de dichas entidades o de dichos organismos de Derecho público que actúen en el sector de las telecomunicaciones (apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE).

En el Derecho español el artículo 183 de la LCAP 2/2000 regula la “contratación centralizada de bienes”, ya que el Ministerio de Hacienda puede declarar de adquisición centralizada el mobiliario, material y equipamiento de oficina y otros bienes (...) ¹⁰⁶. Otro ejemplo puede ser el Real Decreto 541/2000 respecto de los contratos de servicios de telecomunicaciones, con igual previsión de un sistema de contratación centralizada de servicios de telecomunicaciones.

C. La directiva 2004/17, de 31 de marzo de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de los transportes y de los servicios postales.

Al igual que la directiva comentada hasta el momento, la presente directiva parte también del Libro Verde titulado «La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro», donde se puso de manifiesto la necesidad de simplificar el marco jurídico y adaptarlo a la era electrónica, así como de clarificar ciertas disposiciones oscuras o complejas a través de modificaciones legislativas.

La presente reforma afecta a la directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones («directiva sectores especiales»), enmendada en último lugar por la directiva 98/4/CE.

La cuestión a mi juicio central de esta reforma es debatir hasta qué punto sigue estando justificada la sujeción, de las entidades contratantes, a la directiva de sectores especiales, en el actual marco de liberalización que ha afectado con mayor o menor medida a la energía, los transportes y las telecomunicaciones o los servicios postales.

Es claro que tan justificada está dicha sujeción en un contexto de protagonismo público de gestión como injustificada cuando el poder público pasa a ser un agente económico más que, junto a otros, compite en un sector o mercado donde los distintos agentes (y también los públicos) se mueven por un criterio de búsqueda de rentabilidad, sin perjuicio de las regulaciones públicas tendentes a procurar la realización de fines públicos.

Estas reflexiones parecen tener un especial sentido en el ámbito de las telecomunicaciones (y también aunque de forma no tan acusada en los sectores energéticos), donde la apertura de la competencia ha sido intensa.

De ahí que la presente directiva excluya el sector de las telecomunicaciones del ámbito de aplicación de la directiva 93/38/CEE. Afianza esta exclusión el con-

¹⁰⁶ Puede verse, asimismo, el art.193 del reglamento de 1098/2001.

vencimiento de las instituciones comunitarias en que la liberalización del sector será la tónica dominante durante los próximos años.

¿Y qué decir de los demás sectores? En principio, la liberalización y apertura de la competencia no está tan avanzada y, por tanto, afirmar una exclusión del ámbito de aplicación de la directiva de sectores especiales sería arriesgada y simplista.

A escala comunitaria, se ha iniciado la liberalización de determinados sectores distintos de las telecomunicaciones, especialmente en el sector de la energía. Sin embargo, dado que la liberalización no está tan avanzada como en el sector de las telecomunicaciones, la directiva adopta una solución diferente en lo relativo a estos otros sectores. De hecho, en lugar de excluir ya tales sectores completamente del ámbito de aplicación de la directiva (lo que presupondría que la competencia efectiva se daría ya en todos los Estados miembros) la presente directiva ha considerado más apropiado introducir un mecanismo general que permita eximir las compras en dichos sectores *a medida que se constate que éstos están expuestos directamente a la competencia en mercados cuyo acceso ya no está limitado. Si se introdujera la competencia efectiva en un sector determinado, la Comisión se reserva el derecho de presentar una propuesta modificada para excluirlo del ámbito de aplicación* (exposición de motivos de la directiva).

Así pues, la presente directiva considera que aún existen motivos para mantener la sujeción, a los criterios de las directivas comunitarias de contratación pública, de las entidades contratantes (poderes públicos y organismos de Derecho público) cuya actividad se desarrolle en los sectores del agua, de la energía y de los transportes.

La reforma tiene, además, otros motivos que, por sernos ya familiares a estas alturas, no vamos más que a citarlos:

1. La introducción de los mecanismos de compra electrónica (§§ 20 y ss. de la EM de la nueva directiva y art. 56).
2. Especificaciones técnicas (§ 42 de la EM de la directiva y art. 34).
3. Refuerzo de las disposiciones relativas a los criterios de adjudicación (a lo largo de toda la EM de la nueva directiva).
4. Simplificación de los umbrales (§ 30 de la EM de la directiva y arts.16 y ss.).
5. Vocabulario común de contratos públicos
6. Regulación de los acuerdos marco (§ 14 de la EM de la directiva y art.32).

Importante es destacar como novedad, de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, de 31 de marzo de 2004¹⁰⁷, la original inclusión de los servicios postales dentro del articulado de la nueva directiva de sectores especiales, ya que en la propuesta de directiva original no se regulaba esta cuestión¹⁰⁸.

Podemos entender fácilmente, a estas alturas, los motivos de esta inclusión: considerando el actual proceso de liberalización del sector postal¹⁰⁹ es lógico que los poderes adjudicadores del sector postal, actualmente sujeto a la directiva clásica, se sometan a las normas más flexibles de la directiva sobre sectores para poder tener en cuenta la liberalización en curso de este sector.

La inclusión del sector postal dentro de la directiva de sectores se justifica, asimismo, considerando que aquél puede ser ejercido tanto por entidades públicas como privadas. Y a través de una red. Características éstas presentes en los demás sectores (puede verse el artículo 6 de la directiva).

D. El nuevo mecanismo general para la exclusión de actividades sometidas directivamente a la competencia.

Confirmando las afirmaciones anteriores, la directiva de sectores del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, de 31 de marzo de 2004, afirma la posibilidad de que las propias entidades contratantes puedan pedir la apertura de un mecanismo de exclusión.

Es decir, si una determinada actividad se ve sometida directivamente a un régimen de competencia de mercados cuyo acceso no está limitado, la presente directiva deja de aplicarse. Para determinar si una actividad está sometida directamente a la competencia, hay que basarse en criterios tales como las características de los bienes o servicios de que se trate, la existencia de bienes o servicios alternativos, los precios y la presencia, real o potencial, de más de un proveedor de los bienes o servicios de que se trate.

¹⁰⁷ Diario Oficial nº L 134 de 30/04/2004.

¹⁰⁸ COM/2000/0276 final-COD 2000/0117, DO C 029 E, de 30 de enero de 2001.

¹⁰⁹ Sobre esto S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares Granada 2001.

A la exclusión antecede un procedimiento, de verificación de que el sector se ha liberalizado, cuya introducción corresponde a la empresa interesada en inaplicar la legislación administrativa de contratación o la propia Comisión.

3. Claves de las directivas de contratación pública: los criterios de legalidad pública.

En principio, las directivas comunitarias tienen como fin inmediato y principal materializar ciertas libertades comunitarias fundamentales (libertad de circulación de mercancías y libertad de circulación de servicios), así como realizar el mercado interior introduciendo la competencia en el sector, sin poderse reservar determinados cupos de contratación a empresas nacionales (STJCE de 20 de marzo de 1990, asunto C-21/88 ¹¹⁰; puede verse también la STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-275/98).

Es significativo que para la consecución de estos fines las directivas comunitarias presupongan y exijan el cumplimiento de ciertos criterios o pautas de legalidad administrativa sobre la fase de adjudicación del contrato, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales de justicia.

Esta asociación entre legalización y realización de un mercado interior puede basarse en el artículo 163.2 (antiguo 130 F.2) del Tratado de la Comunidad Europea, donde se fija como objetivo comunitario que las empresas lleguen a sacar el máximo partido de las potencialidades del mercado interior comunitario mediante la contratación pública. El artículo dice, más exactamente: "a tal fin (investigación y desarrollo tecnológicos), la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas empresas, a los centros de investigación y a las Universidades en sus esfuerzos de investigación y desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación, fijándose en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación".

¹¹⁰ Esta sentencia (Du Pont de Nemours Italiana SpA contra Unità sanitaria locale n°2 di Carrara) sienta, así, que "el artículo 30 del Tratado se opone a una normativa nacional que reserva a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro" (...) "El hecho de que una medida nacional pueda ser calificada, en su caso, de ayuda en el sentido del artículo 92 o es, por lo tanto, razón suficiente para exceptuar a esta medida de la prohibición del artículo 30".

En todo caso, si hay un dato que caracterice las directivas comunitarias éste es su reiterada e insistente proclamación de los principios de publicidad, de concurrencia y de prohibición de efectos discriminatorios ¹¹¹.

El *quid* de las directivas estaría esencialmente en su insistente *efecto de legalización* de las adjudicaciones de contratos, siempre a partir de un determinado umbral económico ¹¹². La importancia de este efecto de legalización de las adjudicaciones de los contratos públicos es evidente considerando la gran transcendencia económica de la contratación pública ¹¹³. Las distintas directivas se enfrentan conscientemente con las resistencias que se derivan de la práctica o tendencia, tan arraigada tradicionalmente, a “comprar nacional” ¹¹⁴.

Dicho “efecto legalizador” se percibe claramente en la plasmación de criterios objetivos de adjudicación del contrato (artículo 26, por ejemplo, de la directiva 93/36), generalmente el precio más bajo o bien la oferta más ventajosa, salvo el caso de las ofertas temerarias regulado en el Derecho español en el artículo 83.2.b de la nueva LCAP o en el artículo 27, por ejemplo, de la directiva 93/36). Por eso, si la oferta es anormalmente baja, el poder adjudicador no podrá rechazarla si no ha llevado a cabo un procedimiento de verificación con el fin de concluir que la oferta es “anormalmente baja” (véase la STJCE de 16 de octubre de 1997, asunto C-304/96). De ahí que la consideración de otro tipo de criterios deba ser sometida al oportuno debate.

¹¹¹ Sobre esta prohibición de discriminación puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Comisión contra República Italiana de 5 de diciembre de 1989, asunto C-3/88, Rec. p.I-4035.

¹¹² STJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97.

¹¹³ Véase P. CECCHINI, *Europa 92, der Vorteil des Binnenmarktes*, Baden-Baden 1988 pp.37 y ss.

¹¹⁴ Esto parece ser práctica habitual en los distintos Estados, según informa A. PREDIERI, “Procedure contrattuali per l’acquisizione di beni e servizi pubblici”, *Congresso su il mercato europeo pubblico e privato nell’Europa degli anni 90*, Milano 1990, p.386; F. RITTNER, “Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext”, *NVwZ*, nº4 1995, p.313: “der öffentliche Auftraggeber kauft am liebsten juste retour vor der Haustür”; G. SAMANIEGO BORDIU, “La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones”, *REDA* nº71 (1991) p.358, añade: “la creación del mercado interior es un proceso que todavía no ha terminado, ya que subsisten barreras técnicas, jurídicas y físicas que hacen que las empresas no establecidas en un Estado miembro tengan una situación de desventaja importante en relación con las ya están establecidas”; véase también C. BOVIS, “The award of public contracts under the framework of EC public procurement directives”, *The journal of European Business Law*, November 1994; y mi traducción de R. STOBER, *Derecho administrativo económico*, Madrid 1992 p.381: “el mercado de suministros del poder público debe abrirse a Europa como fórmula de creación de un mercado público, realidad que acompaña al mercado privado clásico”.

En esta línea, la STPI de 14 de octubre de 1999 recuerda que “el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando una entidad contratante ha señalado en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas. *Además, se ha declarado que el procedimiento de comparación de las ofertas debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas*” (STPI de 14 de octubre de 1999, asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97)

Se está insistiendo, de esta forma, en aquello que es propio del contrato administrativo, es decir la legalidad de la adjudicación del contrato. Dichos criterios objetivos de adjudicación, enumerados en las directivas, deben mencionarse en el anuncio del contrato o en el pliego de condiciones, en orden correspondiente a la valoración que se va a seguir¹¹⁵.

En este sentido, es preciso mencionar el deber de los poderes adjudicadores de publicar los anuncios de contratos en el suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea, de acuerdo con los modelos que figuran en las directivas comunitarias, y con un contenido que varía según que el procedimiento de adjudicación sea abierto o restringido.

De ahí que la vulneración de este presupuesto de publicación en el DOCE (DOUE desde el Tratado de Niza) puede llevar a que la Comisión Europea plantee un recurso de incumplimiento frente al Estado miembro, con éxito (STJCE 14 de octubre de 2004, asunto C-340/02, donde se condena a la República francesa por no haberse publicado el acuerdo de licitación en un contrato de consultoría; igualmente, STJCE de 18 de noviembre de 2004, asunto C-126/03; STJCE de 14 de septiembre de 2004, asunto C-385/02 en el marco de un procedimiento negociado) o sin éxito (STJCE de 16 de octubre de 2003, asunto C-252/01, ya que circunstancias de seguridad justificaban la ausencia de publicidad).

En cuanto a los procedimientos, el abierto consiste en que cualquier proveedor interesado pueda presentar su oferta tras publicarse el anuncio; el restringido se caracteriza por tener una primera fase de selección de los contratistas y, por tanto, sólo pueden presentar sus ofertas aquéllos cuya propuesta sea previamente admitida, es decir únicamente los empresarios invitados por el poder adjudicador. Asimismo, los poderes adjudicadores pueden no seguir estos procedimientos, negociando di-

¹¹⁵ STJCE de 28 de marzo de 1985, asunto 274/83, Rec. pp.1077 y ss., Comisión contra República Italiana.

rectamente con el proveedor, en circunstancias muy excepcionales o cuando resulte así por la aplicación de otros criterios previstos en las directivas (artículo 6, por ejemplo, de la directiva 93/36). Los plazos (para la recepción de ofertas, así como para los envíos de los pliegos de condiciones y otras informaciones complementarias) son más breves en los procedimientos restringidos que en los procedimientos abiertos. Según la STJCE de 16 de septiembre de 1999 (asunto C-27/1998) no es exigible que, cuando exista un único licitador, el órgano de contratación deba adjudicárselo aun cuando haya sido considerado apto para participar.

La *legalización* de las adjudicaciones de contratos queda reforzada desde el momento en que si una legislación nacional presenta deficiencias desde el punto de vista de su adaptación a las directivas comunitarias, este hecho no puede servir ni para justificar que un determinado poder adjudicador contrate sin ajustarse a las directivas comunitarias ni tampoco para eximir al Estado de su obligación de realizar la transposición necesaria. Así lo afirma la STJCE de 28 de octubre de 1999 (asunto C-328/96, Comisión contra República de Austria) añadiendo que “el comportamiento de un poder adjudicador (ha de) imputarse al Estado miembro de que se trate” ya que, de lo contrario, “las disposiciones comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil”.

Una sentencia ilustrativa de este sistema cuyo quicio es la legalización de las adjudicaciones, esencia misma de un sistema público de contratación, es la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (asunto C-324/98): aun cuando no era posible aplicar “en el estado actual del Derecho comunitario” la directiva de sectores especiales a un contrato celebrado entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones (y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro) y, por otra parte, una empresa privada cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (ya que, pese a estar contemplado dicho contrato en la directiva 93/38, la contraprestación que la primera empresa obtiene a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución), sin embargo la sentencia concluye que ello no impide para declarar “la obligación de respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicataria se asegure de que dicho principio es respetado”.

Además, “esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

El TJCE deja así clara su vocación de progresar en la medida de lo posible en la aplicación de los criterios objetivos de las directivas comunitarias e, incluso, cuando esto no sea posible deja clara su voluntad de que se apliquen pautas de legalidad pública en la fase de adjudicación del contrato. De ahí que el fallo no olvide insistir que el órgano jurisdiccional nacional (alemán) ha de valorar si en el caso planteado se respetan las pautas de legalidad que afirma el tribunal comunitario.

Un ejemplo ilustrativo, de la vocación de las instituciones comunitarias de extender lo máximo posible el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratos públicos, lo ofrece la jurisprudencia, que afirma la sujeción (a la directiva de contratos públicos de obras) de la Administración que celebra un convenio urbanístico (STJCE de 12 de julio de 2001, asunto 399/98).

En esta línea, la STJCE de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-470/99) deja claro que una entidad que no ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil pero que posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades, cumple el requisito exigido por el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, para poder ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de la referida disposición, siempre que se pueda comprobar objetivamente que satisface tales necesidades".

Lógicamente, a veces se hará necesario matizar el excesivo posible rigor del efecto que he denominado "legalización" pública del contrato de la Administración o sus entidades interpuestas, como ocurre en el supuesto de la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (asunto C-94/99) por la que se declara (de forma interesante, pues esta doctrina alude a casos no del todo infrecuentes en la práctica jurídica) que el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones. De este modo, el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49) ¹¹⁶.

¹¹⁶ Véase, igualmente, la STJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-380/98.

Así pues, el dato más característico de la contratación pública, en el nuevo contexto jurídico definido en buena medida por las directivas comunitarias, sería la irrenunciable sujeción del poder adjudicador a criterios de legalidad administrativa. Ahora bien ¿qué poder adjudicador? Esta pregunta no es inoportuna en este contexto porque precisamente su respuesta va a permitir profundizar en la afirmación anterior.

Más concretamente, lo interesante de la cuestión planteada sería verificar cómo las directivas se apoyan esencialmente en lo que ellas mismas denominan en sus considerandos “definición funcional del poder adjudicador”, para definir su ámbito de aplicación. En consecuencia, “poderes adjudicadores” son, junto al Estado y demás Administraciones territoriales, los organismos que cumplan o satisfagan “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil” (lógicamente, siempre que éstos estén vinculados a dichas Administraciones, estando mayoritariamente financiados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público y estando su gestión sometida a un control por parte de estos últimos o siempre que su órgano de Administración, de dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público)¹¹⁷.

Esta definición del poder adjudicador, de las directivas comunitarias, está pensando precisamente en evitar que, como consecuencia de posibles calificaciones *formales* de las legislaciones de los Estados miembros, se eluda el cumplimiento de la legalidad comunitaria. De ahí que, independientemente de aquéllas, el organismo o entidad quedará sujeto a las directivas si cumple la función que ellas mismas precisan. Dicho efecto legalizador es importante especialmente en el ámbito de la contratación de entidades que desarrollen funciones administrativas y que se hacen regir por el Derecho privado.

La justicia europea ha sido coherente con este planteamiento del Legislador comunitario aplicando estos criterios funcionales característicos de las directivas comunitarias cuya virtualidad está en servir de solución al problema de la huida del sistema de garantías que han de cumplir todos los entes que cumplen funciones administrativas.

Es la “lucha” o “batalla” por la adjudicación *legal* de los contratos administrativos, evitando los posibles fraudes de *ley comunitaria*.

La aplicación de estos criterios de tipo funcional no ofrece excesivos problemas en la praxis judicial comunitaria. Puede servir, entre una numerosa jurisprudencia, la STJCE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/1996). Respondiendo a ciertas

¹¹⁷ Artículo 1 de la directiva 93/37; artículo 1 de la directiva 93/36 y considerando tercero, etc.

cuestiones prejudiciales planteadas, el TJCE, con evidente sencillez y contundencia contesta afirmativamente a la cuestión de si una determinada entidad (la imprenta estatal austriaca) debe cumplir los criterios de legalidad administrativa previstos en la directiva comunitaria de contratos públicos de obras apoyándose en que dicha entidad, independientemente de su calificación formal, satisface funciones de interés general.

Aprovecha el Tribunal para afirmar que no es preciso que todas las funciones del ente tengan que representar la satisfacción de necesidades de interés general.

El TJCE sienta además que las entidades que ejercen actividades de carácter mercantil, aun cuando puedan calificarse de administrativas o sean dependientes de un poder adjudicador, no están obligadas a observar las pautas de legalidad previstas en las directivas comunitarias en cuanto a la adjudicación de sus contratos, ya que para ello aquéllas han de satisfacer necesidades de interés general.

La relevancia, de este tipo de criterios funcionales desarrollados a raíz de la famosa sentencia *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988¹¹⁸, está en gran medida en poder obligar a sujetos de Derecho privado al cumplimiento de una legalidad de carácter público (la sujeción de la fase de adjudicación a los principios de concurrencia y publicidad).

Pero no sólo alcanzan las directivas a entidades de Derecho privado de dudosa calificación como Administración. La aplicación de este tipo de criterios funcionales permite el cumplimiento de la legalidad comunitaria (la legalidad administrativa una vez que el Derecho interno se adapta a las directivas) en la contratación de órganos que se encuadran en el Poder legislativo.

Así, la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1998 (asunto C-323/96) afirmó que un órgano legislativo como el *Vlaamse Raad* forma parte del Estado y por tanto constituye un poder adjudicador en el sentido de la letra b) del artículo 1 de la directiva 71/305, sin que las calificaciones jurídicas de Derecho interno puedan llegar a desvirtuar esta aplicación.

En cambio, una entidad que tiene por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares, que carece además de ánimo de lucro aunque su gestión se base en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, y que opera en un entorno competitivo, no es un organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la directiva 92/50/CEE del Consejo relativa a la coordinación de los procedimientos

¹¹⁸ En suma, esta sentencia declaró que un organismo que no podía ser encuadrado formalmente como Administración pública debía aplicar la directiva 71/305 (se trataba de una comisión local de concentración parcelaria).

de adjudicación de los contratos públicos de servicios (STJCE de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99).

El mensaje de esta jurisprudencia, para el Derecho español sería que los tribunales y juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa apliquen, siguiendo el ejemplo del TJCE, este tipo de criterios funcionales ¹¹⁹.

Es una típica misión de los tribunales de justicia la de decidir, en el caso concreto, qué es satisfacción de necesidades de interés general y qué es cumplimiento de funciones que no tengan carácter industrial y mercantil. En este sentido, por ejemplo, la STJCE de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96) considera que el tratamiento de residuos domésticos e industriales es “satisfacción de necesidades de interés general”, “dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y de protección del medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares dichos servicios de recogida”, aun cuando este tipo de funciones son susceptibles de ser desempeñadas por empresas privadas.

Pero sobre la cuestión que nos ocupa acaso la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 (asunto 214/00) ha sido la más relevante de los últimos tiempos. En esencia, la Comisión Europea objetaba que las entidades de Derecho privado quedaran excluidas a priori del ámbito de aplicación de la directiva de recursos. En efecto, en el momento de plantearse este litigio la LCAP permite primero entender que su aplicación se ciñe a las entidades de Derecho público, para añadir después el presupuesto funcional de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, así como alguno de los tres requisitos mencionados (financiación mayoritaria por las AAPP, gestión sometida a un control por parte de estas últimas, o una determinada composición de los órganos de administración, de dirección o de vigilancia).

En el Derecho español, primero había de identificarse un organismo de “Derecho público” y, acto seguido, ha de observarse si concurren los presupuestos o requisitos que acabamos de mencionar. En cambio, las directivas comunitarias, simplemente, identifican organismo de Derecho público con dichos presupuestos.

Para las directivas es irrelevante la forma jurídica de la entidad u organismo. Si la entidad reúne los presupuestos mencionados es cuando estaremos ante un “organismo de Derecho público”. Es decir, lo decisivo es el criterio funcional de la

¹¹⁹ Los criterios funcionales completan, actualizan y perfeccionan los propios criterios subjetivistas dominantes en un plano doctrinal; puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid Editorial Tecnos, comentario al artículo 2 de la Ley. Puede verse también C. AYMERICH CANO, “Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública”, *Cuadernos de Derecho público* 1999 6 pp.113 y ss.

satisfacción de necesidad de interés general (junto a la vinculación pública que exigen los otros tres requisitos).

Por contra, en el Derecho español, la aplicación del criterio funcional se condiciona a la previa existencia de un organismo de Derecho público, definido formalmente como tal, y excluyendo las entidades de Derecho privado de su ámbito de aplicación.

De hecho, otra de las quejas de la Comisión se refiere a la disposición adicional sexta de la LCAP, a donde esta Ley, en definitiva, lleva el problema de la aplicación de la legislación de contratos administrativos por parte de las sociedades de Derecho privado, bastando (a su juicio) con una simple sujeción general a los principios de publicidad y concurrencia.

Ciertamente, remitir la contratación de entidades que cumplen este tipo de funciones de interés general, pero que no son organismos de Derecho público en el sentido del Derecho español, a la disposición adicional sexta de la LCAP, es una forma (a mi juicio) de contribuir a la huida de la LCAP.

Un caso ilustrativo de aplicación de la disposición citada puede ser el relativo a SEPI, a la luz de la ilustrativa STS de 4 de junio de 2001 en la cual se admite sin rubor alguno que esta Sociedad Estatal de Participaciones Industriales se rija, como tal Sociedad Estatal, por el sistema contractual privado, tal como prevé el artículo 10 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, por la que se crea aquélla, y donde se dispone que "la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales se registrará, en todas sus actuaciones, por el ordenamiento jurídico privado, mercantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que sea aplicable el texto refundido de la Ley General Presupuestaria. En materia de contratación, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales registrará su actividad contractual por el Derecho privado, con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, sin que le sea de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas".

En la sentencia citada el Tribunal Supremo entiende que la venta de acciones de una empresa (ASTANDER) realizada por SEPI queda fuera de los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa (conforme al artículo 1 de su ley reguladora)¹²⁰.

¹²⁰ Especial interés tiene observar en qué consiste, para el Tribunal Supremo, un régimen de Derecho privado con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia: "los requisitos de publicidad y concurrencia, como trámites previos a la adjudicación, no han de ser entendidos en el sentido que está previsto con carácter general en la legislación de contratos, expresamente excluida de aplicación a estos casos (artículo 12.1 de la Ley 5/1996). Bastaría para considerarlos cumplidos con realizar una suficiente difusión de la operación en sectores afectados, con el fin de que sea conocida por los que puedan estar interesados en ella y posibilitarles su intervención en la misma, de modo que, como criterio general, sea efectiva y real la concurrencia de varias ofertas. Cabría hablar en estos supuestos de procedimiento negociado similar al previsto en el artículo 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

No obstante, es igualmente revelador que, pese a esta doctrina restrictiva, el Tribunal Supremo termina observando si se han cumplido los principios de publicidad y concurrencia. Incluso el Tribunal Supremo realiza un minucioso análisis que le lleva a concluir que aquéllos fueron respetados en el contrato objeto de litigio, así como la regla de vinculación de la Administración a la mejor oferta. Es más, el Tribunal Supremo entra igualmente a analizar la posible ilegalidad del acto mismo de autorización del Gobierno para la enajenación de acciones o participaciones de que sea titular SEPI en el capital social de las empresas participadas, conforme al apartado 5 del artículo 12 de la citada Ley 5/1996 y conforme, sobre todo, al artículo 10 donde se prevé el régimen jurídico que ha de respetarse a la hora de proceder a dicha autorización (...).

En esta línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 24/95 ha puesto de manifiesto que la DA sexta de la LCAP no significa una sujeción a la LCAP ¹²¹.

Este sistema explica también que la LCAP termine no aplicándose a entidades tales como GISA, forma societaria que actúa en el ámbito de las obras públicas, GRANTECAN, igualmente en el ámbito de obras relacionadas con sus actividades típicamente administrativas, científicas o culturales, IMPROASA, Inmobiliaria de Promociones y Arriendos, S.A. a través de la cual se canalizan las actividades de promoción, construcción, venta, arrendamiento y explotación de edificaciones de la DG del Patrimonio.

En fin, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 declara (dando la razón a la Comisión, conforme a los planteamientos expuestos) que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la directiva 89/665 CEE del Consejo (...), al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de Administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las Administraciones públicas u

¹²¹ En su Informe 6/02, de 13 de junio de 2002, la Junta perfecciona esta doctrina diciendo que estas sociedades que se rigen por la DA 6ª no están obligadas a cumplir la LCAP en cuanto a las disposiciones que exigen una determinada clasificación a las empresas, aunque puedan facultativamente determinar tal exigencia, ya que, según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el régimen jurídico de estas sociedades se limita a una aplicación de los principios de publicidad y de concurrencia.

otras entidades de Derecho público. De ahí que la Ley de contratos haya tenido que reformarse a efectos de adaptarse a las exigencias del TJCE, para no exigir la presencia de una entidad de Derecho público, ya que, más bien, la identificación misma de una entidad de Derecho público dependerá de que la entidad cumpla una función de satisfacción de interés general (junto a la presencia de los demás criterios que hemos comentado sobre los cuales no se plantean problemas).

El sistema contractual público de la Unión Europea lleva consigo además la necesidad de realizar los concursos con las debidas garantías. Éste es un tema esencial para lograr que el contrato administrativo pase de la realidad virtual a la realidad jurídica efectiva. El quid de las últimas reformas legislativas y de la más reciente jurisprudencia está en cómo conseguir objetivar adecuadamente la fase de adjudicación mediante concurso. No se plantean problemas especiales si el poder adjudicador emplea la forma de subasta debido a que, en estos casos, el poder adjudicador está vinculado fácilmente al criterio del precio más bajo. Ahora bien, cuando se emplea la forma del concurso la cuestión es más compleja.

Se observa una tendencia de paulatina corrección de los planteamientos jurídicos tendentes a la mayor objetivación posible de la fase de adjudicación por concurso. La línea de progreso y de futuro es, en este ámbito, avanzar en el actual sistema contractual público, perfilando y desarrollando modos jurídicos para controlar la discrecionalidad administrativa. El problema se plantea cuando resulta conveniente atender a aspectos que trascienden del criterio del precio más bajo. ¿Qué consideración merecen? Sobre esta cuestión resulta decisiva la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99. En suma, el TJCE entiende que pueden tenerse en cuenta criterios ecológicos, tales como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que se respeten determinadas condiciones. Las principales se refieren a que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

Esta jurisprudencia se ompleta con otras referencias. En la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002 (asunto C-92/00) afirma que las decisiones administrativas por las que se declara un concurso desierto han de poderse impugnar ante los tribunales.

En este contexto puede situarse también la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01). El problema de fondo frente al que se sitúa esta sentencia es, nuevamente, el de si puede (o cómo) otorgarse valor a elementos que, en principio, pueden ser distorsionantes del concurso, ya que abren cláusulas de

excepción frente a los criterios ordinarios de valoración (en especial, el precio más bajo en el contexto de la oferta más ventajosa), pero que son elementos de interesante valoración por estar vinculados a la mejor defensa de aspectos por ejemplo ambientales.

Resolviendo una cuestión prejudicial del órgano alemán de control de adjudicaciones contractuales (Bundesvergabeamt) el TJCE afirma que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue.

No obstante, al igual que en la sentencia de los autobuses de Helsinki, el TJCE afirma ciertas condiciones o reservas que deben cumplirse en estos casos, a efectos, en el fondo, de evitar que se abra una puerta a la huida del sistema comunitario de concursos públicos.

En este sentido, a su juicio, dicha normativa comunitaria se opone a este criterio en la medida en que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas¹²². Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos¹²³.

¹²² Asimismo, dicha normativa comunitaria se opone a este criterio en la medida en que “exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación”.

¹²³ Por otra parte, el TJCE afirma que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.

Otra sentencia del TJCE interesante es la de 7 de octubre de 2004 (asunto C-247/02). Este fallo puede considerarse exponente de la tendencia, que acabamos de comentar, de evitar que el precio más bajo sea el único criterio aplicable en los concursos. Hasta el punto de que el TJCE afirma que “el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impone a las entidades adjudicadoras, de manera general y abstracta, que utilicen exclusivamente el criterio del precio más bajo en la fase final de procedimientos de licitación abiertos o restringidos, para la adjudicación de contratos públicos de obras”.

En esta línea de las exigencias que deben establecerse en la fase de adjudicación, el TJCE afirma igualmente que la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que, si, en el marco de un procedimiento restringido, la entidad adjudicadora ha fijado previamente las reglas de ponderación de los criterios de selección de los candidatos que serán invitados a presentar una oferta, está obligada a indicarlos en el anuncio o en los documentos de la licitación (STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99).

En conclusión, ha de llegarse en un futuro no muy lejano a una auténtica justicia administrativa en materia de concursos públicos. En torno a esta cuestión, el TJCE tiene una ocasión de oro para desarrollar criterios judiciales de control de la discrecionalidad administrativa, en el marco del fenómeno general de la influencia del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales. No basta con un simple control judicial basado en los límites de la discrecionalidad administrativa; hace falta exigir parámetros objetivos aplicables en los concursos.

4. La repercusión de las directivas en los Estados miembros, en especial el efecto de “iuspublicación” inherente a la legalización de los contratos administrativos.

A. Legalización y publicación de los contratos de la Administración en los sistemas europeos de contratación privada.

Seguramente donde mejor se perciban los efectos de legalización de la contratación de la Administración como consecuencia de las directivas comunitarias es examinando dichos efectos en los sistemas de contratación privada de la Administración, como ocurre por ejemplo con el Derecho alemán.

Tradicionalmente, en el Derecho alemán se parte de la incardinación del contrato de la Administración dentro del Derecho privado, pues el Derecho admi-

nistrativo no se ha desarrollado en este ámbito contractual. De este modo, rige el principio de libertad de pactos, propio de los contratos de Derecho civil ¹²⁴. El sistema de fuentes presenta ciertas peculiaridades. Junto al Código Civil, la regulación de los contratos se completa (desde 1926) mediante una serie de disposiciones (Bestimmungen) donde se establecen determinadas “*pautas para la contratación*” de los particulares, en materia de contratación de obras y de suministros (las llamadas “*Verdingungsordnungen für Bauleistungen und für Leistungen*”). En el ámbito administrativo pasan a configurarse como “normas internas”, es decir, sin que los licitadores tengan derecho subjetivo alguno.

Con este carácter, en estas disposiciones (órdenes de adjudicación) se presupone un concurso público con carácter general y ciertas reglas de publicidad de los contratos. Pero, por su naturaleza jurídica, no tienen aquéllas carácter de normas vinculantes, al ser simples recomendaciones cuya aplicación o validez se produce sólo en caso de que las partes contratantes pacten su sometimiento a las mismas. De ahí que pueda afirmarse que el carácter civil de la contratación impregna el momento mismo de la adjudicación.

Con ocasión de las directivas comunitarias, y a efectos de afirmar el cumplimiento de los principios de las directivas comunitarias, Alemania ha optado por otorgar a dichas disposiciones u órdenes de adjudicación un “valor vinculante” reformando en 1993 la Ley de Principios Presupuestarios (artículo 57), de 1969, cuando contrata un “poder adjudicador” (en el sentido de las directivas comunitarias). Se establecen en principio las garantías de las directivas y se dictan dos Reglamentos que se “remiten” a dichas disposiciones. Mediante estas remisiones reglamentarias las mencionadas disposiciones alcanzarían valor normativo a pesar de elaboradas por particulares. Este sistema se deroga en 1999 cuando el legislador alemán opta por incluir la regulación contractual en la Ley de Defensa de la Competencia, dictándose (en 2001) un nuevo Reglamento que, como el anterior de 1994 se remite a las mencionadas disposiciones, pretendiendo que éstas, de esta forma, alcancen rango normativo. De ahí que, aún hoy, el sistema contractual alemán sea discutible desde el punto de vista del principio de legalidad y democrático.

Pues bien, esta referencia a la repercusión de las directivas comunitarias sobre el Derecho alemán es importante con el fin de observar el “efecto de legalización” que sufre la fase de adjudicación de este tipo de contratos. Dicho “efecto” recae

¹²⁴ M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962 pp.108 y ss.; F. RITTNER, *Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens*, 1988; K. HAILBRONNER, “Europarechtliche Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge”, *RIW* 1992, p.553; E. SCHMITZ, *Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt*, Baden-Baden 1972 p.30; críticamente, C. GUSY, “Staatsaufträge an die Wirtschaft”, *JA*, Heft 1 1989 p.28; T. ELBEL, “Das Recht der öffentlichen Aufträge auf dem Prüfstand des europäischen Rechts”, *DÖV* 6 1999 pp.235 y ss.

sobre contratos cuyo régimen es el propio de la contratación civil. Sin embargo, las directivas comunitarias se dirigen contra el principio característico de la libertad de pactos afirmando en su lugar la aplicación de criterios, vinculantes por otra parte, de legalidad administrativa, los cuales constituyen la nueva legalidad pública que, en este país como en los demás de la Unión europea, ha de cumplirse.

B. El perfeccionamiento del contrato administrativo: la repercusión de las directivas en el Derecho francés.

Las directivas comunitarias han repercutido, igualmente, sobre los Derechos que mejor conocen el contrato administrativo. Pero, a diferencia del supuesto que acaba de estudiarse, dicha repercusión no consiste en la implantación de un nuevo modelo de contratación. Más bien, la honda incidencia de las directivas significa el perfeccionamiento del contrato administrativo a costa de profundizar en lo que a él es inherente, la sujeción de la voluntad contratante a pautas y criterios objetivos de legalidad (conurrencia y publicidad).

Concretamente, en el Derecho francés, con motivo de la adaptación de éste a las directivas comunitarias, una importante Ley, de 29 de enero de 1993 ha reformado sensiblemente el sistema de contratación de gestión de servicios públicos.

En el marco de una problemática más general, la "prevención de la corrupción"¹²⁵, dicha Ley ha introducido una figura nueva dentro de la contratación administrativa, que es el contrato de delegación de servicios públicos. Por "delegación" se entiende "toda forma de gestión de un servicio público realizada por un tercero -con personalidad jurídica distinta del delegante-".

La doctrina francesa pone de manifiesto la determinante influencia del Derecho comunitario sobre el sistema de contratación administrativa, especialmente por lo que respecta a la derogación del principio, que regía tradicionalmente, de libertad de elección del contratista ("*contrat attribué intuitus personae*")¹²⁶. A pesar de

¹²⁵ La propia Ley se titula "de prevención contra la corrupción". Se dictó a raíz un importante informe "Robert Bouchery", Presidente de la Comisión que estudió tal fenómeno. Sobre esto véase P. TERNEYRE, "La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption", *Revue française de droit administratif* 9 (5), sept-oct 1993 p.952.

¹²⁶ Tradicionalmente, en los *marchés publics* se respeta el principio de concurrencia; no así en los contratos de concesión; véase A. LAUBADERE/F. MODERNE/P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris 1983 §§ 630 y 631; A. ROUX, "Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités locales", *Revue française de droit administratif*, 1992 p.445; C. CHENUAUD-FRAZIER, "La notion de délégation de service public", *Revue de Droit Public*, 1995 n°1 p.177; M. GUIBAL, "Droit public des contrats et concurrence: le style européen", *La Semaine juridique (JCP)* n°15 p.163; J.C. BRUERE, "Délégation de service public et marché d'entreprise de travaux publics", *Gazette du palais*, août 1994 p.2; R. ERGEC, "L'Union économique et les marchés publics", *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, mars 1994, 113e année, n°5710 § 2.

estos progresos jurídicos, sigue siendo criticable que la elección del contratista quede a discrecionalidad de la Administración delegante. Por otra parte, la introducción de la “delegación” (justificada ante la crisis de la concesión administrativa y su incapacidad para aglutinar las distintas formas contractuales de gestión de un servicio público) ¹²⁷ trae consigo el problema práctico de su delimitación con los *marchés publics*.

Tradicionalmente, por la “concesión” la Administración confiaba a otro sujeto la ejecución de un servicio público; en los “*marchés publics*” (contratos de obras y suministros) se pretendía obtener las prestaciones exteriores al servicio público, teniendo así por objeto dar respuesta a las necesidades del servicio público.

Paulatinamente se venía corroborando una extensión del ámbito de los *marchés publics*, planteando el problema de su delimitación con la concesión. Tras la adaptación de las directivas comunitarias en materia de contratación, todo tipo de contratos (tanto el *marché public* como la concesión) se someten a un régimen jurídico común desde el momento en que se aplican las reglas de publicidad y concurrencia ¹²⁸.

Estos hechos llevaron a que la distinción entre concesión y *marché* tuviera que buscarse exclusivamente en el *carácter de la remuneración* al contratante; en los contratos de obras y suministros (*marchés publics*) aquélla es un precio “pagado por la colectividad”, que establece la Administración; en la concesión, una tasa (*redevanche*) que satisfacen los usuarios del servicio¹²⁹. Pero ha de considerarse que este dato -anecdótico- no llega a constituir una diferencia esencial entre ambas figuras. En este sentido, la Ley de 29 de enero de 1993 no aclara o da información

¹²⁷ F. LLORENS, “La définition actuelle de la concession de service public en droit interne”, en VARIOS AUTORES, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris 1992 pp.15 y ss; G. MARCOU, “La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993”, *Revue française de droit administratif*, 10 (4), juillet-août 1994 y 10 (5) sept.-oct. 1994 p.876; J.C. DOUENCE, “La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: Les contrats de délégation de service public”, *Revue française de droit administratif*, 9 (5), sept.-oct. 1993 p.938.

¹²⁸ P. DELVOLLÉ, “Les marchés...” p.765, quien además pone de manifiesto otra *transformación* del régimen de los “*marchés publics*”, por efecto de las directivas comunitarias: tradicionalmente en el Derecho francés aquéllos eran adjudicados por los poderes públicos; tras las directivas comunitarias también lo son los que adjudiquen las empresas privadas que disfrutaban de derechos exclusivos.

¹²⁹ F. LLORENS, “La définition actuelle de la concession de service public en droit interne”, en VARIOS AUTORES, *La concession...* p.54; LAUBADERE/MODERNE/DELVOLLÉ, *Traité...* § 194 y 236; J.C. BRUERE, “Délégation...” p.4; resolución del Consejo de Estado de 8 de noviembre de 1963, *Compagnie des entrepôts et magasins généraux de Paris*, Recueil Conseil d’État, p.534; resolución del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 1971, *Société S.I.M.A.*, Recueil Conseil d’État, p.723; C. CHENUAUD-FRAZIER, “Délégation...” p.187.

acerca de la polémica existente sobre la distinción entre *marché* y concesión, y la jurisprudencia habrá de delimitar ambas figuras¹³⁰.

Así pues, es conveniente hacer una breve **recapitulación**, haciendo hincapié en el problema característico, propio del contrato administrativo de la posible corrupción así como en la virtualidad del contrato administrativo como forma jurídica apta para profundizar en la sujeción a Derecho de las adjudicaciones de los poderes adjudicadores. Porque no podemos olvidar que si bien cualquier empresario o profesional puede contratar o emplear a quienes consideren oportuno, los funcionarios en cambio tienen o tenemos que actuar conforme a pautas de legalidad. En tanto en cuanto no estén establecidas dichas pautas estaremos ante una laguna jurídica que será preciso colmar; esta es la base del Derecho administrativo.

C. Una referencia a la repercusión en España.

En España la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporó al Derecho español las directivas de contratos de obras y de suministros dictadas con posterioridad a las directivas iniciales de contratación (esencialmente, 93/36 y 93/37), así como la directiva 92/50, sobre contratos públicos de servicios, pues hasta dicha Ley, la legislación de contratos del Estado se había adaptado sólo a las versiones iniciales de las directivas de los contratos de obras y de suministros (directivas 71/305 y 77/62)¹³¹.

Posteriormente, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre (sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones) incorpora al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CE y 92/13/CEE, proclamando la sujeción -a los principios de publicidad y concurrencia- de determinadas entidades públicas o privadas.

Siguiendo con este incesante proceso de directivas y por tanto de reformas legislativas en el ámbito del Derecho interno, es preciso citar igualmente la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995 de 18 de mayo

¹³⁰ La Ley tampoco soluciona si los contratos de servicios públicos no económicos (culturales o sociales) pueden resultar comprendidos dentro del contrato de gestión de delegación de servicios públicos (en sentido negativo, G. MARCOU, "La notion..." pp.698 y ss.; afirmativamente J.C. DOUENCE, "Les contrats..." p.947).

¹³¹ Esta adaptación, referida en último lugar, se produjo mediante Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, adaptando la por entonces vigente Ley de Contratos del Estado a dichas directivas; igualmente, por Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, dictado con el fin de adaptar el Reglamento de Contratos del Estado a la Ley de Contratos del Estado, una vez se había ésta reformado. Tal como reconoció en su día el Proyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 26 de octubre de 1992 (BOCG nº109-1), y recogía asimismo la Exposición de Motivos de la LCAP 13/1995, se acudió específicamente a dichos Decretos ante la urgencia del plazo para efectuar dicha adaptación.

de Contratos de las Administraciones Públicas. Adaptó aquélla el Derecho español a las modificaciones producidas en la normativa comunitaria sobre contratos públicos al mismo tiempo que pretendía la corrección de deficiencias técnicas y la introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa. Incorporó concretamente la directiva 97/52, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, la cual reforma las directivas 93/36, 93/37 y 92/50.

Finalmente, se dicta el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante LCAP, que, entre otros motivos, pretende incorporar la decisión de la Comisión Europea 1999/C 379/08, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, número C 379, de 31 de diciembre, la cual impone “nuevas cifras para la aplicación de las directivas comunitarias” (...).

La LCAP 13/1995 consideró que no era necesaria una incorporación a la directiva de recursos 89/665 (en materia de obras, suministros y servicios). Tampoco se consideró precisa, por entonces, según afirma la Exposición de Motivos de esta Ley, la incorporación de la directiva de recursos en el ámbito de los sectores excluidos. No obstante, esta última sí se ha incorporado, finalmente, por Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Interesa observar, asimismo, la repercusión de estas reformas legales sobre los tipos de contratos administrativos en el Derecho español.

Como es sabido, contratos administrativos vienen siendo en primer lugar los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y gestión de servicios públicos, así como los de suministros y otros mencionados en el artículo 5 de la nueva LCAP. Sobre estos “otros” contratos es preciso hacer una puntualización. Hasta ahora la LCAP 13/1995 incluía los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. En cambio, la nueva Ley suprimió la mención a “los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales”. Por otra parte, matiza que dentro de los contratos administrativos definidos como tales, no tienen tal condición de “administrativos” los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 de la LCAP (relativo a los servicios financieros: servicios de seguros y bancarios y de inversiones) y, de los comprendidos en la categoría 26 (esparcimiento, culturales y deportivos), los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Los artículos 5.3 y 9.2 definen estos dos contratos como civiles y precisan su régimen jurídico. La Exposición de Motivos de la Ley 53/1999 explica las razones que conducen a esta reforma, refiriéndose también a la admisión de nuevas figuras de contratación

(arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra y contratos de servicios con empresas de trabajo temporal), superando la prohibición de precio aplazado. Sobre este particular véanse los nuevos artículos 14.2 (para el arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra) y 196.3.e y el párrafo que sigue a esta letra "e" (respecto de los contratos de servicios con empresas de trabajo temporal) de la Ley de Contratos.

En segundo lugar, también son contratos administrativos los definidos por Ley como administrativos o cuando el contrato esté vinculado al giro o tráfico administrativo de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla. Con esta mención legal al criterio del giro o tráfico administrativo se sustituyó la redacción legal anterior, que hablaba en su lugar del "servicio público" como criterio para identificar un contrato administrativo ¹³².

¹³² La Ley ha venido a superar, en lo terminológico, la expresión ambigua del sistema legal anterior, que hablaba de directa vinculación al desenvolvimiento regular de un *servicio público* o revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo. Ya en vigencia de la Ley anterior la mejor doctrina estimó que la expresión servicio público, en este contexto, había que entenderla en el sentido de que "existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su *giro o tráfico característico*, es decir, dentro del ámbito concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas" (E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1986 p.643 y véase el artículo 5 de la vigente Ley de contratos actual).

En la *jurisprudencia*, sobre tal criterio para definir el contrato administrativo puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990 (Sala 3ª Sección 5ª R. 8400):

"Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos (prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes) hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha ido determinada por la prestación de un *servicio público*, entendido este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares". Igualmente, puede consultarse la ilustrativa sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1993 (Ar.6986), que recoge los distintos criterios de afirmación de un contrato como administrativo y las reglas para su delimitación con los civiles. En este contexto, ilustra también la siguiente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que, con el objeto de averiguar la naturaleza jurídica del contrato (civil o administrativa), sentó que:

"Y el fin, este fin del contrato, se convierte en causa habilitante del mismo -causa finalis- de signo eminentemente público, lo que dota al contrato de una naturaleza jurídica acorde con ese fin. El contrato es administrativo al intervenir en él un sujeto de Derecho público -el citado Ayuntamiento- y tener un contenido y una causa relacionados con un servicio público (...). Por lo tanto, es obligado someter el contrato que nos ocupa al régimen propio de los administrativos por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público" (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1989, Sala 3ª Sección 1ª R.4919).

Véase también la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, sección 5ª de 21 de diciembre de 1993), *Actualidad administrativa*, 1994 nº29. Sobre el requisito según el cual una de las partes contratantes ha de ser una Administración Pública puede verse T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "¿Contratos administrativos entre personas privadas?", *REDA* nº1 (1974).

En un plano teórico, formal o *legislativo*, el Derecho español de contratación administrativa presenta un especial desarrollo de la forma contractual administrativa quizás por delante del propio Derecho francés, donde pueden identificarse ciertas lagunas en cuanto a la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia en el ámbito de la contratación de la gestión de servicios públicos, como ya nos consta.

Seguramente esto explique que las directivas comunitarias no hayan significado una alteración de las bases jurídicas sobre las que en el Derecho español se asienta el contrato administrativo. Aquéllas han repercutido, ciertamente, de forma intensa sobre el Derecho español, pero más bien profundizando en aquello que es propio de un sistema jurídico-administrativo de contratación, esto es, la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia de la fase de adjudicación.

En efecto, si bien el Derecho español preveía tradicionalmente (hasta las directivas comunitarias) reglas de tipo procedimental para la adjudicación de los contratos de la Administración (esencialmente la legislación de contratos del Estado distinguía tres procedimientos: subasta, concurso y contratación directa) tras la incorporación de las directivas se acentúan las exigencias procedimentales y de legalidad administrativa en general.

Mediante una primera adaptación a la normativa comunitaria, la subasta pasó a ser abierta o restringida (artículos 28 y 36 bis de la LCE); la primera, con o sin admisión previa (artículo 34 de la LCE); el concurso, abierto o restringido (28, 35 in fine y 36 bis de la LCE); el primero con o sin admisión previa (artículos 34 y 35). Estas reglas se establecieron también para el contrato de suministros, bien directamente (artículo 84.4 a 84.7 de la LCE) bien por remisión al contrato de obra (artículos 84, 87 y 28 de la LCE).

Las transformaciones en este sentido culminaron con la Ley 13/1995 de 18 de mayo (dictada con el fin de adaptar el Derecho español a las últimas modificaciones de las directivas), Ley que articulaba la distinción entre procedimientos abiertos y restringidos tanto para el concurso como para la subasta (artículo 75.1 LCAP 13/1995), sin perjuicio de la posibilidad del contrato negociado conforme a los artículos 140 (respecto del contrato de obras), 160.2 (contrato de gestión de servicios públicos), 182 (para el contrato de suministros) y 210 (para los contratos de consultoría y asistencia y servicios) ¹³³.

Esencial a estos procedimientos es la publicidad de la licitación ¹³⁴. Menos los negociados los demás procedimientos para la adjudicación de los contratos

¹³³ Puede verse, sobre el tema, M. BRAVO-FERRER DELGADO, "El procedimiento negociado de adjudicación y las excepciones al campo de aplicación de las Directivas sobre contratación pública", *Revista Noticias de la Unión Europea*, 142 1996.

¹³⁴ Véase el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

se anuncian en el BOE. Aquéllos se publicarán en el BOE cuando por razón de su cuantía también estén sujetos a publicidad en el DOUE (y si se trata de contratos de las Comunidades Autónomas y Entidades locales o sus organismos autónomos y entidades de Derecho público pueden sustituir la publicidad en el BOE por la que realicen en sus respectivos Diarios o Boletines Oficiales cuando por su cuantía no se tengan que publicar en el DOUE).

En los procedimientos abiertos la publicación ha de realizarse con una antelación mínima de 15 días al señalado como último para la admisión de proposiciones. No obstante, en el contrato de obras dicho plazo será de 26 días.

En los procedimientos restringidos el plazo será de 10 días anteriores al último para la recepción de las solicitudes de participación y el plazo para la presentación de proposiciones será de 15 días desde la fecha del envío de la invitación escrita ¹³⁵.

En los procedimientos negociados con publicidad los plazos de recepción de solicitudes de participación deberán coincidir con los resultantes respecto de la fecha del envío del anuncio del contrato a la oficina de publicaciones de la Comunidad Europea y que se especifican en los artículos 140.2, 181.2 y 209.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ¹³⁶.

En la LCAP las reglas de publicidad se matizan en función del tipo de contrato (sobre estas cuestiones puede verse la segunda edición de esta misma obra).

Interesa también mencionar la virtualidad de las directivas comunitarias para procurar solucionar el problema, característico, del Derecho administrativo español, de lograr la sujeción a la legislación de contratos de la Administración pública respecto de la contratación de numerosas entidades que se hacen regir por el Derecho privado a pesar de que cumplen funciones administrativas. Interesa hacer hincapié en el criterio de la "satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil", que es el criterio esencial de tipo

¹³⁵ Véase el artículo 78.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

¹³⁶ Finalmente, conforme al artículo 78.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "los procedimientos relativos a los contratos regulados en el Libro II, Títulos I (obras), III (suministros) y IV (consultoría y asistencia y de servicios) de esta Ley, se anunciarán además en el DOCE en los casos y plazos que se señalan en su articulado y conforme al procedimiento y modelo oficial establecidos por la Comunidad Europea y podrán serlo voluntariamente en los demás supuestos". Además, "el envío del anuncio al DOCE deberá preceder a cualquier otra publicidad. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio".

funcional seguido por las directivas comunitarias. Su virtualidad reside en afirmar la sujeción de todo tipo de entidad que cumpla este tipo de funciones no estrictamente mercantiles o industriales, independientemente de su forma jurídica, a los parámetros de legalidad administrativa previstos en dichas directivas.

También es preciso incidir especialmente en la directiva de “sectores especiales”, donde se plasman criterios objetivos de legalidad administrativa que han de seguir ¹³⁷ los poderes públicos o empresas públicas que ostenten derechos especiales que actúen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, para sus contratos de suministros y de obras que superen una determinada cuantía ¹³⁸, en cuanto a la adjudicación de sus contratos, entidades que, por lo que aquí interesa pueden relacionarse tradicionalmente con el problema de la huida del sistema público de contratación: RENFE, FEVE, y FGC (ferrocarril de la Generalidad de Cataluña) y FGV (ferrocarril de la Generalidad Valenciana) o también los Puertos (de Huelva, Barcelona, Bilbao, Valencia), etc. ¹³⁹.

¹³⁷ Puede verse el artículo 27. Por otra parte, dicha directiva implica la sujeción al principio de publicidad (previendo el requisito de anunciar la contratación en el ahora denominado Diario Oficial de la Unión Europea; véase el artículo 16) o la necesidad de observar un procedimiento, cuyas fases y requisitos están fijados en la directiva. El efecto de procedimentalización de la contratación es tal que ha suscitado las críticas de la doctrina, al acusarse una excesiva formalización y burocratización de los contratos europeos (así, M. DREHER, “Das öffentliche Auftragswesen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes”, *EC Public Contract Law*, nº2 1993 p.58). La directiva de recursos (92/13) acentúa la sujeción a Derecho de los contratos de estas entidades que actúan en los sectores especiales. Bien es cierto que existe una mayor flexibilidad para la contratación de los entes que actúen en los sectores mencionados, en relación con la que existe para los “demás sectores”, pues no es necesaria la justificación expresa para poder acudir al procedimiento restringido. Por otra parte, en esta misma línea, se establece un régimen flexible y variado (tres formas) para anunciar los contratos en relación con el contrato que se trate (artículo 16).

¹³⁸ Véanse el considerando noveno y el artículo 2.3 de la directiva de sectores excluidos y el artículo 12 (respecto de la cuantía).

¹³⁹ Sobre las vinculaciones jurídicas de Derecho interno (esencialmente la teoría de los actos separables) puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 1999 (Ed.Tecnos); igualmente, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO en VVAA, *Comentarios a la LJCA*, Pamplona 1998 p.106; S. MARTÍN-RETORTILLO, *REDA* 100 1999; J.M. TRAYTER, *REDA* 100 1999; A. CARRETERO, “La teoría de los actos separables”, *RAP* 61 1960, pp.83 y ss.; M.F. CLAVERO ARÉVALO, *REVL* 164 1969, p.545; G. FERNÁNDEZ FARREDES, *La subvención: Concepto y régimen jurídico*, Madrid 1983, pp.301 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1995, pp.51 y 383 y ss.; J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *RAP* 36 1961, pp.147 y ss.; del mismo autor, *RAP* 28 1959, pp.227 y ss.; E. RIVERO YSERN, “¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos al Derecho privado?”, *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo (I)*, Madrid 1994, p.701; del mismo autor, *RAP* 86 1978, p.52. En la jurisprudencia, STS de 27 de diciembre de 1994 Sala 3ª, AA 23 1995; STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1990, Sala de lo Contencioso-administrativo; STS de 25 de abril de 1994, Sala 3ª, AA 47 1994; STS de 22 de abril de 1996 Ar.3264; STS de 28 de febrero de 1994 Ar.1465; ATS de 20 de enero de 1994 Ar.51, etc.

En la actualidad es preciso tener especialmente en cuenta la **Ley 48/1998, de 30 de diciembre**, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, de incorporación al Derecho español de las "directivas de sectores" (93/38, modificada por la directiva 98/4) y de recursos en materia de sectores (92/13).

Esta Ley no ha dudado en calificar como normas de Derecho público aquéllas que son aplicables a la contratación de las entidades afectadas por dicha Ley, "como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutan" (Exposición de Motivos). Significativo es pues que esta Ley se aplica respecto de simples empresas privadas que gocen de derechos especiales (junto a las empresas públicas dependientes de la Administración...) siempre que realicen alguna de las actividades o funciones previstas en dicha Ley en el artículo 3 (esencialmente, sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, considerando los matices que en dicha Ley se contienen).

Rigen los principios de publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación (artículos 10 y 26). De especial interés es el régimen de recursos contra las adjudicaciones, al que *infra* nos referiremos y véanse los artículos 31 y ss. para la tramitación del procedimiento.

Finalmente puede tenerse en cuenta la Disposición adicional undécima de la LCAP donde se prevé que en lo no dispuesto por la Ley 48/1998 las entidades públicas incluidas dentro de su ámbito de aplicación se registrarán por sus normas de contratación específicas. Se afirma asimismo que "el Ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de Derecho privado, normas o condiciones generales de contratación a fin de asegurar la homogeneización de ésta y el respeto a los principio de publicidad, concurrencia y no discriminación de la contratación del sector público".

Así pues, el efecto de iuspublicación (o sujeción a reglas de legalidad administrativa en la fase de adjudicación del contrato) no sólo puede percibirse desde un punto de vista jurídico-comparado sobre aquellos sistemas jurídicos que tradicionalmente incardinan los contratos en el Derecho civil sino también sobre los propios ordenamientos de Derecho administrativo en cuanto a la contratación privada de entidades de Derecho público o de Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración.

5. Recapitulación. La batalla por la legalización de adjudicaciones de los contratos administrativos.

Las instituciones comunitarias no se han inspirado, pues, en los sistemas europeos de contratación privada a la hora de dictar las directivas comunitarias,

a pesar de poderse haber hecho si en vez de “la legalidad” de las adjudicaciones se hubiera querido hacer primar “la eficacia” o la mayor flexibilidad en la gestión administrativa en el tráfico económico.

La salvaguarda de pautas de legalidad administrativa en la fase adjudicación del contrato es la *ratio* que inspira la jurisprudencia comunitaria ¹⁴⁰. En este sentido, puede citarse en primer lugar la STPI de 15 de junio de 1999 (asunto T-277/97):

“El principio de igualdad de trato en materia de contratos públicos, la exigencia de una buena gestión financiera de los recursos y la prevención del fraude hacen muy criticable -y el Derecho penal de varios Estados miembros lo castiga- el hecho de que un contrato público se adjudique a una persona que contribuya a evaluar y seleccionar las ofertas de dicho contrato” (en este fallo, el Tribunal comunitario defendía al Tribunal de Cuentas de la CE en el ejercicio de sus funciones y hacía primar este tipo de intereses frente a otro tipo de posibles perjuicios).

En esta línea, la STJCE de 18 de mayo de 1995 (siguiendo las conclusiones del Abogado general en este mismo sentido) declara que el Gobierno italiano “ha incumplido las obligaciones que le incumben” ¹⁴¹, por haber adjudicado directamente un contrato. El Tribunal mantiene que, si se quiere adjudicar el contrato de forma directa, debe demostrarse que existen razones que lo justifican, lo cual no hizo el Gobierno de Italia (demandado por la Comisión ante los Tribunales). La interpretación de esta posibilidad ha de hacerse, además, de forma restrictiva ¹⁴², ya que la excepción respecto de la publicación del anuncio de licitación sólo puede hacerse cuando se pruebe que es estrictamente necesario.

Este pronunciamiento no es aislado. Puede recordarse el caso, próximo al comentado, de la sentencia 18 de marzo de 1992 ¹⁴³. En este supuesto el Tribunal no admitió que la “premura o urgencia del caso” pudiera servir para inaplicar las reglas de legalidad de la adjudicación de un contrato celebrado por la Universidad

¹⁴⁰ En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas véase la sentencia de 17 de febrero de 1981, Comisión contra República Italiana (asunto 133/80, Rec. p.462 apartado 7) fallo que fue ya tajante en el sentido de afirmar que “ningún tipo de práctica estatal particular puede llevar a justificar la inaplicación de los principios de las directivas comunitarias”.

¹⁴¹ En virtud de la directiva 71/305 del Consejo de 1971 (actualmente, directiva 93/37 de 14 de junio de 1993 -sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos públicos de obras-).

¹⁴² Sigue, así, la doctrina de una sentencia anterior (del mismo Tribunal) de fecha 10 de marzo de 1987, Comisión contra República Italiana, asunto 386/85, Rec. pp.1061 y ss.; puede verse, también contra Italia, la STJCE de 28 de marzo de 1985, *cit.*

¹⁴³ Asunto C-24/91, Comisión contra España.

Complutense de Madrid ¹⁴⁴. Puede añadirse el caso posterior, de la sentencia de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92), que reacciona, igualmente, contra el sistema de adjudicación directa del que se vale tradicionalmente en España la Seguridad Social.

Lo mismo puede decirse respecto de la observancia de los principios de no discriminación y de libre circulación de mercancías y servicios. En la sentencia de 3 de junio de 1992 ¹⁴⁵, el Tribunal declaró que se contrariaba el artículo 59 del TCE (hoy artículo 49, libre prestación de servicios) por la legislación italiana, al prever ésta medidas más favorables para la contratación de los empresarios que tuvieran la residencia en una determinada zona. En general, se advierte la preocupación del Derecho comunitario por que no se produzcan discriminaciones entre los nacionales europeos, en relación con la contratación ¹⁴⁶.

En concreto, el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad es aplicable incluso por entidades que no sean estrictamente poderes adjudicadores, en el sentido de las directivas (STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-275/98).

Significativa es la aplicación de las medidas cautelares contra las adjudicaciones de contratos administrativos, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, en el auto de 31 de enero de 1992 (As. C-272/912) se concede la suspensión de la adjudicación de un ente italiano, a petición de la Comisión Europea. Lo mismo ocurre en el auto de 22 de abril de 1994 (As. C-87/94R) en aplicación de la directiva de sectores excluidos (*cit.*) tras ponderar los intereses de la Comisión con los de la Administración nacional.

La propia transposición de las directivas no puede dejarse al arbitrio de los Estados nacionales. En esta línea, la sentencia del Tribunal, de 17 de noviembre de 1993 ¹⁴⁷ declaró que el Reino de España se había excedido en la regulación de

¹⁴⁴ Igualmente, puede verse una sentencia anterior, de 2 de agosto de 1993, asunto C-107/92, Comisión contra Italia, en la que el Tribunal concreta el presupuesto de la "urgencia del caso" (acontecimiento imprevisto, e imposibilidad de contratación mediante los plazos ordinarios).

¹⁴⁵ Asunto C-360/89, Comisión contra Italia, apartados 6 y 10.

¹⁴⁶ Así, el TJCE ha declarado que vulnera el principio de igualdad la contratación por parte de los centros privados de enseñanza de idiomas, por la que se exigían requisitos más rigurosos a los extranjeros (incluyéndose a los nacionales de otros Estados miembros) respecto de los exigidos a los nacionales griegos (STJCE de 1 de junio de 1995, Comisión contra República Helénica, asunto C-123/94).

¹⁴⁷ Asunto C-71/92, Comisión contra España. Puede verse también las STJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-43/97; de 16 de diciembre de 1997, asunto C-391/96; de 19 de mayo de 1999, asunto C-227/95, todas ellas condenando a los Estados miembros por no ejecutar las directivas en el plazo señalado.

las excepciones respecto del ámbito de aplicación de las directivas, ya que éstas sólo son las que en ellas mismas se contemplan.

En este sentido, es preciso reaccionar contra prácticas subrepticias que lleven a esquivar las normas comunitarias, como ocurre por ejemplo cuando se acude a “especificar” los presupuestos subjetivos del contratista con el fin más o menos directo de excluir a ciertos contratistas ¹⁴⁸ o en aquellos casos en que se fracciona la obra para eludir la aplicación de las directivas comunitarias (STJCE de 5 de octubre de 2000 asunto C-16/98 ¹⁴⁹).

La eficacia en el cumplimiento de la legislación de contratación se logra en gran medida porque hay una instancia, que es la Comisión Europea, legitimada para impugnar ante el Tribunal las adjudicaciones ilegales sin perjuicio de que no es infrecuente que las actuaciones de la Comisión se inicien como consecuencia de la denuncia de un particular ¹⁵⁰.

En este sentido, ha de hacerse notar, igualmente, que el Tribunal se ha mostrado receptivo en relación con las pretensiones de la Comisión, por las que esta institución comunitaria solicita del Tribunal que cautelarmente ordene la suspensión de tales adjudicaciones, como medio para la lucha contra las adjudicaciones ilegales o fraudulentas ¹⁵¹.

Por contrapartida, también es exigible que la Comisión pruebe fehacientemente los cargos que imputa ¹⁵².

¹⁴⁸ Sentencias de 17 de noviembre de 1993 (*cit.*); de 3 de junio de 1992 (*cit.*, apartados 16 y siguientes) y STJCE asunto C-362/90 Rec. pp.I-1992/2353 (Comisión contra Italia).

¹⁴⁹ Véase también la ilustrativa STJCE de 26 de septiembre de 2000 asunto C-225/98 (Comisión contra República francesa) con un listado de los distintos fraudes que puede cometer la entidad adjudicadora.

¹⁵⁰ Informa por ejemplo de esta variante la STJCE de 26 de septiembre de 2000 asunto C-225/98.

¹⁵¹ Puede verse A. MATTERA, “L’ordonnance du 22 avril 1994 sur les bus wallons. Un échec pour la Communauté: une victoire pour le marché public”, *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n°2 pp.161 y ss.; S. ARROWSMITH, en *Public Procurement Law Review*, 1994, CS 130; J. SEDEMUND/F. MONTAG, “Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts”, *NJW*, n°17 1995 p.1130.

¹⁵² Véase sobre esto la STJCE de 5 de octubre de 2000 asunto C-337/98.

6. Las directivas de recursos; el desarrollo del control público sobre los contratos de la Administración. Problemas en el Derecho español.

Seguidamente se estudian los problemas de incorporación de las directivas de recursos al mismo tiempo que se quiere poner de manifiesto cómo la adaptación de los Derechos de los Estados miembros a las directivas lleva a profundizar en los medios públicos de control.

Conviene, en primer lugar, hacer una referencia a las dos directivas comunitarias de recursos. La 89/665 se refiere concretamente a los contratos de suministros y de obras en los sectores generales (o "no especiales" o "no excluidos"); la segunda directiva es la 92/13, que regula de modo específico los contratos de las entidades que operen en los sectores especiales: agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

Pretenden ambas dar eficacia a las disposiciones contenidas en las demás directivas de contenido material. Consecuentemente, "los Estados miembros deben establecer las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz (...)" -artículo 1 de la directiva 89/665-.

A tales efectos, los procedimientos de recurso deben contemplar medidas cautelares, así como la posibilidad de anulación de las decisiones ilegales, la indemnización de daños y perjuicios a los perjudicados por la actuación y por último, la ejecución de modo eficaz de las decisiones adoptadas ¹⁵³.

Vía prejudicial el TJCE va formulando reglas de Derecho que confirman o corrigen y hasta sustituyen regulaciones administrativas procesales de carácter nacional. Así, en materia de plazos, la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99 deja claro que la normativa comunitaria (con concretamente la directiva 89/665/CEE) no se opone a una normativa nacional que establece que los recursos contra una decisión de la entidad adjudicadora deben formularse dentro de un plazo fijado a tal efecto y que cualquier irregularidad del procedimiento de adjudicación que se alegue en apoyo de dicho recurso debe invocarse dentro del mismo plazo, so pena de caducidad, de forma que una vez transcurrido éste, no es posible impugnar tal decisión o invocar dicha irregularidad, siempre que el plazo en cuestión sea razonable.

¹⁵³ Se prevé además un sistema de conciliación (véase artículo 9) y de "certificados" que se expiden a las entidades contratantes por parte de los Estados miembros para hacer constar que los procedimientos de adjudicación se ajustan al Derecho comunitario. En ambas directivas se establecen, igualmente, significativos poderes de la Comisión con el fin de perseguir las infracciones de las disposiciones comunitarias.

La legitimación, en la jurisprudencia del TJCE, va perfilando los criterios aplicables a la hora de determinar cuándo un licitador o una persona puede ser considerada interesada a los efectos de impugnar una adjudicación contractual (con perfilados criterios STJCE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01 y STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/02).

En todo caso, "en el supuesto de que una cláusula de la licitación sea incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros debe prever la posibilidad de invocar esa incompatibilidad por el cauce de los recursos a que se refiere la Directiva 89/665" (SJTCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01).

Puede afirmarse que el Derecho español no plantea en principio problemas *esenciales* de incompatibilidad con las directivas de recursos ¹⁵⁴, desde el momento en que está previsto un control judicial en materia de contratación pública (por la jurisdicción contencioso-administrativa) pudiéndose anular (o suspender cautelarmente) la adjudicación del contrato que vulnere la regla de la oferta más ventajosa o el precio más bajo ¹⁵⁵, o el principio de igualdad ¹⁵⁶ o las reglas de capacidad para contratar ¹⁵⁷, o las reglas de legalidad de los procedimientos de selección ¹⁵⁸. Más bien, es histórica la posibilidad de recurso de los perjudicados y el deber de publicidad y concurrencia (ya el Real Decreto de 27 febrero de 1852 y el Real Decreto de 4 enero 1883 dispusieron procedimientos públicos para la contratación de la Administración; igualmente, Ley de Contabilidad de 1 de julio de 1911 -artículo 52-, etc.).

¹⁵⁴ Según G. GUILLERMIN/C. HEN, "Le droit communautaire des marchés publics", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº373, décembre 1993, p.860 la suspensión cautelar de la adjudicación sólo ha podido practicarse -antes de las directivas comunitarias- en los Derechos de España, Grecia y Dinamarca.

¹⁵⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, de 30 de mayo de 1994, refiriéndose al ente Aeropuertos Nacionales, adscrito al Ministerio de Transporte, Turismo y Comunicaciones.

¹⁵⁶ Sentencia del TSJ de Canarias, de 1 de octubre de 1993 (*Actualidad administrativa*, 1993, nº11); sentencia del TSJ de Madrid, de 14 de octubre de 1993, *Actualidad administrativa*, 1994 nº1; igualmente, la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 23 de febrero de 1995, *Actualidad administrativa* 1995, nº5; también la STS de 4 de abril de 1991. Asimismo, en relación con una concesión de servicios públicos, puede verse la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo) de 13 de enero de 1993, *Actualidad administrativa* 1993 nº6 p.367. En la STSJ de La Rioja, de 3 de mayo de 1993, *Actualidad administrativa*, 1993, nº8 se valora el margen de discrecionalidad administrativa.

¹⁵⁷ STSJ de 27 de julio de 1993 de La Rioja, *Actualidad administrativa*, 1993 nº11 p.672.

¹⁵⁸ STS de 16 de noviembre de 1993, *Actualidad administrativa*, 1994 nº27 p.1529.

Esta compatibilidad esencial entre el Derecho español y las directivas comunitarias no quiere decir que la incorporación de las directivas esté libre de problemas aun cuando la LCAP 13/1995 afirmó tajantemente que era innecesaria la adaptación del Derecho interno a las directivas de recursos 89/665 y 92/13 (*supra* citadas), ya que “el Derecho español se adapta ya a las exigencias y garantías procesales que contiene la directiva comunitaria”.

Antes de profundizar en esta cuestión por referencia a la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 es preciso, por ser significativo, observar los términos en los que se plantea en el Derecho español el debate acerca de si nuestro Derecho se ajusta o no plenamente a las directivas comunitarias de recursos. Tanto en un plano legislativo como doctrinal, se observa, a efectos de poder concluir si el Derecho español se adapta o no a las directivas de recursos, si el proceso contencioso-administrativo dispone o no de los medios procesales adecuados para satisfacer las exigencias de las directivas. En vigencia de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 el legislador consideró, así, innecesaria la incorporación al Derecho español de la directiva 89/665, *por ser adecuados los medios de control judicial del contencioso-administrativo* (Exposición de Motivos de la LCAP 13/1995) y la doctrina criticó esta afirmación *por no ser adecuados los medios de control judicial del contencioso-administrativo*¹⁵⁹.

Es “significativo” este planteamiento porque en realidad la directiva comunitaria 89/665 no exige necesariamente que estos medios de recurso tengan carácter judicial. Esta es una posible opción, seguramente la más querida por la directiva; pero lo cierto es que aquélla también admite, junto a los mecanismos de recurso ante autoridades de carácter administrativo, una revisión de la decisión administrativa por una instancia que cumpla ciertas garantías propias de “un tribunal”, no necesariamente incardinada en el Poder judicial, siempre que el recurrente pueda disponer de ciertas garantías de recurso y cautelares e indemnizatorias.

El TJCE considera que “en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 8 del artículo 2 (de la directiva 89/665), los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución

¹⁵⁹ Puede verse J.M. BAÑO LEÓN, “Proyecto de Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, en *Anuario del Gobierno Local*, Diputación de Barcelona, 1995 pp.68 y ss.; J.F. MESTRE DELGADO, “El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)”, *Noticias CEE* (74) 1991 p.35 y ss. y su trabajo en *Revista Noticias de la Unión Europea*, 136 1996; I. HERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DEL VALLE “Los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras”, *Noticias CEE*, nº89 (1992) pp.43 y ss.; y yo mismo *El Derecho administrativo privado*, Madrid 1996.

consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado *debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la directiva 89/665*" (STJCE de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97 ¹⁶⁰).

Después de argumentar así, esta STJCE concluyó que el "Landesvergabeamt" austriaco ("oficina autonómica de adjudicación") era un órgano de naturaleza jurisdiccional ¹⁶¹.

Es claro que en España con la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa el sistema procesal previsto para garantizar a los perjudicados en caso de adjudicaciones ilegales se amolda, mejor que la Ley precedente, a lo previsto en las directivas de recursos. Se ha completado la justicia cautelar con medidas cautelares de carácter positivo (artículos 136 de la LJCA, medidas implícitas en los artículos 1 y 2.1.a de la citada directiva de recursos). Por otra parte, la concesión de la medida cautelar se basa en un criterio favorable al interesado y el régimen procesal es también flexible permitiéndose la presentación de la solicitud de la medida cautelar con anterioridad al recurso contencioso-administrativo. Igualmente, se prevén medidas cautelares provisionalísimas (artículo 135) y la propia concesión del efecto suspensivo reside en un criterio menos rígido que el anterior de la LJCA de 1956, basado aquél en la necesidad de que el interesado haga valer que el recurso pierde su finalidad legítima de no concederse la suspensión del acto o disposición (artículo 130 de la LJCA de 1998) ¹⁶². Esta misma evolución ha sufrido el Derecho francés, donde la Ley de 29 de enero de 1993 habilita a la jurisdicción contencioso-administrativa extensos poderes en materia cautelar, tanto para la

¹⁶⁰ Igualmente, STJCE de 17 de septiembre de 1997 (asunto C-54/96; SSTJCE de 24 de septiembre de 1998 (asunto C-111/97) y de 24 de septiembre de 1998 (asunto C-76/97).

¹⁶¹ Sobre el concepto de "órgano de naturaleza jurisdiccional" que tantas veces el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ve en la necesidad de interpretar (a efectos de dilucidar si está legitimado para plantear cuestiones prejudiciales) puede verse, por ejemplo, la STJCE de 30 de noviembre de 2000 (asunto C-195/98): "es jurisprudencia reiterada que para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia".

¹⁶² Por su parte, la directiva establece la regla general de suspensión siempre que no lo impida el interés público y no se produzcan consecuencias negativas que superen las ventajas de la suspensión (artículo 2.4).

suspensión de la contratación como para cualquier otro tipo de medida cautelar positiva ¹⁶³.

La cuestión hoy es si el contencioso-administrativo, a través de este tipo de cauces procesales generales, va a ser capaz de satisfacer el reto que le imponen las directivas comunitarias, de otorgar una protección adecuada en favor de los intereses de los particulares que impugnan una adjudicación ilegal ¹⁶⁴. Es planteable hasta qué punto no puede llegar a satisfacer mejor -las pretensiones del afectado por una adjudicación ilegal- un sistema de control diseñado específicamente para resolver los problemas jurídicos que plantea el control de las adjudicaciones ilegales, aunque no sea necesariamente judicial.

Es significativo, primero, que la incorporación de la directiva 92/13, por Ley 48/1998, de 30 de diciembre (sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones) ha conducido esencial-

¹⁶³ P. TERNEYRE, "L'apport ..." pp.959 a 561. V. TA Caen, 9 de septiembre de 1992, *SA Sols*, DA 1992.471. También, C. GUETTIER, *La Loi anticorruption*, Paris 1993 pp.121 y ss.

¹⁶⁴ Por su tradicional configuración el contencioso-administrativo no parece venir resolviendo, de forma plenamente satisfactoria, los distintos problemas e intereses que se plantean en torno a la adjudicación ilegal. Por ejemplo, en la práctica judicial no se descarta la conversión de la anulación en una indemnización: STS de 17 de abril de 1990; STSJ de Canarias de 1 de octubre de 1993 (*Actualidad administrativa*, 1993, nº11): "como la obra ya está terminada lo adecuado es condenar al Ayuntamiento a la indemnización sustitutoria solicitada por el actor en su demanda". Igualmente, STSJ de La Rioja de 15 de diciembre de 1992: "al no poderse declarar ya la nulidad de pleno derecho de la adjudicación definitiva de las obras por estar totalmente ejecutadas y finalizadas". La STS de 20 de mayo de 1988 dice que si "el trabajo indebidamente realizado ya hubiese sido realizado, no por ello habría de dejar de tener plena eficacia la sentencia de la Sala Territorial que la presente confirma: pues medios arbitra la ley para estas situaciones, a los que no son ajenas las indemnizaciones". La procedencia de la indemnización, por otra parte, tiene lugar cuando se acredite que, *por ser ilegal la decisión*, se priva al perjudicado de un beneficio patrimonial. Previa la anulación de la adjudicación se concedió, así, la indemnización en el caso de la STSJ de La Rioja de 27 de julio de 1993 (*Actualidad administrativa*, 1993 nº11 p.672) por la cual la Administración había contratado con un empresario incapaz. Más decididamente, a favor de una justicia integral o primaria, el ATS de 1 de septiembre de 1987 dice: "ha de mantenerse la suspensión, que evita la producción de perjuicios que pudieran ser irreparables para una empresa cuando cabe hacerlo sin riesgo para el interés público"; también el auto de 19 de julio de 1988: "no hay posibilidad de reparar el daño, pues la indemnización económica no repara los perjuicios ocasionados". La doctrina española ha afirmado reiteradamente que la denegación de la práctica de la suspensión de la adjudicación puede llevar consigo una garantía de nivel inferior respecto de la que precisa el perjudicado por la adjudicación ilegal; puede verse J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA "La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos" *RAP* nº120 1989 pp.291 y 296; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994 pp.35 y ss.; J. NONELL GALINDO, "La lentitud judicial como causa de pérdida de legitimación del recurrente", *REDA* nº25 1980, p.308; L. PAREJO ALFONSO, "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo", *REDA* nº49 1986 ("se procede a la corrección del sistema por vía de la responsabilidad administrativa"); J. TORNOS MAS "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", *RAP* nº122 1990, p.103 ("siendo imposible reponer las cosas a su estado inicial sólo procederá una indemnización sustitutoria").

mente a reforzar las garantías en un plano procedimental administrativo. Dicha Ley prevé un sistema en virtud del cual los órganos de contratación de las Administraciones públicas enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o aquellos órganos que en su caso designen las Comunidades Autónomas, ejercerán respecto de las entidades sujetas a la citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, a ellas adscritas o vinculadas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, las competencias para resolver las reclamaciones presentadas por cualquier persona que tenga o haya tenido un derecho subjetivo o un interés legítimo en la adjudicación de alguno de los contratos incluidos en la citada Ley que considere que ha sido o puede ser perjudicada por el incumplimiento por parte de las entidades contratantes de las disposiciones en ellas contenidas (artículos 51 y 54 y ss.).

Dicha autoridad administrativa podrá determinar la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos, anular las cláusulas administrativas discriminatorias y la propia adjudicación del contrato, pronunciándose si es requerida para ello sobre la procedencia del abono de una indemnización de daños y perjuicios fijando su importe (artículos 51, 58 y 63). Estas resoluciones agotan la vía administrativa pudiendo ser impugnadas ante "los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa". Dichas resoluciones serán directamente ejecutivas "resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 30/92" (artículo 64).

Otro argumento en esta línea lo ofrece, en segundo lugar, el Derecho comparado. Es singular el caso del Derecho alemán: partiendo "de cero" en cuanto al control de las adjudicaciones de contratos administrativos, aquél prevé hoy (después de numerosos contenciosos entre la Comisión Europea y el Gobierno alemán) un sistema esencialmente administrativo de control de adjudicaciones ilegales cuyo funcionamiento en la práctica se ajusta a las pretensiones que en concreto ejercitan los interesados en impugnar una adjudicación ilegal.

En las llamadas "disposiciones sobre las condiciones de contratación" (*Verdingungsordnungen*), a las cuales ya nos hemos referido *supra*, se prevé un sistema de control interno o interadministrativo de carácter "objetivo", ya que su objeto principal es observar el cumplimiento de la legalidad administrativa por parte de la Administración y porque los particulares actúan como simples "denunciantes" que interponen un escrito ante la autoridad administrativa de revisión para que ésta examine la vulneración de las infracciones legales ¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Véase J. PIETZCKER, "Änderungen des Rechtsschutzes bei der Auftragsvergabe", *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für K. Redeker*, München 1993, pp.500 a 514; PIETZCKER, "Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge", *NVwZ*, 1983 p.121; H.P. KULARTZ/N. PORTZ, *Verdingungsordnung für Leistungen -VOL*, Berlin 1993 p.3; V. JANK/W. ZDZIEBLO, *Einführung in das öffentliche Auftragswesen*, Hamburg 1987 p.48; H. KÖHLER/E. STEINDORF, "Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb", *NJW*, n°27 1995, pp.1705 y ss.; K. HAILBRONNER, "Europarechtliche...", pp.553 y ss.

Mediante una reforma, de la Ley de Principios Presupuestarios de 26 de noviembre de 1993, se instauró un sistema de control de *dos instancias* administrativas para el control de la adjudicación de los contratos. En primer lugar, las "Vergabeprüfstellen" ("dependencias revisoras de la adjudicación") deben introducir un procedimiento administrativo de control, en caso de que observen indicios de que se ha vulnerado el ordenamiento jurídico. Esta autoridad de control puede tanto decretar la anulación de las decisiones de adjudicación ilegales como decretar el cumplimiento de una prestación por parte del poder adjudicador. En cumplimiento de las directivas comunitarias, se le atribuyen también facultades para ordenar medidas cautelares, después de ponderar los intereses presentes en el caso concreto, especialmente el interés público.

En segundo lugar, el control interadministrativo se perfecciona mediante la instauración de una segunda instancia de control de las adjudicaciones de contratación (Vergabeüberwachungsausschüsse o comisiones de revisión de la adjudicación). Su misión es la supervisión de las decisiones de las autoridades administrativas de adjudicación (Vergabeprüfstelle). En caso de que ésta haya decidido de forma ilegal aquélla dispone que vuelva a decidirse de nuevo -de acuerdo con los criterios establecidos por la instancia de supervisión de las adjudicaciones de contratación-. Estos órganos administrativos extienden su jurisdicción a todo el territorio federal. Sin embargo, no existe sólo una autoridad de control de las adjudicaciones de contratación (Vergabeprüfstelle) sino varios tipos en función de cuál sea la persona jurídica que contrata ¹⁶⁶.

Según una importante sentencia del TJCE, de 11 de agosto de 1995, estas instancias no tienen carácter judicial y por tanto el sistema no es válido. Otro golpe importante lo representa la sentencia del mismo Tribunal de 28 de octubre de 1999 donde se declara la incompatibilidad con el Derecho comunitario del modelo austriaco (existente también en Alemania), según el cual las adjudicaciones no pueden impugnarse. Esto ha llevado a reformar el modelo de Alemania (en 2001) previendo la necesidad de informar a los licitadores de que no se les va a adjudicar el contrato (14 días antes de la adjudicación) pudiendo éstos interponer un recurso que paraliza inmediatamente la adjudicación. Sigue sin existir una revisión del acto de adjudicación pues tan sólo cabe en estos casos plantear una acción de indemnización en vía civil. Una sentencia del TSG de Brandemburgo, de 3 de agosto de 1999, ha declarado, por otra parte, la exigencia de cumplir ciertas garantías que extrae de la Ley de procedimiento. Mejor sería elaborar una Ley de contratos donde consten aquéllas.

¹⁶⁶ Véase el Reglamento federal sobre los procedimientos de revisión de las adjudicaciones de contratos, dictado en virtud del artículo 57a) 2 de la Ley de Principios Presupuestarios (HGrG): Verordnung über das Nachprüfungsverfahren bei öffentlichen Aufträgen.

En todo caso, ambos ejemplos (tanto la Ley española de sectores especiales como el Derecho alemán) significan el reforzamiento de las garantías en un plano esencialmente administrativo. El Derecho alemán ha optado, además, por un modelo administrativo de supervisión final de las adjudicaciones, lo que representa una solución posible en virtud de las directivas pero en todo caso de menor "calidad" jurídica que la opción en favor de una revisión judicial.

Es discutible si el sistema procesal español consigue dar una respuesta plenamente satisfactoria a los problemas que está llamada a resolver en la fase de adjudicación de los contratos. El sistema español basado en un control de la jurisdicción contencioso-administrativa es, en principio, el más ajustado a las directivas, por su carácter judicial. Las directivas comunitarias piensan en un control judicial de las adjudicaciones, aunque admiten un modelo "administrativo" con garantías "judiciales".

Pese a las virtualidades de la jurisdicción contencioso-administrativa es discutible si no será mejor la otra opción de montar un sistema procesal ad hoc en materia de adjudicaciones, configurado a fin de resolver los problemas que específicamente plantea la adjudicación de los contratos administrativos. En el Derecho español vigente el peso del control sobre la adjudicación recae en los tribunales. Pero el modelo de sentencias declarativas que se dictan por la jurisdicción contencioso-administrativa es deficiente, ya que no consiguen resolver los problemas jurídicos llamados a resolver, es decir una defensa adecuada conforme al interés real de los licitadores y conforme al propio interés público.

De ahí la posibilidad de afirmar un modelo procesal administrativo de carácter preventivo, ni siquiera cautelar, a través del cual los licitadores pudieran impugnar, unos días antes de la adjudicación, la decisión administrativa (notificada a los licitadores perdedores) de adjudicación contractual, para que ésta pudiera ser impugnada y revisada antes de su ejecución¹⁶⁷. Otra posibilidad sería profundizar en los procedimientos abreviados en vía por tanto judicial (artículo 73 de la actual Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa). Y otra, finalmente, reforzar o montar un sistema administrativo especial de revisión de las adjudicaciones limitando el acceso a la vía jurisdiccional.

¹⁶⁷ Un modelo de justicia cautelar tampoco es deseable tal como he expuesto en otro lugar (véase "Hacia un modelo contencioso-administrativo preventivo. El ejemplo de la ejecución de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico", *RAP*, 163 2004, cuyas afirmaciones valen para la materia contractual plenamente).

7. Recapitulación.

Las directivas comunitarias de contratación administrativa representan un buen ejemplo de cómo el Derecho comunitario puede llevar a sustituir o reformar las regulaciones presentes en los Estados miembros, causando al mismo tiempo la generalización de un mismo sistema de contratación administrativa en Europa, en términos generales o esenciales. Este sistema se caracteriza especialmente por la sujeción de los poderes adjudicadores a pautas estrictas de legalidad administrativa, de publicidad y concurrencia por tanto.

El Derecho comunitario ha generado un mismo sistema de control de las adjudicaciones. Este control se caracteriza, esencialmente, por su carácter público, según hemos tenido ocasión de comprobar.

El efecto de las directivas comunitarias ha sido más o menos intenso en función de la mayor o menor proximidad, del régimen de contratación previsto en los Estados miembros, al modelo seguido por las directivas comunitarias. La repercusión ha sido por tanto más intensa en los Derechos que tradicionalmente partían de la incardinación de la forma contractual dentro del Derecho privado. Tras las directivas comunitarias el principio de libertad de pactos, característico de estos sistemas de contratación civil de la Administración, ha desaparecido.

En todo caso, el Derecho europeo ha afianzado el contrato administrativo. Su afirmación por las directivas comunitarias representa un decidido impulso para el Derecho administrativo europeo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REPERCUSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO. LOS SERVICIOS O MERCADOS DE INTERÉS GENERAL.

1. El servicio público y los nuevos conceptos de liberalización, regulación, privatización y servicios o mercados de interés general y Derecho de la competencia.

El Derecho comunitario europeo ha provocado la aparición de un nuevo escenario jurídico en aquellos ámbitos que tradicionalmente pudieron configurarse como servicios públicos.

En efecto, la repercusión del Derecho comunitario europeo sobre los servicios públicos no se agota en el fenómeno de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a las empresas gestoras de servicios públicos. El servicio público, no obstante, aparece inmerso dentro de este nuevo sistema.

Más bien, como antes se advertía, entramos en un nuevo escenario jurídico en el que los protagonistas son conceptos claves tales como la liberalización, la privatización, y el complejo de términos regulación-autorregulación-desregulación.

El papel del poder público ha cambiado, así como la propia estructura y funcionalidad de los sectores que tradicionalmente pudieron configurarse como servicios públicos.

Es preciso conocer bien los conceptos y no confundirlos, tanto el de servicio público, como el de liberalización, el de regulación, o el de privatización y el propio de Derecho de la competencia. Además, el concepto y régimen de liberaliza-

ción lleva consigo otros conceptos (estructurales del sistema de liberalización) tales como los de "servicio universal" y "obligaciones de servicio público". Por su parte, la "regulación" aporta el debate en torno a los conceptos de desregulación y de autorregulación. Y junto a la liberalización y la regulación, la privatización tampoco tiene un sentido único, ya que, más bien, se manifiesta a través de distintas formas. Estas distintas formas van a servir para caracterizar los distintos mercados herederos de los servicios públicos. Interesa pues sobremanera estudiarlas distinguiendo entre privatización material, privatización formal, privatización funcional, privatización indirecta mediante colaboración. Este trabajo quiere, por tanto, aportar una nueva sitemática.

Finalmente, todo este sistema basado en la regulación, privatización y liberalización afirma un régimen de "servicio o mercado de interés general".

Todos estos conceptos no deben confundirse y es necesario poner de mniafiesto su procedencia en el Derecho comunitario.

En efecto, cuanto va a decirse a continuación tiene su origen último en el Derecho comunitario europeo y su proceso de liberalización que ha provocado así como la adopción de medidas de privatización que también indirectamente han sido tomadas por los Estados miembros como consecuencia del Derecho comunitario europeo.

2. El servicio público.

En efecto, el concepto de partida es el de "servicio público" como concepto fundamental.

La consideración de una actividad o sector como servicio público parte de un acto llamado publicatio (en los términos del artículo 128.1 de la Constitución). En el ámbito local es precisa una reserva de ley que defina la posibilidad de un servicio público (artículo 86.3 de la LBRL).

Este concepto alude a prestaciones básicas de la población que han de quedar a cubierto (agua, electricidad, transporte, etc.).

De ahí que los principios sean los de continuidad, igualdad en la prestación del servicio, solidaridad.

Por otra parte, rige, en los servicios públicos, una libre organización que se manifiesta de tres formas:

1. Libre organización en forma de gestión directa o indirecta del servicio.
2. Libre organización en forma de Derecho público o privado.

3. Libre organización en forma de monopolio (cuando sea posible) o de libre competencia.

En todo caso, el poder público define el número de operadores del sector. La técnica jurídica genuina es la concesión, no la autorización.

El Estado interviene y hasta gestiona.

Técnicamente, se parte de la ratio del monopolio natural que viene a afirmar la equivalencia entre red única y operador único.

El control es, igualmente, público, por el Tribunal Constitucional frente a las leyes que declaren un servicio público y por la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito local.

Decisivo es el sistema de financiación: pública mediante presupuestos, por tanto a través de los contribuyentes, o bien mediante tarifa de los usuarios.

El servicio público parte de un problema social que el Estado debe resolver: garantizar, por motivos de solidaridad, que la carta o la luz o la llamada de teléfono en zonas no rentables o para determinados colectivos tenga que hacerse a un precio determinado inferior al coste real, ya que la prestación de esta llamada de teléfono o del servicio postal en estas zonas cuesta, en valor de mercado, un precio superior al precio que debe establecerse por motivos sociales. Esto explica que el Estado asuma toda la actividad o sector y que, con las ganancias de la parte rentable, asuma el déficit de la parte no rentable (sistema de subvenciones cruzadas o de equilibrio económico).

3. La liberalización y sus conceptos de servicio universal y de obligaciones de servicio público.

La liberalización ha de explicarse contrastando con el servicio público de la forma que acaba de hacerse, por correspondencia a cada uno de sus postulados. En principio, afirma aquélla un nuevo sistema, a pesar de que el nuevo régimen de mercado que introduce siempre contendrá elementos del servicio público. Pero sus postulados son opuestos a los de éste.

No existe publicatio. Más bien estamos ante un mercado.

El presupuesto o punto de partida no es social o público; los operadores del nuevo sector (Telefónica, Airtel, Campsa, BP) se mueven buscando un ánimo de lucro.

Técnicamente, se parte, a diferencia del servicio público, de un principio de libertad de acceso al sector. La técnica genuina es la autorización. Ilustrativo es que el número de operadores lo pondrá el propio mercado en función de sus posibi-

lidades económicas y técnicas. El nuevo concepto es el de "interconexión" a efectos de facilitar el acceso al sector, aunque también cabe la duplicidad de redes o la red compartida siempre que esto sea posible económicamente. Se razona que no necesariamente la equiparación entre red única y operador único es más rentable.

El control no es sólo público. Se generan entidades de regulación y también podrán intervenir activamente, junto a la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisdicción civil y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El problema de fondo es, no obstante, idéntico al del servicio público: mantener en ciertos casos el precio de prestación del servicio en un coste inferior al real de mercado por razones de solidaridad. Pero la respuesta es diferente. Los mecanismos de la liberalización para resolver este problema son:

- El "servicio universal". Estamos ante una técnica de la liberalización, no del servicio público. Entre todos los operadores asumen el costo de la prestación deficitaria. El propio mercado resuelve el problema social. Este sistema se manifiesta en las telecomunicaciones.
- Obligaciones de servicio público: este sistema se manifiesta en el transporte. Es otra técnica de la liberalización para dar respuesta al "problema" comentado. Se trata de obligar a realizar una ruta o servicio (por el poder público a un determinado operador) a cambio de una indemnización pública que compense el déficit de prestación.
- Podrían añadirse las ayudas públicas cuando éstas se autoricen ¹⁶⁸.

Es criticable que, entonces, en un sistema de liberalización, se anuncien fuentes públicas de financiación porque se desvirtúa el postulado mismo en cuya virtud es el propio mercado el que asume la carga deficitaria de prestación ¹⁶⁹.

También es preciso reseñar ciertos documentos recientes sobre los servicios de interés general, donde pueden corroborarse y ampliarse las afirmaciones que acabamos de hacer:

1. Libro Verde sobre los servicios de interés general, Bruselas, 21 de mayo de 2003 (COM (2003) 270 final).
2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Libro

¹⁶⁸ Sobre el tema E.GARCIA-TREVIJANO GARNICA, *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*, Madrid 2002.

¹⁶⁹ Sobre esta dimensión crítica puede verse mi trabajo en *RAP* 164, pp.253 y ss.

Blanco sobre los servicios de interés general, Bruselas, 12 de mayo de 2004, COM (2004) 374 final.

En España el primer intento serio liberalizador se produjo en 1996 a consecuencia del Decreto-Ley 5/1996, que afectó al suelo y a los colegios profesionales y del Real Decreto 6/1996, 7/1996 y 8/1996, 10 y 11/1996, que afectaron a las telecomunicaciones, el régimen fiscal, la defensa de la competencia, la distribución de carburantes, los servicios sanitarios y la ordenación farmacéutica.

En 1997 esta tendencia se impulsó mediante la aprobación del proyecto de Ley del sector eléctrico, aprobado por las Cortes generales como Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y el proyecto de Ley general de Telecomunicaciones (también en junio de 1997) aprobado posteriormente como Ley 11/1998, de 24 de abril, sustituida más recientemente, así como el Proyecto de la Ley del Suelo y valoraciones, a la postre Ley 6/1998, de 13 de abril, la Ley 24/1998, de 13 de julio del Servicio Postal universal y de liberalización de los servicios postales y la Ley 347/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

4. La regulación y la desregulación y autorregulación.

A este sistema de liberalización son inherentes, no obstante, las regulaciones públicas. El Estado deja de ser gestor para pasar a ser regulador.

No obstante, cada vez más irrumpen tendencias que pretenden, en el seno de la regulación y la liberalización, una desregulación para que los nuevos sectores adquieran un mayor carácter mercantil o privado. La regulación y la desregulación afirman la excepcionalidad de las regulaciones públicas. Ha de demostrarse la necesidad de la regulación. La regulación pública ha de ser "rentable" en el caso concreto. Ha de evidenciarse que es más rentable "regular" que no regular.

En este contexto se presenta la autorregulación, por ejemplo en el ámbito del internet, como nueva fórmula regulativa.

Estos fenómenos no pueden llegar a tener un especial alcance desde el momento que la función del poder público no es otra que la de regular reglamentariamente aspectos de la vida social ¹⁷⁰.

La regulación, como consecuencia de la liberalización, se justifica, por ejemplo en el sector de la energía, considerando la necesidad de proteger a los

¹⁷⁰ Sobre todas estas cuestiones puede verse mi libro "*Los mercados de interés general*", Editorial Comares, Granada 2001.

usuarios (los "clientes" del nuevo mercado) o a los competidores ¹⁷¹. Según la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 la "regulación" se justifica a fin de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y asegurar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medioambiente. De forma ilustrativa esta Ley llega a matizar distintos niveles de regulación, distinguiendo por una parte actividades reguladas (gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución) y actividades no reguladas (producción y comercialización).

Además, siguiendo con este ejemplo, se argumenta que, por ser el transporte y la distribución de electricidad monopolios naturales, se precisa una regulación pública. La Comisión Nacional de la Energía llega a decir que sería necesaria una mayor regulación respecto de no pocos temas esenciales del sector eléctrico, tales como a su juicio el acceso a la red de transporte ("Informe sobre posibles medidas liberalizadoras en el sector energético", de 6 y 7 de junio de 2000 p.17).

En efecto, en general, en los mercados herederos de los servicios públicos, sus propias características estructurales (pesada herencia del monopolio y presencia de posiciones dominantes, disposición de dichos mercados en torno a la red...) y la presencia especialmente marcada de intereses públicos de ineludible consideración son hechos que llevan a la necesidad de una regulación pública ¹⁷².

En el fondo, la "regulación" en estos casos es una manifestación de la especificidad de este tipo de mercados. No son éstos simples mercados. De aquéllos (los mercados de interés general) depende la realización de estos últimos (su abastecimiento, su suministro, su funcionamiento mismo); y están presentes ciertos intereses públicos de forma especialmente clara.

Es decir, aunque lo esencial pasa a ser hoy conseguir un mercado eficaz el problema es que los mercados que en Europa se corresponden con los viejos servicios públicos resultan de una transformación de una estructura monopolística que impregna y además determina decisivamente el nuevo mercado, haciéndose necesaria la regulación ¹⁷³. Puede hablarse en este sentido de una estructura

¹⁷¹ N.EICKHOF/D.KREIKENBAUM, en *WuW* 7 y 8, 1998 p.672.

¹⁷² Véase, con otros argumentos, en defensa de la regulación, GRETEL, *Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e internet*, Madrid 1998 pp.33 y ss.

¹⁷³ Puede verse PAULWEBER, *Regulierungszuständigkeit in der Telekommunikation*, 1999 p.41; SCHERER, en *NJW* 1996, p.2955.

asimétrica del mercado ¹⁷⁴. Esto explica precisamente la atención especial que se concede en los nuevos mercados a temas tales como los accesos a la red, la interconexión, la regulación de los precios, etc.

Considerar, afirmando una "tesis de paridad" (o *Gleichsetzungsthese*), que un mercado eficiente funciona sólo cuando en él han terminado las posiciones de dominio es una tesis que, cuando menos, necesitaría mucho tiempo en Europa para ser realidad ¹⁷⁵.

Lo característico es, más bien, la necesidad de controlar las posiciones de dominio principalmente del operador heredero del monopolio a efectos de que los nuevos operadores (*Newcomers*) puedan llegar a intervenir "en competencia" en el mercado.

Es más, junto a ciertos atisbos de desregulación se observan de modo especial reglamentaciones incluso bastante mayores que en tiempos del monopolio. No sólo han sido necesarias extensas leyes "liberalizadoras" sino también numerosos reglamentos de distinto rango. A lo que habría que sumar la reglamentación comunitaria europea e internacional ¹⁷⁶ y las cada vez más frecuentes regulaciones llevadas a cabo por organismos o colectivos privados.

Ahora bien, en este ambiente de "furor legislativo" surgen tesis que propugnan la desregulación, afirmándose que "es clara y evidente la tendencia mayoritaria a favor de la desregulación y a favor de que las leyes del mercado comiencen de nuevo a funcionar sin restricción alguna. Las ventajas que se pueden derivar de ello tanto para el público en general como para el conjunto de la economía son muy elevadas aunque desgraciadamente después de años de intervencionismo estatal existe fuerte resistencia a este tipo de cambios" ¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Puede verse J.M. DE LA CUÉTARA, "Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunicaciones españolas", *REDETI* n.º 4 1999, pp.11 y ss.; igualmente KRUSE, en DEHMER, *Die Dynamik der Telekommunikationsmärkte als Herausforderung an die Wettbewerbspolitik*, 1999 p.108; C. KOENIG/J. KÜHLING, *WuW* 6 (2000) p.596 y ss.

¹⁷⁵ También IMMENGA, en *MMR* 2 (2000) p.V.

¹⁷⁶ En este sentido, la Comisión en su significativa Comunicación sobre "los servicios de interés general en Europa" (Bruselas, 20 de septiembre de 2000, COM 2000 580 final) anuncia que va a dictar "cuanto antes" numerosas decisiones pendientes: cuatro directivas en el ámbito de las telecomunicaciones y una directiva marco, nuevas propuestas sobre servicios postales y transportes (véase COM 2000 319, de 30 de mayo de 2000), una propuesta de exclusión del ámbito de la directiva 93/38/CE para los sectores o servicios a los que se aplica: agua, energía, transporte y telecomunicaciones (COM 2000 276, de 10 de mayo de 2000 y DO C 156 03.06.99, p.3-4).

¹⁷⁷ J. CREMADES (director), "Las telecomunicaciones en España" (Vol.2, Madrid 2000 pp.42 y ss. editada por el periódico *La Gaceta de los negocios*).

En este contexto, se defiende la necesidad de ir retirando reglas específicas, ir descansando en principios generales e ir haciendo evolucionar estos principios hasta que coincidan con los aplicados en los demás sectores de mercado, ya que "a medida que las telecomunicaciones vayan avanzando hacia la liberalización efectiva el marco legal que se refiere a ellas (tendrá que acabar) confundiendo con el que se aplica a cualquier otra actividad en competencia"¹⁷⁸.

En la misma línea que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) la autoridad de regulación de telecomunicaciones y correos en Alemania llega a afirmar (en su resolución de 13 de diciembre de 1999¹⁷⁹) que un "mercado regulado es un sistema nocivo para la economía de mercado". "Según los artículos 1 y 2 de la LGT (TKG en Alemania) el objetivo es un mercado en régimen de libre competencia". En este sentido, en esta misma resolución dicha autoridad resuelve un litigio entre un operador dominante (*Deutsche Telekom*) y otro, en materia de precios de interconexión sentando que "una regulación sobre dichos precios ha de tener un sentido provisional, ya que cuando cese la posición de dominio ha de ser el mercado mismo el que fije el precio".

¿Se avecina un momento aún de mayor o progresiva reducción de la presencia pública y del Derecho público después de que, durante los últimos tiempos, parecía empezar a asumirse la nueva realidad de la regulación en torno a la cual se afianzaba dicho Derecho público y administrativo en particular? De ser así, no habría entonces terminado el proceso abierto por las últimas leyes liberalizadoras del mercado. La propia idea de "regulación" empieza pues a ponerse en entredicho. La *ratio* pasa a ser "regular, pero sólo lo imprescindible".

El propio mercado decidiría cuándo regular en función de los intereses en juego; por ejemplo, en términos generales la necesidad en el caso concreto de una especial protección de los consumidores abogaría por una regulación pública, mientras que la necesidad de una mayor flexibilidad en el mercado sin menoscabo de los derechos de terceros llevaría a una mayor desregulación. Esta idea de "rentabilidad" (en cuanto a regular o no regular) es una idea de carácter económico que puede influir decisivamente sobre postulados jurídicos.

Un testimonio de la *ratio* reduccionista de la regulación (llamada "*Minimalregelung*" en el Derecho alemán) puede ser el informe anual de 1998 de la Comisión española del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, *Informe anual 1998*, Madrid 1999, p.118) según el cual "la corriente de pensamiento que hoy día prevalece en la economía mundial mantiene respecto de la regulación de cualquier sector

¹⁷⁸ CMT, *Informe anual 1998*, Madrid 1999, p.118.

¹⁷⁹ *MMR* 5 (2000) p.316.

económico un enfoque minimalista y de permanente justificación: la menor intervención posible siempre proporcionada y sometida su existencia a un constante y completo análisis coste/beneficio frente a la alternativa de su eliminación, y dejar dicha actividad sujeta únicamente a las leyes de la competencia”.

En este sentido, con el ejemplo de la telefonía móvil se insiste en que “al aumentar el nivel de regulación se corre el riesgo de destruir lo que está funcionando bien sin ella”; de ahí que “las técnicas regulatorias sólo resultan admisibles si están justificadas”, “la regulación ha de ser excepcional en las telecomunicaciones móviles”. Y lo mismo se advierte respecto del internet y el comercio electrónico, poniéndose de manifiesto la necesidad de un “equilibrio entre intervencionismo y libertad del comercio electrónico” así como una “autorregulación de los mercados electrónicos”¹⁸⁰.

Un acuerdo de la CMT de 27 de julio de 2000 (por el que se resuelve el conflicto de interconexión entre Lince Telecomunicaciones S.A. y Telefónica¹⁸¹) afirma que “la intervención de la CMT en los conflictos de interconexión se rige por el *principio de intervención mínima*, lo que supone que la vía de solución de los conflictos que se le sometan debe ser la menos invasiva del principio de libertad de pactos consagrado por la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento de Interconexión”¹⁸².

El mismísimo Derecho de la competencia, en principio partícipe (como ha podido comprobarse) del proceso de despublificación y de menor intervención de los poderes públicos en la economía, puede llegar a verse como “la gran herramienta para el intervencionismo gubernamental de los próximos lustros”, invocándose así la necesidad de profundizar en el mercado más allá de la regulación pública¹⁸³. Esta crítica no llevaría tanto a una negación de la regulación en cuanto tal como a un desarrollo de la regulación como “técnica” que debe conocerse y aplicarse cuidadosamente¹⁸⁴.

¹⁸⁰ J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “Equilibrios y problemas que internet presenta en España”, *REDETI* III 2000 pp.466 y ss.

¹⁸¹ Expediente ME 2000/2429.

¹⁸² Véase también R. MARTIN MATEO, *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid 1988; J.E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Bolonia 1993.

¹⁸³ G. ARIÑO, noticia en el periódico *Expansión* de 28 de noviembre de 2000 p.79.

¹⁸⁴ Habría un “riesgo” inherente a la regulación, un “riesgo regulatorio”, es decir el riesgo de que la regulación, mal empleada, origine problemas tales como el “origen de ambigüedades”, “abusos de la discrecionalidad por parte de los operadores públicos”, “cambios bruscos de estrategias”, G. ARIÑO ORTÍZ/M. DE LA CUÉTARA, “Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, 9 2000 pp.9 y ss. Véase también CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad, un análisis normativo y jurisprudencial*, Valladolid 2000.

En este contexto, es fácil entender que cobren también interés especial las reglamentaciones procedentes de organismos puramente privados. Para la CMT este tipo de regulaciones (por referencia al Grupo de Reguladores Independientes: IRG)¹⁸⁵ son, debido a "su cantidad y calidad", meritorias y dignas de atención y seguimiento, según las autoridades administrativas de regulación.

Para la CNMV las fórmulas de autorregulación son el camino hacia una mayor riqueza por dejar libertad de actuación a los ciudadanos y a las empresas. También son bien acogidas estas fórmulas en el Derecho comparado¹⁸⁶ y en los Acuerdos GATT sobre eliminación de obstáculos técnicos.

Otro ejemplo puede ser, en el Internet, las regulaciones de gremios tales como ISOC -*Internet Society*-, o IEFT -*Internet Engineering Task Force*-. Por su parte, el comercio electrónico está poniendo de manifiesto la existencia de ciertos problemas jurídicos acerca por ejemplo de los criterios aplicables para controlar la legalidad de los bienes subastados a través de Internet. Y ante la necesidad de una regulación se presentan como posible solución las formas de autorregulación¹⁸⁷.

Se aportan los siguientes problemas en torno al comercio electrónico: necesidad de dotarlo de una mayor seguridad en las transacciones, necesidad de evitar los monopsonios (monopolios de compra) y de evitar la sobrerregulación. De ahí que se propugne una "autorregulación de los mercados electrónicos combinada con la aplicación de las leyes civiles, penales y mercantiles ordinarias"¹⁸⁸.

Inciendiando en las telecomunicaciones, en materia de interconexión y acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones "fomenta" el uso de las reglamentaciones adoptadas por organismos reguladores (aplicables en defecto de las especificaciones técnicas dictadas por la Administración del Estado): Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI), Comité Europeo de Normalización y

¹⁸⁵ Véase *CMT Informe anual 1999*, Madrid 2000 p.244.

¹⁸⁶ En el Derecho alemán P. MAYER, "Selbstregulierung im Internet: Institutionen und Verfahren zur Setzung technischer Standards", *K & R* 2000 p.13 y ss.; M. SCHMIDT-PREUß, "Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung", *VVDStRL* 56 (1996) p.160.; H.H. TRUTE, "Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung", *DVBl* 1996 p.954.

¹⁸⁷ El Anteproyecto de Ley de Comercio electrónico, en este sentido, potencia la autorregulación del sector.

¹⁸⁸ J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, "Equilibrios y problemas que internet presenta en España", *REDETI* III 2000 pp.442 y ss. Puede verse, también, GARFINKEL y SPAFFORD, *Seguridad y comercio en la web*, Madrid 2000; P. LLANEZA GONZÁLEZ, "Creación del Derecho en internet: seguridad jurídica y seguridad informática", *REDETI* III 2000 pp.545 y ss. y en el mismo número el trabajo de J. RIBAS, "Riesgos legales en internet. Especial referencia a la protección de datos personales", pp.555 y ss.

Comité Europeo de Normalización Electrónica (CEN, CENELEC), Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Organización Internacional de Normalización (ISO), Comisión Electrotécnica Internacional (CEI), Organismo Español de Normalización (AENOR).

En el sector industrial el Real Decreto 1614/1985 previó que las funciones de elaboración de normas que realizaba el IRANOR (Instituto Español de Racionalización y Normalización), suprimido precisamente a raíz del citado Real Decreto, se asumirían por asociaciones privadas de normalización a medida que éstas fueran designadas, cuya competencia para la realización de tareas de normalización y certificación de productos industriales era previamente reconocida por la Administración. Las tareas de elaboración de normas técnicas para los distintos sectores productivos fueron encomendadas por orden de 26 de febrero de 1986 a la Asociación Española de Normalización y Certificación.

Por su parte, la Ley 22/1999 (de reforma de la *Ley de Televisión*, Ley 25/1994, de 12 de julio) establece expresamente, bajo el enunciado de "promoción de la autorregulación", que, "con independencia de lo previsto en el capítulo VI de esta Ley los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas"¹⁸⁹.

Otro caso significativo es el que proporciona la legislación de Protección de Datos de Carácter Personal. Lo interesante en este contexto es que su regulación, de carácter imperativo, contempla no obstante, la posibilidad de que los responsables de los ficheros y tratamientos puedan ampliar o adecuar a las peculiaridades del sector en el que operan las previsiones normativas sobre protección de datos personales, abriendo así el camino hacia la autorregulación (los "códigos tipo") en esta materia¹⁹⁰.

La defensa de estas tendencias no debería obviar del todo los problemas jurídicos que plantean este tipo de fórmulas tanto desde el punto de vista de su legitimidad como de su legalidad misma o de su publicidad adecuada, sin olvidar

¹⁸⁹ Otros ejemplos de autorregulación en el ámbito audiovisual (Consejo de la Información de Cataluña...) pueden consultarse en J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación de los audiovisual*, Madrid 1999 p.60; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, 5, Madrid 1997 p.290; M. CARRILLO, en: J. CREMADES, coordinador- *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid 1997 p.324; H.H. TRUTE, "Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung", *DVB* 1996 p.950 y ss.

¹⁹⁰ Puede verse J. RUBÍ NAVARRETE, "Los códigos tipo: la alternativa a la autorregulación", *Actualidad informática Aranzadi*, 35 2000.

la inseguridad jurídica que pueden llevar consigo ¹⁹¹. Poco o nada suele decirse de todo esto cuando se propugna la autorregulación.

Lo que ocurre es que a estos mercados de interés general es consustancial la existencia de ciertos intereses públicos que han de satisfacerse, protegerse y tutelarse. Lo significativo, entonces, es que dichos intereses se estarían realizando a través de agentes privados y regulaciones igualmente privadas.

La CMT ¹⁹² insiste en modelos de autorregulación para resolver muchas de las diferencias entre los agentes económicos antes de invocar a las autoridades que legalmente deben resolverlas, "retirándose la CMT para dar ocasión a que los propios interesados establecieran sus relaciones, sus procedimientos y criterios". En este sentido, se afirma igualmente que "durante 1998 el grupo de reguladores europeos independientes se ha consolidado y probablemente tendrá un papel importante en la evolución del marco legal (...)". Igualmente, su "corresponsal" alemán (*RegPT*) considera que la legislación de telecomunicaciones parte de la libre concertación entre las partes, de modo que sólo cuando éstas no logren los pertinentes acuerdos es cuando debe intervenir la autoridad reguladora ¹⁹³.

Parece pues imponerse un principio de subsidiariedad como clave para entender las actuaciones de las nuevas autoridades de regulación.

En este sentido, la regulación pública ha de llevarse a cabo sólo cuando sea necesaria. La regulación es un técnica jurídica que tiene sus límites y que debe emplearse con el rigor y conocimiento necesarios, evitando las regulaciones superfluas.

En términos "prácticos" el alcance de la regulación y la desregulación dependerá de cómo se presenten, en términos mercantiles o de mayor rentabilidad, los distintos intereses jurídicos en juego dignos de ser salvaguardados en el caso concreto. Cuando sea precisa la protección de intereses públicos se acudiría al Derecho público. Cuando interese más la agilidad del mercado sin menoscabo de intereses públicos se impondrá el Derecho privado.

Es positivo afianzar una perspectiva o condición mercantil de los viejos servicios públicos en aras de su mejor funcionamiento y su mayor eficiencia en

¹⁹¹ Sobre el tema puede verse V. ÁLVAREZ GARCÍA, "La capacidad normativa de los sujetos privados", *REDA* 99 (1998) pp.343 y ss.; y J.A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid 2000 pp.388 y ss.

¹⁹² En su *Informe anual 1998*, Madrid 1999 (pp.15 y 244 y ss.).

¹⁹³ Resolución de la *RegPT* ("CMT") de 12 de septiembre de 1997, Referat 223 a, p.8; igualmente, auto del "TSJ" de Münster de 11 de febrero de 2000 publicado en *MMR* 6 (2000) p.379.

favor del consumidor. Pero, aunque la tendencia pueda ser la aproximación de los viejos servicios públicos a las características propias de un mercado, estaríamos en todo caso ante mercados con singularidades, mercados donde se manifiestan *per se* intereses públicos (necesidad de garantizar el suministro y el abastecimiento, de atender a los intereses en torno a la gestión de las redes, de proteger a los consumidores y operadores frente a posiciones de dominio, etc.).

Estos mercados (gas, electricidad, petróleo, telecomunicaciones, etc.) no pueden asimilarse sin más, y menos aún apresuradamente, a los demás mercados. Ni siquiera en los países más propensos a la liberalización es así. Este tipo de mercados tienen una posición pública estratégica, pues de ellos depende el abastecimiento mismo de los demás mercados. Estamos por el momento ante "mercados de interés general".

5. La privatización y sus distintos sentidos: la privatización material.

A. Aproximación al fenómeno de la privatización material.

En primer lugar, puede haberse manifestado o manifestarse una privatización "auténtica" que puede designarse como privatización material ¹⁹⁴. De las

¹⁹⁴ Sobre la privatización M.J. ARCAS PELLICER/F.J. RUIZ CABESTRE, "Las ofertas públicas de venta (OPVS) de acciones en el mercado bursátil español: privatizaciones frente a no privatizaciones", *Cuadernos de economía y dirección de la empresa*, nº4 1999, pp.325 y ss.; G. ARIÑO ORTIZ, "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.15 y ss.; G. BEL QUERALT, "Privatización en España, OPVS y premio bursátil: ¿aprendimos algo de la experiencia británica?", *Hacienda Pública Española* nº144 1998, pp.3 y ss.; G. BEL QUERALT, "Los costes financieros de la privatización en España", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.125 y ss.; J. BILBAO UBILLOS, "Privatización y política financiera del sector público", *Hacienda Pública Española* 132; D. CANO SOLER, *Políticas de privatización. Aproximación teórica*, CES, Madrid 1998; J. CORCUERA ATIENZA, "Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones", *REP* 91 (1996); A. CUERVO GARCÍA, "La privatización de las empresas públicas. Cambio de propiedad, libertad de entrada y eficiencia", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.45 y ss.; A. CUERVO, "Las empresas públicas españolas: re-regulación y privatización", *Cuadernos de información Económica*, 97/98; P. DURA JUEZ, "Principales recomendaciones del Consejo Consultivo de Privatizaciones", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.109 y ss.; P. DURA JUEZ, "Sistemas concurrenciales y privatización", *Economía Industrial* 328 (1999) pp.95 y ss.; P. FERRERAS DIEZ, "Liberalización, privatización y política industrial", *Economía industrial*, nº318 1997, pp.33 y ss.; P. FERRERAS DIEZ, "Antecedentes y líneas estratégicas del plan de Privatizaciones", *Cuadernos de Información Económica*, 119; G. GALLI, "Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2 1998 pp.471 y ss.; L. GAMIR CASARES, "Privatizaciones, eficiencia y transparencia", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.27 y ss.; L.F. GARCÍA CALVO, "El nuevo paradigma de la intervención pública. Las privatizaciones", *Cuadernos de relaciones laborales* nº13 1998, pp.165 y ss.; S. GARCÍA ECHEVARRÍA/M.T. DEL VAL NUÑEZ/A. PERALTA BELLMONT, "Privatización y desregulación de la economía. El reto de una nueva cultura

numerosas definiciones que del término privatización existen en este contexto puede seleccionarse la que da el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las bases del programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado: "se entiende por privatización la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva de la empresa de que se trate" (apartado 5).

La privatización lleva consigo pues una reducción de la presencia del poder público tanto a través de la venta de empresas como de la colocación en Bolsa de paquetes de acciones, esta última como medida de privatización parcial, por cuanto se enajenarán participaciones que no excedan de las necesidades de control ¹⁹⁵.

La privatización sería entonces una tendencia general en buena parte de los Estados del planeta. Salvo en las Comunidades Autónomas españolas, donde parece darse la tendencia opuesta: desde 1990 las empresas públicas de las Comunidades Autónomas crecieron el 120% creando un complejo organigrama de 1.500 entes

empresarial", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.59 y ss.; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Aspectos comerciales de los procesos de privatización", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.89 y ss.; GÓMEZ ACEBO & POMBO, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, Madrid 1997; N. HERNÁNDEZ, "Privatizaciones: significado y razón de ser desde un punto de vista económico", en G. ARIÑO ORTÍZ (coordinador), *Privatización y libertad de servicios*, Madrid 1999 pp.77 y ss.; G. IZQUIERDO LLANES, "La privatización como política de oferta", *Economía industrial*, 328 (1999) pp.85 y ss.; L. MAÑAS ANTÓN, "La experiencia de una década de privatizaciones", *Información comercial española*, nº772 1998, pp.145 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre privatizaciones", *RAP*, 117 (1997); C. MARTÍN URRIZA, "Breve historia de las privatizaciones en España, 1985-1995", *Revista de Relaciones Laborales*, 8; M. MUR SANGRA, "Argumentos para la privatización", *Revista de Gestión Pública y Privada*, nº4 1999, pp.271 y ss.; R. PAMPILLÓN OLMEDO, "Concurrencia y transparencia en las privatizaciones en España", *Boletín Económico de ICE*, 2546 (1997), pp.25 y ss.; R. PAMPILLÓN OLMEDO, "Los procesos de privatización en América Latina: de la sustitución de aportaciones a la eficiencia productiva", *Información comercial española*, 772 (1998), pp.73 y ss.; G. PAGAULATOS/V.WRIGHT, "The politics of industrial privatization: Spain, Portugal and Greece in a european perspective", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 1999 pp.613 y ss.; J. PIQUÉ I CAMPS, "Algunas reflexiones acerca del proceso de privatización del sector público", *Economía industrial*, 328 (1999), pp.15 y ss.; J. REQUEIJO GONZÁLEZ, "Privatizaciones de empresas públicas y convergencia real", *Economía industrial*, 328 (1999), pp.71 y ss.; E. RIBAS MIRANGELS, "Análisis del valor de las empresas privatizadas", *Economía industrial*, 328 (1999), pp.63 y ss.; J. RICARDO HOYOS, "Reflexiones sobre los fenómenos de la liberalización y la privatización en España", *AA*, 42 (2000) pp.1181 y ss.; J.A. SANCHÍS LLOPIS, "Privatización y eficiencia en el sector público español", *Revista de Economía Aplicada*, 4 (1996) pp.65 y ss.; J. VERGES JAIME, "Efectos de las privatizaciones españolas sobre los Presupuestos Generales del Estado", *Hacienda Pública Española*, 147 (1998) pp.215 y ss.

¹⁹⁵ Puede verse J. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ordenación de los mercados de valores y operaciones de privatización", en G. ARIÑO ORTÍZ (coordinador), *Privatización y libertad de servicios*, Madrid 1999 pp.77 y ss.

y organismos que ha desbordado sus plantillas de empleados, con un billón de pesetas de deuda extraoficial ¹⁹⁶.

B. Límites jurídicos de la privatización.

En cuanto a sus límites jurídicos es deseable afirmar un criterio concreto y operativo: la privatización no podrá afectar a las funciones esenciales del Estado, de soberanía o policía, pudiendo aquélla afectar a las funciones de tipo económico o prestacional ¹⁹⁷.

No siendo evidentemente siempre fácil deslindar entre las funciones de autoridad (no susceptibles de privatización) y funciones prestacionales (en principio susceptibles) es una típica función judicial la de distinguir ambas situaciones en el caso concreto en caso de conflicto. Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad no debería descartarse, como solución, y pese a su excepcionalidad, en materia de privatizaciones cuando así deba hacerse conforme al criterio establecido.

Una empresa privatizada no significa el fin de las funciones directivas y de control de los poderes públicos. Un ejemplo puede ser el mercado de telecomunicaciones: después de la privatización de Telefónica y la liberalización del sector de las telecomunicaciones tanto la autoridad administrativa de regulación (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) como el Ministerio de Ciencia y Tecnología desarrollan dichas funciones. Además, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, somete de forma significativa a autorización previa los acuerdos adoptados por los órganos sociales de entidades privatizadas.

C. Régimen jurídico.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado, establece las Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado. En este Acuerdo se recoge un marco general para las privatizaciones que incluye las directrices que

¹⁹⁶ Puede verse la noticia en el periódico *La Gaceta de los negocios*, de 17 de noviembre de 2000 p.6, con cifras detalladas.

¹⁹⁷ Igualmente, véase F. GARRIDO FALLA, "Privatización y reprivatización", *RAP* 126 (1991) p.23; A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid 1997 pp.149 y 458; asimismo, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada 2001.

han de seguirse en el diseño y la ejecución de las operaciones concretas de privatización, así como la filosofía y los principios en los que debe basarse el Programa de Privatizaciones.

En realidad, aunque dicho Acuerdo se detiene especialmente en la privatización, lo cierto es que su objeto más bien es la reforma y modernización en general del sector público, así como el fortalecimiento de la economía de mercado, el aumento de eficiencia y de la competitividad global de la economía, la liberalización y la creación de empleo. La privatización se entiende, pues, como una medida más en este contexto, a efectos de lograr estos objetivos generales.

De ahí que el citado Acuerdo afirme que los “ingresos que, provenientes de las privatizaciones, se integren en el Presupuesto de Ingresos del Estado, no podrán ser destinados a atender gastos u obligaciones corrientes de las Administraciones públicas, destinándose preferentemente a la corrección de los desequilibrios presupuestarios y a la financiación de inversiones”¹⁹⁸. “Es voluntad del Gobierno profundizar en el proceso de privatizaciones, como un elemento complementario del objetivo general de política económica de liberalizar la economía española”. “Por ello, el programa de modernización del sector público empresarial del Estado va más allá de un simple conjunto de operaciones de venta de empresas públicas, pues nos encontramos ante un proceso o instrumento que permita alcanzar la transformación económica y social de España, potenciando el protagonismo del sector privado en la actividad económica empresarial” (apartado undécimo)¹⁹⁹.

El proceso de privatizaciones se proyecta en general sobre las empresas con dificultades, sujetas a actuaciones de reestructuración o reconversión, y se intentará su saneamiento disminuyendo su dependencia respecto de las ayudas públicas.

En cuanto al procedimiento de privatización la iniciativa corresponde a los “Agentes Gestores”. Inicialmente, fueron éstos la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y la Agencia Industrial del Estado (AIE), así como la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales (SEPPA). En este sentido, es obligada una cita de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de la Agencia Industrial del Estado y de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y supresión del Instituto Nacional de Industria y del Instituto nacional de Hidrocarburos, cuyo

¹⁹⁸ Véase sobre la atribución o aplicación de los ingresos obtenidos por privatización, SEPI, *Balance 1996-2000*, Madrid 2000 p.8: 31% a lograr la autonomía financiera de SEPI, 14,7% a reestructuración empresarial, 14% a sostenimiento de la minería, 28,3% a saldar deudas económicas del pasado, 6,3% para el pago de impuestos, 5,1 % para la compra de acciones. Igualmente, desde un punto de vista menos descriptivo y más crítico, véase CORTES GENERALES, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, Año 1999 VI legislatura nº770.

¹⁹⁹ Véase SEPI, *Balance 1996-2000*, Madrid 2000.

fin es "racionalizar, globalmente, la gestión de las participaciones industriales de titularidad pública, coherente con las modificaciones que han conducido a la configuración del grupo INI/TENEO (...)" ya que "la racionalización del sector público es, pues, un proceso continuo cuyo fin último es la obtención de una mayor eficiencia".

Esta Ley crea la Agencia Industrial del Estado (AIE) y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) como dos entidades de Derecho público. La AIE ("ente público de los previstos en el artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria") pasa a agrupar las participaciones públicas en las entidades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial, así como a regímenes especiales derivados de su particular situación (véanse los artículos 3 y 5 de la Ley 5/1996). Concretamente, en la AIE se incluyeron las empresas con pérdidas en la siderurgia integral, minería del carbón, industria de defensa y astilleros.

En las restantes entidades mercantiles las participaciones de titularidad pública se transfirieron a SEPI ("como entidad de Derecho público del artículo 6.1.b de la Ley General Presupuestaria"). Conforme al artículo 11 de esta Ley ²⁰⁰, corresponde a la SEPI la tenencia, administración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales en las entidades mercantiles, incluidas en el anexo II de esta Ley (...), la realización respecto de las sociedades participadas de todo tipo de operaciones financieras activas y pasivas.

SEPI pasa a agrupar las empresas rentables de la antigua Teneo SA, cuya disolución se autorizó por el Acuerdo de 28 de junio de 1996 ²⁰¹ (por entonces Repsol, Endesa, ya privatizadas, Inespal o Iberia). SEPI pasa a encargarse de vender las empresas vinculadas al Ministerio de Industria (por su parte, a SEPPA se encomendó la gestión de la venta de las compañías de la Dirección General del Patrimonio del Ministerio de Economía, del que dependen Tabacalera -hoy Altadis- y Argentaria, ambas ya privatizadas) ²⁰².

²⁰⁰ En iguales términos se pronuncia el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las bases del programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado (apartado segundo del acuerdo).

²⁰¹ Puede verse, en este sentido, el apartado cuarto de este Acuerdo.

²⁰² Según la Exposición de Motivos de la citada Ley 5/1996, esta nueva ordenación institucional tiene una especial transcendencia presupuestaria. Así, a la desvinculación de los Presupuestos Generales del Estado, ya producida, de importantes grupos empresariales que se transferirán a la Sociedad estatal, debe añadirse que la creación de la Agencia y de la Sociedad estatal liberará fondos públicos, ya que, por un lado, se prevé la asignación de los recursos obtenidos por la Sociedad a la amortización de la deuda generada por el Instituto Nacional de Industria; y, por otro, se impide que la Agencia pueda endeudarse en el cumplimiento de sus funciones.

La creación de ambas entidades se hace con vistas a permitir que las empresas adscritas a la Agencia Industrial del Estado puedan ser transferidas a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales cuando garanticen de manera estable su viabilidad. No sería, sin embargo, coherente con esa filosofía la transferencia de empresas desde la Sociedad Estatal a la Agencia, por cuanto, que ello pondría en cuestión los principios básicos de un modelo organizativo, abierto y flexible, necesario como fundamento de políticas que consoliden la rentabilidad de la empresa pública.

De hecho, la AIE termina suprimiéndose por el Real Decreto-Ley 15/1997, de 5 de septiembre, el cual, basándose, nuevamente, en la necesidad de racionalización del sector público, suprime en su artículo 1 la AIE, creada por Ley 5/1996, transfiriéndose a la SEPI todas sus participaciones accionariales, bienes, derechos y obligaciones. Asimismo, se prevé la fusión de SEPI y SEPPA, de modo que SEPI pasará a gestionar la Transmediterránea, la Agencia EFE, Paradores, Alycesa y Minas de Almadén.

Pues bien, parte el procedimiento de privatización de una propuesta por parte de los Agentes Gestores, a su vez basada en informes solicitados a asesores externos (bancos de negocios, sociedades de valores, etc.), a la que sigue un informe del Consejo consultivo de Privatizaciones ²⁰³, pasando finalmente la propuesta con el dictamen, a través de la intermediación del Vicepresidente Segundo del Gobierno o de los Ministros de Economía e Industria (según sus respectivas competencias), a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos para su aprobación definitiva por el Consejo de Ministros.

Seguidamente procede la ejecución de la privatización y el informe de la Intervención General del Estado sin perjuicio de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas ²⁰⁴.

En todo caso, se pretende que el procedimiento de privatización cumpla con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, eficiencia y economía entre otros ²⁰⁵.

²⁰³ Sobre el Consejo Consultivo de Privatizaciones véase el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, *cit.* donde se recogen sus funciones (apartado noveno). Interesante es la lectura de su *Informe de actividades-1998*. Puede consultarse en www.ccp.es.

²⁰⁴ Sobre este particular véase M. GARCIA CRESPO, "Reflexiones sobre la privatización y su control", *Revista Española de Control Externo*, nº4 2000, pp.9 y ss.; en el mismo número de esta revista véase el trabajo de V. MONTESINOS JULVE.

²⁰⁵ Puede verse el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las bases del programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado; igualmente, J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Madrid 1999 p.341.

En la práctica no puede hablarse, no obstante, de un solo modelo de privatización, ya que cada empresa pública presenta unos problemas específicos²⁰⁶. Mientras algunas de ellas son de más fácil venta (Transmediterránea, Enausa o la Yeguada Cartujana de Jerez) otras presentan dificultades para su venta (Minas de Almadén por ejemplo o Cetarsa, Compañía Española de Tabacos). Además respecto de otras empresas se pretendería la mejora de su gestión mediante planes estratégicos (Agencia EFE, Paradores Nacionales o Grantecan -constructora de un Telescopio en Tenerife-). Otras se encuentran en proceso de liquidación (sociedades que nacieron con la Expo de Sevilla, las olimpiadas de Barcelona o las creadas con ocasión de los centenarios de Carlos V y Felipe II o la transición al euro). En otros casos, el Gobierno se plantea la fusión de sociedades, cuyo objeto social es la promoción de viviendas sociales (caso de Segipsa o Improasa cuya actividad es la prestación de servicios de asesoramiento de contratos de compra-venta de inmuebles y empresas públicas)²⁰⁷.

D. El control jurisdiccional de la privatización.

En principio, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de aprobación de la privatización, puede ser impugnado jurisdiccionalmente (ATS de 23 de abril de 1998, RJ 3719, donde se declara admisible un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 1996, por el que se presenta la oferta pública de venta de acciones del Estado en la empresa Telefónica de España SA).

En este auto el Tribunal Supremo, frente a la alegación del Abogado del Estado (“la oferta pública de venta de la participación de telefónica no afecta para nada a los derechos o intereses de los trabajadores de telefónica”), entiende que los trabajadores de telefónica están legitimados para impugnar dicho acuerdo, por afectarles.

Se ha criticado el régimen de aprobación de la privatización mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, considerándose necesaria una aprobación mediante Ley²⁰⁸.

²⁰⁶ Véase CCP (Consejo Consultivo de Privatizaciones), *Informe de actividades 1998*, Madrid 1999 pp.33 y ss.

²⁰⁷ En la página web de SEPI se informa acerca de los procesos de privatización que, como culminación de la estrategia de saneamiento y consolidación, aquélla lleva a cabo. También en los periódicos se publican frecuentemente noticias sobre las empresas participadas por SEPI (pudiendo por ejemplo seleccionarse la noticia en *Expansión*, de 19 de septiembre de 2000 p.55 o *La Gaceta de los negocios* de 17 de octubre de 2000: “los ingresos por privatización se redujeron el 78% en 1999”, así como *Cinco Días* de 7 de septiembre de 2000: “La CE obliga a la SEPI a modificar el plan de privatización”).

²⁰⁸ Véase A. JIMÉNEZ-BLANCO, “Los supuestos excluidos de las ofertas públicas de adquisición”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil, Homenaje a E. Verdura y Tuello*, Tomo II Madrid 1994, pp.1336 y ss.; A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid 1997 p.453, así como J.L. PIÑAR MAÑAS, en *REDA* 84, 1994 pp.565 y ss.; y M.N. DE LA SERNA BILBAO, “La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo”, *RAP* 143 1997 p.442.

Sobre este punto interesa la STS de 14 de octubre de 1999, que tiene igualmente por objeto la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 1996 (por parte de la Federación estatal de Transportes y telecomunicaciones de UGT y por la confederación sindical de comisiones obreras).

Según los recurrentes dicho Acuerdo de Ministros carece de cobertura legal adecuada y suficiente. Para el Tribunal Supremo, la alegación tiene en este extremo "cierta consistencia al destacar -y criticar- la ausencia de un marco legal, de carácter general que, reflejando la voluntad de las Cámaras, regule de manera adecuada todo el proceso privatizador o, al menos, el relativo al sector de las telecomunicaciones".

No obstante, el Tribunal Supremo entiende que el Gobierno pudo legítimamente vender sus participaciones accionariales en las diferentes empresas sin necesidad de someter a las Cortes una iniciativa legislativa, por contar con habilitación legal para ello. En este sentido, para el Tribunal Supremo, el Acuerdo de 28 de junio de 1996 (citado *supra*) por el que se establecen las Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado "no dota de cobertura legal por sí mismo al ahora enjuiciado". En cambio, habría que tener en cuenta las "facultades de enajenación de acciones que la Ley General Presupuestaria reconoce al Gobierno".

Interesa señalar que los recurrentes entendían que el Acuerdo recurrido vulneraba el artículo 103 de la Ley de Patrimonio del Estado (texto aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril) que, a su juicio, no fue derogado por el artículo 6.3 de la Ley 11/1977, General Presupuestaria, de 4 de enero (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre). Téngase en cuenta que según este precepto la enajenación de títulos representativos de capital propiedad del Estado en empresas mercantiles requerirá acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, cuando el valor de los que pretenda enajenar no exceda del 10 por ciento del importe de la participación total que el propio Estado ostente en la respectiva empresa, de modo que la enajenación de acciones o participaciones en cuantía superior a la indicada o que suponga para el Estado la pérdida de su condición de socio mayoritario deberá ser autorizada por una Ley.

La alegación de los recurrentes se contradijo por el Tribunal Supremo (citan-do las SSTs de 27 de mayo de 1994 y 17 de diciembre de 1996) afirmando que el artículo 103 de la Ley de Patrimonio del Estado debía entenderse derogado por la Ley General Presupuestaria en cuanto a la competencia y enajenación de títulos cuyo valor excediera del diez por ciento de la total participación estatal en una empresa. Esta Ley (artículo 6.3) disponía que "la pérdida de la posición mayoritaria del Estado o de sus Organismos autónomos y entidades de Derecho público en las mismas se acordará por el Consejo de Ministros".

Con posterioridad a la Ley General Presupuestaria el artículo 142.3 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (que no pudo aplicarse para enjuiciar la legalidad del Acuerdo impugnado por ser éste unos días anterior a la entrada en vigor de la citada Ley) deja claro que "la enajenación de los títulos representativos de capital propiedad del Estado en empresas mercantiles se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 6.3 del TR de la LGP"²⁰⁹.

E. La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, tiene interés porque sirve primeramente para poner de manifiesto cómo ni siquiera una privatización lleva consigo la completa desaparición del poder público y el ejercicio de funciones administrativas reguladas por el Derecho administrativo a la hora de controlar los agentes privados y de salvaguardar los intereses públicos que sea preciso seguir tutelando tras el proceso privatizador.

Esta Ley 5/1995 (desarrollada por el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre) parte de una distinción entre funciones de tipo comercial o simplemente económico y funciones prestacionales o de servicio público. El primer caso, dice la Exposición de Motivos de la citada Ley, "no presenta problemas jurídicos relevantes".

Ahora bien, "no sucede lo mismo cuando se trata de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realidad de un preciso interés público. Porque en este caso se plantearía inmediatamente el problema de la garantía suficiente del interés público, hasta entonces no exigida por encontrarse cubierta por la propiedad pública, total o parcial, de la correspondiente empresa"²¹⁰.

La Ley 5/1995 tiene un ámbito de aplicación concreto tanto desde un punto de vista subjetivo (los sujetos que han de aplicarla) como objetivo (los supuestos a los que se refiere).

²⁰⁹ Para otros contenidos de esta sentencia puede verse A. MARTÍNEZ LAFUENTE, "La interpretación jurisdiccional del proceso privatizador. Notas sobre la STS de 14 de octubre de 1999", *Economía industrial* 328 (1999), pp.77 y ss. así como G. ESCOBAR ROCA, "El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo", *REDA* 108 (2000) pp.577 y ss.

²¹⁰ Véase A. DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, "Observaciones a la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas", *Revista de Derecho bancario y bursatil*, 58 1995 pp.449 a 476.

Respecto de lo primero el presupuesto básico es que la entidad de naturaleza mercantil cuente con una participación directa del Estado en su capital social superior al 25 por cien de éste y esté controlada por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil ²¹¹.

Además es necesario que se presente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la entidad preste servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales.
- b) Que desarrolle actividades sujetas por ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control (especialmente de los sujetos que las realicen).
- c) Que esté exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del TCE (hoy artículo 86) ²¹².

Pero como se advertía, el control público tiene, asimismo, unos presupuestos objetivos (conforme al artículo 2 de la Ley 5/1995). El régimen de autorización administrativa previa es aplicable concretamente cuando la participación pública del socio estatal en las entidades anteriormente mencionadas se encuentre en alguno de los supuestos siguientes ²¹³:

1. Cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por cien.
2. Cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior del 15 por cien del capital social.

Entonces, cuando se haya producido alguno de los presupuestos de aplicación a que acabamos de referirnos y así se establezca por Real Decreto podrán someterse a autorización previa los siguientes acuerdos adoptados por los órganos sociales de las citadas entidades mercantiles:

²¹¹ Puede verse J.L. PIÑAR MAÑAS, "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", *REDA* n°84 1994 p.571; del mismo "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", *RAP* n°133 (1994); igualmente, J. PONCE SOLÉ, "Una aproximación al fenómeno privatizador en España", *RAP* n°139 1996, pp.345 y ss. y N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España*, Madrid 1995.

²¹² Véase también el artículo 1.2 de la Ley 5/1995.

²¹³ Sobre la autorización administrativa previa véase asimismo el Real Decreto de 15 de septiembre de 1995, que desarrolla la Ley 5/1995, sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

- Acuerdos de disolución voluntaria, escisión o fusión de la entidad.
- Enajenación o gravamen (en cualquier forma o por cualquier título) de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y que a tal efecto se determinen.
- La sustitución del objeto social (artículo 3.1 de la Ley 5/1995).

Asimismo, podrán someterse a autorización las operaciones consistentes en actos de disposición sobre el capital social que determinen, en un solo acto o en varios sucesivos, la reducción de la participación social pública en un porcentaje igual o superior al 10 por cien y, en segundo y último lugar, la adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por cien del capital social.

La falta de autorización administrativa acarrea la nulidad de lo acordado (artículo 6 de la Ley 5/1995).

Este sistema persigue tutelar el interés público y garantizar la continuidad empresarial demandada por la prestación del servicio que presta la empresa en cuestión. Se quiere igualmente optar por "la solución que, de entre las existentes en ordenamientos de Estados miembros de la Unión Europea, mejor se acomoda a las características de nuestro sistema jurídico propio"²¹⁴. El sistema de autorización puede verse en consonancia con "la idea de la menor intervención pública compatible con el aseguramiento del interés público". La autorización incide pues sobre una actividad de régimen jurídico-privado de contenido económico.

El régimen de autorización administrativa previa se concreta mediante Real Decreto, acordado por Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro competente por razón de la materia y previo dictamen del Consejo de Estado (véase la detallada regulación de los artículos 4 y 5 de la Ley 5/1995).

Por tanto, en aplicación de este sistema legal se han venido dictando diferentes Decretos de autorización administrativa previa, de enajenación de participaciones públicas:

1. Real Decreto de 15 de enero de 1996, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Repsol, SA y a determinadas sociedades de su grupo.

²¹⁴ Sobre estos otros sistemas europeos, A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid 1997 p.381 nota pp.178

2. Real Decreto de 16 de enero de 1998, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Corporación Bancaria de España, SA y a determinadas sociedades de su grupo.
3. Real Decreto de 2 de abril de 1998, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Tabacalera SA.
4. Real Decreto de 18 de marzo de 1999, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Indra Sistemas SA y a determinadas sociedades de su grupo.
5. Real Decreto de 14 de mayo de 1998, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Endesa SA y a determinadas sociedades de su grupo, que fue modificado posteriormente por el **Real Decreto 1113/1999, de 25 de junio.**

Pero, como es conocido, en la actualidad las *golden shares* o acciones de oro (introducidas por el Gobierno de Margaret Thatcher cuando el gobierno kuwaití reveló que había adquirido en Bolsa casi un 25% de la petrolera británica BP) están provocando una especial controversia. Por su empleo, la Comisión Europea ha denunciado a ciertos Estados europeos, entre ellos España. La paradoja puede ser que los Gobiernos que liberalizan pueden encontrarse con problemas jurídicos, frente a la Comisión Europea, mientras que los Estados que no favorecen dicha liberalización los evitan ²¹⁵.

6. Privatización formal.

A. Aproximación al fenómeno.

La siguiente constelación, en torno al fenómeno privatizador, se refiere a la privatización formal, que no es una *auténtica* privatización. En estos casos, en efecto, la actividad sigue realizándose por el poder público aunque aquélla deja de regularse (en aquel ámbito donde afecta dicha privatización formal) por el Derecho público para pasar a regularse por el Derecho privado ²¹⁶.

²¹⁵ Puede verse J.E. CACHÓN BLANCO, *Las acciones*, Ediciones pirámide (Anaya) Madrid 2000. Informan por ejemplo *Expansión* de 7 de octubre de 2000 p.38, *La Gaceta de los negocios* de 20 de octubre de 2000 p.3. Asimismo pueden verse sobre las acciones de oro los trabajos publicados en *Papeles de Economía Española* 27 (1986), 28 (1989) y 123 (2000), así como en *Ausbanc* 23 (2000).

²¹⁶ Sobre la utilización del Derecho privado por la Administración existe una numerosa bibliografía pudiéndose seleccionar los trabajos siguientes: E. ARANA GARCÍA, *Las sociedades municipales de*

Un ejemplo puede ser Correos y Telégrafos, debido a la conversión que se experimenta de un régimen de Derecho público en otro de Derecho privado a salvo de los matices, en todo caso, que puedan hacerse.

gestión urbanística, Madrid/Barcelona 1998; M. BACIGALUPO SAGGESE, *AA* 34 1998; J.M. DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid 1985, pp.336 y ss.; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Empresa pública y servicio público; el final de una época", *REDA* 89 1996, pp.37 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito de aplicación de la LC", en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Coordinador), *Comentarios a la LC*, Madrid 1996; J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid 1974, Vol. II, pp.329 y ss.; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *REDA* 95 1997, pp.385 y ss.; F. GARRIDO FALLA/J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid 1993, pp.50 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Madrid 1997; del mismo autor, *El reto de los servicios públicos*, Parlamento Europeo, Luxemburgo 1997; del mismo autor, "Nuevas perspectivas de la actuación económica de los poderes públicos", *REALA* 261 1994, pp.53 y ss.; igualmente, "¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado?", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1733 1995, pp.92 (526) y ss.; asimismo, "El contrato administrativo privado", en *Actas de las XVI Jornadas de Estudio de la DGSJE: La Constitución Española en el ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, Vol. I, pp.293 y ss.; del mismo autor, "Servicios públicos y el Derecho comunitario de la competencia", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1777 1996, pp.5 (2817) y ss.; del mismo autor, "Un caso ilustrativo de la huída del Derecho administrativo propiciada por el Legislador y su tratamiento jurídico comparado", *REALA* 269 1996, pp.277 y ss.; del mismo autor, "El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros", *REDA* 94 1997, pp.203 y ss.; del mismo autor, "El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia", *GJ* 124 1997, pp.21 y ss.; del mismo autor: "Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración Local", *REALA* 274-275 1997, pp.361 y ss.; R. GRAU MORANCHO, *Laboralización de las Administraciones Públicas*, Madrid 1998; F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid 1987, p.379; E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona*, Madrid 1993, pp.86 y ss.; de la misma autora, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto", *RAP* 145 1998; D.E. MALJAR, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Buenos Aires 1998; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Ausencias y presencias del Estado", *REDC* 18 1998; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre las privatizaciones", *RAP* 144 1997; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?", *RAP* 144 1997; J.L. MEILÁN GIL, "La Administración Pública a partir de la Constitución de 1978", *REDC* 47 1996, p.76; J.J. MONTERO PASCUAL, "Titularidad privada de los servicios de interés general", *REDA* 92 1996, pp.567 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid 1996; S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Madrid 1993, pp.77 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid 1993, p.49.; L.R. PÉREZ SÁNCHEZ, *Servicio público. Técnica de protección al usuario*, Buenos Aires 1998; J.L. PIÑAR MAÑAS, "Fundaciones constituidas por entidades públicas", *REDA* 97 1998, pp.37 y ss.; R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid 1988; A. RUIZ OJEDA, "Las fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones", *REDA* 93 1997, pp.27 y ss.; J.M. SALA ARQUER, *La liberalización del monopolio de petróleo en España*, Madrid 1995, p.112; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid 1997; J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada 1998.

En este contexto de la privatización formal se plantea el problema de la huida del Derecho administrativo. El sentido de “la privatización formal” es explicar, precisamente, el hecho de que se aplique un determinado Derecho (el privado) en lugar de otro (el público o administrativo).

Las funciones estrictamente públicas deben quedar al margen de esta privatización. Tratándose de funciones públicas de tipo prestacional o de servicio público, aunque la mejor opción es una regulación de Derecho administrativo, si se acude al Derecho privado habrá regulaciones jurídico-administrativas de ineludible cumplimiento que completarán las regulaciones de Derecho privado. De ahí que se plantee el problema de la huida del Derecho administrativo cuando todo esto no ocurre.

Estas referencias pueden completarse con las últimas reformas legales en materia de procedimiento y contratación, así tanto con la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Estas leyes otorgan un criterio de delimitación de la aplicación del Derecho administrativo (procedimiento y contratos), la primera partiendo esencialmente del criterio del “ejercicio de una potestad administrativa” (artículo 2.2); la segunda de las citadas se apoya (en su artículo 1.3) en el tipo de función que desarrolle la entidad administrativa o dependiente de la Administración, concretamente “funciones de interés general” y “no industriales o mercantiles”.

También ha de mencionarse en este contexto la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ya que en esta ley se regulan dichas entidades y más concretamente en los artículos 52.1 y 60.1, respecto de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales en el ejercicio de potestades administrativas.

Por contrapartida, siempre que se respeten los límites referidos en cuanto al empleo del Derecho privado (esencialmente: regulación de Derecho privado respecto de actividades no públicas, regulación de Derecho administrativo que complementa el Derecho privado), puede discutirse si es posible hablar de “Administración en forma de Derecho privado”.

Parece muchas veces obviarse que este fenómeno de sujeción al Derecho privado de entidades que realizan funciones administrativas prestacionales no es nuevo, por tener también en España bastante arraigo; con toda normalidad en el ámbito local ha venido admitiéndose esta posibilidad en la propia Ley de Bases de Régimen Local y en la práctica jurídica, pudiéndose deducir fácilmente de aquella una auténtica libertad de elección del régimen jurídico (“público” por ejemplo un organismo autónomo, o “privado” por ejemplo una sociedad mercantil). En el propio ámbito estatal entidades gestoras de los más característicos servicios

públicos (caso de RENFE, Iberia, Telefónica por ejemplo) han podido sujetar su actividad al Derecho privado en los mejores tiempos del servicio público.

Pero la privatización formal ha podido criticarse no solo por suponer una huida del Derecho administrativo (y porque frente a toda forma privada siempre existiría una forma jurídico-pública a la que la Administración pueda acogerse) sino también por servir para ocultar una privatización material o real ²¹⁷.

En España la privatización formal fue en efecto una primera manifestación del fenómeno privatizador hasta que, posteriormente, ha cobrado mayor auge una privatización material.

De ahí que el fenómeno de la privatización formal, preocupante hace una década, haya perdido en parte actualidad en tanto en cuanto se ha realizado la privatización material. Con ello, el problema no es ya que la Administración utilice el Derecho privado. La cuestión es que la Administración deja de actuar en este escenario dando paso a la actuación de entidades privadas. Esto es característico, hoy, en los distintos mercados herederos de los servicios públicos.

B. La garantía judicial frente a la actuación de Derecho privado.

Interesa que, en estos casos en los que la Administración realiza una de sus actividades públicas (de tipo prestacional o servicial) conforme al Derecho privado, los perjudicados por dicha actividad dispongan de una garantía judicial. La necesidad de este control judicial está, pues, en abrir una vía procesal a los ciudadanos que puedan sufrir tratos injustos mediante la utilización del Derecho privado, a consecuencia de haberse inaplicado una norma o principio general del Derecho administrativo.

La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de julio de 1998 se refiere al control de la actuación de las Entidades de Derecho Público que sean dependientes de -o estén vinculadas a- las Administraciones territoriales (artículo 1.2.d de la LJCA).

En tanto en cuanto el Legislador no afirme la plena sujeción a Derecho administrativo de la actuación de las distintas entidades públicas que gestionen servicios públicos o realicen funciones públicas en general, la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá que mostrarse especialmente atenta frente a la existencia de posibles fraudes de una ley administrativa que corresponda ser cumplida por una entidad que, pese al carácter público de su actividad, se hace regir por el Derecho privado.

²¹⁷ Por todos, F. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Madrid 1993 pp.371 y ss.

Estas afirmaciones presuponen que el Derecho privado de los poderes públicos o sus entidades dependientes no puede ser (cuando realicen las funciones propias de su giro o tráfico) el Derecho privado de los ciudadanos, ya que aquéllos no pueden liberarse de ciertas limitaciones y condicionantes jurídico-públicos, cuya observancia corresponde ser examinada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Seguidamente se mencionan algunas técnicas procesales que habrán de aplicarse por la jurisdicción contencioso-administrativa en estos casos en que la Administración emplea el Derecho privado realizando una función administrativa.

El régimen jurídico aplicable en el Derecho español cuando la Administración hace uso del Derecho privado ejercitando competencias públicas (servicios públicos y actividades prestacionales) no puede ser, por tanto, el Derecho privado. Por contra, habrá de ser el Derecho administrativo. Pero si el Legislador o la Administración defienden que sea el Derecho regulador el Derecho privado, deberán aplicarse distintas técnicas o criterios que permiten una sujeción de la actividad de Derecho privado al Derecho administrativo:

- Los actos separables.
- El levantamiento del velo en el ámbito jurídico administrativo.
- El control sobre la decisión que opta sobre el Derecho privado.
- La sujeción al Derecho administrativo respecto de la actividad *ad extra* de Derecho privado.

Para un comentario de cada una de estas "técnicas" puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

7. Privatización funcional.

Esta forma tiene un sentido coincidente con la liberalización. Hablar de privatización funcional viene a significar el cambio de funcionalidad de un determinado sector que tradicionalmente estuvo configurado como servicio público pero que pasa a tener una nueva dimensión mercantil junto a la pública que le es consustancial. De esta forma, la funcionalidad social y pública pasa a ser privada y mercantil sin perjuicio de los condicionantes públicos esenciales. La financiación del posible déficit del servicio deja de hacerse mediante presupuestos públicos para pasar a ser privada por las aportaciones de los operadores (servicio universal). Y el principio de libre organización del servicio público deja paso a un sistema de libre acceso al servicio o actividad.

8. Privatización indirecta mediante concesión o colaboración.

A. Referencia a la concesión en este contexto.

En relación con la privatización puede además considerarse una tradicional y clásica figura que, a pesar de poder encerrar un contenido igualmente privatizador, curiosamente queda generalmente libre de reproches desde un punto de vista jurídico, es decir, la concesión administrativa. Que la concesión puede verse en este contexto privatizador es claro para F. SOSA WAGNER, con sabia apreciación, cuando en un trabajo que se refiere a la historia de los fenómenos de la privatización y de la liberalización llega a afirmar con evidente acierto: “es así justamente como nace esta fórmula de la concesión. *Lo que resulta relevante es destacar que el mundo de los concesionarios era privado, sector privado, pues, por más que la Administración se reservara algunas potestades de control derivadas del carácter contractual de la relación entre ella misma y sus concesionarios*” ²¹⁸.

En esta línea, J.M. DÍAZ LEMA afirma contundentemente “así, puede de entrada afirmarse que el ejercicio por particulares de actividades económico-prestacionales por la vía de la concesión de servicios públicos no es ni más ni menos que una forma de privatización” ²¹⁹.

Fácil es la diferencia entre “concesión” y “Administración de Derecho privado” (privatización formal). En esta última (a diferencia de aquélla), permanece la Administración como gestora del servicio.

En cuanto a los límites, en el empleo de la concesión por parte de la Administración, es de sobra conocido que mediante la concesión no pueden atribuirse funciones de autoridad. Es conveniente precisar que el ámbito de actuación del concesionario no es el de las actividades de autoridad o soberanía, por ser propiamente el de la actividad pública servicial o prestacional. Esto es significativo porque permite entender al concesionario dentro de esta órbita privatizadora, ya que, como puede apreciarse, las distintas formas de privatización (tanto la material como la funcional o la formal o a través de la colaboración -sobre ésta seguidamente- o la concesión) han de moverse dentro de una esfera intermedia entre el núcleo duro de las actividades puramente públicas o de autoridad y las propiamente mercantiles.

²¹⁸ F. SOSA WAGNER, “Las fronteras del sector público”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 11, 1999, pp.63 y ss.

²¹⁹ “La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales”, *REALA* 282 (2000) p.71.

Por otra parte, el Derecho administrativo, en torno a esta forma privatizadora, regula decisivamente, como es sabido, las facultades que en este régimen de concesión ejerce la Administración.

Siguiendo con este tema de los límites jurídicos un documento actual e interesante es la resolución de la Comisión Europea, de 12 de abril de 2000 ²²⁰, sobre cuestiones de Derecho comunitario en materia de concesiones, donde la Comisión Europea pormenoriza las reglas de Derecho europeo aplicables a la contratación mediante concesión, a efectos de auxiliar en la práctica a los distintos operadores en la aplicación de dichas reglas.

La concesión puede verse como una forma de colaboración entre Administración y particulares. Según establece la STS de 24 de enero de 1984 Ar.459 "la concesión es un acto administrativo por el cual la Administración pública *obtiene la colaboración de un particular*, bien para el debido aprovechamiento del dominio público -concesión demanial- bien para la prestación de un servicio público -concesión de servicios-, caracterizándose esta última por ser una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en los cuales la Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda su administración y gestión a un particular que corre con el riesgo económico del mismo a través de un contrato que tiene la naturaleza de contrato administrativo".

En el Derecho español, en efecto, el mayor empleo de la concesión que en otros Derechos europeos (por ejemplo el alemán) explica que la idea de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas se haya encauzado generalmente a través de esta institución administrativa que es la concesión. No obstante, ésta no sería más que una de sus posibles manifestaciones ²²¹. De ahí la necesidad de observar este fenómeno de la colaboración en todo su alcance, es decir al margen de la forma tradicional de la concesión, según se hace seguidamente.

B. La idea de colaboración en el ejercicio de funciones administrativas.

Como expresión del fenómeno privatizador, cobra también entidad la "colaboración" de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas. Mediante

²²⁰ Manejo en esta ocasión la versión alemana "Endgültige Fassung der Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht", publicada en NVwZ Beilage Nr.III/2000 del número 7 de 2000. Después del proyecto (publicado en DOCE C 94, de 7 de abril de 1999 p.4) se publica la resolución definitiva, de 12 de abril de 2000 (en internet: <http://simap.eu.int>).

²²¹ La colaboración no puede equipararse con la concesión como hace por ejemplo F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*, Pamplona 2000, pp.187 a 202.

la colaboración concretamente se produce una intervención de los particulares en la realización de funciones administrativas pudiendo en ciertos casos llegar a constatarse una *indirecta privatización* de una función pública.

La colaboración en cuanto tal de los ciudadanos con la Administración no es un fenómeno nuevo pero en tiempos más recientes cobra una especial magnitud. De ahí la necesidad de desarrollar una idea de colaboración dentro del Derecho administrativo. Este fenómeno de la colaboración lleva no tanto a una “desaparición” del Derecho administrativo en aquellos ámbitos donde aquélla se manifiesta como a una necesidad de desarrollar y estudiar la aplicación del Derecho administrativo en dichos ámbitos.

Tradicionalmente, en cambio, la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas no ha sido quizás lo suficientemente relevante como para justificar una atención especial por este fenómeno. Pero en la actualidad cobra aquélla auge especialmente a través de la frecuente colaboración de empresas privadas en el ejercicio de funciones públicas ²²².

En sentido estricto, el “colaborador” se presenta como el sujeto, en este contexto una empresa movida por un ánimo de lucro ²²³ que procura la satisfacción de sus propios intereses particulares aunque *de facto* pueda estar realizando o ayudando a la realización de una función pública o de los intereses generales ²²⁴.

Por otra parte, la colaboración no se hace de manera esporádica sino estable y organizada.

Tampoco es aquélla forzosa sino voluntaria. Además, estará sujeta a reglamentación o control administrativos ²²⁵; y el colaborador podrá beneficiarse en el caso concreto de determinadas prerrogativas estatutarias.

²²² Un trabajo sobre la colaboración es el de C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Madrid 2001.

²²³ Precisamente el incentivo empresarial impulsa el desarrollo de esta figura que encuentra también desarrollo a través de las formas societarias mixtas, según pone de manifiesto E. MALARET GARCIA, *La reconversión industrial* Madrid 1991 p.397 y A. JIMENEZ-BLANCO, en su trabajo en *REDA* nº47 (1985), tomando como ejemplo la reconversión industrial.

²²⁴ El hecho de que la Administración acuda a la colaboración privada no significa la pérdida de la condición pública de la actividad objeto de colaboración (STS de 18 de mayo de 1998 Ar.3959: “la obra pública no pierde su carácter por ser ejecutada por particulares”).

²²⁵ Hasta el punto de que, en el caso de la seguridad, se ha llegado a mantener que el personal de seguridad está en una situación de especial sujeción (STC 61/1990 de 29 de marzo). De forma igualmente discutible, esta vez en relación con los detectives, la STS (Sala 3ª) de 8 de junio de 1990 AA nº1 1990 § 14, justifica una orden ministerial sobre los detectives considerando que éstos se encuentran dentro de una “relación especial de supremacía”.

La colaboración en cuanto tal es un fenómeno que puede realizarse a través de muy diversos cauces jurídicos; incluso puede que no ligue al colaborador con la Administración vínculo alguno, no obstante lo cual puede constatar que, de hecho, aquél está ayudando a realizar una función pública. Este es por ejemplo el caso de una empresa privada de seguridad que realiza la vigilancia sobre bienes privados en sitios en espacios públicos (por ejemplo de un concesionario de obras), ya que dicha empresa estará ligada con un particular por un contrato privado pese a que el vigilante podrá colaborar con la policía en la lucha contra la comisión de un delito.

Los colaboradores consiguen erigirse en grupos de apoyo de la Administración (*lean administration*). Se explican ante la necesidad de descargar al poder público del ejercicio de funciones, actividades y responsabilidades, hecho que a su vez se entiende considerando el "sobrepeso" que han llegado a adquirir dichas actividades como consecuencia a su vez de una paulatina intervención del poder público en las distintas esferas sociales. En concreto, la colaboración puede manifestarse en torno a funciones administrativas auxiliares, a nuevos servicios que demanda la sociedad, ante la necesidad de mejorar la calidad de los existentes o de realizarlos de una forma más eficaz o económicamente más rentable.

No pueden olvidarse condicionamientos de tipo económico, que pueden llegar a pesar sobre los dogmas jurídicos. No sólo porque las funciones públicas parecen estar convirtiéndose en el negocio de no pocos agentes sociales. También la racionalidad o ahorro en el gasto público ²²⁶ puede llevar a reducir el ejercicio de funciones públicas (y por tanto la carga que ello representa al erario) a unos límites razonables. Por ejemplo, podría discutirse hasta qué punto los contribuyentes tienen que financiar la seguridad de un acontecimiento deportivo, de un concierto de música pop, o de un mitin político, de un recinto ferial, etc ²²⁷. En los aeropuertos, por ejemplo, el coste de este tipo de funciones públicas empieza a ser repercutido en el propio usuario ²²⁸.

9. Los espacios de Derecho común con reglas jurídicas de distinta procedencia.

Un fenómeno cada vez más característico es la combinación y aplicación conjunta de regulaciones de Derecho público y de Derecho privado. En aquellos

²²⁶ Sobre este principio véase la STS de 21 de junio de 1999 (RJ 4338) con otras referencias.

²²⁷ Sobre esta problemática, M. NOLTE, "Aufgaben und Befugnisse der Polizeibehörden bei Sportgroßveranstaltungen", *NVwZ* (2001), pp.147 y ss.

²²⁸ Para un comentario exhaustivo y con ejemplos de este fenómeno de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas me remito a S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada 2001.

mercados marcados por el signo liberalizador la realidad suele ser la aplicación conjunta de distintos ordenamientos jurídicos (Derecho administrativo, mercantil, civil, de la competencia, constitucional) ²²⁹. Y cada vez más ámbitos jurídicos son considerados "mercados"...

Derecho público y Derecho privado pasan a ser piezas, de un mismo sistema jurídico, que se complementan. Lo importante será lograr un satisfactorio nivel de garantías jurídicas facilitando al mismo tiempo la efectividad económica del mercado. El Derecho público se aplicará allí donde la aplicación del Derecho privado manifieste algún *déficit* jurídico o viceversa. La aplicación de uno u otro ordenamiento obedece cada vez menos a criterios apriorísticos o a dogmas jurídicos y cada vez más a criterios de rentabilidad, debiéndose aplicar el Derecho público o privado en función de su mayor idoneidad para satisfacer el interés que convenga en el caso concreto.

En este sentido, es evidente que el Derecho público podrá ser el Derecho adecuado para satisfacer intereses tales como los de seguridad jurídica, de funcionamiento correcto de las redes e infraestructuras, de protección de terceros frente a posibles abusos de Derecho, de control *ex ante* y *ex post* de la actividad de los distintos agentes, en los sectores regulados o servicios de interés general.

Todos éstos son valores tan característicos, y necesarios para que dichos mercados funcionen, como aquellos otros de eficacia o flexibilidad de gestión. El propio mercado lleva a la necesidad del Derecho público y de definir los ámbitos de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos ²³⁰.

²²⁹ Sobre la imposibilidad de concebir Derecho público y Derecho privado como dos mundos jurídicos separados puede verse H.H. TRUTE, "Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht" (publicación que se recoge en el libro coordinado por W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ABMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden Baden 1996; en este sentido, véase también M.J. MONTORO CHINER, *Privado y público en el renacer del Gran Teatro del Liceo*, Barcelona 1997. Considera TRUTE como una característica esencial de nuestro tiempo la interconexión público-privado. Su trabajo estudia concretamente distintas reglas jurídico-públicas que impone el ordenamiento cuando la Administración o el Legislador afirman un régimen jurídico-privado. Se descubren así leyes administrativas sectoriales donde se prevén numerosos deberes (públicos), de información, de trato igualitario, de prohibición de discriminación, de observancia de reglas procedimentales, etc. Destaca en este sentido TRUTE el nuevo papel que asume el Estado en este contexto, bien estableciendo normativamente este régimen de vinculaciones, bien asumiendo la simple responsabilidad del servicio. Asimismo, F. SOSA WAGNER, "Las fronteras del sector público", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 11 (1999), pp.63 y ss. se refiere a la "mezcla, pues mestizaje, propiedades de lo que está vivo".

²³⁰ La evolución social y jurídica parece dar la razón a todos aquellos que apuestan por la complementariedad de los Derechos público y privado, en vez de entender la separación de ambos de forma rígida o en vez de partir de una concepción formalista según la cual la Administración sólo armoniza con el Derecho administrativo. Más bien se constatan cada vez más ámbitos de actuación

En vez de "oposición", "tensión" o "separación" entre Derecho público y Derecho privado habrá que hablar de "compatibilidad" y "complementariedad". Antes de proclamar fácilmente una huida del Derecho administrativo será preciso observar primero cómo se desarrolla, adapta y evoluciona el Derecho administrativo en todos aquellos espacios donde pueda haber irrumpido el Derecho privado, y será

donde se interrelacionan ambos derechos. La aplicación del Derecho privado, cuando menos en los mercados regulados o de interés general, sólo se entiende junto a reglas de Derecho público. No sino esto es el Derecho administrativo privado (véase mi obra homónima, Ed. Montecorvo Madrid 1996) como Derecho administrativo que completa aquellos ámbitos en los que se aplica inicialmente el Derecho privado. Véase igualmente M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962; del mismo autor *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart 1968; *Öffentliches Recht und Privates Recht in Geschichte und Gegenwart*, Festschrift für F. Rittner, München 1991. En esta misma línea se situarían estudios como los de J.L. PIÑAR MAÑAS, "Fundaciones constituidas por entidades públicas", *REDA* n°97 (1998) pp.37 y ss.: "cada vez son más las fundaciones constituidas por entidades públicas"; "en definitiva, ya son demasiadas las fundaciones privadas interferidas por normas públicas". "Junto a las anteriores (personificaciones reguladas en la LO-FAGE), hay que tomar en consideración las Fundaciones constituidas por entidades públicas. No como parte de la Administración Instrumental (no son Administración), pero sí como parte de las entidades que forman parte de lo público". "La Constitución deja en manos del legislador" la creación de entidades con personificación jurídico-privada. Pero "lo anterior no significa que la actividad de las fundaciones a que nos referimos quede fuera de control" y, acto seguido, se refiere el autor a los límites o medios de control: del Tribunal de Cuentas, de la Intervención General de la Administración del Estado. *Lege ferenda* se propone una regulación que someta la creación de Fundaciones a los principios de concurrencia y publicidad, así como su posible sujeción a las directivas comunitarias de contratación. Asimismo se realiza un interesante intento de aplicar la legislación de patrimonio y la Ley 30/1992. No está de más, por otra parte, recordar los términos del artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General: "podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas". "Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario". En consecuencia, se descarta la inconstitucionalidad de la Ley 30/1994. Esta Ley habría venido más bien a modernizar y unificar el régimen de las fundaciones, poniendo fin a la situación anterior, caótica (en esta misma línea véase A. MARTÍNEZ NIETO, "El protectorado de fundaciones", *La Ley*, 1998 4633. Puede verse, igualmente, la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias).

En este sentido, F.J. PEINE, "Grenzen der Privatisierung -verwaltungsrechtliche Aspekte", *DÖV* n°9 (1997) considera que es admisible la realización de funciones administrativas en régimen de Derecho privado mediante la creación de sociedades mercantiles siempre que se observen ciertos límites jurídicos que se desprenden del Derecho público; igualmente S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre las privatizaciones", *RAP* n°144 1997 aporta distintos criterios que sirven para justificar cuándo concretamente se justifica la privatización, entendida ésta no necesariamente como un fenómeno negativo. Igualmente puede verse E. MALARET GARCÍA, en VARIOS AUTORES, *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Madrid 1999. En otra órbita se mueve R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid 1998. A su juicio, ha de seguir realizándose una "lucha por las formas": "en definitiva, la forma pública de personificación de los entes instrumentales delata automáticamente su condición de Administración Pública, determinando la inmediata aplicación de todo un bloque de normas jurídico-públicas (...)" (p.95). "El único denominador común de estos entes es su indudable calificación como Administraciones Públicas" (p.94).

preciso observar en segundo lugar cómo tendrá que aplicarse el Derecho administrativo cubriendo los *déficits* jurídicos a los que llevaría una aplicación exclusiva del Derecho privado, desplazando éste cuando sea *inadecuado* para proteger los intereses jurídicos presentes en el caso concreto.

Esta "actitud" constructiva de la "complementariedad" entre ordenamientos puede llevarse, igualmente, a un plano *lege ferenda* ya que regulaciones, técnicas, planteamientos, métodos desarrollados por ejemplo en el Derecho privado podrán ser tenidos en cuenta para la reforma del Derecho público ²³¹.

Pasa a ser significativo que la realización de los intereses públicos, en el *nuevo* mercado, podrá ser llevada a cabo por los propios operadores privados. El ejemplo de las telecomunicaciones, entre otros muchos, es claro.

Nunca nadie (tampoco el Estado) tuvo el monopolio de lo público. Lo público se reordena a la par que evolucionan los planteamientos sociales, colocándose y recolocándose en distintos escenarios poderes públicos y agentes privados. Después de varias décadas de cargar y hasta sobrecargar el Estado con la asunción de numerosos espacios de responsabilidad se descargan más recientemente ciertos sobrepesos.

En este sentido, es igualmente significativo cómo el Derecho administrativo puede llegar a valerse de otros ordenamientos para satisfacer intereses propios, intereses públicos por tanto. Por ejemplo, al Derecho administrativo interesa que los distintos agentes de mercado respeten ciertas garantías jurídicas en favor de los consumidores o usuarios, de los competidores, o del propio funcionamiento del mercado. También le interesa que, en particular, la actuación de las entidades públicas *se ajuste a Derecho*. Y estos intereses podrán ser realizados con el auxilio por ejemplo del Derecho de la competencia. Este pasa, en cierto modo, a integrarse de esta forma dentro del Derecho administrativo o, cuando menos, se convierte en un Derecho que auxilia al Derecho administrativo en el cumplimiento de sus intereses públicos.

La necesidad de este enfoque se pone de manifiesto considerando que los nuevos mercados liberalizados se caracterizan en Europa por la fuerte herencia de estructuras monopolísticas y por la pervivencia de posiciones de dominio de las antiguas empresas monopolísticas. En Europa, la transición hacia el mercado liberalizado se hace a consta de controlar especialmente este tipo de agentes

²³¹ Esto ocurre por ejemplo en materia de infraestructuras, donde se propone la traslación de las operaciones de *lease-back* a la construcción de aquéllas con la consecuencia de que la Administración pueda vender las infraestructuras a terceros, quienes después le alquilan dichas infraestructuras a la propia Administración; puede verse F.J. DE ÁGUEDA MARTÍN, "Nuevos avances en la financiación de infraestructuras a través del capital privado", en *Revista de obras públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº3400 año 147 2000 p.93.

privados herederos de los antiguos monopolios (Telefónica en el ámbito de las telecomunicaciones, Correos en el postal, Renfe en el de ferrocarril, etc.).

El poder público asumirá distintos grados de responsabilidad en el mercado, en función de los intereses que sea necesario tutelar en el caso concreto ²³²

La "responsabilidad pública compartida" está implícita en fenómenos tales como los de privatización, desregulación, colaboración o *public-private partnerships* y permite explicar tanto la intromisión de los agentes privados en el cumplimiento de fines públicos como la inevitable presencia del poder público en aquellos ámbitos de actuación dejados en manos del Derecho privado.

Es claro que toda esta concepción de la complementariedad de los Derechos público y privado (o de Derecho administrativo privado como Derecho administrativo aplicable cuando rige el Derecho privado) ni impide seguir manteniendo la división o separación entre ambos, ni tampoco que existan ámbitos nítidos de aplicación propia o exclusiva, ni finalmente la necesidad de reformar el Derecho administrativo para profundizar en su aplicación cuando sea necesario ²³³.

Al mismo tiempo, es en este contexto conveniente situar al Derecho administrativo por encima de sus instituciones jurídicas concretas. Aquél no puede llegar a equipararse necesariamente con éstas. Permanecerá el Derecho administrativo, cambiarán las formas o instituciones jurídico-administrativas ²³⁴. Aquél trasciende

²³² Se están desarrollando en el Derecho administrativo alemán ciertas clasificaciones significativas partiendo de la idea de responsabilidad. Véase la contribución de G.F. SCHUPPERT, en el libro objeto de esta recensión, así como las de TRUTE en el libro de W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ARMANN (coordinadores), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, p.197; del mismo, DVBl. 1996, p.952:

- Relaciones jurídicas en las que la responsabilidad pública se refiere al resultado de la colaboración (así en el ámbito de las normas técnicas privadas).
- Relaciones jurídicas en las que los agentes privados prestan un servicio y el Estado se limita a garantizar (por ejemplo, asistencia sanitaria por privados).
- Relaciones jurídicas en las que los agentes privados actúan autónomamente pero dentro de un ámbito genérico de responsabilidad pública (por ejemplo, en el mundo científico).
- Relaciones jurídicas en las que dichos agentes privados actúan dentro de un ámbito de responsabilidad definido por el poder público (por ejemplo, el transporte); **Error! Marcador no definido..** El poder público asumirá la responsabilidad última del funcionamiento efectivo del mercado; y esto puede llevar tanto a espacios vastos como a márgenes reducidos de actuación. Con ello, el Derecho administrativo pasa a tener una función de cierre, complementación o nivelación (*Auffangvorstellung*) del sistema jurídico en estos casos.

²³³ En este sentido, P.UNRUH, "Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns", *DÖV* n°16 (1997) pp.653 y ss.

²³⁴ En este sentido, G. ARIÑO ORTIZ, en el prólogo a I. DEL GUAYO CASTIELLA, *El servicio público del gas*, Madrid 1992 p.7 afirma que "el Derecho administrativo no es en modo alguno un sistema de esencias, sino de consecuencias. Sus conceptos y categorías tienen en muchos casos un contenido puramente consecencial, variable de tiempo en tiempo, de sector en sector".

de la existencia o no, por ejemplo, de un servicio público. Con servicio público o sin él, ciertos mercados muestran un inevitable componente público que hace necesarias las reglamentaciones administrativas.

No quiere afirmar esto que el servicio público haya por ello desaparecido materialmente. En principio, su presencia es nítida en el ámbito local y en todo caso parece aquél *integrarse* dentro de un mercado donde prima la idea de liberalización, según se encarga de dejar claro la Comunicación de la Comisión Europea en "Los servicios de interés general en Europa" (Bruselas, 20 de septiembre de 2000, COM (2000) 580 final)²³⁵.

Pero ni siquiera en los tiempos pasados, de imperio del servicio público, se manifestó siempre un cuadro regulador acabado de Derecho administrativo. En los más característicos servicios públicos de ámbito estatal (piénsese por ejemplo en el ferrocarril, el teléfono, el transporte aéreo o la electricidad) la regulación de Derecho privado pudo llegar a ser dominante en el plano de su gestión (por entidades como Renfe, Telefónica, Iberia, Iberduero, etc.).

Además, no deja de ser significativo que en el actual contexto privatizador y liberalizador de los servicios públicos (y de "huida del Derecho administrativo") es cuando más publicaciones se estén realizando desde el prisma del Derecho administrativo sobre sectores tradicionalmente algo descuidados en su tratamiento tales como las telecomunicaciones, los servicios postales o el transporte.

No debería tampoco olvidarse que durante las últimas décadas tan característico ha sido el posible recorte del ámbito de aplicación del Derecho público (la famosa huida) como la extensión del Derecho público a las distintas parcelas de la actuación de los particulares, allí donde en concreto ha intervenido de alguna forma la Administración pública.

Finalmente, en aras también de la flexibilidad necesaria, puede tenerse en cuenta que ni siquiera cuando se privatiza una empresa pública desaparece la presencia del poder público como corroboran los actos de control que aquél lleva

²³⁵ "La definición de obligaciones específicas de servicio universal -dice la citada Comunicación- es un complemento clave de la liberalización del mercado del sector de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea" (apartado 39). La Comisión quiere dejar claro en este contexto de los servicios de interés general "que su objetivo sigue siendo reforzar la competitividad de la economía europea" (apartado 54; puede verse también el apartado 58 y el punto 3 del Anexo 1). Véanse, igualmente, los documentos siguientes: Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2001/C 320/04); Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales (DO C 39 de 6.2.1998); Los servicios de interés general en Europa (DO C 281 de 26.9.1996).

a cabo, regulados por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

En conclusión, si bien hace tan solo unos pocos años el sentido de la teoría del Derecho administrativo privado estaba en desarrollar vinculaciones de Derecho público respecto de los ámbitos públicos de actuación privada, en la actualidad el sentido de esta teoría es más bien el de constatar cómo en estos mercados regulados o de interés general se han plasmado o desarrollado numerosas reglas jurídicas de Derecho público que *completan* las de Derecho privado formando parte de un mismo bloque jurídico o legislativo que es el Derecho administrativo privado. Este se ha convertido en realidad. Basta con una lectura rápida de la legislación de estos sectores (telecomunicaciones, energía o transporte o servicios postales) para darnos cuenta de ello.

En el sector eléctrico por ejemplo el *mixti fori de lo público y lo privado* significa que la realización conforme al Derecho privado de la actividad comercial de las empresas distribuidoras y comercializadoras en relación al suministro de electricidad lleva consigo la aplicación de ciertas reglas jurídicas vinculantes que se alejan del característico régimen jurídico privado de libertad de pactos, debiéndose cumplir ciertas garantías jurídicas de contenido materialmente público o cuando menos características de todos aquellos sistemas de servicio público (atender *en condiciones de igualdad* las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración; informar a los consumidores en la elección de la tarifa eléctrica más conveniente para ellos, etc.²³⁶; regularidad y continuidad en la prestación de las actividades necesarias para el suministro, garantizar la seguridad de las personas y de las cosas²³⁷; realización de la suspensión del suministro de energía eléctrica a los consumidores sólo en presencia de las garantías jurídicas previstas en el artículo 50 de la citada Ley, etc.).

En la Ley postal 24/1998²³⁸ se prevé asimismo un completo régimen de "condiciones" y "obligaciones" que ha de ser cumplido por los distintos operadores. Otro ejemplo (en realidad, antes que "ejemplos" estaríamos más bien ante *una constante* de dicha legislación) lo propicia el sector de las telecomunicaciones: se pretende la autonomía de voluntad en cuanto a la celebración de los acuerdos de interconexión (artículo 22.2 de la Ley General de Telecomunicaciones) aunque

²³⁶ Véanse los artículos 46 a 48 de la Ley 54/1997 del sector eléctrico.

²³⁷ Artículo 49 de la Ley 54/1997.

²³⁸ La Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

acto seguido se plasman ciertos criterios que han de seguir los distintos operadores para celebrar dichos acuerdos (descripción de los servicios de interconexión objeto del acuerdo, contraprestaciones económicas, características técnicas y operativas de la interconexión incluidas las medidas relacionadas con el cumplimiento de los requisitos esenciales, condiciones del establecimiento y del desarrollo de la interconexión ²³⁹). Junto a estas regulaciones que se aplican a la actuación de los operadores privados habría que mencionar las distintas obligaciones de servicio público y los artículos donde se prevén las funciones reguladoras y de control de los poderes públicos.

10. Conclusión: de los servicios públicos a los mercados de interés general.

Una cuestión que quiere plantearse es si necesitamos una nueva expresión o categoría jurídica para designar conjuntamente sectores económicos tales como el gasista, eléctrico, petrolero, los transportes, los postales o las telecomunicaciones.

Tradicionalmente, todos ellos han podido caracterizarse como servicios públicos (como servicios públicos de carácter económico). En su momento esta denominación fue adecuada y explicó de forma suficiente el régimen jurídico aplicable: asunción de la actividad por el sector público (mediante su *publicatio*), gestión pública directa o delegada, posibilidad del monopolio, libre organización de la actividad por el poder público, régimen de Derecho administrativo respecto de este tipo de decisiones organizativas o de su control...

Hoy esta denominación (servicios públicos) puede discutirse como denominación adecuada para definir dichos sectores económicos. Cuando menos, no está refrendada *lege lata* por la nueva legislación. En este contexto, emplea aquélla la expresión "obligaciones de servicio público" para referirse a un régimen "de excepción" dentro del sistema general de mercado, esencialmente el "servicio universal" (el cual viene a corresponderse con todo aquel ámbito de prestación no rentable que se encomienda a un determinado operador). Pero, aun aquí, quiere hacerse participar a este régimen -excepcional como digo- de la lógica del mercado y de la liberalización; en este sentido, para la financiación misma del servicio universal se arbitran fórmulas económicas tales como fondos a los que

²³⁹ Véase el artículo 8 del Reglamento de Interconexión y acceso 1651/1998, de 24 de julio de 1998. Con igual celo se prevén las reglas sobre el plazo para formalizar los acuerdos correspondientes (véase el artículo 2.4 del citado reglamento).

van a parar las asignaciones económicas de los demás operadores, de modo que el propio mercado asume su prestación. Los ejemplos de las telecomunicaciones y del sector postal son claros en este sentido.

La jurisprudencia se hace eco *del cambio* que dichos sectores han experimentado cuando afirma que “en la actualidad, estos sectores de telecomunicaciones no se configuran como servicios públicos, sino como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia” (STS de 2 de febrero de 2000, Ar.319).

Así pues, esta primera opción conceptual, la de seguir definiendo dichos sectores como “servicios públicos”, argumentando que simplemente se ha producido una adaptación del servicio público a un nuevo régimen de libre competencia con el cual no es incompatible, no parece una buena opción y se presentan también otras opciones terminológicas que es preciso discutir en este contexto.

Y entonces, ¿qué otras opciones conceptuales se presentan para referirnos a estas actividades?

La primera, opuesta a la anterior que acaba de comentarse, consiste en definir dichos sectores como “mercados”. Pero una lectura rápida de la legislación reguladora nos descubre inmediatamente que el calificativo “mercado” es por sí solo insuficiente para caracterizar aquéllos, ante la presencia de muy numerosos y característicos intereses públicos que deben tutelarse debidamente por el poder público en la línea de su configuración tradicional como servicios públicos que en parte está subyacente. Además, estos sectores presentan ciertos rasgos típicos comunes como “rasgos” distintivos y especiales respecto de los simples “mercados”. Típica es por ejemplo la posición vertebral de la red. También lo es la necesidad de una regulación pública. De ahí que estemos ante mercados “regulados”. Esta podría ser una posible denominación, añadiendo al término “mercado” aquel otro de “regulado”. También podría discutirse la expresión “mercados estratégicos” considerando que, precisamente, los “demás” mercados dependen (respecto de su abastecimiento y funcionamiento mismos) de aquellos otros que son el objeto de atención del presente estudio de Derecho público.

No obstante, habría que reconocer que después de los fenómenos de liberalización y privatización, de los años precedentes, característica es hoy la presencia -en dichos sectores- de distintos agentes económicos privados que buscan el lucro empresarial en un régimen de libre mercado y libre competencia. Se tiende asimismo a una fijación de precios conforme a las reglas de libre mercado y se tiende igualmente a la asimilación de estos mercados con los demás mercados. De aquella funcionalidad pública y social de otro tiempo (propia del servicio público) hemos pasado a una funcionalidad predominantemente empresarial en régimen de competencia, sin perjuicio de las regulaciones públicas y de los condicionantes públicos. Este cambio referido en último lugar, que afecta a la estructura misma o

funcionalidad del sector correspondiente, puede ser designado como privatización funcional independientemente de que haya podido manifestarse igualmente una privatización formal (es decir privatización de su régimen jurídico *ad extra*) o una privatización material (mediante la venta de capital de las empresas públicas).

Tan característico es esto hoy en los sectores que se corresponden con los viejos servicios públicos como la marcada existencia de intereses públicos que se manifiestan *per se*, por su propia condición o esencia (necesidad de garantizar el suministro, de regular el propio funcionamiento de mercado, de atender a las características posiciones de dominio, de respetar los derechos de los consumidores o de terceros, de atender a la gestión de la red, etc.). Es preciso reiterar por tanto que no estamos ante simples mercados.

El concepto "mercados de interés general" parece una denominación posible a efectos de combinar adecuadamente tanto el carácter mercantil de base de los nuevos sectores como su singularidad pública. Por otro lado, se ajusta especialmente a la legislación al uso, considerando el empleo que frecuentemente ésta hace del término "interés general". Por ejemplo, el sector gasista se define, en la Ley de Hidrocarburos, como actividad de interés general; en la LGT se menciona igualmente la protección del interés general .

Otra opción conceptual sería la de definir dichos sectores como "servicios de interés general". A mi juicio tanto la expresión "mercados de interés general" como ésta de "servicios de interés general" se presentan como las más acordes a la realidad jurídica del presente.

La mencionada en último lugar no parece, no obstante, tener un carácter general, ya que es una expresión que aparece solamente en cierta legislación (por ejemplo de telecomunicaciones) sin ser la expresión empleada, ni seguramente posible, en los sectores energéticos. Incluso en dicho ámbito, de las telecomunicaciones, la legislación reguladora corrobora que éstas tienen una fuerte estructura empresarial y mercantil. Incluso, la legislación (por ejemplo la reguladora del sector gasista o eléctrico) no sólo declara "suprimido" el "servicio público" sino que también declara o proclama la "ausencia de responsabilidad pública en el sector" (vr.gr. la ley de hidrocarburos respecto del gas).

A pesar del exceso verbal de este tipo de declaraciones son éstas muestra clara de la intención de la "nueva legislación" cuyo *quid* está en afianzar un régimen empresarial privado de actuación, frente a aquel otro de los *servicios*, como mejor solución para el funcionamiento efectivo de este tipo de actividades. Se pretende un "*mercado competitivo*" según la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico. Los nuevos "temas", la interconexión, la portabilidad, la selección, la preselección, la competencia entre operadores, no son sino formas de hacer arraigar la realidad empresarial y de mercado.

Otras posibles expresiones, en este contexto, serían las de "servicios esenciales" (que proclama el artículo 128 de la Constitución) o "servicios económicos de interés general" (que por su parte se recoge en el artículo 86.2, antiguo artículo 90.2 del TCE).

Pero la primera, servicios "esenciales", no es la expresión al uso en la legislación vigente reguladora de los sectores liberalizados. Tampoco se adecúa bien a la realidad de los nuevos sectores.

La segunda ("servicios económicos de interés general") cuenta con una serie de presupuestos que no son los presupuestos típicos de los sectores a los que nos estamos refiriendo. Los "servicios económicos de interés general" requieren por ejemplo un acto de delegación por parte del poder público en favor de una entidad delegada (*chargé, betraut*). Y no vemos que empresas tales como Airtel, Iberdrola, etc. sean "delegadas" en este sentido.

No obstante, el concepto servicios económicos de "interés general" pone de manifiesto el acento que actualmente se pone sobre la expresión "interés general".

En todo caso, lo más razonable parece ser o bien partir del término "mercado" para añadirle alguna connotación jurídico-pública (conforme a los intereses públicos presentes en aquéllos y su propia especificidad como mercados) o bien partir del concepto "servicio" para flexibilizarlo añadiendo algún término de connotación mercantil. No es un término o concepto de "connotación mercantil" el de "interés general", de algún modo reiterativo del propio concepto *servicio* conforme a lo que viene éste significando en el ámbito jurídico-público.

Otra última "opción" terminológica que puede debatirse sería la de emplear el término "sectores". Tiene ésta la ventaja de evitar el debate acerca de la naturaleza jurídica de estas actividades, como servicios o como mercados, para proponer una expresión neutral, pacífica o aséptica. Cierta legislación habla, en este sentido, de "sector" (este es el título por ejemplo de la Ley 54/1997, del Sector postal). Estaríamos entonces ante "sectores regulados", o bien ante "sectores de interés general", o bien "sectores estratégicos", o bien "sectores liberalizados".

Pero, por eso, el inconveniente que presenta esta opción es que no aporta o indica nada esencial acerca de la naturaleza jurídica de las actividades que se corresponden con los viejos servicios públicos. Por tanto, al carecer de contenido no soluciona esta denominación el problema de ajustar ésta a la realidad jurídica existente. El término "sector" será un término posible, de apoyo, descriptivo, cuando uno se refiere a los actuales mercados. En suma, estaríamos ante una opción terminológica pero no conceptual y por tanto insuficiente.

Finalmente, podría argüirse que no es necesaria una denominación. Esta opción presupondría, erróneamente, que después de la privatización y de la

liberalización que han experimentado los servicios públicos estos sectores han perdido toda singularidad frente a los demás mercados. Pero no es así, como ya nos consta, ya que todos ellos presentan ciertos rasgos comunes tales como su característica vinculación a la red, la marcada presencia de intereses públicos, etc. Más bien, conviene tener a disposición un concepto jurídico. Un concepto jurídico como el de "mercados o servicios de interés general" que sirva para seguir encajando dichos sectores principalmente dentro del Derecho administrativo sin ignorar la presencia del Derecho privado. Estamos ante ámbitos público-privados donde la presencia del Derecho administrativo es una constante.

Todas las afirmaciones anteriores no obstan para que, si vuelven algún día los presupuestos del servicio público (reemplazando los actuales de mercado y liberalización) se retorne a la denominación de servicio público.

Por otra parte, nada impide hablar de servicio público cuando en un determinado sector concurren los presupuestos de aquél, como ocurre por ejemplo en el ámbito local (artículo 86 de la LBRL) o en el propio ámbito estatal respecto de ciertas actividades del transporte terrestre por carretera. También podrá y deberá hablarse de "servicios económicos de interés general" cuando concurren los presupuestos del artículo 86.2 del TCE en el caso concreto.

La decisión en favor de una de las opciones conceptuales que acaban de mencionarse, entre otras posibles, habrá de hacerse, primero, después de hacer un breve recorrido por el articulado y por las exposiciones de motivos de las leyes reguladoras. Segundo, habrá que indagar la naturaleza jurídica real de estas actividades o sectores, determinando si nos hallamos ante servicios o ante mercados.

Sin un afán de exhaustividad pueden en este sentido completarse las reflexiones precedentes con algunos apuntes sobre el particular. En la electricidad y el gas por ejemplo es fácil determinar su condición, de partida, de "mercados".

En la Ley del sector eléctrico, 54/1997, de 27 de noviembre, se habla con toda normalidad, en distintos preceptos, del "mercado de la electricidad" (artículo 10.3 por ejemplo) o en los artículos 13.2 y 33.2.1, así como artículo 61.11 ("la evolución del mercado") o, en materia de sanciones, en el artículo 64: "la comisión de una infracción muy grave podrá llevar aparejada la consecuente inhabilitación temporal *para operar en el mercado* por un período máximo de un año".

Este es también el caso de la disposición transitoria sexta ("costes de transición a la competencia"): "se reconoce la existencia de unos costes de transición *al régimen de mercado competitivo*".

Y por lo que se refiere al servicio público, la citada ley afirma: “se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica”²⁴⁰ (exposición de motivos)²⁴¹.

No obstante, se añade seguidamente que pervive “la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional” (puede verse el artículo 2 de la citada Ley), idea en la que insiste también el Libro Verde “Hacia una estrategia europea de seguridad de abastecimientos energéticos” (Comisión Europea, mayo 2001).

Por eso, reitero, no estamos ante simples mercados. Más bien, ante “mercados de interés general”.

Las propias fases esenciales de este sector se caracterizan como tales mercados. Y los sujetos o agentes actúan en “un mercado”.

Aquello ocurre primero con la “gestión económica del sistema”: la ley se basa “en las decisiones de los agentes económicos en el marco de un *mercado mayorista organizado* de energía eléctrica”. Y (conforme al artículo 34.2.c) el operador del sistema utilizará “*criterios de mercado*”.

Asimismo, “en la generación de energía eléctrica (...) la retribución económica de la actividad se asienta en la organización de un mercado mayorista. Se abandona el principio de retribución a través de unos costes de inversión fijados administrativamente a través de un proceso de estandarización de las diferentes tecnologías de generación eléctrica” (exposición de motivos).

Igualmente, en el artículo 3 (“competencias administrativas”) se habla del “mercado de producción” de electricidad. La fase esencial, de producción eléctrica, es un mercado, el “mercado de producción” basado en un sistema de ofertas (artículo 23)²⁴².

²⁴⁰ Se añade: “la explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema”.

²⁴¹ Otras veces se emplea el término “servicio” sin mayor importancia, como sinónimo de actividad (artículo 4.3.d o e, así como artículo 45.1: “calidad del servicio” o artículo 46.1 y 2).

²⁴² En su apartado 1 se deja claro este carácter mercantil: “los productores de energía eléctrica efectuarán ofertas económicas de venta de energía a través del operador del mercado por cada una de las unidades de producción de las que sean titulares, cuando no se hayan acogido a sistemas de contratación bilateral que por sus características queden excluidos del sistema de ofertas”.

Significativo es, respecto de los sujetos, la denominación (en el artículo 9.1.d) de "operador del mercado", así como la de Comité de Agentes *del Mercado* (artículo 33.4).

Asimismo, los productores participan en el *mercado de producción* (artículo 9.3).

En fin, el contexto europeo ha impuesto esta condición mercantil: "la presente Ley incorpora a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para *el mercado interior de electricidad*. Se trata de una directiva que permite la coexistencia de distintas formas de organización del sistema eléctrico, en las que introduce aquellas exigencias que son indispensables para garantizar la convergencia paulatina hacia *un mercado europeo de electricidad*".

Similar es el caso del gas. La Ley de Hidrocarburos 34/1998, de 7 de octubre, llega a decir que "se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público". Por lo demás, los parámetros son muy parecidos a aquellos que acaban de ser comentados.

En otros ámbitos (me refiero ahora a las telecomunicaciones), después de descartarse expresamente, de forma reiterada, el régimen del servicio público para su definición, se afirma que "las telecomunicaciones son *servicios de interés general* que se prestan en régimen de libre competencia".

No obstante, por su naturaleza jurídica, no puede ignorarse la impronta empresarial y mercantil que se refleja en la estructura del sector basada en principios tales como los de libre acceso, interconexión, ánimo de lucro como móvil real de las distintas empresas, libre fijación de precios a la que tiende esta legislación, etc.

De hecho, la agencia reguladora pasa a denominarse, a raíz de la liberalización de las telecomunicaciones, como Comisión *del Mercado de las Telecomunicaciones*. Pero, al mismo tiempo, esta Comisión pone de manifiesto la presencia igualmente constante de las ideas de regulación pública y de direccionismo administrativo sobre las distintas fases esenciales de este sector.

Buen exponente, tanto del nuevo régimen mercantil de base como de la impronta esencial de la idea de regulación pública, es el régimen de precios. "Regulados" son los precios de interconexión y, *transitoriamente*, los precios de los servicios finales en general, ya que se tiende a su fijación conforme a las reglas de mercado.

Por su parte, al sector postal habría que reconocerle en principio cierta singularidad. Como las telecomunicaciones, se definen los servicios postales como "servicios de interés general" (que se prestan en régimen de libre competencia).

Además, (al igual asimismo que con las telecomunicaciones) "sólo tendrán la consideración de servicio público o están sometidos a las obligaciones de servicio público los servicios regulados en el Título III" ²⁴³.

No obstante, en el sector postal se manifiestan las obligaciones de servicio público de forma más significativa que en otros mercados, incluido el de las telecomunicaciones.

Esto es así porque el servicio postal universal, que es clave en este sector, se regula dentro de las "obligaciones de servicio público". Existe una reserva, en favor de Correos, para la prestación de un ámbito relevante de actuación: el servicio postal universal *reservado*.

Cabe pues argumentar que existe por el momento un ámbito significativo donde sigue manifestándose el propio servicio público.

Aun así, el contexto general que se pretende es la libre competencia y la liberalización. Esta parece ser, además, la tendencia de futuro inmediato.

Se desea abrir el sector a la libre competencia e introducir un régimen de mercado en la medida de lo posible ²⁴⁴.

El contexto general, no puede obviarse este dato, es la creación de un "mercado interior de los servicios postales en la Comunidad Europea" ²⁴⁵.

En realidad, el "mercado" sería todo aquel ámbito del servicio postal universal no reservado a Correos y segundo y especialmente aquellas actividades que no se incluyen en dicho servicio postal universal. Por otra parte, es claro que constituyen también un auténtico mercado los servicios rápidos postales internacionales.

Este sistema se refleja en el régimen de precios. En el sector postal, frente al régimen "administrativo" propio del servicio postal universal reservado, los

²⁴³ Artículo 1 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

²⁴⁴ En esta línea dice por ejemplo la Exposición de motivos de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales: "La Ley aporta seguridad jurídica a quienes concurren en un mercado en régimen de libre competencia que, hasta ahora, carecía de una regulación sustantiva que determinase con claridad el contorno de sus derechos y obligaciones".

²⁴⁵ Dice la exposición de motivos de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales: "la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 15 de diciembre de 1997, de la Directiva 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, inspira la nueva regulación postal en España".

precios de los servicios postales no reservados ²⁴⁶ que lleve a cabo el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y cualquier otro operador en competencia, *serán fijados libremente de acuerdo con las reglas del mercado* (artículo 31.1 de la citada Ley 24/1998, aunque en el apartado 2 se prevé la posibilidad de una fijación máxima de precios, por el Ministerio de Fomento, respecto de los servicios postales universales que presete correos).

En todo caso, se desecha el régimen tradicional de servicio público, como régimen general del sector y, más aún, el monopolio: "inicialmente, se partió en nuestro país de la existencia de un monopolio por parte del Estado, para la prestación del servicio de Correos. Esta idea fue cediendo a impulsos de la realidad".

Sin negar la impronta pública del sector, es cierto que cada vez está más arraigado su carácter empresarial mercantil, cada vez más afianzan modos de gestión conformes a formas y criterios puramente empresariales y cada vez más los precios se fijan conforme a reglas o pautas de libre mercado,

En los transportes también es necesario matizar. El servicio público puede aparecer en una determinada actividad (vr. gr. el transporte por carretera con los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general). Cuando esto sea así, no sólo "puede" emplearse la expresión "servicios públicos". Más bien, "debe" emplearse.

Lo más común es, no obstante, que también los transportes se hayan convertido -o vayan convirtiéndose- en mercados; aunque con una fuerte y decisiva regulación e impronta públicas: en el transporte por carretera la LOTT prevé contingentes y regímenes tarifarios. En el aéreo y en el marítimo son típicas las "obligaciones de servicio público". En general, se manifiesta una intensa reglamentación: garantías en favor de los consumidores, evitación de precios anti-dumping, ayudas en favor de residentes insulares, etc.

¿Qué conclusión puede extraerse de este breve y rápido recorrido por la legislación reguladora de los sectores que tradicionalmente se configuraron como servicios públicos estatales?

Primero, es éste un tema de debate sobre el que nadie puede llegar a verdades absolutas. No obstante, habría que empezar por rendir tributo al servicio público como institución fructífera que ha contribuido esencialmente al progreso social aun cuando, actualmente, queda desbordado por una realidad social y jurídica marcada por los designios de la liberalización y de la privatización. Podría decirse que, en el fondo, aquél queda inmerso y pasa a integrarse y difuminarse en los nuevos mercados apareciendo inevitablemente su huella en algunos preceptos jurídicos

²⁴⁶ Artículo 31 de la citada ley.

de la legislación administrativa más reciente. No obstante, y pese a todas las reservas que hemos venido haciendo, cabe afirmar que la era del servicio público ha terminado, como institución ésta capaz de *determinar* los distintos elementos estructurales de los sectores comentados.

Por otra parte, los mercados de interés general no son por ello "simples" mercados ya que estamos ante mercados con rasgos públicos singulares o específicos donde, en esencia, existe un mercado interés general en su abastecimiento regular y calidad determinada, en la protección jurídica de terceros, en la realización de suministros, en la actuación conforme a ciertas reglas objetivas, etc. Pero sería excesivo decir que, por ello, siguen siendo servicios públicos.

CAPÍTULO TERCERO

REPERCUSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PODERES PÚBLICOS. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. La sujeción de los servicios públicos al Derecho comunitario de la competencia.

A. Planteamientos.

El Derecho comunitario de la competencia se aplica a la actividad económica o mercantil de los poderes públicos. De este modo, éstos no pueden incurrir en abuso de posición dominante y han de respetar un preciso régimen jurídico en materia de ayudas públicas o de concentraciones de empresas previsto en el TCE y la Constitución Europea ²⁴⁷.

Sobre este particular interesa decir que se advierte claramente una tendencia en el Derecho comunitario europeo consistente en interpretar extensivamente, en la medida de lo posible, el concepto de empresa o actividad empresarial, a los efectos de poder sujetar la actuación económica (a veces de no fácil calificación como "económica") a las reglas del Derecho comunitario europeo.

Dicha sujeción o aplicación no afecta exclusivamente a las Administraciones estatales, regionales o locales sino también y especialmente a sus distintos organismos públicos o privados, o también a colegios profesionales, con tal de que su actividad pueda calificarse de económica ²⁴⁸.

²⁴⁷ C. JONES/M. VAN DER WOUDE, *EC Competition Law Handbook*, London, 2004.

²⁴⁸ Para profundizar en este tema o variante del Derecho comunitario de la competencia puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones, servicios postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares, Granada 2001.

La forma de la entidad, pública o privada, o su calificación formal como Administración, es indiferente a efectos de aplicar el Derecho comunitario europeo de la competencia. *Lege lata* lo decisivo es, más bien, un criterio funcional: si dicha entidad cumple una función mercantil deberá respetar dicho Derecho.

Así por ejemplo la STPI de 30 de marzo de 2000 (asunto T-513/93) afirma que un organismo de Derecho público de agentes de aduanas es una empresa y ha de respetar el Derecho comunitario europeo de la competencia:

“Los argumentos esgrimidos por el demandante derivados del supuesto carácter público del CNSD y de sus decisiones no pueden ser acogidos. En efecto, el Tribunal de Justicia estimó, en su sentencia de 18 de junio de 1998, que el estatuto de Derecho público de un organismo nacional como el CNSD no impide la aplicación del -antiguo- artículo 85, apartado 1, del Tratado”.

Para ello el Tribunal comunitario se apoya en que los miembros del CNSD son representantes de los agentes profesionales a los que la correspondiente normativa nacional no impide, en modo alguno, actuar en interés exclusivo de la profesión. Es función del CNSD elaborar las tarifas de honorarios por los servicios profesionales de los agentes de aduanas (...).

Debe tenerse en cuenta que el Derecho comunitario de la competencia es un poderoso arma de la justicia comunitaria para profundizar en la integración comunitaria: el Derecho europeo es en buena medida un Derecho económico y, por otra parte, dicho Derecho contribuye a la realización de las libertades comunitarias.

Centrándonos en la aplicación del Derecho comunitario europeo de la competencia a los servicios públicos al Derecho comunitario de la competencia, puede partirse del segundo párrafo del artículo 86 del Tratado de la CE y el artículo III-162.2 de la Constitución Europea.

En principio, este precepto comienza declarando la sujeción de los “servicios de interés económico general”, al Derecho comunitario de la competencia²⁴⁹; sin embargo, aquél prevé también una *modulación*, en el sentido de que aquéllos quedarán sujetos siempre que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión que se les ha confiado.

²⁴⁹ Así, en la jurisprudencia, la sentencia Ministerio Público contra Asjes de 30 de abril de 1986, asuntos acumulados 209 a 213/84, Rec. p.1445. Véase S. MARTÍNEZ LAGE/H. BROKELMANN, “The application of articles 85 and 86 EC to the conduct of undertakings that are complying with national legislation”, en *Mélange en Hommage à Michel Waelbroeck*, Bruselas 1999 pp.1247 y ss.

Tal modulación se hace, así, desde un punto de vista funcional (en razón de la actividad o función realizada -servicio de interés económico general-) siendo *indiferente que la Administración opte por una forma pública o privada* ²⁵⁰.

Tal *limitación o modulación* se refiere especialmente, tal como dice el citado artículo, a las reglas del Derecho de la competencia (artículos 81 y siguientes), pero también a otros preceptos del Tratado de la CE. Viene reconociéndose que el artículo 86 entra en aplicación siempre con otro precepto del Tratado, que es el que supuestamente puede ser excepcionalmente vulnerado (sentencias de 23 de octubre de 1997, asuntos 157/94 a 160/94, Comisión contra Países Bajos, Italia, Francia y España, respectivamente).

Quiere llegarse a un *equilibrio* entre la competencia y las prerrogativas públicas, entre los intereses comunitarios y los de los Estados miembros.

Por una parte, se sitúa dentro de una regulación general basada en la defensa de la competencia; por otra parte, viene a suponer una reserva a favor de la intervención de los poderes públicos en la economía, más allá (*dehors, outside*) de las leyes del mercado.

Con el fin de que no se ponga en peligro la liberalización comunitaria, y con ello la realización del mercado interior, el precepto ha sido objeto tradicionalmente de una *interpretación restrictiva* por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ²⁵¹.

Tal interpretación restrictiva se ha hecho en relación con el *presupuesto*, del artículo 86.2 (y del artículo III-162.2 de la Constitución Europea), del "impedimento en el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada", así como sobre el presupuesto de la "delegación" o "encargo" de la gestión del servicio.

No es esto sino una muestra más de que *el acento a nivel comunitario está* en la competencia, tal como corrobora el propio artículo 86.2 del TCE y el artículo III-162.2 de la Constitución Europea, que declaran el sometimiento a las reglas del Derecho de la competencia respecto de la gestión de las empresas "encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal"; el propósito es, en principio, que todo agente económico

²⁵⁰ Véase la STPI Dansk Pelsdyravlerforening de 2 de julio de 1992 (asunto T-61/89, Rec. p.II-1931, apartados 44 y 54 pp.1952 y 1954) y la STJCE Höfner y Elser contra Macrotron, asunto C-41/90, Rec.p.I-1981 apartado 27).

²⁵¹ En general véase la STJCE BRT contra SABAM (BRT II) de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, Rec. p.318 apartado 19 ("interprétation stricte"). En la STJCE de 15 de marzo de 1994, asunto C-387/92 (Rec. p.I-877 apartado 43) se recogen las sentencias que han seguido tal aplicación restrictiva.

que realice actuaciones económicas (independientemente de su forma jurídica) respete el Derecho de la competencia, sin perjuicio de establecer una modulación, en el régimen jurídico, para ciertos operadores económicos.

De este modo, pueden establecerse ya dos conclusiones que permiten avanzar en el presente trabajo. La primera es que el servicio público encuentra un planteamiento jurídico concreto o especial respecto de las demás actividades económicas; las empresas que gestionan servicios de interés económico general tienen una *vinculación distinta* (menos fuerte) que las simples empresas que realizan funciones simplemente mercantiles. La segunda es que el servicio público habrá de integrarse dentro del planteamiento general de la competencia, dentro de la lógica de la competencia.

B. La Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000.

Con el Tratado de Amsterdam no se alteró *sustancialmente* este planteamiento. Si bien el nuevo artículo 16 del TCE afirma que la Comunidad y los Estados miembros velarán para que los servicios de interés económico general actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido, la Declaración nº13 aneja al Acta Final impone la sujeción de los servicios públicos a los principios que ha venido desarrollando el TJCE.

A efectos de interpretar la dimensión o alcance de los servicios de interés general en Europa es fundamental la Comunicación de la Comisión Europea "los servicios de interés general en Europa"²⁵². Esta comunicación tiene como finalidad actualizar la Comunicación de 1996 sobre el particular donde se subrayaba la importancia de la "misiones de interés general para lograr los objetivos fundamentales de la Unión Europea" y se "abogaba por insertar una referencia en este sentido en el Tratado de la CE". Desde entonces y especialmente en la Comunicación "los servicios de interés general en Europa", Bruselas, de 20 de septiembre de 2000, las instancias comunitarias vienen insistiendo en la idea de complementariedad entre competitividad de mercado y realización de los servicios de interés económico general. De los numerosos párrafos en este sentido de la citada comunicación puede seleccionarse que "la definición de obligaciones específicas de servicio universal es un complemento clave de la liberalización del mercado del sector de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea" (apartado 39). La Comisión quiere dejar claro en este contexto de los servicios de interés general

²⁵² Bruselas, 20 de septiembre de 2000, COM (2000) 580 final. En la doctrina, por todos, sobre el citado artículo 16 TCE véase J.C. PIELOW, en *I servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina Editore, a cura di Erminio Ferrari, Milano 2000, p.54.

“que su objetivo sigue siendo reforzar la competitividad de la economía europea” (apartado 54; puede verse también el apartado 58 y el punto 3 del Anexo 1). En el fondo el interés que despiertan los nuevos servicios en el ámbito comunitario se debe a mi juicio a que aquéllos permiten acaparar nuevos ámbitos de actuación por parte de las instituciones comunitarias (apartados 57 y 65).

El “servicio de interés general en Europa” se reflejaría en todas aquellas situaciones en las que pone de manifiesto la necesidad de conceder derechos exclusivos, o de mantener un número limitado de operadores (en vez de introducir un régimen de libre competencia). En este sentido, a nivel comunitario el artículo 86.2 del TCE (nueva numeración) es una “disposición fundamental para compaginar” intereses comunitarios y nacionales, de mercado y de servicio público ²⁵³.

En este sentido, dicho servicio de interés general permite a los Estados libertad para definir sus políticas públicas siempre que no sean incompatibles con las comunitarias. De ahí que pueda hablarse de un principio de neutralidad ya que la CE no se interfiere en la definición de la propiedad pública o privada (apartados 20 a 23 de la Comunicación).

Tampoco la Constitución Europea lleva a una alteración del régimen jurídico comunitario de los servicios de interés general. Por un lado, se reconocen en distintos preceptos de la Constitución. Pero por otro lado se prevén las clásicas disposiciones sobre Derecho de la competencia que completan y emarcan dichas previsiones de los servicios de interés general.

Con posterioridad a esta Comunicación de la Comisión, han aparecido el Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM (2003) 270/F de 21 de mayo de 2003) y el Libro Blanco sobre los servicios de interés general (COM (2004) 374/F de 12 de mayo de 2004).

C. Los “servicios económicos de interés general”.

En relación con los ordenamientos nacionales que conocen los *servicios públicos*, el artículo 86.2 es el precepto clave para buscar información acerca de su régimen jurídico, así como el artículo III-162.2 de la Constitución Europea.

La terminología empleada en el Tratado es la de “*servicios de interés económico general*”, expresión que, a nivel comunitario, se ha formulado de manera general con el fin de englobar o afectar las distintas formas con que los Estados

²⁵³ Puede verse el apartado 19 de la Comunicación “los servicios de interés general en Europa” de la Comisión Europea, Bruselas, 20 de septiembre de 2000, COM (2000) 580 *final*.

resuelven las necesidades colectivas ²⁵⁴, sin hacerse coincidir (y de hecho sin que coincida) con ninguna forma nacional, tampoco con el servicio público.

En este sentido, de forma significativa, una STJCE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99) afirma que “el concepto de servicio público administrativo es un concepto de Derecho administrativo francés que el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar”.

Cualquier jurista mínimamente acostumbrado al Derecho comparado europeo conoce que el precepto (artículo 86.2) denota en su redacción un claro influjo del Derecho francés. De hecho, a instancia de la delegación francesa fue como se incluyó la fórmula “empresas encargadas de la gestión de servicios”, tan próxima terminológica y conceptualmente al “service public” francés. De ahí que en otros ordenamientos sea necesario un proceso previo de acomodación de tal expresión al ámbito interno. Efectivamente, en el ordenamiento alemán, que no tiene desarrollada tal institución o categoría jurídica, se hace precisa una operación de ajuste de tal concepto en el ordenamiento interno.

D. Análisis de los presupuestos del servicio de interés general.

El *servicio* de interés económico general debe deslindarse de las actividades económicas que sean mera actividad económica, mercantil o comercial. Por otra parte, el carácter *general* del servicio no implica que la prestación se extienda a todo el territorio nacional, pues basta para ello con que se haga en una parte del territorio como ocurre con la distribución de energía por demarcaciones (en Alemania) ²⁵⁵.

Otro presupuesto es la exigencia de “interés *económico*”; conlleva éste que queden excluidos dentro de su ámbito de aplicación los servicios de interés cultural o social, o en cualquier caso, todos los de carácter no económico ²⁵⁶.

²⁵⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Ministerio Público de Luxemburgo contra Muller de 14 de julio de 1971, asunto 10/71, Rec. p.739; y BRT contra SABAM (BRT II) de 30 de enero de 1974, *cit.*, Rec. p.327.

²⁵⁵ Sentencia Ministerio Público Italiano contra SAIL de 21 de marzo de 1972, asunto 82/71, Rec. pp.119 y ss (146 y 153 apartado 8): (“nicht notwendig die Gesamtbevölkerung in Betracht kommt, sondern auch einzelnen Bevölkerungsgruppen”).

²⁵⁶ Véase con distintas referencias la Comunicación “los servicios de interés general en Europa”, de la Comunicación Europea de 20 de septiembre de 2000, COM (2000) 580 final.

Desde el Derecho administrativo, el interés en deslindar cuándo la actividad es de tipo económico reside en lograr excluir la aplicación del Derecho de la competencia respecto a agentes que cumplan funciones “públicas”²⁵⁷.

Así, la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 17 de febrero de 1993²⁵⁸ declara la inaplicación del Derecho de la competencia, en razón de que los organismos de gestión de la Seguridad Social no realizan una función económica sino social -basada en el principio de solidaridad nacional y desprovista de lucro económico-.

Las empresas han de estar “encargadas (chargées, betraute) de la gestión”. La interpretación de esta regla ha sido hecha de manera restrictiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, exigiendo la presencia de una ley o de un acto del poder público (un Hoheitsakt), para que entre en aplicación la prescripción del artículo 86.2 (hoy artículo III-162.2 de la Constitución Europea)²⁵⁹.

Si se quiere inaplicar el Derecho de la competencia, la empresa en cuestión ha de estar *impedida* para la realización de la misión encomendada (*obstruct the performance of the tasks, faire echec, Verhinderung*).

De este modo, no vale alegar la “dificultad” para la realización de la actividad, ya que ha de tratarse de un “impedimento”.

Por otra parte, la limitación sólo puede operar *en tanto en cuanto* se haga necesaria la realización de la misión conferida²⁶⁰.

El “impedimento” se refiere, o bien a la propia prestación del servicio (respecto de las empresas que gestionan servicios de interés general), o bien a la realización de la actividad fiscal encomendada. Este hecho ha de comprobarse caso por caso.

²⁵⁷ De forma habitual el TJCE tiene que deslindar la función pública de la que no reúne esta condición a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable (puede verse la STJCE de 14 de diciembre de 2000 asunto C-446/98).

²⁵⁸ STJCE de 17 de febrero de 1993 “Poucet” (asunto C-159 y 160/91, Rec. p.I-637).

²⁵⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Puerto de Génova de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, Rec. pp.I-5889 y ss; sentencia BRT contra SABAM (BRT II) de 30 de enero de 1974, *cit.*, p.327; sentencia Ministerio Público de Luxemburgo contra Muller de 14 de julio de 1971, *cit.*, p.730 apartado 11; sentencia Züchner contra Bayerische Vereinsbank de 14 de julio de 1981, asunto 172/80, Rec. pp.2021 y ss. En la doctrina véase -H. VON GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991 p.2570; un “act of public authority” (C. BELLAMY/G. CHILD, *Common Market Law of Competition*, London 1987 § 13-022 p.816).

²⁶⁰ Sentencia Comisión contra República Francesa de 10 de julio de 1991, asunto C-294/89, Rec. pp.I-3591 y ss.; decisión de la Comisión de 26 de julio de 1976 (BNIA), ABIEG 1976 Nr.L231/24.

2. La eficacia del Derecho de la competencia.

El Tratado de la CE y hoy también la Constitución Europea concretan la misión general de la Comisión, de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, reconociendo a aquélla la facultad de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Derecho comunitario de la competencia. A estos efectos la instancia comunitaria puede dictar las correspondientes directivas o decisiones contra los Estados miembros.

Es fácil entender que este artículo pueda dar lugar a litigios jurídicos.

El destinatario de la decisión de la Comisión podrá en este sentido invocar el artículo 86.2 del Tratado (o actualmente también la Constitución) para justificar su incumplimiento ²⁶¹.

También podrá ocurrir que exista una instancia denunciante, interesada en que la Comisión intervenga contra un determinado agente incumplidor del Derecho de la competencia (véase, por todas, la STPI de 26 de octubre de 2000, asunto T-154/98).

Es importante en la práctica estar al Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Es en esta norma reglamentaria donde se prevén las facultades y competencias de la Comisión, de velar por la aplicación del Derecho de la competencia, y donde se plasma la tendencia (importante del Derecho de la competencia europeo) de delegar en los propios Estados miembros gran parte de las competencias ejecutorias relativas a esta materia ²⁶².

3. El Derecho de la competencia como pauta o medida de legalidad de los servicios públicos.

A. *El ejercicio de la actividad de las empresas gestoras de servicios públicos conforme al Derecho comunitario de la competencia.*

A continuación se trata de estudiar la sujeción a Derecho comunitario (principalmente al Derecho de la competencia) de la actividad de las empresas gestoras de servicios públicos. Especial interés muestra el abuso de posición dominante, principalmente por lo que se refiere a su utilidad para deducir criterios de lega-

²⁶¹ Puede verse la STJCE de 30 de junio de 1988, asunto 226/87, Rec. pp.3611 y ss.

²⁶² Véase también el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia (BOE de 23 de diciembre de 2004).

lidad para la actuación de tales empresas (sujeción a los principios de igualdad, proporcionalidad, transparencia, etc.).

Puede empezarse, entonces, por la definición del “abuso de posición dominante”, para después ponerlo en relación, concretamente, con las empresas gestoras de servicios públicos.

En primer lugar, la posición dominante se define por la “intensidad del efecto de alteración del mercado”, así como por la “cuota de mercado que pósea la empresa”. Concretamente, entonces, el abuso de posición dominante es ²⁶³:

“La actividad que puede influir en la estructura de un mercado en el que, debido a la presencia de la empresa en cuestión, la intensidad de la competencia se encuentre ya debilitada y que produce el efecto de *obstaculizar por medios diferentes de los que rigen una competencia normal* de productores o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, *el mantenimiento del grado de competencia* que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”.

Asimismo se define el abuso de posición dominante como ²⁶⁴:

“La posición de potencia económica de la empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, dándole la posibilidad de ocupar comportamientos independientes en una medida apreciable frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores”.

En segundo lugar, puede ejemplificarse la regla de la sujeción de las empresas gestoras de servicios públicos al Derecho comunitario de la competencia, y, concretamente al abuso de posición dominante con la sentencia Ahmed Saeed de 11 de abril de 1989, donde se considera “abuso” la “imposición de tarifas elevadas a otras empresas” (en el contexto de la gestión de un servicio público de transportes):

“La *aplicación de tarifas* para vuelos regulares que resulten de acuerdos bilaterales o multilaterales puede constituir una *explotación abusiva* de posición dominante en el correspondiente mercado, en particular cuando una empresa en posición dominante ha conseguido imponer a otras empresas de transporte la aplicación de tarifas excesivamente elevadas o reducidas o, incluso, la aplicación exclusiva de una única tarifa sobre una misma línea (apartado 46)”.

²⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Hoffman-La Roche contra Comisión de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Rec. p.541.

²⁶⁴ Sentencia United-Brands Company contra Comisión, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, Rec. p.207 y ss. (p.286 apartados 63 a 66; véase también p.290).

Más allá, puede hablarse de una cierta *conexión especial* entre el abuso de posición dominante y las empresas gestoras de servicios públicos, principalmente cuando actúan en monopolio (al aparecer entonces de manera especialmente clara la posición dominante) ²⁶⁵.

Pero, a efectos de avanzar en el estudio del régimen jurídico comunitario de las empresas gestoras de servicios públicos, no puede olvidarse el Tratado, al contener un criterio específico de sujeción al Derecho de la competencia, para el caso concreto de la gestión de los servicios públicos o de interés general. Como ya nos consta, el sometimiento en estos casos no puede llegar a impedir la misión que tales empresas tienen conferida (artículo 86.2 y artículo III-162.2 de la Constitución Europea).

Así, la sentencia de 10 de julio de 1991 ²⁶⁶ se enfrentaba ante el hecho de dilucidar si constituían *abuso* de posición dominante ciertas prácticas de una empresa que, "en régimen de monopolio, gestionaba el servicio público de radiodifusión" y cuyas funciones eran las de velar por la revalorización de la lengua y cultura irlandesas. El Tribunal consideró que, si bien nada se oponía al monopolio en sí sobre la actividad de programación, constituía un "abuso" el que el "ejercicio de los derechos conferidos no se correspondiera con la función esencial de tales derechos".

Quedaba entonces por comprobar si esta práctica se justificaba en virtud del artículo 86.2. La empresa pública irlandesa (Radio Telefís) se negaba a autorizar -a otra empresa- la publicación de listas de programación semanales, acaparando esta actividad con la justificación de que ello era necesario para cumplir la "misión conferida" (alegando pues el *artículo 86.2*). Sin embargo, el Tribunal entendió que no acreditaba aquella "que dichas prohibiciones fueran incompatibles con el desarrollo de su misión" (presupuesto del artículo 86.2). Más concretamente consideró que:

"Es difícil concebir que la publicación de revistas exhaustivas de televisión por terceros pueda poner en peligro los objetivos de servicio público invocados; (...) el hecho de reservarse la publicación responde únicamente a fines comerciales

²⁶⁵ Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia SA Centro belga de estudios de mercado-Télémarketing (CBEM) contra SA Compañía luxemburguesa de Teledifusión (CLT) y SA Información Publicidad Benelux (IPB) de 3 de octubre de 1985, asunto C-311/84, Rec. pp.I-3261 y ss (p.3278 apartado 27). También la sentencia RTT (Régie des télégraphes et des téléphones) contra GB-Inno-BM de 13 de diciembre de 1991, asunto C-18/88, Rec. pp.I-5941 y ss. establece igual conexión en relación con la empresa belga del servicio telefónico.

²⁶⁶ STPI Radio Telefís Eireann contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-69/89, Rec. pp.II-485 y ss.

y, por consiguiente no contribuye en modo alguno a la realización de su misión cultural, social y educativa”.

También la sentencia Ahmed Saeed de 11 de abril de 1989, *cit.*, ilustra acerca de la posibilidad de la aplicación de la excepción del artículo 86.2, respecto de las tarifas de las compañías aéreas a quienes los poderes públicos hayan obligado a explotar líneas que no son rentables desde un punto de vista comercial, pero cuya explotación sea necesaria por razones de interés general. El Tribunal de Justicia sentó este criterio y acto seguido dejó a la estimación de las autoridades judiciales nacionales cuándo podía presentarse tal situación.

Así pues, esta jurisprudencia sirve de ejemplo de la sujeción de los servicios públicos al Derecho comunitario, concretamente a los criterios que han sido estudiados: sujeción a la regla del abuso de posición dominante y posible justificación de las prácticas restrictivas de la competencia en virtud del artículo 86.2.

B. La sujeción de las empresas gestoras de servicios públicos a reglas jurídicas y pautas de legalidad en virtud de la aplicación de la técnica del abuso de posición dominante.

Mediante un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario puede llegarse a la conclusión de que la aplicación del abuso de posición dominante conduce a la sujeción de las empresas gestoras de servicios públicos a principios jurídicos objetivos. Así, al principio de igualdad en la sentencia Puerto de Génova²⁶⁷ respecto de la actuación de una empresa gestora de un servicio económico de interés general, conclusión a la que se llegó en virtud de la técnica del abuso de posición dominante; el supuesto hacía referencia a la vulneración de la fijación igualitaria de los precios²⁶⁸.

²⁶⁷ Sentencia de 10 de diciembre de 1991, *cit.*, apartado 41. Véase también, para una sujeción al principio de igualdad, la sentencia G. Sacchi, *cit.*, pp.430 y 431 apartados 14 y 17 y la sentencia British Leyland Public Limited Company contra Comisión, asunto 226/84, Rec. 1986 pp.3304 y ss. (apartado 30).

²⁶⁸ Así, facturar precios desproporcionados; también conceder reducciones de precio a determinados usuarios, lo cual ocasionaba la necesidad de compensar dichas reducciones mediante un aumento de los precios facturados a otros usuarios. En la sentencia Michelin de 9 de noviembre de 1983 (asunto 322/81, Rec. p.3461 apartados 87 a 91) se aplicó, igualmente, tal principio de igualdad, si bien se consideró que no había práctica abusiva en el sentido del artículo 82.2c porque “no se había demostrado que las diferencias de trato entre diferentes proveedores eran resultado de la aplicación de criterios desiguales, y que no estaban justificadas por razones comerciales legítimas” (apartado 90). Véase también la sentencia General Motors Continental contra Comisión de 13 de noviembre de 1975, asunto 26/75, Rec. apartados 10 y 11.

En esta misma sentencia Puerto de Génova (apartado 19) se establece la sujeción al *principio de proporcionalidad* (concretamente a la hora de establecer un precio, atendiendo al coste real del servicio), *si la empresa no quiere incurrir en abuso de posición dominante*.

La sujeción al principio de proporcionalidad se establece, asimismo, en la sentencia Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des régions libérées de 4 de mayo de 1988, pues “los precios han de guardar una proporción razonable con el valor económico del servicio prestado”.

Junto a este control que permite el Derecho de la competencia (así, en virtud del abuso de posición dominante), el *Derecho comunitario* deja deducir la máxima de sujeción de las empresas públicas a *las reglas fundamentales del Tratado* (artículo 86.2). En este sentido, puede pensarse en la vinculación al principio de libertad de circulación de servicios o de mercancías o al principio de no discriminación en razón de la nacionalidad.

Un caso ilustrativo es el de la decisión de la Comisión de 22 de junio de 1987²⁶⁹, en la que se dispuso la prohibición de que el Estado español aplicase tarifas distintas, a los residentes españoles y a los extranjeros de la Comunidad, en los transportes aéreo y marítimo entre la Península y las Islas Canarias y Baleares.

Por otra parte, importante es recordar en este contexto que una vulneración de los principios fundamentales del Tratado supondría una vulneración del último inciso del propio artículo 86.2; es decir, no valdría, en este caso, ni siquiera con alegar un “impedimento de la misión conferida”, por parte de la empresa a la que se ha delegado un servicio de interés económico general. La sujeción de la actividad de las empresas públicas a los principios que han sido comentados es importante al proporcionar un criterio de sujeción a Derecho de la actuación de las empresas públicas gestoras de servicios públicos.

C. El abuso de posición dominante como vía para facilitar la liberalización comunitaria.

Es, finalmente, interesante ilustrar acerca del uso que del abuso de posición dominante se ha hecho por las instancias comunitarias para facilitar la apertura, al régimen de liberalización comunitaria, de los servicios públicos. Me refiero a ciertas decisiones de la Comisión, que tienen en común la intención de abrir la competencia a los agentes que tradicionalmente “realizaban el trayecto de forma exclusiva”.

²⁶⁹ Decisión 87/359, relativa a las reducciones de tarifas de los transportes aéreo y marítimo reservadas exclusivamente a los residentes españoles en las Islas Canarias y Baleares, DOCE N° L 194/28.

Así, en la decisión de 26 de febrero de 1992²⁷⁰ ciertos indicios llevaban a la Comisión a constatar la existencia de una posición dominante de la empresa aérea Aer Linguis entre las líneas de Dublín y Londres²⁷¹.

La Comisión estimó que la causa del abuso de posición dominante estaba en la negativa de Aer Linguis a participar en acuerdos de combinación de pasajes²⁷², privando a British Midland de la oportunidad de entrar en competencia equitativa con Aer Linguis, sin que para ésta supusiera una desventaja importante (apartado 43).

En la jurisprudencia del Tribunal puede mencionarse, como ejemplo, la sentencia Puerto de Génova de 10 de diciembre de 1991 y, en general, todas las resoluciones por las cuales el Tribunal reacciona contra la concesión de derechos exclusivos por parte de los Estados en alguna empresa.

4. La limitación del Derecho comunitario sobre el principio de libre organización, de los servicios públicos, por parte de los Estados.

A. La prohibición de colocar a las empresas en una situación de abuso de posición dominante.

El estudio que a continuación se hace pone así de manifiesto las limitaciones sobre la posibilidad de que los Estados concedan derechos exclusivos en favor de una determinada entidad.

La vía para llegar a esta conclusión la abre una aplicación combinada de los artículos 82 y 86.1 del Tratado de la CE (es decir, artículos III-162 y 166.1 de la Constitución Europea), mediante una determinada aplicación jurisprudencial que entiende que los abusos de posición dominante no son sólo los que provienen de una empresa, sino también los que se ocasionan por efecto de una medida de los Estados miembros.

²⁷⁰ Decisión 92/213, DOCE L N° L 96/34, relativa a un procedimiento de aplicación de los antiguos artículos 85 y 86 del Tratado CE, IV/33.544 British Midland contra Aer Linguis.

²⁷¹ Principalmente, a la luz de la elevada cuota de Aer Linguis en tal mercado así como la presencia de obstáculos al acceso de otras compañías en el trayecto Dublin-Londres (véase apartado 20).

²⁷² Mediante tales acuerdos se hace posible la venta, endoso y aceptación recíproca de billetes entre compañías; se consideran como uno de los logros más importantes de IATA y constituyen desde hace años la práctica común del sector aéreo, teniendo grandes beneficios para los usuarios y las compañías aéreas (apartados 3 y 25).

La práctica de los abusos de posición dominante por empresas monopolísticas que gestionan servicios públicos viene ligada muchas veces a la aplicación de normas, que es de donde proviene realmente la actuación abusiva de la empresa. En este sentido, el respeto al Derecho de la competencia exige que su aplicación no se ciña exclusivamente a las empresas gestoras de servicios públicos. De lo contrario, bastaría con establecer una normativa (anticompetitiva) para que la práctica anticoncurrencial de una empresa se declarara al margen del Derecho de la competencia. Este fenómeno constituye la *ratio* del artículo 86.1 (y artículo 166-1 de la Constitución europea), que prohíbe a los Estados miembros dictar o mantener medidas contrarias al Tratado (precepto que es, por tanto, expresión o concreción del artículo 10 del mismo Tratado de la Comunidad Europea).

La jurisprudencia proporciona ejemplos de aplicación de forma conjunta de los artículos mencionados del Derecho de la competencia.

Un ejemplo ilustrativo lo proporciona la STJCE de 29 de marzo de 2001 (asunto C-163/99). El TJCE dio la razón a la Comisión Europea, al considerar que un sistema de descuentos sobre los cánones de aterrizaje y de modulación de éstos según el origen del vuelo en los aeropuertos de Lisboa, Oporto y Faro, *establecido por el Decreto-Lei nº102/90, el Decreto Regulamentar nº38/91 y la Portaria (Decreto ministerial) nº352/98*, constituye una medida incompatible con el artículo 86, apartado 1, del Tratado CE en relación con el artículo 82.

Conviene dar una explicación complementaria sobre el presente caso. En concreto, primero, la Comisión había comprobado que dichos aeropuertos aplicaban un mayor porcentaje de descuentos sólo a las compañías portuguesas.

Segundo, la sentencia afirma que este hecho representa un trato desigualitario en condiciones equivalentes, no justificado cuando la entidad tenga una posición dominante, por representar un abuso de posición dominante.

Tercero, el TJCE concluye que dicho abuso no se justifica por el hecho de que exista una normativa (citada *supra* en cursiva) que lo ampare.

Cuarto y último, dicho abuso sólo se justificaría si se diera (que no se da) el presupuesto del artículo 86.2.

Otro ejemplo puede ser la STJCE de 8 de junio de 2000 (asunto C-258/98). En suma, esta sentencia viene a decir (entre otros argumentos) que el poder público no puede crear una empresa pública de empleo si con ello crea una situación en la que "las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del artículo 82 del Tratado" (abuso de posición dominante). Se infringen, en tal caso, los artículos 86.1 y 82 del Tratado CE. El abuso de posición dominante consiste en la realización en exclusiva de esta actividad de gestión del empleo cuando, haciendo imposible el ejercicio de las actividades de las empresas

privadas, las oficinas públicas no están en condiciones de satisfacer la demanda de mercado para todos los tipos de actividades.

Igualmente, la STJCE de 13 de diciembre de 1991 ²⁷³, sienta la regla de prohibición -de los Estados miembros- de colocar a empresas públicas o a empresas que gozan de derechos exclusivos, mediante medidas legislativas, reglamentarias o administrativas, en una situación en la que ellas mismas no pueden colocarse sin infringir lo dispuesto en el artículo 82:

“Si el refuerzo de la posición dominante de la empresa pública o empresa a la que el Estado ha reconocido derechos exclusivos se debe a una medida tomada por el Estado, dicha medida constituiría una infracción del artículo 90 del Tratado, considerado en conjunción con el artículo 86” (artículos 86 y 82, tras el Tratado de Amsterdam, respectivamente).

En este sentido, la sentencia de 30 de abril de 1986 ²⁷⁴ dispone que los Estados miembros deben *abstenerse de tomar todas aquellas medidas que permitan a las compañías aéreas sustraerse* de las exigencias impuestas por las normas sobre la competencia del Tratado (en el presente caso, concretamente, la concertación de tarifas de vuelo, cuando no se den las condiciones de exención del artículo 81.3):

“Si bien es cierto que los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren al comportamiento de las empresas y no a las medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros, no lo es menos que el Tratado impone a éstos la obligación de no adoptar o de no mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de tales disposiciones. Este es, en particular, el caso cuando un Estado miembro impone o favorece la conclusión de acuerdos contrarios al artículo 85 o refuerza sus efectos”. “Es contraria a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 5 del Tratado, en relación con los artículo 3.f y 85, en particular su apartado 1, del mismo Tratado, la homologación de tarifas aéreas y el fortalecimiento por esta vía de sus efectos, cuando, en ausencia de una normativa adoptada por el Consejo (...), se ha hecho constar (...) que dichas tarifas son el resultado de un acuerdo, de una decisión de asociaciones de empresas o de una práctica concertada contraria al artículo 85”.

Asimismo,

“Los Estados miembros están obligados, según el párrafo 2 del artículo 5 del Tratado CE, a no entorpecer, por medio de sus disposiciones nacionales, la plena

²⁷³ STJCE de 13 de diciembre de 1991, RTT contra GB-Inno-BM *cit.*, apartados 20 y 21, cuya doctrina fue confirmada por la STJCE de 17 de noviembre de 1992, Reino de España y otros contra Comisión, asuntos acumulados C-271, 281 y 289/90, Rec. pp.I-5833 y ss. (apartado 36).

²⁷⁴ Ministerio Público contra Asjes, *cit.* Rec.1986 p.1446 (conclusiones del abogado general Sr. Lenz).

y total aplicación del Derecho comunitario (...) y de abstenerse de introducir o mantener medidas, ya sea en forma de leyes o de reglamentos, que pueden eliminar la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas”²⁷⁵.

La cuestión no afecta solamente a las medidas que dicten los Estados, ya que se extiende, asimismo, a las Administraciones locales. Así, en la sentencia de 4 de mayo de 1988 (Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des régions libérées), *el abuso* de posición dominante en que incurrieran ciertas empresas concesionarias (del servicio público funerario) *se debía a la aplicación de las cláusulas impuestas* por los Municipios. Tal hecho llevó a la declaración de infracción del artículo 86.1 del Tratado (junto al artículo 82, de abuso de posición dominante).

Otro caso que se refiere en similares circunstancias a la Administración local es la STJCE de 23 de mayo de 2000 (asunto C-209/98). En esta sentencia se insiste en que la concesión de derechos exclusivos por parte del Ayuntamiento de Coopenhage, en favor de un número determinado de empresas para la recogida y tratamiento de residuos, no vulneraba, en sí mismo, el Derecho comunitario de la competencia (no es, desde luego, en cuanto tal, un abuso de posición dominante). Cosa distinta que también se plantea en este litigio es la posibilidad de que la normativa local estuviera impidiendo a los intermediarios la participación en la recogida de los residuos controvertidos para la reventa en otros Estados miembros. La concesión de derechos exclusivos no supone en cuanto tal un obstáculo a las exportaciones. Pero el TJCE se remite al órganos jurisdiccional nacional para que observe si la normativa local crea un sistema que, de hecho, impide las exportaciones (hecho impedido por el artículo 29 del Tratado de la CE). Así pues, al igual que en la sentencia Bodson anteriormente comentada, el hecho de que exista una normativa local no lleva a impedir declarar la vulneración del Derecho comunitario de la competencia. En esta STJCE de 23 de mayo de 2000, resolviendo una última cuestión prejudicial acerca de la posible incompatibilidad de la concesión de derechos exclusivos con el Derecho comunitario, sienta que dicha concesión no está en cuanto tal prohibida por dicho Derecho y que además el posible abuso de posición dominante puede llegar a estar justificado por el artículo 86.2 a pesar de que en el presente caso, en realidad, no se acreditaba la existencia de abuso alguno de posición dominante.

En general, la jurisprudencia que venimos citando parece vencer fácilmente el obstáculo que podría suponer el artículo 96.2 del Tratado. En efecto, en la sentencia Puerto de Génova de 10 de diciembre de 1991, *cit.*, una empresa pública, a la que se le había conferido el monopolio de la realización de las operaciones

²⁷⁵ Puede verse también la sentencia Höfner y Elser contra Macroton de 23 de abril de 1991, *cit.*, y la sentencia ERT de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, Rec. 1991.

portuarias, *era inducida a abusar* de su posición dominante, *al aplicar la legislación estatal* que tenía que cumplir para el desarrollo de sus actividades ²⁷⁶.

El abuso provenía de la previsión legal por la cual todo desembarque debía hacerse por la empresa portuaria monopolística, no guardando relación coste real de la prestación del servicio y el precio facturado ²⁷⁷.

El artículo 86.2 se considera por el Tribunal para comprobar si la infracción del Derecho comunitario, en estos casos, puede quedar justificada; en el presente caso, no obstante, aquél no llevó a justificar tales prácticas restrictivas de la competencia; la doctrina de esta sentencia es ilustrativa:

“El hecho de que los poderes públicos hayan confiado a una empresa la gestión de un servicios económico de interés general no puede, en virtud del artículo 90.2, eximir a dicha empresa de la observancia de las normas del Tratado, a no ser que la aplicación de estas normas *pueda obstaculizar el cumplimiento de la misión* específica que le ha sido confiada y que el interés de la Comunidad no resulte afectado”.

Por otra parte, el estudio de los criterios en particular de la jurisprudencia no puede llevarnos a ocultar la intención del Tribunal, que es contribuir sanamente a la misión comunitaria de liberalizar los mercados, y, por tanto, de erradicar ciertos monopolios nacionales; en el presente caso, se constataban resistencias tradicionales, por parte del Gobierno de Italia a la introducción de la competencia en este sector, pese a las demandas de la Comisión Europea.

Lógicamente, estos criterios se reflejan también en las decisiones de la Comisión Europea.

Por ejemplo, en la decisión de 21 de diciembre de 1993 ²⁷⁸ se aplica el abuso de posición dominante en relación con una empresa pública de servicios públicos (DSB) ²⁷⁹, que ostentaba una posición dominante en el mercado de organización de operaciones portuarias para los servicios de transbordadores de pasajeros y vehículos entre Rodby y Puttgarden (apartado 10) y realizaba el transporte entre ambos puertos.

²⁷⁶ Concretamente, el artículo 110 del Código de Navegación italiano de 30 de marzo de 1942.

²⁷⁷ Apartado 18 p.5915.

²⁷⁸ Decisión de la Comisión 94/119, de 21 de diciembre de 1993, relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rodby (Dinamarca), DOCE L 55/52.

²⁷⁹ Así es definida en el apartado 3 de la decisión.

En concreto, en el caso de la presente decisión, la infracción del Tratado estaba en la negativa del Gobierno danés respecto de la autorización pedida por una empresa sueca para operar en la línea de transporte marítimo mencionada, así como para construir otro puerto alternativo. Esta actitud del Gobierno danés colocaba a la empresa danesa en una posición de abuso, ya que con tal denegación de la autorización se reforzaba la posición de dominio de la empresa danesa y se incurría en el abuso de no permitir a otro operador realizar tales servicios de transbordadores entre Rodby (Dinamarca) y Puttgarden (Alemania) (apartados 12 a 17). En definitiva, se identificaba una posición dominante de una empresa (DSB), por efecto de una medida de un Estado miembro, y por eso se vulneraba no sólo el artículo 82 (abuso de posición dominante) sino también el artículo 86.1 (prohibición de que los Estados miembros adopten medidas contrarias al Tratado, en los términos del precepto).

La decisión consideró que la empresa llevaba a cabo un servicio de interés económico general (amparada en principio por el artículo 86.2); sin embargo, "no se impedía la realización de la misión confiada". En definitiva, el monopolio que ostentaba la empresa pública danesa fue abierto, de esta forma, a la competencia²⁸⁰.

Así pues, a modo de recapitulación, los Estados miembros no pueden dictar normas con el fin de sustraer a las empresas de las reglas de la competencia. La aplicación combinada de los artículos 82 y 86.1 permite llegar a esta solución y evitar que se eluda el Derecho de la competencia por la acción normativa de los Estados.

De este modo, implícitamente puede considerarse que la propia discrecionalidad de los Estados a la hora de organizar los servicios públicos resulta también limitada en virtud de este artículo 86.1 del Tratado: la imposibilidad, por parte de los Estados, de colocar a las empresas en posiciones de dominio contrarias al Tratado es un hecho que conlleva la limitación -de los propios Estados- de organizar sus servicios libremente -hasta ese punto o grado-²⁸¹.

²⁸⁰ La decisión siguió la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de la sentencia RTT contra GB-Inno-BM de 13 de diciembre de 1991, véase también la decisión de 20 de diciembre de 1989 (90/16 CE) relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido, en la cual se declaran contrarios al Tratado ciertos preceptos legales por los que un Estado miembro ampliaba un monopolio existente.

²⁸¹ Puede, asimismo, consultarse la STJCE de 17 de noviembre de 1992, Reino Unido contra Comisión, en la que se declara la vulneración del Derecho de la competencia por haberse impedido ésta mediante el otorgamiento de derechos exclusivos a los organismos de telecomunicaciones para realizar este servicio. Igualmente, la sentencia ERT de 18 de junio de 1991 (asunto 260/89, Rec. 1991) mantuvo que el apartado 1 del artículo 86 se oponía a la concesión de un derecho exclusivo de retransmisión de emisión de televisión a una sola empresa cuando estos derechos puedan crear una situación en la que la citada empresa se vea obligada a infringir el artículo 82 mediante una política de emisión discriminatoria en favor de sus propios programas, salvo en el caso de que la aplicación del artículo 82 impida el cumplimiento de una misión específica que se le haya confiada.

Queda, por otra parte, superada la postura contraria o reticente a un control del TJCE en estos casos²⁸².

B. El control judicial sobre la creación y extensión de los monopolios, en virtud del abuso de posición dominante.

El presente apartado continúa el análisis sobre las limitaciones del principio de libertad de organización de los servicios públicos, en virtud del Derecho comunitario. Tomando como referencia la práctica comunitaria es interesante constatar un proceso que, partiendo del control del ejercicio de la gestión de las empresas que realizan los servicios públicos, parece llegar a un control sobre la creación o extensión de los servicios públicos.

En efecto, tradicionalmente el Tribunal de Justicia de las CCEE no afectaba al principio de libertad de los Estados miembros para crear monopolios o extenderlos de ámbito, es decir, la facultad de otorgar derechos exclusivos o especiales a las empresas²⁸³.

²⁸² Cierta jurisprudencia fue reticente a la aplicación del Derecho de la competencia a las medidas normativas de los Estados; así, en la sentencia GB-Inno-BM contra ATAB de 16 de noviembre de 1977, asunto 13/77, Rec. p.2115, si bien se sienta que “los Estados miembros no pueden dictar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las limitaciones impuestas por los artículos 85 a 94”, el Tribunal renunció, sin embargo, a enjuiciar la legislación nacional bajo el prisma del Derecho de la competencia. (El caso hacía referencia a una práctica de una empresa, de fijación de precios de tabaco por debajo del índice permitido en la etiqueta fiscal). El Tribunal estimó que no había inconveniente para el establecimiento de un precio fijo de venta al consumidor de tabacos manufacturados (al no entorpecerse la importación entre los Estados miembros, enjuiciando el caso -por tanto- a la luz del artículo 28).

Tal interpretación se plasma también en la sentencia Leclerc livres de 10 de enero de 1985, asunto 229/83: por un lado, “en virtud del artículo 5.2 del Tratado, los Estados no pueden perjudicar mediante su legislación nacional la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario (...) y no pueden mantener en vigor medidas (...) susceptibles de eliminar el efecto útil de las reglas de concurrencia aplicables a las empresas”; (el asunto se refería a una práctica de una empresa -de fijación de precios de libros- inferiores a los autorizados legalmente). Sin embargo, por otro lado, el Tribunal estimó que no había inconveniente para realizar tal práctica por parte de los Estados, pues en el presente caso las obligaciones de los Estados no estaban claramente definidas; por otra parte estimó la libertad de los Estados, siempre que se respeten las demás disposiciones del Tratado y principalmente la libertad de circulación de mercancías.

La sentencia de 29 de enero de 1985 Leclerc pétrole, asunto 231/83 matiza la anterior, sin embargo, en el sentido de que “tal limitación alcanza sólo a las medidas que puedan eliminar el efecto útil de las reglas de competencia pero sólo a éstas”.

Por otra parte, la STPI de 30 de marzo de 2000 (asunto T-513/93) afirma que si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o si crea un marco jurídico que elimina por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 81 y 82. Por el contrario cabe aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas.

²⁸³ Sentencia G. Sacchi de 30 de abril de 1974, *cit.*, Rec. p.409 apartado 14.

Se ha venido, así, entendiendo que el Tratado no impide los monopolios, pues aquel lo que prohíbe es el abuso de posición dominante pero no las posiciones dominantes en cuanto tales²⁸⁴.

Por tanto, la vinculación al Derecho de la competencia se refiere a la actividad de la empresa monopolística. Estos principios que emanan del Derecho comunitario casan perfectamente con la lógica de los Derechos nacionales, en tanto que en éstos (al menos así es en España, Francia, Alemania e Italia) rige el principio de libertad de organización de los servicios públicos, con la posibilidad de la gestión de éstos tanto en régimen de monopolio como de concurrencia (siempre que lo admita el propio ordenamiento).

Sin embargo, existen testimonios jurisprudenciales por los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades, no conforme con el mero control del ejercicio de la actividad de las empresas de servicios públicos, extiende su control a las decisiones de los Estados que crean o extienden los monopolios.

Selecciono la sentencia RTT contra GB-Inno-BM de 13 de diciembre de 1991, *cit.*, la cual en sus apartados 24 y ss. declara, así, que:

“La extensión de un monopolio, sin justificación objetiva, está prohibida como tal (...) por el artículo 90.1 en relación con el artículo 86 del Tratado, cuando esta extensión es fruto de una medida estatal” (...); “es la extensión del monopolio del establecimiento y la explotación de la red telefónica al mercado de los aparatos telefónicos, sin justificación objetiva, lo que se prohíbe en cuanto tal en el artículo 86 o en el apartado 1 del artículo 90”.

Esta jurisprudencia se confirma en la sentencia de 10 de julio de 1991 (Radio Telefis Eireann contra Comisión) según la cual el monopolio de la empresa pública irlandesa (Radio Telefis) “no puede extenderse” a la publicación de revistas de televisión.

Igualmente, en la sentencia Puerto de Génova de 10 de diciembre de 1991 el Tribunal confirma una decisión de la Comisión, rompiéndose con el monopolio existente (de desembarque de mercancías en el puerto) ²⁸⁵.

En similares términos se había pronunciado ya la sentencia de 3 de octubre de 1985 (CBEM- Télémaking contra CLT e IPB, *cit.*) por la que el hecho de que una empresa se reserve, sin justificación objetiva, una actividad auxiliar que podría

²⁸⁴ Sentencia ERT de 18 de junio de 1991, *cit.*, Rec. p.I-2925, apartado 34.

²⁸⁵ Puede verse también la sentencia República Francesa contra Comisión de 19 de marzo de 1991, *cit.*, Rec. apartados 33 a 39 (sentencia Télécom).

ser ejercida por una tercera empresa en un mercado próximo, pero diferente, con el riesgo de eliminar la competencia de dicha empresa, constituye un abuso de posición dominante.

Otras veces el TJCE (caso de la STJCE de 23 de mayo de 2000, asunto C-58/99) da por bueno el argumento de la Comisión según el cual la concesión de poderes especiales (para la privatización de empresas públicas, en favor de ciertas entidades empresariales) ha de reunir cuatro requisitos, a saber, que se apliquen de forma no discriminatoria, que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no excedan de lo que es necesario para alcanzarlo.

Desde luego, las decisiones de la Comisión Europea no han dudado en afectar el principio de libertad de organización de los servicios públicos. En relación con el servicio público de correos, una decisión importante es la de 20 de diciembre de 1989 (90/16 CE) relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido por una empresa pública monopolística gestora del servicio público de correos. Se hizo uso de la técnica del abuso de posición dominante para impedir la ampliación o reserva, realizada en favor de la empresa pública de correos, del servicio de correo rápido. El "abuso", a juicio de la Comisión, consistía en la "extensión de la posición dominante existente".

Dicha "extensión" (realizada por una Ley holandesa, de 26 de octubre de 1988, que ampliaba así las facultades de correos, en relación con el régimen existente en el momento, previsto en la Ley postal de 1954) no se amparaba en el antiguo artículo 90.2 del Tratado. De este modo, los preceptos de la Ley holandesa (2 y 12 concretamente) que establecían tal hecho infractor, fueron declarados incompatibles con el Tratado en virtud del antiguo artículo 90.1 (prohibición de los Estados de tomar medidas contrarias al Tratado) en relación con el antiguo artículo 86 (abusos de posición dominante).

Otra resolución concerniente al servicio público de correos es la decisión 90/456, de 1 de agosto de 1990, relativa a la prestación en España de servicios de correo rápido internacional²⁸⁶. La Comisión estimó que la normativa española²⁸⁷ era incompatible con el antiguo artículo 90.1 en relación con el 86, en tanto que reservaba a Correos el servicio de correos rápido internacional de recogida, transporte y distribución de cartas. Estas decisiones de la Comisión no habrían sido

²⁸⁶ DOCE N° L 233/19.

²⁸⁷ Artículos 10 a 13 de la Ordenanza Postal Española aprobada por Decreto n°1113/1960, de 19 de mayo, y los artículos 19 a 22 del Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto n°1653/1964, de 14 de mayo de 1964.

válidas jurídicamente si con ello se hubiera impedido, a tales empresas gestoras de servicios públicos, la realización de la misión a ellas conferida (en virtud del antiguo artículo 90.2 del Tratado). Sin embargo, no era el caso según la Comisión en ninguna de las decisiones reseñadas²⁸⁸.

Todo lo anterior lleva a concluir que de una presunción en favor de la licitud de los monopolios se ha pasado a un principio de presunción de ilegalidad. Con otras palabras, la creación o extensión del monopolio ha de justificarse.

La técnica del abuso de posición dominante consigue limitar la aplicación del principio de libertad de organización de los servicios públicos, del cual gozan los Estados miembros. El "aumento de la intensidad del monopolio" (de la posición de dominio) provocado por algún hecho (así una reforma legal, una negativa administrativa de acceso al mercado) es una causa de abuso de la posición dominante. Asimismo lo es la falta de justificación del monopolio. El conocimiento de esta nueva jurisprudencia comunitaria lleva a un cambio de actitud por parte de los Estados miembros, más reflexivos en torno a si pueden o no ampliar los monopolios de servicios públicos existentes. Por otro lado, es interesante que el artículo 86.2 puede servir para justificar los abusos de posición dominante (y los monopolios), actuando como límite frente a la competencia.

C. Las obligaciones de servicio público y sus límites (STJCE de 17 de septiembre de 1998, asunto C-412/96, Kainuun Liikenne Oy y Oy Pohjolan Liikenne Ab).

También la facultad de los Estados miembros de definir discrecionalmente las obligaciones de servicio público (de este principio sería ilustrativa la STJCE de 30 de noviembre de 1995, asunto C-134/94, Esso Española contra Comunidad Autónoma de Canarias, en la que no se contradice la obligación decretada por dicha Administración de prestar suministro de petróleo en un número determinado de islas del archipiélago canario a todo operador mayorista de productos petrolíferos) puede verse limitada por el Derecho comunitario, como evidencia la citada STJCE de 17 de septiembre de 1998 en relación con el famoso Reglamento CEE nº1191/69 del Consejo, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (reformado por el Reglamento nº1893/91). Antes de revelar el fallo de esta sentencia conviene recordar que en este Reglamento 1191/69 se reconoce a las empresas de transporte el derecho a presentar ante las autoridades competentes de los Estados miembros solicitudes de

²⁸⁸ Véanse apartados 13 y 14 de la decisión 90/456.

supresión de una obligación de servicio público (si esta obligación presenta desventajas económicas para tales empresas), pudiendo los Estados miembros suprimir las obligaciones inherentes a la noción de servicio público o mantener aquéllas (en la medida que sean indispensables para garantizar la provisión de suficientes servicios de transporte) generándose en este caso un derecho de compensación en favor de las empresas de transporte (en los términos de los artículos 10 a 13 del Reglamento; véanse también artículos 1.4, 2, 4.1).

Así pues, el TJCE puede limitar la facultad discrecional de los Estados de mantener obligaciones de servicio público, declarando su supresión (concretamente, la STJCE de 17 de septiembre de 1998 enjuicia en estos términos el asunto planteado pese a que finalmente se desestima el recurso por no concurrir los presupuestos necesarios, considerando el amplio margen de discrecionalidad en favor del Estado miembro).

D. La cuestión tras las sentencias Corbeau, Almelo, Fédération française des sociétés d'assurances, Air Inter SA y otras.

Ha podido comprobarse la sujeción de los servicios públicos al Derecho de la competencia, tanto en el plano de la actividad de las empresas que los gestionan como en el de la libertad de los Estados para organizar los servicios en régimen de monopolio. Pero el límite del artículo 86.2, que ha sido estudiado, cobra una nueva dimensión con cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; me refiero primero a los supuestos de hecho y la doctrina jurisprudencial de la sentencia Corbeau.

La sentencia Corbeau partía de un supuesto según el cual una persona realizaba el reparto de correos en la ciudad Lieja y en su zona limítrofe. Esta actividad chocaba con la legislación belga, por la cual tales actividades estaban reservadas al servicio de Correos. Por vía prejudicial, el asunto llegó al Tribunal de Justicia Comunitario, al preguntarse el Tribunal Correccional de Lieja si tal monopolio era compatible con el artículo 86 del Tratado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entendió que la Administración de Correos asumía un servicio de interés económico general, en el sentido del artículo 86.2 del Tratado, consistente en la obligación de asegurar la recogida, transporte y distribución del correo.

A efectos de resolver si tal prestación del servicio puede justificar una restricción o supresión del régimen de competencia, el Tribunal partió en este caso de que la realización del interés general llevaba consigo la "gestión de modo rentable". La necesidad de compensar pérdidas -mediante los beneficios que obtiene en otros sectores- justifica que en los (sectores) económicamente rentables se limite el régimen de competencia en favor de los particulares; pese a que éstos podrían ofrecer mejores condiciones que la empresa que asume el servicio de in-

terés general, se justifica la restricción de la competencia por servir aquélla para compensar las pérdidas que originan los sectores no rentables.

La idea subyacente es el "*equilibrio económico*" como causa de la restricción de la competencia. Este equilibrio exige una compensación entre pérdidas y beneficios. La cuestión está en comprobar si la prestación que realiza el particular pone en peligro la prestación del servicio de correos, siendo así si se sustrae -del conjunto de las actividades del gestor de servicios públicos- una parte que es necesaria para la realización de la función (de interés general) de prestación del servicio de correos. En la sentencia Almelo se sigue esta doctrina de la sentencia Corbeau, aplicándose a un caso que consistía en dilucidar si las limitaciones impuestas a los suministradores de electricidad en los Países bajos se justificaban en razón de la necesidad de garantizar la misión específica que les ha sido confiada²⁸⁹ y declaró contraria a tal precepto tales limitaciones, si bien dejó a la estimación del Tribunal la existencia de una posible justificación de tal infracción a la luz del artículo 82.2.

De la sentencia Corbeau se desprende que determinadas actuaciones pueden quedar reservadas al sector público, ya que con la generalización indiscriminada de la competencia podría llegarse a que los empresarios se concentraran en las actividades del sector más rentables económicamente, en las cuales podrían ofrecer precios más competitivos que los del titular del derecho exclusivo, al no sufrir la carga de tener que realizar esta misma actividad en los sectores menos rentables.

No obstante, primero, la sentencia mantiene que existen "servicios", disociables del interés general, que responden simplemente a las necesidades parti-

²⁸⁹ El asunto consistía, concretamente, en comprobar si una cláusula incluida en un contrato de adhesión entre la empresa regional de suministro de electricidad y las empresas locales, por la cual éstas quedaban obligadas a adquirir el producto de aquélla, sin poder importarlo, era contraria a las reglas de la competencia del Tratado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades consideró que tal cláusula era contraria a los artículos 81 y 82 del Tratado; sin embargo, a los efectos de enjuiciar la posible justificación (en virtud del artículo 86.2) se devolvió el asunto al Tribunal holandés que había remitido la cuestión prejudicial, para que éste enjuiciara, a la luz de las pruebas que presentara la empresa que ha infringido el Tratado, si podía ser ésta exonerada (en virtud del artículo 86.2) de la declaración de tal infracción (véase el apartado 50); interesante es la doctrina del Abogado del Estado (apartado 162) quien mantenía que tal exoneración era posible si la empresa demandada lograba hacer valer la necesidad de dicha cláusula para suministrar de forma ininterrumpida, igualdad de trato entre los usuarios, etc.). La sentencia Almelo, por otra parte, es importante en el contexto de la liberalización de la energía. Según dice el abogado general era ésta la primera vez que el Tribunal de Justicia Comunitario se enfrentaba con el tema de la competencia en el suministro de electricidad y con la cuestión del acceso de terceros a las redes públicas para permitir una competencia eficaz entre proveedores de electricidad. Véase A. JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, "Servicio público, interés general, monopolio: recientes apuntes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", REDA 84 1994 p.600.

culares de los operadores económicos y que pueden realizarse en régimen de libre competencia ²⁹⁰.

Segundo, la "doctrina Corbeau" no es la única solución posible. En ciertos sectores liberalizados (vgr. telecomunicaciones) se establece, por su normativa reguladora, un sistema de designación de un operador para la prestación, en concreto, de los servicios universales, financiando los distintos operadores las cargas de estos servicios no rentables, con lo que se obvia e imposibilita la aplicación de la sentencia Corbeau (por ejemplo véase el artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998).

Tercero, en el propio sector postal, en la actualidad, se ha realizado la liberalización comunitaria. La solución, para afrontar el problema de las cargas de tipo social y de la prestación de áreas o servicios no rentables, no pasa por la reserva del sector en favor del poder público. Más bien, el propio mercado soluciona dicho problema mediante la fórmula del servicio universal al que antes me refería.

Con posterioridad a esta jurisprudencia que acaba de ser comentada se han dictado otras sentencias de interés sobre el artículo 86.2.

Primeramente, profundizando en la doctrina Corbeau, la sentencia *Fédération française des sociétés d' assurances* y otros contra Comisión (asunto T-106/95, Rec. II-229), de 27 de febrero de 1997, aplica la excepción del artículo 86.2 en favor de los poderes públicos considerando lícita nada menos que una ayuda de Estado en favor de una empresa pública (*nuevamente* la gestora de un servicio postal) argumentando la "necesidad" de dicha ayuda para el cumplimiento específico de la misión confiada a aquella entidad. Así pues, por esta vía del artículo 86.2 llega a justificarse una ayuda ilegal, desestimándose el recurso de los interesados contra la decisión de la Comisión de no intervenir contra la concesión de dicha ayuda.

Por contrapartida, puede citarse la sentencia del TPI *Air Inter SA* contra Comisión (asunto T-260/94, Rec. II-997), de 19 de junio de 1997, especialmente significativa de la postura del Tribunal en aras de evitar un abuso en la invocación del artículo 86.2 y de centrar sus límites. Recuerda en este caso el Tribunal la aplicación restringida del precepto y descarta expresamente una extensión de la doctrina Corbeau a un caso en que una empresa pretendía beneficiarse del régimen del artículo 86.2 apoyándose en que la exclusiva que le fue concedida sobre determinadas líneas de tráfico aéreo rentables se justificaba ante la necesidad de compensar de esta forma la prestación del servicio en rutas deficitarias. El TPI basó la sentencia en los especiales requisitos que recaen sobre el recurrente en

²⁹⁰ Se trata de las prestaciones adicionales o complementarias que el servicio tradicional de correos no ofrece, como por ejemplo los servicios rápidos.

cuanto a la prueba de los distintos presupuestos del artículo 86.2 del Tratado, que hemos estudiado en este trabajo, así como en la propia normativa comunitaria que apoyaba un proceso de liberalización en el sector.

Una ilustrativa sentencia que nos permite ver tanto la aplicación como los límites del artículo 86.2 es la STJCE de 10 de febrero de 2000 (asuntos acumulados C-147/97 y C-148/97). El supuesto se refería a la aplicación del Convenio de la Unión Postal Universal, en virtud del cual los Estados firmantes se obligan a encaminar y distribuir el correo internacional a los destinatarios domiciliados en su territorio, utilizando para ello los medios más rápidos de servicio de correos, atribuyéndose (por el Estado alemán) a Deutsche Post (el "equivalente" a Correos en España) el derecho a tratar los envíos internacionales como correo interior aplicando entonces aquélla una tarifa interior como compensación de los gastos que ocasiona la realización de la misión conferida.

Pues bien, la STJCE de 10 de febrero de 2000 entiende que, en principio, la aplicación de dicha tarifa se justifica ya que, de lo contrario, es decir sin la compensación por la realización del servicio encomendado, podría ponerse en peligro la misión de interés general que le ha sido atribuida a dicha empresa (conforme al tenor literal del artículo 86.2 del Tratado de la CE). En cambio, constituye un abuso de posición dominante (no amparado por dicho artículo 86.2) la aplicación de toda la tarifa interior, considerando que una parte de los gastos que ocasiona el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el citado convenio se financia por las Administraciones postales de otros Estados firmantes. La aplicación de toda la tarifa interior representa, pues, un abuso de posición dominante (prohibido por el artículo 82 del TCE). El hecho de que proceda dicho abuso de una disposición normativa del Estado alemán lleva a aplicar conjuntamente el citado artículo 82 y el artículo 86.1 del mismo TCE a efectos de considerar igualmente ilegítima esta práctica.

Finalmente, en cuatro sentencias de 23 de octubre de 1997, *cit.* (asuntos 157 a 160/94) el TJCE aclara, en primer lugar, que la carga de la prueba sobre el incumplimiento del TCE (en el presente caso, del artículo 31, antiguo 37) corresponde a la Comisión Europea, y sobre los presupuestos del artículo 86.2 a los Estados miembros. En segundo lugar, el Tribunal comunitario viene a decir que la responsabilidad del proceso de liberalización comunitaria ha de recaer esencialmente no sobre la justicia comunitaria, sino sobre la propia Comisión, dictando ésta la debida reglamentación.

CAPÍTULO CUARTO

EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LOS FONDOS ESTRUCTURALES. ESTUDIO SOBRE LOS FONDOS ESTRUCTURALES

1. Problemática.

Es importante referirse a los fondos comunitarios. Primero, por la importancia que objetivamente merece este tema. Segundo, porque en torno a dicho tema gira una intensa actividad administrativa mediatizada por el Derecho comunitario. Tercero, se plantea el problema de la posible incompatibilidad de las ayudas concedidas como fondos estructurales con el Derecho comunitario de la competencia. Quiere seguidamente ponerse de manifiesto cómo son perfectamente compatibles los fondos estructurales con el Derecho comunitario de la competencia.

En principio, el tema de los Fondos estructurales se relaciona con otras materias reguladas, igualmente, en el Tratado de la Comunidad Europea, tales como el medio ambiente, la contratación administrativa, las redes transeuropeas o las políticas comunitarias por ejemplo la política agrícola ²⁹¹.

Desde este punto de vista, este trabajo estudia concretamente la interrelación entre los Fondos de cohesión y la política de competencia, donde se plantea una problemática no equiparable, por su especial significación, a la que puede establecerse entre la política de cohesión y aquellas otras materias.

²⁹¹ Así lo ponen de manifiesto reiteradamente los reglamentos reguladores de los Fondos estructurales, a través de las distintas referencias que aquéllos hacen en sus Considerandos a dichas materias; pueden verse los Considerandos del Reglamento CE nº1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos estructurales.

Durante los años precedentes la Comisión Europea se ha esforzado por lograr una aplicación de los Fondos estructurales compatible y conforme con el Derecho de la competencia (y por lograr en general una coherencia entre Fondos estructurales y Ayudas regionales) especialmente a los efectos prácticos de concentrar los Fondos y las Ayudas en las zonas o regiones que más los necesiten. Esta insistencia en la coherencia entre Fondos y Ayudas sería uno de los datos que mejor caracteriza el proceso de reforma de los Fondos estructurales, dando lugar a la aparición de una nueva reglamentación comunitaria en la materia, que en la actualidad continúa vigente.

La coherencia entre los Fondos estructurales y las Ayudas regionales consiste en la toma en consideración de unos mismos criterios para determinar las áreas susceptibles de beneficiarse de Fondos estructurales y para definir las zonas que pueden beneficiarse de una Ayuda regional.

Expresada en estos términos, la coherencia entre los Fondos estructurales y las Ayudas regionales tiene, además de la significación práctica a la que acabo de aludir, una especial significación jurídica. En efecto, la coherencia entre los Fondos estructurales y las Ayudas regionales significa la compatibilidad de aquéllos con el Derecho de la competencia, ya que es en este Derecho donde se integra el instrumento de las Ayudas regionales. Los Fondos estructurales dejan de aplicarse de forma descoordinada o incluso contradictoria con el Derecho de la competencia y el dispositivo de Ayudas regionales para pasar a aplicarse conforme a los mismos criterios que sirven para aplicar aquéllas, con lo cual dichos Fondos dejan de ser un instrumento de excepción frente al mercado, y cuya legitimidad proviene simplemente de su reconocimiento en el Tratado de la CE (Título XVII tras el Tratado de Amsterdam, antiguo Título XIV²⁹²), para pasar a convertirse en un medio perfectamente compatible con las reglas de mercado que integran el Derecho de la competencia y por tanto con la realización del "mercado común". La legitimidad misma de los Fondos estructurales se refuerza cuando se verifica esta compatibilidad de los Fondos estructurales y el Derecho de la competencia, a través de la coherencia entre Fondos y Ayudas. reciente

La coherencia deseada entre las políticas de cohesión y de competencia no es sólo importante a efectos de salvar el problema que puede producir una aplicación incoherente entre Fondos y Ayudas regionales (v.gr. cómo justificar plena y convincentemente que puedan concederse Fondos estructurales en aquellos casos en que no se admiten las Ayudas regionales²⁹³), problema o conflicto éste que

²⁹² Los artículos citados se corresponden con los artículos 130 A y 92, respectivamente, del TCE antes de la reforma del Tratado de Amsterdam.

²⁹³ Así, F.G. WISHLADE, "Competition policy or cohesion policy by the back door? The Commission guidelines on national regional aid", *European Common Law Review* 6 1998 pp.343 y ss.

ha llegado a los tribunales de justicia (sentencia del TPI de 17 de junio de 1999, asunto T-82/96).

Es, igualmente, importante porque lleva a aumentar la propia coherencia interna del Tratado de la CE, si se entienden de forma coordinada ambas políticas, evitando de esta forma un posible problema de fondo de contradicciones e incompatibilidades entre las políticas de cohesión y de la competencia en el seno del Tratado.

2. Planteamiento general sobre los Fondos estructurales.

A. *El reconocimiento de la política de cohesión económica y social en el Tratado de la CE.*

Así pues, estaríamos ante dos grados de intensidad en cuanto a la legitimación de los Fondos estructurales. El primero se deriva de su propio reconocimiento en el Tratado de la CE. El segundo se desprende de su consideración como instrumento que se aplica tomando en consideración los mismos criterios que sirven para determinar la procedencia de las Ayudas regionales.

El primer "grado" o planteamiento quiere abordarse a continuación, como preludio al tema de fondo que es el examen de la coherencia entre Fondos estructurales y el Derecho de la competencia.

Este planteamiento general lleva a recordar que en principio la Comunidad tiene como misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común, un desarrollo armonioso y complementario de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. Esta vertiente económica, preponderante en el ámbito comunitario, llega a suponer una restricción del ámbito de las actuaciones de tipo prestacional de los Estados miembros, como evidencia claramente el archiconocido proceso de liberalización de servicios públicos o también las limitaciones que implican los artículos 87 y 88 del propio Tratado de la Comunidad Europea (92 y 93 antes del Tratado de Amsterdam), sobre las Ayudas otorgadas por los Estados que falseen la competencia.

No obstante este predominio de lo económico, la Comunidad Europea enseña cada vez más su vertiente social y cultural, presente ésta en los propios artículos 2

Sobre el tema también F. ERLBACHER, "Die neuen Leitlinien der Kommission für die Vergabe staatlicher Regionenhilfen", *EuZW* 17 1998, pp.517 y ss.; J. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Las Ayudas con finalidad regional y la cohesión económica y social", en VVAA, *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado único europeo*, Boletín asturiano sobre la Unión Europea, Suplemento nº9, abril 1996, pp.60 y ss.

y 3 del Tratado de la CE o en el Título XI (antiguo Título VIII) del Tratado de la CE, donde se regulan la política social comunitaria²⁹⁴ y el Fondo Social Europeo²⁹⁵.

La vertiente "social" de la Comunidad Europea se perfecciona mediante los Fondos estructurales que, de algún modo, vienen a significar la necesidad de corregir los desfases estructurales que puede ocasionar el libre mercado entre distintas regiones de la Unión Europea. Los Fondos estructurales apoyan concretamente el desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad, permitiendo que ésta desarrolle, de esta forma, una acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social (artículos 158 y 159 tras la reforma del Tratado de Amsterdam; antiguos artículos 130.A y B, introducidos por el Acta Única Europea, al igual que en general el Título XIX, "Cohesión Económica y Social").

En particular, la Comunidad se propone reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas, incluidas las zonas rurales (artículo 158 del Tratado; artículo 130 A antes de la reforma de Amsterdam).

Los instrumentos para llevar a cabo estos objetivos son los Fondos de finalidad estructural y el Banco Europeo de Inversiones (BEI). Dichos Fondos son el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), Fondo Social Europeo (FSE), Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo de Cohesión (artículo 159 y 161) y el Instrumento Financiero de Orientación Pesquera (IFOP).

Las distintas regulaciones comunitarias de estos Fondos, que se han sucedido hasta el momento, vienen insistiendo en una serie de objetivos generales, esencialmente el fomento del desarrollo de las regiones más pobres y otras medidas

²⁹⁴ Si bien esta política social fue concebida primeramente (en el Tratado de Roma) como un apéndice de la política económica, aquélla fue reforzada posteriormente a raíz del Acta Única Europea (en cuanto a la salud y seguridad de los trabajadores, la cohesión económica y social y la reorganización del Fondo Social Europeo, artículos 138, 158 y 159, 146 y 148 del Tratado de la CE tras la reforma de Amsterdam), de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y del Tratado de Maastricht (acuerdo del Protocolo 14, facultando la adopción por mayoría calificada respecto de la mejora del medio de trabajo, las condiciones de trabajo, la información y consulta de los trabajadores, integración profesional e igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer).

Se obvia aquí una cita de las distintas medidas adoptadas por la Comunidad, relativas a estos ámbitos, especialmente empleo y Seguridad Social de los trabajadores emigrantes, salud y seguridad en el trabajo, etc. (véase mi trabajo en *RAP* 135 1994, p.303 y distintas contribuciones de otros autores en la *Revista Noticias de la Unión Europea* 158, 1998); igualmente, L. JIMENA QUESADA, *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid 1997.

²⁹⁵ Por su parte, el citado Fondo Social Europeo se configura como uno de los Fondos estructurales de la Comunidad, a los que seguidamente se hace referencia.

tendientes a combatir el desempleo, facilitar la adaptación de los trabajadores a los cambios industriales y a fomentar el desarrollo rural ²⁹⁶.

Pero el objetivo esencial de la cohesión no puede perderse de vista; éste no es tanto la mejora de las condiciones de las unidades domésticas particulares de la Unión como su carácter fundamentalmente geográfico.

Otra característica esencial de dichos Fondos es su complementariedad respecto de las medidas nacionales (regionales o locales), incluso en las zonas más pobres.

Por otra parte, si bien puede destacarse un cierto dirigismo comunitario en cuanto a la elección de las acciones merecedoras de fomento, son los propios Estados miembros los responsables tanto de la aportación económica básica como de la selección de los proyectos y de las responsabilidades de gestión.

La virtualidad de este tipo de medidas es clara. El logro del proyecto económico que lleva consigo la Unión Europea puede llevar a aumentar las desigualdades entre las distintas zonas del espacio comunitario. De ahí que pueda ser cada vez mayor la necesidad de paliar los efectos negativos de este tipo de procesos mediante la cohesión económica y social.

Un ejemplo que puede servir para poner de manifiesto el alcance práctico de los Fondos estructurales, y más concretamente del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (por ser éste un instrumento esencial para corregir los desequilibrios regionales) puede ser el programa URBAN el cual, junto con el INTERREG ²⁹⁷, integra las iniciativas comunitarias que constituyen el Fondo FEDER (artículos 20 y 21 del Reglamento CE nº1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el

²⁹⁶ Véase D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Fondos estructurales europeos*, Madrid 1997 pp.40 y ss. y 255 y ss.; J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid 1998 pp.265 y ss.; también PARLAMENTO EUROPEO, *Efectos regionales de las políticas comunitarias. Serie Política regional y transporte* nº17, Luxemburgo 1991.

Para hacerse una idea de los porcentajes que llegan a cada una de las Administraciones pueden interesar estas cifras relativas a los años 1989-1993: en el objetivo 1 la Administración estatal gestiona el 59,2 %, las Comunidades Autónomas gestionan el 33,8 % del FEDER, la Administración local el 7% y porcentajes similares se prevén respecto del objetivo 2. Tomo estos datos de F. MORATA, *La implementación regional de las políticas comunitarias*, Barcelona 1991 p.83; véase también L. PALACIOS MOSCATERO, "Los Fondos autonómicos de participación municipal: planteamientos constitucionales y realidad normativa", *REALA* 271-272 p.679. Igualmente "Subvenciones a las Corporaciones locales", en *El Consultor* nº20 1998 p.2965.

²⁹⁷ A través del Interreg se promociona la iniciativa comunitaria de cooperación transfronteriza, transnacional e interregional destinada a fomentar un desarrollo armónico, equilibrado y sostenible del conjunto del territorio europeo.

que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos estructurales; artículo 3 del Reglamento CE nº1261/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional).

Mediante el programa URBAN la Comunidad Europea contribuye al desarrollo de la iniciativa comunitaria de regeneración económica y social de las ciudades y de las periferias urbanas en crisis para promover un desarrollo urbano sostenible ²⁹⁸, beneficiándose de dicho programa las ciudades de más de cien mil habitantes que presenten ciertas características. Concretamente, dichas Ayudas recaerán sobre barrios amenazados por una elevada tasa de desempleo, una arquitectura urbana deteriorada, una situación precaria de la vivienda y un entramado social insuficiente. Las ciudades a las que viene afectando este programa son las comprendidas dentro de una de las regiones incluidas en los objetivos 1 y 2 de los Fondos estructurales, es decir, aquéllas que necesitan un fomento de desarrollo y un ajuste estructural (objetivo 1) o bien una reconversión por causa del declive industrial (objetivo 2) ²⁹⁹.

¿Qué conceptos son, concretamente, objeto de Ayuda económica? Haciendo abstracción de las distintas orientaciones (véanse éstas en concreto en la Comunicación a los Estados miembros por la que se fijan las orientaciones para los programas operativos que se les invita a elaborar dentro de una iniciativa comunitaria de zonas urbanas URBAN 96/C 200/04) puede decirse que el programa URBAN se enfrenta esencialmente con los problemas, por una parte, de tipo social que presentan los barrios marginados (orientación a desempleados, formación, solución de problemas sociales, etc.); por otra parte, el programa URBAN representa una Ayuda económica que permite la renovación de infraestructuras públicas especialmente por lo que se refiere al medio ambiente o saneamiento, accesos o comunicaciones y renovación o rehabilitación de edificios públicos y creación de espacios culturales.

La concesión de estas ayudas está lógicamente condicionada a la previa presentación de una solicitud justificando que el barrio afectado reúne las características de degradación social y ambiental requeridas por la convocatoria comunitaria (puede verse la convocatoria de propuestas 95/C 319/06, relativa a proyectos piloto Urban, publicada en el DOCE C 319, de 30 de noviembre de 1995).

Este programa puede aplicarse conjuntamente con otros programas comunitarios (Fondo Social Europeo, Proyecto Empleo-Youthstart, etc.). Por otra parte,

²⁹⁸ Puede verse mi libro *La rehabilitación urbanística*, Edit. Aranzadi, Pamplona 1998 *in toto*, con otras referencias bibliográficas.

²⁹⁹ En el caso español, estas zonas o regiones son Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Ceuta, Extremadura, Galicia, Melilla, Murcia, Comunidad Valenciana (objetivo 1) y Alava, Guipúzcoa, Vizcaya, Zaragoza, Barcelona, Gerona, Tarragona y las Comunidades Autónomas de Navarra, La Rioja, Baleares y Madrid (objetivo 2).

podrán participar distintos organismos en el desarrollo del programa, asumiendo bien un papel de cofinanciación bien un papel de colaboración (Bancos, Cajas, Administraciones, Cámara de Comercio, Universidades, etc.).

B. Los Fondos estructurales en proceso de reforma y los nuevos Reglamentos comunitarios.

En cuanto al sistema de fuentes, y sin perjuicio de ciertos reglamentos precedentes, interesaría aludir primeramente a los tres reglamentos dictados en desarrollo del artículo 130.E del Tratado de la CE (hoy artículo 162), por ser los antecedentes inmediatos de los reglamentos vigentes en la actualidad a los que luego me referiré. El primero de ellos, el "reglamento marco" (Reglamento 2081/93) regula las funciones de los Fondos con finalidad estructural, así como la coordinación y eficacia de sus actividades. El segundo, el "reglamento de coordinación" regula la coordinación de las intervenciones entre los Fondos estructurales y de dichas intervenciones con el Banco Europeo de Inversiones (Reglamento 2082/93). El tercero, contiene las disposiciones de aplicación a cada uno de los Fondos estructurales (Reglamento 2083/93, relativo al FEDER).

Como es sabido, durante los últimos años se ha producido un proceso, de reforma de los Fondos estructurales ³⁰⁰, con especial repercusión social ya que la cuestión afecta nada menos que al 36% del presupuesto de la Comunidad (la política agraria ocupa el 45%; un 6% se destina a investigación, medio ambiente, energía, redes transeuropeas, salud, consumidores, etc; un 6,8% a acciones exteriores y un 4,6% al funcionamiento de instituciones).

Después de haber sido largamente esperados, se dicta la nueva reglamentación comunitaria, que ha de servir de base para gestionar el presupuesto destinado finalmente a la política de cohesión económica y social y por tanto para que los Estados puedan presentar sus planes de desarrollo:

1. Reglamento (CE) nº1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos estructurales.
2. Reglamento (CE) nº1261/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

³⁰⁰ En este contexto, se enmarca la decisiva propuesta de la Comisión Europea, de julio de 1998 "Agenda 2000".

3. Reglamento (CE) nº1262/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo.
4. Reglamento (CE) nº1263/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo al instrumento financiero de orientación de la pesca.
5. Reglamento (CE) nº1264/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se modifica el Reglamento nº1164/94 por el que se crea el Fondo de Cohesión.
6. Reglamento (CE) nº1265/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se modifica el Reglamento nº1164/94, que modifica el anexo II del Reglamento (CE) nº1164/94 por el que se crea el Fondo de Cohesión.
7. Reglamento (CE) nº1266/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo a la coordinación de la Ayuda a los países candidatos en el marco de la estrategia de preadhesión y por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº3960/89.
8. Reglamento (CE) nº1267/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se crea un instrumento de política estructural de preadhesión.
9. Reglamento (CE) nº1268/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo a la Ayuda comunitaria para la aplicación de medidas de preadhesión en los sectores de la agricultura y el desarrollo rural de los países candidatos de Europa Central y Oriental durante el período de preadhesión.
10. Reglamento (CE) nº1257/1999, del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la Ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) y por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos.

Los principios básicos previstos en estos reglamentos, en la línea de la reforma de los Fondos en 1988 y su revisión en 1993, son los siguientes:

1. Principio de concentración eficaz de los recursos en las regiones más pobres ³⁰¹.
2. Colaboración con el mayor número de agentes sociales ³⁰².

³⁰¹ Puede verse especialmente el Considerando 13 del Reglamento nº1260/1999.

³⁰² Puede verse especialmente el Considerando 40 del Reglamento nº1260/1999, donde se afirma la necesidad de potenciar la participación de fuentes privadas de financiación. Véase en particular el artículo 15.2.

3. Programación o planificación de gasto a lo largo de 7 años ³⁰³.
4. Adicionalidad o complementariedad en el sentido de añadir una acción de fomento respecto de la realizada por las Administraciones de los propios Estados miembros ³⁰⁴.

En este sentido, el artículo 8 del Reglamento nº1260/1999 desarrolla este principio de complementariedad y cooperación diciendo: "las acciones comunitarias se conciben como complemento de las acciones nacionales correspondientes o como contribución a éstas (...)".

El extenso artículo 11 recoge el principio de "adicionalidad": "con el fin de garantizar verdaderos efectos económicos, los créditos de los Fondos no podrán sustituir los gastos estructurales públicos o asimilables del Estado miembro", etc.

En el artículo 29.3 del mismo Reglamento nº1260/1999 se afirman los límites objetivos que, en todo caso, no puede sobrepasar la participación comunitaria en los Fondos ("el máximo de 75% del coste total subvencionable y, como regla general, un mínimo del 50% de los gastos públicos subvencionables, para las medidas aplicadas en las regiones del objetivo 1 (...)") ³⁰⁵.

Los recursos disponibles para ser comprometidos con cargo a los Fondos, expresados en precios de 1999, ascienden a 195.000 millones de euros para el período 2000-2006 (artículo 7 del mismo Reglamento y en el anexo figura el reparto anual de dichos recursos):

- El 69,7% de los Fondos estructurales se asignará al objetivo nº1 e incluirá un 4,3% para apoyo transitorio (es decir, un total de 135.900 millones de euros).
- El 11,5% de los Fondos estructurales se asignará al objetivo nº2 e incluirá un 1,4% para apoyo transitorio (es decir, un total de 22.500 millones de euros).
- El 12,3% de los Fondos estructurales se asignará al objetivo nº3 (es decir, un total de 24.050 millones de euros).

³⁰³ Puede verse especialmente el Considerando 32 del Reglamento nº1260/1999. Véase en particular el artículo 14 de este reglamento.

³⁰⁴ Puede verse especialmente Considerandos 26 y 27 del Reglamento nº1260/1999.

³⁰⁵ Puede verse, igualmente, el artículo 2 del Reglamento (CE) nº1262/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo.

5. Compatibilidad de la financiación mediante Fondos con las demás políticas comunitarias ³⁰⁶, principio que se desarrolla en el artículo 12 Reglamento nº1260/1999 y sobre el cual tendremos ocasión de volver *infra*.
6. Coordinación entre los distintos Fondos ³⁰⁷, etc.

Es asimismo importante, a efectos de poder relacionar posteriormente este régimen con el sistema de Ayudas regionales, conocer la nueva regulación de los objetivos de los Fondos estructurales. Se concretan éstos en los tres siguientes ³⁰⁸:

1. Objetivo 1: "Promover el desarrollo y el ajuste estructural de las zonas menos desarrolladas".
2. Objetivo 2: "Apoyar la reconversión económica y social de las zonas con deficiencias estructurales".
3. Objetivo 3: "Apoyar la adaptación y modernización de las políticas y sistemas de educación, formación y empleo".

En torno a estos objetivos gira el sistema de programación de los Fondos, ya que la Comisión Europea evaluará las propuestas de programas operativos presentadas por el Estado miembro *en función de su coherencia con los objetivos del marco comunitario* de apoyo correspondiente y de su compatibilidad con las políticas comunitarias (artículos 13 y ss. del citado Reglamento nº1260/1999). Acto seguido, y cuando se cumplan todas las condiciones exigidas por el citado Reglamento, la Comisión adoptará mediante una única decisión la participación del conjunto de los Fondos, en un plazo de cinco meses a partir de la recepción de la solicitud de intervención (artículos 28 y 29, donde, en este último, se prevé la posibilidad de que la Comisión module su participación en función de la gravedad de los problemas presentados por el Estado o en función de la capacidad financiera de éste, etc.).

Con posterioridad al pago (artículo 32) se prevé la fase de seguimiento (artículos 34 y ss.) protagonizada por el propio Estado miembro a través de una "autoridad de gestión" y un "Comité de seguimiento" como instancias responsables de la eficacia y regularidad de la gestión y ejecución del Fondo (artículos 34 y 9º del Reglamento nº1260/1999) y competentes para realizar un informe sobre la gestión realizada (artículo 37).

³⁰⁶ Puede verse especialmente el Considerando 30 del Reglamento nº1260/1999.

³⁰⁷ Artículo 10 del Reglamento nº1260/1999.

³⁰⁸ Puede verse el artículo 1 del Reglamento nº1260/1999.

La propia responsabilidad financiera recae sobre los Estados miembros, así como sobre la Comisión Europea (en los términos del prolijo artículo 38) ³⁰⁹.

Finalmente, una pieza clave de la fase de ejecución de los Fondos, sobre la que hace especial hincapié la nueva reglamentación comunitaria, es la evaluación de la eficacia de las intervenciones estructurales a través de los índices o criterios contenidos en los artículos 40 y ss. del Reglamento nº1260/1999.

3. Las Ayudas regionales como instrumento legítimo en virtud del Derecho de la competencia.

Es bien conocido que el Tratado de la CE (artículo 87, antiguo artículo 92) parte de un principio general de incompatibilidad de las Ayudas con dicho Tratado, previendo aquél no obstante ciertos casos en los que las Ayudas se declaran expresamente compatibles con el mercado común (en esencia, Ayudas de carácter social concedidas a consumidores individuales, Ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales, Ayudas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la antigua DDR), así como ciertos supuestos en torno a los cuales "pueden" llegar a declararse compatibles, por la Comisión, dichas Ayudas:

1. Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo.
2. Ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro.
3. Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.
4. Ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia de la Comunidad en contra del interés común.
5. Las demás categorías de Ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.

³⁰⁹ Puede verse también PARLAMENTO EUROPEO, *Procedimientos parlamentarios para el control de gastos efectuados a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional*, Luxemburgo 1994.

Son, concretamente, los casos apuntados en primer y tercer lugar, los que caen dentro del objeto de este trabajo. Antes de entrar en la problemática que se plantea cuando este régimen se pone en relación con los Fondos estructurales es preciso hacer algunas referencias, aunque genéricas, al tema de las Ayudas regionales.

Estas Ayudas de finalidad regional se diferencian de las demás categorías de Ayudas de Estado (fundamentalmente, Ayuda para actividades de investigación y desarrollo I+D, para la protección del medio ambiente y para empresas en crisis) por el hecho de que están reservadas a determinadas o concretas regiones teniendo como objetivo su desarrollo.

A su vez, la diferencia entre ambos tipos de Ayudas regionales es puesta de manifiesto por la jurisprudencia comunitaria (asunto 248/84, Alemania contra Comisión).

A juicio del Tribunal, mientras que el primer caso ("Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo") se refiere a aquellas Ayudas que afectan a las regiones en las que "la situación económica es muy desfavorable en relación con el conjunto de la Comunidad", el segundo caso ("Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común") "tiene un alcance más amplio en cuanto permite el desarrollo de determinadas regiones, sin estar limitada por las circunstancias económicas previstas en la letra a), siempre que las Ayudas a ellas destinadas no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. Esta disposición concede a la Comisión la facultad de autorizar Ayudas destinadas a promover el desarrollo económico de las regiones de un Estado miembro desfavorecidas en relación con la media nacional".

En este sentido, los criterios que sigue la Comisión para evaluar la compatibilidad de las Ayudas de Estado de finalidad regional con el mercado común (en aplicación de las letras a) y c) del citado y antes transcrito artículo 87.3 del TCE) están dispersos por varios documentos de diversa naturaleza ³¹⁰.

El documento clave en la materia es el publicado en el DOCE con fecha 10 de marzo de 1998 (serie C/74 pp.4 y ss.) con el título "Directrices sobre las Ayudas de

³¹⁰ Puede verse la publicación de la Comisión de las CCEE, *Derecho de la competencia de las Comunidades Europeas*, volumen IIA: Normas aplicables a las ayudas de Estado, Bruselas-Luxemburgo 1995 pp.205 y ss.; también, PARLAMENTO EUROPEO, *La política de competencia y las regiones*, en: Política Regional y transporte nº20, 1991.

Estado de finalidad regional”, por contener dichos criterios, así como por pretender refundir en el presente los numerosos documentos al respecto ³¹¹.

El principio general del que parten estas directrices es el de la excepcionalidad de estas Ayudas regionales ya que “si estas Ayudas se generalizasen perderían todo carácter incentivador y desaparecerían sus efectos económicos. Al mismo tiempo, falsearían las reglas del juego del mercado y mermarían la eficacia de la economía comunitaria en su conjunto”.

Sobre los criterios que sigue la Comisión Europea a la hora de valorar la compatibilidad de las Ayudas con el mercado común, se profundiza seguidamente.

4. El problema jurídico: la compatibilidad y coherencia entre los Fondos y el Derecho de la competencia.

A. Criterios seguidos en materia de Ayudas regionales.

Se pone de manifiesto, aunque sólo sea por lograr una mayor eficacia en la distribución de los recursos públicos, la necesidad de aplicar los Fondos comunitarios y las Ayudas con finalidad regional de forma coherente entre sí. A través de una aplicación coordinada de ambos instrumentos puede esperarse una concentración de los Fondos y Ayudas en las áreas más necesitadas, así como, en el plano jurídico, la deseada compatibilidad entre las intervenciones de los Fondos estructurales y el Derecho de la competencia desde el momento en que los parámetros de los Fondos coinciden con aquéllos que se aplican para justificar las Ayudas regionales. De esta forma se refuerza la legitimidad de los Fondos estructurales por encima del hecho del reconocimiento expreso en el TCE de la política de cohesión económica y social.

A efectos de observar si se siguen o no unos mismos criterios en cuanto a la aplicación de los Fondos comunitarios y las Ayudas regionales (este es el índice para determinar la “coherencia” entre Fondos y Ayudas, entre política de cohesión y política de competencia) puede empezarse por estudiar las pautas que sigue la Comisión Europea para valorar la compatibilidad con el mercado común de las Ayudas regionales.

En relación con el primer tipo de Ayudas regionales (“Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida sea

³¹¹ De esta forma, las directivas que son objeto de nuestro estudio consiguen un marco general, a salvo de las reglamentaciones previstas para ciertos sectores sujetos a directrices específicas: producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, transporte, siderurgia, construcción naval, fibras sintéticas e industria del automóvil. Habría que añadir las “directivas comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión” publicadas en el DOCE de 7 de abril de 1998 (Serie C 197 p.7).

anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo”) la Comisión Europea considera válida la Ayuda cuando la región, correspondiendo a una unidad geográfica de nivel II de la NUTS ³¹², tiene un producto interior bruto -PIB- por habitante (medido en paridad de poder de compra -PPC-) inferior al 75% de la media comunitaria. El PIB/PPC de cada región, así como la media comunitaria que ha de emplearse en el análisis debe referirse a la media de los tres últimos años para los que se dispone de estadísticas; estos indicadores se calculan sobre la base de datos facilitados por la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas ³¹³.

Por lo que respecta al segundo tipo de Ayudas regionales (“Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”), su validez o compatibilidad con el Tratado no obedece a criterios tan precisos o formales como los previstos en el caso anterior (ya que los indicadores pertinentes no se reducen necesariamente al nivel de vida y el subempleo), pudiendo los Estados miembros determinar con mayor flexibilidad las regiones subvencionables, sin perjuicio del deber de notificación de los Estados miembros a la Comisión de la lista de regiones propuestas para poder acogerse a este tipo de Ayudas regionales y de los criterios que se han empleado ³¹⁴.

Además, han de seguirse en todo caso ciertos principios, algunos de ellos de carácter general, esencialmente “concentración geográfica” y “coherencia” de las Ayudas con la política regional del Estado miembro y con el interés de la Comunidad; otros de tipo técnico, más complejos.

En este sentido, es preciso partir de que la Comisión determina para el conjunto de la Comunidad un límite máximo global de cobertura para las Ayudas regionales en términos de población, que incluye o afecta a todas las regiones subvencionables (artículo 87.3.a y c del TCE).

Seguidamente, la Comisión Europea determina las regiones subvencionables con arreglo a la letra a) y su cobertura global a escala de la Comunidad. Como ya

³¹² NUTS: Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas; en el caso español, la provincia.

³¹³ “Directrices sobre las Ayudas de Estado de finalidad regional”, publicados en el DOCE con fecha 10 de marzo de 1998 (serie C/74 pp.4 y ss.).

³¹⁴ La propia lista de las regiones que han de presentar los Estados debe hacerse conforme a ciertos requisitos:

1. Han de tratarse de unidades geográficas homogéneas y distintas.
2. Las regiones han de agrupar como mínimo a cien mil habitantes (...).
3. Las regiones propuestas deberán presentar disparidades significativas con respecto a la media para que puedan optar a la excepción de la letra c del apartado 3 del artículo 92 (hoy artículo 87.3.c).

nos consta, este dato se obtiene de forma automática aplicando el criterio del 75% del PIB/PPC por habitante, obteniendo así la población afectada por las Ayudas correspondientes a la letra a) del artículo 87.3, a escala de la Comunidad.

En tercer lugar, se obtiene el límite de la letra c), concretamente deduciendo, del límite global, la población de las regiones subvencionables con arreglo a la excepción de la letra a).

Una vez se ha obtenido este límite, a escala de la Comunidad, se procede al reparto entre los distintos Estados miembros, basándose la Comisión para ello en un método de reparto que permite el examen de la situación socioeconómica de cada región en su doble contexto nacional y comunitario. En esencia, se trata de interpretar matemáticamente el criterio para determinar la validez de la Ayuda en estos casos: la existencia de una "disparidad mínima en cuanto a PIB/PPC por habitante y desempleo". Así, dicha disparidad mínima resultará cuando en la región correspondiente (del nivel III de la NUTS) la renta media en PIB/PPC por habitante quede un 15% como mínimo por debajo de la media nacional y el desempleo estructural se sitúe como mínimo un 15% por encima de la media del Estado miembro en cuestión.

Seguidamente, estos umbrales de base se ajustan para tener en cuenta la situación relativa de cada uno de los Estados miembros respecto a la media de la Unión Europea mediante una determinada fórmula recogida en las citadas "Directrices sobre las Ayudas de Estado de finalidad regional".

Lógicamente, la suma de los límites máximos individuales de cada Estado miembro ha de ser igual al máximo establecido para la letra c) del apartado 3 del artículo 87 en la totalidad de la Unión.

B. La coherencia entre Fondos estructurales y Ayudas regionales; la coherencia entre el Derecho de cohesión y el Derecho de la competencia.

La Comisión Europea reconoce que "es difícil coordinar ambas políticas debido a la intervención de varios agentes con competencias, objetivos y calendarios distintos"³¹⁵, afirmación ésta que puede servir para explicar la tradicional descoordinación entre las políticas de Fondos estructurales y de la competencia (a pesar de los loables esfuerzos por aplicar de manera coordinada y coherente ambas políticas que han venido realizándose durante los últimos años).

³¹⁵ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia, titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3.

Es significativo cómo los Fondos estructurales de la Comunidad Europea han conseguido situarse al margen de la problemática y limitaciones jurídicas que afectan a las Ayudas regionales ³¹⁶.

El problema, en concreto, de la incoherencia entre Fondos comunitarios y Ayudas de Estado legitimadas por la Comunidad se plantea considerando la falta de correspondencia de criterios y la aplicación discordante entre los objetivos 1 y 2 que caracterizan los Fondos estructurales y las letras a) y c) del artículo 87.3 del TCE, que pautan las Ayudas regionales.

En este sentido, el logro de la coherencia pasa, pues, por lograr una cierta correspondencia entre los criterios y aplicación de los Fondos estructurales del objetivo 1 y las Ayudas de Estado del artículo 87.3.a del TCE, por una parte, y por la toma en consideración de los criterios rectores de los Fondos estructurales del objetivo 2 a la hora de determinar la validez de las Ayudas de Estado del artículo 87.3.c., por otra parte.

La correspondencia o toma en consideración que se pretende puede verse más claramente a través del cuadro siguiente donde se pone de manifiesto la afinidad esencial entre estos objetivos de los Fondos y estos tipos de Ayudas de finalidad regional:

Fondos; objetivo 1: "Promover el desarrollo y el ajuste estructural de las zonas menos desarrolladas".

Ayudas regionales del artículo 87.3.a: "Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo".

Fondos; objetivo 2: "Apoyar la reconversión económica y social de las zonas con deficiencias estructurales"

Ayudas regionales del artículo 87.3.c: "Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común".

³¹⁶ Igualmente, A. VALLE GÁLVEZ, "Las Ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/D. LIÑÁN NOGUERAS (Directores), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid 1993, pp. 886 y ss.; del mismo autor, "La articulación jurídica de la política regional comunitaria: el caso de los programas integrados mediterráneos", *Estudios Jurídicos internacionales y Europeos*, Universidad de Granada-Junta de Andalucía, Granada 1990, pp.40 y ss.; J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN/O. STEHMANN, "Product market integration versus regional cohesion in the Community", *European Law Review* 16 1991, pp.216 y ss.

Pues bien, lo característico ha venido siendo una aplicación descoordinada de los criterios aplicables para determinar la procedencia o validez de Fondos y Ayudas, con el consiguiente desajuste entre el mapa de Fondos estructurales y el mapa de Ayudas de finalidad regional ³¹⁷.

De los datos que se contienen en el cuadro siguiente se desprende, de forma significativa, que un 6,6% de la población comunitaria vive en regiones en las que la política de la competencia no autoriza Ayudas con finalidad regional, a pesar de que reciben Fondos comunitarios ³¹⁸.

	Regiones que se benefician de los Fondos estructurales	Regiones que no se benefician de los Fondos estructurales	Total
Zonas donde se autorizan las Ayudas regionales (artículo 87.3)	44,0	2,7	46,7
Zonas donde no se autorizan las Ayudas regionales	6,6	46,7	53,3
Total	50,6	49,4	100

³¹⁷ Incluso pudo constatarse la ausencia de correspondencia entre objetivos y tipos de Ayudas regionales, como pone de manifiesto D. ORDÓÑEZ SOLÍS cuando afirma que algunas regiones españolas, desde la reforma de los Fondos de 1988, se consideraron afectadas por el objetivo 1, es decir Asturias, Valencia y desde la reforma de los Fondos de 1993 también Cantabria, *aunque se les aplicaba el artículo 92.3.c (?)*; sin embargo, en la revisión llevada a cabo por la Comisión de 1995 se utiliza un criterio único tanto para delimitar las zonas asistidas por los Fondos estructurales como el nuevo mapa de Ayudas con finalidad regional, de modo que todas las regiones españolas afectadas por el objetivo 1 de los Fondos estructurales se benefician de su calificación como regiones del artículo 92.3.a. Véase D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Fondos estructurales europeos. Régimen jurídico y gestión administrativa*, Madrid 1997, p.104.

³¹⁸ Téngase también en cuenta el dato del 2,7% referido a la población comunitaria que vive en regiones cubiertas por un régimen de Ayudas regionales sin beneficiarse de los Fondos estructurales. Este hecho no es, no obstante, valorado negativamente, ya que garantiza la flexibilidad de elección de los Estados miembros en materia de política regional, más allá de las zonas definidas conjuntamente para la aplicación de la política regional comunitaria, constituyendo una circunstancia favorable a la coherencia entre la política de las Ayudas regionales y las intervenciones de los Fondos estructurales (Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia, titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3).

Pero paralelamente a este tipo de incoherencias la Comisión Europea ha venido insistiendo en la necesidad de lograr una mayor coherencia. Junto a las declaraciones en este sentido ³¹⁹, en la práctica la Comisión Europea ha procurado verificar, a la vista de los artículos 92 y 93 (hoy 87 y 88) del TCE, la compatibilidad de las intervenciones de los Fondos estructurales con las normas de competencia a fin de incrementar concretamente la coherencia entre la política de competencia en materia de Ayudas estatales y la acción de los Fondos estructurales.

Este principio de coherencia viene propugnándose junto al principio de concentración de los recursos, y viene realizándose junto a una práctica de reducción de la cobertura de las Ayudas regionales que ha terminado imponiéndose en la nueva y vigente reglamentación comunitarias sobre Fondos estructurales.

Cuando se realizan este tipo de asociaciones de principios deberían evitarse ciertos equívocos; me refiero a que, si bien la concentración de los recursos en las zonas con problemas es, como bien insiste la Comisión, "la clave en la que se fundamenta la eficacia de las políticas de cohesión" ³²⁰, en cambio, la coherencia no puede considerarse ligada esencialmente a la reducción de la cobertura de las Ayudas regionales.

La "concentración" es *necesaria* ya que permite identificar las regiones de la Unión más *afectadas* y limitar geográficamente la amplitud de las distorsiones derivadas de la concesión de las Ayudas nacionales con finalidad regional.

La "reducción" obedece en cambio a una simple decisión política o ideológica. Ténganse en cuenta, por otra parte, las cifras siguientes relativas a los porcentajes de población de la Unión de los Quince que se benefician de las Ayudas estructurales comunitarias:

³¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *XXVI Informe sobre la política de la competencia 1996 (publicado en relación con el Informe general sobre la actividad de la Unión Europea 1996)*, Bruselas-Luxemburgo 1997, SEC (97) 628 final, p.77; pero también en otros documentos se manifiesta la Comisión en esta línea: *XXV Informe general sobre la actividad de las Comunidades Europeas 1991* §§ 250 y 256, pp.85 y 87; también de la Comisión Europea, "State Aid, principaux développements du 1er août au 31 décembre 1997", *Competition Policy Newsletter*, number 1 1998, p.71; asimismo, véase el *Séptimo Informe anual sobre los Fondos estructurales 1994*, p.120.

³²⁰ Véase la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia, titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3.

	Fondos estructurales ³²¹	Ayudas regionales
Período 1994-1999	50,6% de la población	46,7% de la población
Período 2000-2006 ³²²	entre el 35 y 40% de la población	42,7% de la población

La repercusión de estos datos sobre la "coherencia" entre Fondos y Ayudas podría dibujarse a través de dos círculos concéntricos, de modo que existe una zona común donde confluyen los círculos correspondientes a los Fondos estructurales y a las Ayudas regionales y existe otra parte cubierta exclusivamente por el segundo círculo que abarca el mayor porcentaje de población al que afectan las Ayudas de finalidad regional. Consecuentemente, los Fondos estructurales repercuten sobre las zonas donde los propios Estados miembros conceden Ayudas regionales.

Pero esta es una primera aproximación al fenómeno de la coherencia. Lo esencial estaría más bien en el logro de los dos elementos siguientes:

En primer lugar, es preciso asimilar en la medida de lo posible los criterios que se aplican para determinar las regiones que pueden beneficiarse de Fondos estructurales (en virtud de los objetivos 1 y 2) y las zonas donde pueden recaer Ayudas regionales (en virtud de las letras a y c del artículo 87.3 del TCE).

En segundo lugar, es obligado aprobar los "métodos" o "reglas complementarias" que está desarrollando la Comisión Europea en aras de lograr, *de facto*, la debida coherencia entre el mapa de Ayudas regionales y el de Fondos estructurales, debiéndose insistir en que la decisión acerca de si determinadas regiones han de estar cubiertas por ambos tipos de Ayudas, comunitarias y estatales, o sólo por uno de éstos ha de ser una decisión consciente y basada en parámetros jurídicos preestablecidos (lejos de una actuación casuística y descoordinada entre ambos instrumentos, poco convincente jurídicamente).

En relación con la primera cuestión, y una vez conocemos ya los criterios aplicables para determinar las regiones que pueden beneficiarse de las Ayudas regionales (véase el apartado anterior) ¿cuáles son los criterios que se siguen para definir los objetivos 1 y 2 en materia de Fondos estructurales ³²³? ¿son coincidentes

³²¹ Las cifras se refieren a los objetivos 1 y 2 que aquí interesan.

³²² Según las previsiones de la Agenda 2000 de la Comisión Europea.

³²³ Recuérdese que el objetivo 1 consiste en "Promover el desarrollo y el ajuste estructural de las zonas menos desarrolladas" y que el objetivo 2 tiene como finalidad "apoyar la reconversión económica y social de las zonas con deficiencias estructurales"; por su parte, las Ayudas regionales de la

con aquéllos que rigen las Ayudas regionales? ¿se logra de esta forma la debida coherencia?

Pues bien, puede afirmarse que el criterio seguido por los nuevos reglamentos comunitarios, a efectos de definir el objetivo 1 de los Fondos estructurales, coincide con el seguido para determinar las regiones que se pueden beneficiar de Ayudas regionales en virtud de la letra a) del artículo 87.3, por lo que se cumple de esta forma la deseada y debida coherencia. Así se deduce con toda claridad del artículo 3 del Reglamento (CE) nº1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos estructurales, y en virtud del cual "serán regiones del objetivo nº1 las correspondientes al nivel II de la nomenclatura de unidades territoriales estadísticas (NUTS 2) cuyo producto interior bruto (PIB) per cápita, medido en estándar de poder adquisitivo y calculado a partir de los datos comunitarios de los últimos tres años disponibles el 26 de marzo de 1999, sea inferior al 75% de la media comunitaria"³²⁴.

Los Considerandos de este Reglamento afirman expresamente la necesidad de lograr la debida coherencia entre el criterio aplicable para determinar las regiones del objetivo 1 y las regiones susceptibles de Ayuda regional en virtud del artículo 87.3.a³²⁵.

La aplicación de este criterio del 75% del PIB per cápita, a la hora de definir las regiones del objetivo nº1, es decisivo según la Comisión, para lograr la coherencia entre Fondos y Ayudas: "si no se cumple la recomendación de la Comisión de ceñirse estrictamente al criterio del 75% al seleccionar las regiones menos desarrolladas cubiertas por el objetivo nº1 se producirá con toda seguridad cierta incoherencia no sólo entre la letra a) del apartado 3 del artículo 92 (hoy 87.3.a) y el objetivo nº1 sino también entre la letra c) del apartado 3 del artículo 92 (hoy 87.3.c) y el objetivo nº2, dado el límite global establecido del 42,7% y de los límites nacionales"³²⁶.

letra a del artículo 87.3 son las "Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo" mientras que las de la letra c son las "Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común".

³²⁴ Se incluirán también en este objetivo las regiones ultraperiféricas (los departamentos franceses de ultramar, las Azores, Madeira y las Islas Canarias), todas por debajo del umbral de 75% y las zonas incluidas en el objetivo 6 durante el período 1995-1999, con arreglo al protocolo nº6 del Acta de adhesión de 1994.

³²⁵ Véanse los Considerandos 13 y 16.

³²⁶ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia, titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3.

Bien es cierto que este mismo criterio se plasmaba ya en el reglamento precedente (artículo 8 del Reglamento CEE nº2081/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993 ³²⁷: “las regiones a que hace referencia el objetivo 1 serán regiones de nivel NUTS II cuyo PIB per cápita sea, según los datos de los tres últimos años, inferior al 75% de la media comunitaria”).

Sin embargo, la Comisión Europea ³²⁸ explica que para conseguir la debida coherencia no es suficiente con la afirmación de un mismo criterio (en cuanto a la definición de las zonas correspondientes al objetivo nº1 y beneficiadas por el régimen del artículo 87.3.a el TCE), por ser necesario también desarrollar ciertos “métodos complementarios”, a los que *supra* me refería, a los efectos de concretar las zonas que pueden beneficiarse de Ayudas regionales.

En este contexto, y de forma significativa, la Comisión Europea ha establecido la regla en virtud de la cual la procedencia de las Ayudas nacionales queda condicionada a la posibilidad de optar a los Fondos comunitarios.

En la importante “Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia” la Comisión afirma que las líneas directrices de las Ayudas regionales *incluyen la subvencionabilidad por los Fondos estructurales como un criterio importante de selección*, siempre que se respete el límite máximo fijado y que las regiones subvencionables por los Fondos no se determinen más tarde que el mapa de las Ayudas regionales ³²⁹.

En general estos “métodos complementarios” significan que la Comisión Europea se reserva la posibilidad de realizar una toma de decisiones sobre la viabilidad de Fondos y Ayudas orientada o tendente a lograr *de facto* la mayor coincidencia posible entre los mapas de zonas afectadas por Ayudas regionales y de zonas donde recaen los Fondos estructurales.

³²⁷ El título completo de este Reglamento es: Reglamento CEE nº2081/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993 por el que se modifica el Reglamento CEE nº2052/88 relativo a las funciones de los Fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sí de sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existente.

³²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *XXVII Informe sobre la política de la competencia 1997*, Luxemburgo 1998. Igualmente, Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia, titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3.

³²⁹ Comunicación titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3 § 3.2 párrafo sexto.

En esta línea, en el *Informe sobre la cohesión económica y social de la Unión, de 1996*, la Comisión había perfilado esta regla: “el derecho a beneficiarse de las políticas regionales de la Unión debería convertirse en uno de los criterios de autorización de las Ayudas en el marco de las políticas regionales de los Estados miembros”.

Este tipo de métodos de la Comisión Europea tiene además una especial significación desde el punto de vista del logro de la coherencia entre el artículo 87.3.c del TCE y el objetivo nº2 del Reglamento (CE) nº1260/1999. La Comisión Europea se propone incluir en el nuevo objeto nº2 sólo aquellas regiones que el Estado miembro se comprometa a incluir en la lista de regiones subvencionadas que notifica a la Comisión en virtud del artículo 87.3.c del TCE ³³⁰.

Tiene este criterio una "especial significación" ya que, si bien el artículo 4 del Reglamento (CE) nº1260/1999, del Consejo (que es donde se fija el criterio de determinación del objetivo nº2) sigue los mismos parámetros para la determinación de las zonas del objetivo nº2 que aquellos seguidos a la hora de precisar las zonas susceptibles de recibir una Ayuda regional del artículo 87.3.c ³³¹ (determinados índices de población, índices de desempleo, "situación difícil" de las zonas urbanas y dependientes de la pesca, "situación en declive" de las zonas rurales, etc.) lo cierto es que en el presente objetivo nº2 no se produce la perfecta simetría o "plena coincidencia" de índices aplicables entre el criterio definidor de las zonas del objetivo nº2 y el criterio procedente en materia de Ayudas regionales.

Especialmente ilustrativos son los Considerandos del Reglamento (CE) nº1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos estructurales, cuando afirman que "*conviene* que las zonas que registran cambios económicos coincidan en *lo esencial* con las que reciben Ayuda de los Estados miembros en virtud de la letra c) del apartado 3 del artículo 87 del TCE" (Considerando 16).

De ahí, insistimos, la virtualidad de este tipo de reglas complementarias que aplica la Comisión en aras de lograr, *de facto*, la debida coherencia entre el mapa de Ayudas regionales y el de Fondos estructurales y con ello una mayor eficacia y concentración de los recursos públicos.

Y en otro orden de cosas, este fenómeno de convergencia de criterios y el desarrollo por la Comisión Europea de estos métodos o reglas complementarios consigue una positiva aplicación "conjunta" o coordinada entre las políticas de

³³⁰ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la política regional y a la política de la competencia, titulada *Incremento de su concentración y coherencia*, DOCE de 26 de Marzo de 1998, C-90/3 § 3.2 párrafo sexto.

Sin embargo, es importante asimismo que la Comisión, en casos debidamente justificados, podrá incluir con carácter excepcional otras regiones en el nuevo objetivo nº2. Dicha inclusión estará sujeta a un límite por Estado miembro del 2% de la población nacional no cubierta por el objetivo nº1 y respetando en cualquier caso el objetivo general de la concentración geográfica (entre el 35 y el 40% de la población de la Unión de los Quince para los objetivos nº1 y 2 en su conjunto).

³³¹ Sobre éstos véase *supra*.

cohesión (Fondos con finalidad estructural) y de competencia (Ayudas con finalidad regional). Esta es a mi juicio una vía por la que también se consigue *reforzar* jurídicamente la legitimidad de los Fondos de cohesión que proviene en general de su reconocimiento en el Título XI del TCE, una vez se corrobora que dichos Fondos superan la prueba de su compatibilidad con el Derecho de la competencia y el mercado común (incluso entendiendo éste en su sentido literal de “mercado”). Dicha compatibilidad se logra en buena medida, como ya nos consta, a través de la coherencia y de la integración de los Fondos en el régimen jurídico previsto para la determinación de la viabilidad de las Ayudas regionales, no pudiéndose olvidar que las Ayudas regionales son un instrumento integrante y desde luego admitido por el Derecho de la competencia (artículo 87 del TCE). Es evidente que reforzándose así la legitimidad de esta política de cohesión se consigue al mismo tiempo superar un serio problema de contradicción interna del TCE que de lo contrario podría haberse planteado.

CAPÍTULO QUINTO

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

1. Repercusión del Derecho comunitario sobre el procedimiento administrativo.

El artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común constituye un ejemplo de "regulación" introducida, en los Derechos de los Estados miembros, como consecuencia del Derecho comunitario.

Concretamente, dicho artículo prevé el régimen jurídico que debe seguirse para realizar las "comunicaciones" (de disposiciones de carácter general, resoluciones, proyectos de disposiciones, o cualquier otra información cuyo envío resulte obligado por imperativo del Ordenamiento Jurídico Comunitario) a las instituciones comunitarias.

Se prevé a estos efectos un sistema "centralizado" de envío de comunicaciones en favor de la Administración General del Estado (debiéndose entender que el órgano competente para realizar este tipo de comunicaciones es la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas)³³².

³³² Véase el Acuerdo de 30 de noviembre de 1994, sobre participación interna de las CCEE en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales, o el Acuerdo aprobado por la Conferencia para asuntos relacionados con la CE, de 29 de noviembre de 1990, para regular la intervención de las Comunidades Autónomas en las actuaciones del Estado en procedimientos precontenciosos de la Comisión de las CCEE y ante la justicia comunitaria. Téngase en cuenta la Comisión mixta para la Unión Europea, regulada actualmente por la Ley 8/1994, cuya misión es que las Cortes tengan participación adecuada en las propuestas legislativas y dispongan en general de la más amplia información sobre las actividades de la Unión Europea. Puede verse *supra* la primera parte (capítulo único § 5).

Esta regulación de la LPC 30/1992 fue reformada por la Ley 4/1999. La modificación del artículo 10, en palabras de la Exposición de Motivos, pretende ajustar el actual texto a la realidad del Derecho comunitario, ya que parece conveniente diferenciar entre el plazo para la comunicación de disposiciones de carácter general o resoluciones y el plazo para la remisión de proyectos de disposiciones³³³.

Concretamente, el plazo para realizar la remisión (antes de quince días sin distinguir), pasa a diferenciarse en función del objeto de la comunicación: primero, quince días en el caso de comunicación de disposiciones de carácter general y resoluciones, siempre que no haya otro plazo expreso para cumplir con la obligación de efectuar la remisión de la comunicación; segundo, remisión en tiempo útil en el caso de comunicación de proyectos de disposiciones y otras informaciones en ausencia de plazo para cumplir con la obligación de remitir la comunicación.

Pero la incidencia del Derecho comunitario sobre el procedimiento administrativo no se agota con el ejemplo anterior, por ser mucho más rica e intensa³³⁴.

En este sentido, es preciso hacer hincapié en los cada vez más numerosos procedimientos administrativos donde intervienen conjuntamente las instituciones comunitarias y las Administraciones nacionales a la hora de ejecutar el Derecho comunitario. Esto significa que, aunque en principio la ejecución del Derecho comunitario corresponde ser llevada a cabo por las Administraciones nacionales conforme al propio Derecho interno, las instituciones comunitarias interfieren significativamente en dicha ejecución y por tanto en los procedimientos administrativos que deben tramitarse. Algunos ejemplos gráficos son la realización conjunta -entre

³³³ Sobre el tema, A. PÉREZ MORENO/L. PAREJO ALFONSO/F. LÓPEZ MENUÑO, *Propuestas para la reforma de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común*, 1996.

³³⁴ Sobre la incidencia del Derecho comunitario sobre el procedimiento administrativo puede verse S. MUÑOZ MACHADO, "Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva", en *Tratado de Derecho comunitario...* pp.169 y ss.; igualmente, S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid 1993 pp.121 y ss. y su trabajo "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española", *REDA* n°75 (1992); asimismo J. SEDEMUND, "Allgemeine Prinzipien des Verwaltungsverfahrenrechts -dargestellt am Beispiel des europäischen Verwaltungsverfahrenrechts in Kartellsachen", en J. SCHWARZE (coordinador), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Baden Baden, 1982 pp.45 y ss.; T. MÜLLER-IBOLD, *Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht*, Frankfurt 1990; H.W. RENGELING, "Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess im Verhältnis zum Europäischen Gemeinschaftsrecht", *DÖV*, 1981, p.366. Un estudio jurídico-comparado sobre el procedimiento administrativo es el de J. BARNÉS VÁZQUEZ (coordinador), *El procedimiento administrativo n el Derecho comparado*, Madrid 1993 pp.41 a 46.

Administraciones nacionales y comunitarias- de las funciones de inspección, los deberes de información de aquéllas respecto de éstas, las decisiones condicionadas al visto bueno de la Comisión ³³⁵, así como el ejemplo de la revocación de actos administrativos.

De ahí que sea hoy cuando menos discutible que pueda seguir defendiéndose la separación tradicional de la actividad administrativa nacional y comunitaria en materia de ejecución de normas comunitarias por órganos nacionales. Esta concepción habría sido superada en tanto que, bien con carácter previo bien *a posteriori*, el acto administrativo nacional no es ajeno a la actividad comunitaria, ya que ésta puede condicionar su contenido o sus efectos. En este sentido, llega a hablarse de la generación de “procedimientos administrativos novedosos” caracterizados por la intervención de las instancias comunitarias, quienes definen, mediatizan o corrigen las reglas procedimentales que con carácter general rigen en los Estados miembros ³³⁶.

Este tipo de fenómenos llevan a preguntarse si la LPC 30/1992 (y concretamente su Título I, “de las Administraciones públicas y sus relaciones”: principios, conferencias sectoriales, convenios de colaboración, consorcios) regula adecuadamente las relaciones entre las Administraciones españolas y las instituciones comunitarias o, más bien, constituye o representa aquélla un marco regulador insuficiente a la hora de abordar los distintos tipos de procedimientos y las diferentes situaciones que pueden plantearse ³³⁷.

³³⁵ Un ejemplo es la financiación de acciones del Fondo Social Europeo, desde el momento en que es a la Comisión a quien corresponde pronunciarse sobre las solicitudes de pago y de dar conformidad a los gastos efectuados por el beneficiario (STPI de 11 de junio de 1996, asunto T-271/94). Puede verse también el supuesto resuelto por la STJCE de 10 de mayo de 1995, asunto C-422/1992, Rec.I-1124.

³³⁶ S. GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración Mixta: tercera vía de aplicación*, Madrid 1998 p.28 y pp.31 y ss. y 86 y ss., quien explica este tipo de relaciones desde el punto de vista del principio de jerarquía: pp.76 y ss.; sobre este principio de jerarquía pueden consultarse los trabajos de A. NIETO y G. ARIÑO ORTIZ, en *Documentación Administrativa* nº 229 y 214, respectivamente. Sobre el principio de coordinación, M. ÁLVAREZ RICO, *Principios Constitucionales de Organización de las Administraciones Públicas*, Madrid 1997 pp.73 y ss.; A. GALLEGO ANABITARTE, *Derecho General de Organización*, Madrid 1971; E. RIVERO YSERN, “Las relaciones interadministrativas”, *RAP* nº80; M. SÁNCHEZ MORÓN, “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa* nº230-231 p.22.

³³⁷ J.L. GIL IBÁÑEZ, “El Derecho Comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº142 (1996) pp.9 y ss.

2. El ejemplo de la revocación de los actos administrativos.

A. La influencia del Derecho europeo a la hora de practicar la revocación de un acto por parte de la Administración del Estado miembro.

En torno a los procedimientos administrativos de revocación de actos se está desarrollando un interesante planteamiento desde el punto de vista del estudio del Derecho administrativo europeo. Estoy pensando en el caso paradigmático de la revocación de actos administrativos que se realiza como consecuencia de ayudas indebidamente pagadas, procediendo la reclamación de su reembolso.

En principio, la tramitación de los procedimientos de ejecución de Derecho comunitario en general y los procedimientos de revocación de actos en particular corresponde a las Administraciones de los Estados miembros y se realiza conforme a su Derecho interno ³³⁸:

“Por consiguiente, tal como reconoció el Tribunal de Justicia en la sentencia de 27 de marzo de 1980, *Salumi y otros* (asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, Rec. p.1237, apartado 18), corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en la medida en que el Derecho comunitario no haya previsto nada al respecto, determinar las modalidades y circunstancias de la recaudación de los gravámenes económicos comunitarios en general y de las exacciones agrícolas en particular, así como designar las autoridades encargadas de la recaudación y los órganos jurisdiccionales competentes para resolver los litigios que dicha recaudación pueda provocar” (STJCE de 1 de abril de 1993, asuntos acumulados C-31 a C-44/91; *SPA Alois Lageder y otros contra Amministrazione delle Finanze dello Stato* ³³⁹).

Pero el ejercicio en concreto de las facultades revocatorias, que en principio corresponde hacer discrecionalmente a los Estados miembros, aparece mediatizado por ciertos principios de Derecho comunitario. Haciendo un esfuerzo de síntesis de la jurisprudencia comunitaria pueden seleccionarse los criterios siguientes.

En primer lugar, considera aquélla que la facultad de aplicación del Derecho nacional presupone “la falta de disposiciones comunitarias aplicables”. Así lo

³³⁸ Puede verse J.R. FERNÁNDEZ TORRES, “Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario”, *RAP* n°125 p.307: la revocación habrá de encauzarse esencialmente a través de la revisión de actos nulos de pleno derecho; del mismo autor, “Reflexiones generales acerca de la obligación de reembolsar las ayudas ilegalmente otorgadas”, *Gaceta Jurídica de la CE* n°74; véase también J. GOMÁ LANZÓN, “Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el artículo 93 del Tratado CEE”, *REDA* n°83 (1994) pp.411 y ss.

³³⁹ Igualmente, entre otras muchas, STPI de 8 de junio de 1995, asunto T-459/93 *Siemens contra Comisión*, en materia de revocación de ayudas ilegales.

establece por ejemplo la sentencia de 1 de abril de 1993, *cit.*, afirmando la posibilidad de aplicar el Derecho nacional, en materia de plazos de prescripción, para la reclamación de deudas contraídas con la Administración nacional en virtud de Derecho comunitario, ante la ausencia de una reglamentación comunitaria ³⁴⁰.

En segundo lugar, la jurisprudencia comunitaria informa (esencialmente a través de la resolución de cuestiones prejudiciales) acerca de qué principios jurídicos y regulaciones de los Estados miembros son compatibles o incompatibles con el Derecho comunitario. Este es un cauce que logra indirectamente la conformación de un marco jurídico general en los distintos ordenamientos europeos.

Así, la STJCE de 12 de mayo de 1998 ³⁴¹ estima compatible con el Derecho comunitario la regulación del Estado miembro que afirma que la existencia de “negligencia administrativa” puede ser causa de improcedencia de la revocación de una ayuda comunitaria, es decir, de improcedencia por tanto de la reclamación de reembolso de una ayuda comunitaria indebidamente pagada.

Es usual que la validez o compatibilidad del principio de Derecho nacional con el Derecho comunitario se declare siempre que dicho principio se interprete de una determinada forma, es decir, de la forma en que lo hace el TJCE en su sentencia.

Esto ocurrió, en la STJCE de 16 de julio de 1998 ³⁴², con el principio de “desaparición de enriquecimiento sin causa” (por parte del receptor de la ayuda comunitaria indebidamente pagada por la autoridad nacional) como posible causa de irrevocabilidad de la ayuda. La “desaparición del enriquecimiento” consiste en el presente caso en la “traslación en favor de terceros -de la ventaja patrimonial que se deriva de la ayuda- por parte del beneficiario, en el momento que se le concedió la ayuda”. Pues bien, el TJCE condiciona la posibilidad de declarar la irrevocabilidad de la reclamación de la ayuda al hecho de que “el órgano jurisdiccional demuestre, en el caso concreto, que el operador económico no dispone de ninguna posibilidad de ejercitar una acción contra sus proveedores (...) o una indemnización por parte de terceros”. No puede en cambio admitirse como criterio la “situación económica deplorable” del sujeto.

³⁴⁰ Un ejemplo de regulación comunitaria de un régimen de revocación que han de poner en práctica las autoridades nacionales sería el previsto en el “Código aduanero” (Reglamento 2913/1992, del Consejo, de 12 de noviembre; artículos 8, 9 y 220); puede verse también el Reglamento 2945/94.

³⁴¹ Ladbrugsministeriet y EF-Direktoratet contra Steff-Holberg Export I/S y otros; asunto C-366/95.

³⁴² Oelmühle Hamburg AG y Jb. Schmidt Söhne GmbH y Co. KG contra Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, asunto C-298/96.

Así pues, el Derecho comunitario modifica, completa o perfecciona el sentido de determinados principios generales de los Derechos nacionales. Lo interesante es que dicho principio cuya validez confirma la justicia comunitaria pasa a formar parte o ser considerado como un principio propio del Derecho comunitario europeo.

Asimismo, la revocación de un acto de concesión de una ayuda comunitaria presupone que "se tome plenamente en consideración el interés de la Comunidad" y que "los requisitos previstos sean los mismos que para la recuperación de prestaciones económicas puramente nacionales" (sentencia de 12 de mayo de 1998, *cit.*; igualmente, entre otras muchas, STPI de 8 de junio de 1995, asunto T-459/93 Siemens contra Comisión, en materia de revocación de ayudas comunitarias. etc).

Igualmente, la jurisprudencia comunitaria sienta que la irrevocabilidad de un acto de concesión de una ayuda comunitaria presupone en todo caso que haya existido "buena fe" por parte del particular beneficiario (sentencia de 12 de mayo de 1998, *cit.*) o haya cumplido aquél las distintas condiciones de la acción fijadas por la Comisión en la decisión de aprobación (STPI de 29 de septiembre de 1999, asunto T-126/97, Sonasa contra Comisión).

En este sentido, y en tercer lugar, la autoridad que tenga encomendada la misión de aplicar el Derecho comunitario "ha de observar los principios generales de Derecho comunitario" (sentencia de 1 de abril de 1993 *cit.* basándose en la STJCE de 27 de septiembre de 1979, Eridania, Zuccherifici nazionali e Societa italiana per l'industria degli zuccheri, 230/78, Rec.p.2749).

Es evidente que la aplicación de unos mismos principios jurídicos de Derecho comunitario en los distintos ordenamientos europeos tiene especial interés desde el punto de vista de la formación de un Derecho administrativo europeo.

Un ejemplo paradigmático es "la protección de confianza legítima" considerado por la justicia comunitaria como uno de los principios generales de Derecho comunitario que deben observarse por las autoridades de los Estados miembros (sentencia de 1 de abril de 1993, *cit.*).

En este contexto es interesante poner de manifiesto cómo un principio de inspiración nacional (concretamente desarrollado en el Derecho alemán), y recogido por el Derecho comunitario, puede llegar a ser asumido por el Derecho de otro Estado miembro. En el caso español la protección de la confianza legítima se ha recogido tanto en un plano legislativo (con la LPC 30/1992) como jurisprudencial (SSTS de 28 de febrero de 1989 Ar.1458; de 1 de febrero de 1990 Ar.1258; de 1 de marzo de 1991 Ar.2502; de 7 de octubre de 1991 Ar.7520).

Puede seleccionarse la interesante y ejemplar STS de 9 de febrero de 1999 Ar.1878. Este fallo fundamenta la exigencia de reponsabilidad (en el presente caso derivada de actos de naturaleza legislativa) en el principio de confianza legítima.

Después de realizar una ejemplar caracterización de dicho principio (en el segundo párrafo del FJ octavo, cuya lectura es recomendable) el Fundamento jurídico noveno afirma: “la aplicación de este primer criterio conduce a observar que con arreglo a los efectos de la Ley a la que se imputa el perjuicio (la cual, en suma, vino a hacer imposible en parte el desarrollo de la urbanización que se había proyectado en la zona declarada área natural de especial interés), los gastos de urbanización reclamados correspondientes a la zona clasificada como no urbanizable deben considerarse como perjuicio indemnizable, habida cuenta de que se desarrollan ante la confianza legítima suscitada por la aprobación del correspondiente plan parcial y proyecto de urbanización. En efecto, aun cuando pudiera sostenerse que el plan parcial que legitimó la urbanización fue sustituido por el elaborado a raíz de la declaración como centro de interés turístico, se aprecia la normalidad y legitimidad de aquellos gastos, los cuales, incluso por encima de los retrasos y paralizaciones que experimentó la obra urbanizadora, hubieran tenido en último término una razonable continuidad al ser ésta reemprendida a tenor de las gestiones que para ello se estaban realizando, y, por ende, justifica el que no exista por parte de los propietarios la carga de soportar las consecuencias de su inutilidad sobrevenida por la alteración mediante ley de las previsiones urbanísticas que los justificaron ³⁴³”.

Pero no se agota con todo lo dicho hasta el momento la virtualidad del presente principio de confianza legítima. Es significativo cómo, aun cuando el principio de confianza legítima procede del Derecho comunitario y ha de aplicarse por los Estados miembros, aquél no podrá invocarse por el Estado miembro con el fin de eludir el propio Derecho comunitario:

³⁴³ No ocurre así, en cambio, respecto de los perjuicios acreditados pericialmente dimanantes de los gastos de urbanización en zona luego declarada urbanizable, “puesto que los mismos se integrarán en definitiva en la urbanización resultante. Sólo cuando dichos deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial (...)”. Por ello, sólo cuando el plan ha llegado a “la fase final de realización” o cuando la ejecución no ha sido posible por causa imputable a la Administración se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación, y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido. Desde la perspectiva que estamos considerando la indemnización por la privación legislativa de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario (...) (puede verse igualmente la STS de 6 de marzo de 1998 Ar.2491). Por otra parte, una STS de 9 de febrero de 1999 Ar.1878 (basándose en la STS de 15 de noviembre de 1993 Ar.10115) fundamenta la buena fe que ha de regir las relaciones entre la Administración y los particulares en la colaboración necesaria que conlleva la ejecución del planeamiento: “esta participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración, pues cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento, y la colaboración con el poder público está sujeta de modo más estricto, si cabe, a las exigencias de buena fe”.

“De lo anterior se deduce que el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho comunitario, y que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede infundir, en un operador económico, la confianza legítima en que se podrá beneficiar de un trato contrario a Derecho comunitario -véase la sentencia de 26 de abril de 1988, Kuecken, 316/86, Rec. p.2213, apartado 24-” (sentencia de 1 de abril de 1993, *cit.*, refiriéndose a un caso en que una Administración había cometido un error en la expedición de un certificado, dando lugar a que un particular invocara la protección de confianza legítima cuando dicha Administración reclama finalmente la cantidad exigible en virtud de una reglamentación comunitaria).

Como puede apreciarse, este sistema, que deja en manos de los Estados miembros la ejecución del Derecho comunitario (y también la revocación de la ayuda ilegal instada por la Comisión Europea), plantea problemas y tensiones. En la práctica el principio de confianza legítima ha sido especialmente invocado para justificar una inejecución del Derecho comunitario y más concretamente para negar la revocación de una ayuda indebidamente pagada.

De ahí que el Tribunal de Justicia de las CCEE haya tenido que cerrar la vía a posibles abusos.

En todo caso, el “principio de la confianza legítima no puede desconocer el alcance de la normativa comunitaria” (STJCE de 24 de febrero de 1987, asunto 310/1985, Deufil GmbH y CO. KG contra Comisión de las CCEE, Rec. 1987 p.901).

Por otra parte, la indemnización en concepto de confianza legítima presupone que el particular ha hecho las distintas gestiones que por ejemplo presupone el régimen jurídico que invoca y en virtud del cual se produciría el perjuicio (SSTPI -dos- de 21 de junio de 2000 asunto T-429/93 y de 21 de junio de 2000, asunto T-537/93).

Igualmente, en la STJCE de 23 de noviembre de 2000 (asunto C-1/98 P) se niega la aplicación del citado principio de confianza legítima a efectos de justificar ciertas ayudas concedidas al sector siderúrgico ya que “British Steel no podía esperar legítimamente que no se modificase una situación jurídica determinada, cuando las condiciones económicas del mercado siderúrgico experimentaran cambios que requirieran, en su caso, la adopción de medidas puntuales de adaptación” ya que “el buen funcionamiento del mercado común del acero implica la necesidad evidente de una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, sin que los operadores económicos puedan invocar un derecho adquirido al mantenimiento de la situación jurídica existente en un momento dado”.

Más matizadamente, en la sentencia de 8 de junio de 1995, asunto Siemens contra Comisión, tras reiterarse que “según la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia, el Derecho comunitario no puede oponerse a que la legislación nacional tome en consideración la protección de la confianza legítima en la devolución de las ayudas indebidamente abonadas”, el Tribunal comunitario establece, primero, la excepcionalidad del supuesto (“los beneficiarios de ayudas de Estado, indebidamente percibidas sólo pueden invocar, en el momento de la restitución, circunstancias excepcionales en las que hayan podido legítimamente basar su confianza en el carácter válido de la ayuda”³⁴⁴) y segundo sienta que en todo caso “corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales valorar las referidas circunstancias después de haber planteado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales de interpretación” (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1990, Comisión contra Alemania asunto C-5/89, Rec. p.I-3437 apartados 13 a 16).

No es esto algo privativo del presente tema; desde siempre el TJCE ha insistido en que las autoridades nacionales no pueden fundarse en disposiciones de su Derecho interno para incumplir las obligaciones jurídicas derivadas del Derecho comunitario.

Pero es que el riesgo de que ciertos principios generales del Derecho se invoquen abusivamente no se plantea sólo en el ámbito jurídico-comunitario. Dentro de los propios Estados miembros llega a plantearse el mismo problema. Un ejemplo puede ser la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de mayo de 1998 Ar.4150 reaccionando contra una interesada invocación del principio de confianza legítima “ante la anticipación de tres años del desarme arancelario en lo referente a la margarina”; el Tribunal Supremo inadmite el recurso planteado apoyándose en que la aplicación de dicho principio en este supuesto conduciría a una “petrificación del sistema tributario”³⁴⁵.

³⁴⁴ Igualmente, la STPI de 5 de abril de 2001, asunto T-87/00 sienta (en un litigio sobre la exigencia de revocación de una ayuda por parte de la Comisión Europea) que “únicamente circunstancias excepcionales pueden justificar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de una ayuda”.

³⁴⁵ No queremos profundizar en el estudio de la confianza legítima. En la doctrina se ha discutido si la “buena fe” y la responsabilidad administrativa podrían haber cubierto el campo de aplicación de la confianza legítima en el Derecho español; véase F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Madrid/Barcelona 1998, con otras referencias doctrinales; sobre la buena fe J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid 1983 y el trabajo de F. SÁINZ MORENO en *RAP* nº89 1979.

También se ha considerado que la recepción de la confianza legítima consigue compensar el fenómeno de reducción de garantías jurídicas que se ha experimentado tras la promulgación de la LPC en materia de revocación de actos administrativos (J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, tesis 1998).

Sobre el principio de la confianza legítima véase también R. GARCÍA MACHO, “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *REDA* nº56 1987, p.563.

B. El Derecho comunitario enseña a las autoridades del Estado miembro cómo defenderse frente a las decisiones de revocación de actos o ayudas de la Comisión Europea.

La perspectiva anterior hacía referencia a los actos cuya revocación se insta por la Administración del Estado miembro (a instancia o no de la Comisión), pudiendo el particular afectado defenderse frente a dicha revocación como consecuencia del propio Derecho comunitario, ya que éste implica el respeto de principios y garantías jurídicas a la hora de proceder a dicha revocación.

Igualmente, interesa observar cómo el Derecho comunitario europeo puede llevar a defenderse frente a una decisión de revocación instada por la Comisión.

La revocación podrá referirse tanto a ayudas comunitarias como también a "ayudas estatales" instando la Comisión su devolución, por considerarlas incompatibles con el TCE ³⁴⁶. Es preciso recordar el artículo 88 (antiguo 93.2 del TCE) donde se establece que si la Comisión comprobase que una ayuda de Estado no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87 (antiguo 92) del Tratado o que esta ayuda se aplica de manera abusiva decidirá que el Estado interesado la suprima o la modifique en el plazo que ella misma determine" ³⁴⁷.

De ahí que, si ya se ha concedido aquélla, procede que la Comisión dirija un mandamiento a las autoridades nacionales para que éstas ordenen su restitución (STJCE de 24 de febrero de 1987, asunto 310/1985, Deufil GmbH y CO. KG contra Comisión de las CCEE, Rec. 1987 p.901).

Cierta jurisprudencia del TJCE afirma en este sentido que la supresión o modificación de la ayuda, para tener eficacia, puede implicar la obligación de exigir el reembolso de las ayudas concedidas en contra de lo dispuesto en el Tratado (STJCE de 12 de julio de 1973, Comisión contra Alemania, asunto 70/72, Rec.p.813 apartado 13; STJCE de 8 de junio de 1995, asunto Siemens contra Comisión).

Aunque el punto de partida es el de que el Estado miembro ha de actuar como acreedor diligente agotando todos los cauces jurídicos disponibles en su ordenamiento jurídico para recueprar la ayuda, frente a las decisiones de la Comisión europea, que decretan la devolución de una ayuda otorgada por un Estado miembro, puede éste defenderse. De ahí el interés en conocer el Derecho comuni-

³⁴⁶ Puede verse la STJCE de 12 de noviembre de 1998, asunto C-415/96, España contra Comisión (Hytasa).

³⁴⁷ También es preciso recordar los típicos deberes de notificación a la Comisión y en general la normativa sectorial donde se completa el régimen jurídico de revocación de ayudas incompatibles con el TCE, como por ejemplo el "Quinto Código de Ayudas a la Siderurgia" al que alude la STPI de 31 de marzo de 1998, asunto T-129/96.

tario europeo. Éste aporta conocimiento sobre la posibilidad de defenderse frente a las decisiones de la Comisión Europea, así por ejemplo, cuando la decisión de devolución de la ayuda no está suficientemente fundada.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las CCEE de 8 de mayo de 2003 (asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00) anula una decisión de la Comisión (donde se requería a la República Italiana la adopción de las medidas necesarias para recuperar de Seleco Multimedia Srl la ayuda concedida a Seleco SpA) por ausencia de prueba debida por parte de la Comisión, por ausencia de motivación suficiente. Este interesante supuesto se refería a una posible ayuda que se trasfería a una filial de la beneficiaria. Según el TJCE, si bien es exacto que “la venta a un tercero de acciones de una sociedad beneficiaria de una ayuda ilegal por parte de un accionista no influye en la obligación de recuperación, la situación en cuestión en el caso de autos es diferente de dicho supuesto. En efecto, se trata de la venta de acciones de Multimedia, realizada por Seleco, que creó dicha sociedad, y cuyo patrimonio se beneficia del precio de venta de las acciones. Por consiguiente, no puede excluirse que Seleco conservara el beneficio de las ayudas recibidas por la venta de sus acciones a precio de mercado (véase, a este respecto, la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Banks, C-390/98, Rec. p. I-6117, apartados 77 y 78). Además es importante recordar que la Comisión, en la Decisión impugnada, no tomó en consideración las consecuencias de la obligación de la República Italiana de recuperar las ayudas ilegales de Multimedia con respecto a la sociedad privada que, en una subasta judicial en el marco de la liquidación de Seleco, compró el último tercio de las acciones de Multimedia. Habida cuenta de lo anterior, la motivación en la que se basó la Decisión impugnada es insuficiente con arreglo al artículo 253 CE, en particular en lo que se refiere al carácter supuestamente irrelevante del hecho de que las acciones de Multimedia se compraron a un precio que parece ser el precio de mercado, siendo así que este extremo también debía tomarse en consideración en el caso de autos”.

También el principio de “buena administración” puede ser interesante a efectos de defenderse (por una autoridad de un Estado miembro) frente a una decisión de la Comisión Europea de revocación de una ayuda ilegal, invocando que la Comisión no concluyó el procedimiento administrativo en un plazo razonable. En estos casos el Tribunal podrá examinar a quién se imputa realmente el retraso, si a la Comisión o a la propia Administración nacional (Sentencia del tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 2003, asunto T-190/00, no obstante desestimatoria del recurso) ³⁴⁸.

³⁴⁸ Pueden, además, consultarse estas sentencias: 2004-03-11 (C-496/01); 2003-11-06 (C-78/02); 2003-05-22 (C-462/99); 2003-04-03 (T-126/01); 2003-03-12 (T-254/99); 2002-11-05 (C-467/98); 2002-11-05 (C-468/98); 2002-11-05 (C-472/98); 2002-09-19 (C-336/00); 2001-11-08 (C-228/99).

Con todo, en torno a estos casos de revocación de ayudas ilegales la Comisión Europea se irroga numerosas facultades discrecionales. El TJCE admite que, en caso de que la Comisión obligue a un Estado miembro a revocar una ayuda estatal, sea la propia Comisión quien fije los intereses sobre las cantidades concedidas. “El pago de estos intereses sólo puede tener por objeto compensar las ventajas financieras derivadas de la concesión efectiva de las ayudas y debe ser proporcional a dichas ventajas (...). Por eso, dichos intereses, que no son intereses de demora debidos al retraso en el cumplimiento de la obligación de restitución, sólo pueden empezar a devengarse a partir de la fecha, que en principio corresponde fijar a la Comisión y no a las autoridades nacionales, en que el beneficiario de la ayuda dispuso efectivamente del capital” (STJCE de 12 de julio de 1973, *cit.*).

Este régimen jurídico parece criticable (y serviría para poner de manifiesto ciertas lagunas del Derecho administrativo de las instituciones comunitarias) ya que el sistema de garantías que corresponde al ciudadano (cálculo de los intereses, determinación del comienzo del cómputo, etc.) no debería establecerse y determinarse discrecionalmente por la Comisión Europea, por deberse prever aquéllas, más bien, en un plano normativo que sirva de referencia a las decisiones de la Administración comunitaria.

CAPÍTULO SEXTO

EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

La europeización afecta de modo especial a la jurisdicción contencioso-administrativa y en general a los distintos órdenes jurisdiccionales de los Estados miembros³⁴⁹. Es harto frecuente el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de las instancias judiciales de los Estados miembros (en virtud del artículo 234, antiguo 177, del Tratado de la CE; 41 del Tratado CECA y 154 del Tratado CEEA).

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el presupuesto básico para que pueda plantearse una cuestión prejudicial es que el Tribunal de un Estado miembro, en el ejercicio de su función jurisdiccional, tenga duda objetivamente fundada sobre cuál sea la norma jurídica aplicable al caso (STS de 30 de octubre de 1996 Ar.8481).

Si a la parte le interesa que el Tribunal plantee dicha cuestión, la petición no puede tener un carácter general y abstracto, por ejemplo: "plantéese cuestión

³⁴⁹ Véase M. BURGI, *Verwaltungsprozeß und Europarecht*, München 1996; C.D. CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1996; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo: competencia y prejudicialidad", *Revista Noticias de la Unión Europea*, 1999 171 pp.31 y ss.; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/D.J. LIÑÁN NOGUERAS (coordinadores), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid 1993 y en esta misma obra la contribución de D. RUIZ-JARABO COLOMER, "El juez nacional como juez comunitario" pp.651 y ss. Ténganse en cuenta asimismo ciertos trabajos colectivos, así el número monográfico de la Revista *Revue Européenne de Droit Public*, Vol.9 N°3 (1997), dedicado al Derecho común europeo en el ámbito del proceso contencioso-administrativo. El título es: "Towards a unified judicial protection in Europe?"; igualmente, distintas contribuciones publicadas en *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen II Madrid 1998; y los trabajos publicados en el libro coordinado por J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid 1993.

prejudicial en el caso de existir dudas sobre la directa aplicación del Derecho comunitario", ya que ha de solicitarse y fundarse, sin perjuicio de la decisión final del Tribunal (STS de 26 de enero de 1996 Ar.458 F.2).

Por contra, "como ha expresado la doctrina científica, es preciso que el Juez nacional pueda considerar la cuestión planteada como *pertinente y seria*, es decir, como pudiendo condicionar la solución del proceso (P. Pescatore)" (STS de 30 de octubre de 1996 Ar.8481).

Tal como argumenta el TJCE, "procede recordar a este respecto que, conforme a reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se adopte, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas" (véase, en particular, la sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 41; STJCE de 16 de octubre de 2003, asunto C-421/01).

Pueden por tanto declinar formular el recurso y decidir la materia por sí mismos en aquellos casos en que tales cuestiones son perfectamente simples y cuya contestación resulta obvia para cualquier jurista con un "modicum" de experiencia.

En cuanto al momento de presentar dicha cuestión, la STS de 30 de octubre de 1996 Ar.8481 se apoya en "el silencio de las normas comunitarias" para concluir que los Tribunales nacionales tienen libertad absoluta para fijar el momento en que debe plantearse la cuestión", si bien como dice la Sentencia "Creamary Milk Suppliers", de 10 de marzo 1981, parece conveniente que sea cuando los hechos estén ya fijados, así como establecidos los problemas de Derecho nacional aplicable.

Si se ha planteado un recurso de casación, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 30 de octubre de 1996 Ar.8481 apunta que la cuestión sobre validez o interpretación de la norma comunitaria ha de reconducirse a motivo casacional del que, en su caso, se derive la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia

de la Comunidad, si al Tribunal nacional se le suscitan dudas acerca de aquella validez o interpretación de la norma comunitaria que debe aplicar ³⁵⁰.

Asimismo, la propia actividad del TJCE constituye un punto de referencia importante para el funcionamiento de la administración de justicia en los distintos Estados miembros. En este sentido, es interesante la consulta de las "estadísticas judiciales" sobre la duración de los procesos que se publican anualmente por el TJCE (pudiéndose obtener, igualmente, vía internet) y que contrastan con la duración de los procesos judiciales en ciertos Estados de la Unión Europea ³⁵¹.

Otro punto de referencia para los Derechos administrativos de los Estados miembros es el sistema procesal comunitario, en especial el sistema de acciones previsto en el TCE y en particular la "acción de inactividad", con clara raigambre en el Derecho comunitario y que se introdujo también en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998³⁵².

³⁵⁰ Sobre este tipo de cuestiones prejudiciales puede verse: R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid 1992; M. CARRO MARINA, *REDA* 66 1990, pp.303 y ss.; J.F. ESCUDERO MORATALLA/J. FRIGOLA VALLINA, "El TJCE y últimas decisiones sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales", *RGD* 639 1997, pp.13677 y ss.; A. FIGUERUELO BURRIEZA, en *Actas de las XVI Jornadas de Estudio de la DGSJE: La Constitución Española en el ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, Vol. I, pp.197 y ss.; M. PASTOR LÓPEZ, *RGD* 559 1991 pp.2863 y ss.; F. HERBERT, en *Gaceta Jurídica de la CE* 1987 D-8; I. IBÁÑEZ GARCÍA, en *Noticias CE* 85 1992; C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, en *Actas de las XVI Jornadas de Estudio de la DGSJE: La Constitución Española en el ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, Vol. I, pp.353 y ss.; A. JUANES PECES, "Análisis de la doctrina constitucionales en orden a la aplicación del Derecho comunitario por parte de los Tribunales ordinarios", *RPJ* 43-44 1996, pp.501 y ss.; P. PESCATORE, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *EL Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid 1993; M. REVENGA SÁNCHEZ/J.M. LÓPEZ ULLA, en *Actas de las XVI Jornadas de Estudio de la DGSJE: La Constitución Española en el ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, Vol. I, pp.535 y ss.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, en: VARIOS AUTORES, *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Publicaciones Abella Madrid 1998 pp.209 y ss.

En el plano de la delimitación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción europea téngase en cuenta el artículo 14.2.2 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, en virtud del cual las decisiones sobre el relevo del mandato de un Gobernador de un Banco Central Nacional podrán recurrirse ante los Tribunales comunitarios.

³⁵¹ Véase también sobre el tema R. MARTÍN MATEO, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 1989.

³⁵² Véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 1999 Ed.Tecnos.

Finalmente, ténganse en cuenta las recientes reformas del sistema jurisdiccional de la Unión Europea como consecuencia de la ampliación de la Unión Europea y ante el problema del incremento de asuntos sobre los que conocen los órganos de la jurisdicción comunitaria (limitación de la oralidad, atribución de la facultad a la justicia comunitaria de modificar el Reglamento de procedimiento, filtrado de las cuestiones prejudiciales y de los recursos contra las sentencias del Tribunal de primera instancia, aumento de la plantilla de jueces). Así, el Estatuto del Tribunal de Justicia últimamente modificado por Decisiones del Consejo de 15 de julio de 2003 y 19 de abril de 2004, las últimas modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 19 y 20 de abril de 2004, las últimas modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de 19 y 21 de abril de 2004 o el Documento de designación de los Presidentes de Sala del Tribunal de Primera Instancia y establecimiento de los criterios para la atribución de los asuntos a las Salas de 24 de septiembre de 2004 acaban de ver la luz con la finalidad de lograr un más eficaz funcionamiento de la justicia comunitaria.

En general, la jurisprudencia del TJCE es siempre un posible cauce de reforma de las legislaciones administrativas procesales. En la materia contractual por ejemplo, las respuestas judiciales del TJCE a las cuestiones prejudiciales que se le van planteando ocasionan a veces motivos de reforma claros para los Estados miembros o motivos para afianzar una determinanda regulación procesal de control judicial de adjudicaciones contractuales. Así por ejemplo se confirma la posibilidad de establecer un plazo de recurso para la impugnación de las adjudicaciones (STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99), o se perfilan los criterios de legitimación procesal (STJCE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01 y STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/02) o se deja claro que si una cláusula de licitación es incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, el ordenamiento jurídico interno debe prever la posibilidad de invocar esa incompatibilidad por el cauce de los recursos a que se refiere la Directiva 89/665 (SJTCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01).

CAPÍTULO SÉPTIMO

REPERCUSIÓN SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: CÓMO PODRÍA PROFUNDIZARSE EN LA EUROPEIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

1. Estado de la cuestión.

Un tema determinante para llegar a observar el grado de integración comunitaria que hasta el momento ha podido conseguirse es sin duda el del acceso de la función pública de un Estado miembro a los nacionales de otro Estado de la Unión Europea. Evidentemente esta cuestión toca de forma más o menos directa una fibra sensible de los Estados, que es el reducto de soberanía presente en todo sistema de reserva de la función pública en favor de los nacionales del propio Estado. Seguidamente se estudia hasta dónde ha podido llegarse en la actualidad y hasta dónde debe o debería llegarse.

El punto de partida para estudiar esta materia es el conocido artículo 39 (antiguo 48) del Tratado de la CE, donde se consagra la libre circulación de los trabajadores y la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros.

No obstante, el párrafo cuarto del citado artículo 39 declara que sus disposiciones no son aplicables a los empleos de la Administración Pública.

Este régimen jurídico-comunitario puede primeramente relacionarse con ciertas acciones significativas de la Comisión Europea. Ésta, tras comprobar que en varios Estados miembros gran número de puestos de trabajo que se consideraban integrados en la función pública no tenían relación con el ejercicio del poder público y con la salvaguarda de los intereses generales del Estado, instó a los Estados

miembros a permitir a los nacionales de otros Estados de la Unión a acceder a puestos de trabajo en ámbitos tales como los transportes públicos, distribución de electricidad o gas, navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radiotelevisión, servicios de salud pública, enseñanza pública, investigación civil en establecimientos públicos.

A estos efectos la Comisión Europea dictó la Comunicación de 18 de marzo de 1988³⁵³ titulada "La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE"³⁵⁴. La Comisión consideraba que la excepción prevista en el artículo 48.4 (hoy 39) del Tratado de la CE no era aplicable, salvo en casos muy excepcionales, a las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo de dichos sectores.

Pero junto a esta referencia interesaría especialmente conocer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁵⁵, principalmente los criterios jurisprudenciales básicos en la materia, que paso a exponer.

Según la jurisprudencia comunitaria la excepción prevista en el antiguo artículo 48.4 del TCE (excepción al principio de libre circulación de trabajadores en cuanto a la función pública) se refiere a los empleos que implican ejercicio de poder público y que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas. Por eso, la excepción prevista en el apartado 4 del antiguo artículo 48 no se aplica a los empleos que, a pesar de

³⁵³ Comunicación 88/C DOCE C 72.

³⁵⁴ Puede consultarse también el Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario, 1996 (DOCE C 332, 1). Otro tema relacionado con el presente es el reconocimiento de títulos en Europa. Sobre el particular puede verse, por todos, J.M. DEL VALLE PASCUAL, *La Ley* 5005 (2000).

³⁵⁵ Concretamente, la jurisprudencia dictada hasta el momento es la siguiente: STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu contra Deutsche Bundespost*; STJCE de 17 de diciembre de 1980 asunto 149/79, *Comisión contra Bélgica*, Rec.1980 p.3881; STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, *Comisión contra Bélgica*, Rec.1982 p.1845; STJCE de 3 julio de 1986, asunto 66/85, Rec.1986 p.2121, *Deborah Lawrie-Blum contra Baden-Württemberg*; STJCE de 3 de junio de 1986, *Comisión contra República Francesa*, asunto 307/84, Rec.1725; STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión contra República Italiana*; STJCE de 30 de mayo de 1989, *Pilar Allué y Mary Coonan contra Universidad de Venecia*; STJCE de 27 de noviembre de 1991, *Bleis contra Ministerio de Educación Nacional*; STJCE de 23 de febrero de 1994, *Scholz contra Universidad de Cagliari*, asunto C-419/92, Rec. p.I-505; STJCE de 22 de noviembre de 1995, *Vougioukas contra IKA*, asunto C-443/93, Rec. p.I-4033; SSTJCE (tres) de 2 de julio de 1996 del TJCE, *Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia* (asuntos C-473/93, C-173/94 y C-290/94); STJCE de 20 de noviembre de 1997, asunto C-90/96 *Petrie*; STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contra Freie Hansestadt Hamburg*; STJCE de 12 de marzo de 1998, asunto C-187/96, *Comisión contra Grecia*; STJCE de 29 de octubre de 1998, asunto 114-97, *Comisión de las CCEE contra Reino de España*.

depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha. Es éste un criterio consolidado en la jurisprudencia comunitaria (por todas, véanse las sentencias, tres, de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia).

Conviene, pues, precisar el alcance del "requisito de la nacionalidad" a la luz de estas tres sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia. Frente a la alegación de los recurrentes ("la nacionalidad es requisito necesario para salvaguardar la identidad nacional") el Tribunal comunitario considera que la salvaguarda de la identidad nacional puede explicar las restricciones de acceso de extranjeros sólo cuando se trate de empleos relacionados con el ejercicio del poder público, ya que en estos casos en efecto sus titulares están vinculados con el Estado por una relación particular de solidaridad y por un régimen de derechos y deberes "que son el fundamento del vínculo de nacionalidad"³⁵⁶.

En virtud de otra regla jurisprudencial, igualmente de especial significación, el concepto de "Administración Pública", a efectos del artículo 48.4 -hoy 39.4- del Tratado, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad, "sin que sea posible por tanto dejarlo a la absoluta discrecionalidad de los Estados miembros"³⁵⁷. Es ésta una doctrina presente en la jurisprudencia del TJCE desde su primera sentencia en la materia de 12 de febrero de 1974 (Sotgiu contra Deutsche Bundespost). Ilustrativa es la argumentación del Abogado general Sr. Henri Mayras:

"La noción de empleo en la Administración pública debe recibir una definición comunitaria, autónoma, al margen de variables criterios nacionales que dependen de la concepción que cada Estado tenga de sus funciones y de las estructuras de los órganos encargados de asumirlas (...)".

De ahí que una sentencia posterior, de 24 de enero de 1985³⁵⁸ deje claro que "hacer depender la aplicación del artículo 48, apartado 4, de la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con la Administración daría, efectivamente, a los

³⁵⁶ Por tanto, en las tres sentencias de 2 de julio de 1996 del TJCE (asunto C-473/93) se condena a los Gobiernos de Luxemburgo, Bélgica y Grecia, por haber incumplido el Derecho comunitario, en tanto en cuanto exigían el requisito de la nacionalidad para el acceso a los puestos de funcionario o de empleado público en la Administración, trascendiendo de la excepción del antiguo artículo 48.4 del Tratado y del régimen previsto en el Reglamento nº1612/68 del Consejo.

³⁵⁷ Igualmente, SSTJCE (tres) de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia.

³⁵⁸ STJCE de 24 de enero de 1985, asunto 66/85, Rec.1986 p.2121, Deborah Lawrie-Blum contra Baden-Württemberg.

Estados miembros, la posibilidad de determinar, a su arbitrio, los empleos cubiertos por esta disposición de excepción”.

En este sentido, es claro que el TJCE pretende que la calificación formal como Administración de determinados sujetos o sectores, por parte de los Estados miembros, no lleve a eludir el cumplimiento del Tratado de la CE y, por tanto, las obligaciones que corresponde asumir a los Estados miembros.

De ahí que la jurisprudencia del TJCE se apoye en un criterio funcional en virtud del cual es necesario considerar el tipo de función administrativa a efectos de precisar si puede aplicarse o no la excepción del artículo 48.4 -actualmente, 39.4- del TCE (así, expresamente, STJE de 3 de junio de 1986, asunto Comisión contra Francia 307/84, Rec.1725; asimismo, STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional; y STJCE de 17 de diciembre de 1980 asunto 149/79, Comisión contra Bélgica, Rec.1980 p.3881).

Es evidente que la delimitación entre funciones administrativas que implican ejercicio de poder público (y que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas) y funciones que no implican dicho ejercicio podrá no ser siempre fácil. Pero no por ello puede calificarse de desacertada, en mi opinión, la línea jurisprudencial seguida por el TJCE. Precisamente, es una típica o característica función judicial la de ir delimitando, en caso de conflicto, los casos que caen dentro o fuera del referido criterio funcional.

Así, la STJCE de 26 de mayo de 1982 (Comisión contra Reino de Bélgica) apunta que los empleos de Inspector Jefe de Oficina Técnica, Inspector principal, Inspector de trabajo, Vigilante nocturno y Arquitecto (de la Administración municipal de Bruselas y Auderghen) no caen dentro del ámbito de aplicación del antiguo artículo 48.4 del TCE; y las sentencias del TJCE de 3 de junio de 1986 (Comisión contra República Francesa) y de 16 de junio de 1987 (Comisión contra República Italiana) añaden a esta lista los puestos de enfermería y de investigación a cargo de la Administración, respectivamente ³⁵⁹.

En esta línea, en las SSTJCE (tres) de 2 de julio de 1996 del TJCE se condena a Luxemburgo, Bélgica y Grecia por no distinguir en qué casos es exigible el requisito de nacionalidad en los sectores públicos de la investigación, enseñanza, salud, transporte terrestre, correos y telecomunicaciones, y servicios de distribución de agua, gas y electricidad.

³⁵⁹ Véase R. JIMÉNEZ ASENSIO, “Incidencia del Derecho comunitario en el ámbito de la función pública”, en: CGPJ *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea, Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid 1997 p.203.

En la doctrina, según U. WÖLKER, típicas funciones administrativas han de ser las de policía, militares, el cuerpo diplomático o la administración tributaria. En cambio, funciones que no son típicamente administrativas pueden ser aquéllas que, a pesar de poder ser realizadas por la Administración, encuentran clara correspondencia en el sector privado: cultura, gestión de servicios públicos, enseñanza ³⁶⁰.

Al margen de este tipo de cuestiones, interesa también la doctrina jurisprudencial que, aplicando el principio de no discriminación, sienta que a un sujeto que haya prestado parte de sus servicios en una Administración de otro Estado miembro han de computársele o reconocérsele dichos servicios (a los efectos de la concesión del complemento de antigüedad y de su clasificación en la escala salarial de los empleados) ³⁶¹.

³⁶⁰ U. WÖLKER, en H. VON GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991 p.829 con otras referencias bibliográficas en las notas a pie de página 440 y 441. Asimismo puede profundizarse en el presente tema consultando los siguientes trabajos: R. ALONSO GARCÍA, "¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública de los ciudadanos comunitarios", *REDA* 76 1992; J.R. BENGOTXEA, "Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº50 (1998) p.30; M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, "Consideraciones en torno a las relaciones entre el ordenamiento comunitario europeo y el ordenamiento interno (a propósito de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea", *RAP* 133 1994; L.E. ETXEBARRÍA ARIZNABARRETA, "Panorama y perspectivas de la formación de empleados públicos en Europa", *Autonomías* 1987 7; J.M. GÓMEZ MUÑOZ, "La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público de España: análisis del régimen jurídico vigente", *Relaciones Laborales*, 23 1995; del mismo, *Libre circulación de trabajadores de empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*, Madrid 1996; V. GUILLÉN COLOMINA, "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajos en las Administraciones Públicas de los Estados miembros", *Revista de Administración Pública*, 1998 146; J.P. LANDA ZAPARAIN, "La noción de empleo público en el Derecho comunitario europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 del TCE", *Revista Noticias de la Unión Europea* nº147 1997 pp.75 y ss.; J.M. MEMOYNE DE FORGES, "Le modèle de fonction publique a-t-il un avenir?", *Revue Administrative*, A 48, n288 1995 p.584; D. LÓPEZ GARRIDO, "El acceso a la función pública en la Europa de los Doce", *Revista Vasca de Administración Pública*, 35 1993; A. MASSO GARROTE, "Los derechos políticos en la Comunidad Europea: el Tratado de la Unión y la Directiva de desarrollo 94/80, del Consejo, de 19 de diciembre de 1994", *Revista Noticias de la Unión Europea* 138 1996; J. MAURI, "Función pública local", en: T. FONT I LLOVET, *Anuario del Gobierno local*, Madrid 1995; J.L. MONEREO PÉREZ, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid MAP 1991 p.27, y del mismo autor su trabajo en *RL* nº10 1994 p.12; A. NOGUERÍA LÓPEZ, "La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la Administración Pública de ciudadanos comunitarios", *Revista Vasca de Administración Pública*, 39 1994; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, "Administraciones nacionales e integración europea", *Revista Noticias de la Unión Europea* 136 1996; M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid 1992; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Madrid 1996; F. SCHOCKWEILER, en *Bulletin du Cercle François Laurent* IV 1987 p.20; A. SCIORTINO, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, nº2 1994; J.P. TRICART, en *Europe Sociale*, 1 1989 pp.106 y ss.

³⁶¹ STJCE de 12 de marzo de 1998, asunto C-187/96, Comisión contra Grecia.

Del mismo modo, es nulo un convenio colectivo para los trabajadores de la Administración Pública en el cual se establezca un determinado ascenso por antigüedad sin computar los períodos que dichos empleados hayan realizado en otro Estado miembro (STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-15/96, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contra Freie Hansestadt Hamburg).

En cambio, según la STJCE (citando otras) de 6 de julio de 2000 asunto C-407/98 no es discriminatorio conceder tratos de favor a las candidatas femeninas (frente a los candidatos masculinos) a efectos del acceso a la función pública ³⁶². Además es incompatible con el Derecho comunitario una legislación (alemana) que permite a las mujeres el acceso a empleos militares sólo en las unidades sanitarias y las formaciones de música militar.

2. Dos ejemplos especialmente significativos: la "enseñanza" y la "seguridad privada".

Puede profundizarse en la doctrina jurisprudencial anteriormente referida tomando, primero, el ejemplo de la enseñanza. Aunque en principio pueda considerarse que en el ámbito de la enseñanza se presentan ciertas funciones que implican el ejercicio de poder público (medidas disciplinarias, calificación de exámenes) lo cierto es que predomina evidentemente un aspecto pedagógico que no justifica la aplicación de la excepción del artículo 39 (antiguo 48) del Tratado de la CE, a salvo de los órganos de representación de los Centros de enseñanza.

Siguiendo un orden cronológico de exposición, es preciso citar primeramente la STJCE de 24 de enero de 1985 ³⁶³. Puede empezarse el estudio de esta sentencia relatando resumidamente los hechos del presente supuesto: una persona que había obtenido la licenciatura en filología en la Universidad de Friburgo pretendía ser admitida a la realización del período de prácticas y posterior examen de Estado a fin de poder ser profesor de instituto en Alemania. La Administración del Land de Baden-Württemberg (donde se encuentra Friburgo) había denegado la solicitud (de poder acceder a la realización del período de prácticas y posterior examen de Estado) basándose en que, a estos efectos, la legislación del Land exigía la nacionalidad alemana que es necesaria para poder llegar a ser funcionario (vgr. profesor de Instituto).

³⁶² Véase también la STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-158/97.

³⁶³ Asunto 66/85, Rec.1986 p.2121, Deborah Lawrie-Blum contra Baden-Württemberg. En el mismo sentido que esta sentencia, es decir confirmando que la enseñanza no se incardina en principio dentro de la excepción del antiguo artículo 48.4 del TCE, véase la STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional; y STJCE de 30 de mayo de 1989, Pilar Allué y Mary Coonan contra Universidad de Venecia.

Pues bien, el asunto llega al Tribunal Supremo alemán (Sala de lo Contencioso-administrativo), quien eleva cuestión prejudicial al TJCE, preguntando si la situación que pretende ser alcanzada por la recurrente interesada debe considerarse "empleo en una Administración pública en el sentido del apartado 4 del artículo 48", pudiendo por tanto negarse el ingreso solicitado por la recurrente.

El TJCE responde dejando claro que "el acceso a ciertos empleos no puede limitarse por el hecho de que, en un Estado miembro determinado, las personas que los asumen tengan el estatuto de funcionario. Hacer depender la aplicación del artículo 48, apartado 4, de la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con la Administración daría, efectivamente, a los Estados miembros, la posibilidad de determinar, a su arbitrio, los empleos cubiertos por esta disposición de excepción". Seguidamente, el TJCE aprovecha para reforzar su doctrina sentando que los empleos excluidos de la aplicación del artículo 48 -actual 39- TCE son únicamente aquellos que supongan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás colectividades públicas.

Otra sentencia posterior, recaída en este mismo ámbito de la enseñanza, es la STJCE de 20 de noviembre de 1997 (asunto C-90/96 Petrie): una Universidad italiana reservaba los puestos de sustitutos de profesores universitarios a profesores titulares o investigadores reconocidos, excluyendo la posibilidad de acceder a dichas suplencias a ciertos sujetos de nacionalidad británica que trabajaban en dicha Universidad desde hacía años como lectores. El TJCE entiende que no se vulnera el antiguo artículo 48 del Tratado, ya que la situación de los lectores de lengua extranjera no es comparable con la de los profesores que han accedido a la docencia universitaria mediante concurso público o con la situación de los "investigadores" cuya suficiencia investigadora ha sido reconocida mediante acto administrativo. No obstante, en primer lugar, se podría vulnerar el antiguo artículo 48.2 si no pudieran acceder los lectores de lengua extranjera y sí en cambio otros sujetos cuya situación fuera equiparable a la de aquéllos. En segundo lugar, el TJCE afirma que a los demandantes puede llegar a corresponder un derecho a reclamar una indemnización por el perjuicio causado *por una normativa (una Ley italiana del año 1994) que en día les impidió participar en los concursos públicos de acceso al profesorado universitario, por ser ésta discriminatoria*.

Otro sector problemático ha sido el de la **seguridad privada**, ya que, y según estudiamos en otro lugar ³⁶⁴, este tipo de agentes o vigilantes pueden llegar a

³⁶⁴ *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada 2001. En este trabajo se pone de manifiesto el fenómeno de creciente "colaboración" de agentes privados (especialmente empresas) en la realización o ejercicio de auténticas funciones públicas al margen de la gestión de servicios públicos.

colaborar intensamente en el ejercicio de auténticas funciones públicas como son las funciones de policía. Sin embargo, tal como acertadamente pone de manifiesto la STJCE de 29 de octubre de 1998 (asunto 114-97, Comisión de las CCEE contra Reino de España) el apartado 4 del antiguo artículo 48 del TCE no es aplicable al presente caso ya que "las empresas de seguridad privada no forman parte de la Administración Pública y, por consiguiente, esta disposición no se aplica. Por otra parte, de los autos se deduce que las empresas y el personal de seguridad privada no participan directa y específicamente en el ejercicio del poder público".

En consecuencia, la sentencia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 48, 52 y 59 del TCE en su redacción anterior al Tratado de Amsterdam, al mantener en vigor los artículos 7, 8 y 10 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, en la medida en que supeditan la concesión de la autorización para ejercer actividades de seguridad privada, en el caso de las empresas de seguridad, a los requisitos de tener nacionalidad española y de que sus administradores y directores tengan su residencia en España y, en el caso del personal de seguridad, al requisito de tener la nacionalidad española.

Esta sentencia del TJCE ha dado lugar a la reforma de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad privada (téngase en cuenta que la ejecución de este tipo de sentencias no se lleva a cabo por el Tribunal, por implicar una actuación positiva por parte del Estado miembro en cuestión: artículo 228, antiguo 171, del TCE).

Por tanto, el Real Decreto-Ley 2/1999, de 29 de enero modifica parcialmente los artículos 7, 8 y 10 de la citada Ley abriendo la posibilidad de que trabajadores y empresarios puedan ser tanto españoles como nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea (o de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo).

Este caso de la seguridad privada es un gráfico ejemplo de cómo el Derecho comunitario puede llegar a repercutir sobre los Derechos de los Estados miembros causando la reforma de su legislación (dato ilustrativo desde el punto de vista de la creación de un Derecho administrativo europeo).

3. La legislación en España (Ley 17/1993, de 23 de diciembre, el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo y la reforma por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

Interesa conocer, igualmente, la legislación dictada en España con el fin de poner en sintonía nuestro Derecho con el Derecho comunitario, esencialmente con la jurisprudencia del TJCE que acaba de estudiarse.

En este sentido, la Ley de 23 de diciembre de 1993 (Ley 17/1993, Ley de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea) afirma, en su Exposición de Motivos, que aunque el artículo 48.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea excluye de dicha libertad (circulación de trabajadores) a los empleos de la Administración Pública, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido realizando una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por empleos de la Administración pública, constrañéndolo a aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas. En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia, la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública, a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores. *Por todo ello se hace necesario llevar a cabo las modificaciones normativas precisas que permitan el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros de la CE a los citados sectores de la función pública.*

Interesa, entonces, conocer la regulación prevista en los tres artículos de la citada Ley 17/1993 en su versión originaria, así como el artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que completa y reforma aquélla.

En virtud de la Ley 17/1993 el artículo 1 empieza o empezaba concretando qué empleos quedan afectados por la aplicación de la libre circulación de trabajadores: función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial; además: “y los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores”.

El párrafo segundo de este artículo 1 se remite al Gobierno nacional, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas, a efectos de determinar o concretar los Cuerpos o Escalas a los que puedan acceder nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad, debiendo quedar reservados a los nacionales españoles aquéllos que impliquen ejercicio de autoridad.

En todo caso, en el párrafo tercero se sienta o sentaba el principio general de reserva de los puestos que impliquen ejercicio de potestades públicas (...) a los funcionarios de nacionalidad española.

En el artículo 2 de la Ley 17/1993 se establecen los requisitos para ser admitidos a los procedimientos de selección y en el artículo 3 se afirma que la pérdida de nacionalidad o la de cualquier otro Estado miembros de la Comunidad Europea, determina la pérdida de condición de funcionario.

En el ámbito de la Administración del Estado esta regulación remitía al Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, por el que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea. Este Decreto tuvo como finalidad especificar aquellos Cuerpos, Escalas, plazas o empleos de la función pública estatal de los sectores mencionados en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre.

En principio, este Real Decreto mencionaba expresamente los sectores de "investigación, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial". En el Anexo del Reglamento se especificaban claramente los puestos a los que, en concreto, afecta la libre circulación de trabajadores a pesar de estar vinculados a la Administración pública.

Igualmente, el presente Real Decreto establecía las pautas a seguir en las pruebas selectivas, los requisitos que deben cumplir los nacionales de los demás Estados miembros, la documentación que ha de presentarse, la reserva de puestos de trabajo para los nacionales (por implicar ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas) y la exigencia del conocimiento del castellano.

Mediante el artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se modificó la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, al establecer:

Uno. El artículo 1 queda redactado de la siguiente manera:

- "1. De acuerdo con el Derecho comunitario, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.
2. Lo establecido en el apartado anterior será asimismo de aplicación al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho, así como a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

Igualmente se extenderá a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

3. El Gobierno, o en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas determinarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o puestos a los que no puedan acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea.”

Dos. Se añade un apartado 3 al artículo 2, con el siguiente contenido:

- “3. El Ministro de Administraciones Públicas, en el ámbito de la Administración General del Estado, determinará el sistema de acreditación de los requisitos a los que se refieren los apartados anteriores de este artículo.”

Tres. Se añade un segundo párrafo al artículo 3, con el siguiente contenido:

“Asimismo, la pérdida de cualquiera de los requisitos que, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley, habilitan para el acceso al empleo público en igualdad de condiciones con los españoles, dará lugar a la pérdida de la condición de funcionario de carrera, a no ser que el interesado cumpla cualquier otro de los requisitos previstos en el mencionado apartado.”

Así pues, la novedad, en lo material se esconde en el nuevo artículo 1.2 de la Ley 17/1993, extendiendo la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público (...) al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea (...) así como a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores ³⁶⁵.

Posteriormente, el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, en su Disposición Derogatoria Única afirma que queda derogado el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, por el que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan al presente Real Decreto.

El esquema de esta nueva reglamentación es la siguiente:

³⁶⁵ Puede verse, igualmente, el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas parcialmente modificado por los Reales Decretos 737/1995, de 5 de mayo, y 1710/1997, de 14 de noviembre.

Artículo 1. Ambito objetivo de aplicación ³⁶⁶.

Artículo 2. Ambito subjetivo ³⁶⁷.

Artículo 3. Derecho de acceso al empleo público.

Artículo 4. Cuerpos y Escalas excluidos.

Artículo 5. Puestos de trabajo y empleos excluidos.

Artículo 6. Procedimiento de acceso.

Artículo 7. Requisitos de los aspirantes.

Artículo 8. Acreditación de requisitos.

Artículo 9. Conocimiento del castellano.

En el ámbito autonómico español el desarrollo reglamentario de la Ley de 23 de diciembre de 1993 se realizó en un primer momento por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón, en esta última Comunidad mediante la aprobación del Decreto 141/1996, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea a determinados sectores de la Función Pública de la

³⁶⁶ 1. El presente Real Decreto tiene por objeto regular el acceso y el desempeño u ocupación de puestos de trabajo por parte de nacionales de otros Estados en el siguiente ámbito:

- a) La Administración General del Estado y sus Organismos públicos.
- b) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) La Administración de Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación a que se refiere el apartado anterior:

- a) Las Fuerzas Armadas.
- b) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- c) Los Organos constitucionales, el Consejo de Estado y el Banco de España.
- d) El Centro Superior de Información de la Defensa.

³⁶⁷ 1. El presente Real Decreto se aplicará a los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea.

2. También se aplicará a:

1º Los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, que a continuación se relacionan:

- a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho.
- b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintitún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

2º Las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

Comunidad Autónoma de Aragón, como “normativa en la medida de lo posible homogénea a la estatal” ³⁶⁸.

Por su parte, en Cataluña rige el Decreto 389/1996, de 2 de diciembre, por el que se regula el acceso de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea a la función pública de la Administración de la Generalidad. Si bien el contenido de este Decreto puede asimilarse con el de la Ley estatal, el artículo 6 de dicho Decreto exige el conocimiento adecuado de las *dos lenguas* oficiales de Cataluña “que les permita la comprensión y utilización de ambas lenguas en el ejercicio de sus funciones”. Pensando en los nacionales de otros Estados miembros, parece discutible la compatibilidad de esta exigencia con el Derecho comunitario por suponer una traba adicional para el acceso a la función pública en determinadas zonas de un Estado miembro.

Posteriormente se han dictado en otras Comunidades Autónomas Decretos en este mismo sentido. Así, el Decreto de la Junta de Andalucía 299/2002, de 10 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público de la Administración de la Junta de Andalucía de los nacionales de los demás estados miembros de la Unión Europea; el **Decreto 3/2003, de 31 de enero**, de la Región de Murcia, por el que se regula el acceso al empleo público de la Región de Murcia de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y de los nacionales extracomunitarios; o el **Decreto 170/2002, de 17 de diciembre, de la Junta de Extremadura, por el que se regula el acceso al Empleo Público de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura de ciudadanos nacionales de otros Estados a los que sea aplicable el derecho a la libre circulación de trabajadores y de ciudadanos extranjeros residentes en España.**

Completando estas referencias legislativas podría establecerse cierta relación entre el régimen jurídico comunitario previsto para el acceso a la función pública de otro Estado miembro, que acaba de estudiarse, y el régimen jurídico comunitario previsto respecto del sufragio pasivo en las elecciones de ámbito local, ya que conforme al artículo 19 (antiguo 8.B.1) del TCE “todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y *elegible* en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado” y, por otro lado, la directiva 90/80, del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las

³⁶⁸ Se mencionan expresamente en este Decreto las Escalas sanitaria y de investigación, como aptas para el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros (artículo 1.2), sin perjuicio lógicamente de otras categorías de empleo, ya que en virtud del Derecho comunitario (y la propia Ley 17/1993, de 13 de diciembre) puede haber otros sectores de la función pública distintos de los expresamente recogidos en esta normativa a los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales ³⁶⁹ abre la posibilidad a que los Estados miembros "puedan reservar los puestos que impliquen ejercicio de autoridad pública a sus nacionales" (véase el artículo 5.3 de la directiva).

4. Los problemas.

Así pues, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las CCEE están consiguiendo de forma significativa la apertura, de ciertos ámbitos del sistema de función pública, en favor de los nacionales de otros Estados miembros.

No obstante los avances realizados y no obstante el mérito del proceso de europeización del sistema de empleo público de los Estados miembros llevado a cabo por el TJCE y la Comisión Europea, se plantean a mi juicio ciertos problemas que no parecen haber llamado aún la atención a las instancias comunitarias.

El problema principal, a efectos de lograr la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la función pública en favor de los nacionales de otros Estados miembros, ha dejado de ser el de la distinción entre empleos que suponen o no suponen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o una salvaguarda de los intereses generales del Estado ³⁷⁰.

El problema más bien se presenta desde el punto de vista del ejercicio efectivo de este derecho. Me refiero pues a ciertas trabas que pueden plantearse y que pueden llevar a dejar a un lado la aplicación real del Derecho comunitario en el ámbito de la función pública. Puede servir de ejemplo el caso de la enseñanza, al que nos referíamos anteriormente.

Nos consta que el Derecho comunitario afirma que en la enseñanza universitaria los nacionales de otros Estados miembros pueden concursar a las plazas de profesorado en *igualdad de condiciones* con los nacionales del Estado miembro ³⁷¹.

³⁶⁹ DOCE L 368/38, de 31 de diciembre de 1994.

³⁷⁰ Por otra parte, puede tenerse en cuenta que el TJCE no considera contrario a Derecho comunitario el sistema de carrera en el ámbito de la función pública (STJCE de 17 de diciembre de 1980 asunto 149/79, Comisión contra Bélgica, Rec.1980 p.3881; STJCE de 16 de junio de 1987, Comisión contra República Italiana). Sobre el tema, también STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional y T. LARZUL, "Droit communautaire et fonction publique", *L'actualité juridique, droit administratif*, junio 1996.

³⁷¹ Hasta aquí "llega" el Derecho comunitario, hasta aquí ningún problema. En este sentido, el Anexo del Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, incluye el Cuerpo de Catedráticos de Universidad y el de Profesor Titular de Universidad como Cuerpo incluido dentro de la libre circulación de trabajadores.

Pero a nadie se oculta que en la generalidad de los Estados de la Unión Europea la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, mérito y capacidad, puede distar mucho de ser una aplicación efectiva de criterios jurídicos objetivos y de ejercerse un control judicial adecuado en la materia. En algunos de los Estados de la Unión ni siquiera se observan los principios primeramente mencionados de publicidad y concurrencia (no es el caso de España pero sí de otros Estados miembros); y, en general, junto a la proliferación de ciertos obstáculos de menor entidad (tales como los "perfiles", las "trabas lingüísticas", el "inmovilismo", etc.) no existe necesariamente una aplicación *efectiva* de criterios jurídicos objetivos (vgr. los principios de mérito y capacidad) a la hora de seleccionar al candidato.

Antes de avanzar en este tipo de reflexiones es conveniente establecer un paralelismo entre la función pública por una parte y las acciones que han llevado a cabo las instituciones comunitarias en un sector especialmente significativo a los efectos que quieren aquí comentarse, que es el de la contratación administrativa, por otra parte. En torno a este caso de la contratación pública o administrativa, las instituciones comunitarias han sido bien conscientes de que los fines comunitarios no se realizarían si no se obligaba a los poderes adjudicadores a contratar siguiendo criterios jurídicos objetivos (esencialmente la regla del precio más bajo o la oferta más ventajosa, transparencia, objetividad, motivación de la "decisión de adjudicación" y control jurisdiccional).

En este sentido, aquellos Derechos, como era el caso del alemán o del austriaco, que acostumbraban a contratar "discrecionalmente" tuvieron que asumir este tipo de criterios jurídicos, abriendo también cauces de protección jurisdiccional en favor de los perjudicados por las adjudicaciones ilegales. No se trata de profundizar en esta materia en este momento sino tan solo de dejar constancia de que el argumento de la discrecionalidad técnica de los poderes adjudicadores, que invocaron entre otros argumentos estos Estados miembros, no venció a efectos de justificar su negativa a incorporar -en sus respectivos Derechos- las directivas comunitarias y sus criterios jurídicos de carácter objetivo que rigen la fase de adjudicación del contrato.

Concretamente, el Derecho comunitario consigue vincular a dichos criterios objetivos de adjudicación la contratación administrativa que supere ciertos umbrales económicos. Y lo mismo podría en principio concebirse respecto de las plazas de profesorado cuando menos en relación con las que superen un determinado nivel académico. Es cierto que el reto de la sujeción a criterios jurídicos objetivos es un problema que recaería en principio sobre los Derechos de los propios Estados miembros y no sobre el Derecho comunitario. Pero téngase en cuenta que en el tema que nos ocupa existe asimismo una parte que goza de una indudable relevancia jurídico-comunitaria. Me refiero a la salvaguarda efectiva del derecho reconocido por el propio Derecho comunitario (artículo 39.4, antes 48.4 del TCE) en favor de cualquier nacional de un Estado miembro que quiere acceder a la función pública de cualquiera de los Estados miembros.

La salvaguarda de este derecho a acceder a los puestos de una Administración que no impliquen ejercicio de poder público corresponde al Derecho comunitario y, como en el ámbito de la contratación pública, dicho derecho presupone ciertas garantías básicas *para poder ser efectivo*³⁷². De no afirmarse dichas garantías procesales ¿de qué sirve reconocer la libre circulación de trabajadores en el ámbito de los empleos que no impliquen ejercicio de poder público si en el plano de la eficacia de dicho derecho no existe necesariamente una adecuada sujeción a criterios jurídicos de carácter objetivo por parte del “poder adjudicador”? Consciente o no, la actitud de las instituciones comunitarias en este ámbito afirma un sistema de función pública que puede ser eludido con evidente facilidad en la práctica, propiciando la huida de dicho sistema (“by the back door”, o lo mismo en la expresión alemana igualmente gráfica: “der öffentliche Auftraggeber kauft am liebsten juste retour vor der Haustür”).

De ahí que, respondiendo a la pregunta que nos hacíamos al comienzo de este trabajo (“hasta dónde debería llegarse en la apertura de la función pública en favor de los nacionales de otros Estados miembros”) parece necesario, dejando a un lado planteamientos de tipo jurídico-político, llegar cuando menos a una cierta coherencia entre el plano de la afirmación de los derechos reconocidos por el Derecho comunitario y el plano de la efectividad de estos mismos derechos que debe procurar el propio Derecho comunitario.

³⁷² Podría decirse que la sujeción a criterios legales objetivos propios de la contratación administrativa (precio más bajo, oferta más ventajosa) se traduce en el ámbito del acceso a los empleos que no impliquen ejercicio de poder público en un sistema que combine adecuadamente un cierto margen de apreciación, por un lado, y el respeto de los derechos subjetivos de los concursantes, por otro lado. Podría concebirse, por tanto, un “sistema de puntuación” definido dentro de márgenes concretos. En todo caso, es mejor profundizar en el concepto de derecho subjetivo (del concursante interesado en el acceso a la función pública) que en la idea del control de la discrecionalidad administrativa (del órgano encargado de seleccionar los candidatos); puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. La nueva concepción subjetiva*, Editorial Tecnos, Madrid junio 1999 *in toto*. Sobre el tema también S. DEL SAZ, “Las oposiciones a cátedras”, *Revista de Administración Pública*, 1997 144. Igualmente F. CASTILLO BLANCO, *Acceso a la Función Pública Local: Políticas selectivas y control jurisdiccional*, Granada 1993; E. COBREROS MENDAZONA, *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, Oñati 1989 pp.55 y ss.; M. DEGEN, “La carrera administrativa en la República Federal de Alemania”, *Documentación Administrativa* 1987 210-211 p.437; J.I. ERKOREKA GERVASIO, “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de funciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública* 1996 44-2 p.237; del mismo autor “La movilidad interadministrativa en la función pública vasca: normativa básica, regulación autonómica y soluciones judiciales”, *Revista Vasca de Administración Pública* 1996 45-2 p.183; J. MESEGUER YEBRA, “El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, *Revista Jurídica de Navarra* 1999 27 pp.261 y ss.; J. PRATS I CATALÁ, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa* 1995 241-242; M. VIVANCOS COMES, “El derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (A propósito de la sentencia constitucional 11/1996, de 29 de enero)”, *Revista General del Derecho* 1997 631.

CAPÍTULO OCTAVO

EL MEDIO AMBIENTE.

1. Reseña de temas fundamentales.

El estudio en profundidad de la repercusión de la legislación ambiental comunitaria sobre la legislación española es un tema que desborda obviamente las pretensiones de este trabajo ³⁷³.

En general podría hablarse de un creciente proceso de europeización de la política ambiental. Inicialmente, en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, no se previó un cuadro de competencias *ad hoc* en materia de medio ambiente pues tan solo se contemplaba una referencia indirecta en el genérico artículo 2 del Tratado, lo que obligó a acudir a cauces competenciales igualmente genéricos de los artículos 100 y 100A.3 y 235 (94, 95.3 y 308, tras el Tratado de Amsterdam).

El fundamento jurídico de la política de medio ambiente de la Comunidad Europea proviene de la reforma hecha por el Acta Única Europea de 17 de febrero

³⁷³ Véase M. CAMPINS ERITJA, "La realización de la política medioambiental comunitaria a través del artículo 130S del Tratado de la Comunidad Económica Europea modificado por el Tratado de la Unión Europea", *Revista de Instituciones europeas* 1992 19; D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, "La política ambiental comunitaria en el Tratado de la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos* 1994 6; A. GARCÍA URETA, *Protección de hábitas y de especies de flora y fauna en Derecho comunitario europeo. Directivas 79/409 y 92/43*, Bilbao 1997; M. HINOJO ROJAS, "La política comunitaria de medio ambiente en el Tratado de Amsterdam", VARIOS AUTORES, *Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo IV*, Córdoba 1998 pp.179 y ss.; F. MARIÑO MENÉNDEZ, "La configuración progresiva de la política medioambiental comunitaria", *Revista de Instituciones europeas* 1995 122 pp.101 y ss.; VARIOS AUTORES, IVAP, *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati 1998 *in toto*. Pueden asimismo consultarse las contribuciones de varios autores recogidas en el monográfico nº153 de la *Revista Noticias de la Unión Europea* (1997).

de 1986, concretamente los artículos 130R, S y T (artículos 174 a 176 del TCE, tras la reforma realizada por el Tratado de Amsterdam).

Tras la Constitución Europea el medio ambiente se regula en los artículos III-233 y siguientes.

Las acciones de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente se han venido desarrollando de forma intensa (desde la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en octubre de 1972, en la que se confirmó la necesidad de realizar una política común en materia de medio ambiente), siendo muy numerosos los programas de acción y la regulación existente.

En materia de programas de acción, se puede citar el Quinto programa de acción para el medio ambiente, titulado "Hacia un desarrollo sostenible", que sentó los principios de una estrategia europea voluntarista para el período 1992-2000 y marcó el principio de una acción comunitaria horizontal, teniendo en cuenta todos los factores de contaminación (industria, energía, turismo, transportes, agricultura, etc.). La integración de la problemática medioambiental en las demás políticas se ha convertido en una obligación para las instituciones comunitarias. Desde entonces, esa integración ha sido objeto de varios actos comunitarios, especialmente en los sectores del empleo, la energía, la agricultura, la cooperación para el desarrollo, el mercado único, la industria, la pesca, la política económica y los transportes.

Igualmente, el sexto programa de acción en materia de medio ambiente establece las prioridades de la Comunidad Europea hasta 2010. Se hace hincapié en cuatro ámbitos: el cambio climático, la naturaleza y la biodiversidad, el medio ambiente y la salud, y la gestión de los recursos naturales y de los residuos. A fin de llevar a la práctica estas prioridades, se propone una serie de líneas de acción: mejorar la aplicación de la normativa medioambiental, trabajar con el mercado y los ciudadanos, y aumentar la integración del medio ambiente en las demás políticas comunitarias. Un aspecto innovador que merece destacarse es la política de productos integrada, cuyo objetivo es desarrollar un mercado más ecológico velando por que los productos sean más respetuosos con el medio ambiente a lo largo de su vida útil.

Como últimos actos legislativos comunitarios en materia de política medioambiental hay que citar, entre otras, la **Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales** (DOUE L nº 143) o la **Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental - Declaración de la Comisión ante el Comité de Conciliación de la Directiva sobre evaluación y gestión del ruido ambiental** (Diario Oficial nº L 189 de 18/07/2002).

Si algo caracteriza la política ambiental de la Comunidad Europea (artículo 3.1.1 del TCE) esto es la idea del "crecimiento sostenible"³⁷⁴, en términos del Tratado de la Unión Europea.

En esta concepción profundizó en su día el Tratado de Amsterdam, provocando la introducción de una nueva redacción en el TCE por lo que se refiere a la protección del medio ambiente.

En primer lugar, en el artículo 2 del TCE junto a la referencia anterior al "crecimiento sostenible y no inflacionista" se afirma la misión de la Comunidad de promover un "desarrollo sostenible" de las actividades económicas³⁷⁵. Por otra parte, dicho artículo 2 del TCE afirma expresamente como misión de la Comunidad la de promover "un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y calidad de vida".

El "desarrollo sostenible" conlleva no sólo una adecuada protección del medio ambiente en cuanto tal sino también y especialmente una consideración del medio ambiente en el desarrollo de las demás políticas comunitarias que puedan afectarle. Un ejemplo gráfico de esta concepción lo ofrece la política de transportes ya que su realización o consecución habrá de hacerse de forma acorde con el medio ambiente.

En este sentido, el nuevo artículo 6 del TCE afirma que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 y en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

Y tampoco puede pasar desapercibida la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam en el Título XIX "medio ambiente" (antiguo Título XVI). Si bien aquélla no ha afectado sustancialmente al antiguo artículo 130R, en cambio en el artículo 130S (nuevo artículo 175) se introduce el deber del Consejo de pedir consulta al Comité de las Regiones y se amplía el papel del Parlamento Europeo desde el momento en que el procedimiento aplicable en materia ambiental pasa a ser el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 del TCE.

En otro orden de cosas, un ejemplo concreto significativo de la repercusión del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales puede ser la famosa directiva 90/313 de 7 de junio de 1990 cuyo objeto esencial es garantizar el acceso a

³⁷⁴ Tras la reforma del TCE introducida por el Tratado de la Unión Europea el artículo 2 pasó a decir, en este sentido, concretamente: "crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente".

³⁷⁵ Concretamente: "desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas".

la información administrativa sobre medio ambiente, en favor de personas físicas o jurídicas de Derecho público o de Derecho privado ³⁷⁶.

De esta forma se abre indirectamente una vía para la participación de los ciudadanos en materia ambiental, ya que lógicamente la recepción de los datos que se adquieran podrá servir para la adopción de otras *acciones* en defensa del ambiente ³⁷⁷.

Entre nosotros la transposición de esta directiva no fue pacífica. Si bien el Estado español pretendió inicialmente hacer valer que dicha transposición se realizaba suficientemente mediante la aprobación de la Ley 30/1992, la Comisión Europea no dio por buena esta solución, dando lugar a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre ³⁷⁸.

Pero los problemas afectaron también a otros Estados miembros; una STJCE de 9 de septiembre de 1999 (asunto C-217/97) condenó a la República Federal de Alemania por no reconocer de manera suficientemente clara en la legislación de transposición de la referida directiva (*Umweltinformationsgesetz*) la posibilidad de los suministros parciales de información en posesión de las autoridades públicas, así como por exigir el pago de una tasa de importe "no razonable" (por tanto excesivo) a la hora de conceder la información solicitada.

2. El Derecho comunitario y la evaluación de impacto ambiental.

Mención aparte merecería, en efecto, el tema de la evaluación de impacto ambiental a la luz del Derecho comunitario europeo.

³⁷⁶ Véase el artículo 6, de donde se desprende que, junto a la Administración, la obligación de información se extiende a las personas jurídicas de Derecho privado que desarrollen funciones propias del medio ambiente. Véase también el artículo 3.2 para los límites de este derecho. Asimismo, el artículo 4, que prevé la garantía de recurso frente a la denegación de la información.

³⁷⁷ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid 1997 pp.233 y ss. y su trabajo en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº22 (1995) pp.62 y ss.; R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid 1994 pp.194 y ss.

³⁷⁸ Igualmente, sobre este derecho de información en materia ambiental consúltese el artículo 81 de la Ley de medidas fiscales 55/1999. Sobre el tema M. SÁNCHEZ MORÓN, "El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente", *RAP* nº137 (1995) pp.31 y ss.; del mismo autor, "Transposición y garantía del derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente", en VARIOS AUTORES, *IVAP, Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati 1998 pp.297 y ss.; más recientemente, el trabajo sobre el particular de A. CERRILLO MARTÍNEZ en la *Revista Catalana de Derecho público* 1999 24. Véase también la resolución del Consejo de Estado de la República de Grecia, de 10 de julio de 1995, n.3943, recogida en la *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1996/3-4 p.455.

En general, es preciso reconocer que la tendencia general que se ha vivido en los distintos Estados miembros, de aprobación de las correspondientes leyes de impacto ambiental, procede del Derecho comunitario europeo.

Dicho Derecho comunitario europeo no sólo provoca la reforma de los Derechos nacionales. Además, se consigue supervisar la propia transposición de las directivas quedando expedita la vía judicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a efectos de conseguir la eficacia necesaria en el cumplimiento del Derecho comunitario ³⁷⁹.

En concreto, la facultad de transposición por parte de los Estados miembros, de la fundamental Directiva 85/337/CEE, no queda por completo libre de ciertas exigencias del Derecho comunitario europeo y de un control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En principio, la Directiva 85/337/CEE deja a libertad de los Estados someter o no a evaluación de impacto ambiental determinados proyectos, descritos en su Anexo II (lo que lleva, por ejemplo, al no sometimiento de las líneas de transporte aéreo de energía eléctrica).

Contra una libertad absoluta parecen situarse las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 2 de mayo de 1996, Comisión/Bélgica (C-133/94) y de 22 de octubre de 1998, Comisión/Alemania (C-301/95),

Tanto una como la otra de las citadas sentencias interpretan los artículos 2.1 y 4.2 de la citada Directiva en el sentido de que no permiten "eximir por anticipado de la obligación de evaluar sus repercusiones sobre el medio ambiente a clases enteras de proyectos enumerados en el Anexo II".

En este sentido, puede citarse la directiva 97/11/CE, de 3 de marzo de 1997, porque repercute sobre las prácticas, habituales entre los Estados miembros, de reservarse el máximo de libertad posible para decidir qué actividades de la segunda lista pueden o no ser incorporadas a la primera.

Tras la incorporación de esta directiva (prevista a más tardar para el 14 de marzo de 1999) los Estados determinan si procede o no la EIA, respecto de los proyectos de la Lista II, mediante estudios caso por caso y utilizando los umbrales o criterios preestablecidos. Además esta directiva amplía los supuestos de ambas listas.

Distinto de este cauce (de los recursos de incumplimiento, por parte la Comisión contra el Estado miembro) es aquel otro que permite el acceso a la

³⁷⁹ Sobre estas cuestiones, A, SCHIK, "Auswirkungen des EG-Rechts auf die Umweltverträglichkeitsprüfung nach deutschem Recht", *NVwZ*, 1999 1 pp.11 y ss.: "La Ley alemana de evaluación de impacto ambiental se ha dictado gracias al Derecho comunitario".

justicia comunitaria vía incidental, es decir previo planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del órgano jurisdiccional nacional a efectos de dilucidar la posible incompatibilidad del Derecho nacional con el comunitario.

Este problema se ha planteado en un agudo, aunque no por ello forzosamente correcto, voto particular formulado a la STS de 1 de febrero de 1999 (RJ 2127) según el cual debía haberse planteado la cuestión (ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) de la posible incompatibilidad del Derecho español a la citada directiva, en tanto en cuanto el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, no sujeta a EIA las líneas de transporte aéreo de energía eléctrica.

En virtud de dicho voto particular "se pueden formular ciertas reservas sobre la corrección jurídica de dicha tesis que, en todo caso, *consideramos que hubiera debido dar lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que suscitaba una duda sobre la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario (en concreto, sobre el alcance del margen de maniobra que la Directiva reconocía a los Estados*".

Los argumentos del voto particular en pro de abrir el control comunitario son básicamente los siguientes:

- A su juicio, la dicción del artículo 4, apartado 2 de la Directiva ("los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II se someterán a una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10, cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen. A tal fin, los Estados miembros podrán especificar, en particular, determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o establecer criterios y/o umbrales necesarios para determinar cuáles, entre los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II, deberán ser objeto de una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10") no parece permitir a los Estados miembros la general e indiscriminada exclusión de ciertos proyectos de instalaciones con incidencia medioambiental, enumerados en dicho Anexo II, sino tan solo determinar los umbrales a partir de los cuales la evaluación de impacto no es obligatoria.
- En particular, por lo que se refiere a las instalaciones de transporte de energía eléctrica, la Directiva 85/337/CEE las incluye en el apartado 3b) de su Anexo II. Ello implica que, en principio, estas instalaciones tienen que someterse a evaluación si tienen un impacto significativo en el medio ambiente, lo que ha de quedar determinado por los Estados miembros estableciendo umbrales o criterios para un análisis caso por caso. En virtud de la Directiva 97/11/CE, del Consejo, de 3 de marzo de 1997, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE, la construcción

de líneas aéreas de electricidad con una tensión de 220 kW o más y una longitud de más de 15 km se cambió del Anexo II al Anexo I (actividades sujetas en todo caso a evaluación sin margen de maniobra para los Estados miembros). Así fue recogido ulteriormente por la Ley española sobre el sector eléctrico.

* Sobre la polémica que acaba de ser planteada interesarían los criterios de la STJCE de 16 de septiembre de 1999 (C-435/97), dictada como consecuencia, precisamente, de una cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado de la CE.

De forma muy similar a la que sugiere el Voto particular que acaba de comentarse, un órgano jurisdiccional planteaba al Tribunal de Luxemburgo si la directiva confiere al Estado miembro la facultad de excluir de antemano y globalmente (del procedimiento de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente establecido por la directiva) determinados tipos de proyectos de los enumerados en el Anexo II de ésta, así como las modificaciones de los mismos, como el proyecto de reestructuración de un aeropuerto cuya pista de despegue y aterrizaje sea de una longitud inferior a 2.100 metros, aunque tenga repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

Como habrá podido en parte intuirse el conflicto se originaba en un proceso de anulación interpuesto por varias personas físicas residentes en terrenos colindantes al aeropuerto (de Bozen-St.Jacob) y dos asociaciones de protección del medio ambiente, impugnando concretamente una decisión del Gobierno regional de Bozen (Bolzano) y la resolución del Jefe de Gobierno de la Provincia autorizando el proyecto de reestructuración del aeropuerto.

Interesa, entonces, en concreto, la siguiente doctrina contenida en la STJCE de 16 de septiembre de 1999:

- Los artículos 4, apartado 2, y 2, apartado 1, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, deben ser interpretados en el sentido de que no confieren a un Estado miembro ni la facultad de excluir de antemano y globalmente del procedimiento de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente establecido por dicha Directiva determinados tipos de proyectos de los enumerados en el Anexo II de ésta, junto con las modificaciones de los mismos, ni la facultad de excluir de dicho procedimiento un proyecto específico, como el proyecto de reestructuración de un aeropuerto con una pista de despegue y aterrizaje de longitud inferior a 2100 metros, bien en virtud de un acto legislativo nacional, bien sobre la base de un examen individual de dicho proyecto, salvo si una apreciación global permitiera descartar que la totalidad de los tipos de proyectos excluidos

o el proyecto específico puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si las autoridades competentes han valorado correctamente, de conformidad con la Directiva, la importancia de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto específico controvertido, basándose en el examen individual efectuado por ellas, que las llevó a excluir dicho proyecto del procedimiento de evaluación establecido por la Directiva.

- En el caso de un proyecto que requiera una evaluación con arreglo a la Directiva 85/337, el artículo 2, apartados 1 y 2, de la misma debe ser interpretado en el sentido de que autoriza a un Estado miembro a utilizar un procedimiento de evaluación distinto del establecido por la Directiva, siempre que dicho procedimiento alternativo forme parte de un procedimiento nacional existente o pendiente de establecer, conforme al artículo 2, apartado 2, de la Directiva. Sin embargo, dicho procedimiento alternativo debe respetar los requisitos de los artículos 3 y 5 a 10 de esta Directiva, entre los que se encuentra la participación del público del modo previsto en el artículo 6 de la misma.
- El artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337 debe ser interpretado en el sentido de que dicha disposición no se aplica a un proyecto que, como el que se discute en el procedimiento principal, pese a estar previsto en una norma legal programática, ha sido autorizado mediante un procedimiento administrativo separado. Los requisitos que deben cumplir dicha norma y el procedimiento seguido para adoptarla para que puedan considerarse alcanzados los objetivos de la Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, consisten en la adopción de dicho proyecto mediante un acto legislativo específico que contenga todos los datos que puedan resultar pertinentes para la evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente.
- El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 85/337 debe ser interpretado en el sentido de que un aeropuerto que puede destinarse tanto a usos civiles como militares, pero cuya utilización principal es de carácter comercial, está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.
- Los artículos 4, apartado 2, y 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 deben ser interpretados en el sentido de que cuando las autoridades legislativas o administrativas de un Estado miembro sobrepasen el margen de apreciación que les confieren dichas disposiciones, los particulares podrán invocarlas ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado en contra de las autoridades nacionales y obtener así de éstas la inaplicación de las normas o medidas nacionales incompatibles con las

mencionadas disposiciones. En tal caso, corresponderá a las autoridades del Estado miembro adoptar, en el marco de sus competencias, todas las medidas, generales o particulares, necesarias para que los proyectos sean examinados con el fin de determinar si pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y, en caso afirmativo, para que se sometan a un estudio sobre impacto ambiental.

En particular, sobre el tema del contenido del estudio de impacto ambiental ha incidido una fundamental sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 1998 (asunto C-301/95).

Después de declarar que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le correspondían (al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las medidas necesarias para atenerse a la citada directiva, al no haber comunicado a la Comisión todas las medidas adoptadas para atenerse a la mencionada directiva, al no prever la obligación de evaluar sus repercusiones sobre el medio ambiente para todos los proyectos que deban someterse a dicha evaluación conforme a la referida directiva y cuyo expediente de autorización se hubiera iniciado después del 3 de julio de 1988) afirma en primer lugar un deber de los Estados de tomar las medidas necesarias para garantizar que el titular del proyecto proporcione determinadas informaciones acerca de un proyecto sometido a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente (las mencionadas informaciones se especifican en el apartado 2 de esta disposición y en el Anexo III de la directiva).

De este modo, existe una cierta corresponsabilidad del Estado miembro en conseguir normativamente que los estudios de los proyectos presenten un contenido adecuado.

En segundo lugar, esta sentencia destaca que “el apartado 2 del artículo 5 de la directiva especifica el contenido mínimo que han de tener las informaciones que debe proporcionar el titular del proyecto”.

Lo más interesante, no obstante, sobre el particular, sería aquella mención de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo donde se indica que, aunque en el presente caso la legislación (en Alemania) prevé ciertas exigencias (respecto del contenido que han de tener las informaciones que debe proporcionar el titular del proyecto), “procede observar que el artículo 13 de la directiva faculta a los Estados miembros para establecer normas más severas que las previstas en ésta”.

En consecuencia, la directiva comunitaria 85/337/CEE, de 27 de junio 1985, relativa a la evolución de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, vendría a fijar un contenido mínimo del estudio de impacto ambiental que puede o podría o incluso debería ser ampliado por la legislación de los Estados miembros.

Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de impacto ambiental conviene observar también si el Derecho comunitario impone algún tipo de exigencia respecto de su control.

La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/337/CEE, de 27 junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, *no impone a los Estados miembros un tratamiento jurídico-procesal de tales evaluaciones que permita su control jurisdiccional autónomo o desligado del que quepa abrir contra la resolución autorizatoria del proyecto; ni impone tampoco lo contrario. La autonomía procesal de los Estados miembros en ese aspecto queda incólume, limitándose las obligaciones que el Derecho comunitario les impone, en lo que ahora importa, al necesario sometimiento de determinados proyectos a una previa evaluación de su repercusión sobre el medio ambiente, y a la necesaria toma en consideración de ella en el marco del procedimiento de autorización.*

No obstante, siguiendo la interpretación de la STS de 17 de noviembre de 1998 (RJ 10522), en dicha directiva estaría más que latente una "relación" directa entre la evaluación y la toma de decisión sobre la realización del proyecto, haciéndolo en términos suficientemente indicativos del carácter instrumental o medial de la primera respecto de la segunda.

Así, su artículo 1º, número 2, advierte que por "autorización" ha de entenderse "la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto"; y dispone en su artículo 2º, número 1, párrafo primero, que "los Estados miembros adoptarán disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones"; en el número 2 del mismo artículo que "la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente podrá integrarse en los procedimientos existentes de autorización de los proyectos en los Estado miembros o, a falta de ellos, en otros procedimientos o en los procedimientos que deberán establecerse para satisfacer los objetivos de la presente Directiva"; y en el artículo 8º que "las informaciones recogidas de conformidad con los artículos 5º, 6º y 7º deberán tomarse en consideración en el marco del procedimiento de autorización". Además de lo anterior, no puede por menos de observarse que la Directiva se refiere reiteradamente a la idea o concepto de evaluación, en el que no integra un componente de decisión propiamente dicha: y que cuando se detiene a contemplar la intervención de "las autoridades que puedan estar interesadas en el proyecto, debido a su responsabilidad específica en materia de medio ambiente", lo que impone a los Estados miembros es el deber de que adopten medidas

necesarias para que dichas autoridades “tengan la posibilidad de dar su dictamen sobre la solicitud de autorización” (artículo 6.1).

Esta interpretación vendría a justificar, en el caso del Derecho español, la solución procesal que ha venido a imponerse, según la cual la declaración de impacto ambiental se configura como un acto de trámite frente al cual las pretensiones que quieran alegarse encontrarán su cauce apropiado en el momento de la impugnación de la resolución final dictada por la autoridad con competencia sustantiva sobre la base de la evaluación de impacto ambiental realizada por la autoridad ambiental.

Como última modificación legislativa en materia de evaluación de impacto ambiental, es preciso citar la **Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo** (DOCE L nº 156).

Pero además es preciso tener muy en cuenta la directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, la cual no ha sido traspuesta en España a pesar de hacer pasado el plazo para ello.

La presente Directiva tiene una orientación territorial calra, fomenta el alcance preventivo de la evaluación de impacto ambiental y se relaciona más directamente con los planes y programas, más allá de las obras y actividades, y en todo caso completa la referida evaluación de impacto ambiental, siguiéndose así en Europa tendencias de origen anglosajón.

Dicha directiva tiene por objeto conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover un desarrollo sostenible, garantizando la realización de una evaluación medioambiental de determinados planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente (artículo 1 de la directiva).

Según su artículo 3 (“ámbito de aplicación”) se llevará a cabo una evaluación medioambiental, respecto de todos los planes y programas:

- a) Que se elaboren con respecto a la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo y que establezcan

el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 85/337/CE, o

- b) Que, atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieren una evaluación conforme a lo dispuesto en los artículos 6 ó 7 de la Directiva 92/43/CEE.

Según su artículo 11 (“relación con otros actos legislativos comunitarios”) la evaluación medioambiental realizada de conformidad con la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de los requisitos de la Directiva 85/337/CEE ni de cualquier otra norma comunitaria.

Para aquellos planes y programas para los que existe obligación de efectuar una evaluación de sus efectos en el medio ambiente a la vez en virtud de la presente Directiva y de otras normas comunitarias, los Estados miembros podrán establecer procedimientos coordinados o conjuntos que cumplan los requisitos de la legislación comunitaria correspondiente, con objeto, entre otras cosas, de evitar la duplicación de las evaluaciones.

CAPÍTULO NOVENO

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Paulatinamente, la justicia comunitaria, gracias a la técnica de prejudicialidad prevista en el artículo 234 (antiguo 177) del TCE, ha ido desarrollando los presupuestos de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario ³⁸⁰.

³⁸⁰ R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Madrid 1997; F. CASTILLO DE LA TORRE, "La responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias por actuaciones relativas a las relaciones exteriores", *Gaceta jurídica de la CE y del Derecho de la competencia*, 1997 D-28 pp.7 y ss.; E. COBREROS MENDEZ, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid 1995 pp.137 y ss.; L.D. FERNÁNDEZ GARCÍA/T. SERRANO SORDO, "Responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario", *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº156 1998 pp.91 y ss.; J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, "El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, 1996 2 pp.505 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE* nº60 p.4 y sus trabajos en *REDA* (por todos, *REDA* nº78 1993); F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho comunitario", *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº147 1997 pp.9 y ss.; V. GARRIDO MAYOL, en: *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen I Madrid 1998 pp.199 y ss.; J.L. GIL IBÁÑEZ, "Las responsabilidades patrimoniales de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario", *Actualidad Administrativa*, 1999 19; A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, "La responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario. El caso de las normas sobre ayudas de Estado", *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº148 1997 pp.27 y ss.; B.F. MACERA, "La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE", *RAP* 1999 149 pp.167 y ss.; S. MARTÍNEZ LAGE, "La obligación de los Estados miembros de indemnizar los daños causados a los particulares por los incumplimientos de sus obligaciones comunitarias atribuibles al poder legislativo", *Gaceta Jurídica de la CE* febrero 1996, pp.1 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, "La responsabilidad civil de la

Un hito decisivo en este proceso o evolución fue la sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec.I-5357), sentando la responsabilidad del Estado por no trasposición de una directiva dentro de plazo debido, en presencia de ciertos requisitos, a saber: que el resultado prescrito en la directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares y no de meros intereses legítimos, que pueda identificarse el contenido de estos derechos en virtud de las disposiciones de la directiva, y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los afectados ³⁸¹.

En esta línea ha profundizado el TJCE en su no menos famosa sentencia de 5 de marzo de 1996 Brasserie du pêcheur y Factortame III ³⁸², reiterando primeramente que la aplicación plena de las normas del TCE y la protección de los derechos y garantías que el Derecho comunitario confiere a los particulares requiere la posibilidad de invocar judicialmente las disposiciones directamente aplicables arbitrando además la facultad de obtener del juez la reparación del daño causado (considerandos 20 y 22).

Esta sentencia precisa además que el contenido completo de los requisitos de la responsabilidad varía en función de la amplitud del margen de apreciación que la norma comunitaria otorga a la autoridad nacional. Es preciso detenerse sobre el particular.

En primer lugar, la sentencia distingue el caso en que la disposición comunitaria violada sólo permite un margen reducido de apreciación, o es inexistente.

Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo", *Gaceta Jurídica de la CEE* abril 1989; C. PÉREZ GONZÁLEZ, "Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las directivas comunitarias", *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997 1 pp.261 y ss.; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, "Responsabilidad del Estado, Comunidades Autónomas y Derecho comunitario europeo", *Cuadernos de Derecho público* 1999 6 pp.37 y ss.; T. QUINTANA LÓPEZ, "La responsabilidad del Estado por daños a particulares generados por violación del Derecho comunitario", *La Ley* nº4076 1996, pp.14 y ss.; SCHOCKWEILER/FERNÁNDEZ LIESA, RODRÍGUEZ PIÑERO, "Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias y su posible incidencia en el Derecho laboral español", *Relaciones Laborales* nº11 1993.

Para la responsabilidad del Estado legislador en general, y las referencias bibliográficas pertinentes, véase mi trabajo en *REDA* 104 1999, pp.633 y ss., "Responsabilidad del Estado legislador: Pautas de la reciente jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992".

³⁸¹ E. GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Madrid 2001; C. PEREZ GONZALEZ, *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Valencia 2001.

³⁸² STJCE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur SA contra República Federal de Alemania y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec.I-1029 y ss.

Se entiende que en estos casos la obligación es tan clara e incondicional que su incumplimiento es comprobable de manera absoluta, siendo los requisitos de la actividad patrimonial del Estado los declarados por el TJCE en la sentencia Francovich (concesión por la disposición comunitaria de un derecho subjetivo a los particulares, identificación con precisión del contenido de dicho derecho y relación de causalidad, pero sin exigir una infracción grave y manifiesta) ³⁸³.

En segundo lugar, cuando la disposición comunitaria violada otorgue un amplio margen de apreciación, los requisitos serán aquéllos definidos en la jurisprudencia que ha desarrollado el artículo 288 (antiguo 215) del TCE (responsabilidad de la Comunidad), es decir, los mismos de los que depende la responsabilidad de la Comunidad Europea en una situación similar: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, relación de causalidad y, asimismo, "violación suficientemente caracterizada" del Derecho comunitario (es *suficientemente caracterizada* cuando un Estado vulnera de forma manifiesta y grave los límites que le vienen impuestos en el ejercicio de sus facultades).

Para entender esta jurisprudencia es preciso explicar ciertos factores de fondo que están subyacentes. Un problema esencial que se planteaba, en el caso *Brasserie du pêcheur*, según tuvo ocasión de insistirse en la fase de conclusiones por el abogado general (Sr. Tesouro), era el de cómo justificar las diferencias de trato entre la Comunidad y los Estados miembros a la hora de determinar los respectivos regímenes jurídicos de responsabilidad, siendo comparable el presupuesto de hecho; en este sentido, la *ratio* de la sentencia estaría en su argumento en virtud del cual "no puede someterse a regímenes distintos la responsabilidad de la Comunidad y la de los Estados miembros en circunstancias comparables, puesto que la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño".

Por este motivo, cuando el Estado dispone de un margen de apreciación, se encuentra en una situación comparable a la de la aplicación de una política comunitaria por parte de las instituciones comunitarias (responsabilidad de la Comunidad por actos normativos que impliquen opciones de política económica). De ahí que

³⁸³ La STJCE de 5 de marzo de 1996 *Brasserie du pêcheur* afirma en este sentido que "a falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, corresponde al Tribunal de Justicia en el ejercicio de la misión que le confiere el artículo 164 del Tratado, consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciándose sobre la cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos recurriendo en particular a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y en su caso a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros".

en estos casos puedan asimilarse ambas situaciones ("la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias", dice el apartado 44 de la sentencia *Brasserie*). No basta entonces con una simple vulneración del ordenamiento comunitario para poder ejercitar una acción de responsabilidad, ya que la vulneración ha de ser clara, evidente y manifiesta.

En consecuencia, se justifica que si el Estado no dispone de dicho margen de apreciación los presupuestos no serán los exigidos en la jurisprudencia del artículo 288 (antiguo 215, responsabilidad de la Comunidad), sino los presupuestos especiales, más restrictivos, de la sentencia *Francovich*. Este es el caso cuando se produce la no transposición de una directiva, por considerarse aquél una violación concreta, fácilmente identificable y formal del Derecho comunitario, que no puede justificarse.

Existiría pues un régimen restrictivo y otro más favorable de responsabilidad. La "concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades -sentencia de 25 de marzo de 1978, HLN contra Consejo y Comisión, asunto acumulados 83/76, 96/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec.p.1209 apartados 5 y 6-", apartado 45 de la sentencia *Brasserie*)³⁸⁴.

Pero, en realidad, puede apreciarse que la diferencia entre uno y otro sistema de responsabilidad no está sino en el presupuesto de la "violación suficientemente caracterizada" del Derecho comunitario, ya que los demás requisitos (relación de causalidad y existencia de una norma de Derecho comunitario de la que se deduzcan derechos) son comunes a ambos sistemas.

³⁸⁴ En esta línea, la STJCE *British Telecommunications PLC* de 26 de marzo de 1996 (asunto C-392/93, Rec.I-1631 y ss.) justifica los "requisitos restrictivos" ante el "deseo de que el ejercicio de dicha actividad normativa (de los Estados o de la Comunidad) no se vea obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general exija que esas instituciones o esos Estados miembros adopten medidas que puedan lesionar los intereses de los particulares" (apartado 40).

La “violación suficientemente caracterizada” se presenta cuando un Estado vulnera de forma manifiesta y grave los límites que le vienen impuestos en el ejercicio de sus facultades. La sentencia de 5 de marzo de 1996 *Brasserie du pêcheur* afirma que “el criterio decisivo para considerar que existe una violación suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de un Estado miembro, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario”³⁸⁵.

A efectos *prácticos* interesa finalmente afirmar que mientras que el caso de la sentencia *Franovich* se refería a la obligación del Estado miembro de adoptar, dentro de cierto plazo, todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por la directiva (por tanto, inexistencia de margen de apreciación para llevar a cabo dicha obligación) en el supuesto de la sentencia *Brasserie* el TJCE

³⁸⁵ Reitera los criterios entrecomillados del texto, a efectos de definir una violación suficientemente caracterizada, la STJCE de 4 de julio de 2000 asunto C-424/97.

La sentencia de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur*) continúa diciendo: “en cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJCE en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido”.

La sentencia *Brasserie du pêcheur* se esfuerza además en aportar criterios para la cuantificación del daño causado (pueden verse los apartados quinto y sexto del fallo de la sentencia, y apartado 80 para el criterio de responsabilidad objetiva allí sentado).

Téngase en cuenta, desde el punto de vista del principio de reparación integral del perjudicado, el criterio en virtud del cual “incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el Derecho comunitario (...). Por tanto, un Estado miembro no puede invocar el reparto de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno para eximirse de su responsabilidad a este respecto (...). En los Estados miembros de estructura federal la reparación, de los daños causados a particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata” (por todas, STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-302/97, *Klaus Konle contra Austria*).

Desde este mismo punto de vista la STJCE de 10 de julio de 1997, asunto C-261/1995 sienta que “el Derecho comunitario, en su estado actual, no se opone a que un Estado miembro imponga, para la interposición de cualquier recurso dirigido a la reparación del daño ocasionado por la adaptación tardía del Derecho nacional a la directiva, un plazo de caducidad de un año, a partir de la adaptación de su ordenamiento jurídico interno, siempre que esta regla procesal no sea menos favorable que las que se refieren a los recursos similares de naturaleza interna”.

estimó que el Legislador alemán disponía de una facultad de apreciación amplia para adoptar una normativa relativa a la calidad de la cerveza comercializada, ante la inexistencia o falta de armonización comunitaria en este sector, al igual que el Legislador británico podía regular el registro de buques y actividades de pesca, por ser competencia estatal y considerando el "estado de desarrollo del Derecho comunitario" sobre el particular. En ambos casos, los legisladores respectivos estaban "confrontados a situaciones que implicaban opciones comparables a las efectuadas por las instituciones comunitarias al adoptar actos normativos encuadrados dentro de una política comunitaria" (apartados 48 y 49 de la sentencia referida).

Así pues, lograda la coherencia que, ante todo, procura el TJCE entre los regímenes de responsabilidad de los Estados y la CE, parece razonable aventurar que la aplicación de los criterios del TJCE provocará o acentuará inevitablemente bien la flexibilización del sistema de responsabilidad de la Comunidad Europea hasta el momento aplicado de forma *especialmente* rígida³⁸⁶, bien un cierto endurecimiento (criticable entonces por restrictivo) del sistema de responsabilidad de los Estados por vulneración del Derecho comunitario ya que dicho sistema habrá de aplicarse siguiendo los parámetros y criterios del sistema de responsabilidad de la CE.

Esta jurisprudencia se completa con otros pronunciamientos. Las sentencias de 8 de octubre de 1996 Erich Dillenkofer y otros contra República Federal de Alemania (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188 a 190/94 Rec.I p.4845 y ss.) y con anterioridad la sentencia Faccini Dori de 14 de julio de 1994 (asunto C-91/92, Rec.I-3325 y ss.) reiteran los requisitos de la sentencia Francovich para que pueda derivarse responsabilidad del Estado por no transponer una directiva dentro del plazo establecido. Puede seleccionarse un párrafo de la primera de las mencionadas: "la inexistencia de cualquier medida de adaptación del Derecho nacional a una directiva para alcanzar el resultado prescrito por ésta dentro del plazo fijado a dicho fin constituye por sí sola una violación caracterizada y por tanto genera en favor de los particulares perjudicados un derecho a obtener una reparación" (aun cuando se niega efecto directo horizontal, o entre particulares, a la directiva objeto de litigio).

La sentencia British Telecommunications PLC de 26 de marzo de 1996 (asunto C-392/93, Rec.I-1631 y ss.) viene a precisar el requisito, esencial como ya nos consta, de la "violación suficientemente caracterizada" del Derecho comunitario, declarando que en el presente supuesto la redacción de la directiva admitía razonablemente, además de la interpretación dada por el propio TJCE en la presente sentencia, la interpretación que de aquélla daba de buena fe el Reino Unido.

³⁸⁶ Véanse sobre el particular las conclusiones del abogado general (Sr. Tesauro) en la sentencia Brasserie du pêcheur (apartado 63 párrafo segundo de la sentencia, entre otros).

Consideró además el TJCE que la interpretación no era contraria al tenor literal de la directiva y que el Reino Unido “no disponía de ninguna indicación resultante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a la interpretación de la disposición controvertida, sobre la que la Comisión tampoco se había pronunciado cuando se adoptaron las normas” (en este supuesto, concretamente, el Reino Unido había determinado los servicios excluidos del ámbito de aplicación de una directiva de contratación pública, sin que de este “error” del Reino Unido pudiera derivarse responsabilidad por no ser una violación suficientemente caracterizada). La incorporación incorrecta de una directiva comunitaria se consideró, pues, dentro del supuesto del amplio margen de apreciación para ejecutar una directiva comunitaria.

Este asunto puede relacionarse con la sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*³⁸⁷, ya que también se hizo encajar el supuesto dentro del caso del amplio margen de apreciación en favor de los Estados aplicándose por tanto el requisito de la “violación suficientemente caracterizada” del Derecho comunitario (junto a los presupuestos, lógicamente, de causalidad y la existencia de derechos de los particulares, que también rigen en estos casos).

No obstante, el TJCE entendió esta vez que “la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada”, cuando el Estado disponga de “un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente”.

En definitiva, no se aplica el criterio de la sentencia *Francovich* (por contra se enjuicia el supuesto desde el punto de la “violación suficientemente caracterizada” del Derecho comunitario³⁸⁸) aun cuando, en puridad, la sentencia se apoya decisivamente en que el “margen de apreciación es considerablemente reducido, incluso inexistente” (la diferencia estaría en que la sentencia *Francovich* alude en particular al caso de ausencia de transposición de una directiva).

La infracción de Derecho comunitario (concretamente del antiguo artículo 34 del TCE en el presente supuesto), dato en el que se apoya el TJCE, consistía en la sistemática e injustificada negativa del Gobierno británico a expedir licencias para la exportación a España de ganado vivo para su sacrificio (basándose en una supuesta -y desmentida por el TJCE- aplicación deficiente de una directiva por parte del Gobierno español). En consecuencia, el TJCE estimó la acción de responsabilidad.

³⁸⁷ Asunto C-5/94, Rec.I-2553 y ss., *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte: *Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*

³⁸⁸ Apartados 26 de la sentencia y 3 y 4 del sumario de la sentencia.

Un supuesto en principio similar al de la STJCE *British Telecommunications* es el de la STJCE de 15 de junio de 1999, asunto C-140/97. “En principio” ya que el Tribunal *a quo* planteó la cuestión prejudicial preguntando si, en el presente supuesto, la incorrecta aplicación del Derecho comunitario a la hora de realizar la trasposición de una directiva representaba una “violación suficientemente caracterizada”.

Sin embargo, el TJCE, más bien, en la línea de la sentencia *Hedley Lomas*, estimó que el caso no consistía en una incorrecta incorporación de una directiva, por constituir en cambio una “infracción” del Derecho comunitario a la hora de realizar dicha trasposición (ya que el Estado miembro no incorporaba ciertas disposiciones de la directiva en cuestión). De este modo, el TJCE concluyó afirmando la existencia de una “violación suficientemente caracterizada”.

Así pues, el interés de esta sentencia estaría en la aplicación *sensu contrario* del criterio de la sentencia *British Telecommunications* en tanto en cuanto permite afirmar que la inexistencia de error en la transposición de una directiva (por tanto la infracción del ordenamiento jurídico comunitario) constituye una “violación suficientemente caracterizada”. No existiendo error no se justifica entonces la infracción.

Y entonces no puede olvidarse que la adaptación incompleta del Derecho interno a una directiva comunitaria es un caso típico de incumplimiento de Estado (por todas, la sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-336/97, Comisión contra Italia).

Otra sentencia posterior (STJCE de 4 de julio de 2000 asunto C-352/98 P) deja por otra parte claro, en aras de precisar el presupuesto de la violación suficientemente caracterizada, que “el carácter general o particular del acto de una institución no constituye un criterio determinante para fijar los límites de la facultad de apreciación de que dispone la institución de que se trate. De lo expuesto se deduce que el primer motivo, basado exclusivamente en la calificación de la directiva como acto individual, en cualquier caso es inoperante y debe ser desestimado”.

Esta jurisprudencia se completa mediante otra STJCE de 4 de julio de 2000 asunto C-424/97. Primeramente, mediante cuestión prejudicial, se plantea al Tribunal de Justicia que dilucide si el Derecho comunitario se opone a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de Derecho público de reparar los daños causados a los particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo el Derecho comunitario (en el presente supuesto se discutía la incompatibilidad con el Derecho comunitario, y posible indemnización en favor del perjudicado, de una medida adoptada por un organismo de Derecho público según la cual un nacional de otro Estado miembro no podía ser empleado por carecer de conocimientos lingüísticos suficientes).

Según el TJCE “incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho

comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97).

Sin embargo, de la jurisprudencia no se desprende, sigue argumentando esta sentencia, que la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario deba ser necesariamente asumida por el propio Estado miembro.

La reparación de los daños causados a los particulares por medidas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario que haya adoptado un organismo de Derecho público puede ser asumida por éste.

En fin, el Derecho comunitario tampoco se opone a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de Derecho público de reparar los daños causados por particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo el Derecho comunitario.

Termina esta sentencia diciendo que incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio ocasionado, entendiéndose que las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna.

En otro orden de cosas, y aunque resulte evidente, la influencia del Derecho comunitario europeo sobre los Derechos nacionales se refiere también a todos aquellos casos en los que existe una norma comunitaria donde se prevé un determinado régimen jurídico de responsabilidad administrativa que, por tanto, ha de regir dentro de los Estados miembros.

Este es el caso, por ejemplo, de la directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de legislaciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ³⁸⁹, modificada posteriormente por la **Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999 (DOCE n° L 141 de 1999) y por la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 (DOCE n° C 026 de 2002)**. O también de la reciente **Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales**.

³⁸⁹ Puede verse, sobre el particular, la interesante STJCE de 10 de mayo de 2001, asunto C-203/99.

RECAPITULACIÓN.

Un estudio sobre la repercusión del Derecho comunitario, sobre los Derechos de los Estados miembros, no podía olvidar el procedimiento administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa, la función pública, el medio ambiente, el urbanismo y la responsabilidad administrativa.

En torno al procedimiento administrativo, la revocación de actos administrativos representa un buen ejemplo de cómo se desarrolla el Derecho administrativo europeo a través de la aplicación de unos mismos principios jurídicos de Derecho comunitario por parte de las distintas Administraciones de los Estados miembros, a la hora de llevar a cabo dicha revocación y en general a la hora de ejecutar el Derecho administrativo.

En la función pública se corrobora las instituciones comunitarias han logrado "europeizar" un ámbito significativo de la función pública; concretamente, el Derecho comunitario afirma un derecho, en favor de un nacional de un Estado miembro, a acceder a cualquier empleo de la Administración que no implique ejercicio de poder público. No obstante, en ciertos casos relacionados con este tipo de empleos, la afirmación de dicho derecho no tiene mayor virtualidad práctica, en todos aquellos casos en que no existe una vinculación efectiva a criterios jurídicos objetivos por parte del órgano calificador.

QUINTA PARTE

DERECHO COMPARADO
Y DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

CAPÍTULO ÚNICO:

LA POSIBILIDAD DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO EN UN PLANO DOCTRINAL Y UNIVERSITARIO.

1. Presupuestos del Derecho comparado.

Antes de estudiar la interconexión entre el Derecho comparado y el Derecho administrativo europeo, parece oportuno conocer, primeramente, qué es el Derecho comparado.

Dos parecen ser los presupuestos esenciales del Derecho comparado, en sentido histórico y que por tanto han hecho posible su aparición. Primeramente, la preexistencia de unos Derechos nacionales objeto de la comparación jurídica³⁹⁰; al mismo tiempo un interés por la “unificación de soluciones”, que puede presentarse como un interés en el logro de un Derecho universal.

La tensión dialéctica entre “diversidad” y “tendencia a la unidad” está en la base misma del Derecho comparado. De lograrse la unificación jurídica que lleva consigo el Derecho comparado éste no tendría razón de ser, y, por eso se hace necesario la simbiosis entre las fuerzas antagónicas de la diversidad y la unidad.

No siempre se ha presentado esta situación. Más bien al contrario, en el Continente europeo lo típico históricamente ha sido la existencia de una “comunidad de Derecho” basada en el Derecho romano, con una validez general en los distintos territorios europeos hasta fechas relativamente recientes. Gracias a la obra de ciertos juristas italianos, y al apoyo o impulso que recibió esta corriente en el resto de Europa, el Derecho romano pudo pervivir en esencia en forma de

³⁹⁰ Igualmente, A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado*, traducción de A. BIGNOZZI, Barcelona 1987 p.79.

un Derecho común durante los siglos venideros ³⁹¹. Hasta la Edad Contemporánea Europa pudo caracterizarse jurídicamente por la existencia de un "elemento jurídico común" ("gemeinsames Element" ³⁹²), aun a pesar de que el Derecho común tuviera muchas veces una aplicación más ideal que real, pues la práctica jurídica estaba fuertemente condicionada por las normas particulares de cada país, con las que el Derecho común (basado en el Derecho romano y el canónico) tuvo que convivir e incluso pugnar ³⁹³. Donde esta comunidad de Derecho se manifestó seguramente más diáfana fue en el plano doctrinal ³⁹⁴, dato que conviene retener para profundizar en él en un momento posterior.

En este contexto, difícil es hablar entonces en propiedad de un Derecho comparado entre ordenamientos jurídicos ³⁹⁵ porque falta el presupuesto esencial del Derecho comparado, de la diferenciación. Por eso, suele considerarse que la causa desencadenante del Derecho comparado es el declive del Derecho común como consecuencia de la formación de los Derechos nacionales ³⁹⁶. Con anterior-

³⁹¹ Lord MACKENZIE, *Estudios de Derecho romano comparado en algunos puntos con el francés y el escocés*, traducido de la tercera edición y ampliado por S. Inmerarity y G. de Azcárate, Madrid 1876 p.36.

³⁹² Existiría esencialmente una unidad de lengua (el latín), de concepciones y de métodos; VON IHERING, *Geist des römischen Rechts*, 5ª edición 1891; W. HUG, "The history of Comparative Law", *Harvard Law Review* XLV (1931/1932), pp.1027 y ss.; para la importancia del Derecho romano en este contexto, H.E. YNTEMA, "Roman Law as the Basis of Comparative Law", en *Law. A Century of progress. Contributions in Celebration to the 100th Anniversary of the Founding of the School of Law of New York University*, New York 1937, Tomo II, pp.346 y ss.; M. SARFATTI, *Introducción al estudio del Derecho comparado*, traducción del Instituto de Derecho comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Méjico 1945, pp.10 y ss.

³⁹³ El Derecho común tuvo un especial arraigo en la enseñanza universitaria. Puede verse M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München 1987, p.38; A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español I*, Madrid 1982, pp.7 y ss. (108) §§ 163 y ss.; sobre las luchas en el seno de las Universidades, acerca de la impartición del Derecho romano, el Derecho natural o el Derecho nacional, puede verse con referencias históricas al caso español, A. ALVAREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Madrid 1985, pp.117 y ss., pp.246 y 301.

³⁹⁴ H. COING, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet: Ius commune*, 1, 1967, pp.5 y ss.

³⁹⁵ Véase H.C. GUTTERIDGE, *El Derecho comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del Derecho*, Traducción de Jardí, Barcelona 1954, pp.25 y ss.; A.F. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel 1945, p.18.

³⁹⁶ Esta parece ser opinión unánime: L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung: Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tomo I, Colonia 1971, pp.51 y ss.; K.H. EBERT, *Rechtsvergleichung*, Bern 1978, pp.34; W. HUG, "The history of..." pp.1027 a 1070; J. RIVERO, "Le droit administratif en droit comparé: rapport final", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1989, p.920; H.E. YNTEMA, "Roman Law..." pp.346 y ss.; ya antes, de forma crítica VON IHERING, *Geist des römischen Rechts...*

ridad no habría más que “*antecedentes del Derecho comparado*”, como lo son los trabajos de ciertos autores de la Edad Antigua que mostraron su curiosidad hacia otras civilizaciones ³⁹⁷, o como también lo son -en la propia “*época del Derecho común*”- ciertos autores, principalmente ingleses ³⁹⁸ pero también italianos y españoles ³⁹⁹, que realizaron versiones comparadas entre los Derechos locales y el Derecho común.

En este punto de equilibrio entre la diversidad y la unidad, o en esta tendencia de la diversidad *hacia* la unidad, se situaría el Derecho comparado. Culturalmente, la correspondencia de este fenómeno -que en lo político simboliza la afirmación de los Estados nacionales- puede encontrarse en la contraposición entre racionalismo y romanticismo ⁴⁰⁰. Junto a la actitud nacionalista hacia el Derecho es preciso también un interés intelectual “*hacia la universalidad*” del Derecho ⁴⁰¹ a través del estudio contrastado de las fuentes jurídicas nacionales (como hicieron BACON, GROCIO, LEIBNIZ, MONTESQUIEU, VICO o VOLTAIRE ⁴⁰²).

³⁹⁷ Por ejemplo, *La política* de Aristóteles o la obra con el mismo título de Cicerón. Desde un punto de vista práctico o de reforma legislativa, las Doce Tablas en Roma o la práctica legislativa de Solón. Véase W. HUG, “*The History...*” pp.1027 y ss. y V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, Madrid 1980, pp.80 y ss. y 397 y ss.

³⁹⁸ Desde muy temprano los juristas ingleses estudiaron las diferencias y analogías del Common Law con el Derecho romano continental. Destaca, así FORTESCUE, con su obra *De laudibus Angliae* escrita entre 1463 y 1471; véase W.F. JACOB, *Sir John Fortescue and the Law of England*, Manchester 1934, con la mención a otros relevantes autores; sobre los “*antecedentes*” del Derecho comparado puede también consultarse L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...*, Tomo I, pp.73 y ss.; G. FONTANA *Introduzione al Diritto Pubblico comparato*, Firenze 1954, pp.3 y ss.; H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law, An Introduction to the comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge 1946 (2ª edición 1949), p.32.

³⁹⁹ Así en Italia FERRETTI (Rávena), en España J.B. VILLALOBOS, M. DE OLANO, con sus célebres obras tituladas *Antinomias* (J.B. VILLALOBOS, *Antinomia iuris regni hispaniarum et civilis*, Salamanca 1569; M. DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis et Regii hispaniarum*, Burgos 1575). En España se desarrolló además un estudio comparado entre el Derecho nacional y el de los pueblos hispano-americanos. Importantes son los nombres de PÁEZ DE CASTRO y GREGORIO GARCÍA. Véase al respecto V. ALTAMIRA Y CREVEA, “*Les études de droit comparé en Espagne*”, *AAUIC (Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, Berlín 1928 I, p.9; HAZELTINE, *The Renaissance and the Law of Europe*, Cambridge 1926, p.162.

⁴⁰⁰ S. STRÖMHOLM, “*Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung*”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 4, p.613.

⁴⁰¹ Como apuntaba P. DE SORIA, *Derecho político comparado de los principales Estados de Europa*, Madrid 1867, p.5: “*el Derecho comparado presupone variedad*”, por un lado y “*una unidad superior, un ideal científico*”, por otro lado. De esta clásica obra interesa destacar también que en su segunda parte aborda el estudio de los sistemas políticos de Inglaterra, Escandinavia y Dinamarca, siendo un precedente de los estudios actuales de Derecho comparado en el Derecho público.

⁴⁰² Puede verse S. STRÖMHOLM, “*Rechtsvergleichung...*” p.612.

La propia Revolución francesa puede verse en este punto de equilibrio entre lo nacional y lo universal. Trae aquélla consigo la supremacía de la Ley (en todo el territorio nacional), la propia idea de nación ⁴⁰³, o la codificación, marcando los pasos del siglo venidero ⁴⁰⁴; pero no queda al margen la idea de universalidad, que se manifiesta en el Código de Napoleón cuando afirma que "il existe un droit universel et immuable; il n'existe que la raison naturelle en tant que gouverne tous les hommes".

Al hilo de estas reflexiones no puede extrañar que los primeros testimonios del Derecho comparado se hayan generado a modo de una reacción contra la Escuela Histórica alemana, que puso todo su empeño en buscar la identidad del Derecho patrio sobre la base del Derecho germánico y el romano; contra este método ciertos autores de distinta procedencia ideológica entre sí (FEUERBACH, VON GANS y VON ZACHARIAE ⁴⁰⁵) opusieron un método comparatístico práctico y experimental entre los ordenamientos de los distintos Estados (y no sólo europeos). Pronto fueron impulsadas estas tendencias por los trabajos de traducción que se realizaron en otros Estados (principalmente Francia ⁴⁰⁶, Gran Bretaña y Estados Unidos) respecto de las leyes más relevantes de otros países.

El siglo XIX, que pone el comienzo del Derecho comparado, no suele, no obstante, considerarse como un momento de esplendor del Derecho comparado. Lo más típico del momento fue evidentemente la búsqueda intencionada de elementos diferenciadores entre los Derechos nacionales. Un buen ejemplo de esto lo representa la obra de DICEY en el Reino Unido ⁴⁰⁷, autor que destinó gran

⁴⁰³ C. STARCK considera la Revolución francesa como una revolución principalmente nacionalista, cuyo efecto nacionalista se dejaría sentir a lo largo del siglo XIX en Alemania, bien por reacción o bien como referencia (C. STARCK, "La Révolution française et le droit public en Allemagne", *Revue internationale de droit comparé*, nº1 1990, pp. 255 y ss.). D. GRIMM, "Historische Erfahrungen mit Rechtsvereinheitlichung - das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986, p.63, en este sentido, considera la Revolución francesa como un proceso jurídico de centralización y unidad dentro del Estado.

⁴⁰⁴ La doctrina que ha cultivado el Derecho comparado pone de manifiesto la importancia de la codificación en este proceso de evolución del Derecho comparado; por todos, en este contexto, R. DAVID, *Tratado de Derecho civil comparado. Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo*, traducción española de Osset, Madrid, pp.32 y ss.; M.U. ROCCA, "Estado actual de la tendencia a unificar el Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", en *Jornadas Franco Latino-americanas de Derecho comparado*, Montevideo 1951, pp.9 y ss.

⁴⁰⁵ FEUERBACH tiene filiación kantiana, VON GANS hegeliana.

⁴⁰⁶ La obra de V. FOUCHÉ fue especialmente relevante.

⁴⁰⁷ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1889, capítulo XII.

parte de su obra a destacar toda una serie de elementos diferenciadores (muchos de ellos puramente ficticios) entre el *Common Law* y el Derecho francés⁴⁰⁸. Las corrientes que dejaron huella en el siglo XIX fueron la llamada Escuela exegética en Francia (que centraba en el Código civil francés el objeto de estudio del Derecho) o la Escuela histórica alemana, que estudiaba el Derecho del Rhin con método wagneriano.

Es claro que en proporción el Derecho nacional cobra una importancia incomparablemente mayor que el Derecho comparado; lo característico a partir del siglo XIX ha venido siendo la tendencia a "hacer nacional" y desde luego no ha sido el interés por lograr un Derecho común⁴⁰⁹; el objeto de estudio del Derecho es la ley nacional y el Derecho comparado se relega al estudio de la "législation comparée". Las acciones jurídico-comparadas se encauzaron más bien a través de trabajos individuales, de tipo práctico y casuístico, especialmente durante la segunda mitad del siglo XIX. Destacarían en este sentido los de Robert von MOHL, *Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika* (1824) y de VON STEIN, éste en la línea experimental y práctica de VON GANS, sobre el Derecho procesal danés (1841) y el Derecho público francés⁴¹⁰. Sobre el Derecho público británico significativo fue el trabajo de J. HATSCHEK, *Englisches Staatsrecht* (1905).

En el Derecho penal importante fue la obra de F. VON LISTZ, bien conocida en España⁴¹¹, donde se atribuye al Derecho comparado la función de servir de

⁴⁰⁸ También una polémica doctrinal importante durante el siglo XIX, entre G. JELLINEK y E. BOUTMY, acerca de la repercusión de la Revolución francesa, no hace sino reflejar los planteamientos esencialmente nacionalistas del debate (véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los Derechos*, Madrid 1994, p.67 y mi estudio sobre este libro en la Revista alemana "Der Staat", 36. Band 1997 Heft 4 pp.651 y ss.). La discusión se plantea en términos de si fue o no Francia la cuna del Derecho contemporáneo. Véase también C. STARCK, "La Révolution..." pp. 253 a 255.

⁴⁰⁹ Más bien constan testimonios de inadversión frente a esta idea del Derecho común (véase M. BELLOMO, *La Europa del Derecho común*, Roma 1996, *in toto*).

⁴¹⁰ STEIN se centró principalmente en el estudio del Derecho francés. Destaca su obra jurídico-comparada *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, Stuttgart 1870, 2 edición 1876, 3ª de 1888. Pero véase ya antes G. COMPARAGNONI DI LUZZO, *Elementi di diritto costituzionale democratico, ossia Principi di giuspubblico universale*, Venezia 1797 y G. MANNA, *Diritto costituzionale d'Europa, ossia delle principali Costituzioni politiche d'Europa*, Napoli 1848.

Véase también G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna 1981; H. SCHULZE, *Staat und Nation in der Europäischen Geschichte*, München 1994; M. STOLLEIS, *Geschichte ds öffentlichen Rechts in Deutschland*, München 1992.

⁴¹¹ Véase especialmente F. VON LISZT, "Das "richtige Recht" in der Strafgesetzgebung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 26 (1906), pp.553 y ss.

medio para la reforma legislativa del propio Derecho interno ⁴¹². En el Derecho administrativo, puede recordarse al profesor de Estrasburgo O. MAYER, quien se apoyó decisivamente en el Derecho administrativo francés para redactar su Manual de Derecho administrativo alemán ⁴¹³, así como a Rudolf von GNEIST.

No obstante, seguramente lo más relevante por entonces fue la creación de numerosas Sociedades de Derecho comparado y de Revistas dedicadas al estudio jurídico-comparado ⁴¹⁴.

En todo tiempo y lugar habrá de otorgarse un espacio para el Derecho comparado. Incluso, durante el siglo XIX, la preeminencia del Derecho nacional sobre el Derecho comparado no pudo impedir que se realizaran ciertas propuestas, sorprendentes y utópicas, que atribuyeron un especial valor al Derecho comparado y que son objeto de estudio seguidamente.

2. Las tendencias utópicas del Derecho comparado.

A. El Derecho comparado como medio para conocer las leyes de la evolución del Derecho y de la Humanidad.

El origen del Derecho comparado vino asociado a proyectos grandilocuentes que trascendieron de lo estrictamente jurídico. Durante el siglo XIX el Derecho

⁴¹² Este fin es esencial también para otro tratadista clásico, si bien más moderno: E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Institut de Droit Comparé de l'Université de Lyon, Paris 1903; en consonancia los legisladores nacionales empezaron a invocar cada vez más las leyes de otros países con el fin de reformar sus propias legislaciones internas. Otros trabajos importantes (en el Derecho civil) fueron los de UNGER en Austria y E. GLASSON en Francia, o LEHR en Suiza, así como los de GOLDSCHMIDT y sobre todo KOHLER en Alemania.

⁴¹³ Sobre O. Mayer, en este contexto, son recomendables los trabajos de U. BATTIS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1985, p.4 § 7; F.C. HUEBER, *Otto Mayer. Die juristische Methode im Verwaltungsrecht*, Berlin 1982, p.13; D. WYDUCKEL, *Ius publicum. Grundlagen und Entwicklungen des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1984, p.130, 141, 191, 252, 257 (282). Véase también E.V. HEYEN, "Französisches und englisches Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts", en: *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, 8 (1996) pp.163 y 175; igualmente, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, "Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé", *Revue internationale de Droit comparé* 1949 1 p.397; H. STREBEL, "Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht", *ZaöRV* 1964 pp.412 y ss.

⁴¹⁴ Así, por ejemplo, la Société française de législation comparée en Paris 1869 fundada con el fin de instruir en el Derecho comparado a los prácticos del Derecho. En Ginebra y Stuttgart se crearon en los años 1875 y 1878 Revistas de Derecho comparado. En la última década del siglo XIX se abrieron numerosas sociedades y revistas de Derecho comparado sobre todo en Alemania; también en Inglaterra. En España en 1884 se fundó la Revista de Derecho internacional, legislación y jurisprudencia comparadas y en Italia la Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata y desde 1988 la Rassegna di diritto commerciale e straniero.

comparado se consideró principalmente como una parte de la etnología ⁴¹⁵. Fue, así entendido, un medio para poder obtener las leyes de evolución del Derecho de la Humanidad, mediante el estudio de los Derechos de los distintos pueblos del planeta (estas corrientes denotan claramente el esplendor de la ciencia biológica durante el siglo XIX y también se mostraban emparentadas con movimientos historicistas). Lo importante es poner de manifiesto que, de este modo, se pretendía obtener a través del Derecho comparado el descubrimiento de *las leyes de la Historia Universal del Hombre y del Derecho* porque mediante el estudio de las distintas partes del Planeta habría de llegarse al descubrimiento de su totalidad. La etnología jurídica reflejaba el influjo de la biología y, concretamente, de BACHOFEN, DARWIN, LAMARCK ⁴¹⁶ y WAITZ, cuyos estudios sobre la familia en los pueblos primitivos tuvieron una notable influencia a la hora de concebir el Derecho comparado, tal como reflejan las obras de BERNHÖFT y COHN ⁴¹⁷, POST ⁴¹⁸, H. SUMMER MAINE (en Inglaterra) y sobre todo KOHLER ⁴¹⁹.

Hoy resultan admirables estos proyectos, que han quedado completamente al margen de las actitudes científicas del presente. Más bien, el logro de las décadas posteriores ha estado en depurar el Derecho comparado de los elementos o enfoques no jurídicos ⁴²⁰ procedentes de la etnología, la historia, la filosofía ⁴²¹ y principalmente la sociología. Actualmente se entiende mayoritariamente que, si la comparación no se ciñe a un simple cotejo de leyes no es por eso aquella sociología jurídica, porque en

⁴¹⁵ Se refieren a estas tendencias L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo I, pp.88 y ss.; y M. RHEINSTEIN, *Einführung...* p.18 a 21. Véase también J. LAMBERT, "La contribution du droit comparé à l'étude des problèmes du sous-développement", *Problèmes Contemporains du Droit Comparé*, Institut Japonais de Droit comparé, Tokio 1962, Tomo II, pp.177 a 187.

⁴¹⁶ J.B. LAMARCK (1744-1829), *Philosophie zoologique*, Paris 1830.

⁴¹⁷ Estos autores fundaron una importante Revista: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, en 1878, donde publicó KOHLER sus mejores trabajos.

⁴¹⁸ POST, *Das Naturgesetz des Rechts*, Bremen 1867.

⁴¹⁹ La influencia de HEGEL es más que evidente, sobre todo en J. KOHLER, "Über die Methode der Rechtsvergleichung", *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* XXVIII (1901), pp.273 y ss., quien pretendió realizar una filosofía de la historia del Derecho.

⁴²⁰ Véase M. SARFATTI, *Introducción...* p.73.

⁴²¹ Así por ejemplo, para DEL VECCHIO en Italia o R. POUND en Norteamérica el Derecho comparado se encuadra dentro de la filosofía del Derecho; la doctrina más reciente insiste en que el Derecho comparado es una ciencia jurídica y no filosófica, basándose en su carácter predominantemente empírico, pese a que el Derecho comparado sea un medio de descubrir "esencias jurídicas" (M. RHEINSTEIN, *Einführung...* pp.18 a 21); L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo I, pp.142 a 159; K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, § 1 p.9.

cualquier caso el Derecho comparado -a diferencia de la sociología jurídica- se refiere siempre a hechos jurídicos ⁴²². La sociología ha contribuido, no obstante, a lograr que el Derecho comparado trascienda el estudio exclusivo de la Ley, ya que las fuentes del Derecho han de examinarse en el contexto social que las produce ⁴²³. Pero en el Derecho comparado predominan procesos y valoraciones de tipo jurídico y por eso aquél se incardina dentro de la ciencia jurídica, con carácter autónomo ⁴²⁴.

B. El Congreso de París de 1900.

En este contexto histórico de esplendor de los Derechos nacionales que se vivía a finales del siglo XIX el Derecho comparado pudo experimentar una "belle époque", a raíz del simbólico Congreso de París de 1900 ⁴²⁵ motivado por la promulgación pocos años antes del BGB alemán (Código Civil de 1896).

Ante todo representa este simbólico Congreso un momento especulativo del Derecho comparado y el utopismo de sus fines. Lo más característico de este acontecimiento fue la ideal consideración del Derecho comparado al servicio de la realización de un Derecho universal común a los Estados.

Las tesis de los protagonistas de dicho Congreso parisino (LAMBERT y SALEILLES ⁴²⁶) constituyen un punto de referencia para todos aquéllos que con posteriori-

⁴²² Junto a M. RHEINSTEIN, *Einführung...* pp.28 y 162, puede consultarse L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung: Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tomo II, Colonia 1972, p.265; TH. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Berlin 1964 p.127.

⁴²³ Véase sobre esto, A.F. SCHNITZER, *Vergleichende...* pp.18 y 28; igualmente, C. STARK, "Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht", *JZ* 1997 21 p.1027; sobre estas cuestiones de las relaciones entre sociología y Derecho comparado véase también P. LEPAULLE, "The function of Comparative Law. With a critic of sociological jurisprudence", *Harvard Law Review* XXXV (1921/22), pp.838 y ss.

⁴²⁴ En este contexto, puede seleccionarse cierta bibliografía que ha defendido el carácter jurídico del Derecho comparado: J. CASTÁN TOBEÑAS, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Madrid 1957, pp.75 a 85; F. de SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona 1954, p.35; también: L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo I, p.31. nota a pie de página 32, p.65; G. DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, Madrid 1985, p.84.

⁴²⁵ El origen del Derecho comparado en sentido moderno o actual se cifra en este Congreso de 1900 en París; F. de SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación...* pp.48 y ss.; asimismo: C.F. MELO, *Historia de las insituciones jurídicas: ciencia del Derecho comparado: resumen de algunas conferencias dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* 1921, p.13. Véase también M. ANCEL, "La tendance universaliste dans la doctrine comparative au debut du XXe siècle", en *Festschrift für Rabel*, Tübingen 1954.

⁴²⁶ E. LAMBERT, *La fonction...*; más recientemente, A. TUNC, "Comparative Law, Peace and Justice", en *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of Hessel Yntema*, Leyden 1961 pp.80 y ss.

dad han utilizado el Derecho comparado como un medio para obtener reglas jurídicas de validez universal (sobre esto *infra* seguidamente). Hoy pueden examinarse estas tendencias dentro de su contexto político-social del período de entreguerras: se crea la Sociedad de Naciones con *el fin de conseguir la Paz Mundial* pero en realidad primaron las acciones individualistas y nacionalistas de los Estados. Algo parecido ocurrió con el Derecho: el manifiesto idealismo del Derecho comparado contrastó con la realidad de unos Derechos nacionales cerrados en sí mismos ⁴²⁷.

Junto a estos “fines idealistas” del Derecho comparado en el Congreso de París se defendió también la consideración de aquél como una ciencia jurídica autónoma destinada a la reforma de los Derechos nacionales. Si bien este planteamiento ya había sido expuesto anteriormente por G. DE AZCÁRATE, E. AMARI y C. BEVILAQUA ⁴²⁸ el citado Congreso supuso el arranque para la creación de importantes cátedras de Derecho comparado en las Universidades francesas.

C. Derecho comparado y Derecho universal.

Las corrientes que pretenden soluciones jurídicas universales empleando el método jurídico-comparado ⁴²⁹ no han desaparecido durante el siglo XX; más bien parecen haberse fortalecido. Si durante el siglo XIX pudo conseguirse algo que parecía imposible, la codificación a nivel nacional, ¿por qué no intentar una codificación de tipo universal? ⁴³⁰. Estos proyectos, animados por el ambiente de

⁴²⁷ De hecho, la doctrina valora negativamente la evolución del Derecho comparado durante este período (DÖLLE, “Tendencias organización del Derecho comparado en los diversos países”, *RDIC*, VI/VII 1956, pp.11 y ss.; H. ISAY, *Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens*, Berlin 1924 *in toto*).

⁴²⁸ E. AMARI, *Critica di una Scienza delle Legislazioni comparate*, Genova 1857; G. DE AZCÁRATE, *Ensayo de una introducción al estudio de la legislación comparada y programa de esta asignatura*, Madrid 1974; C. BEVILAQUA, *Resumo das leções de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahía 2. edición 1897.

⁴²⁹ Trabajos clásicos en la materia son los de E. BALOGH, “Le rôle du Droit comparé dans le Droit international privé”, *R. des C.* 1936 II pp.577 y ss.; F. KAHN, *Die einheitliche Kodifikation des Internationalen Privatrechts*, Leipzig 1904, pp.20 y ss.; A. MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung...*

⁴³⁰ Estas corrientes parten por otra parte de que la diversidad jurídica no es un impedimento para la unificación política y doctrinal (W. GRAY, “E pluribus unum? A bicentennial report on unification of Law in the United States”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.111 y ss.; D. GRIMM, “Historische Erfahrungen...” pp.61 y ss.). Puede consultarse también E. LAMBERT, “Une réforme nécessaire des études de droit civil”, *Revue internationale de l'enseignement* 1900 II, p.240; y H.J. MERTENS, “Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/1992, p.221. Es más, la tendencia de las últimas décadas dentro de los distintos Estados europeos (y de Estados Unidos), incluyendo los federales, es la centralización y la unificación jurídica. Por todos, R. STÖBER, *Derecho administrativo económico*, Madrid 1992 p.96.

internacionalización principalmente económica ⁴³¹, se han venido realizando en un plano legislativo, y, como es notorio, son numerosas las disposiciones y convenios que han uniformado el Derecho de transportes, de propiedad intelectual, de sociedades, por ejemplo ⁴³².

Sin pretenderse aquí profundizar en esta cuestión, interesante es poner de manifiesto el cambio de valoración que se está produciendo respecto de este tipo de fenómenos. Hasta no hace mucho se destacaba la dificultad de la unificación jurídica a nivel mundial, pero, en todo caso, era indiscutible su valoración positiva ("a good rule with worldwide application is better than a better rule opposed by a number of nations" ⁴³³). Indudablemente dicha valoración positiva es un legado del racionalismo científico y su fe en los proyectos universalistas en favor de la Humanidad.

⁴³¹ P.H. PFUND, "Overview of the Codification Process", *Brooklyn Journal of International Law*, nº7 1987 *in toto*.

⁴³² Los logros obtenidos pueden verse relatados en H. KÖTZ, "Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methode, Ziele", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986, p.3. Las ideas uniformadoras y universalistas han encontrado campo abonado en el Derecho privado, esencialmente, el Derecho mercantil, el Derecho internacional privado y el Derecho de obligaciones y contratos. En el Derecho mercantil, existen antecedentes claros de estas ideas universalizadas; puede verse el libro de C. MALAGARRIGA, *La unificación internacional de la letra de cambio*, Buenos Aires 1916, pp.5 a 95, con un exhaustivo estudio de estas corrientes durante el siglo XIX en Europa; puede citarse en este contexto también G. ABAD SEVILLA, *Los libros de comercio en el Derecho comparado y problemas que plantean al Derecho internacional*, 1932 y 1933 (capítulo séptimo); E. BELTRÁN SÁNCHEZ, *La unificación del Derecho privado*, Madrid 1995; M.J. BONELL, "Unificazione internazionale dei Diritto", *Esc. Dir.*, XLV Milano 1992.

Las características propias del Derecho mercantil parecen favorecer estos procesos (véase M. BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid 1965). Organizaciones permanentes importantes representan un movimiento de unificación del Derecho comercial. Puede consultarse H. DOLZER, "International Agencies for the Formulation of Transnational Economic Law", en *Transnational Law of International Commercial Transactions*, New York 1982, pp.61 y ss., con una lista de dichas organizaciones; la unificación jurídica se lleva a cabo principalmente mediante convenciones internacionales, después de que "los Estados deciden aplicar en su territorio las reglas que han sido unificadas" mediante un acuerdo o compromiso internacionales (R. VIÑAS FARRE, *Unificación del Derecho internacional privado: conferencia de la Haya*, Barcelona 1978, pp.12 y ss.).

⁴³³ H. COING Y OTROS, "Einführung", en "Methoden der Rechtsvereinheitlichung", 1974, pp.7 y ss.; E. MIÑANA Y VILLAGRASA, *La unificación del Derecho mercantil hispano-americano*, Madrid 1929, p.304, quien considera que el fin último de las codificaciones jurídicas parciales o regionales (como es el caso de Hispanoamérica) es el logro de una codificación jurídico-mercantil universal. Véase también M. RAVENTÓS Y NOGUER, *Informe sobre la actividad de la Asociación española de Derecho internacional y legislación comparada*, Madrid 1929, pp.105 y ss.; sobre la unificación jurídica existen clásicos trabajos: M. MATTEUCCI, "Introduction à l'étude du droit uniforme", *R. des C.*, 1957 I pp.387 y ss.; PILOTTI, "Les methodes de l'unification", en *Actes du Congrès international de Droit privé*, Roma 1951; A.F. SCHNITZER, *De la diversité et de l'unification du droit. Aspects juridiques et sociologiques*, Bâle 1946.

Sin embargo hoy se duda de la bondad de esta concepción ⁴³⁴ y se establecen los límites: la unificación ha de ser *necesaria*, debiéndose demostrar que la solución propuesta conviene para superar problemas existentes ⁴³⁵; también se invoca el principio de subsidiariedad ⁴³⁶. En definitiva se trata de implantar un criterio economicista, por el que se compruebe si la uniformidad jurídica es más rentable que la *diversidad*. Se pretende así desvincular esta concepción de todo tipo de connotación política o ideológica para examinar su rentabilidad a efectos puramente económicos (*keine Überdogmatisierung auf Kosten der praktischen Richtlinienfunktion*) ⁴³⁷.

Tampoco ha faltado la crítica abierta, alegando la falta de flexibilidad que se origina jurídicamente, o también la ineficacia de la unificación legislativa, pues, conseguida ésta, su desenlace final será la inevitable dispersión en regulaciones particulares. Desde un punto de vista técnico se apuntan, además, ciertas deficiencias en la transposición de sus reglas dentro de los Estados nacionales ⁴³⁸.

En realidad, el grueso de las críticas no se ha dirigido tanto frente a la unificación del Derecho como contra el método que se emplea: "lo que existe es una necesidad de uniformar, no una necesidad de uniformar vía legislativa, no siendo ésta última un medio apto para lograr la unificación". Más bien aquélla habría contribuido a crear un panorama de caos jurídico a nivel internacional y estatal ⁴³⁹. Y entonces esta situación consigue un nuevo enemigo, que es el numeroso grupo de defensores de la *desregulación*.

Con el fin de superar estos inconvenientes se presentan las virtualidades del "Derecho paralegal" o conjunto de reglas jurídicas ("códigos de comportamiento,

⁴³⁴ P. BEHRENS, "Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986, pp.19 a 34.

⁴³⁵ P. BEHRENS, *Voraussetzungen...* pp.19 a 34; D. GRIMM, "Historische Erfahrungen..." p.74.

⁴³⁶ H. KÖTZ, "Rechtsvereinheitlichung..." p.12.

⁴³⁷ H.J. MERTENS, "Rechtsvereinheitlichung rechtspolitisch betrachtet", *Festschrift für Bärmann*, 1975, pp.651 y ss.; P. BERNHOLZ/M. FABER, "Überlegungen zu einer normativen ökonomischen Theorie der Rechtsvereinheitlichung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.35 y ss.; H. KÖTZ, "Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/1992 pp.215 y ss.

⁴³⁸ M.J. BONELL, "Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/1992, p.276 y nota a pie de página nueve con ejemplos o testimonios que así lo muestran.

⁴³⁹ H.J. MERTENS, "Nichtlegislatorische..." p.222; sobre la cuestión, también P.H. NEUHAUS/J. KROPHOLLER, "Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 45/1981, pp.73 y ss.

práctica jurídica o *Lex mercatoria*”) que no tienen un carácter o contenido legal pero que determinan el tráfico económico internacional ⁴⁴⁰.

En este sentido, es preciso tener en cuenta los principios desarrollados en materia contractual internacional por el Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado (UNIDROIT) ⁴⁴¹, los cuales no gozan tanto de carácter vinculante como de un poder de convencimiento basado en su *autoritas* ⁴⁴².

Estas fórmulas evitarían los inconvenientes, apuntados, de la codificación legal ⁴⁴³. Representan además formas genuinas y originarias de codificación ⁴⁴⁴. De hecho, el proceso de unificación legislativa no consiguió la desaparición de estas iniciativas privadas. Junto al “Institut international pour l’unification du droit privé” (UNIDROIT) que se fundó en 1926 con el fin de preparar gradualmente la adopción por los diversos Estados de una legislación uniforme de Derecho privado, puede seleccionarse en el ámbito mundial la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), fundada en 1968.

En el contexto europeo, dentro de los procesos de unificación ha de hacerse referencia a los que se llevan a cabo desde la Comisión Europea, principalmente en materia de contratos civiles, por la “Comisión de Derecho contractual europeo”:

⁴⁴⁰ Puede verse F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, Zürich 1989, pp.48 y ss.; sobre el tema también G. CHALITA, *Unificación del Derecho internacional privado*, Buenos Aires 1988; MENEU, “Derecho comparado y Derecho internacional”, sep. de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid 1951; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsstradition*, 1994; F. WEISE, *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1990, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, vol.8 in toto.

⁴⁴¹ Sobre UNIDROIT véase M. MATTEUCCI, “Unidroit. The Frist Fifty Years”, en *New Directions in International Trade Law*, vol 1, Roma, 1977, p.XVII; asimismo: F. FERRARI, “Le champ d’application des “principes pour les contrats commerciaux internationaux” élaborés par Unidroit, *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1995, p.993; G. FLÉCHEUX, “La situation en France. Le point de vue des professions juridiques”, *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, p.323; véase también el informe “Activités en cours à Unidroit, *Revue internationale de droit comparé*, nº1 1982, pp.147 y ss.; el *Unidroit* publica una revista semestral bilingüe (francés e inglés), con estudios relacionados con la unificación jurídica: *Revue de droit uniforme, uniform law review*.

⁴⁴² J. BONELL, “Das Unidroit...” pp.280 y ss.; M. FONTAIN, “Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT”, *Revue Institut belge* 1991 (68) pp.25 a 40.

⁴⁴³ Con otras referencias bibliográficas y numerosos ejemplos, H.J. MERTENS, “Nichtlegislatorische...” pp.224 y ss. p.238 y nota a pie de página 10 y siguientes. Críticamente, O. REMIEN, “Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze? - Zum Symposium Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/1992, pp.301 a 305.

⁴⁴⁴ Así, la Asociación de Derecho marítimo que dictó en 1890 su York-Antwerp Rules; al respecto de estas y otras iniciativas puede verse J. BONELL, “Das UNIDROIT...” p.275.

esta *Commission on European Contract Law* es definida como un "organismo no gubernamental" (non-governmental body), se compone de juristas de los países comunitarios⁴⁴⁵ y su misión es proponer reglas generales en materia de contratación civil dentro de la Comunidad. Son acciones no vinculantes que se enmarcan dentro de las alternativas a la codificación legal del Derecho privado, si bien aspiran a reflejarse en la práctica como pautas de interpretación o de codificación o como reglas de arbitraje⁴⁴⁶. La propia Comisión, si bien parece ser consciente de las limitaciones de estas acciones, espera no obstante que la integración económica lleve consigo un proceso de unificación jurídica (esencialmente en materia de obligaciones y contratos), como consecuencia del tráfico comercial cada vez mayor entre los Estados europeos. Doctrinalmente se ha defendido que el Código civil italiano podría servir de modelo para la unificación de las regulaciones nacionales de obligaciones y contratos, por situarse en un "punto intermedio" entre otros Códigos europeos⁴⁴⁷.

En fin, tampoco estas últimas tendencias quedan exentas de críticas, ya que se ha mantenido que reflejan intereses partidistas⁴⁴⁸. El debate⁴⁴⁹ no parece

⁴⁴⁵ La "Commission on European Law of Civil Procedure" funciona desde 1987 con la ayuda fundamentalmente de la Comisión Europea; su mantenimiento económico corre a cargo especialmente de la Comisión Europea, pero también de otros Centros Universitarios de los Estados Nacionales. Véase U. DROBNIG, "Ein Vertragsrecht für Europa", *Festschrift für Ernst Steindorff*, pp.1141 y ss.; M. STORME, "Rechtsvereinheitlichung in Europa. Ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozeßrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/1992, p.298; del mismo, M. STORME, "Perorazione per un diritto giudiziario europeo", *Rivista di Diritto procesuale*, 41 (1986) pp.293 y ss.

⁴⁴⁶ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris 1982, p.475; Y. DERAINS, "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige", *Revue arbitrage* 1972 (99).

⁴⁴⁷ Puede verse J. DíEZ-PICAZO, "Codificación, descodificación y recodificación", *Revue internationale de droit comparé*, 1991 (4), pp.894 y ss.; G. GANDOLFI, "Per un codice europeo dei contratti", *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile* 1991 (3), pp.781 y ss.; con matices, C. VATTIER FUENZALIDA, "Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea", en *Jornadas sobre la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea*, Cáceres 1995 pp.19 y ss.

⁴⁴⁸ Críticamente sobre el tema J. KROPHOLLER, *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*, 1975. Con numerosa bibliografía y ejemplos, J. BONELL, "Das Unidroit..." pp.276 y 277; B. GOLDMANN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux. Réalité et perspectives*: Clunet 106/1979, pp.475 y ss.; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, 1984; Lord J. MUSTILL, "The new lex mercatoria. The first twenty-five years", *Liber amicorum Lord Wilberforce*, 1987, pp.149 y ss.; E. STEIN, "Einheitlichkeit und Verschiedenheit des Rechts bei geteilter Macht - die amerikanische Erfahrung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.166 y ss.

⁴⁴⁹ Puede seleccionarse, por ilustrativa, la polémica entre los partidarios o no de la legislación; O. REMIEN, "Rechtseinheit..." p.315 y pp.300 y ss.; véase también S. FERRERI, "Uniformazione del diritto privato", *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II pp.504 y ss.

llevar a ningún sitio, y en realidad ¿no es en el fondo ésta la disputa entre las posiciones irreconciliables de Thibaut y Savigny, entre codificación y descodificación? ⁴⁵⁰. Seguramente lo más realista sea evitar la confrontación y entender la vía "doctrinal" de codificación como un medio complementario respecto de la "legal", como en definitiva corroboran las experiencias del UNIDROIT (al servir de base también para la realización de Tratados internacionales, su interpretación o derogación ⁴⁵¹) o de la Conferencia de la Haya, creada para llegar a acuerdos sobre materias de Derecho internacional privado ⁴⁵².

D. El logro de una doctrina científica común.

Independientemente de las tendencias anteriores se plantea la interesante posibilidad de una doctrina común. Con ello se consigue la afirmación de un Derecho común, seguido o elaborado doctrinalmente, sin negar por ello la existencia -paralelamente- de los nacionales, que serían entonces los Derechos locales.

Es preciso hacer una remisión a la conclusión de este capítulo (*infra* § 5), donde se trata en particular este tema.

3. La realidad del Derecho comparado en Europa.

A. La idea del "prestigio nacional".

Sería ilusorio considerar que la actitud mayoritaria hacia el Derecho comparado ha estado dominada por las tendencias que acaban de ser comentadas. En Europa han predominado más bien las tendencias nacionalistas que han marginado la realización del Derecho común europeo y que llegan a veces a desdeñar la propia funcionalidad del Derecho comparado como medio de reforma del Derecho interno. Lo característico ha venido siendo incluso una búsqueda intencionada de los elementos diferenciadores de su propio Derecho respecto de los Derechos

⁴⁵⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

⁴⁵¹ J. BONELL, "Das Unidroit..." pp.283 y ss.

⁴⁵² Dicha Conferencia dicta Convenciones, que se destinan a los distintos Estados con el fin de que éstos las ratifiquen (R. VIÑAS FARRE, *Unificación...* pp.11, 23, 40 y 43); también Leyes modelo (Unifor Act y Model Act); véase NADELAMANN, "Legislación uniforme frente a las Convenciones internacionales, como método para la unificación del Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, julio-diciembre 1958, pp.177 y ss.; H.E. YNTEMA, "Unification of Law in the United States", *U.D: Unidroit*, 1948 pp.301 y ss.

vecinos. La propia doctrina lo reconoce en los países donde esto se ha manifestado de forma especial: el Reino Unido, Francia y Alemania. Lo determinante ha sido una militancia nacionalista, un nacionalismo de praxis dentro de los Derechos nacionales ("Der starke rechtliche Nationalismus")⁴⁵³.

En consonancia, como dicen K. ZWEIGERT y H. KÖTZ⁴⁵⁴, rige una especie de "idea del orgullo sobre el propio Derecho nacional" ("der Stolz auf das eigene Recht"), una preocupación por el "prestigio del Derecho nacional": "el alemán parte de que su Derecho es el mejor, lo mismo que el francés y en general todos y cada uno respecto de su propio Derecho nacional" ("Rechtsstolz des Denken der Juristen"). Se llega a reconocer, *en estos países*, una ausencia de modestia, una actitud de autosuficiencia ("absence de modestie"; "autosuffisance")⁴⁵⁵. Esta explicación es más convincente que aquella otra que pretende justificar este tipo de actitudes ante el peligro de que desaparición de la tradición jurídica (el "Gefahr des Ausverkaufs der eigenen juristischen Tradition"⁴⁵⁶)

Habría existido una especie de actitud intencionada de presentar el Derecho patrio, de cara al exterior, como un logro humano de alta perfección ("la doctrine en France à contribué à présenter le système français comme parvenu de son propre mouvement au plus haut degré de perfection")⁴⁵⁷.

Late el convencimiento en la corrección del Derecho propio frente al de los demás ("Die Überzeugung von der Trefflichkeit des eigenen Rechts") porque, en el fondo, el Derecho es un producto que representa la personalidad de la nación ("Die tiefe Verwurzelung jenes Kernbestandes rechtlicher Normen in den Besonderheiten der Nation")⁴⁵⁸.

⁴⁵³ En este contexto: M. ANCEL, "Les grandes étapes de la recherche comparative au XXe siècle", *Studi in Memoria di Andrea Torrente I*, Milano 1968, pp.23 a 32: "la Seconde Guerre mondiale met fin à certaines illusions"; igualmente, K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung...* § 1 p.2. En un plano cultural E.J. HOBBSBAWN, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona 1995, con numerosa bibliografía.

⁴⁵⁴ K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung...* § 2 p.14.

⁴⁵⁵ J. RIVERO, "Le droit..." p.921: "absence de modestie très hexagonale que se traduit dans les programmes universitaires".

⁴⁵⁶ O. REMIEN, "Rechtseinheit..." p.307.

⁴⁵⁷ Y. GAUDEMET, "Le droit administratif en France", *Revue internationale de droit comparé*, n°4 1989, p.902.

⁴⁵⁸ S. STRÖMHOLM, "Rechtsvergleichung..." pp.614 y 615.

Llega a decirse que lo típico ha venido siendo “el espíritu de clan” que lejos de manifestarse en los pueblos subdesarrollados impregna también los Estados más desarrollados como Francia o Gran Bretaña (A. TUNC) ⁴⁵⁹.

En Europa el acento ha estado puesto en lograr, de una u otra forma, **la unidad jurídica dentro de cada Estado**, dando una imagen de coherencia y unificación frente a los demás Estados europeos ⁴⁶⁰. La “ratio de la unidad” (Einheitsgedanke) ha venido siendo un mito irrefutable (Bewußtseinfrage) tanto hacia el interior del Estado como frente al exterior ⁴⁶¹, al igual que lo ha sido también el “nationalisme juridique” y la “satisfaction de soi” (“la tendance naturelle des collectivités, jusqu’à l’époque présente, a été de développer la satisfaction de soi”).

Esta actitud general ante el Derecho debe matizarse en función de la rama jurídica concreta. En Francia se afirma que en el Derecho privado se constata un interés mayor hacia el Derecho comparado que en el Derecho público, y se critica que los estudios del Derecho constitucional hayan sido esencialmente descriptivos, y que en el Derecho administrativo haya predominado una actitud *general* de “rechazo pasivo” hacia el Derecho comparado ⁴⁶², especialmente en el plano doctrinal ⁴⁶³. En este “plano”, las alusiones a los Derechos de otros países se harían sólo con un fin de erudición, lejos

⁴⁵⁹ A. TUNC, “La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 16 (1964), pp.47 y ss.: “ce qui est naturel, c’est l’hostilité”; pp.47 a 63: “l’homme est possédé par l’esprit de clan”.

⁴⁶⁰ Véase S. BUCHHOLZ, “Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.77 y ss.

⁴⁶¹ A. LAUFS, “Die Begründung der Reichskompetenz für das gesamte bürgerliche Recht, ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Rechtseinheit”, *JuS* 1973, pp.740 a 744.

⁴⁶² El Derecho administrativo aparecería como el *pariente pobre* de la familia del Derecho comparado (Y. GAUDEMET, “Le droit administratif...” p.901; igualmente, G. FONTANA *Introduzione...* p.128). Un trabajo interesante es el de GOODNOW, *Comparative administrative law*, New York, London 1893; igualmente M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna 1992; véase también S. CASSESE, “L’étude comparée du droit administratif en Italie”, *Revue internationale de droit comparé*, n°4 1989 pp.879 y ss.; y J. ZILLER, *Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l’Europe de douze*, Paris 1993. En el ámbito jurídico-administrativo existen instituciones internacionales de Administración Pública o Derecho administrativo: el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas fundado en 1930 en Bruselas, el llamado “Grupo Europeo de Administración Pública” y otras asociaciones y agrupaciones menores (J.P. COSTA, “Institutions internationales et droit administratif comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, n°4 1989, pp.915 y ss.; F. DELPÉRÉE, “Droit administratif comparé en Belgique”, *Revue internationale de droit comparé*, n°4 1989, pp.862 y ss.).

⁴⁶³ “Tant les praticiens comme les professeurs semblent tarder à suivre le législateur dans l’utilisation de la méthode comparative” (Y. GAUDEMET, “Le droit administratif...” p.902). Se “piensa” también que la actitud en general, hacia el Derecho comparado ha sido la de la “incorporación de reglas de otros países”, lejos de una serena reflexión y asimilación doctrinal de dichos procesos (S. STRÖMHOLM, “Rechtsvergleichung...” p.616).

de una serena reflexión acerca de las soluciones jurídicas pertinentes (“il est plutôt conçu et pratiqué comme une forme d’érudiction *en plus*”⁴⁶⁴).

B. La ley del Derecho comparado.

Uno puede preguntarse qué hechos son los que explican que en cada momento histórico se atribuya un papel diferente al Derecho comparado. El Derecho de familia, por ejemplo, cambia según se alteran las condiciones sociales, pero, ¿qué explica la evolución del Derecho comparado en general y dentro de un Estado determinado en particular? ¿Cuál debe ser el papel del Derecho comparado?

Una explicación puede a mi juicio obtenerse estudiando los principios que determinan las relaciones entre los Estados en un momento histórico determinado. Por eso se entiende que en las primeras décadas de este siglo se atribuyera al Derecho comparado un escaso valor, en el contexto del nacionalismo imperante del momento; por eso se comprende también que quedara en pura utopía la pretensión de un Derecho de validez universal a través del Derecho comparado como también fue pura utopía el proyecto político de la Sociedad de Naciones.

En este mismo sentido, en la actualidad el sentido mismo del Derecho comparado se explicaría a raíz de la experiencia sufrida durante la Segunda Guerra Mundial. Este acontecimiento habría puesto de manifiesto la necesidad de basar las relaciones entre los Estados europeos en la estrecha colaboración y en la cordialidad⁴⁶⁵. Sin que esto signifique necesariamente la pérdida de identidad de cada uno de los Estados miembros, y ni siquiera el abandono de su tradicional rivalidad⁴⁶⁶, se impondría la necesidad de evitar *los excesos* del Estado nacional⁴⁶⁷. Junto a estos factores habría que entender el papel del Derecho comparado.

⁴⁶⁴ Y. GAUDEMET, “Le droit administratif...” p.900.

⁴⁶⁵ Así, L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...*, Tomo I, pp.55 y ss. y pp.60 y 62; del mismo, *Rechtsvergleichung...*, Tomo II, p.372; G. LANGROD, “Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 9 (1957), pp.353 y ss.; A. TUNC, “La contribution...” pp.47 a 63; K. ZWIGERT/H. KÖTZ, *Einführung...* § 1 p.3: “el Derecho comparado presupone tanto un diálogo internacional como una despedida de las exageraciones en la sobreestima nacional”.

⁴⁶⁶ A.F. SCHNITZER, *Vergleichende...* p.4.

⁴⁶⁷ Especialmente ilustrativo es el trabajo, en este sentido, de TUNC, *op. cit.*, que sitúa el Derecho comparado dentro de “une meilleure compréhension entre nations”.

C. En este contexto, el Derecho comparado en España.

En relación con las afirmaciones que acaban de hacerse (*supra* § 3.A), en España no habrían sido características ni las posiciones *desdeñosas* hacia el Derecho comparado, ni las actitudes nacionalistas de "orgullo" y "autosuficiencia". Más bien, es notorio que España representa, por su trayectoria histórica, un caso ejemplar en cuanto a la defensa de la unidad cultural, científica y lingüística, en Europa, y en cuanto a la defensa del Derecho común y de la idea de universalidad ⁴⁶⁸.

Por otra parte, en España parece constatarse, histórica y actualmente, un especial interés hacia el Derecho comparado ⁴⁶⁹. Esto es positivo científicamente. No tanto porque exista una necesidad especial -en Europa- de aprender por parte de unos ordenamientos europeos respecto de otros. Se trata más bien, y en esto debe insistirse, de la virtualidad en sí misma del Derecho comparado, de aprender objetivamente de los demás. Esta virtualidad del Derecho comparado se presenta

⁴⁶⁸ Desde luego que las causas de este tipo de procesos son complejas y su análisis nos llevaría demasiado lejos. En la Edad Moderna fue característico. Pero también con posterioridad, en el siglo XIX, el Derecho español se mostró abierto a la recepción de soluciones jurídicas de otros ordenamientos europeos. Se ha llegado a hablar de un movimiento de "desnacionalización" -desde 1808- (A. GARCÍA GALLO, *Manual...* pp.95 y ss. y pp.111 y ss.), por lo que en cualquier caso no hubo motivo para un nacionalismo jurídico exacerbado. Se ha apuntado también el aislacionismo tradicional de España, (P. LUCAS VERDÚ, Introducción al manual de G. DE VERGOTTINI, *Derecho...* p.44), si bien no es éste un dato decisivo. Más bien, profundizar en este tipo de cuestiones nos llevaría al estudio y cita de la polémica que en un plano general o intelectual existe desde décadas en España entre las corrientes europeístas y tradicionalistas ¿Hay que ser europeísta para descubrir la necesidad de España, como dejaría deducir el pensamiento de ORTEGA Y GASSET?; véanse sus obras "Organización de la decencia nacional", 1930 *Obras completas*, XI pp.271 y 272; también, puede verse, "Pensar en grande" 1931 *Obras completas*, XI p.328; "Viva la República", 1933 *Obras completas*, XI p.530; igualmente, "Rectificación de la República", 1931, *Obras completas*, XI p.351; "Carta al Sr. Director de Luz", 1933 *Obras completas* XI p.520, donde llega a defender la necesidad de una revolución nacional para España. Estos textos están redactados en "términos muy nacionalistas" si bien no puede olvidarse que son fruto en gran medida de las "experiencias alemanas" del autor; en este plano, RUBÉN DARÍO, *España contemporánea*, 1901; del mismo, *Cantos de Vida y Esperanza* (1905); y, con los matices que proceden, M. de UNAMUNO, *La vida de Don Quijote y Sancho*, 1905; del mismo, *Por tierras de Portugal y España*, 1911; *Andanzas y Visiones españolas*, 1922. Sobre todas estas cuestiones resultan imprescindibles los libros de P. LAÍN ENTRALGO, *La generación del 98*, 1947 (reeditado por Austral en 1997); J. MARÍAS, *España inteligible*, 1985 (reeditado en 1995 por Alianza Editorial); I. FOX, *La invención de España*, Madrid 1997, quien también pone de manifiesto la originalidad de España como defensora de un proyecto europeo general.

Para profundizar en este tema véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *España no es diferente*, Editorial Tecnos (ensayo literario), Madrid 2001.

⁴⁶⁹ Este hecho ha sido destacado por la doctrina. Véase J. HERNÁNDEZ GIL, Prólogo al libro de R. DAVID, *Tratado...* p.XXI. También cuentan con una larga tradición los trabajos de Derecho comparado en el ámbito del Derecho constitucional, de entre los cuales destacan los realizados por A. POSADA, D. SEVILLA ANDRÉS, L. SÁNCHEZ AGESTA, M. GARCÍA-PELAYO, M. JIMÉNEZ DE PARGA.

en cualquier Derecho nacional. Podría hablarse por tanto de una "necesidad del Derecho comparado", en cualquier Estado europeo, como medio para el conocimiento de las soluciones jurídicas de otros países que puedan ser útiles para reformar o perfeccionar el Derecho nacional.

Por contrapartida, en España el Derecho comparado desde hace unos años viene desarrollándose esencialmente mediante investigaciones individuales, siendo escasa y poco significativa la acción que se desarrolla a nivel institucional en la actualidad (por lo menos en comparación con la acción significativa realizada en nuestro propio país hace un tiempo ⁴⁷⁰ o en comparación con Centros extranjeros de investigación de Derecho comparado en países tales como Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Francia, Méjico, Portugal, el Reino Unido o Suiza ⁴⁷¹ sin olvidar la labor realizada por las instituciones comunitarias ⁴⁷²).

A diferencia de otros países tampoco son frecuentes en España los cursos de Derecho comparado en las Universidades y éstas siguen siendo menos atractivas

⁴⁷⁰ En 1851 se creó entre nosotros una cátedra de Derecho comparado, seguramente la primera del mundo. Anteriormente existió una "Cátedra no universitaria" en el Colegio de Francia en Madrid. Relevantes fueron los Institutos de Derecho comparado Ibero-Americano y Filipino (creado en 1955) y el Instituto de Derecho comparado, con sede en Barcelona, creado en 1953. Ambos fueron posteriormente agrupados, fijándose la sede en Madrid (finalmente a cargo del CSIC). Sin embargo, este Instituto ha sido posteriormente clausurado, pasando su fondo bibliográfico a la Universidad Carlos III. Sobre el origen y evolución inicial del Derecho comparado en España, pueden verse las contribuciones de F. de SOLÁ CAÑIZARES y de PI SUÑER, en la *Revista del Instituto de Derecho comparado*, Barcelona enero-diciembre 1956; también M. RAVENTÓS Y NOGUER, *Informe...* ilustra acerca del origen (en 1927), fines, y composición de la Asociación española de Derecho internacional y legislación comparada.

⁴⁷¹ Véase M. VAN CAMELBEKE, "L'institut de droit comparé de l'Université de Paris 2", *Revue internationale de droit comparé*, nº1 1982, pp.139 y ss.; B. COTTIER, "L'Institut suisse de droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, p.381; I. KITAMURA, "Cultures différentes, enseignement et recherche en droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1995, p.868; H. KNUDSEN, "L'information en droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, pp.371 y ss.; J. ROBERT, "Le droit comparé: Aujourd'hui et demain: Introduction au colloque", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, pp.267 y ss.; F. DE SOLÁ CAÑIZARES, *Catálogo de Centros de Derecho comparado*, 1956 *in toto*; T. TAKIKAWA, "Enseignement du droit étranger aux étudiants japonais", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1995, pp.871 y ss.; los manuales actuales de Derecho comparado recogen los distintos centros o institutos de Derecho comparado hoy existentes en el mundo. Ejemplar es, así, el libro de M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München 1987. Especialmente véanse las pp.45 y ss. y 187 a 247, con una atención especial a los Institutos de Derecho comparado de Francia, Alemania y los Estados Unidos; también respecto de los cursos que periódicamente se celebran en Europa sobre este tema; asimismo, se recoge una mención bibliográfica en este libro sobre famosos comparatistas como E. RABELS en Alemania y K.N. LLEWELLYN en los Estados Unidos.

⁴⁷² En este contexto puede nombrarse la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, con la publicación de estudios jurídico-comparados a nivel europeo (de enfoque evidentemente comunitario).

para los extranjeros que las Universidades de otros países (y, en este sentido, ya GASCÓN Y MARÍN, en 1909 ⁴⁷³, constataba que mientras 2.000 eran los estudiantes extranjeros en París, 344 en Suiza, 1.326 en Rusia y 3.463 en Alemania, sólo 20 lo hacían en España).

Así pues, en ciertos Estados de Europa (esencialmente Alemania, Francia y el Reino Unido) habría que recomendar una actitud menos nacionalista frente al Derecho comparado, una posición más abierta a la recepción de soluciones jurídicas de otros Estados. La utilización del Derecho comparado dentro de un Estado presupone un mínimo de reciprocidad entre los países que pertenecen a una misma familia jurídica, como ocurre con los Estados miembros de la Unión Europea ⁴⁷⁴.

En todo caso, habría que terminar afirmando ciertas conclusiones. Primero, deberían en mi opinión desecharse las posturas, que afloran tanto en nuestro país como en otros de la Unión Europea, que marginan la importancia del método jurídico-comparado, considerando sus virtualidades esenciales en todo tiempo y lugar.

Segundo, habría que recomendar un mayor esfuerzo por la difusión del Derecho español en el extranjero, procurando hacer atractivo el estudio de nuestro Derecho a los investigadores de otros países.

Tercero, habría que utilizar el Derecho comparado no sólo como medio apto para la adopción de soluciones jurídicas de otros ordenamientos como para el mejor conocimiento del Derecho propio ⁴⁷⁵.

Cuarto, habría que valorar especialmente, a nivel académico, el caso de los investigadores que hayan utilizado en alguna ocasión el método jurídico-comparado.

⁴⁷³ J. GASCÓN Y MARÍN, *La enseñanza del Derecho y la autonomía universitaria en Francia*, Zaragoza 1909 p.67.

⁴⁷⁴ Por ejemplo, entre Alemania y España se constata una desproporcionada mayor atención por parte de España hacia el Derecho alemán, que viceversa. Salvo excepciones (P.K. SOMMERMANN, *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, 1984) los estudios realizados son puramente descriptivos sobre el Derecho español (por todos, K. ADOMEIT/W. FRÜBECK, *Einführung in das spanische Recht*, München 1993). Pero falta tomar en consideración del Derecho español para llevar a cabo la reforma del Derecho alemán.

⁴⁷⁵ Son por otra parte contados los trabajos que investigan y descubren la identidad del Derecho español frente al Derecho de otros Estados. Puede citarse el trabajo de A. NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid 1986 *in toto*; véase también J. ESTEVE PARDO, *Investieren in Spanien*, 1990.

D. El Derecho comparado como medio auxiliar del Derecho interno.

El Derecho comparado abandona cada vez más su carácter especulativo y utópico, que simboliza el Congreso de París, al pasar a concebirse en la actualidad de modo práctico y experimental ⁴⁷⁶ y sobre todo *instrumental* respecto del Derecho interno. Concretamente esta función instrumental puede desarrollarse de dos modos: o bien cubriendo las lagunas de Derecho existentes en un determina-

⁴⁷⁶ En general, sobre los fines del Derecho comparado, R. DAVID, *Tratado...* pp.37 y ss.; R. GALLARDO, *Orientaciones hacia el Derecho comparado del porvenir*, Madrid 1959; M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 1984 pp.20 y ss.; R. GOLDSCHMIDT, *Nuevos estudios de Derecho comparado*, Caracas Facultad de Derecho 1962; H.C. GUTTERIDGE, "El porvenir del Derecho comparado", en *Revista del Instituto de Derecho comparado* Barcelona nº1 julio-diciembre 1953; O. KAHN-FREUND, "Comparative Law as an Academic Subject", *The Law Quarterly Review* 82 (1966), pp.40 a 61; G. KEGEL, *Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung. Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, 1971 (Coloniaer Schriften zum Europarecht, 11); E. LAMBERT, "Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire; le droit comparé et l'enseignement du droit", *Congrès International de Droit Comparé tenu à Paris au 4 août 1900, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence* 1905, pp.26 y ss.; F.H. LAWSON, "The field of Comparative Law", *Juridical Review* LXI (1949), pp.16 a 36; LEGAZ Y LACAMBRA, "Comparación jurídica y filosofía del Derecho" en *Revista del Instituto de Derecho comparado*, Barcelona nº1 julio-diciembre de 1953; J. MAYDA, "Some critical reflections on contemporary Law", *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico* XXXIX (1970), pp.432 a 459; P.G. DE MEDINA Y SOBRADO, "Hacia la unificación legislativa en América", *Revista de Derecho internacional*, La Habana 1940, pp.63 y ss.; J.H. MERRYMAN, "Modernización de la ciencia jurídica comparada" en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 1983 (46) pp.67 y ss.; R. MOLINA PASQUEL, "Veinticinco años de evolución del Derecho comparado": 1940-1965", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 1959 (2) p.57; E. RABEL, "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung", en H.G. LESER (Coordinador), *E. RABEL, Gesammelte Aufsätze: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen 1967, Tomo III, pp.1 y ss.; F. RIGAUX, "Le droit comparé comme science appliquée", *Revue de droit internationale et de droit comparé*, 1978, pp.65-77; F.E. RODRÍGUEZ GARCÍA, "Los principios generales del Derecho y el Derecho comparado", en VARIOS AUTORES, *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso internacional de Derecho comparado de Hamburgo 1962*, México 1962; R.B. SCHLESINGER, "The common core of legal systems. An emerging subject of comparative study", *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden 1961, pp.65 a 79; I. SCHWENZER/M. MÜLLER-CHEN, *Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996; F.F. STONE, "The end to be served by comparative Law", *Tulane Law Review* XXV (1950/51), pp.325 y ss.; R. TAMAYO SALMORÁN, "La teoría de J. Saz sobre los sistemas jurídicos", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 1981 pp.1147 y ss.; G. VERGOTTINI, *Derecho...* pp. 75 a 83, quien, como fines del Derecho comparado, menciona: la ampliación del conocimiento científico, agrupación de constituciones, interpretación de las instituciones constitucionales, reforma constitucional y armonización de normativas. E. ZITELMANN, "Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung", *Deutsche Juristen-Zeitung* V (1900), pp.329 a 332, presentado al Congreso de París de 1900). Véase también BERNHÖFT, en *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1; H. BERG, "Diskussionsbericht zum Symposium Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung", Hamburg Februar 1985", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.233 y ss.; CASTILLO ALONSO, Legislación comparada, en *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XXI.

do ordenamiento jurídico ⁴⁷⁷, o bien perfeccionando o corrigiendo las soluciones jurídicas actuales mediante otras soluciones jurídicas mejores.

En cualquier caso, la reforma del Derecho interno sería la función más importante del Derecho comparado. Y esta función se proyecta primero sobre la legislación, ya que el Derecho comparado llega a ser un "medio para controlar la corrección de las reglas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico". Segundo, sobre la jurisprudencia, dado que el juez podrá servirse de la interpretación hecha por sus colegas en otro Estado para aplicar una determinada ley ⁴⁷⁸. Tercero, sobre la doctrina ⁴⁷⁹.

En torno a este último plano el Derecho comparado tendría una especial virtualidad. Virtualidad en un plano científico, inherente al Derecho comparado, permitiendo la apertura de nuevos niveles de conocimiento jurídico ⁴⁸⁰. En este contexto es preciso reconocer que el Derecho comparado logra un conocimiento

⁴⁷⁷ El Derecho comparado se emplea en los procesos de interpretación de una norma de Derecho interno. Con ejemplos concretos de la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional italiano puede verse G. VERGOTTINI, *Derecho...* p.78; sobre esta función, en general, véase un interesante trabajo de P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung als fünfte Auslegungsmethode* 1992; en el ámbito comunitario, el Tratado de la Comunidad Europea se refiere a "la interpretación del Tratado" como competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin que sin embargo sean conocidos los medios de interpretación aplicables (en virtud de los artículos 220 y 234, antiguos 164 y 177).

⁴⁷⁸ Sobre la importancia del Derecho comparado en la práctica de los tribunales (especialmente, pero no sólo, en el ámbito del Derecho internacional privado) O. DE BAYNAST, "Les magistrats français et la coopération internationale", *Revue internationale de droit comparé*, n°3 1994, pp.785 y ss.; J.M. BAUDEL, "Les avocats français et le droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, n°3 1994, pp.789 y ss.; P. BÉZARD, "Les magistrats français et le droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, n°3 1994, pp.775 y ss.; G. FLÉCHEUX, "La situation..." p.319; U. DROBNIG, "Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50/1986 pp.610 y ss.; P. HÄBERLE, "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat", *JZ* 1989 pp.913 y 916; R. LEGEAIS, "L'utilisation du droit comparé par les tribunaux", *Revue internationale de droit comparé*, n°2 1994, pp.347 y ss.; K. LISFRANC, "La formation des avocats français et le droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, n°3 1994, pp.799 y ss.; G. RESS, "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht der internationalen Organisationen", *ZaöRV* 1976 36 pp.255 y ss.; J. TARRADE, "La pratique notariale en France et le droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, n°3 1994, pp.803 y ss.

⁴⁷⁹ En este sentido sería una exigencia del propio investigador la elaboración de sus investigaciones tomando como referencia el Derecho comparado (R. GOLDSCHMIDT, *Estudios de Derecho comparado*, Caracas Publicaciones de la Facultad de Derecho 1958, pp.25 y ss.); sobre este fin, R. BERNHARDT, "Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht", *ZaöRV* 24 1964 pp.435 y ss.; M. BOGDAN, *Comparative Law*, Lund 1994, p.22; DROBNING/DOPFFEL, "Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber", *RabelsZ* 46 (1982) pp.253 y ss.

⁴⁸⁰ R. SACCO, *Droit commun de l'Europe*, Firenze 1978, pp.95 y ss.; véase también T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952; del mismo autor T. ASCARELLI, "Función del Derecho comparado", en *Revista del Instituto de Derecho comparado*, Barcelona, n°1.

objetivo y veraz de los Derechos de otros países evitando los tópicos y clichés. Se ha puesto de manifiesto en este sentido, que el Derecho comparado es un medio de aprendizaje de la verdad ⁴⁸¹. Y también que consigue el mejor conocimiento del propio Derecho patrio ⁴⁸², mediante el estudio de los hechos diferenciales que resultan de todo contraste o comparación ⁴⁸³.

En este sentido, nadie parece negar la necesidad de una mayor atención hacia el Derecho comparado en los estudios universitarios ⁴⁸⁴. Más bien, se advierte

⁴⁸¹ El Derecho comparado sirve para la superación de tópicos. M. RHEINSTEIN, *Einführung...* p.27; V. KNAPP, "Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé", *Revue Roumaine des Sciences Sociales. Série de Sciences Juridiques* 12 (1968), pp.75 a 85: "La comparaison constitue la méthode principale et fondamentale de la connaissance"; la science de droit comparé cherche à parvenir à la connaissance scientifique par la comparaison"; K. ZWEIGERT/H.J. PUTTFARKEN, "Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen", en K. ZWEIGERT/H.J. PUTTFARKEN, *Possibilities of comparing analogous institutions of Law in different social systems. Acta academicae scientiarum hungaricae* XV (1973), pp.107 y ss.; también en K. ZWEIGERT/H.J. PUTTFARKEN (Coordinadores), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, p.401: "die Beschreibung in tiefere wissenschaftliche Erkenntnis umzusetzen". Ya L. FIGUEROLA, *Estudios de Derecho político y mercantil comparado*, Madrid 1860 p.1, apuntaba que "para conocer la organización de los pueblos... es preciso tener ante todo un método científico, un criterio de verdad".

⁴⁸² L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo II, p.372: "Mit Hilfe der Rechtsvergleichung gelingt nicht nur fremde Rechte kennenlernen, sondern auch zu einem besserem Verständnis ihres eigenen Rechts"; J. BELL, "Le droit administratif comparé au Royaume Uni", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1989, p.888; Y. GAUDEMET, "Le droit administratif..." p.904; J. RIVERO, "Le droit..." p.926.

⁴⁸³ En definitiva, como apunta el clásico estudio jurídico-comparado de T. ELORRIETA Y ARTAZA, *Tratado elemental de Derecho político comparado*, Madrid 1916 p.VII. "la vida jurídica de un pueblo depende, en gran parte, de la influencia de su tradición. Pero no depende menos de la influencia de los demás pueblos de su época".

⁴⁸⁴ Cómo ha de integrarse el Derecho comparado dentro de la enseñanza universitaria es un tema complejo, que ha preocupado tradicionalmente a la doctrina: A. POSADA, *Derecho político comparado*, Madrid 1903, pp.199 y ss.; E. LAMBERT, "Conception..." pp.26 y ss.; más recientemente, R. DAVID, "Le droit comparé - Enseignement de culture générale", *Revue Internationale de Droit Comparé* 2 (1950), pp.682 y ss. y especialmente A. TUNC, "La contribution..." pp.47 a 63; véase también J.A. JOLOWICZ, "Les professions juridiques et le droit comparé: Angleterre", *Revue internationale de droit comparé*, nº3 1994, pp.747 y ss.; L. PEÑELAS Y REIXACH, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Madrid 1996; F. DE BUJÁN, *La reforma de los estudios de Derecho: el nuevo plan de estudios. Su valoración y análisis histórico y comparado*, Madrid 1992 y A. TUNC, "L'enseignement du droit comparé: Présentation" (Journée d'étude organisée par le Centre français de droit comparé, Paris 22 avril 1988), *Revue internationale de droit comparé*, nº4 (1) 1988, pp.703 y ss. sin olvidar ciertos trabajos generales: A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid 1982; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Madrid 1982 y del mismo autor "La normalización del catalán como problema consitucional", *Revista Española de Derecho administrativo*, nº87 (1995).

un descontento general dentro de la doctrina de los distintos países ⁴⁸⁵, a pesar de que existen algunos ejemplos de Universidades donde el Derecho comparado se integra dentro de las enseñanzas universitarias ⁴⁸⁶. Cuando menos, el manejo de las fuentes jurídicas de otros ordenamientos presupone ciertos conocimientos lingüísticos ⁴⁸⁷ y pueden ser útiles también conocimientos informáticos ⁴⁸⁸, siendo la Universidad un lugar adecuado para su aprendizaje.

El estudio del Derecho comparado, en cuanto tal, puede hacerse de dos formas. Por una parte, mediante el análisis de los sistemas jurídicos que son conocidos a nivel mundial. Este enfoque (la macrocomparación) analiza los rasgos

⁴⁸⁵ R. ARNOLD, "Le droit administratif comparé dans l'enseignement et la recherche en Allemagne", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1989, p.860; X. BLANC-JOUVAN, "La formation au droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, pp.347 y ss.; G. BRAIBANT, "Introduction", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, p.851; L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo I; A. FLESSNER, "Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/1992, p. 254; S. FLOGIATIS, "Le droit administratif en droit comparé: la Grèce", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1989, p.871; Y. GAUDEMET, "Le droit administratif..." p.900; B. GROßFELD, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1984 p.15; H. HEIDE, "Les professions juridiques et le droit comparé en Allemagne", *Revue internationale de droit comparé*, nº3 1994, p.731; R. MOORE, "Le droit comparé aux États-Unis", *Revue internationale de droit comparé*, nº3 1994, p.758; B. KNAPP, "Droit administratif comparé en Suisse", *Revue internationale de droit comparé*, nº4 1989, p.893; J. RIVERO, "Le droit..." p.924; K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung...* § 1 pp.2 y 20 y ss.

⁴⁸⁶ Véase E. HONDIUS, "La formation des professions juridiques et le droit comparé: les Pays-Bas", *Revue internationale de droit comparé*, nº3 1994, pp.742 y ss.; W. STOFFEL, "Les professions juridiques et le droit comparé: Suisse", *Revue internationale de droit comparé*, nº3 1994, pp.762 y ss.; véase también el nº4 de la *Revue internationale de droit comparé*.

⁴⁸⁷ En Alemania se piensa hoy en integrar los estudios de Derecho con la enseñanza obligatoria de una lengua. No son tampoco infrecuentes los cursos sobre terminología jurídica extranjera. Sobre este particular B. BERGMANS, "L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé: l'exemple de l'allemand", *Revue internationale de droit comparé*, nº1 1990, pp.89 y ss.; J.L. CARRO, *Polémica y reforma universitaria en Alemania*, Madrid 1976.

La enseñanza de la terminología jurídica extranjera es también un fin de los institutos de Derecho comparado, cuando menos en Francia (M. VAN CAMELBEKE, "L'institut..." p.141). Tampoco pueden olvidarse en este contexto los programas Erasmus y Sócrates, que han contribuido en gran medida a paliar los déficits tradicionales del sistema de enseñanza de la Universidad (C.F. MOLINA DEL POZO, *Europa y la Universidad*, Madrid 1988, pp.98 y ss.).

⁴⁸⁸ Sobre esto, S. COTTIN, "Les possibilités de l'informatique en matière de documentation", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996 pp.403 y ss.; H. KNUDSEN, "L'information..." p.371; R. LEGEAIS, "Le juriscopus du GIP Droit et médias, une expérience française pour faciliter l'informaion sur le droit européen, e droit international et les droits étrangers", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, p.395; X. LINANT DE BELLEFONDS, "L'utilisation d'un "système expert" en droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1994, pp.703 y ss.; J. MAYDA, "Algunas reflexiones críticas sobre el Derecho comparado contemporáneo", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 1970 (9), p.660.

característicos o diferenciales de un determinado Derecho, así como las distintas familias jurídicas⁴⁸⁹. Por otra parte, el estudio del Derecho comparado puede hacerse mediante el análisis de las soluciones jurídicas de otros Derechos cuando se estudian las instituciones jurídicas nacionales (microcomparación)⁴⁹⁰.

E. Las exigencias metodológicas del Derecho comparado.

Pueden afirmarse ciertos presupuestos metodológicos del Derecho comparado con el fin de que la popularización del Derecho comparado no signifique más bien su "vulgarización"⁴⁹¹. La doctrina especialista en la materia jurídico-comparada deslinda los trabajos de Derecho comparado de aquéllos que hacen "referencias" al Derecho de otros países⁴⁹².

⁴⁸⁹ Sobre éstos existen numerosos estudios jurídicos; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato...* pp.27 y ss.; e, *in toto*, R. DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, (traducción de la segunda edición francesa por P. BRAVO GALA), Madrid 1973; y M.G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid 1982; desde el punto de vista de la sociología, H. IZDEBSKI, "Le rôle du droit dans les sociétés contemporaines: essai d'une approche sociologique du droit compare", *Revue internationale de droit comparé*, nº3 1988, p.571. Este enfoque se desarrolla especialmente desde el punto de vista de la llamada "ciencia de la Administración" (J.M. CANALES ALLENDE, *Panorama actual de la ciencia de la Administración*, Madrid 1987, pp.34 y ss.); puede verse M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Madrid 1985, p.105; C. DEBBASCH, *Ciencia administrativa. Administración Pública*, (traducción de J.A. COLÁS LEBLANC), Madrid 1981, pp.30 y 36; M.S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, Madrid 1987, p.52. Igualmente, E. DELLAQUILA, *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Madrid 1992 y O. RABASA, *El Derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del "Common Law"*, México 1944.

⁴⁹⁰ Sobre la integración de la enseñanza del Derecho comparado en la Universidad pueden consultarse distintas contribuciones en el nº4 de la *Revue internationale de droit comparé*, con una exposición de la integración del Derecho comparado en Suiza, Bélgica y otros países. El llamado tercer ciclo constituye tradicionalmente un momento propicio para estos estudios (R. GONZÁLEZ, *Intentos de unificación de la legislación mercantil americana e intervención de España en esta materia*, Madrid 1922; G. ABAD SEVILLA, *Los libros...*).

⁴⁹¹ Véase M. RHEINSTEIN, *Einführung...* pp.21 y ss.; A.F. SCHNITZER, *Vergleichende...* pp.32 y ss.; "traditionnellement, la comparaison en droit est restée une activité de simple curiosité" P. LEGRAND, "Comparer", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1996, p.285; F. de SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación...* p.102; RECASENS SICHES, "Nuevas perspectivas del Derecho comparado" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Cuarto Centenario de la Facultad de Derecho, abril-junio 1953, p.233.

⁴⁹² Así ya E. LAMBERT, "Conception..." pp.26 y ss.; más recientemente, H. FIZ ZAMUDIO, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Méjico 1988, p.260; P. LUCAS VERDÚ, *Introducción al Derecho político. Las transformaciones sociales del Derecho político actual*, Barcelona 1958, p.264; G. DE VERGOTTINI, *Derecho...* p.68; para los principios metodológicos del Derecho comparado puede también consultarse G. FONTANA *Introduzione...* pp.107 y ss.; sería el caso de los clásicos estudios de L. CLARO SOLER, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado*, Santiago de Chile 1898; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español: examen comparado de las legislaciones especiales*, Madrid 1874-1878; M. MARTÍN-VEÑA Y RANERO, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con las legislaciones de Alemania y Francia*, Madrid 1891; I. SERRANO Y

Más bien, podrían distinguirse, *dentro del* Derecho comparado, dos niveles: los “estudios valorativos” y los “no valorativos” sobre el Derecho extranjero.

En todo caso, el Derecho comparado conlleva un proceso racional tendente a la realización de un fin ⁴⁹³.

Se trata de un proceso intelectual que podría desmenuzarse en distintas fases y momentos: una fase inicial de descubrimiento de los institutos jurídicos del Derecho extranjero; una fase posterior de comprensión y estudio de su significación real y, por último, una fase de comparación.

Cada uno de estos momentos presenta cierta complejidad. En relación con la primera *fase* mencionada, es preciso reconocer las dificultades que pueden plantearse para lograr la correspondencia conceptual entre instituciones, así como los problemas de traducción ⁴⁹⁴.

SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo, comparado con el Derecho español*, Valladolid 1934; A. VICENTE Y GELLA, *Introducción al Derecho mercantil comparado*, Barcelona 1930.

⁴⁹³ L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo II, p.32 y pp.137 y ss.; V. KNAPP, “Quelques problèmes...” pp.75 a 85: la science juridique comparative doit nécessairement poursuivre le chemin de pénétration depuis les phénomènes comparés à leur substance”; véase también DROHNING, “Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Lichte der Internationalen Encyclopedia of Comparative Law”, *Rheinstein-Festschrift I*, pp.221 y ss.; S. STRÖMHOLM, “Gibt es eine vergleichende Methode?”, *Festschrift für Lipstein*, Karlsruhe 1980, P.279; K. ZWEIGERT, “Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 15 1949/50.

⁴⁹⁴ Un ejemplo de los problemas de traducción: no se busque la equivalencia del término “contrato administrativo” del Derecho español en la expresión alemana del “Verwaltungsvertrag” (que son más bien los “convenios administrativos”, pese a su tenor literal), sino en la institución de los “öffentlichen Aufträge” o “Hilfsgeschäfte”, aunque el significado de esta última expresión alemana no aluda para nada a los contratos de la Administración; por otra parte, éstas últimas expresiones no podrían traducirse de forma literal, ya que ello no tendría ningún *significado jurídico* en español. Habrá, además, que intentar encajar el concepto jurídico-comparado en el propio Derecho interno. Por ejemplo, las “faktischen Beeinträchtigungen in Freiheit und Eigentum” no tienen, en una traducción literal, un significado jurídico en el Derecho español y por eso han de traducirse por “vías de hecho administrativas”. Sin embargo, otras veces podrá resultar conveniente inventar un concepto jurídico nuevo, como ocurre con la “pretensión prestacional” (“Leistungsklage”), en vez de recurrir a su sentido literal como “acción de condena”, ya que, de este modo, se consigue enlazar conceptualmente la “pretensión prestacional” con la “Administración prestacional”. Sobre estos problemas de traducción, J. ORTEGA Y GASSET, *Elend und Glanz der Übersetzung*, Munich 1964, p.17; también en España, J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado: la doctrina de los actos propios*, Barcelona 1951, pp.18 y 25; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Diccionario de Derecho comparado*, Madrid 1951, p.XII, con ejemplos; J. DE LA CUESTA, “El contract code de H. MCGregor: algunas dificultades de traducción”, en *Jornadas sobre la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea*, Cáceres 1995 pp.61 y ss. En el extranjero, junto a Y. MARX, “Vingt-cinq ans d’expérience de la pratique du droit comparé”, en: *Études juridiques offerts à Léon Julliot de la Morandière*, Paris 1964, pp.359 y ss.; y H.C. GUTTERIDGE, “The Comparative Aspects of Legal Terminology”, *Tulane Law Review* 13 (1938), p.401; también B. BERGMANS, “L’enseignement... p.96.; C. VATTIER FUENZALIDA, “Para la unificación internacional...” pp.19 y ss.

En la segunda fase o estadio podrá ser necesario transcender de la comparación de leyes ⁴⁹⁵, ya que podrá ser obligado (para lograr lo que se ha denominado "un Derecho vivo" ⁴⁹⁶) un estudio o conocimiento del contexto jurídico básico en que se sitúa una determinada Ley o el instituto jurídico que quiere estudiarse. Por ejemplo, la sentencia o la ley no tienen un valor equivalente en los sistemas continentales y en los del *common law* y por eso son precisos ciertos conocimientos previos acerca del sistema de fuentes en ambos sistemas jurídicos a efectos de realizar la comparación. Ésta podrá depender, asimismo, de análisis históricos ⁴⁹⁷, sociológicos o políticos ⁴⁹⁸.

La fase final es la más importante, ya que es donde se demuestran las virtuales del estudio jurídico-comparado ⁴⁹⁹. Permite éste, concretamente, un amplio margen de creatividad al intérprete en la extracción o deducción de tesis originales. El Derecho comparado lleva consigo un proceso creativo e imaginativo, y este hecho se sitúa en consonancia con la función principal del Derecho comparado: la reforma

⁴⁹⁵ Especialmente en este sentido, K.H. EBERT, *Rechtsvergleichung...* pp.22 y 23 y 40: "Daraus folgt, daß es sinnlos ist, ausschließlich Texte von Rechtsnormen miteinander zu vergleichen"; igualmente, L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo II, pp.188 y ss.; ya así, SALEILLES y LAMBERT, citados en este último libro en las notas a pie de página 124 y 125; en el ámbito del Derecho público, BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparado*, Milano 1980, pp.9 y 10.

⁴⁹⁶ M. RHEINSTEIN, *Einführung...* p.12: "Gegenstand der Rechtsvergleichung ist nicht ein Gesetzesparagraph oder ein Entscheidungsleitssatz, sondern das *lebendige Recht*, wie es sich aus dem Zusammenwirken von Gesetz, Rechtsprechung und Wissenschaft ergibt").

⁴⁹⁷ Así lo apuntan ya los comparatistas clásicos, junto a los más modernos; respecto de los primeros, en nuestro país, T. ELORRIETA Y ARTAZA, *Tratado...* p.VII: "no hay otro procedimiento mejor para conocer la naturaleza peculiar de las instituciones de un pueblo que su comparación con las de otros pueblos". Respecto de los segundos, J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung...* Tomo II, pp.51 y ss., 233, 292 y 309: "Die Rechtsinstitute und Rechtsgrundsätze sind oft nur verständlich, wenn sie in ihrem historischen Zusammenhang gesehen werden"; "es sind vornehmlich Gründe historischer Art, die ihre gegenwärtigen Strukturen und Funktionen sowie die Unterschiede im Verhältnis zu parallelen Instituten in anderen Rechten erklären". El análisis comparado-histórico puede hacerse de forma vertical o diacrónica, es decir comparando el Derecho actual con sus fuentes históricas, o de forma horizontal o sincrónica, si se proyecta sobre distintos ordenamientos separados geográficamente. Véase también M. BOGDAN, *Comparative...* p.18; SIR F. POLOCK, "The History of Comparative Jurisprudence", *JoCl V* 1903, pp.76 y 78; H.E. YNTEMA, "Roman Law..." pp.346 y ss.

⁴⁹⁸ BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione...* pp.19 y ss.; RECASENS SICHES, "Nuevas..." p.245; F. de SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación...* p.108.

⁴⁹⁹ SALEILLES, Prólogo al libro: LYON-CAEN, *La femme mariée allemande. Ses droits et ses intérêts pécuniaires*, París 1903; véase también M. BOGDAN, *Comparative...* p.40 y ss.; SCHWARZ/LIEBERMANN VON WAHLENDORFF, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, París 1978, pp.73 y ss. y p.207; E. LAMBERT, "Conception..." pp.26 y ss; G. RADBRUCH, "Über die Methode der Rechtsvergleichung", *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 2 (1905/06), pp.422 y ss.

de los propios Derechos nacionales (función político-jurídica). No obstante, esta última fase presupone ciertos elementos lógicos, como por ejemplo la *posibilidad* misma de la comparación: para que pueda originarse un *tertium comparationis* es preciso que se presente una cierta homogeneidad o afinidad entre el Derecho del *comparatum* y el del *comparandum*.

De este modo, el Derecho comparado encuentra su mayor sentido en relación con Derechos pertenecientes a una misma familia jurídica ⁵⁰⁰, por ejemplo, los Derechos de la Unión Europea o entre los Derechos de los países hispanos (España, Portugal y Latinoamérica ⁵⁰¹).

4. El Derecho comparado en la base del Derecho administrativo europeo.

Ha llegado a decirse que "por fin el Derecho comparado parece haber encontrado una vía para su realización y plenitud" considerando el proceso de europeización de los Derechos nacionales que en la actualidad estamos experimentando ⁵⁰².

En este sentido, es bien conocido que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se desarrolla siguiendo un análisis comparatístico entre los ordenamientos nacionales ⁵⁰³. Y junto a la influencia de los Derechos de los Estados miembros en la jurisprudencia del Tribunal luxemburgués también es preciso reconocer el fenómeno inverso, es decir la influencia de esta jurisprudencia en los Derechos de los Estados miembros, causando un efecto de "comunanza" o "concurrenza" entre los ordenamientos.

⁵⁰⁰ G. DE VERGOTTINI, *Derecho...* p.70.

⁵⁰¹ Puede verse, E. SILVA CIMMA, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile 1996.

⁵⁰² W. HALLSTEIN, "Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der EWG", *RabelsZ* 28 (1964), p.230: "Zum ersten Mal ist die Rechtsvereinheitlichung kein Zufall!"; véase también H.W. DAIG, "Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht", en *Festschrift für Zweigert* 1981; H.P. MANSEL, "Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit", *JZ* 1991.

⁵⁰³ En este contexto, L. ORTÚZAR ANDÉCHAGA, *Aplicación judicial del Derecho comunitario*, Madrid 1992; P. PESCATORE, "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres", *Revue internationale de droit comparé*, nº2 1980, 337 y ss.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid 1993; J. SANCHO CUESTA, *Derecho comunitario y comparado*, Madrid 1995; G. ZIEGER, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, eine Untersuchung der allgemeinen Rechtsgrundsätze", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 22 Tübingen 1963.

El Tratado de la Comunidad Europea alude al Derecho comparado, en el artículo 288 (antiguo 215.2), y el Tratado de la Unión Europea en el artículo 6 (antiguo artículo F.2) llega a decir que las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros son principios generales del Derecho comunitario. El artículo 288, por su parte, alude a "los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros", como criterio para determinar la medida en que la Comunidad ha de responder en materia de responsabilidad extracontractual. Es una regla con una clara dimensión judicial que puede considerarse ejemplo del fenómeno general de realización de la jurisprudencia comunitaria con apoyo en los "principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros".

Pero también la elaboración de las normas comunitarias puede hacerse inspirándose en las regulaciones de los Estados miembros⁵⁰⁴. A su vez dicho Derecho comunitario podrá llegar a sustituir la legislación de un Estado miembro determinado, causando un efecto de armonización entre ordenamientos jurídicos.

Mención especial puede hacerse, en este contexto, al papel decisivo que corresponde a la doctrina. Ésta puede desarrollar soluciones jurídicas que puedan tener una validez general para distintos ordenamientos europeos y, en este sentido, no puede extrañar que se haya dicho que Europa conlleva un "retorno al Derecho comparado⁵⁰⁵" y "un retorno a la doctrina".

No obstante, nos consta que la doctrina no se muestra siempre predispuesta a la utilización del Derecho comparado y que perviven ciertas actitudes de nacionalismo exacerbado en ciertos Estados europeos. ¿Hasta qué punto no se está manifestando en Europa la repetición atávica de la situación característica en Europa durante los siglos XVI y XVII, cuando unos, en el "Sur" eran defensores de una unidad cultural (vgr. también de Derecho común) y otros en el "Norte" defendían a ultranza sus particularismos jurídicos locales o nacionales?

Volviendo a la impronta del Derecho comparado en el Derecho comunitario puede hacerse referencia a la "aproximación de legislaciones" prevista y regulada

⁵⁰⁴ En general, se atribuye al Derecho comparado un importante papel como medio de "creación de un Derecho supranacional", esencialmente para la elaboración de los Tratados internacionales y normas de Derecho internacional; puede verse G. HOFFMANN, "Internationales Verwaltungsrecht", en: v. MÜNCH (coordinador), *Besonderes Verwaltungsrecht* 1986 (7ª ed.) p.855; en el ámbito jurídico-comunitario, H.W. DAIG, "Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht", en *Zeitschrift für Zweigert* 1981 pp.395 y ss.

⁵⁰⁵ J.L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, "Presentación" de: *Jornadas sobre la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea*, Cáceres 1995, p.13; seguido por C. VATTIER FUENZALIDA, "Para la unificación..." pp.26 y ss.; véase también M.J. BONELL, "Unificazione..." p.729; G. GANDOLFI, "Per un codice..." p.711.

en los artículos 94 a 97 del TCE (antiguos 100 a 102, del Tratado de la Comunidad Europea) en relación con su artículo 3.1.h).

En principio, la aproximación de legislaciones tiene como objeto la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros que incidan en el establecimiento o funcionamiento del "mercado común" (artículo 94) o del "mercado interior" (artículos 95 y 3.1.h).

No obstante este fin de realización de un "mercado"⁵⁰⁶, lo cierto es que los efectos de estos procesos de armonización trascienden de lo puramente mercantil, por alcanzar una repercusión institucional general⁵⁰⁷.

Tradicionalmente, el medio para realizar la aproximación de legislaciones fue el artículo 100, hoy 94, del Tratado, pero el Acta Única Europea introdujo nuevos artículos complicando el panorama jurídico. Esencialmente, esto hace referencia al actual artículo 95 que parece superar el artículo 94, ambos (por otra parte) con un contenido aparentemente similar pese a que existen diferencias importantes. El artículo 94 es una cláusula general que permite la aproximación de legislaciones por el Consejo mediante la regla de unanimidad, mientras que el artículo 95 admite la toma de decisiones mediante mayoría cualificada. Por otra parte, si bien el primero prevé solamente la directiva como medio de armonización, el artículo 95 amplía la posibilidad de armonización mediante reglamentos (junto a las directivas). Prácticamente, el citado en último lugar cubre todo el ámbito de aplicación del artículo 94, si bien existen algunas materias respecto de las que no se permite la aplicación de aquél (art.95, antiguo 100.A): "disposiciones fiscales, disposiciones relativas a la libre circulación de personas, derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena" (art.95.2 del TCE). Puede decirse, por eso, que el papel del artículo 94 es el propio de una cláusula general.

La filosofía del sistema introducido tras el Acta Única Europea (y, por tanto del sistema actual de aproximación de legislaciones) está en introducir un modelo más flexible de aproximación de legislaciones, con el fin de profundizar en la integración comunitaria, si bien es cierto que al mismo tiempo introduce ciertas reservas en favor de los Estados, como queriendo compensar el progreso que supone la ampliación de los medios de aproximación (directiva y reglamentos) y sobre todo la posibilidad de la decisión por mayoría en vez de la regla de la unanimidad. En este sentido, los Estados miembros pueden notificar a la Comisión la necesidad de seguir aplicando las disposiciones nacionales (no siguiendo por tanto las pautas

⁵⁰⁶ C. VATTIER FUENZALIDA, "Para la unificación...", pp.22 y ss. (24).

⁵⁰⁷ Igualmente, H.C. TASCHNER, en H. VON GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991, p.2790.

de la armonización) por exigirlo la “protección del trabajo o del medio ambiente” o por existir alguna de las razones contempladas en el artículo 30 (antiguo 36 del Tratado), precepto que establece toda una serie de condicionantes (orden público, moralidad, seguridad pública, etc.) frente a la supresión de las restricciones a las importaciones entre los Estados miembros. En estos supuestos la Comisión confirmará las disposiciones de que se trate después de haber comprobado que no se persigue una discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. En cualquier caso, abierta queda la posibilidad de acceder al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tanto por la Comisión como por cualquier Estado miembro. Lógicamente todo este sistema está pensando en los Estados que no hubieran votado a favor de la armonización de legislaciones prevista en el artículo 95. Dentro de los equilibrios del sistema se entienden también las “cláusulas de salvaguardia” en favor de los Estados miembros que pueden establecerse en las normas comunitarias ⁵⁰⁸.

En la jurisprudencia, sobre el particular, lo más frecuentes son las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativas a los incumplimientos de los Estados respecto de las obligaciones, declaradas por la Comisión, de realizar la aproximación de la legislación nacional en la materia de que se trate (SSTJCE de 20 de marzo de 1997, asunto C-294/96; de 6 de febrero de 1997, asunto 205/96, etc.).

Pero también se ha matizado jurisprudencialmente la necesidad de acudir al artículo 100A, hoy 95, por la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-209/97, Comisión de las CCEE contra Consejo de la UE) diciendo que “la utilización del artículo 100A no se justifica cuando el acto que ha de adoptarse sólo tiene *accesoriamente* el efecto de armonizar las condiciones del mercado en el interior de la Comunidad. En efecto, el mero hecho de que no pueda procederse al establecimiento del sistema de información aduanera sin que estén en vigor principios armonizados a nivel comunitario, en materia de protección de datos personales y que los Estados miembros y al Comisión deban garantizar un nivel de protección que se inspire en los principios contenidos en la Directiva 95/46 no basta para demostrar la aplicabilidad del artículo 100A del Tratado, ya que tal aproximación de las legislaciones nacionales sólo es un efecto accesorio de la reglamentación mencionada”. En consecuencia, estimó correcta la aplicación en el caso enjuiciado del art.235 del TCE (actualmente artículo 308 del TCE).

⁵⁰⁸ Un ejemplo relacionado con las afirmaciones del texto puede ser la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de la normalización europea. Medidas para acelerar la integración tecnológica en Europa, DOCE n°C 20/1, d 28 de enero de 1991. Puede consultarse igualmente V. ÁLVAREZ GARCÍA, “La filosofía de la política del nuevo enfoque en la Unión Europea: la remisión a normas técnicas voluntarias y sus excepciones”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, 1999 174 pp.13 y ss.

Finalmente es importante conocer que estos mecanismos de aproximación de legislaciones son subsidiarios respecto de los artículos concretos del Tratado de la CE, que prevén competencias comunitarias para abordar dicha aproximación respecto de ámbitos o materias concretos (antiguos artículos 40, 56.2, 57.2, 93, etc.)⁵⁰⁹.

En conclusión, siguiendo el hilo del tema que ocupa este trabajo interesa poner de manifiesto que también estos criterios para dictar esta normativa jurídico-comunitaria de aproximación de legislaciones se extraen del Derecho comparado europeo⁵¹⁰.

5. Conclusión: el Derecho administrativo europeo como proyecto realizable en un plano doctrinal y universitario.

A. *El ius commune quam communis opinio doctorum.*

Amén de las tendencias de uniformación jurídica realizadas a nivel legislativo y jurisprudencial, es preciso hacer referencia también a la posibilidad de un Derecho administrativo europeo en un plano estrictamente universitario o doctrinal.

Un punto de conexión podemos encontrar en el histórico *ius commune* europeo. Este *modelo* enseñaría primeramente que la comunidad de Derecho en un plano doctrinal puede desarrollarse independientemente de que exista una comunidad legislativa. De este modo puede decirse que cuando en Europa hubo unificación jurídica ésta se logró más en un plano puramente doctrinal que en el plano *legislativo*; en efecto, la comunidad de Derecho en Europa se consiguió en especial a través de la Universidad, en concreto mediante el consenso doctrinal respecto de la enseñanza de una doctrina común. Lo principal fue la identidad de métodos y de materias o contenidos, junto a la identidad de lengua (el latín) y de Derecho, el romano, sin perjuicio de enseñar también los particularismos locales⁵¹¹. Si bien es una utopía resucitar la unidad cultural europea en todo su alcance, a través de una comunidad lingüística, religiosa y filosófica (o iusnaturalista), es un proyecto realista pretender un Derecho común doctrinal, de métodos y conceptos jurídicos, pero también de contenidos, mediante la elaboración jurídico-comparada de los principios comunes a los distintos Derechos en la materia jurídica correspondiente.

⁵⁰⁹ Véase M. SCHWEITZER/W. HUMMER, *Europarecht*, Frankfurt a.M. 1993, pp.342 y ss.

⁵¹⁰ Véase KOCH/MAGNUS/WINKLER von MOHRENFELS, *IPR und Rechtsvergleichung*, München 1996, § 13 p.241; H.C. TASCHNER, en H. VON GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar...* p.2800.

⁵¹¹ En este sentido lo que aporta el histórico *ius commune* europeo es principalmente el dato de la comunidad lingüística basada en el latín (A. FLESSNER, "Rechtsvereinheitlichung..." pp. 245, 246 y 257).

Junto a las referencias históricas ⁵¹² también puede aportarse el ejemplo, actual, de los Estados Unidos. Llega a decirse que la unidad jurídica en los Estados Unidos no es tanto legislativa como doctrinal ⁵¹³. El modelo norteamericano aportaría también que por encima de las diferencias de legislación entre los Estados federados existe una identidad doctrinal basada en una *común* formación jurídica universitaria y científica.

Estas corrientes que abogan por una doctrina común europea ganan una especial virtualidad a raíz de ciertos manuales que no ocultan su vocación de servir a estos propósitos. Este tipo de obras explicarían el Derecho común de la materia jurídica correspondiente, sin perjuicio de la necesidad de *completar* dicha doctrina mediante el estudio del Derecho *local* (*particular o nacional*). Pueden nombrarse ciertas obras en este sentido, tales como el "Europäisches Privatrecht", 1985, de H. COING, por constituir un punto de referencia para posteriores estudios de Derecho privado; o el "Europäisches Verwaltungsrecht" de SCHWARZE, en el ámbito del Derecho administrativo, o el trabajo dirigido por ARNOLD, en materia de Derecho constitucional, "Handbuch des Europäischen Verfassungsrechts". Podría añadirse también la obra (en dos tomos) de M.P. CHITI/G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo* Milán 1997, así como nuestro "Derecho administrativo europeo", el cual tiene el lector entre sus manos.

En todo caso, el Derecho comparado está en la base de este tipo de proyectos, por ser aquél una vía apta para extraer principios generales mediante el estudio de los Derechos públicos o privados de los Derechos nacionales europeos. Habría que empezar por realizar una integración jurídica europea desde el mismo momento de la formación universitaria del jurista, para que aquélla arraigue "desde abajo" ⁵¹⁴.

El papel de la doctrina, según esto, puede llegar a ser esencial para lograr el Derecho común ⁵¹⁵. En Europa, los Derechos nacionales resultarían, entonces, Derechos particulares de un Derecho común ⁵¹⁶ y, en consonancia, la enseñanza del Derecho habría

⁵¹² Para éstas, H. COING, *Europäisches Privatrecht II*, 1989 p.24; H. COING, *Europäisches Privatrecht I*, 1985 p.79; del mismo autor "Europäisierung der Rechtswissenschaft", *NJW*, 1990, pp.937 y ss.

⁵¹³ H. KÖTZ, "Rechtsvereinheitlichung..." p.15.

⁵¹⁴ Véase A. FLESSNER, "Rechtsvereinheitlichung..." p.243.

⁵¹⁵ E.A. KRAMER, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung - Institutionen, Methoden, Perspektiven*, Saarbrücken 1968, p.22; F.W. VON RAUCHHAUPT, "Die wissenschaftliche Pflege der Rechtsvergleichung", *ARWiph*, 23 1929/30, pp.149 y ss.

⁵¹⁶ KÖTZ, "Rechtsvereinheitlichung..." p.16: "Es geht darum, ein bestimmtes Rechtsgebiet von Form herein unter einem europäischen Blickwinkel darzustellen. Daher darf der Ausgangspunkt nicht von einer bestimmten nationalen Systematik (...) Vielmehr muß von Anfang an ein Standpunkt jenseits der nationalen Rechtsordnungen angenommen werden. Es ist eine Literatur, die sich entschieden auf einen nicht-nationalen Standpunkt stellt".

de considerar tanto aquellos ámbitos respecto de los cuales ha llegado a realizarse el Derecho común como las particularidades de cada Derecho nacional ⁵¹⁷.

Esta concepción se enfrenta, no obstante, con problemas y limitaciones. No podría llegarse a una contradicción entre el Derecho enseñado en la Universidad y el Derecho de la práctica; éste fue precisamente el problema que históricamente se presentó en tiempos del Derecho común. Por eso, lo realista parece ser que este Derecho doctrinal común "integre" los manuales propios de cada disciplina. En esto la utopía de la doctrina europea común se convierte en una auténtica realidad, la de otorgar un cierto espacio en la Universidad a este *ius commune quam communis opinio doctorum*, mediante su estudio doctrinal y su investigación y enseñanza.

Siguiendo con los problemas, no puede obviarse la cuestión lingüística. En Europa se ha perdido la comunidad de lengua, que facilitó el histórico Derecho común basado en el latín como lengua universal ⁵¹⁸.

Y entonces, ¿no impide esta pérdida de comunidad lingüística la realización de una doctrina común europea? Ciertos autores, que se han planteado esta pregunta, han contestado *negativamente siempre y cuando* se introduzcan en la Universidad los estudios de Derecho común y se garantice el manejo de textos jurídicos en dos lenguas ⁵¹⁹. La cuestión de la lengua quedaría al "libre mercado" (freier Markt) ⁵²⁰.

Sirva el banal consuelo de decir que la diversidad ¿también la "multitud"? lingüística representa la riqueza cultural europea (y mejor esto que la imposición de cualquiera de las lenguas comunitarias).

⁵¹⁷ H. COING, "European Common Law. Historical Foundations", en M. CAPPELLETTI, *New Perspectives for a common Law of Europe*, 1978, p.44; H. KÖTZ, "Gemeineuropäisches Zivilrecht", *Festschrift für K. Zweigert*, 1981, p.498.

⁵¹⁸ Hoy habría que considerar como un "desacierto" haber desaprovechado la ocasión de seguir utilizando el latín como lengua científica común; sobre el tema, P. GÓMEZ DE LA SERNA, *D. Justiniano Institutionum: Libri IV: Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español*, Madrid 1869; más recientemente, J.L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, "El Derecho común y el nacimiento de Europa", en RDCI, 613 (1992) pp.2523 y ss.; una obra de consulta necesaria es: M. BELLOMO, *La Europa... in toto*; en general puede verse LORD MACKENZIE, *Estudios...*; y R. ZIMMERMANN, "Das römisch-kanonische ius comune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *JZ* 1992.

⁵¹⁹ K. ZWEIFERT/H.J. PUTTFARKEN (Coordinadores), "Zum Nationalismus der Rechtsvergleichung. Ein Essay". *Festschrift für H. Coing* II, 1982, p.599; véase también A. FLESSNER, "Rechtsvereinheitlichung..." pp.258 y 259.

⁵²⁰ O. REMIEN, "Rechtseinheit..." p.307. No sería proyecto *neutral* el de la generalización de cualquiera de las lenguas nacionales (tampoco el inglés).

El Derecho administrativo europeo, en conclusión, habría de enseñarse adecuadamente en las Universidades, integrando los programas de Derecho administrativo.

B. El Derecho administrativo europeo como método.

Así pues, no parece ser imposible llegar a un equilibrio entre la realización de un Derecho común y el respeto de las tradiciones de cada uno de los Derechos nacionales, porque el logro de una doctrina común europea no puede llevar a volatilizar la propia tradición jurídica de los distintos Estados.

Si se integra el Derecho comparado dentro del Derecho administrativo europeo éste puede llegar a alcanzar una especial virtualidad práctica, la que en realidad acompaña al propio Derecho comparado. El Derecho administrativo europeo, entendido en directa y esencial relación con el Derecho comparado, es un método de investigación que sirve para la extracción de soluciones jurídicas útiles para la reforma de los distintos Derechos nacionales europeos, a través del intercambio de conocimientos entre (y la comparación de) los ordenamientos nacionales.

Y a su vez el intercambio de conocimientos y la aproximación y armonización jurídicas que con ello se consigue es una vía que termina repercutiendo en la realización del propio Derecho administrativo europeo.

RECAPITULACIÓN.

Un estudio del Derecho comparado aporta numerosas informaciones de interés desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo, ya que junto a la realización del Derecho administrativo europeo a través de la jurisprudencia comunitaria, y de la normativa dictada por las instituciones europeas, también a la doctrina corresponde ejercer un papel importante, consiguiendo un Derecho administrativo europeo como *ius commune quam communis opinio doctorum*.

En este sentido, no parece utópica la pretensión de que el Derecho administrativo europeo se enseñe en las Universidades como una rama importante del Derecho común europeo, junto al estudio de los Derechos nacionales.

En general, la virtualidad del Derecho comparado no está, en absoluto, en una supuesta necesidad de aprendizaje de algunos Derechos nacionales respecto de otros Derechos nacionales. El Derecho comparado presenta una evidente utilidad en todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, como medio para *mejorar*, perfeccionar o reformar el Derecho administrativo.

Es oportuno relacionar el Derecho comparado con el Derecho administrativo europeo, otorgando a éste un carácter práctico y experimental.

SEXTA PARTE

EL DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO.

Las instituciones comunitarias desarrollan una intensa actuación administrativa. El Derecho regulador de esta actuación es una genuina manifestación del Derecho administrativo europeo. Su objeto más relevante lo constituyen las relaciones jurídicas entabladas entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos o los Estados miembros, así como entre las distintas instituciones comunitarias entre sí ⁵²¹.

El desarrollo de este Derecho administrativo se revela como una auténtica necesidad especialmente a efectos de garantizar adecuadamente los derechos e intereses de los ciudadanos en sus relaciones jurídicas generales o especiales con la Administración comunitaria. Dicho por la jurisprudencia del TJCE “una Comunidad de Derecho pretende dedicar cada vez más atención y ser cada vez más sensible a la protección de los particulares” (conclusiones del Abogado General G. Tesauró en la de sentencia 5 de marzo de 1996 ⁵²²).

De ahí que sea inquietante la existencia de ciertas lagunas jurídicas en el Derecho administrativo de las instituciones comunitarias y de ciertos privilegios que se atribuye la Administración comunitaria para el ejercicio de sus funciones, ya que a la postre todo esto repercute en un cuadro deficiente de garantías jurídicas de las personas físicas y jurídicas de los Estados miembros según tendremos ocasión de comprobar.

⁵²¹ Habría que considerar además las relaciones jurídicas entre las instituciones comunitarias y terceros Estados, y entre aquéllas y las delegaciones o representaciones de las instituciones comunitarias en terceros Estados, así como con las organizaciones internacionales (por ejemplo, la OCDE, la Organización Mundial de Comercio, las Naciones Unidas, el Consejo de Europa; véase el gráfico artículo 303 del Tratado de la CE).

⁵²² Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 “Brasserie du pêcheur y Factortame”.

El interés de estudiar este Derecho administrativo europeo se entiende por otra parte considerando que cada vez son más frecuentes las relaciones jurídicas que se entablan entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos de la Unión Europea: ejercicio de derechos de petición ante los órganos comunitarios, presentación de una pregunta escrita a la Comisión a través del Parlamento Europeo, interposición de un escrito o queja ante cualquier institución comunitaria o una petición ante el Parlamento o el Defensor del Pueblo europeo, imposición de una sanción a una persona física o jurídica, reclamación de responsabilidad extracontractual frente a las instituciones comunitarias, solicitud de informaciones y documentos, orden de embargo contra los bienes comunitarios, responsabilidad contractual, pretensiones de funcionarios comunitarios, etc.

CAPÍTULO SEGUNDO

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y RELACIONES CON LOS CIUDADANOS.

1. Procedimientos y actuación administrativa de los órganos comunitarios.

A. *El panorama tradicional.*

El estudio de la actuación administrativa de las instituciones comunitarias puede empezarse citando el artículo 1-7 de la Constitución Europea (art.281 del TCE) donde se reconoce personalidad jurídica a la Unión y el artículo 282 de aquél donde se afirma que "la Comunidad gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá en particular adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. A tal fin estará representada por la Comisión".

El régimen jurídico-administrativo de las instituciones comunitarias se considera asimismo en el propio Tratado de la CE ⁵²³ refiriéndose éste no sólo a los miembros y competencias de los distintos órganos de la Comunidad (artículos 189 y ss. del TCE, antiguos artículos 137 y ss.) sino también a los propios Reglamentos internos de las instituciones comunitarias (artículo 218.2, antiguo artículo 162 por referencia al Reglamento interno de la Comisión) ⁵²⁴.

⁵²³ Además habría que tener presente el llamado "Tratado de Fusión", Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas, de 8 de abril de 1965.

⁵²⁴ Estos Reglamentos internos tienen una significación especial ya que regulan las reglas de funcionamiento interno de cada institución y la adopción de las distintas actuaciones administrativas. *Infra* se estudia su régimen jurídico.

Actualmente, es preciso estar también a los artículos I-33 y ss. de la Constitución Europea, donde se mencionan los "actos jurídicos de la Unión".

Antes de referirnos a citada Constitución pueden hacerse unas reflexiones generales sobre el panorama tradicional de la actuación administrativa a nivel comunitario. En términos generales el estudio de las "actuaciones administrativas" de las instituciones comunitarias presenta tradicionalmente una especial complejidad ya que no viene siendo fácil siquiera conocer cuál es el criterio que sigue el Derecho comunitario a los efectos de definir la "actuación administrativa" y la "norma" (ni tampoco cuáles son en su caso los principios o criterios que rigen las relaciones entre las distintas normas y entre éstas y las diferentes actuaciones administrativas).

A pesar de ser éstas cuestiones jurídicas básicas o elementales, es significativo que las escuetas referencias contenidas en la versión original del Tratado de Roma de 1956 del artículo 189 (hoy 249) no hayan sido completadas o perfeccionadas a lo largo del tiempo en ninguna de las sucesivas reformas que ha sufrido el TCE. ¿Desinterés del Derecho comunitario hacia este tipo de cuestiones?⁵²⁵

⁵²⁵ Véase en este sentido, también críticamente, A. MANGAS MARTÍN, "El Tratado de Amsterdam: aspectos generales del pilar comunitario", *Gaceta jurídica de la CE y del Derecho de la competencia*, 1998 D-29 pp.7 y ss., quien cita algunos intentos fallidos de reforma (el llamado proyecto Spinelli en virtud del cual se distinguía entre leyes orgánicas, otro tipo de leyes, etc.) a efectos de ejemplificar el "fracaso" existente a su juicio ante la ausencia de una clasificación y categorización adecuadas de las actuaciones y normas comunitarias. Habría que mencionar no obstante, junto a ciertas "declaraciones de intenciones" y la resolución A4-102/95, de 17 de mayo de 1995, del Parlamento Europeo donde se considera necesario reconocer el principio de jerarquía de normas, cierta jurisprudencia del TJCE que ha esbozado un principio de jerarquía entre reglamentos o directivas de base y normas de ejecución, no pudiendo éstas contrariar aquéllos (SSTJCE de 17 de diciembre de 1970, Otto Scheer, asunto 30/70 y Koester asunto 25/70 y STJCE de 18 de junio de 1996, Parlamento contra Consejo, asunto C-303/94). Por otra parte, la Declaración nº16 relativa a la jerarquía de los actos comunitarios expresaba la necesidad de introducir dicho principio. Asimismo, véase A. MANGAS MARTÍN, "División de poderes y equilibrio institucional en el sistema comunitario: ¿mantenimiento, reforma o ruptura?", en: *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen I Madrid 1998 pp.580 y ss. y sobre el mismo tema, y en el mismo volumen, los trabajos de C. CARRASCO CANALS (pp.601 y ss.), M. OTERO PARGA, (pp.668 y ss.), F. PUY, (pp.697 y ss.), M. REVENGA SÁNCHEZ/J. LÓPEZ ULLA (pp.698 y ss.). Igualmente A. TIZZANO, "La hiérarchie des normes communautaires", *Revue du Marché Unique Européen*, nº3 1995, p.226. Además es preciso considerar las tendencias de simplificación y codificación de la legislación comunitaria (Resolución del Consejo de 26-11-1974, DOCE C 20, de 28 de enero de 1975). Véase D. ORDÓÑEZ SOLÍS, "Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho comunitario* nº2 1998, p.610.

En cambio, M.Y. FERNÁNDEZ GARCÍA considera que "la causa de la ausencia de distinción entre disposiciones normativas y actos" se encuentra en "la imposibilidad de aplicar a los actos comunitarios los criterios normalmente utilizados en el seno de los Estados miembros a tales fines y en definitiva a la imposibilidad de comparar los sistemas de fuentes de los Estados con el de la Comunidad" (véase su trabajo "El régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea: condiciones, ámbito de aplicación y cuestiones conflictivas", *Revista Noticias de la Unión Europea*, 1999 171 pp.9 y ss.).

Prueba de la dificultad de sentar ciertos criterios elementales a la hora de distinguir actuación administrativa y norma son los propios Reglamentos internos de las instituciones comunitarias, los cuales llegan a identificar o confundir "acto" con los "actos" enumerados en el artículo 249 del TCE (artículo 18 del Reglamento interno de la Comisión: "serán *actos* aquéllos que revistan una de las formas contempladas en los artículos 14 CECA, 249 del Tratado CE y 161 del Tratado Euratom"; en esta línea artículos 250, 251, 252 del TCE, en tanto en cuanto se refieren a los procedimientos aplicables a los actos del artículo 249).

Sin embargo, no puede identificarse "acto" con acto regulado en el artículo 249 del TCE pues junto a este tipo de actos es preciso considerar también los "actos administrativos" o "actuaciones administrativas" ya que está claro que las instituciones comunitarias también adoptan numerosísimas actuaciones puramente administrativas (actos y también actuaciones materiales, reales o técnicas) diferentes de los actos mencionados en el artículo 249 (antiguo 189) del TCE.

Por ejemplo, en un plano administrativo interno podrían citarse primeramente las "actuaciones preparatorias" de actos normativos o de actos en general. Éstas serán adoptadas bien por los "Gabinetes", encargados de asistir a los miembros de la Comisión en el ejercicio de sus funciones, bien por el Secretario general, cuya misión es la de apoyar al presidente de la Comisión y de coordinar los servicios de la Comisión a efectos de preparar los trabajos y reuniones. En este contexto pueden citarse las actuaciones, del Secretario general, de notificación y publicación en el DOUE de los actos de la Comisión así como las actuaciones de remisión de los documentos de la Comisión o de sus servicios a otras instituciones de las Comunidades Europeas. Por otra parte, el funcionamiento de la Comisión gira en torno a los "programas de trabajo" (anual y trimestral) y a los "órdenes del día" que sirven para el desarrollo de las reuniones.

Las "instrucciones" son el instrumento del que se valen los miembros de la Comisión, para dirigirse a los servicios de su dependencia, cuando la Comisión asigne a alguno de sus miembros determinados ámbitos de actividad.

Los "dictámenes" son actuaciones que se remiten previa consulta de otros servicios. Un ejemplo pueden ser los Comités regulados en el Reglamento (CE) nº1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales (artículos 47 y ss.). Concretamente, a estos Comités compete la función de dictaminar sobre las distintas incidencias que plantee la gestión de los fondos estructurales.

Críticamente, contra la ausencia de una Ley de procedimiento en el ámbito comunitario, G. DELLA CANANEA, "I procedimenti amministrativi della comunità europea", en M.P. CHITI/G. GRECO (coordinadores), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 1997 pp.225 y ss. (p.247), quien recoge la postura, no obstante, contraria a la codificación, de C. HARLOW, *Codification of EC administrative procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, EUI working paper 1995.

Las “comunicaciones” entre servicios son típicas resoluciones administrativas, que pueden hacerse derivar del principio de estrecha cooperación (artículo 21 del Reglamento interno de la Comisión).

Pero las actuaciones administrativas son muy diversas y su calificación como acto o como simple actuación sería compleja y de poco interés en este contexto (proposiciones, comunicaciones, memorándums, rapports, comunicados, recomendaciones, consultas, preguntas escritas u orales, convocatorias, requerimientos, proposiciones de resolución ⁵²⁶, documentos de trabajo, dossiers, etc.).

A la búsqueda de dichos criterios jurídicos básicos o elementales tampoco parece que el Derecho comunitario permita siquiera una distinción, que podría en principio establecerse, entre “actos normativos” (o normas) regulados en el artículo 249 del TCE y “actuaciones administrativas” reguladas al margen de dicho artículo (vgr. en los Reglamentos internos). Es en efecto cuando menos discutible que la “decisión”, mencionada en el citado artículo, tenga naturaleza jurídica de norma en el sentido que tiene este concepto en la generalidad de los Derechos de los Estados miembros, ya que es evidente que la decisión presenta ciertos caracteres propios de un acto administrativo, concretamente aquéllos que le diferencian del reglamento y de la directiva (destinatarios concretos, notificación individual, aun cuando el artículo 254 del TCE extiende aquélla también a las directivas) junto a los datos de “obligatoriedad y vinculatoriedad” propios éstos tanto de actos como de normas ⁵²⁷.

Y tampoco parece del todo posible una distinción entre reglamentos y directivas (normas) por un lado y el resto de la actividad de las instituciones comunitarias (actuación administrativa) por otro lado, ya que lo característico en el Derecho comunitario es que se establezcan requisitos comunes para todo *acto* (en el sentido de reglamento, directiva y decisión) ⁵²⁸.

⁵²⁶ Véanse por ejemplo el Reglamento interno del Parlamento Europeo de julio 2004 o el Reglamento interno del Comité Económico y Social Europeo de julio de 2002.

⁵²⁷ Véase especialmente sobre el particular X. ARZOZ SANTIESTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, Oñati 1998, y L.A. BALLESTEROS MOFFA, “La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario, en particular la decisión”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº9 2001 pp.303 y ss.; igualmente, L. PAREJO ALFONSO/T. DE LA QUADRA-SALCEDO/E. DE NORIEGA/A.M. MORENO MOLINA, *Manual de Derecho administrativo comunitario*, Madrid 2000.

⁵²⁸ Así, el artículo 18 del Reglamento interno de la Comisión Europea [C(2000) 3614] exige que el “acto” adoptado en reunión o el adoptado mediante procedimiento escrito o habilitación se adjunte de manera indisoluble, en la lengua o lenguas en que sean auténticos a la nota recapitulativa elaborada al final de la reunión de la Comisión durante la que aquél se haya adoptado o bien a la nota diaria -respectivamente para cada uno de los procedimientos citados-, así como que el acto se autentifique (mediante las firmas del presidente y del secretario general de la Comisión, estampadas en la última página de la nota recapitulativa o de la nota diaria, respectivamente). Igualmente, el artículo 254 del TCE (antiguo artículo 191) establece diferentes requisitos para reglamentos, directivas y decisiones sin que pueda deducirse algún *criterio* orientativo.

Podría también acudirse al criterio de la vinculatoriedad y podría pensarse que en el Derecho comunitario se diferencia entre actos *ad extra* por un lado y actos o actuaciones *ad intra* por otro lado. En este sentido, los actos o actuaciones administrativas se referirían esencialmente a las actuaciones de tipo interno o de funcionamiento, adoptadas en el seno de cada institución sin vinculación frente a terceros, mientras que los “actos normativos” o cuando menos los actos citados en el artículo 249 del TCE tendrían carácter vinculante.

Pero no es de recibo sostener que las actuaciones administrativas de la Comunidad Europea, no recogidas en el citado artículo 249 del TCE, tengan un carácter meramente interno sin vinculación frente a terceros⁵²⁹. Más bien, es preciso a mi juicio superar este posible equívoco, debiéndose considerar la actuación administrativa de las instituciones comunitarias como auténticos actos, a efectos de facilitar de esta forma la judicialización de todo tipo de resolución o actuación administrativa y de garantizar adecuadamente a los posibles perjudicados.

Esta última afirmación se apoyaría en el propio artículo 230 (antiguo 173) del TCE cuando afirma que “el Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los *actos* adoptados (...), que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”. Y también puede basarse en el artículo 234 (antiguo 177) del TCE: “el Tribunal de Justicia será competente para conocer con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo”.

Este concepto de acto ha de comprender igualmente las simples actuaciones materiales. En este sentido, más precisa que las versiones francesa y española de los citados artículos 230 y 234 (antiguos 173 y 177), donde se menciona el término “actos” es la versión alemana del TCE, donde se habla de “actuación” en general (“Handeln” y “Handlungen”) y no de “acto”.

El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse en esta línea en distintas sentencias, pudiéndose seleccionar la clásica STJCE de 31 de marzo de 1971 (asunto 22/70, Comisión contra Consejo, Rec.1971 p.263) ya que entre otros argumentos el Tribunal afirma que “la acción de anulación se dirige contra todo tipo de actuación susceptible de producir efectos, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”; en el presente asunto el “acto” era un “acto de deliberación del Consejo” que no se encuadraba dentro de los supuestos previstos en el artículo 249 (antiguo 189) del TCE.

⁵²⁹ Por otra parte, téngase en cuenta la previsión en el artículo 249 del TCE de las recomendaciones y los dictámenes, lo que cuando menos viene a dificultar una diferenciación entre actos enumerados en el artículo 249 y el resto de la actuación administrativa, ya que las recomendaciones y los dictámenes como es sabido no tienen carácter vinculante (artículo 249 *in fine*).

Está claro que el Derecho comunitario consigue de esta forma lo más *importante*, es decir garantizar a los perjudicados frente a todo tipo de "acto" independientemente de su forma jurídica.

La STJCE de 11 de noviembre de 1981 ⁵³⁰ confirma primero la doctrina de la sentencia citada en último lugar ("pour déterminer si des mesures constituent des actes au sens de l'article 173 du traité CEE, c'est à leur substance qu'il y a lieu de s'attacher, la forme dans laquelle elles sont prises étant en principe indifférent à cet égard") para matizar a continuación que no son recurribles mediante el recurso de casación las medidas administrativas de carácter preparatorio (en el presente supuesto, la decisión de iniciación de un procedimiento de constatación de posibles infracciones del Derecho de la competencia dictados en virtud del Reglamento nº17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962).

Esta jurisprudencia se reitera por la STJCE de 9 de octubre de 1990 ⁵³¹ admitiendo el recurso de anulación contra instrucciones internas adoptadas por una institución para determinar las competencias de sus Agentes en relación con terceros en el marco de los controles destinados a asegurar el respeto de la normativa comunitaria, ya que el recurso de anulación puede ejercitarse contra cualesquiera disposiciones que adopten las instituciones, independientemente de su naturaleza o forma, destinadas a producir efectos jurídicos.

A la actuación administrativa de la institución comunitaria podrá, por tanto, atribuírsele un pretendido carácter meramente interno. Pero cualquiera que sufra una lesión jurídica ha de poder recurrir ante la jurisdicción comunitaria competente para tutelar la posición jurídica del interesado. La única excepción, pues, frente a la regla general de recurribilidad se refiere a los actos o actuaciones que no produzcan "efectos jurídicos", según confirma la STJCE de 5 de octubre de 1999, asunto C-308/95 considerando como tal la *confirmación de un escrito o recordatorio* donde constaba una simple interpretación de ciertos preceptos reglamentarios de la CE.

En este contexto es igualmente interesante una STJCE de 10 de diciembre de 1998 (asunto C-221/1997). El recurrente apoyaba su pretensión en una supuesta diferenciación entre actos normativos y actos administrativos basando su pretensión de responsabilidad administrativa en el hecho de que el perjuicio fue causado por un acto de naturaleza administrativa. El TJCE, confirmando la ratio de las sentencias precedentes, afirma que "no procede distinguir entre actos normativos y actos administrativos, a fin de determinar la responsabilidad de la Comunidad,

⁵³⁰ Asunto 60/81, IBMC contra Comisión, Rec.1981 p.2639 § 16.

⁵³¹ Asunto C-366/88, Francia contra Comisión Rec.I-3571.

ya que ésta presupone la ilegalidad del acto, con independencia de su carácter administrativo o normativo. *En consecuencia es inoperante*".

Así pues, a fin de determinar la responsabilidad de la Comunidad es inoperante distinguir entre actos normativos y actos administrativos. Ahora bien ¿tendremos entonces que concluir que en el Derecho comunitario es *inoperante* cualquier distinción mínimamente precisa en el plano de las formas jurídico-administrativas?

Siguiendo con estas referencias jurisprudenciales, otras veces el TJCE "presupone" que su jurisdicción puede desarrollarse sobre las actuaciones y disposiciones administrativas, como ocurre con la STJCE de 17 de abril de 1997 (Henri de Compte contra Parlamento Europeo, asunto C-90/95 P), donde se anula una revocación realizada por el Parlamento Europeo de un acto administrativo de esta misma institución, por considerar dicha revocación contraria al principio de protección de la confianza legítima.

En general, ha de atribuirse cualidad jurídica no sólo a las actuaciones administrativas sino también a los Reglamentos internos de las instituciones comunitarias, en tanto en cuanto derivan éstos de una habilitación del propio Tratado de la CE (artículo 218, antiguo 162, en el caso de la Comisión Europea y 199, antiguo 142, para el Parlamento) ⁵³².

Así lo ha estimado el TJCE en su sentencia de 23 de febrero de 1988 (asunto 68/86, Reino Unido contra Consejo, Rec.1988 p.855) frente a la posición del Consejo en virtud de la cual dicho Reglamento poseía "directory nature":

"Las normas relativas a la formación de voluntad de las instituciones comunitarias están establecidas en el Tratado y no tienen carácter dispositivo ni para los Estados miembros ni para las propias instituciones. La inobservancia del apartado 1 del artículo 12 del Reglamento interno del Consejo de 22 de marzo de 2004 (2004/338/CE, Euratom ⁵³³) sobre las condiciones en que se puede recurrir el voto por escrito constituye un vicio sustancial de forma en el sentido del párrafo 1 del artículo 173 del Tratado. Efectivamente, el Consejo está obligado a respetar esta regla de procedimiento que él mismo ha establecido y no puede incumplirla ni siquiera basándose en una mayoría más amplia que la que se exige para la adopción o modificación del Reglamento interno, a menos que modifique formalmente dicho Reglamento, lo que constituye un acto adoptado con arreglo al artículo 5 del Tratado, por el que se constituyen un Consejo único y una Comisión única".

⁵³² Puede verse también el artículo 6 del Tratado de la CECA. En la doctrina, R.BIEBER, *Das Verfahrensrecht von Verfassungsorgane*, Baden Baden 1991 pp.136 y ss.

⁵³³ Reglamento interno que fue publicado en el DO L nº106 de 15 de abril de 2004. Posteriormente, mediante Decisión del Consejo de 11 de octubre de 2004 se modificó el citado Reglamento para insertar el Anexo II bis relativo a la ponderación de votos en el Consejo (DO L nº319 de 20 de octubre de 2004).

La relevancia jurídica de las simples actuaciones administrativas es pues evidente. En este sentido, téngase en cuenta que la obligación de consulta al Servicio jurídico no se refiere solamente a los actos o propuestas de actos "normativos", ya que también afecta a los demás actos y documentos en general que puedan tener consecuencias de orden jurídico y, en esta línea, la consulta a las Direcciones Generales competentes en materia de presupuestos, de personal y de administración será obligatoria respecto de todos los documentos que puedan afectar al presupuesto, las finanzas, el personal y la administración. Además, se consultará también, *siempre que fuera necesario*, a la Dirección General competente en materia de control financiero.

Y el problema jurídico, en torno a este tipo de actuaciones administrativas, se plantea cuando éstas despliegan efectos *ad extra* frente a terceros. Un caso especial, interesante e ilustrativo, que se añade a los supuestos que acabamos de presentar en este mismo sentido, lo ofrecen las instrucciones, dictámenes, comunicaciones o informes de carácter interpretativo que la Comisión remite a los Estados miembros y donde aquélla manifiesta su interpretación del Derecho comunitario en el caso concreto. Este tipo de actuaciones, legítimas en virtud del artículo 226 (antiguo 169) del Tratado de la CE, puede llevar a que la Comisión se extralimite en el ejercicio de sus funciones imponiendo una determinada interpretación del Derecho comunitario a los Estados miembros (se "extralimita" ya que dicha interpretación corresponde al TJCE).

En este sentido, la sentencia del TJCE de 27 de mayo de 1981 (asuntos acumulados 142-143/80, *Essevi Spa y Salengo* 1981, Rec.1981 p.1433) apunta:

"El artículo 169 dispone que si la Comisión Europea estima que un Estado miembro no ha observado una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado debe aquélla emitir una comunicación motivada invitando al Estado miembro a presentar sus observaciones (...). *Pero la Comisión no tiene el poder de determinar, de esta u otra forma, de manera definitiva, los derechos y obligaciones de un Estado miembro o de dar al Estado garantías acerca de cómo puede aquél tener certeza de que su actitud va a ajustarse a lo prescrito en el Tratado.* Atendiendo al sistema previsto en los artículos 169 y 171 del Tratado, la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados miembros y el enjuiciamiento sobre su comportamiento es competencia del propio Tribunal"⁵³⁴.

⁵³⁴ En esta línea la STJCE de 9 de octubre de 1990, asunto C-366/88, Francia contra Comisión Rec. I-3571 estima el recurso de anulación planteado, y anula en consecuencia las decisiones de la Comisión, ya que "al adoptar las instrucciones internas por las que se confiere a sus Agentes la facultad para la toma de muestras y por las que determina las modalidades de su intervención independientemente de los Estados miembros, la Comisión no se limitó a aclarar la normativa vigente; a pesar de carecer de competencia para ello pretendió ampliarla". Otro caso discutible, de *soft law*, es el de los "acuerdos negociados" entre la Comisión y los Estados miembros sobre el cumplimiento del Derecho comunitario, adoptados al margen de los procedimientos

Así pues, parece clara en mi opinión la existencia de una actuación de carácter estrictamente administrativo y no normativo, a la que es preciso atribuir cualidad jurídica, superando la pretendida consideración como "actos" de los actos normativos o incluso de los actos enumerados en el artículo 249 del TCE. Desde este último punto de vista, el Derecho comunitario consigue otorgar la debida tutela de los derechos de los particulares que puedan resultar perjudicados por la actuación de las Comunidades Europeas independientemente de su forma o cualidad jurídica. Se consigue así lo principal. El TJCE sigue en este sentido un principio de antiformalismo típico o característico del Derecho administrativo en cuanto tal.

Pero se plantea también la oportunidad de profundizar en este incipiente Derecho administrativo de las instituciones comunitarias perfilando ciertos criterios válidos para diferenciar entre la actuación administrativa y normativa profundizando en los principios generales e instituciones jurídicas comunes a los distintos Derechos administrativos de los Estados miembros⁵³⁵. En definitiva, en los distintos Estados miembros (por tanto en la Unión Europea) *se parte de* que el desarrollo de las formas jurídicas de Derecho administrativo y de ciertos criterios jurídicos básicos repercute también en una mejor calidad de los derechos de los particulares.

aplicables (véase el artículo 292 del TCE, antiguo 219); en la doctrina, sobre el tema, A. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, Madrid 1998 pp.242 y ss. citando a su vez el trabajo de R. BARENTS, "The Quality of Community Legislation", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1 1994 p.110, así como una crítica STJCE, asunto 303/90, Francia contra Comisión, considerandos 18 y 19.

⁵³⁵ En el Derecho comunitario se presupone una actividad de carácter "normativo" por parte de las instituciones comunitarias. Por ejemplo, la jurisprudencia del TJCE en materia de responsabilidad extracontractual derivada de Derecho comunitario asimila los casos de responsabilidad causada por actos normativos de la CE y por actos normativos de los Estados (por todas, STJCE British Telecommunications, de 26 de marzo de 1996, asunto C-392/93, Rec.I-1631 y ss., apartado 40). En este sentido, como ya nos consta, el Derecho comunitario llega a establecer previsiones específicas para los actos de carácter normativo. Pero lo característico es la ausencia de una distinción clara entre actuación administrativa y normas; "la distinción es inoperante" (STJCE de 10 de diciembre de 1998, asunto C-221/1997; véanse también las conclusiones del Abogado General M. Darmon, en el asunto 282/90 que dió lugar a la STJCE de 13 de marzo de 1992, Rec.I.1962 y ss.: "la jurisprudencia del TJCE desde la sentencia Merkur contra Comisión aplica los mismos principios tanto a los actos de la Comisión como del Consejo").

Por otra parte, a mi juicio las deficiencias institucionales de las CCEE (ausencia de un poder legislativo soberano, posible ausencia de una auténtica capacidad "legislativa" de las CCEE) no parece un obstáculo insalvable para procurar algo de luz en la materia (en esta línea también el Abogado General M. Roemer en el asunto 5/71, STJCE de 2 de diciembre de 1971, Aktien-Zuckerfabrik contra Consejo p.987 y véase F. CAPELLI/M. MIGLIAZZA, "Recours en indemnité et protection des intérêts individuels: quels sont les changements possibles et souhaitables?", *Cahiers de Droit Européen* 1995 nº5 y 6 pp.606 y ss.).

Sobre las referencias hechas en el texto al desarrollo de las formas jurídicas puede ser interesante la STJCE de 5 de diciembre de 1963, asunto Societé Anonyme Usines Émile Hericot: "tal formalismo es estrictamente necesario para el mantenimiento del sistema jurídico. Garantiza a la vez los principios de seguridad jurídica, legalidad y buena administración".

B. Referencia al control de la actuación discrecional, en especial en caso de inactividad.

La jurisprudencia del TJCE distingue, como es común a los distintos Derechos de los Estados miembros, el control de la actuación reglada del control de la actuación discrecional, con consecuencias bien diferentes a la hora de desarrollar un control judicial en uno y otro caso, según ejemplifica una ejemplar STJCE de 5 de octubre de 1999 (asunto C-84/96, Reino de los Países Bajos contra Comisión, confirmando la legalidad de la actuación de la Comisión):

“A este respecto, procede destacar que el artículo 32 del Reglamento nº1787/84 prevé que la Comisión puede, cuando una acción no se haya llevado a cabo según lo previsto, o no se hayan satisfecho las condiciones impuestas por los actos que la rigen, decidir reducir o suprimir una ayuda. *Dispone, por ello, de una facultad discrecional* cuyo ejercicio debe, no obstante, ser precedido de la consulta al Comité del FEDER. La situación prevista en el artículo 12 del Reglamento nº4254/88 es diferente. En efecto, la Comisión no dispone, en ese caso, de ninguna facultad discrecional, puesto que la liberación de los importes y, por tanto, la reducción de la ayuda, o su supresión, constituyen la consecuencia automática e inevitable del incumplimiento del plazo del 31 de marzo de 1995 para las solicitudes de pago definitivo. Por tanto, es necesario concluir que el procedimiento previsto en el artículo 32 del Reglamento nº1787/84, que prevé la consulta al Comité del FEDER, no es aplicable” (puede verse, asimismo, la STJCE de 5 de octubre de 1999, asunto C-10/98 P).

A lo largo de este trabajo se harán frecuentes referencias al control de las potestades discrecionales que realiza el TJCE apoyándose en los principios de motivación e interdicción de la arbitrariedad, principalmente. Precisamente, al Derecho administrativo de las instituciones comunitarias subyace una necesidad especial de control judicial sobre este tipo de potestades discrecionales: la existencia de ciertas lagunas jurídicas en el plano normativo comunitario que sirve de referencia a la toma de decisiones de las instituciones comunitarias provoca que la Comisión Europea llegue a definir discrecionalmente aspectos básicos del régimen jurídico que debe seguir su actuación administrativa. De ahí la necesidad de que TJCE ponga ciertos límites frente a este fenómeno.

A efectos prácticos, interesaría poner de manifiesto, por otra parte, el especial desarrollo que alcanza el control judicial comunitario, sobre las potestades discrecionales, en el ámbito de la inactividad administrativa. En estos casos, lo característico puede ser que el sujeto del que se requiere una actuación tenga discrecionalidad para actuar o para permanecer inactivo. No obstante, existen ciertas técnicas judiciales que permiten reducir el margen de discrecionalidad a efectos de obligar a aquél a conceder la prestación o actuación requerida. De esta

forma, la discrecionalidad inicial queda “reducida” y puede obtenerse la prestación requerida. En esencia ⁵³⁶, dicha discrecionalidad puede reducirse en estos casos si la inactividad provoca la lesión de un derecho fundamental o de un bien jurídico esencial o si dicha inactividad supone una desviación de poder, concretamente cuando el sujeto obligado no actúa, separándose así del fin previsto en la norma (SSTJCE de 6 de julio de 1971 Rec.1971 p.639; de 22 de mayo de 1985, Rec.1985 4; de 12 de julio de 1988, Rec.1987 p.4017, etc.).

Y a efectos “teóricos” interesaría poner de manifiesto, un problema de fondo que plantea todo este tema de la discrecionalidad administrativa. Me refiero a la opción, muchas veces posible, entre la definición de un régimen discrecional en favor de la Administración -sujeto a un control judicial- o la afirmación en su lugar de un régimen de derechos subjetivos en favor de un sujeto interesado. En este caso, siempre que aquél reúna los requisitos necesarios para hacer valer el derecho subjetivo, conforme a su definición legal, puede ejercitarlo con éxito ante los tribunales y obtener la prestación correspondiente. En el primer supuesto, la Administración gozará de márgenes de apreciación y la prestación del sujeto sólo podrá obtenerse mediante la “reducción” de la discrecionalidad inicial a una única decisión válida jurídicamente. La opción en favor de uno u otro régimen dependerá, evidentemente, del legislador. Y las consecuencias son bastante dispares. Mientras que el segundo cauce se caracteriza por sus limitaciones intrínsecas (el control judicial de la discrecionalidad es limitado por esencia), el primero se caracteriza por su seguridad jurídica (todo aquel que reúna los requisitos del derecho subjetivo conforme a su definición legal) puede obtener la prestación. Quiero decir que la afirmación del sistema de discrecionalidad-control judicial puede encubrir la negación de un régimen, exigible, de un sistema de derechos subjetivos prestacionales ejercitables directamente. Es claro que cuando la ley reconoce amplios márgenes de discrecionalidad administrativa es posible ejercitar derechos subjetivos; pero estos derechos subjetivos, reaccionales o de defensa, no pueden confundirse con los derechos subjetivos prestacionales.

En esta línea, en una STJCE, de 1 de julio de 1999 (asunto C-155/98 P), se plantean los dos enfoques posibles, por un lado el del recurrente, quien alega que en función de sus “cualificaciones excepcionales” tiene “derecho a ser nombrada en el grado superior de la carrera administrativa funcionarial dentro de la Comisión Europea”. El otro, que vence, por ser el propio del TJCE, en virtud del cual “el

⁵³⁶ Me remitiría a mi trabajo, sobre el particular, en RAP 1994 135, donde se explican dichas “técnicas”, así como a mi libro *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 1999 Edit.Tecnos pp.279 y 386, con un mayor desarrollo de la cuestión. Véase igualmente M. BACIGALUPO SAGESSE, *La justicia comunitaria*, Madrid 1995 pp.57 y ss.; del mismo autor *La discrecionalidad administrativa*, Madrid 1997.

AFPN dispone de una amplia facultad discrecional, particularmente para apreciar las experiencias personales de una persona seleccionada como funcionario". En fin, "en estas circunstancias, una experiencia profesional determinada no puede dotar a la persona que la posea de un derecho a ser nombrada en el grado superior de la carrera de que se trate". Admitida dicha discrecionalidad, el control judicial se caracteriza por sus límites esenciales. Más bien, el TJCE llega a afirmar que en tales casos "el recurso es manifiestamente infundado".

La sentencia que acabo de comentar no es más que un simple ejemplo de un *proceder* habitual: la Administración goza de amplios márgenes de discrecionalidad y el interesado dispone de un simple derecho subjetivo reaccional en su defensa, con escasas, diríamos nulas, posibilidades de éxito. Hemos llegado a acostumbrarnos a este tipo de argumentaciones. No obstante, ¿hasta qué punto la justicia no conlleva un sistema donde estén perfectamente definidos normativamente los presupuestos del derecho subjetivo prestacional, por muy complejos que éstos sean, pero exigibles entonces, y sin que el control se reconduzca al supuesto de la arbitrariedad contra la discrecionalidad?

C. Referencia a los Reglamentos internos.

En los Reglamentos internos de cada institución se regulan de forma especial los métodos de trabajo y las reglas de funcionamiento interno de cada institución comunitaria y por tanto el sistema de sesiones y reuniones que sirve de base a la adopción de las actuaciones de las instituciones comunitarias (puede verse también el artículo 196, antiguo 139, del TCE)⁵³⁷.

Tomando como referencia el Reglamento interno de la Comisión puede afirmarse que las actuaciones administrativas se *adoptan* generalmente de forma

⁵³⁷ En el caso de la Comisión Europea téngase en cuenta el Reglamento interno de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 [C (2000) 3614], publicado en el Diario Oficial n° L 308 de 8 de diciembre de 2000.

En cuanto al Parlamento, la última versión del Reglamento interno del Parlamento Europeo (16ª edición) es de julio de 2004.

Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las CCEE de 19 de junio de 1991 (publicado en DOCE L 176 de 4 de julio de 1991) modificado por última vez el 20 de abril de 2004 (DO L 127 de 29 de abril de 2004) y Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de las CCEE de 2 de mayo de 1991 (DOCE L 136 de 30 de mayo de 1991) sucesivamente modificado (la última vez el 21 de abril de 2004, DO L 127 de 29 de abril).

Reglamento interno del Comité Económico y Social Europeo de 17 de julio de 2002 (DOCE L 268 de 4 de octubre de 2002), existiendo una versión que codifica el citado Reglamento interno y sus modificaciones posteriores vigente a partir del 24 de octubre de 2004.

Reglamento Interno del Comité de las Regiones aprobado por Decisión de 18 de noviembre de 1999 (cuya última versión es de 11 de febrero de 2004).

oral mediante "reuniones"⁵³⁸, pero también a través de un procedimiento escrito (a su vez, "normal", "acelerado" o "de urgencia"), mediante un procedimiento de habilitación (a fin de descargar de trabajo a la Comisión) o mediante un procedimiento de delegación⁵³⁹.

En términos generales, puede hablarse de una evolución desde la oralidad hacia el carácter escrito de los procedimientos y, finalmente, no ha quedado más remedio que hacer uso del principio de delegación en la toma de decisiones, poniendo en crisis la rotunda afirmación del principio de colegialidad que se hace en el propio Reglamento interno⁵⁴⁰.

En este contexto puede verse la STJCE de 21 de septiembre de 1989⁵⁴¹ cuando afirma que "no vulnera el principio de colegialidad formulado en el artículo 17 del Tratado de Fusión la decisión mediante la cual se habilita al miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia para adoptar, en nombre y bajo la responsabilidad de la Comisión, decisiones al amparo del apartado 3 del artículo 14 del Reglamento nº17. Por ello, las decisiones adoptadas por habilitación deben ser consideradas como decisiones de la Comisión en el sentido del artículo 15 de dicho Reglamento, y la negativa a cumplirlas puede dar lugar a la imposición de una multa sancionadora".

En virtud del procedimiento de habilitación del artículo 13, " la Comisión, siempre que se respete plenamente el principio de su responsabilidad colegiada, podrá habilitar a uno o varios de sus miembros para adoptar, en su nombre y dentro de los límites y condiciones que establezca, medidas de gestión o de administración. La Comisión podrá asimismo encargar a uno o varios de sus miembros, de acuerdo con el Presidente, la adopción del texto definitivo de un acto o de una propuesta

⁵³⁸ Los artículos 5 a 11 regulan detalladamente este procedimiento. El artículo 9 establece que las reuniones no serán públicas y que los debates serán confidenciales.

⁵³⁹ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Manuel des procedures operationnelles*, Bruselas 1995; referencias bibliográficas sobre el tema pueden ser: H. VON GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991, Tomo 3 pp.4073 y ss.; R.BIEBER, *Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen*, Baden Baden 1991; A.A. GAUWEILER, *Die rechtliche Qualifikation interorganischer Absprachen im Europarecht*, Mainz 1988; P. SCHINDLER, "Zur Problematik der Ermächtigung einzelner Mitglieder der Kommission der EWG bzw. der EG zum Erlaß von Verordnungen auf agrarrechtlichem Gebiet", *DVBl* 1970 pp.605 y ss.; un manual de Derecho comunitario sensible frente a estos temas administrativos es el de THUN-HOHENSTEIN/CEDE, *Europarecht* Viena 1996 pp.110 y ss., 182 y 191 y ss.

⁵⁴⁰ Artículo 1: La Comisión actuará colegiadamente de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y dentro del respeto de las orientaciones políticas definidas por su Presidente.

⁵⁴¹ Asunto 46/87 y 227/88, Hoeschst contra Comisión Rec.1989 pp.2859 y ss.

que deba someterse a las otras instituciones, cuya sustancia haya definido en sus deliberaciones.”.

En cuanto al procedimiento de delegación, establece el artículo 14 que “la Comisión, siempre que se respete plenamente el principio de su responsabilidad colegiada, podrá delegar en los Directores Generales y Jefes de Servicio la adopción, en su nombre y dentro de los límites y condiciones que establezca, de medidas de gestión o de administración”.

Según el artículo 15 del Reglamento interno de la Comisión, *cit.*, “las decisiones adoptadas mediante los procedimientos de habilitación y de delegación se recogerán en una nota diaria de la que se dejará constancia en el acta de la reunión de la Comisión más inmediata”.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 12 “mediante un procedimiento escrito podrá hacerse constar el acuerdo de los miembros de la Comisión sobre una propuesta que emane de uno o varios de ellos (...)”. “El texto de la propuesta será comunicado por escrito a todos los miembros de la Comisión (...)”. “Todo miembro de la Comisión podrá solicitar durante el procedimiento escrito que la propuesta sea sometida a debate (...)”. De lo contrario, la decisión se considerará adoptada por la Comisión.

Así pues, no pueden confundirse las reglas competenciales y procedimentales (muchas de ellas de carácter interno) previstas en el Tratado de la CE, para la adopción de los “actos” mencionados en el artículo 249, antiguo 189, y las reglas procedimentales previstas en los Reglamentos internos a efectos de regular las actuaciones administrativas en el seno de cada institución.

D. Los “actos jurídicos de la Unión” tras la Constitución Europea.

Según el artículo I-33 de la Constitución Europea (“actos jurídicos de la Unión”), “las instituciones, para ejercer las competencias de la Unión, utilizarán los siguientes instrumentos jurídicos”:

- La ley europea.
- La ley marco europea.
- El reglamento europeo.
- La decisión europea.
- Las recomendaciones y los dictámenes.

La ley europea es un acto legislativo de alcance general. Será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios.

El reglamento europeo es un acto no legislativo de alcance general que tiene por objeto la ejecución de actos legislativos y de determinadas disposiciones de la Constitución. Podrá bien ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, o bien obligar al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios.

La decisión europea es un acto no legislativo obligatorio en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no tendrán efecto vinculante.

En los artículos I-34 y ss. de la Constitución Europea se prevén las reglas de competencia y de procedimiento.

En el artículo I-37 se consideran “actos de ejecución” (es decir, los actos que han de dictar los Estados miembros para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión) el reglamento europeo de ejecución o la decisión europea de ejecución.

En el articulado se van previendo garantías y sujeción a principios jurídicos, tales como los de motivación o proporcionalidad (artículo I-38).

2. Principios generales de actuación.

El Derecho administrativo comunitario ha conseguido desarrollar ciertos principios rectores de la actividad de las instituciones comunitarias en la línea de aquéllos que rigen en el Derecho administrativo de los Estados miembros. Así ocurre con la **presunción de legalidad** de los actos de las instituciones comunitarias. En este sentido, la STJCE de 21 de septiembre de 1989 (asunto 46/87 y 227/88, Hoeschst contra Comisión Rec.1989 pp.2859 y ss.) afirma que “todos los sujetos de Derecho comunitario tienen la obligación de reconocer la plena eficacia de los actos de las instituciones comunitarias mientras su invalidez no haya sido declarada por el Tribunal de Justicia, y de respetar la fuerza ejecutiva de dichos actos mientras el Tribunal de Justicia no haya decidido suspender su ejecución”.

La sentencia posterior, de 8 de julio de 1999 (asunto C-200/92 C) perfecciona sensiblemente esta doctrina ya que después de afirmar el principio de presunción de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias mientras no hayan sido anulados o revocados, sienta que “con carácter excepcional los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda

ser tolerada por el ordenamiento jurídico comunitario deben ser considerados carentes de cualquier efecto jurídico, incluso provisional, es decir jurídicamente inexistentes. Esta excepción tiene la finalidad de preservar un equilibrio entre las dos exigencias fundamentales, pero a veces contrapuestas, que debe satisfacer un ordenamiento jurídico, a saber, la estabilidad de las relaciones jurídicas y el respeto de la legalidad”⁵⁴².

Por otra parte, en el Tratado de la CE se recoge el principio de **ejecutoriedad** de las decisiones del Consejo y de la Comisión (artículo 256 del TCE, antiguo artículo 192), concretamente de las decisiones que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados. La ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo. La orden de ejecución será consignada sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad del título, por la autoridad nacional que el Gobierno de cada uno de los Estados miembros habrá de designar al respecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Comisión y al Tribunal de Justicia (...).

El principio de **motivación** merece en este contexto un trato preferente aunque sólo sea considerando la especial importancia que le concede el TJCE. Ante las lagunas que frecuentemente presenta la normativa de Derecho administrativo que aplican las instituciones comunitarias, el TJCE opta por desarrollar su control jurisdiccional sobre la base del criterio de la motivación observando concretamente si la actuación comunitaria está o no suficientemente motivada.

Por ejemplo en materia de sanciones, ante las lagunas existentes en cuanto a la determinación del régimen jurídico que debe seguir la Comisión Europea a la hora de sancionar un hecho infractor (indeterminación de los tipos aplicables en cuanto a la cuantía de la sanción, ausencia de regulación sobre temas básicos tales como su ejecutoriedad, la reclamación de intereses, la exigencia de fianza, etc.), el TJCE observa si la resolución de la Comisión reúne ciertas condiciones de motivación.

Por ejemplo, la sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1998⁵⁴³, en materia de sanciones, sienta lo siguiente:

“Según reiterada jurisprudencia, la obligación de motivar una Decisión individual tiene como finalidad permitir al Juez comunitario el ejercicio de su control sobre la legalidad de ésta y de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la Decisión está bien fundada, o si acaso está afectada por algún vicio

⁵⁴² Esta jurisprudencia se reiteró en una serie de supuestos, todos de fecha de 8 de julio de 1999, asuntos C-49/92, 51/92, 199/92, 227/92, 234/92, 235/92 y 245/92.

⁵⁴³ Asunto T-334/94.

que permita impugnar su validez; el alcance de esta obligación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado”.

Igualmente, la legalidad de una decisión de denegación de un documento solicitado a las instituciones comunitarias por un particular dependerá esencialmente de si aquélla se ha motivado suficientemente. En este sentido, la STJCE de 14 de mayo de 1998 desestima el recurso contra la decisión comunitaria considerando que la motivación fue suficiente: “en un procedimiento como el que se examina en el presente asunto, caracterizado por un gran número de participantes, en el que los interesados conocían de antemano los criterios de selección de los diferentes proyectos establecidos por el Reglamento (...) no cabe exigir que la decisión de desestimar la solicitud de apoyo financiero contenga una motivación detallada con informaciones comparativas sobre los proyectos que sí fueron seleccionados”⁵⁴⁴.

Asimismo, en materia de fondos estructurales, el TJCE anula la decisión de la Comisión Europea si aquélla corrige las cantidades que deben abonarse por la Administración nacional sin motivar ni por tanto exponer las razones (STJCE de 28 de octubre de 1999, asunto C-253/97, República italiana contra Comisión).

Otro ejemplo es la STPI de 12 de junio de 1997 (asunto T-504/93) según la cual la cuestión de si un acto comunitario cumple la obligación de motivación establecida en el artículo 190 del Tratado depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que haya sido adoptado. Así pues, las exigencias de motivación de una decisión quedan fuertemente atenuadas cuando el interesado ha estado estrechamente vinculado al proceso de elaboración de la decisión y conoce por tanto la razón por la que la Administración entiende que no debe acceder a su solicitud.

Sin embargo, pese a su aparente corrección, este sistema no parece satisfactorio. El criterio de la motivación “suficiente” puede ser “insuficiente” como sistema o medio de sujeción a Derecho de la actuación de las instituciones comunitarias. Más bien debería desarrollarse adecuadamente el Derecho administrativo comunitario ya que muchas veces parece sentirse la necesidad de que tanto la Administración comunitaria como el Tribunal de Justicia tengan a disposición parámetros normativos en virtud de los cuales aquélla realice su actuación y el Tribunal enjuicie su legalidad.

Otro principio que juega un papel especial en la jurisprudencia comunitaria y que, por tanto, rige la actuación de las instituciones comunitarias, es el principio de igualdad (reconocido actualmente en el artículo II-80 de la Constitución

⁵⁴⁴ STJCE de 14 de mayo de 1998, asunto C-48/96 P, Windpark Groothusen GmbH contra Comisión; STPI de 16 de septiembre de 1999, asunto T-182/96.

Europea). Este principio se ha desarrollado de forma interesante por la sentencia del TPI de 14 de mayo de 1998 ⁵⁴⁵:

“El respeto del principio de igualdad de trato debe conciliarse con el respeto del principio de legalidad, según el cual nadie puede invocar en su provecho una ilegalidad cometida en favor de otro. En la medida en que la argumentación de la demandante pretende, precisamente, que se le reconozca el derecho a una reducción ilegal de la multa, esta argumentación no puede, por consiguiente, ser acogida” ⁵⁴⁶.

Siguiendo con los principios, rige también el de **autoorganización** a favor de cada una de las instituciones comunitarias. La jurisprudencia del TJCE, de forma temprana, reconoció a las instituciones comunitarias una “autonomía funcional”, una facultad de generar un “Derecho administrativo propio o autónomo” (Selbstverwaltungsrecht) ⁵⁴⁷.

De dicho principio se deriva la facultad misma de dictar un Reglamento interno y una minuciosa reglamentación burocrática donde se regula el funcionamiento interno de la institución y por tanto temas tales como el “despacho del correo”, la convocatoria de grupos de expertos, los desplazamientos de miembros de la Comisión dentro de las instituciones comunitarias, la realización de estadísticas, etc. ⁵⁴⁸, la resolución de peticiones, los comunicados entre instituciones, las visitas por parte de terceros a las instituciones comunitarias ⁵⁴⁹. La burocracia define la Administración comunitaria; la adopción de actuaciones se realiza mediante comi-

⁵⁴⁵ Asunto T-347/94. Puede verse también la STPI de 7 de julio de 1999, asunto T-106/96.

⁵⁴⁶ Puede ser interesante observar cómo esta argumentación es coincidente con la jurisprudencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo español. Por todas, STS de 30 de marzo de 1998 (AA 34 1998 § 654): “el principio de igualdad requiere no sólo una identidad absoluta de presupuestos fácticos sino principalmente que el derecho que se invoque resulte amparado por la legalidad y no venga a infringirla, puesto que los precedentes en modo alguno pueden legitimar la reiteración de nuevas infracciones urbanísticas”. No obstante, el tema no está exento de polémica, y lo corroboran los dos votos particulares a esta sentencia .

⁵⁴⁷ STJCE de 12 de julio de 1957, asunto 7/56 y 3-7/57, Algera contra Parlamento Europeo, Rec.1957 p.91; STJCE de 10 de febrero de 1983, asunto 230/81, 1983, Luxemburgo contra Parlamento Europeo, pp.255 y 287.

⁵⁴⁸ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Manuel des procédures operationnelles*, Bruselas 1995 pp.62 y ss. y 69 y ss. y 71 y ss. y 85 y ss.

⁵⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Manuel des procédures operationnelles*, Bruselas 1995 pp.159 y ss. y 189 y ss., así como los numerosos anexos donde se recogen los formularios que sirven para la tramitación de los expedientes y comunicaciones interorgánicas.

siones temporales ⁵⁵⁰, comisiones de comprobación de los casos de inaplicación o defectuosa aplicación del Derecho comunitario ⁵⁵¹, delegaciones interparlamentarias y comisiones parlamentarias mixtas (como órganos de contacto con los Estados), “comisiones permanentes” (como por ejemplo la comisión permanente del Parlamento a la que se remiten las distintas proposiciones enviadas por la Comisión al Presidente del Parlamento ⁵⁵²) y, en otro plano, “sesiones plenarias del Parlamento (en las que participan miembros de la Comisión), “conferencias” (de Presidentes, de Presidentes de Comisiones parlamentarias tanto permanentes como temporales, de Presidentes de Delegaciones interparlamentarias), “negociaciones” ⁵⁵³, etc.

Otro principio es el de **transparencia** administrativa (artículo I-50 de la Constitución Europea) ⁵⁵⁴, sobre el que se ha profundizado durante los últimos años al mismo tiempo que se pretende o procura una más estrecha relación entre la Administración de las CCEE y los ciudadanos. Pueden a estos efectos mencionarse ciertos cauces. Primeramente, las periódicas conferencias de prensa, como medio de transparencia y de información acerca de las actividades de las instituciones comunitarias ⁵⁵⁵. En relación con el público en general, la información no sólo se desarrolla respondiendo las peticiones de los ciudadanos sino también informando de oficio respecto de todas aquellas cuestiones que puedan tener relevancia social ⁵⁵⁶. Dentro de este esquema encajan las representaciones de las instituciones comunitarias y los centros de documentación en cada Estado miembro, así como las publicaciones de divulgación.

⁵⁵⁰ Artículo 175 del Reglamento interno del Parlamento Europeo.

⁵⁵¹ Artículo 138 C -hoy 193- del Tratado de la CE.

⁵⁵² Véase el gráfico Anexo VI del Reglamento interno del Parlamento Europeo de julio de 2004, donde se recogen dichas comisiones parlamentarias permanentes.

⁵⁵³ Dentro de éstas habría que tipificar las negociaciones internacionales de la Comisión, planteándose el problema de la participación del Parlamento. El documento interno (SP-90-3124) prevé que los miembros del Parlamento pueden intervenir como observadores.

⁵⁵⁴ Para una perspectiva general, por todos, J.F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid 1998 pp.55 y ss. y Y. JEGOUZO, “Le droit à la transparence administrative”, *EDCE*, 1992.43.199.

⁵⁵⁵ El servicio encargado de dar informaciones es la Porte-parole, si bien en el caso de los altos funcionarios éstos pueden comparecer por sí mismos ante los medios de comunicación (SEC -90- 129).

⁵⁵⁶ Véanse las comunicaciones de la Comisión, de 30 de junio de 1993 (SEC-93-916/9) y de 28 de agosto de 1993 (SEC-93-1248/3), que contemplan planes de información y una reorganización de los servicios de la Comisión a efectos de poner eficazmente a disposición del público las informaciones que puedan ser de interés general.

Pero el *quid* está más bien en ciertas disposiciones que desde 1992 ha adoptado la Comisión Europea a fin de lograr una mayor coordinación con interlocutores sociales a la hora de llevar a cabo sus actividades ⁵⁵⁷, plano éste sobre el que se viene insistiendo tanto en las declaraciones de Maastricht como en las de Edimburgo y Copenhague. La *ratio* de todas estas medidas está en enfocar la tramitación de las distintas proposiciones y decisiones procurando un debate público con los distintos agentes sociales interesados. A este fin sirven los "Libros verdes", las audiencias, los seminarios de información, los procedimientos de notificación a los grupos de interés (más de tres mil en la actualidad), o la creación de un "Bureau des partenaires sociaux" que sirve de interlocutor entre la Comisión y los profesionales, así como finalmente el programa "Tu voz en Europa" nacido con la finalidad de dar respuesta a los interrogantes de los ciudadanos europeos sobre la Unión Europea ⁵⁵⁸.

Existen además otros principios en torno a los cuales se articula el control judicial europeo sobre la actuación de la Administración comunitaria, tales como el principio de buena administración (artículo II-101 de la Constitución Europea), el de proporcionalidad, confianza legítima, prohibición del abuso de Derecho (artículo II-114 de la Constitución europea), etc.; la justicia comunitaria observa si la Administración comunitaria ha aplicado estos principios, a la hora por ejemplo de valorar la procedencia de una acción de responsabilidad administrativa frente a las instituciones comunitarias o de estimar una acción de anulación contra una denegación de un documento solicitado por el interesado.

Igualmente, la justicia comunitaria aplica ciertas doctrinas de naturaleza o carácter esencialmente judicial, tales la teoría del **levantamiento del velo** cuando dicha aplicación es necesaria para evitar un fraude de ley cometido por una institución comunitaria.

Un caso ilustrativo puede ser la STPI de 19 de julio de 1999 (asunto T-188/97, Rothmans International BV contra Comisión Europea). En este litigio la Comisión se negaba a conceder un documento solicitado por la citada sociedad neerlandesa alegando que el autor de dicho documento era un órgano diferente de la Comisión Europea (Comité de comitología).

El Tribunal anuló la decisión de la Comisión considerando que "dichos Comités dependen de la propia Comisión" y que aquéllos "asisten a la Comisión en

⁵⁵⁷ DOCE n°C 63, de 5 de marzo de 1993 p.2; DOCE n° C 156, de 8 de junio de 1993 p.5; DOCE n°C 166, de 17 de junio de 1993 p.4; documento de trabajo SEC (93) 1572 de 8 de octubre de 1993; DOCE L 46 de 18 de febrero de 1994 p.58; DOCE C 67 de 4 de marzo de 1994 p.5.

⁵⁵⁸ La referencia de internet es: <http://vozeuropa.uc3m.es>.

la realización de las tareas que le hayan sido confiadas”, apoyándose también en que su presidencia “corresponde a la Comisión”. En consecuencia, compete a la Comisión resolver las solicitudes de acceso a los documentos de dichos Comités a pesar de su carácter de órgano independiente e interpuesto.

3. En particular la revocación de actos.

Ante la criticable ausencia de una “Ley de procedimiento administrativo” en el ámbito comunitario el régimen de revocación de actuaciones comunitarias ha de buscarse en la propia jurisprudencia comunitaria que se ha desarrollado en la materia, limitando la excesiva discrecionalidad de la que la Comisión Europea parece disfrutar también en este tipo de situaciones, amén de ciertas referencias normativas en regulaciones especiales ⁵⁵⁹.

Puede seleccionarse una paradigmática STPI de 10 de julio de 1997 (AssiDömän Kraft Products AB y otros contra Comisión; asunto T-227/95, Rec.II-1185).

Este supuesto partía de una sentencia anterior por la cual se anulaba una decisión de la Comisión Europea que sancionaba ilegalmente a ciertos sujetos por presunta infracción del artículo 81.1 (antiguo 85.1 del TCE; acuerdos de precios de producción). Una vez se anulaba esta decisión de la Comisión ciertos sujetos sancionados que no recurrieron en su momento en debido tiempo y forma acuden al Tribunal comunitario solicitando la extensión en su favor de los efectos de la sentencia anterior. A pesar de que las sanciones eran firmes e inatacables por haber transcurrido el plazo de impugnación, dicho Tribunal sentó en su sentencia de 10 de julio de 1997 que la Comisión Europea estaba obligada a revisar de oficio la

⁵⁵⁹ Sobre estas citadas en último lugar puede traerse a colación, en primer lugar, el artículo 65.2.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: “la Comisión revocará o modificará la autorización si reconociese que, a resultas de un cambio de circunstancias, el acuerdo deja de satisfacer las condiciones previstas anteriormente, o que las consecuencias efectivas de este acuerdo (de concentración o prácticas entre empresas) o de su aplicación son contrarias a las condiciones requeridas para su aprobación”.

En segundo lugar, puede citarse el artículo 8.3 del Reglamento nº17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (dictado al objeto de garantizar el cumplimiento de los artículos 85 y 86 del TCE, hoy 81 y 82, del TCE, es decir prohibición de acuerdos colusorios de la competencia, interdicción de abusos de posición dominante). En virtud del citado artículo 8.3 “la Comisión podrá revocar o modificar su decisión o prohibir determinados actos a los interesados:

- a) Si la situación de hecho cambiare en relación con un elemento esencial de la decisión.
 - b) Si los interesados infringieren una carga que conlleve la decisión.
 - c) Si la decisión reposare sobre indicaciones inexactas o se hubiere obtenido fraudulentamente.
 - d) Si los interesados abusaren de la exención de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 (artículo 81, tras el Tratado de Amsterdam) del Tratado que se les haya otorgado en la decisión.
- En los casos a que se alude en los párrafos b, c y d, la decisión también podrá ser revocada con efecto retroactivo”.

decisión inicialmente adoptada, en favor de los destinatarios de la sanción que se encontraban en igual situación que los iniciales recurrentes. La obligación de revisión consiguió fundamentarse por aquél en el artículo 233 (antiguo 176 del TCE), concretamente en la necesidad de que dicho precepto ("la institución de la que emane el acto anulado estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia")⁵⁶⁰. En este caso, la revocación procedía, pues, de los efectos *ultra partem* que dicho Tribunal reconoce a sus sentencias anulatorias. Hasta aquí esta doctrina podía verse en perfecta consonancia con el Derecho español, en el cual la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa ha venido a reconocer este tipo de efectos *ultra partem* de las sentencias de dicha jurisdicción (puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1999*, Tecnos, Madrid 1999 pp.500 y ss.).

Pero ocurre que, en casación, esta sentencia del Tribunal de Primera instancia de las CCEE se anula por el Tribunal de Justicia por sentencia de 14 de septiembre de 1999 (C-310/97 P). Poniendo fin a tan largo y complejo proceso el Tribunal sienta que, a pesar de que las multas se impusieron en un mismo procedimiento por parte de la Comisión, aquéllos que no recurrieron en debido tiempo y forma contra las sanciones, y que no obtuvieron por tanto sentencia anulatoria de las sanciones, no pueden beneficiarse de este fallo. Respecto de estos sujetos, la Comisión, por tanto, no ha de revisar las decisiones impuestas en su día, debiendo aquéllos abonar la suma correspondiente.

A mi juicio, la conclusión a la que llega la sentencia (ausencia de efectos *ultra partem*, improcedencia de la revisión de los actos firmes no impugnados en el plazo establecido) puede estar justificada, no así la rigidez de los razonamientos de la sentencia y sus tajantes criterios, según vamos a ver a continuación.

El Tribunal se basa en que el artículo 176 -actual 233- TCE, única disposición invocada ante el Tribunal de Primera Instancia por las partes recurridas en casación y que constituye la base de la sentencia impugnada, sólo obliga a la Institución de la que emane el acto anulado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de anulación. En consecuencia, la sentencia de casación sienta la imposibilidad de los pronunciamientos *ultra petita* en el Derecho comunitario (con apoyo de cierta jurisprudencia anterior citada en el apartado 52 de la sentencia): "al juez comunitario sólo se le somete la parte de la decisión que afecta a dicho destinatario. En cambio, las partes relativas a otros destinatarios, que no han sido impugnadas, no integran el objeto del litigio que el Juez comunitario ha de resolver".

⁵⁶⁰ Sobre la revisión de oficio de los actos de la Comisión véase J.E. SORIANO GARCÍA, "Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el Derecho administrativo de la Comunidad", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia* n°200 1999, pp.49 y ss.

En esta línea, el Tribunal de Justicia argumenta que “una sentencia anulatoria no puede implicar la anulación de un acto que, pudiendo adolecer de la misma ilegalidad, no ha sido sometido al control del Juez comunitario”.

Pues bien, esta forma de razonar parece desconocer ciertos principios y reglas que atenuan el rigor de la regla general de imposibilidad de los efectos *ultra partem* y *ex tunc* de las sentencias. La afirmación tajante de la improcedencia en el Derecho comunitario de los pronunciamientos *ultra petita* debería matizarse considerando ciertos casos en los que las sentencias pueden llegar a fundar la existencia de nuevos procesos tendentes al reconocimiento de la misma situación jurídica individualizada que una sentencia anterior había reconocido tras la anulación del acto. Asimismo, nada se afirma en el fallo acerca de la posibilidad de los incidentes de ejecución de sentencia que pueden presentarse por terceros, olvidando asimismo mencionar los efectos *erga omnes* propios de las sentencias anulatorias y el hecho de que una sentencia anulatoria puede llegar a extender sus efectos a procesos diferentes de aquéllos respecto del que ha sido pronunciada, llegando a *anular* actos que son objeto de enjuiciamiento en otros procesos ⁵⁶¹.

En fin, la rigidez de esta doctrina jurisprudencial en nada favorece el desarrollo del Derecho administrativo de las instituciones comunitarias, frente a lo que debería ser en mi opinión la actitud de las instancias judiciales de control, más favorable a la integración de las lagunas presentes en dicho Derecho. Podría ser útil a estos efectos conocer la actual y vigente regulación de la Ley española de jurisdicción contencioso-administrativa (así por ejemplo el artículo 73 *in fine* donde se establece que en materia de sanciones no ejecutadas completamente las sentencias que anulen un precepto afectarán a la eficacia de las sentencias o actos firmes; o los artículos 109 a 111 donde se contemplan los incidentes de ejecución de sentencia y la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme en favor de terceros que no fueron parte en el proceso).

En cambio, la sentencia del Tribunal de Justicia conoce exclusivamente los principios de firmeza del acto impugnado (citando otras referencias jurisprudenciales en los apartados 57 y 58 de la sentencia), la imposibilidad de eludir el régimen procesal de las acciones procesales (apartados 59 y 62, donde deja en cambio la posibilidad a los demandantes de ejercitar una acción de responsabilidad), y especialmente el principio de seguridad jurídica, “evitando que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos comunitarios que surtan efectos jurídicos” (apartados 61 y 63).

⁵⁶¹ Me remitiría a las referencias jurisprudenciales en S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1999*, Tecnos, Madrid 1999 pp.387 y ss. y 500 y ss.

Otro supuesto diferente, relacionado con la revocación, es el de la STJCE de 17 de abril de 1997 (Henri de Compte contra Parlamento Europeo, asunto C-90/95 P). En suma, el TJCE anula la revocación realizada por el Parlamento Europeo de un acto administrativo de esta misma institución, por considerar dicha revocación contraria al Derecho comunitario, concretamente contraria al principio de protección de la confianza legítima. En este caso se trataba de una decisión que reconoció como invalidez permanente parcial una determinada enfermedad profesional de un funcionario del Parlamento y que después fue objeto de revocación tras una STJCE que declaraba que "una enfermedad sólo puede calificarse de profesional si está originada por el ejercicio regular de sus funciones". A pesar de haberse pronunciado en estos términos esta sentencia, el TJCE (en su sentencia de 17 de abril de 1997) basó su anulación en que el recurrente, "cuando tuvo conocimiento de la decisión del Parlamento, pudo confiar en la apariencia de legalidad de dicho acto administrativo".

Conocer esta jurisprudencia no tiene una valor "teórico", ya que por contra afecta directamente a los ciudadanos que pueden sufrir un perjuicio por la actuación de las instituciones comunitarias. Todo ello corrobora que el Derecho administrativo de las Comunidades Europeas merece un mayor estudio ya que de su desarrollo y corrección dependerá en definitiva la existencia de un nivel adecuado de garantías jurídicas de los ciudadanos, especialmente considerando que éstos están cada vez más afectados por la actuación de las instituciones comunitarias.

4. Relaciones jurídicas entre los ciudadanos y las instituciones comunitarias.

A. Acceso a información y documentos

Se estudia seguidamente el régimen jurídico del derecho de acceso a la información y documentos de las instituciones comunitarias, principalmente los criterios desarrollados en la jurisprudencia comunitaria y el sistema de fuentes ⁵⁶².

Es preciso empezar por citar el fundamental artículo 255 del TCE insertado por el Tratado de Amsterdam en el TCE y donde se reconoce el derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias: "todo ciudadano de la Unión,

⁵⁶² No obstante, téngase en cuenta que junto a este planteamiento general, el tema en cuanto tal de las relaciones jurídicas entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos encuadraría en general el estudio del Derecho sancionador, la función pública comunitaria, la contratación administrativa con terceros, las garantías judiciales, etc., temas todos ellos que se abordan en otra parte de este trabajo. Por otra parte, habría que considerar el tema básico de la ciudadanía de la Unión (artículos I-10 de la Constitución Europea y 17 y ss. del TCE), ciudadanía que es "complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional".

así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3". En el párrafo siguiente se prevén los límites en cuanto al ejercicio de este derecho, "por motivos de interés público o privado".

Este precepto ha de completarse a su vez con la Declaración nº35, adoptada por la Conferencia Intergubernamental de 1996 (y publicada dentro de las Declaraciones que siguen a los Protocolos y Anexos del Tratado de Amsterdam), donde se afirma que "la Conferencia conviene en que los principios y condiciones contemplados en el apartado 1 del artículo 191.A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea permitirán a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo".

Actualmente, dicho derecho está reconocido en el artículo I-50 de la Constitución Europea.

En la práctica ha dado especialmente juego el llamado "Código de conducta", de la Comisión y el Consejo, de 6 de diciembre de 1993, donde se determina el régimen de acceso a los documentos de ambas instituciones.

Dicho Código sirvió de base para formular la decisión, del Consejo, 93/731, de 20 de diciembre (DOCE L 340, de 31 de diciembre de 1993), modificada por la decisión 96/705, de 6 de diciembre. También justificó la aprobación de la decisión de la Comisión de 8 de febrero de 1994, conocida como decisión 94/90 (CECA/CE/EURATOM, de la Comisión, DOCE L 46 de 18 de febrero de 1994 p.58)⁵⁶³. A su vez, esta decisión se basa en la Declaración nº17 del Acta Final del Tratado de la Unión Europea.

Por su parte, el acceso a documentos en poder de los órganos jurisdiccionales comunitarios se rige por el Estatuto del Tribunal de Justicia y por el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (STJCE de 17 de diciembre de 1998, asunto C-185/95 P).

Normas especiales regulan aspectos concretos; así, la Comunicación de la Comisión, 93/C 39/05, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales prevé que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden

⁵⁶³ Sobre el régimen jurídico de ambas decisiones, del Consejo y de la Comisión, véase el comentario de P. DYRBERG, "El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias", *Revista de Derecho comunitario*, 1997 2 pp.390 a 407; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, "El acceso a los documentos del Consejo de la Unión Europea", *Gaceta Jurídica de la CE*, 1997 B-120 p.5.

solicitar información a la Comisión; o la Comunicación 97/C, de 23 de marzo de 1997, nº23, relativa al acceso al expediente en materia de competencia (puede verse O. ARMENGOL/GASULL, *GJ*, B-121 marzo 1997 pp.17 y ss.)⁵⁶⁴; respecto al acceso público a los documentos del Tribunal de Cuentas, puede verse la Decisión nº12 - 2005 del Tribunal de Cuentas Europeo, de 10 de marzo de 2005 (DOUE C96 de 20 de abril de 2005, pp. 1 y ss.).

Un régimen específico se contempla en favor de los funcionarios, pues los funcionarios tienen derecho a "conocer todos los documentos que figuren en su expediente" (artículo 26 del Estatuto de los Funcionarios de las CCEE)⁵⁶⁵. En estos casos "el expediente personal tendrá carácter confidencial y sólo podrá ser consultado en las oficinas de la Administración. Será remitido, sin embargo, al Tribunal de Justicia, cuando se haya interpuesto un recurso que afecte al funcionario".

Sobre este particular es preciso tener presente la decisión de 25 de febrero de 1999, Decisión 199/218/CE, de la Comisión, DOCE L nº80, de 25 de marzo de 1999, relativa a las normas con arreglo a las cuales dichos funcionarios y agentes podrán ser autorizados a tener acceso a información clasificada en poder de la Comisión.

Téngase en cuenta, asimismo, el Libro Verde acerca de las posibilidades de utilización de la información producida por los Gobiernos y otros entes públicos, aprobado a comienzos del año 1999.

En estas disposiciones se prevé un régimen jurídico similar al contemplado en los Derechos de los Estados miembros, "similar" cuando menos al que prevé el Derecho español⁵⁶⁶.

Puede tomarse como ejemplo la decisión, del Consejo, 93/731, de 20 de diciembre donde se distingue entre el derecho de acceso a los documentos del Consejo y el derecho de acceso a informaciones generales sobre las actividades del Consejo. El primero, objeto de la decisión del Consejo 93/731 inicia un procedimiento que concluye con una respuesta (sobre la procedencia o no de la docu-

⁵⁶⁴ Véanse también las STJCE de 11 de enero de 2000 asuntos acumulados C-174/98 y C-198/98 y STPI de 7 de diciembre de 1999, asunto T-92/98.

⁵⁶⁵ Estatuto aprobado por Reglamento (CEE, Euratom, CECA) nº259/68, del Consejo, de 29 de febrero de 1968 (DOCE nºL 56 de 4 de marzo de 1968), modificado posteriormente en numerosas ocasiones, siendo la última reforma, muy significativa, la introducida mediante el Reglamento (CE, Euratom) nº723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004 (DO L nº 124 de 27 de abril de 2004).

⁵⁶⁶ Sobre éste, junto a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, téngase en cuenta el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, dictado en desarrollo de los artículos 35c, 38, 46 y 70.3 de dicha Ley, regulando la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de oficinas de registro.

mentación solicitada) en el plazo de un mes. Contra esta decisión del Secretario General del Consejo puede interponerse recurso ante el Consejo. Por su parte, esta decisión ha de contener la indicación de los recursos procedentes (concretamente, ante el Defensor del Pueblo y ante la justicia comunitaria). El derecho de acceso a informaciones generales sobre las actividades del Consejo se ejercita sin mayores problemas dirigiéndose el interesado al servicio correspondiente.

Considerando precisamente esta proximidad entre los regímenes jurídicos comunitario y nacionales ha podido afirmarse que la transparencia administrativa ⁵⁶⁷, que en todo caso ha de presidir la actuación de las actuaciones administrativas dentro de la Unión Europea, es un principio del Derecho administrativo europeo ⁵⁶⁸.

También al igual que en los Derechos de los Estados miembros en el ámbito comunitario se plantea el difícil equilibrio entre el derecho de información que ha de asistir a los ciudadanos (y el deber de transparencia que incumbe a toda Administración ⁵⁶⁹, también la comunitaria) y el deber de secreto de ciertas informaciones (artículo 17.1 del Estatuto de los funcionarios de las CCEE de 1968 -artículo que ha sido modificado mediante el Reglamento nº723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, y artículo 287 -antiguo 214- del Tratado de la CE).

⁵⁶⁷ Sobre la transparencia administrativa puede verse la Declaración nº17 anexa al Acta final del Tratado de Maastricht, en virtud de la cual "la Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la administración (...)".

⁵⁶⁸ A. CERRILLO MARTÍNEZ, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Valencia 1998 p.193.

⁵⁶⁹ En el Derecho administrativo español, el secreto, es un valor jurídico que impone restricciones frente a un régimen jurídico general. Son numerosas las disposiciones en este sentido (artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales, de 5 de abril de 1968, reformada mediante Ley de 7 de octubre de 1978; o en la propia Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas; artículos 116.2.a, 141.f, 160.2.c, 183.h y 211.g; el Código Penal: artículos 598 y ss.; artículo 37.6 de la Ley 30/1992; artículo 52.2 de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

En la doctrina, J. BERMEJO VERA, "El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº57 1988 pp.50 y ss.; y los trabajos de: GÓMEZ REINO, "El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales", *Revista Española de Derecho administrativo*, nº8 1976; M. REVENGA SÁNCHEZ, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Madrid 1995; F. SÁINZ MORENO, "Secretos e información en el Derecho público" en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Vol. III Madrid 1991 pp.2958 y ss.; C. VIEITES PÉREZ, "Los secretos de Estado y el Estado de Derecho", *Actualidad Administrativa*, nº10/3-9 1997 pp.158 y ss.). En el Derecho comparado (alemán) puede verse: H. BÄUMLER, "Sicherheitsüberprüfung nach neuen Richtlinien", *NVwZ*, 1989 nº6 pp.505 y ss.; R. RIEGEL, "Nochmals: Zur Auskunftspflicht von Verfassungsschutzbehörden", *NVwZ*, 1989 nº6 pp.539 y ss.; auto del Tribunal Constitucional alemán de 21 de mayo de 1996, *NVwZ*, 1996 nº12 pp.1197; sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 20 de febrero de 1990, *NVwZ*, 1990 nº12 pp.1164.

Concretamente, las disposiciones reguladoras de esta materia declaran un derecho al "mayor acceso posible de documentos e informaciones que posean las instituciones comunitarias" y excepcionan el deber de suministrar informaciones al público cuando lo justifique la salvaguarda de un interés público⁵⁷⁰ o el secreto de las deliberaciones⁵⁷¹.

También se ha estimado (por la STPI de 13 de septiembre de 2000, asunto T-20/99) que la realización, por parte de la Comisión, de inspecciones e investigaciones puede ser motivo para denegar un documento cuando en efecto aquélla esté en fase de inspección o investigación, debiéndose interpretar de forma restringida la presencia de esta excepción.

Pero es preciso integrar estas referencias con los criterios que ha desarrollado la jurisprudencia comunitaria.

Puede partirse del principio de antiformalismo que rige o regiría el ejercicio de este derecho, primero en cuanto a los requisitos de presentación de la instancia (STPI de 19 de marzo de 1998, asunto T-83/96).

También se inspira en dicho principio la jurisprudencia que considera admisible la denegación de la información requerida si "el demandante pudo conocer las justificaciones de la decisión controvertida y el Tribunal de Primera Instancia ha podido ejercer su control sobre la legalidad de la decisión" (STPI de 19 de marzo de 1998, asunto T-83/96).

En este sentido, se anulará la decisión que deniega el acceso al documento objeto de litigio si no existe indicio alguno del cual se deduzca que la Comisión ha examinado la posibilidad de conceder dicho acceso (STPI de 12 de octubre de 2000, asunto T-123/99).

Por otra parte, el TJCE insiste en que las excepciones por las que puede denegarse la información solicitada se interpreten de forma restrictiva (STPI de 19 de marzo de 1998, asunto T-83/96).

Pero donde se ha realizado un especial esfuerzo, por parte de las instancias judiciales comunitarias, ha sido en exigir a las instituciones comunitarias una

⁵⁷⁰ Conforme a la decisión de 8 de febrero de 1994, de la Comisión, interés público es: "seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad monetaria, procedimientos judiciales, actividades de inspección o investigación". Véase la STPI de 14 de octubre de 1999, asunto T-309/97.

⁵⁷¹ En relación con las deliberaciones, la existencia de documentos confidenciales puede llevar a que el presidente de una comisión parlamentaria declare confidencial un procedimiento, hecho que conlleva la restricción de la participación en dichas comisiones (Anexo VII del Reglamento interno del Parlamento Europeo de julio de 2004).

ponderación de intereses: "es exigible que el Consejo pondere, por una parte, el interés del ciudadano en obtener un acceso a sus documentos y, por otra parte, la salvaguarda del secreto de las informaciones" (STPI de 19 de octubre de 1995, asunto T-194/94; artículo 286 del TCE, antiguo 213B).

Si no se ponderan los distintos intereses en juego en el caso concreto la decisión adoptada será anulada por el Tribunal comunitario como ocurrió también con la STPI de 19 de julio de 1999 (asunto T-14/98, Heidi Hautala contra Consejo de la Unión Europea) ya que el Consejo no ponderó, aplicando los principios de proporcionalidad y de buena administración, la posible conciliación entre el interés del interesado (obtener el documento solicitado) y el interés del Consejo (la carga de trabajo que suponía la concesión de la documentación solicitada). Así pues, no es tanto la denegación en sí misma como la ausencia de la exigida ponderación de intereses lo que lleva al Tribunal comunitario a anular la decisión del Consejo.

Junto a esta necesidad de ponderación de intereses la justicia comunitaria exige a las instituciones administrativas una motivación de sus decisiones (artículo 253, antiguo 190 del TCE). No son infrecuentes los pronunciamientos judiciales que anulan decisiones de la Comisión ⁵⁷², o del Consejo ⁵⁷³, por considerar insuficiente la motivación realizada.

La virtualidad de la motivación está no sólo en mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución, sino también en dar a los interesados una indicación suficiente sobre si el acto está bien fundado o si eventualmente adolece de algún vicio que permita impugnar su validez permitiendo al órgano jurisdiccional el ejercicio de su control de legalidad ⁵⁷⁴.

Pero también podrá ser anulada la decisión que concede la información solicitada por el particular, si no se ha considerado el deber de secreto que recae

⁵⁷² Por esta razón la sentencia de 5 de marzo de 1997 (asunto T-105/95) anula la decisión de la Comisión Europea por la que se deniega al demandante el acceso a ciertos documentos en su poder concernientes a la construcción de un centro de observación de la naturaleza (igualmente, STPI de 6 de febrero de 1998, asunto T-124/96).

Aplicando este mismo criterio, la STPI de 19 de marzo de 1998 asunto T-83/96 confirma la decisión de la Comisión por haber indicado con claridad las razones que conducen a la denegación en función del interés público.

⁵⁷³ STPI de 17 de junio de 1998, asunto T-174/95. Sobre esta sentencia puede verse el comentario de J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, "El acceso a los documentos del Consejo. Comentario a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998", *Actualidad administrativa* 1999 3. Puede verse, igualmente, la STPI de 6 de abril de 2000 asunto T-188/98.

⁵⁷⁴ STPI de 17 de febrero de 2000, asunto T-241/97.

sobre las informaciones solicitadas (STPI de 18 de septiembre de 1996, asunto T-353/94).

Un tema especialmente conflictivo es el de la supuesta legalidad de las denegaciones de informaciones por parte de las instituciones comunitarias tomando como apoyo ciertas disposiciones de los Reglamentos internos de dichas instituciones eludiendo de esta forma la aplicación de la normativa especial reguladora del derecho de acceso a documentos e informaciones. Frente a esta posibilidad ha reaccionado tajantemente el TPI:

“La Decisión 93/731 es la única medida que regula el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos, mientras que el Reglamento interno regula los mecanismos de funcionamiento interno del Consejo” (STPI de 19 de octubre de 1995 asunto T-194/94).

En general, el TPI ha tenido que estar especialmente atento, en esta materia de denegación de documentos, frente a posibles fraudes de ley, tal como ilustra perfectamente el caso que comentábamos anteriormente referido a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a un supuesto en que la Administración comunitaria se amparaba en que la denegación del documento correspondía a una de sus Administraciones instrumentales (STPI de 19 de julio de 1999, asunto T-188/97, Rothmans International BV contra Comisión Europea).

Finalmente, téngase en cuenta que el deber de información de las instituciones comunitarias frente a los ciudadanos se completa con el deber de información frente a los órganos jurisdiccionales, previsto en la Comunicación de la Comisión 93/C 39/05, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales.

B. Defensa de los particulares frente a las solicitudes de información por parte de la Comisión.

La introducción de los mecanismos jurídicos de defensa frente a las Administraciones comunitarias puede proceder del modo inverso al caso que acaba de ser comentado, es decir no como exigencia de una información que aquéllas se niegan a conceder al particular interesado sino como consecuencia de una solicitud de información de aquélla frente al particular que puede resultar inexigible.

Un caso muy ilustrativo es la STPI de 20 de febrero de 2001 (asunto T-112/98) en la que llegan a anularse ciertos extremos de una decisión comunitaria, por excederse la Comisión Europea en el ejercicio de sus funciones de supervisar la posible incompatibilidad -de ciertas prácticas realizadas- con el Derecho comunitario de la competencia. En principio, dicha Comisión (en virtud del famoso reglamento

nº17) tiene la función de velar por el cumplimiento eficaz del Derecho comunitario de la competencia y puede para ello, legítimamente, solicitar las informaciones pertinentes.

No obstante, y aquí radica el interés de la citada sentencia, “el derecho a guardar silencio puede reconocerse a una empres destinataria de una decisión de solicitud de información en el sentido del artículo 11, apartado 5, del reglamento nº17, en la medida en que se viera obligada a dar respuestas que implicaran admitir la existencia de la infracción cuya existencia debe ser probada por la Comisión (sentencia Orkem, apartado 35)”.

Para ello, además, el Tribunal comunitario se apoya en el reconocimiento de los derechos fundamentales a nivel comunitario y en particular del principio fundamental del respeto de los derechos de defensa.

Por contrapartida “el reconocimiento de un derecho absoluto a guardar silencio, invocado por la demandante, excedería de lo que es necesario para preservar los derechos de defensa de las empresas y constituiría un obstáculo injustificado para el cumplimiento, por parte de la Comisión, de la misión de velar por el respeto de las normas de la competencia en el mercado común, que le asigna el artículo 89 del Tratado CE (actualmente artículo 85 CE, tras su modificación)”.

C. Derecho de petición. El Defensor del Pueblo⁵⁷⁵.

Se reconoce un derecho de petición (en favor de cualquier ciudadano de la Unión Europea o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga domicilio social en un Estado miembro, a título personal o junto a otros ciudadanos o personas ⁵⁷⁶) ante el Parlamento Europeo sobre asuntos propios de los ámbitos de actuación de la Unión Europea que le afecten directamente (artículo 191 del Reglamento interno del Parlamento Europeo -en su 16ª edición de julio de 2004- y artículos 21 y 194,

⁵⁷⁵ Puede verse en J.A. ALONSO DE ANTONIO, “Algunas consideraciones sobre el Defensor del Pueblo europeo”, en *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen II Madrid 1998; CHUECA SANCHO, “Derecho de petición al Parlamento Europeo y déficit democrático”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº137 1996; J.J. LAVILLA RUBIRA, “El derecho de petición al Parlamento Europeo”, en: J.M. GIL ROBLES, *Los derechos de los europeos*, Madrid 1993 pp.177 y ss.; I. IBÁÑEZ GARCÍA, en *Revista Noticias de la Unión Europea* 1999 171 pp.45 y ss.; J.A. MUÑOZ ARNAU, “El Derecho de petición ante el Parlamento Europeo. Régimen jurídico y práctica política”, *Actualidad Administrativa* nº23 (1998) p.483 y ss., y la bibliografía allí citada; M. PALOMARES AMAT, “El Defensor del Pueblo europeo”, *Revista Noticias de la Unión Europea* 1999 173 pp.53 y ss.; para una perspectiva general sobre el derecho de petición puede verse B. COLOM PASTOR, *El derecho de petición*, Madrid 1997.

⁵⁷⁶ Se considera “petición colectiva” aquella que se formula por más de cincuenta firmantes.

antiguos 8D y 138.D del Tratado de la CE; actualmente artículos II-103 y 104 de la Constitución Europea ⁵⁷⁷).

La petición es remitida a la comisión competente y ésta informa cada semestre al Parlamento del resultado de sus trabajos y especialmente acerca de las medidas adoptadas por el Consejo o por la Comisión sobre las peticiones remitidas por el Parlamento, y podrá asimismo someter la cuestión al Defensor del Pueblo o aconsejar al ciudadano alguna vía en su defensa (sobre el defensor del Pueblo véase el artículo I-49 de la Constitución Europea).

A veces este derecho de petición ha conseguido resultados significativos por vía de negociación o conciliación instada por el Parlamento Europeo en favor del ciudadano europeo (peticiones nº687/92; nº196/93; nº335/91).

En particular, la mala administración abre el acceso al Defensor del Pueblo para que éste actúe frente a las instituciones comunitarias (ilustra, sobre el supuesto, la STJCA zde 23 de marzo de 2004, C-234/02 P).

El Tratado (artículo 193, antiguo 138C) y el Reglamento interno del Parlamento Europeo (anexo VIII de la 16ª edición de julio de 2004) prevén asimismo la constitución de comisiones temporales de investigación, por parte del Parlamento Europeo, para examinar alegaciones de infracción o mala administración en la aplicación del Derecho comunitario.

El primero de los mencionados prevé concretamente que "en cumplimiento de sus cometidos y a petición de la cuarta parte de sus miembros, el Parlamento Europeo podrá constituir una comisión temporal de investigación para examinar sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado confiere a otras instituciones u órganos, alegaciones de infracción o de mala administración en la aplicación del Derecho comunitario (...)". Estas comisiones tienen carácter temporal, ya que su existencia termina con la presentación del informe correspondiente.

Estos cauces, previstos tradicionalmente en el TCE, resultan evidentemente reforzados a raíz del reconocimiento del Defensor del Pueblo en dicho TCE ⁵⁷⁸, a quien pueden, asimismo, dirigirse los ciudadanos de la Unión Europea, reclamando y denunciando un caso de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios. Al igual que el Defensor del Pueblo español puede aquél realizar sus investigaciones de oficio o a instancia de parte y presenta un informe anual de sus actividades.

⁵⁷⁷ Véase también el artículo 8.D del mismo TCE (artículo 21 tras el Tratado de Amsterdam).

⁵⁷⁸ Artículos 21 y 195 (antiguos 8D y 138.E) del Tratado de la CE y 194 y ss. del Reglamento interno del Parlamento Europeo de julio de 2004.

Finalmente, reservamos para un momento posterior el estudio del trámite de las preguntas escritas formuladas por el Parlamento frente a la Comisión. Estas preguntas escritas pueden originarse mediante un escrito de un ciudadano presentado en el Parlamento Europeo.

Lo que interesa en cambio conocer en este momento es el nuevo inciso final del artículo 21 del TCE en virtud del cual todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos contemplados en el presente artículo (Parlamento Europeo y Defensor del Pueblo) o contemplados en el artículo 7 (es decir, además de aquéllos, Consejo, Comisión, Tribunales Justicia y Tribunal de Cuentas) en una de las lenguas mencionadas en el artículo 314 y recibir contestación en esa misma lengua. En este sentido, es preciso considerar que ante la Comisión europea son relativamente frecuentes las quejas de los ciudadanos o empresas denunciando hechos infractores de Derecho comunitario. En general, dicho artículo 21 viene a ampliar el derecho a dirigir escritos y a obtener respuesta ante cualquier institución comunitaria en cualquiera de las lenguas nacionales.

Por su parte, la eficacia de las denuncias se refuerza en buena medida considerando la jurisprudencia comunitaria que deja clara la necesidad de que la Comisión, una vez comience la tramitación de aquéllas, resuelva expresamente bien iniciando un procedimiento contra la persona a quien se refiere la denuncia bien adoptando una decisión definitiva de archivo de la denuncia, que abre asimismo la puerta a la impugnación judicial (STPI de 9 de septiembre de 1999, asunto T-127/98, UPS Europe SA contra Comisión).

5. Relaciones entre la Comisión y los Estados miembros.

A. Actuaciones administrativas y tipos de procedimientos administrativos para controlar la aplicación del Derecho comunitario.

Las relaciones entre la Comisión y los Estados miembros están determinadas por el artículo 211 (antiguo 155) del TCE, donde se faculta y obliga a la Comisión a velar por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo Tratado.

El procedimiento principal para controlar la ejecución del Derecho comunitario es el establecido en el artículo 226 (antiguo 169) del Tratado de la CE donde se afirma que "si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones".

Pues bien, este precepto, que se incluye dentro de la regulación "procesal" del TCE, da lugar a una intensa actuación administrativa de la Comisión Europea, alguna de tipo puramente interno (en el seno de la propia Comisión) y otra de carácter externo (entre aquélla y el Estado presuntamente incumplidor) sin perjuicio, lógicamente, de la acción judicial en la que pueden desembocar todas estas actuaciones (véase el artículo 226, antiguo 169, *in fine* del TCE).

De este modo, una primera fase procedimental se referiría al conjunto de actuaciones que sistemáticamente realiza la Comisión a efectos de averiguar las infracciones del Derecho comunitario cometidas por los Estados miembros, bien de oficio (*cas décelés d'office*) bien a través de las quejas (*plaintes*) de terceros, en cuyo caso procede el registro de la queja, el acuse de recibo en favor del interesado y la elaboración de un informe sobre la queja.

Seguidamente, si la Comisión estima que el Estado ha incumplido sus obligaciones aquélla invita a éste (mediante una carta de intimidación o *mise en demeure*) a presentar sus observaciones y, acto seguido, emite un dictamen motivado. Si el Estado no se atiene a dicho dictamen la Comisión puede instar la acción judicial por incumplimiento.

El procedimiento puede tanto acelerarse en su tramitación como prolongarse mediante la concesión de prórrogas al Estado incumplidor y puede también desembocar en una decisión de sobreseimiento (*décision de classement*).

Así pues, el procedimiento previsto en el artículo 226 representa una vía administrativa previa al ejercicio de la acción judicial, de carácter general, pues esta fase administrativa sólo remite cuando el TCE prevé expresamente la posibilidad de acudir directamente a la justicia comunitaria (por ejemplo, artículo 95.9, antiguo 100A.4, en materia de aproximación de legislaciones) o cuando se prevé otro procedimiento especial.

En efecto, junto al procedimiento general previsto en el artículo 226 es preciso tener en cuenta los procedimientos especiales, en primer lugar el de verificación del cumplimiento del Derecho comunitario de la competencia. En suma, en el artículo 88 (*antes* 93) del Tratado de la CE se contempla un procedimiento tanto para cuando la Comisión compruebe que una ayuda concedida por un Estado miembro no es compatible con el régimen de ayudas previsto en el TCE como para cuando los Estados miembros no notifiquen a la Comisión los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas. Se prevé concretamente un primer requerimiento al Estado y una ulterior impugnación ante el Tribunal de Justicia de las CCEE, si bien cada uno de estos momentos es seguido de numerosas actuaciones administrativas de tipo interno, por parte de la Comisión (tanto de tipo formal como competencial⁵⁷⁹).

⁵⁷⁹ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Manuel des procédures operationnelles*, Bruselas 1995 pp.51 y ss.

Pero también ténanse en cuenta los procedimientos especiales de control de la ejecución del Derecho comunitario en el ámbito de las distintas políticas comunitarias: fondos estructurales, contratación pública, transporte aéreo, Derecho de la competencia (a los efectos, en este último sector, de corregir las infracciones del Derecho de la competencia en virtud del artículo 3.1 del Reglamento 17/62). Igualmente, en el propio TCE, se prevé un procedimiento especial para controlar el exceso en la deuda y los déficit públicos nacionales (artículo 104 del TCE), así como un procedimiento presupuestario regulado en los artículos 268 y ss. (antiguos artículos 199 y ss.) del Tratado de la CE y también ciertos procedimientos aplicables a la negociación y conclusión de los Tratados Internacionales (artículo 300, antiguo 228, del Tratado de la CE).

B. El deber de los Estados de remitir informaciones.

Ligado esencialmente al régimen jurídico que acaba de estudiarse (previsto en esencia en el citado artículo 226) puede verse el deber de los Estados miembros de remitir a la Comisión las informaciones necesarias para que ésta pueda realizar las funciones que le son atribuidas. El TCE confiere a la Comisión la facultad de recabar todo tipo de información y de proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones establecidas por el Consejo, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado" (artículo 284 del TCE, antiguo 213; en sentido *similar* puede verse el artículo 47 del Tratado de la CECA; asimismo, puede consultarse el artículo 284 del TCE, antiguo 213 y los artículos 296 a 298, antiguos 223 a 225, donde se regulan los límites de esta obligación de los Estados miembros de remitir información).

Sin embargo, en la práctica el ejercicio de este tipo de funciones, de recabar informaciones (y de realizar inspecciones) se ha desarrollado tomando como apoyo otros preceptos diferentes a éstos que acaban de citarse. Concretamente la base ha sido el artículo 10 del propio TCE en el caso de las informaciones, seguramente por ser aquél aplicable directamente sin intermediación del Consejo (y la reglamentación de cada una de las distintas políticas comunitarias en el supuesto de dichas "comprobaciones" o inspecciones) ⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Véase ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, Madrid 1998 pp.86 y ss. citando a su vez a H. PORTEU DE LA MORANIÈRE, "Les pouvoirs d'information de la Communauté", *Revue du Marché Commun*, 145 p.303 y C.D EHLERMANN, "The European Administration and the Public Administration of Member States with regard to competition law", *European Competition Law Review*, 8 1995 pp.454 y ss. Véase, igualmente, junto a D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La ejecución del Derecho comunitario en España*, Madrid 1994; J. MARTÍNEZ-ARAGÓN, *Aplicación del Derecho medioambiental en España: el papel de vigilancia y control de las Comunidades Europeas*, Madrid CGPJ 1993 p.216; R. McRORY, "The enforcement of European environmental law: some critical issues", *The Common Market Law Review* 29 1992 pp.347 y ss.

El deber de los Estados, de remitir las debidas informaciones a la Comisión, puede referirse tanto al momento anterior a la adopción de una norma por parte del Estado como al momento posterior a dicha adopción (artículos 226 y 284 del TCE; en un plano administrativo interno la Comisión distingue entre casos de “no contestación”, “simples incumplimientos” y “aplicación defectuosa” de las directivas ⁵⁸¹).

En otro orden de cosas, y en concreto con la transmisión de informaciones entre las instituciones comunitarias y los diferentes Estados, es preciso finalmente considerar el programa “*Interchange of Data between Administrations*” (IDA) cuya finalidad es lograr que las Administraciones comunitarias y nacionales utilicen en ciertos sectores como la Sanidad, la Seguridad Social, la contratación pública, marcas y aduanas, unos mismos servicios telemáticos coordinados entre sí.

Este sistema parte de una decisión del Consejo, 95/468, de 6 de noviembre de 1995, sobre la contribución comunitaria al establecimiento de un sistema de redes de intercambio telemático de datos entre las Administraciones de la Comunidad (DOCE L 269, de 11 de noviembre de 1995 p.23). Esta decisión encuentra base jurídica en el artículo 129D del TCE (nuevo artículo 156) después de que el TJCE estimara que el Consejo no podía adoptar esta decisión apoyándose en el artículo 235 (hoy artículo 308) del TCE (STJCE de 28 de mayo de 1998, asunto C-22/96) ⁵⁸².

En la legislación sectorial se desarrollan estos deberes de información. Por ejemplo, en materia del Derecho de la competencia los artículos 11 y 12 del fundamental Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial n° L 001 de 04/01/2003 p. 0001 - 0025) prevé un detallado régimen de “intercambio de información” entre los Estados y la Comisión.

⁵⁸¹ Asimismo, para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario se prevé un “controlador”, en cada dirección general, y un observador, para supervisar el eficaz cumplimiento de la sentencia judicial condenatoria. Puede verse COMISIÓN EUROPEA, *Manuel des procédures operationnelles*, Bruselas 1995.

⁵⁸² A la decisión 95/468 siguieron las Comunicaciones, de la Comisión, de 12 de diciembre de 1997, sobre evaluación del programa IDA (DOCE Documento COM 97, 661 final) así como las propuestas de decisión del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE n°C54, de 21 de febrero de 1998 pp.3 y ss.) y del Consejo, por la que se adopta un conjunto de acciones y medidas al objeto de garantizar la inteoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio de datos entre Administraciones, así como el acceso a las mismas (DOCE n°C54, de 21 de febrero de 1998, pp.12 y ss.). Asimismo, es preciso tener en cuenta muy numerosos programas y proyectos sectoriales (véase VARIOS AUTORES, *Legal aspects of the interchange of data between administrations. Final Report*, Universidad Católica de Leuven, ICRI 1996).

6. La función de inspección de la Comisión sobre el cumplimiento del Derecho comunitario.

Se estudia en particular la inspección, ya que si bien la función de inspección de la Comisión hace referencia especial a las relaciones entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos, lo cierto es que también se plantean relaciones de colaboración entre los Estados miembros y la Comisión.

Por otra parte, la inspección presenta singulares problemas jurídicos. En principio, no está claro el propio sistema de inspección comunitaria; algunas veces la función de la Comisión se limita a controlar la inspección llevada a cabo por los Estados miembros ⁵⁸³, pero otras veces está previsto que aquélla “acompañe” a los agentes nacionales ⁵⁸⁴, aunque también puede justificarse que la propia Comisión efectúe la inspección ⁵⁸⁵.

Un caso gráfico de esta última “variante” es el que ofrece la política de la competencia, supuesto que sirve asimismo para presentar otro problema característico de la inspección, que es el de trazar sus límites jurídicos frente al derecho de inviolabilidad de domicilios y otros derechos que pueden resultar lesionados.

Concretamente, cuando los servicios de la Comisión Europea sospechan que una determinada empresa está infringiendo el Derecho de la Competencia (por estar, por ejemplo, realizando concertaciones de precios con otras empresas, que vulneran el artículo 81 del TCE) juega un papel importante el “efecto sorpresa” sobre la empresa que presumiblemente realiza cualquier práctica contraria al Derecho de la competencia.

De ahí que tanto la reglamentación comunitaria como la jurisprudencia se hayan hecho eco de la necesidad de desarrollar garantías jurídicas sin merma de la debida eficacia.

Ya el Reglamento nº17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (dictado, como ya nos consta, al objeto de garantizar el cumplimiento de las reglas de prohibición de acuerdos colusorios de la competencia y de interdicción de abusos de posición

⁵⁸³ Artículo 14 del citado y ya derogado Reglamento 17/1962.

⁵⁸⁴ Ejemplo de este supuesto común y general es el artículo 6.3 del Reglamento del Consejo 2048/89, en materia agrícola.

⁵⁸⁵ Así pues, no se ha conseguido a nivel comunitario una función de inspección realizada por la Comisión Europea de forma completamente autónoma. Y, cuando se “desarrolla” la Administración comunitaria y se crean órganos propicios para poder llevar a cabo esta función como ocurre con la Agencia Europea del Medio ambiente (puede verse el artículo 20 del Reglamento 1210/1990), no se logra dar un paso decisivo en esta dirección, afirmando esta competencia.

dominante) establecía el deber de permitir el acceso a los servicios de la Comisión Europea a las instalaciones y despachos de la empresa. La práctica seguida en caso de que la empresa oponga resistencia frente a la orden de la Comisión Europea es la de requerir una orden judicial de los Juzgados de la localidad correspondiente ⁵⁸⁶.

Este Reglamento ha sido derogado y sustituido por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Nos interesan los artículos 17 y especialmente 20. El primero de los citados se refiere a las "investigaciones por sectores económicos y por tipos de acuerdo":

1. Cuando la evolución de los intercambios entre Estados miembros, la rigidez de los precios u otras circunstancias hagan presumir que pueda limitarse o falsearse la competencia dentro del mercado común, la Comisión podrá proceder a una investigación general en un sector determinado de la economía o en un tipo concreto de acuerdos comunes a diversos sectores económicos. En el curso de la misma, la Comisión podrá recabar de las empresas o asociaciones de empresas de que se trate la información necesaria para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y efectuar las inspecciones pertinentes a tal efecto.

La Comisión podrá en particular solicitar a las empresas o asociaciones de empresas del sector en cuestión que le comuniquen todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas.

La Comisión podrá publicar un informe acerca de los resultados de su investigación sobre determinados sectores económicos o sobre tipos particulares de acuerdos comunes a varios sectores, y podrá pedir a las partes interesadas que le remitan sus observaciones.

2. Se aplicará por analogía lo dispuesto en los artículos 14, 18, 19, 20, 22, 23 y 24.

El artículo 20 ("Poderes de la Comisión en materia de inspección") es el precepto que propiamente regula las inspecciones.

⁵⁸⁶ Es obligado relacionar este precepto con la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 8) otorgando a los Juzgados de lo contencioso-administrativo la facultad de autorizar dichas entradas domiciliarias (véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid Tecnos 1999).

Podría realizarse también un paralelismo entre este régimen jurídico-comunitario y el que en el Derecho español contempla la Ley de Defensa de la Competencia 16/89, de 17 de julio, donde se establece la exigencia de mandamiento judicial para acceder al domicilio de las empresas cuando éstas no presten su consentimiento.

En primer lugar, este artículo habilita a la Comisión a la inspección de cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento.

En segundo lugar, se habilita a los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección para:

- a) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas;
- b) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material;
- c) hacer u obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación;
- d) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección;
- e) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Como requisito para realizar la inspección este Reglamento 1/2003 prevé que los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección ejercerán sus poderes previa presentación de un mandamiento escrito que indique el objeto y la finalidad de la inspección, así como la sanción prevista en el artículo 23 para el supuesto en que los libros u otros documentos profesionales requeridos se presenten de manera incompleta y en caso de que las respuestas a las preguntas formuladas en aplicación del apartado 2 del presente artículo sean inexactas o desvirtuadas. La Comisión advertirá de la misión de inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se haya de llevar a cabo la misma con suficiente antelación.

De esta forma se entiende que las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección.

Además, los agentes de la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección, así como las demás personas que

aquella haya autorizado o designado, deberán prestar activamente asistencia a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión cuando así lo pidan la citada autoridad o la Comisión. A tal fin, gozarán de los poderes referidos anteriormente.

Cuando los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión constaten que una empresa se opone a una inspección ordenada con arreglo al presente artículo, el Estado miembro interesado les prestará la asistencia necesaria, requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente, para permitirles realizar su misión de inspección.

Cuando, de acuerdo con la normativa nacional, la asistencia prevista anteriormente requiera un mandamiento judicial se formulará la correspondiente solicitud, pudiendo solicitarse también con carácter preventivo.

Cuando se solicite el mandamiento contemplado supra, el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y de que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. Cuando verifique la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas, el juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de la competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas referentes en particular a los motivos que tenga la Comisión para sospechar que se han infringido los artículos 81 y 82 del Tratado, así como sobre la gravedad de la presunta infracción y la naturaleza de la participación de la empresa de que se trate. Sin embargo, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión ⁵⁸⁷.

En el artículo 22 se regulan las "investigaciones efectuadas por las autoridades de competencia de los Estados miembros"

⁵⁸⁷ Además, el artículo 21 se refiere a la "inspección de otros locales":

1. Si existe sospecha razonable de que en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para demostrar una infracción grave del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, la Comisión podrá ordenar, mediante decisión, que se realice una inspección en esos locales, terrenos y medios de transporte.
2. La decisión precisará el objeto y la finalidad de la inspección, indicará la fecha de su comienzo e informará sobre el derecho de recurso contra la decisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La decisión expresará, en particular, en qué motivos se basa la sospecha de la Comisión con arreglo al apartado 1. La Comisión adoptará dichas decisiones previa consulta de la autoridad de la competencia del Estado miembro en cuyo territorio se lleve a cabo la inspección.

1. Una autoridad de competencia de un Estado miembro podrá proceder en su territorio a realizar cualquier inspección u otra medida de investigación de los hechos al amparo de su Derecho nacional en nombre y por cuenta de la autoridad de competencia de otro Estado miembro, con el fin de demostrar la existencia de una infracción del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado. Cualquier intercambio y utilización de la información recopilada se llevará a cabo en aplicación del artículo 12.
2. A instancias de la Comisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros procederán a realizar las inspecciones que la Comisión juzgue oportunas con arreglo al apartado 1 del artículo 20 o que haya ordenado mediante decisión adoptada en aplicación del apartado 4 del artículo 20. Los agentes de las autoridades de competencia de los Estados miembros encargados de proceder a las inspecciones, así como las demás personas que aquéllas hayan autorizado o designado, ejercerán sus poderes conforme a lo estipulado en su Derecho nacional. A petición de la Comisión o de la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección, los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión podrán prestar asistencia a los agentes de la autoridad de que se trate.

No obstante, para estudiar el tema de la inspección comunitaria, es preciso conocer la jurisprudencia comunitaria, de la cual es tributario el propio régimen normativo. Haciendo abstracción de los criterios jurisprudenciales esenciales en la materia podrían seleccionarse los siguientes⁵⁸⁸:

3. No podrán ejecutarse las decisiones adoptadas con arreglo al apartado 1 sino previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado. El juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y de que las medidas coercitivas que se contemplan no son arbitrarias ni desproporcionadas, habida cuenta, en particular, de la gravedad de la presunta infracción, de la importancia de las pruebas buscadas, de la participación en la infracción de la empresa en cuestión y de la probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto de inspección se conserven en los locales para los que se solicita el mandamiento judicial. El juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de la competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas. No obstante, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión.
4. Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a la inspección ordenada con arreglo al apartado 1 del presente artículo dispondrán de los poderes contemplados en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 20. Se aplicarán por analogía los apartados 5 y 6 del artículo 20.

⁵⁸⁸ STJCE de 14 de diciembre de 1962, asuntos acumulados 5 a 11 y 13 a 15-62, Rec.1962 pp.859 y ss. donde el Tribunal afirma su competencia para verificar los posibles excesos cometidos por los Agentes de la Comisión Europea; STJCE de 26 de junio de 1980, asunto C-136/79 National Pana

En primer lugar, y en aras de la eficacia de la inspección, es preciso partir de la "particular importancia" de la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte, "en cuanto debe permitir a la Comisión obtener pruebas de las infracciones de las normas sobre la competencia en los lugares donde normalmente se hallan, es decir, en los locales empresariales".

En este sentido, la justicia comunitaria admite que esta facultad de acceso no ha de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que hubieran de identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad, a juicio del Tribunal, sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas.

El "alcance muy amplio" de la verificación no impide la observancia de ciertas garantías jurídicas por parte de la Comisión.

En principio, el artículo 14.3 del Reglamento nº17 define los elementos esenciales que debe contener la motivación de la decisión que ordena la verificación. Aplicando este precepto el TJCE afirma, como garantía principal, que la Comisión está obligada a indicar el objeto y finalidad de la verificación. Por otra parte, el alcance de la motivación no puede quedar restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación.

La Comisión está obligada, asimismo, a no utilizar la información obtenida para fines distintos de los indicados en el mandato o decisión de verificación, así como a guardar secreto profesional.

Sin embargo, el destinatario de las decisiones de la Comisión no tiene el derecho a obtener todas las informaciones de las que dispone la Comisión acerca de supuestas infracciones ni a exigir una calificación jurídica exacta de dichas infracciones. Tampoco puede invocarse el derecho de secreto profesional con el fin de impedir a la Comisión que incoe un procedimiento de investigación con objeto de verificar la exactitud o de completar las informaciones de las que hubiese tenido conocimiento incidentalmente con ocasión de una verificación anterior.

sonic contra Comisión 1980, Rec.1980 pp.2033 y ss.; STJCE de 21 de septiembre de 1989, asunto 46/87 y 227/88, Hoeschst contra Comisión Rec.1989 pp.2859 y ss.; STJCE de 17 de octubre de 1989, asuntos 85/87 y 97 a 99/87, Dow Chemical contra Comisión y Dow Chemical Ibérica contra Comisión, Rec.1989 pp.3137 y ss.; STJCE de 9 de octubre de 1990, asunto C-366/88, Francia contra Comisión Rec.1990 pp.3571 y ss.

En cambio, el derecho de defensa no sólo debe garantizarse en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, sino también en los procedimientos de investigación previa.

En cuanto a la inviolabilidad de domicilio la justicia comunitaria considera que el reconocimiento del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los Derechos de los Estados miembros. No obstante, el TJCE no desconoce que los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan diferencias no desdeñables sobre la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas (sin que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos lleve a una conclusión diferente).

Sin embargo, en todos los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la Ley. La exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario.

Todas estas referencias jurisprudenciales, en tanto en cuanto se basan en los Derechos de los Estados miembros hablan por sí mismas acerca de su significación desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo, considerando que éste se realiza en buena medida a través de la jurisprudencia comunitaria y que dicha jurisprudencia también en buena medida es tributaria de los Derechos nacionales. Más que profundizar en este tipo de afirmaciones interesaría ahora precisar el régimen jurídico (y especialmente las garantías jurídicas) procedente para llevar a cabo este tipo de verificaciones o inspecciones.

Concretamente, el problema jurídico se plantea cuando los Agentes de la Comisión tropiezan con la oposición de las empresas afectadas. En estos casos, dichos Agentes solicitarán la "asistencia" de las autoridades nacionales.

En este sentido, del apartado 6 del artículo 14 del Reglamento nº17 se desprende que corresponde a cada Estado miembro regular las formas en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los Agentes de la Comisión. A este respecto, los Estados miembros están obligados a asegurar la eficacia de la acción de la Comisión, respetando al mismo tiempo los principios generales de Derecho comunitario, tales como el derecho de defensa. Pero dentro de estos límites es el Derecho nacional el que determina las modalidades de procedimiento apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas.

Estas normas nacionales de procedimiento deben ser respetadas por la Comisión, debiendo ésta además procurar que el órgano competente en virtud del

Derecho nacional disponga de todos los elementos necesarios para poder ejercer el control que le corresponde.

La jurisprudencia comunitaria desarrolla, de forma interesante, ciertas pautas que deben seguir dichos órganos competentes de los Estados miembros: "dicho órgano -sea judicial o no- no puede sustituir por la suya propia la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que las valoraciones de hecho y de derecho de la Comisión sólo pueden estar sometidas al control de legalidad de este Tribunal de Justicia".

En cambio, entra dentro de la competencia del órgano nacional el examinar, después de haber comprobado la autenticidad de la decisión de verificación, si las medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de la verificación, así como velar por el respeto de las normas de su Derecho nacional en la aplicación de dichas medidas.

Finalmente, téngase en cuenta que la omisión de la debida inspección por parte del Estado miembro puede dar lugar a un recurso por incumplimiento por parte de la Comisión frente al Estado miembro (STJCE de 17 de junio de 1999, asunto C-336/97, Comisión contra Italia, condenando a ésta por no garantizar la ejecución de las debidas inspecciones incumpliendo la directiva 82/501/CEE, del Consejo, de 24 de junio de 1982).

7. Relaciones administrativas entre las distintas instancias comunitarias.

El régimen jurídico-administrativo básico de las instituciones comunitarias se completa estudiando las relaciones entre las distintas instituciones comunitarias en un plano puramente administrativo ⁵⁸⁹.

Concretamente, la cuestión puede referirse a los deberes y derechos de información y consulta. Dentro de la consulta interinstitucional pueden entenderse las "preguntas escritas" formuladas a la Comisión Europea por el Parlamento. Conforme al artículo 197 (antiguo 140.3) del Tratado de la CE la Comisión ha de responder oralmente o por escrito a las cuestiones que son formuladas por el Parlamento Europeo o por sus miembros, siendo éste un cauce de especial relevancia en cuanto al control parlamentario de la Comisión Europea (en el Reglamento interno del Parlamento Europeo se regula con precisión esta cuestión en los artículos 108 y ss.,

⁵⁸⁹ Junto a este tipo de relaciones ténganse en cuenta aquéllas entabladas entre las instituciones comunitarias para la elaboración de los actos normativos (artículos 192, 251 y 252 del TCE).

16ª edición de julio de 2004; véase también el Anexo II de este Reglamento y el Acuerdo institucional de 12 de abril de 1989 publicado en DOCE n°C 120 p.90 ⁵⁹⁰).

Las relaciones interinstitucionales a veces se canalizan a través de las secretarías generales ⁵⁹¹ o de las direcciones generales ⁵⁹². Pero la intensa colaboración interadministrativa puede originar la creación de órganos de intermediación o contacto interinstitucional. Dentro de éstos últimos es obligada la referencia al COREPER (Comisión de Representación Permanente encargada de preparar las acciones del Consejo y en la cual está representada la Comisión Europea ⁵⁹³) y al GAP (Grupo de Asuntos Parlamentarios) en cuanto a las relaciones tanto legislativas como administrativas entre la Comisión y el Parlamento.

Pero, al margen de este tipo de supuestos, los deberes de información y de consulta tienen un alcance general, regulándose en el propio Tratado de la Unión Europea. Se prevé aquí que “el Presidente del Consejo consultará al Parlamento Europeo sobre los aspectos principales y las opciones básicas de la política exterior y de la seguridad común (PESC) y velará por que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del Parlamento Europeo” (artículo J.7: disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común; artículo 21 tras el Tratado de Amsterdam).

Y en el Título VI (Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior) el artículo K.6 establece un derecho del Parlamento Europeo a estar informado sobre los trabajos en curso que en materia de justicia e interior realicen la Comisión y el Consejo (véase el artículo 39 del TUE, tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam).

Por otra parte, el Presidente de la Comisión presenta en el Parlamento Europeo, en sesión plenaria, el “programa anual de trabajo”. Este programa da lugar a la emisión de informes (*avis*) por las comisiones parlamentarias, los cuales a su vez sirven de base para la elaboración de la “declaración común” (*déclaration*

⁵⁹⁰ En este contexto puede considerarse también el Defensor del Pueblo como órgano de intermediación (artículos 194 del Reglamento interno del Parlamento Europeo y artículo 195, antiguo 138.E, del Tratado de la CE).

⁵⁹¹ Por ejemplo, corresponde a la Secretaría General de la Comisión mantener relaciones oficiales con las demás instituciones de las CCEE, sin perjuicio de las competencias que la Comisión decida ejercer por sí misma o atribuir a otros miembros o servicios de la propia Comisión (artículo 18 del Reglamento interno de la Comisión –C (2000) 3614).

⁵⁹² Por ejemplo, corresponde a la dirección General de presupuestos, de la Comisión Europea, llevar a cabo las relaciones entre la Comisión y el Tribunal de Cuentas.

⁵⁹³ Puede verse el artículo 19 del Reglamento interno del Consejo (Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004, 2004/338/CE, EURATOM, publicado en el DO L n°106 de 15 de abril de 2004).

commune) que firman los Presidentes del Parlamento y de la Comisión (véanse los artículos 200 y 212 del TCE).

Por lo que respecta a las relaciones entre la Comisión y el Consejo el artículo 218 del TCE prevé que "el Consejo y la Comisión procederán a consultarse mutuamente y determinarán de común acuerdo las modalidades de su colaboración" (véase también el artículo 19.1 del Tratado de la CECA en cuanto a las relaciones entre la Comisión y la CECA).

8. Administración institucional.

No se ha situado la Administración comunitaria al margen del fenómeno de creación de entidades interpuestas para el mejor o más eficaz cumplimiento de sus fines administrativos, fenómeno dentro del cual puede incluirse la proliferación de Agencias y otros Centros de diversa índole, por ejemplo la Agencia Europea de Evaluación de Medicamentos, la Agencia Europea de Medio Ambiente, la Fundación Europea de Formación ocupacional, el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación, el Centro Europeo para las Drogas y la drogadicción, etc.⁵⁹⁴.

Así por ejemplo, la Agencia Europea de Medio Ambiente⁵⁹⁵ goza de personalidad jurídica "en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconozcan a las personas jurídicas" (artículo 7).

En principio, este fenómeno puede verse como muestra del desarrollo de una Administración comunitaria en sentido estricto que evita que las instituciones comunitarias tengan que valerse de los órganos de los Estados miembros para llevar a cabo sus políticas comunitarias. Pero la legitimidad democrática de este tipo de centros es discutible desde el momento en que dependen de una instancia como la Comisión (y no el Parlamento) que responde frente al Consejo.

La jurisprudencia del TJCE ha precisado ciertos límites, así la sentencia de 13 de junio de 1958 (Meroni contra CECA, Rec.1958 p.44) cuando el Tribunal afirma

⁵⁹⁴ Véase M. ARENILLA SÁEZ, "Los organismos específicos de la Unión Europea: ¿resolviendo el déficit de ejecución?", *Comunidad Europea, Aranzadi* 1999 n°2, pp.31 y ss., así como distintas contribuciones en el libro colectivo *Las implicaciones administrativas de la integración económica regional: el ejemplo de la Comunidad Europea. Enfoque comparado. Conferencia Internacional II Comunidades Autónomas*, Madrid MAP 1991; L. LENAERTS, "Regulating the regulatory process: delegation of powers in the European Community", *ELRev.* 18 1993 p.46.

⁵⁹⁵ Agencia creada por Reglamento 1210/90, del Consejo, de 7 de mayo (DOCE L 120, de 11 de mayo de 1990 p.1).

que “dichas delegaciones no pueden afectar más que a los poderes de ejecución definidos exactamente y controlados plenamente en la actuación que de los mismos se haga”.

Es asimismo preocupante la ausencia de una norma general donde se regule el régimen jurídico básico de este tipo de Administraciones, según ha puesto de manifiesto el Parlamento Europeo en sus resoluciones A3-0414/92 y A3-0416/92, sobre la creación y funcionamiento de agencias y organismos especializados y sobre aspectos financieros de la proliferación de organismos específicos, respectivamente ⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ DOCE C 42 de 15 de febrero de 1993 p.61. De forma igualmente crítica puede verse la Resolución A3-248/94, de 21 de abril de 1994 (DOCE C 128, de 9 de mayo de 1994 p.366).

CAPÍTULO TERCERO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES COMUNITARIOS.

La problemática que se plantea en materia de bienes de la Comunidad (edificios, mobiliario, vehículos, valores dinerarios, material informático, material audiovisual y de telecomunicación, equipos técnicos) es, evidentemente, bien diferente a la problemática que suscita esta cuestión en los Derechos de los Estados miembros.

En los Derechos de los Estados miembros, especialmente en aquellos que conocen un sistema de Derecho administrativo, la regulación de los bienes puede caracterizarse por la existencia de ciertos privilegios (inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad). En aquéllos el origen y justificación de estas prerrogativas puede verse entre otros factores en la necesidad de preservar los bienes que sirven para la satisfacción del interés general, la realización de servicios públicos (una carretera, una vía de ferrocarril) o de usos públicos en favor de la colectividad (el agua, las costas, etc).

No es desde luego fácil advertir este tipo de circunstancias en el ámbito comunitario, ni por tanto la justificación de un régimen jurídico privilegiado respecto de sus bienes. Sin embargo, las instituciones comunitarias se atribuyen ciertos privilegios como ocurre por ejemplo con el de inembargabilidad de sus bienes (artículo 1 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965: "les biens et les avoirs des Communautés ne peuvent être l'objet d'aucune mesure de contrainte administrative ou judiciaire sans une autorisation de la Cour de Justice").

Además, este Protocolo lejos de tener una débil base "legal" está asentado en el propio TCE, concretamente en el artículo 291 (antiguo 218) donde se prevé que "la Comunidad gozará en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión, en las condiciones

establecidas en el Protocolo de 8 de abril de 1965, sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas. Lo mismo se aplicará al Banco Central Europeo, al Instituto Monetario Europeo y al Banco Europeo de Inversiones”.

Puede por tanto ponerse de manifiesto la función que corresponde al TJCE de autorizar la posibilidad de proceder contra los bienes de las instituciones comunitarias. En este sentido la STJCE de 29 de enero de 1993 ⁵⁹⁷, recordando otras ⁵⁹⁸, entiende que “la autorización del TJCE para proceder a medidas de apremio administrativo o judicial sólo *se exige para preservar la existencia de los privilegios e inmunidades de las CCEE*”, matizando seguidamente que “la competencia del TJCE en el caso de las retenciones de bienes debe limitarse al examen de si esta medida puede, teniendo en cuenta los efectos que implique según el Derecho nacional aplicable, obstaculizar el buen funcionamiento de la retención de bienes, por lo demás totalmente regulado por el Derecho nacional ⁵⁹⁹. De lo anterior se desprende que la posibilidad de practicar la retención en virtud del Derecho nacional queda en suspenso mientras no sea levantada la inmunidad de las Comunidades, bien mediante renuncia de la Institución de que se trate, bien, en su caso, mediante autorización del TJCE, y ello con independencia de cualquier plazo fijado por el Derecho nacional”.

Un supuesto singular es el de la STJCE de 29 de abril de 1993 ⁶⁰⁰, en materia de responsabilidad extracontractual a consecuencia de perjuicios derivados de la ejecución de un contrato. A consecuencia de ciertos débitos en el pago de las cantidades precisas para la continuación de la prestación objeto del contrato por parte del empresario, éste solicitaba ante el Tribunal de Luxemburgo una indemnización por los daños ocasionados por una negativa de ejecución de un embargo de bienes comunitarios, por parte de la Comisión Europea, que se había ordenado por un Tribunal belga sin que la Comisión opusiera objeción alguna. El TJCE denegó esta petición invocando que todo embargo de bienes de la Comunidad precisaba de previa autorización del propio Tribunal. Siendo legal la actuación de la Comisión (de negativa de realización del embargo mientras no existiera una autorización

⁵⁹⁷ Asunto C-182/91, Forafrique Burkinabe contra Comisión, Rec. 1993 p.I-2161.

⁵⁹⁸ Ordenanza de 11 de mayo de 1971, asunto 1/71, sociedad anónima X, Rec.1971 p.363; ordenanza de 11 de abril de 1989, asunto 1/88, sociedad anónima general de banca, Rec.1989 p.857.

⁵⁹⁹ Cita en este momento la STJCE de 29 de enero de 1993 un auto del TJCE de 17 de junio de 1987, Universe Tankship contra Comisión, 1/87 SA, Rec.2807.

⁶⁰⁰ STJCE de 29 de abril de 1993, asunto C-182/91, Forafrique Burkinabe SA contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.I-2161 y ss.); puede también verse el auto del mismo Tribunal, de fecha 17 de junio asunto 1/87 SA, Universe Tankship contra Comisión Europea, Rec. 1987, 2807.

judicial) no había lugar para pedir una indemnización en virtud del artículo 288 (antiguo 215) del Tratado de la CE.

En materia de bienes de las instituciones comunitarias el grueso de la reglamentación de los bienes de la Comunidad Europea lo ocupan no obstante otras materias diferentes de la que acaba de ser comentada. En general, para conocer el régimen jurídico del patrimonio comunitario es preciso acudir primeramente al *Reglamento Financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas*⁶⁰¹ y a su *Reglamento de ejecución*⁶⁰².

La regulación de los bienes de las instituciones comunitarias se hace esencialmente desde un punto de vista presupuestario (en el Reglamento financiero). La preocupación principal del *legislador* comunitario está en el control contable de las asignaciones de gastos o ingresos que puedan ocasionar los negocios jurídicos relacionados con dichos bienes, procurando la regularidad del gasto y una óptima gestión de la actividad económica de las instituciones comunitarias. En el plano de la gestión de los bienes destaca la regulación del inventariado de los bienes.

⁶⁰¹ Concretamente, Reglamento (CE, Euratom), número 1605/2002, del Consejo de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L nº248 de 16 de septiembre de 2002)..

⁶⁰² Reglamento (CE, Euratom), nº 2342/2002, de la Comisión de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de ejecución del Reglamento financiero (DO L nº357 de 31 de diciembre de 2002).

CAPÍTULO CUARTO

LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Las Comunidades Europeas han apostado decididamente por la fórmula de la función pública como medio de organización para la realización de sus funciones. A estos efectos han querido aquéllas nutrirse de un personal independiente de la función pública de los Estados miembros, reclutando el personal de entre los ciudadanos comunitarios interesados en servir los intereses comunitarios o europeos con plena independencia y desvinculación respecto de los intereses nacionales (artículo 11 del famoso Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas aprobado por Reglamento CEE, Euratom, CECA nº259/68, del Consejo, de 29 de febrero de 1968, DOCE nºL 56 de 4 de marzo de 1968), modificado en distintas ocasiones a lo largo de su vigencia).

Como última reforma del Estatuto de los funcionarios de las CCEE y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas ha de citarse la modificación operada por el Reglamento (CE, Euratom) nº 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004 (*Diario Oficial* nº L 124 de 27 de abril de 2004).

Este Reglamento citado en último lugar pretende, entre otros objetivos, la calidad óptima del servicio, la independencia, la lealtad, la imparcialidad y la permanencia.

También pretende:

- Una mayor incentivación del rendimiento profesional a través de la introducción de cambios estructurales en el sistema de carreras.
- La modernización del sistema de carreras mediante un mayor reconocimiento de la experiencia profesional del funcionario y del principio de formación continua.

- La imparcialidad como un principio básico del servicio público que ha sido reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Racionalizar y hacer más coherentes las condiciones de incoación y desarrollo de los procedimientos disciplinarios.
- Introducir un nuevo marco jurídico que ofrezca un procedimiento global para tratar los casos de incompetencia profesional, que garantice el derecho de defensa de los funcionarios afectados.
- Flexibilizar las condiciones laborales para contemplar en particular, en determinadas circunstancias, el derecho a trabajar a tiempo parcial, a disfrutar del régimen de empleo compartido y a obtener excedencias voluntarias de larga duración.
- Garantizar una evolución del poder adquisitivo de los funcionarios comunitarios.
- Modificar el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, establecidos en el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CEE, Euratom) n° 2182/2003.

El Estatuto se menciona en el propio TCE. Concretamente, en el artículo 283 del TCE (antiguo 212) se establece que "el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta de las demás instituciones interesadas, establecerá, por mayoría cualificada, el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de dichas Comunidades".

En el ámbito de la Unión Europea, vienen siendo funcionarios las personas que hayan sido nombradas para un puesto de trabajo permanente en una de las instituciones de las Comunidades mediante un acto administrativo de la autoridad administrativa competente. No obstante tal "permanencia", lo cierto es que el Estatuto se refiere tradicionalmente a ciertas medidas de carácter no disciplinario en virtud de las cuales puede producirse el cese definitivo del funcionario que cuando menos matizan el régimen de permanencia ⁶⁰³).

⁶⁰³ Sobre éstas, artículos 35 y ss.; sobre las condiciones de trabajo del funcionario, artículos 40 y ss.; y sobre el régimen retributivo y de prestaciones sociales, los artículos 52 y ss.

El nombramiento del funcionario presupone la superación de las pruebas de acceso o selección, efectuadas conforme a los principios de mérito y capacidad (artículos 27 y siguientes) ⁶⁰⁴, y la realización de un período de prácticas.

Pero la jurisprudencia del TJCE se muestra restrictiva en cuanto a la revisión de las pruebas de acceso a la función pública comunitaria. La sentencia de 4 de julio de 1996 (asunto C-254/95), basándose en el deber de secreto que asiste al tribunal, restringe su deber de motivación respecto de la resolución del concurso general, distinguiendo dos fases en cuanto a la realización de las pruebas. La primera consiste en contrastar los méritos presentados por los candidatos con la cualificación exigida; en este contexto se reconoce un derecho del interesado a conocer los datos objetivos tomados en consideración. En cambio, respecto de la segunda fase (comparación entre los candidatos) no se admite el ejercicio de un derecho a conocer los "motivos de la decisión o los criterios empleados por el tribunal".

En este sentido, se considera conforme al principio de igualdad la celebración de un concurso que excluye a determinados concursantes por límites de edad (STPI de 28 de octubre de 2004, asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02).

No obstante, una interesante sentencia del Tribunal de Primera Instancia confirmada por la STJCE de 9 de noviembre de 2000 asunto C-207/99 P afirma que "resulta de todo lo anterior que el procedimiento de promoción controvertido adolece de una irregularidad constitutiva de un vicio sustancial por cuanto no cumplió con el cometido de examinar comparativamente los méritos de la interesada con los de las dos funcionarias que figuraban el año anterior en la lista de funcionarios con mayores méritos aprobada por la AFPN, exigido por el artículo 45, apartado 1, del Estatuto (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de noviembre de 1996, Michaël/Comision, T-144/95)".

Ante esta circunstancia, el Tribunal de Primera Instancia anula la decisión impugnada y la sentencia de 9 de noviembre de 2000 confirma dicha anulación.

La función pública comunitaria parte de la atribución a cada funcionario de un puesto de trabajo; éstos se incardinan dentro de una de las cuatro categorías que estructuran la función pública comunitaria y comprenden, a su vez, distintos grados.

⁶⁰⁴ Las convocatorias, relaciones de puestos disponibles y condiciones de participación de las oposiciones se publican en el DOCE y en la prensa nacional de los Estados de la Unión Europea. Aquéllas se desarrollan en tres fases: preselección, prueba escrita y prueba oral. Las dos primeras se celebran en el Estado miembro y la última puede celebrarse en Bruselas. Los candidatos seleccionados pasan a una lista de reserva de validez ilimitada, si bien en la práctica se constatan dificultades a la hora de conseguir definitivamente un puesto de trabajo aun después de haber sido seleccionado.

Por su parte, la promoción interna gravita sobre "informes de calificación" que, sobre la base de los méritos y de la antigüedad, se realizan cada dos años sobre el personal administrativo por el Jefe de Unidad donde se integre el funcionario. La promoción tiene lugar dentro de cada una de las distintas categorías, pero la posibilidad de acceder a una categoría superior se consigue mediante una oposición interna.

Lógicamente, al funcionario asiste un derecho a ser clasificado como merece (SSTJCE -dos- de 11 de enero de 2001, asuntos C-389/98 P y C-459/98 P) y a ser indemnizado en caso de ser separado ilegalmente del servicio (STPI de 12 de diciembre de 2000, asunto T-11/00).

El régimen económico de los funcionarios comunitarios viene conteniendo ciertas prebendas que convierten este empleo en un trabajo atractivo, dentro de las que pueden destacarse no sólo los altos sueldos sino también los complementos de expatriación⁶⁰⁵, los complementos familiares, las asignaciones por escolaridad de los hijos, el favorable seguro de escolaridad y de pensiones o los cursos de formación continuada⁶⁰⁶.

Los funcionarios vienen gozando asimismo de un derecho a asociarse y de sindicación (artículo 24 del Estatuto). El Comité de personal sirve de cauce de representación a los intereses del personal y asegura el contacto permanente entre la institución comunitaria y el personal mediante la cooperación en el buen funcionamiento de los servicios y facilitando la manifestación y expresión de la opinión del personal.

Al funcionario asiste un derecho de defensa tanto en vía administrativa como en vía judicial, siendo competente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para resolver las litigios que se susciten entre aquél y las Comunidades Europeas (STJCE de 11 de junio de 1998, asunto C-291/97; artículos 90 y siguientes del Estatuto).

Las Comunidades tienen un deber de asistencia y protección frente a los funcionarios (artículo 24 del Estatuto). Puede profundizarse en este sistema tomando como referencia una ilustrativa sentencia del Tribunal de primera instancia, de

⁶⁰⁵ SSTJCE de 28 de mayo de 1998 asunto C-62/97; de 5 de octubre de 1999, asunto C-327/97 P.

⁶⁰⁶ En general, sobre la función pública comunitaria, consúltese C. FRANCHINI, "La funzione pubblica comunitaria", en M.P. CHITI/G. GRECO (coordinadores), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 1997 pp.201 y ss. (p.217); C. MOLINA DEL POZO, *Europa y los funcionarios*, Madrid 1988; puede verse también J.L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, Paris 1994; del mismo autor "La fonction publique européenne", *Revue internationale des sciences politiques*, 1995 pp.501 y ss.; sobre el "tratamiento fiscal de los funcionarios" puede verse, con este título, el trabajo de C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, en *Revista de la Unión Europea* nº162 1998 pp.85 y ss.

11 de diciembre de 1995 (asunto T-203/95). En el presente supuesto el Director General de Personal y de Administración procedió a la apertura de un expediente sancionador por la presunta violación de los artículos 11, 12 y 17 del Estatuto de los funcionarios, relativos al deber de solicitar la pertinente autorización cuando el funcionario pretenda realizar una publicación cuyo objeto tenga relación con la actividad de las Comunidades Europeas ⁶⁰⁷. Pero también se planteaba la posible vulneración, “del deber de las Comunidades”, de asistencia y protección de la Comunidad frente a los funcionarios (artículo 24 del Estatuto de los funcionarios), ya que la Comunidad había iniciado la divulgación en la prensa de informaciones relativas a la personalidad, opiniones y estado de salud del funcionario.

En este sentido, esta sentencia ordena la adopción de medidas cautelares a través de las cuales se impida este tipo de informaciones por parte de la Comisión Europea ⁶⁰⁸.

En cuanto al régimen disciplinario se considera infracción “todo incumplimiento voluntario o por negligencia de las obligaciones a las que los funcionarios o antiguos funcionarios ⁶⁰⁹ están obligados en virtud del presente Estatuto” (artículo 86.1 del Estatuto). En el párrafo segundo este mismo artículo 86 enumera las sanciones disciplinarias (apercibimiento por escrito, amonestación, suspensión temporal de subida de escalón, descenso de escalafón, descenso de grado, separación de servicio, pérdida del derecho a pensión de jubilación). Como puede observarse, la ausencia de una regulación más precisa sobre el particular otorga a la Administración comunitaria un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la concreción de la sanción aplicable y la propia determinación del hecho infractor (sin embargo, el TJCE no pone objeciones a este sistema; puede verse la STJCE de 21 de abril de 1994 C-22/1993, Rec.1994 I-1375).

Una de las obligaciones más típicas de los funcionarios y agentes de la Comunidad (y demás miembros de la Comunidad) es la de guardar secreto, una vez han cesado en sus cargos, respecto de las informaciones que por su naturaleza estén amparadas por el secreto profesional y en especial respecto de los datos

⁶⁰⁷ En el presente caso, un alto funcionario había solicitado excedencia voluntaria por un plazo de tres meses, período que aprovechó para realizar una publicación que comprometía los intereses de la Comunidad. Puede verse, igualmente, la STJCE de 6 de marzo de 2001, asunto C-274/99 P.

⁶⁰⁸ Por otra parte, la jurisprudencia insiste en la necesidad de motivar las decisiones de separación de servicio (STJCE de 20 de febrero de 1997, asunto C-166/95 P; STJCE de 20 de noviembre de 1997, asunto C-188/96).

⁶⁰⁹ Sobre este último supuesto, de imposición de una sanción a un “antiguo funcionario” puede verse la STJCE de 17 de abril de 1997, asunto C-90/95.

relativos a las empresas y aquéllos que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes (artículo 287, antiguo 214 del TCE).

Las sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios pueden ser impugnadas y revisadas ante la justicia comunitaria, tal como testifica la jurisprudencia que anula sanciones impuestas a funcionarios (STPI de 10 de junio de 2004, asunto T-307/01, anulando la sanción por la que se imponía al demandante el descenso en el escalafón y concediendo una indemnización por daños morales; igualmente en cuanto al tipo de fallo: STPI de 23 de enero de 2002, asunto T-237/00).

Todo este régimen funcional se combina con un sistema de contratación de personal. Concretamente se contemplan las figuras de los agentes.

Vienen distinguiéndose los “agentes temporales” como contratados que cubren un puesto de trabajo de forma temporal⁶¹⁰. Generalmente, los puestos de trabajo que ocupa este personal contratado son los puestos permanentes *comprendidos en las relaciones anejas a la sección del presupuesto correspondiente a cada institución*, si bien pueden también ejercer funciones al servicio de una persona que desempeñe un mandato previsto en los Tratados constitutivos de las Comunidades o de un Presidente electo de una institución o de un órgano o grupo político de la Asamblea Parlamentaria Europea.

Asimismo se distinguen los “agentes auxiliares”, quienes realizan funciones en una institución comunitaria *sin estar destinados a un puesto de trabajo de los comprendidos en la relación anexo a la sección del presupuesto correspondiente a la citada institución*. También pueden ser interinos o encuadrarse en el servicio lingüístico.

Así, en los nuevos artículos 51 y 52 del Estatuto de los funcionarios, modificados por el **Reglamento (CE, Euratom) N° 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004** (*Diario Oficial n° L 124 de 27 de abril de 2004*) se prevé, por ejemplo, que “los contratos de los agentes auxiliares se celebrarán por tiempo determinado y serán renovables”. “La duración efectiva del contrato de un agente auxiliar, incluida la duración de toda posible renovación del mismo, no podrá ser superior a tres años, ni extenderse más allá de diciembre de 2007. Después del 31 de diciembre de 2006 no podrán contratarse nuevos agentes auxiliares”.

⁶¹⁰ Puede verse la STJCE de 29 de junio de 2000, asunto C-154/99 P.

CAPÍTULO QUINTO

LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS.

1. Posibles variantes.

En el artículo 288 (antiguo 215) del Tratado de la CE se proclama el principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ⁶¹¹. Concretamente, “la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Estados miembros”.

El mismo artículo 288 establece además dos remisiones. La primera, al Estatuto de los funcionarios de las CCEE⁶¹², para determinar la concreta responsabilidad de los agentes frente a la Comunidad. La remisión ha de entenderse a su artículo 22 en virtud del cual el funcionario ha de reparar los daños causados a la Comunidad como consecuencia de faltas personales graves cometidas en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Pero no querría dejar de llamar la atención, asimismo, sobre el artículo 24 de dicho Estatuto, en virtud del cual “las Comunidades repararán solidariamente los daños sufridos por el funcionario por esta causa” cuando “no haya podido obtener

⁶¹¹ Este mismo artículo extiende este “principio” a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes.

⁶¹² Estatuto aprobado por Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n°259/68, del Consejo, de 29 de febrero de 1968 (DOCE n°L 56 de 4 de marzo de 1968), modificado por el Reglamento (CE, Euratom) n°723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004.

resarcimiento por parte del autor". En general, en el ámbito comunitario, se afirma un deber de asistencia y protección de la Comunidad frente a los funcionarios.

La segunda remisión se refiere a la responsabilidad contractual de la Comunidad (ya que ésta se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate), aunque a veces en el seno de los contratos públicos comunitarios se plantean cuestiones de responsabilidad extracontractual (STPI de 25 de febrero de 2003, asunto T-183/00).

También puede relacionarse la responsabilidad extracontractual con el régimen funcional, ya que no son infrecuentes los litigios relativos a este tipo de reclamaciones de daños por parte de los funcionarios (por todas, STPI de 23 de enero de 2002 asunto T-237/00; STJCE de 23 de marzo de 2004 asunto C-234/02 P).

En términos procesales puede apuntarse que, según jurisprudencia reiterada, si bien los órganos jurisdiccionales nacionales siguen siendo competentes para conocer de las pretensiones de indemnización de los daños causados a particulares por las autoridades nacionales cuando aplican el Derecho comunitario, el artículo 235 CE confiere a los Tribunales comunitarios competencia exclusiva para conocer de las acciones de indemnización dirigidas, con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo, contra la Comunidad Europea (véanse las sentencias, antes citadas, Granaria, apartado 14; Asteris y otros, apartado 15, y Cato/Comisión, apartado 17). De este modo, la STJCE de 26 de noviembre de 2002 asunto C-275/00 afirma que "los artículos 235 CE, 240 CE y 288 CE, párrafo segundo, se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional incoe, respecto de una de las instituciones de la Comunidad Europea, un procedimiento para la práctica de una prueba pericial que tiene por objeto determinar su participación en hechos que supuestamente han causado un daño, con miras a la ulterior interposición de un recurso por responsabilidad extracontractual contra la Comunidad Europea".

2. Presupuestos objetivos.

En cuanto a los requisitos para entablar una acción de responsabilidad contra la Comunidad, elaborados por la justicia comunitaria, una numerosa jurisprudencia ⁶¹³ afirma que la "responsabilidad extracontractual de la Comunidad sólo se genera si se reúne un conjunto de requisitos relativos a la ilegalidad de la conducta que se imputa a la institución comunitaria ⁶¹⁴, a la realidad del daño y a la existencia de una relación

⁶¹³ STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-357/95; STPI de 6 de mayo de 1997, asunto T-195/95; STPI de 15 de junio de 1999 asunto T-277/97.

⁶¹⁴ Tampoco puede pasar desapercibido, en efecto, el presupuesto de la "imputación". En este sentido, interesa la STJCE de 8 de julio de 1999 (asunto C- 95/98), en virtud de la cual: "el Acta Única es

de causalidad entre la conducta ilegal y el perjuicio invocado ⁶¹⁵ debiéndose probar o demostrar su existencia en el caso concreto ⁶¹⁶.

Según reiterada jurisprudencia, para atribuir una responsabilidad extracontractual a la Comunidad es preciso que la demandante pruebe la ilegalidad del comportamiento imputado a la institución de que se trate, la realidad del perjuicio y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que se alega (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, International Procurement Services/Comisión T-175/94, Rec. p II-729, apartado 44, o sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de octubre de 1996, Efi-sol/Comisión T-336/94, Rec. p. II-1343, apartado 30, o sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1997, Oleifici Italiani/Comisión, T-267/94, Rec. p. II-1239, apartado 20; STPI de 10 de abril de 2003 asunto T-195/00).

Cuando no concurre uno de dichos requisitos, debe desestimarse el recurso en su totalidad sin que sea necesario examinar los demás presupuestos de dicha responsabilidad (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199, apartado 19; STPI de 25 de febrero de 2003, asunto T-183/00; STPI de 23 de enero de 2002 asunto T-237/00).

Otra dificultad añadida, a ésta de probar debidamente los presupuestos que acaban de mencionarse (sobre esto por ejemplo la STPI de 10 de abril de 2003, T-195/00), es aquella de los estrechos límites de la revisión jurisdiccional que permite la interposición de un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, ya que la casación tiene unos motivos tasados ⁶¹⁷

un acto de Derecho primario, que, en consecuencia, no constituye un acto de las instituciones comunitarias ni un acto de los agentes de la Comunidad en el ejercicio de sus funciones en el sentido del artículo 215, párrafo segundo, y, por tanto, no puede generar la responsabilidad extracontractual objetiva de la Comunidad".

Asimismo de forma igualmente interesante esta sentencia recuerda que "en los casos en que la autoridades comunitarias dispongan de amplias facultades de apreciación, los operadores económicos no pueden invocar un derecho adquirido para conservar una ventaja derivada de la normativa comunitaria controvertida y de la que se han beneficiado en un momento determinado".

⁶¹⁵ Sobre este último requisito, pueden verse las sentencias de 16 de septiembre de 1997, asunto C-362/95; de 22 de octubre de 1997, asunto T-213/95 y T-18/96; de 4 de febrero de 1998, asuntos T-93/95 y T-94/95; de 28 de abril de 1998, asunto T-184/95; y de 28 de enero de 1999, asunto T-230/95, que también desestima la acción de responsabilidad extracontractual "por no haberse demostrado la existencia de una relación de causa a efecto entre el comportamiento que imputa a la Comisión y el perjuicio material que pretende haber sufrido". En cambio, la STPI de 24 de octubre de 2000 asunto T-178/98 estima el recurso.

⁶¹⁶ STPI de 7 de noviembre de 1997, asunto T-218/95.

⁶¹⁷ Pueden verse las SSTs de 15 de junio de 2000, asunto C-237/98 P y de 15 de junio de 2000, asunto C-13/99 P.

Por otra parte, la jurisprudencia permite deducir que “la conducta” puede ser tanto una actuación como una omisión ⁶¹⁸ y que son indemnizables tanto el daño emergente como el lucro cesante ⁶¹⁹.

Sobre los requisitos para entablar este tipo de acciones de responsabilidad interesa la sentencia del TPI, de 14 de septiembre de 1995 ⁶²⁰, que enjuicia la posible indemnización por vulneración de las reglas de procedimiento establecidas en el Tratado de la CE (de los artículos 32.4 y 37.2, antiguos 38.4 y 43.2), concretamente “el retraso de la Comisión en someter al Consejo sus propuestas de Reglamento relativas al sector del plátano”, concluyendo que:

“Dichos artículos se limitan a imponer obligaciones a las instituciones; no tienen por objeto proteger a los particulares. Por lo tanto, no presentan las características de normas jurídicas de rango superior, cuya infracción podría generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad”.

Conforme a la STPI de 11 de julio de 1997 ⁶²¹, el comportamiento ilegal puede derivarse de la vulneración de los principios de confianza legítima, no discriminación, proporcionalidad, derechos adquiridos.

Por otra parte, si bien se exige “ilegalidad” del acto generador del perjuicio, este hecho (la consagración de un sistema de “responsabilidad por faltas”) no ha impedido entender de forma flexible el concepto de “falta” llegándose a un sistema de responsabilidad por riesgo (S. MUÑOZ MACHADO) ⁶²².

⁶¹⁸ STPI de 10 de julio de 1997, asunto T-38/96; STPI de 29 de enero de 1997, asunto T-113/96.

⁶¹⁹ STJCE de 27 de enero de 2000, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90.

⁶²⁰ Asunto T-571/93.

⁶²¹ Asunto T-267/94. En esta línea también la sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-354/95.

⁶²² S. MUÑOZ MACHADO, “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, *Documentación administrativa* n° 237-238 1994, pp.105 y ss. y la amplia referencia bibliográfica contenida en las páginas 136 a 138; este trabajo puede encontrarse también en: G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/D.J. LIÑÁN NOGUERAS (coordinadores), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid 1993.

Sobre la responsabilidad de las instituciones comunitarias véanse también B. DU BAN, “Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté”, *Cahiers de Droit Européen* n°4 1977, pp.397 y ss.; A. BARAV, “Injustice normative et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Européenne”, *Cahiers de Droit Européen* n°4 1977, pp.439 y ss.; F. CAPELLI/M. MIGLIAZZA, “Recours en indemnité et protection des intérêts individuels: quels sont les changements possibles et souhaitables?”, *Cahiers de Droit Européen* 1995 n°5 y 6 p.509 y 603 y ss.; F. FINES, “La responsabilité des Communautés européennes pour le comportement illégal de leurs organes”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* n°1 1981, pp.6 y ss.; E.W. FUSS, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Économique Européenne*, Paris 1990, pp.13 y ss.

Por su parte, el principio de confianza legítima, como presupuesto de responsabilidad, puede explicarse a la luz de una ilustrativa sentencia de 17 de diciembre de 1998, estimatoria del recurso interpuesto ⁶²³.

Se refería este supuesto a ciertos perjuicios derivados de inversiones realizadas por un sujeto imputables al Parlamento Europeo, como consecuencia de ciertas actuaciones realizadas durante la selección y adjudicación de un contrato de servicios. En principio, el órgano jurisdiccional comunitario declaró que no podía derivarse responsabilidad contractual desde el momento en que el contrato no llegó a adjudicarse, ni extracontractual por el hecho de la no adjudicación ya que la entidad adjudicadora ni estaba obligada a finalizar un procedimiento de adjudicación de un contrato ni estaba obligada a indemnizar a los licitadores cuyas ofertas no han sido seleccionadas. Sin embargo, el Tribunal consideró que se había vulnerado el principio de confianza legítima. En suma, el Parlamento Europeo había manifestado al recurrente la inminente concertación del contrato, pese a que posteriormente el Parlamento Europeo decidió prorrogar el contrato existente con otra entidad, sin comunicárselo a aquél, causando entonces distintos perjuicios derivados de las inversiones realizadas. La no comunicación al recurrente, sin demora alguna, de la nueva decisión del Parlamento, y la causación de perjuicios superiores de los que han de asumir normalmente los licitadores fueron circunstancias determinantes para afirmar la vulneración del principio de confianza legítima.

A efectos de considerar "ilícito" el comportamiento de las instituciones europeas la justicia comunitaria se ha basado también en el principio de buena administración.

Así la sentencia de 9 de julio de 1999 (asunto T-231/97) estimó la acción de responsabilidad ya que, junto a la existencia de un perjuicio cierto y real y de una relación de causalidad, la Comisión había vulnerado dicho principio de buena administración, considerándose ilícito dicho comportamiento (daños causados por la Comisión a una empresa por haber incluido a ésta en una "lista negra" para ser adjudicataria de unos programas comunitarios sin haber realizado la investigación que según el Tribunal de Justicia era pertinente).

En esta línea, otras veces se invoca el principio de buena gestión financiera a efectos de conceder el derecho del particular de compensación entre el crédito de la Comisión y las cantidades adeudadas en concepto de contribuciones comunitarias (STPI de 14 de diciembre de 2000 asunto T-105/99).

Igualmente, procede recordar que la observancia por parte de la Comisión de un plazo razonable al adoptar las decisiones que ponen fin a procedimientos

⁶²³ Puede verse también la sentencia del TPI de 15 de octubre de 1997, asunto T-331/94.

administrativos en materia de política de competencia constituye un principio de buena administración (véanse, en materia de ayudas de Estado, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1973, Lorenz, 120/73, Rec. p. 1471, apartado 4; de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión, 223/85, Rec. p. 4617, apartados 12 a 17; en materia de desestimación de denuncias, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, apartados 37 y 38).

En este sentido, para apreciar si la duración de tal procedimiento resulta razonable será preciso tener en cuenta las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, el contexto del mismo, las diferentes fases del procedimiento que debe seguir la Comisión, la complejidad del asunto y su trascendencia para las diferentes partes interesadas (véase, en materia de competencia, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 57).

Esta doctrina puede ser interesante, por ejemplo, de cara a defenderse (por una autoridad de un Estado miembro) frente a una decisión de la Comisión Europea de revocación de una ayuda ilegal, invocando que la Comisión no concluyó el procedimiento administrativo en un plazo razonable (Sentencia del tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 2003, asunto T-190/00).

CAPÍTULO SEXTO

LOS PROBLEMAS DEL DERECHO SANCIONADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO.

1. El sistema de fuentes.

En el ámbito comunitario no se descubre fácilmente una base legal clara y suficiente donde apoyar la potestad sancionadora de los órganos de la Comunidad Europea ⁶²⁴.

⁶²⁴ Sobre el tema, E. BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Madrid 1991, pp.91 y ss.; del mismo autor, "Sanktionsbefugnisse der Organe der EG aus der Sicht des spanischen Rechts", *Fachzeitschrift für deutsch-spanischen Rechtsverkehr*, 1/1993 pp.16 y ss.; L.M. DíEZ-PICAZO, "Derecho comunitario y medidas sancionadoras", *REDA* 1993 pp.251 y ss.; trabajo publicado también en el libro *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona 1993 pp.95 y ss.; T.E. FINO, "Las sanciones a las empresas: un ejemplo valioso para la Argentina", *La Ley (Argentina)* 116, 2001; M. GARCÍA CARRERO, "Libre competencia y sistema sancionador comunitario en la perspectiva constitucional" *Noticias de la Unión Europea* n°142 (1996) pp.104 y ss.; B. LOZANO, "Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa", *RAP* 121, 1990 pp.393 y ss.; S. MARTÍNEZ LAGE, "El procedimiento sancionador en el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín 116 pp.1 a 4; A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador* (2ª ed.) Madrid 1994, p.93; A. NIETO MARTÍN, "La influencia presente y futura del ordenamiento comunitario sobre el Derecho penal económico español", en: *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen I Madrid 1998 pp.351 y ss.; K. TIEDEMANN, "Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht", *NJW* 1993 p.240; J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración europea*, Madrid 1988; J.A.E. VERVAELE, "Poderes sancionadores de/en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?", *Revista Vasca de Administración Pública*, n°37 (1993) pp.175 y ss.; H. VON GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991 § 172.3 p.4532.

En el Tratado de la Comunidad Europea se *presupone* el poder sancionador cuando se regulan las atribuciones del Tribunal de Justicia de las CCEE (artículo 229, antiguo artículo 172 del TCE; artículo III-363 de la Constitución Europea ⁶²⁵).

En efecto, también en la Constitución Europea se hacen menciones al Derecho sancionador en contextos diferentes (artículo III-163, III-173, III-184.10.d, III-190.3, III-271.1 y 2 y III-363).

Dentro de las normas sobre competencia, el artículo 83 del TCE (apartado 2.a, antiguo 87.2.a, tras la Constitución Europea, artículo III-163) se anuncian disposiciones cuyo objeto es garantizar la observancia de las reglas de la competencia previstas en el Tratado, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas.

Sin salir del Derecho comunitario de la competencia, pero por referencia ahora al Derecho derivado, en materia sancionadora es obligado citar el famoso, aunque ya derogado, Reglamento nº17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (Reglamento 17/62), dictado al objeto de garantizar el cumplimiento de los artículos 81 y 82 (antiguos 85 y 86) del TCE (prohibición de acuerdos colusorios de la competencia, interdicción de abusos de posición dominante).

En efecto, este Reglamento fue derogado por otro posterior (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo, igualmente, a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Diario Oficial nº L 001 de 04 de enero de 2003).

En dicho Reglamento 17/62 se preveían ya, junto a ciertas medidas de dirección y supervisión en favor de la Comisión Europea, un régimen de multas contra las empresas o asociaciones de empresas que contraviniesen ciertos deberes de lealtad o colaboración con la Comisión en cuanto a la presentación incompleta o falseada de los datos requeridos por aquélla (artículos 15 y 16). Igualmente, se facultaba a la Comisión para imponer multas por la simple infracción de los artículos 81 y 82 del TCE. Y se establecían, finalmente, multas coercitivas a fin de obligar a las empresas o asociaciones a poner término a las infracciones de los artículos 81 y 82 que pudieran cometerse.

La otra pieza que faculta la adopción de decisiones por la Comisión Europea, en el ámbito sancionador del Derecho de la competencia, es el Reglamento del Consejo nº1017/68, de 19 de julio de 1968 (DOCE L 175/1, de 23 de julio de 1968) por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transpor-

⁶²⁵ Pueden verse, asimismo, los artículos 83 del Tratado EURATOM y 47, 50, 58, 64, 65, 66, 83, etc. del Tratado CECA.

tes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, con un régimen próximo al previsto en el Reglamento 17/62 ⁶²⁶.

Puesto que, posteriormente, la jurisprudencia del TJCE ha aclarado que las normas de competencia se aplican al sector del transporte, este sector debe estar sometido a las disposiciones de procedimiento del citado Reglamento 1/2003. De ahí que este Reglamento 1/2003 derogue el Reglamento n° 141 del Consejo, de 26 de noviembre de 1962, sobre la no aplicación del Reglamento n° 17 al sector de los transportes y modifique los Reglamentos (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 4056/86 y (CEE) n° 3975/87, para suprimir las disposiciones específicas de procedimiento en ellos recogidas.

Al margen de estos supuestos (en especial el Derecho de la competencia), otras veces lo más que pueden encontrarse en el Tratado de la CE son cláusulas de contenido vago o genérico que pueden llegar a relacionarse con la posibilidad de imponer sanciones en el ámbito comunitario, como ocurre en el contexto de la política agraria, con el artículo 34.2 (antiguo 40.3), donde se encuentra una habilitación para dictar todas las “medidas necesarias” para alcanzar los objetivos de la política agraria comunitaria. O como ocurre, asimismo, en materia de transportes ⁶²⁷, con el artículo 75 (antiguo 79 del TCE), donde también se invita al Consejo a “adoptar las disposiciones necesarias (...)”. En este último caso, de los transportes, y en desarrollo de dicho artículo 79 del TCE, es preciso tener en cuenta

⁶²⁶ El Reglamento n°1017/68 ha sido modificado (concretamente sus artículos 1 a 4 y 30) por el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. El Reglamento n°1017/68 tenía su origen en virtud del Reglamento 141/62 (DOCE 124, de 28 de noviembre de 1962, p.2751), que excluía del ámbito de aplicación del Reglamento 17/62 los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. El engarce con el TCE, de esta reglamentación específica en el ámbito de los transportes, puede verse en sus artículos 70 a 80 (antiguos 74 a 84) y 3f.

Un ejemplo de aplicación del Reglamento del Consejo n°1017/68, de 19 de julio de 1968, por haberse vulnerado el artículo 81 (antiguo 85) del Tratado de la CE, puede ser la STPI, de 21 de octubre de 1997 (asunto T-229/94), declarando válida la sanción impuesta por la Comisión.

Existían, además, otras reglamentaciones específicas en este ámbito de los transportes. Importante han venido siendo los Reglamentos 4056/86, para el transporte marítimo; 3975/87 y 3976/87, aplicables al transporte aéreo; asimismo, fundamental era el Reglamento 1630/69, de la Comisión, de 8 de agosto, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del Reglamento 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968 (DOCE L 209, de 21 de agosto de 1969). Recientemente, el Reglamento 3975/87 ha sido derogado por el Reglamento 411/2004, que también ha venido a modificar los citados Reglamentos 3976/87 y 1/2003. Igualmente, el Reglamento 2842/98, que había derogado en su día el citado Reglamento 1630/69, acaba de ser derogado y sustituido por el Reglamento 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁶²⁷ Otros ejemplos de aplicación de esta misma técnica normativa son el artículo 40.1 y el artículo 42 (antiguos artículos 49.1 y 51) respecto de la libre circulación de personas, servicios y capitales.

un Reglamento del Consejo, 11/60⁶²⁸, relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte comunitario.

En defecto de un apoyo normativo más preciso, el clásico artículo 235 (hoy artículo 308) del TCE siempre queda como una vía para establecer las sanciones correspondientes, así como el artículo 202 (antiguo 145) del TCE, en tanto en cuanto faculta al Consejo para atribuir a la Comisión las “competencias de ejecución” de las normas que adopte el Consejo.

En fin, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, las sanciones disciplinarias se imponen en virtud del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas⁶²⁹ y para el caso en que el funcionario haya omitido alguna de las obligaciones que le corresponden, por ejemplo el deber de proporcionar a la Comisión su domicilio particular (según la STJCE de 21 de abril de 1994 C-22/1993, Rec.1994 I-1375, confirmando la legalidad de la sanción por reconocerse dicha obligación en el artículo 55 y por estar prevista la sanción en el artículo 86.2.B de dicho Estatuto).

2. Posibles variantes en cuanto al establecimiento, aplicación y ejecución material de las sanciones comunitarias.

La evolución del sistema que acaba de ser explicado a grandes rasgos ha llevado en efecto a consolidar ciertas “variantes” en cuanto al establecimiento, aplicación y ejecución de las sanciones comunitarias.

Puede ocurrir que las sanciones estén previstas en una normativa dictada por el Consejo, correspondiendo a la Comisión Europea la imposición y definición de la sanción que corresponda respetando para ello los marcos generales previstos en dicha normativa, como ocurre en el ámbito del Derecho de la competencia (sistema del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado y ya antes del Reglamento 17/62, sustituido por aquél).

Podrá ocurrir también que dichas sanciones previstas en la reglamentación del Consejo deban aplicarse y ejecutarse por las Administraciones de los Estados

⁶²⁸ DOCE L n°52 de 16 de agosto de 1960 p.127, modificado por el Reglamento 3626/84, del Consejo, DOCE L n°335, de 22 de diciembre de 1984.

⁶²⁹ Estatuto aprobado por Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n°259/68, del Consejo, de 29 de febrero de 1968 (DOCE L n°56 de 4 de marzo de 1968), recientemente modificado sustancialmente por el Reglamento (CE, Euratom) n°723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004 (DO L n°124 de 27 de abril de 2004).

miembros (sistema del Reglamento nº2988/95 del Consejo de 18 de diciembre de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las CCEE, DOCE L 312/1, de 23 de diciembre de 1995).

Pero podrá asimismo suceder que sea la Comisión quien dicte la norma, debiendo los Estados miembros determinar y ejecutar las sanciones aplicables (sistema propio de los ámbitos de la agricultura y pesca).

Así pues, lo normal es que exista una primera referencia normativa sobre las sanciones, realizada por el Consejo o por la Comisión, pero que la determinación de la sanción se deje a estimación de otra instancia diferente (la Comisión o los Estados miembros).

En todo caso, la ejecución, entendida como simple realización material de resarcimiento de la deuda contraída y no como determinación de la sanción aplicable, corresponderá a los Estados miembros (artículo 256 del TCE; antiguo 192) ⁶³⁰.

3. Las garantías de los destinatarios de las sanciones impuestas por las instituciones comunitarias; críticas y avances.

Puede profundizarse en las afirmaciones anteriores poniendo de manifiesto los problemas jurídicos que plantea el Derecho sancionador en el ámbito comunitario. Tomo ahora como referencia el primer caso planteado (imposición de la sanción por la Comisión), reservando para más adelante el estudio de los supuestos en los que los Estados miembros aplican las sanciones, pensando en todo caso en la imposición de la referida sanción a una empresa de la Unión.

Tradicionalmente, es decir en aplicación del Reglamento 17/62, venían existiendo ciertas deficiencias en el plano de las garantías de los destinatarios de las sanciones sin perjuicio de que dicho Reglamento previera algunas de ellas⁶³¹. Según

⁶³⁰ El artículo 256 del TCE declara la ejecutoriedad de las decisiones del Consejo y de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados, estableciendo acto seguido que la ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo (...).

⁶³¹ En el citado Reglamento 17/62 eran destacables estas garantías: en primer lugar, la imposición de las sanciones se condiciona a la existencia de dolo o culpa (responsabilidad subjetiva); en segundo lugar, se prevé un tope máximo y un límite mínimo dentro de los cuales la Comisión determina la sanción, fijándose la cuantía (y por tanto la sanción) en función de la gravedad del hecho y la duración de la infracción. En tercer lugar, se reconoce un derecho de audiencia en favor de los interesados, quienes pueden además recurrir las decisiones de la Comisión ante el Tribunal de Justicia (sobre esto en la jurisprudencia del TJCE puede verse en este contexto la sentencia de 21 de septiembre de 1989, asunto 46/87 y 227/88, Hoeschst contra Comisión Rec.1989 pp.2859 y ss.). En cuarto lugar, la Comisión está obligada a guardar secreto respecto de las informaciones obtenidas y debe, asimismo, publicar las decisiones que adopte.

esto, las sanciones que venía imponiendo la Comisión Europea se tipificaban de modo excesivamente abierto o genérico. En consecuencia, la cuantía de la sanción se determinaba por la Comisión (con tal de atenerse al criterio de la gravedad del hecho y de la duración de la infracción ⁶³²). Pero es que incluso el propio régimen jurídico que debía seguirse para la imposición de la sanción llegaba a definirse por la Comisión, ante las lagunas y carencias de la normativa que es aplicada.

El Tribunal de Justicia no parece poner muchas objeciones frente a este sistema. El Tribunal se limita a observar si la Comisión se ha extralimitado, de forma abusiva, en el ejercicio de este tipo de funciones: "la Comisión debe disponer de un margen de apreciación al fijar su importe, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre la competencia" (STPI de 21 de octubre de 1997, asunto T-229/94; igualmente, sentencia del mismo tribunal, de 14 de mayo de 1998, asunto T-347/94).

Siendo éste el postulado, el control judicial se desarrolla poniendo límites a la "discrecionalidad" de la Comisión. El Tribunal exige a la Comisión, concretamente, ciertas condiciones de motivación suficiente en cuanto a la determinación de la sanción que se impone y por tanto de su cuantía. De ahí que pueda decirse que la decisión de la Comisión será siempre conforme a Derecho con tal de que la sanción "se calcule tomando como base la consideración sistemática de determinados datos precisos". "El alcance de la obligación de motivación debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, que la gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, tales como, entre otros, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas" (STPI de 14 de mayo de 1998, asunto T-334/94).

Pero, a mi juicio, la cuestión no puede estar en si la Comisión ha definido con corrección el régimen sancionador aplicable o si, por contra, ha incurrido en algún exceso. Más bien, ¿cómo justificar que discrecionalmente pueda definirse el régimen sancionador por la misma instancia que impone la sanción?

No parece satisfactoria por tanto la doctrina jurisprudencial en cuya virtud "la Comisión tiene la facultad, incluso la obligación, de graduar el importe de las multas

⁶³² Se establecía concretamente un límite mínimo y un límite máximo. Así, en el artículo 15 del Reglamento 17/62 se preveía que la Comisión podría, mediante decisión, imponer a las empresas o asociaciones de empresas multas que vayan de un mínimo de mil unidades de cuenta a un máximo de un millón de unidades de cuenta, pudiéndose elevar este límite máximo hasta el 10% del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción cuando, deliberadamente o por negligencia:

- a) Cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85, o del artículo 86 del Tratado o
- b) Contravengan una obligación impuesta en virtud del artículo 8.

en función de las circunstancias de la violación y la gravedad de la infracción" (STJCE de 12 de noviembre de 1985, asunto 183/83, Krupp Stahl AG contra Comisión, Rec.1985 p.3609), por ser exigible una aplicación de tipos normativos concretos ⁶³³.

Ante las lagunas del Derecho sancionador comunitario, el Tribunal a veces desarrolla principios o garantías jurídicas, en la línea de aquéllas que son propias de los Derechos de los Estados miembros, como ocurre con el principio de individualización de la sanción.

Así ocurre con la sentencia del TPI de 14 de mayo de 1998 (asunto T-334/94) ⁶³⁴. Este fallo enjuicia la legalidad de una decisión de la Comisión que se basa en "el concepto de infracción única y global" en virtud del cual basta con constatar que el cártel en su conjunto ha infringido el Tratado de la CE para poder imponer la sanción a cada una de las empresas participantes: "la infracción única se confunde con el cártel en su conjunto o con el cártel global y se caracteriza por una conducta continua seguida por varias empresas que perseguían un objetivo ilegal común", derivándose una "responsabilidad unitaria en el sentido de que se considera responsable del cártel global a toda empresa vinculada a él cualesquiera que sean los elementos constitutivos con respecto a los cuales se haya probado su participación".

⁶³³ En este contexto es criticable también el deficiente planteamiento que se deriva de la inexistencia de una norma general de procedimiento, deficiencia especialmente grave en los procedimientos sancionadores; véase S. MARTÍNEZ LAGE, "El procedimiento sancionador en el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín 116 pp.1 a 4.

Sin embargo, la Comisión en sus Informes anuales sobre la política de la competencia parece estar plenamente convencida de la corrección de este régimen jurídico, cuando menos en el caso de la imposición de sanciones a las empresas por vulneración del Derecho de la competencia. Así, en el *XXVIII Informe sobre la política de la competencia, 1998*, Luxemburgo 1999 p.33 ("La política de la Comisión en materia de multas") considera suficiente la aprobación de una serie de "directrices para el cálculo de las multas": "una de las principales innovaciones de este nuevo mecanismo consiste en la modulación del importe de las multas que se determina en función de la gravedad y de la duración de la práctica examinada. Se podrán aplicar incrementos o reducciones de este importe de base para tener en cuenta circunstancias agravantes o atenuantes". Se mencionan las circunstancias que toma en cuenta la Comisión para determinar las causas atenuantes (cooperación de la empresa, interrupción en la infracción, etc.) y las agravantes (reincidencia, negativa a cooperar).

En el reciente *XXXIII Informe sobre la política de la competencia, 2003*, Luxemburgo 2004, se continúa en esta línea de modular las multas impuestas por la Comisión con base en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia (p.23).

⁶³⁴ Otros ejemplos, poniendo de manifiesto los casos en los que el Tribunal comunitario afianza ciertos principios típicos del Derecho administrativo sancionador, tomando como base los principios comunes de los Derechos de los Estados miembros, pueden verse en P. PLAZA VENTURA, *Las sanciones comunitarias europeas: su aplicación a las empresas*, Pamplona 1999 pp.277 y ss. y p.323; igualmente, C. PICO LORENZO, "Incidencia sustantiva y procedimental en el ámbito sancionador con especial referencia a su exigibilidad", en: CGPJ *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid 1997 pp.503 y ss.

Pues bien, el Tribunal aprueba este sistema a condición de que la Comisión acredite que cada una de las empresas, o bien prestó su consentimiento para la adopción del plan global que incluía los elementos constitutivos del cartel, o bien participó directamente. De esta forma el Tribunal desarrolla el principio de individualización de la sanción. En el caso planteado esta doctrina sirvió para aprobar la decisión de la Comisión ya que "la Comisión no ha imputado a la demandante la responsabilidad por la conducta de otros productores ni ha apreciado su responsabilidad basándose únicamente en su participación en el GEP"⁶³⁵.

En este punto intermedio entre la flexibilidad o eficacia y la legalidad en el que parece querer situarse la jurisprudencia comunitaria se situaría también la STPI de 10 de julio de 1997 (AssiDoman Kraft Products AB y otros contra Comisión, asunto T-227/95, Rec.II-1185) cuando afirma que "nada prohíbe a la Comisión pronunciarse en una única decisión sobre varias infracciones de las normas del Tratado en materia de competencia, incluso cuando algunos destinatarios son ajenos a alguna de estas infracciones, siempre que la decisión permita a todos y cada uno de los destinatarios identificar con precisión las imputaciones formuladas en su contra".

En ciertas reglamentaciones relativas a sanciones se han podido realizar, asimismo, ciertos progresos jurídicos esencialmente en el ámbito de las garantías de tipo procedimental frente a la imposición de las sanciones. En materia de prescripción es preciso tener en cuenta ciertas normas sectoriales donde se prevén plazos de prescripción, concretamente el Reglamento 2988/74, del Consejo, de 26 de noviembre⁶³⁶, sobre prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del Derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea (modificado y completado por el Reglamento 1/2003) y el Reglamento del Consejo, nº2988/95, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las CCEE⁶³⁷.

Sobre la necesidad de contar con un criterio normativo, aplicable por la Comisión en materia de prescripción de las infracciones, incluso ha llegado a pronunciarse el TJCE en su sentencia de 14 de diciembre de 1972 (Boehringer Mannheim GmbH contra Comisión, Rec.1972-II p.1290) reaccionando contra la posición de la Comisión, que también consideraba tener discrecionalidad para fijar los plazos de prescripción (precisamente esta sentencia dio origen al citado Reglamento 2988/74).

Ha sido objeto de una especial regulación en reglamentos sectoriales, igualmente, el principio de audiencia, así primeramente por el Reglamento de la Comisión

⁶³⁵ Puede verse también la STJCE de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P.

⁶³⁶ DOCE L 319, de 29 de noviembre de 1974.

⁶³⁷ DOCE L 312, de 23 de diciembre de 1995.

99/63, de 25 de julio, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº17 del Consejo ⁶³⁸, o por el Reglamento de la Comisión 1630/69, de 8 de agosto relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del Reglamento 1017/68, posteriormente sustituidos y derogados ambos por el Reglamento 2842/98, el cual a su vez se deroga y sustituye por el Reglamento 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado.

No obstante todo esto, este sistema sancionador viene siendo deficiente en el plano normativo (ante la dispersa y desigual normativa y la imprecisa determinación de tipos y garantías jurídicas) y poco brillante en el propio plano de su aplicación judicial. En este sentido, y sin perjuicio de que el grueso del problema afecta al primero de los dos planos mencionados, lo cierto es que el TJCE podría mostrar una actitud más crítica con el Derecho sancionador comunitario haciendo progresar el Derecho administrativo sancionador en el ámbito comunitario. Lo característico, en sentido histórico, en los Derechos de los Estados miembros (y de ello han sido buenos ejemplos el Consejo de Estado francés o el Tribunal Superior de Justicia de Prusia o el Tribunal Supremo español) ha sido la elaboración del Derecho administrativo por vía jurisprudencial cuando esto ha sido necesario.

Un ejemplo que serviría para poner de manifiesto este tipo de afirmaciones puede ser la STPI de 14 de julio de 1995 (asunto T-275/94), donde se examina la legalidad de distintas prácticas administrativas seguidas por la Comisión en aplicación del citado *supra* Reglamento 17/62. Como ya nos consta, en estos casos el control judicial se desarrolla sobre los posibles excesos en que haya podido incurrir la Comisión Europea a la hora de definir el régimen jurídico de la sanción aplicable.

En realidad, el régimen a seguir para determinar las distintas incidencias que plantee la imposición de la multa se determina por la propia Comisión discrecionalmente, ante las lagunas en un plano normativo.

“Debe recordarse (dice la referida sentencia) que, en virtud del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº17, la Comisión tiene la facultad de imponer multas a las empresas (...)”. “La facultad que tiene la Comisión a este respecto comprende la de fijar la fecha en que la multa será exigible y aquella en que empezará a devengar intereses de demora, fijar el tipo de estos intereses y establecer cómo deberá ejecutarse su Decisión, exigiendo en su caso, la prestación de un aval bancario en garantía del capital y de los intereses de la multa impuesta”.

Significativa es también la referencia de esta sentencia al sistema cautelar procedente en materia sancionadora:

⁶³⁸ DOCE 127, de 20 de agosto de 1963.

“Debe recordarse que, en virtud del artículo 185 del Tratado, los recursos interpuestos ante el Juez comunitario no tienen efecto suspensivo”. “De ello se deduce que las Decisiones de la Comisión llevan aparejada ejecución y que las multas que imponen son exigibles desde la expiración del plazo señalado por la Comisión en su Decisión”.

Parece evidente que, argumentando de esta forma, se está eludiendo la garantía de suspensión de la ejecución de la decisión sancionadora. En realidad, depende de la Comisión la posibilidad de declarar ejecutiva la sanción, así como la propia reclamación de intereses o la sustitución de la ejecución de la multa por la prestación de un aval bancario en garantía del pago de la multa. Esto último es posible, según el tribunal, “conforme a una práctica habitual”, “conforme a la pauta general”.

En definitiva, la Comisión podrá definir el régimen jurídico aplicable para imponer la sanción siempre que “no se haya infringido una norma de Derecho comunitario o violado un principio general del Derecho”; la sentencia admite también que la Comisión base su práctica administrativa en las “normas comúnmente admitidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales”.

Pero este criterio citado en último lugar podrá justificarse en un plano judicial (a efectos de integrar posibles lagunas del Derecho comunitario) o también en el propio plano “legislativo” (a la hora de regular el régimen jurídico sancionador). Sin embargo, ¿cómo justificar que la Administración (en nuestro caso comunitaria) llegue a definir el régimen jurídico aplicable a la imposición de sanciones conforme a la costumbre o práctica administrativa de los Estados miembros? Tan importante es perfeccionar los grandes aspectos institucionales de las Comunidades Europeas como desarrollar los “modestos temas” de Derecho administrativo que se plantean cuando los ciudadanos entablan relación jurídica con la Administración comunitaria.

Finalmente, insistir en que, como ha podido comprobarse, las sentencias citadas *supra* proceden del Tribunal de Primera Instancia (sentencias con cita de asunto T-). Según la Corte (recuérdese, sentencias con cita de asunto C-) “es importante recordar que el Tribunal de Primera Instancia dispone de una competencia jurisdiccional plena cuando resuelve sobre el importe de las multas impuestas a empresas por haber infringido el Derecho comunitario y no corresponde al Tribunal de Justicia, cuando se pronuncia sobre cuestiones de Derecho en el marco de un recurso de casación, sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en la materia por la suya propia” (STJCE de 16 de noviembre de 2000, asunto C-248/98 P).

Todo este planteamiento que hemos venido exponiendo se ha perfeccionado en parte a raíz del nuevo Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Este Reglamento deroga el Reglamento 17/62, modifica los Reglamentos 2988/74, 4056/86, 3975/87, 19/65, 2821/71, 1534/91,

3976/87, 479/92, y contempla el siguiente esquema desde el punto de vista de las garantías en su capítulo VI relativo a las “sanciones”:

En el artículo 23 se recoge el principio de competencia atribuyendo a la Comisión la potestad sancionadora (y en el artículo 24 la posibilidad de imponer multas coercitivas).

En este mismo artículo 23 se tipifican ciertos grupos de actuaciones y se impone una multa partiendo de un porcentaje referido al volumen de negocios de la empresa. El primer grupo de infracciones se refiere a la ausencia de deberes de colaboración con la Comisión por parte de las empresas (siendo la multa de “hasta un 1 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior”). El segundo grupo de infracciones alude a la contravención de disposiciones materiales del Derecho de la competencia y la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Como garantía, en el artículo 23, la multa se condiciona a la actuación de la empresa de “forma deliberada o por negligencia” siguiéndose por tanto un modelo de responsabilidad subjetiva.

Además, en el artículo 27 se recoge un derecho de audiencia de las partes, de los denunciantes y de terceros, y de participación en los procedimientos sancionadores ⁶³⁹.

⁶³⁹ Concretamente: “1. Antes de adoptar las decisiones previstas en los artículos 7, 8, 23 y en el apartado 2 del artículo 24, la Comisión ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido por la Comisión la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados por la Comisión. La Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones. Los denunciantes participarán estrechamente en el procedimiento. 2. Los derechos de la defensa de las partes estarán garantizados plenamente en el curso del procedimiento. Tendrán derecho a acceder al expediente de la Comisión, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas en la protección de sus secretos comerciales. No se podrá acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. En particular, el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14. Lo dispuesto en este párrafo no impedirá que la Comisión utilice o difunda la información necesaria para demostrar una infracción. 3. Siempre que la Comisión lo considere necesario, podrá también oír a otras personas físicas o jurídicas. Si personas físicas o jurídicas que justifiquen tener un interés suficiente pidieran ser oídas, se atenderá su solicitud. Las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán solicitar también a la Comisión que oiga a otras personas físicas o jurídicas. 4. Cuando la Comisión se proponga adoptar una decisión en virtud de los artículos 9 o 10, publicará un breve resumen del asunto y el contenido fundamental de los compromisos o de la línea de acción propuesta. Los terceros interesados podrán presentar observaciones en un plazo que fijará la Comisión en su publicación y que no podrá ser inferior a un mes. La publicación respetará el legítimo interés de las empresas por proteger sus secretos comerciales”.

En el artículo 28 se prevé un deber de secreto: "la Comisión y las autoridades de la competencia de los Estados miembros, así como sus funcionarios, agentes y demás personas que trabajen bajo la supervisión de esas autoridades, y también los funcionarios y agentes de las otras autoridades de los Estados miembros, estarán obligados a no divulgar la información que hayan recopilado o intercambiado en aplicación del presente Reglamento y que, por su naturaleza, esté amparada por el secreto profesional".

En el artículo 31 se reconoce la garantía judicial.

Rige un deficiente principio de responsabilidad subsidiaria y solidaria (art. 23).

Se han matizado, en el artículo 25, las normas sobre prescripción tanto de la infracción como de la sanción.

No obstante, el hincapié se hace en las reglas de interrupción de la prescripción.

En general, y éste es el dato más importante, el hincapié de todo este sistema normativo (pese a haberse matizado el régimen de garantías) sigue estando en atribuir prerrogativas a la Comisión en aras de la eficacia de la imposición de la sanción.

4. Sanciones impuestas por los Estados miembros.

El estudio sobre el Derecho sancionador y Derecho comunitario quedaría incompleto si no se aludiera a las sanciones que aplican los Estados miembros como consecuencia de la reglamentación comunitaria ⁶⁴⁰.

Habitual en la práctica jurídico-comunitaria es disponer que sean los Estados miembros quienes adopten las medidas necesarias para lograr la efectiva aplicación

⁶⁴⁰ Otro tema diferente es, finalmente, el de la imposición de multas frente a los Estados, en la fase de ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia (artículo 228, antiguo 171; STJCE de 4 de julio de 2000, asunto C-387/97) o, en segundo lugar, en el contexto de la ejecución de una política comunitaria (en este caso, de la "política económica", artículo 104.11; antiguo 104.C.11 del TCE). También es preciso considerar las sanciones impuestas a terceros Estados; véase M. CAMPINS ERITJA, "La aplicación de las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad por parte de la Comunidad Europea. Comentario a la TJCE de 30 de junio de 1996, Bosphorus Hava", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996 2; F. CASTILLO DE LA TORRE, "Derecho comunitario, Derecho de los Tratados y sanciones económicas. Comentario a la sentencia del TJCE de 16 de junio de 1998, Racke, C-162/96", *Revista de Derecho comunitario*, 1998 4 pp.549 y ss.; igualmente, A. OLESTI RAYO, "Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la Comunidad Europea contra la República Federativa de Yugoslavia", *Revista de Derecho comunitario*, 1997 1 pp.195 y ss.; M. PALOMARES AMAT, "El efecto de sanciones económicas sobre terceros Estados no destinatarios (comentario a la STJCE de 20 de julio de 1996, Bosphorus, asunto C-84/95)", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, "Sanciones económicas comunitarias. Dos casos paradigmáticos: las crisis yugoslava y libia", *Gaceta Jurídica de la CE*, 1992 D-16 p.215. Véanse también los artículos 133 y 301 del TCE.

de la norma comunitaria, *técnica* acorde con el principio de autonomía institucional, en virtud del cual los órganos competentes y los procedimientos que han de utilizarse vienen determinados por el propio Derecho del Estado miembro ⁶⁴¹.

Un supuesto donde se ha desarrollado de forma especial este sistema de administración indirecta en cuanto a la determinación y ejecución de las sanciones necesarias para lograr el cumplimiento efectivo de la norma comunitaria es el de las sanciones impuestas en materia agrícola y de transporte ⁶⁴².

Un caso singular, diferente de estos clásicos ejemplos, es el del Reglamento del Consejo nº2271/96, de 22 de noviembre, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (DOCE L nº309 de 29 de noviembre de 1996) ⁶⁴³, que fue dictado con el fin de contraatacar las restricciones (a la libertad de comerciar con terceros países) que imponen ciertas "leyes, reglamentaciones y otros instrumentos legislativos (dictados por los EEUU) con los que se pretenden regular las actividades de personas físicas y jurídicas dependientes de la jurisdicción de los Estados miembros". Por lo que aquí respecta, interesa la cláusula de este Reglamento en virtud de la cual "cada Estado miembro determinará las sanciones que deban imponerse en caso de vulneración de cualquier disposición pertinente del presente Reglamento. Estas sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasivas". Concretamente, estas sanciones se imponen a aquéllos que incumplan el deber de

⁶⁴¹ Véase J. RIDEAU, "Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire", *AFDI* 1972 p.885. Véase, asimismo, B. VILÁ COSTA, "El régimen jurídico de las sanciones por infracciones comunitarias", *Revista de las Instituciones Europeas*, nº3 (1991) pp.821 y ss.

⁶⁴² Un ejemplo puede ser el Reglamento de la Comisión nº2537/89, de 8 de agosto de 1989 por el que se establecen las normas de aplicación de las medidas especiales para las semillas de soja, donde se prevé que los Estados miembros han de sancionar, al particular que omite su deber de notificar las alteraciones en las superficies sembradas, con la revocación de la ayuda concedida (STJCE de 12 de octubre de 1995, asunto 104/94).

Pueden considerarse además ciertas normas de "complemento" de las disposiciones específicas relativas a controles y sanciones establecidas por la Comisión, así el Reglamento nº1469/95 del Consejo, sobre medidas que deben adoptarse en relación con determinados beneficiarios de operaciones financiadas por el FEOGA (artículo 3, donde se establece la necesidad de que los Estados ejerzan ciertos controles para evitar irregularidades) o el Reglamento nº 595/91 del Consejo, de 4 de marzo de 1991, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente abonadas en el marco de la financiación de la política agraria común (artículo 7, donde se prevé la recuperación, por parte de los Estados, de los importes pagados indebidamente).

⁶⁴³ Su artículo 8 ha sido modificado por el Reglamento nº 807/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE las disposiciones relativas a los comités que colaboran con la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos del Consejo adoptados con arreglo al procedimiento de consulta -unanimidad- (DOUE L nº 122 de 16 de mayo de 2003).

notificación a la Comisión de estar afectado por una de dichas leyes de indebida observancia (las cuales se llegan a enumerar en el Anexo del citado Reglamento). En fin, este Reglamento comunitario ha dado origen, en España, a la Ley 27/1998, de 13 de julio, donde se prevén las sanciones aplicables ⁶⁴⁴.

En todos estos supuestos podría hablarse de un "deber de sancionar" de los Estados miembros cuando sea preciso tutelar el bien jurídico protegido en la norma comunitaria. "Deber" que se deriva del propio artículo 10 (antiguo 5) del TCE, en virtud del cual "los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad".

En este sentido, el TJCE deja claro que "los Estados miembros (deben) adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, incluyendo si es necesario la vía penal" (auto del TJCE de 13 de julio de 1990, asunto C-2/1988, Zwartveld, Rec.1990 p.I-3365; y STJCE de 10 de abril de 1984 asunto 14/83, von Colson and Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen, Rec.1984 p.1891).

Esta jurisprudencia no es sino concreción del criterio jurisprudencial, que rige la ejecución indirecta del Derecho comunitario, en virtud del cual la ejecución del Derecho comunitario remite a la legislación de los Estados miembros debiendo éstos procurar su ejecución efectiva.

En esta línea, la Comisión Europea ha insistido especialmente en la necesidad de que los Estados miembros ejecuten debida o cumplidamente el Derecho comunitario, mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias ⁶⁴⁵.

Por otra parte, si bien en principio queda a discrecionalidad del Estado miembro la aplicación de los métodos oportunos y la elección de la sanción

⁶⁴⁴ Para profundizar en el tema, consúltense los trabajos de S. GARCÍA CANO, "La aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea: trayectoria jurisprudencial", *Revista Noticias de la Unión Europea* nº169 1999, pp.55 y ss.; y su trabajo en la *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1998 4 pp.721 y ss.; C. LÓPEZ-JURADO, "La controversia entre la Unión Europea y Estados Unidos relativa a la Ley Helms-Burton", *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997 2 pp.581; J. SÁNCHEZ-TARAGAZA Y MARCELINO, "La libre competencia en el mercado Único Europeo y en EEUU: la cooperación internacional en la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia", *Comunidad Europea Aranzadi* nº7 1996, pp.33 y ss.

⁶⁴⁵ Interesante es la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo: Consulta relativa al Libro Verde sobre la liberalización de la infraestructura de telecomunicaciones y las redes de televisión por cable (COM 95, 162 final, de 3 de mayo de 1995). Sobre éste y otros documentos en este sentido, P. PLAZA VENTURA, *Las sanciones...* p.134.

misma, el TJCE, al mismo tiempo que ha ido resolviendo los litigios planteados, ha desarrollado una serie de principios o exigencias cuya observancia recae sobre los Estados miembros a la hora de imponer las sanciones en el caso concreto. Esta afirmación tiene especial interés desde el punto de vista del "Derecho administrativo europeo", por servir de ejemplo del fenómeno de aplicación de unos mismos principios jurídicos en los distintos Derechos de los Estados miembros a través de la ejecución del Derecho comunitario, en nuestro caso a través de la imposición de las sanciones.

Por ejemplo, la sentencia del TJCE de 12 de octubre de 1995 (asunto C-104/94) responde a la cuestión prejudicial planteada afirmando la necesidad de que el tribunal *a quo* aplique el "principio de culpabilidad" a efectos de determinar si la autoridad nacional puede imponer la sanción (puede verse también la STJCE de 11 de noviembre de 1999, asunto C-48/98, para el concepto de "negligencia").

En esta línea, la sentencia del TJCE de 23 de enero de 1997 (asunto C-29/95) sienta que "cuando un Reglamento comunitario no prevea una sanción específica en caso de infracción, sino que se remita a las disposiciones nacionales, los Estados miembros conservarán una facultad discrecional para establecer las sanciones, que deberán en todo caso tener no sólo un carácter efectivo y disuasivo, sino también proporcionado. Dichas sanciones deben ser, por tanto, *adecuadas y necesarias para alcanzar el objetivo deseado sin superar los límites de lo indispensable para conseguirlo*" (igualmente, STJCE de 8 de julio de 1999 asunto C-186/98).

Otro ejemplo ilustrativo puede ser la sentencia del TJCE de 11 de julio de 1996⁶⁴⁶ cuando considera que el Derecho de un determinado Estado miembro ha de prever un procedimiento de devolución de las ayudas concedidas ilegalmente, sin que sea suficiente la previsión de un procedimiento de suspensión respecto de nuevos pagos.

Es preciso, finalmente, completar las afirmaciones anteriores aludiendo a otros dos criterios jurisprudenciales. En primer lugar, y en virtud de la STJCE de 8 de julio de 1999 (asunto C-186/98), "las consecuencias de una utilización de una ayuda del Fondo Social Europeo que no se ajuste a las condiciones fijadas en la decisión de aprobación, *no son de naturaleza penal*".

En segundo lugar, es también consolidada la jurisprudencia que sostiene que a un Estado miembro le está vedado aplicar, en contra de un particular, las disposiciones de una directiva que no ha sido incorporada al Derecho nacional (STJCE de 30 de abril de 1996, *Security International*, asunto C-194/94; asimismo

⁶⁴⁶ Asunto C-39/94.

véase la directiva 83/189) ⁶⁴⁷. La consecuencia de esta doctrina, en el ámbito sancionador, es clara: una directiva no traspuesta en el debido plazo no puede servir de fundamento para establecer sanciones o actos de gravamen en general (STJCE de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, asunto 80/86, Rec. pp.3969 y ss.). ?

⁶⁴⁷ D.L. GONZÁLEZ VAQUÉ, "La anulabilidad de los reglamentos técnicos nacionales no notificados en el ámbito de la directiva 83/189/CEE: Efectos de la jurisprudencia "Security International" en la realización del mercado interior", *Comunidad Europea Aranzadi* nº11 1996, pp.37 y ss.; F. BERROD, "Arrêt C/A Security International: Interprétation de la directive 83/189/CEE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques", *Revue du Marche Unique Européen* nº2 1996, pp.217 y ss.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA CONTRATACIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS CON LOS PARTICULARES.

Las relaciones jurídicas que los ciudadanos entablan con las instituciones comunitarias pueden también hacerse mediante contrato. Se corrobora la necesidad de investigar este tema, desconocido dentro del Derecho comunitario a pesar de su relevancia jurídica y económica.

Si la Comunidad Europea se ha mostrado especialmente severa con los Estados miembros en aras de lograr la debida incorporación de las distintas directivas de contratación pública de obras, suministros y servicios parece lógico exigir a las instituciones comunitarias que también éstas mantengan un nivel adecuado de protección de los derechos de los contratistas.

En la Unión Europea vence un sistema de contratación *pública* y este hecho se corrobora conociendo el modelo de contratación de las instituciones comunitarias.

La regulación de los contratos públicos encuentra su primera referencia en la normativa presupuestaria, concretamente en el llamado *Reglamento Financiero*⁶⁴⁸ y en su *Reglamento de ejecución*⁶⁴⁹. A efectos de aplicación de estos Reglamentos,

⁶⁴⁸ Concretamente, Reglamento (CE, Euratom), número 1605/2002, del Consejo de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L nº248 de 16 de septiembre de 2002).

⁶⁴⁹ Reglamento (CE, Euratom), nº 2342/2002, de la Comisión de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de ejecución del Reglamento financiero (DO L nº357 de 31 de diciembre de 2002).

se asimilan a las instituciones comunitarias el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, el Defensor del Pueblo y el supervisor Europeo de Protección de Datos.

En estos dos Reglamentos se contienen, pues, reglas esenciales en materia de contratos comunitarios ⁶⁵⁰. Entre dichas reglas (que se irán comentando a lo largo de este trabajo) figura la remisión a las *directivas comunitarias de contratos públicos* -de suministros, de obras y de servicios públicos- para "cuando la contratación iguale o supere los umbrales previstos en las directivas.

Todas estas normas mencionadas se refieren principalmente al momento de la adjudicación del contrato, sin perjuicio de contener alguna prescripción relativa al momento de su ejecución.

Antes de avanzar en el contenido de todas estas disposiciones, conviene terminar la referencia a las fuentes reguladoras de los contratos con la mención al *Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC* de 15 de abril de 1994 ⁶⁵¹. Por lo que respecta a la contratación comunitaria, lo significativo de este Acuerdo de 1994 es que las instituciones comunitarias deben analizar las candidaturas u ofertas de los licitadores de países firmantes de dicho acuerdo en pie de estricta igualdad con las presentadas por empresas comunitarias ⁶⁵². El Comité de Contratación Pública de la OMC elabora y publica Informes Anuales en los que

⁶⁵⁰ Concretamente, véanse los Títulos V de la Primera Parte y IV (Capítulo 3) de la Segunda Parte del Reglamento financiero y los Títulos V de la Primera Parte y III (Capítulo 3) de la Segunda Parte de su Reglamento de ejecución.

⁶⁵¹ El 1 de enero de 1995, la OMC sustituyó al GATT, que llevaba en funcionamiento desde 1947, como organización encargada de supervisar el sistema multilateral de comercio. A los países signatarios del GATT, entre ellos los Estados miembros de la UE, se les denominaba oficialmente "Partes Contratantes del GATT". Con la firma de los nuevos acuerdos de la OMC (entre los que se incluye el GATT actualizado, conocido como GATT desde 1994) se convirtieron oficialmente en "Miembros de la OMC". El Acuerdo de la OMC fue aprobado mediante la Decisión 94/800/CE en nombre de la Comunidad Europea, el 22 de diciembre de 1994 [*DOCE* L 336 (páginas 1, 2, 10 y 273 a 289), de 23 de diciembre de 1994] y entró en vigor el 1 de enero de 1996. Este Acuerdo de 1994 vino a sustituir -como regulador de la contratación pública- al propio Acuerdo de creación del GATT de 1947 y al Acuerdo sobre compras del Sector Público del GATT de 1979 (modificado en 1987). Sobre la significación de este Acuerdo puede verse la sentencia de 8 de mayo de 1996, asunto C-360/93, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. Véase también la sentencia de 7 de marzo de 1996, asunto C-360/93, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea.

⁶⁵² Los derechos de los licitadores y candidatos establecidos en terceros países signatarios del Acuerdo varían según los países y el tipo de contrato. Por otra parte, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC entra en aplicación a partir de determinados umbrales, fijados en el acuerdo, y que sirven también de pauta para la publicación de los anuncios de la serie S del DOUE.

examina el grado de cumplimiento del Acuerdo sobre Contratación Pública de 1994 ⁶⁵³.

Interesa conocer entonces las reglas jurídicas que determinan los momentos de adjudicación y de ejecución del contrato comunitario.

Rigen con carácter general los principios de publicidad y concurrencia para la contratación comunitaria; en consonancia, una adjudicación de forma directa es excepcional y sólo puede tener lugar cuando se presente alguna de las causas tasadas que la justifiquen. Al coincidir entonces esencialmente el régimen jurídico de los contratos comunitarios con el de las directivas comunitarias (véase la STPI de 14 de octubre de 1999, asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97), no presenta mayor interés realizar un estudio acerca de las reglas que han de observarse por los poderes adjudicadores de la Comunidad ⁶⁵⁴.

En el Reglamento financiero 1605/2002 la regulación de los contratos administrativos se contiene en los artículos 88 y siguientes. La definición, tipos, reglas de publicación, procedimientos, reglas de exclusión, siguen los parámetros generales de la contratación pública regida en las famosas directivas comunitarias (véanse también los artículos 167 y siguientes de esta misma norma reglamentaria).

En el Reglamento 2342/2002 (artículos 116 y siguientes) se distinguen las normas de publicidad de los contratos regulados por las directivas de contratación pública y las normas de publicidad de los contratos no regulados por las directivas de contratación pública.

Importante es el artículo 130 de este Reglamento 2342/2002 y los artículos que le suceden, ya que en ellos se contienen actualmente las regulaciones sobre la ejecución de los contratos públicos de las instituciones comunitarias.

En el artículo 130 se prevén los “documentos de licitación”. Dentro de dichos documentos se prevé el pliego de condiciones adjunto a dicha invitación, en el que figura anejo el pliego de condiciones generales aplicables a los contratos.

Por otro lado, en la invitación a licitar se precisará:

- a) Las formas de presentación de las ofertas, en particular, la fecha y hora límites, el eventual requisito de cumplimentar un modelo de impreso de respuesta, los documentos que deben adjuntarse, incluidos los documentos sobre la capacidad económica, financiera, profesional y técnica.

⁶⁵³ El último Informe Anual (de fecha 26 de noviembre de 2004) analiza las operaciones de contratación pública de las Administraciones parte del Acuerdo desde julio de 2003 hasta noviembre de 2004.

⁶⁵⁴ Para los contratos que no igualen o superen los umbrales de contratación, previstos para que entren en aplicación las directivas comunitarias, rigen también los principios de publicidad y concurrencia ().

- b) Que la presentación de una oferta implica aceptación del pliego de condiciones adjunto a la invitación y del pliego de condiciones generales correspondiente y que tal presentación vinculará al licitador durante la ejecución del contrato, si se convierte en adjudicatario del mismo.

Según este artículo 130, en el pliego de condiciones se precisarán:

- a) Los criterios de selección y exclusión aplicables al contrato, salvo si se trata de un procedimiento restringido o de los procedimientos negociados con publicación previa de un anuncio.
- b) Los criterios de adjudicación del contrato y la ponderación relativa de los mismos, si ésta no figura en el anuncio de contrato.
- c) Las especificaciones técnicas contempladas.
- d) Las exigencias mínimas a que deben atenerse las variantes en los procedimientos de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (...).

Además, en el modelo de contrato se precisará:

- a) Las sanciones previstas en caso de incumplimiento de las cláusulas del mismo;
- b) Los epígrafes que deben incluir las facturas o los justificantes de las mismas.
- c) La ley aplicable al contrato y la jurisdicción contenciosa competente.

En el artículo 131 se regulan las "especificaciones técnicas", las cuales definen las características exigidas a un producto, servicio, material u obra en relación con el uso a que el órgano de contratación los destina.

En el artículo 132 se contempla la "revisión de precios". En este sentido, en los documentos de licitación se determinará si el precio de la oferta es firme y no revisable.

En el artículo 133 se establecen las "sanciones administrativas y financieras".

Un ejemplo de anuncio de contrato de las Instituciones Europeas es el 2005/S 26-024468 recogido en el nº26 de la Serie S del Diario Oficial (de 5 de febrero de 2005): "E-Alicante: Facility Management: Planificación y ejecución de traslados para la ocupación de un nuevo edificio de oficinas". Se trata de un contrato de servicios cuyo objeto es la contratación de una empresa especializada para la planificación y ejecución de una mudanza destinada a ocupar un nuevo edificio de oficinas de la OAMI (Oficina de Armonización del Mercado Interior) en Alicante.

En esta materia el Tribunal de Luxemburgo declara abierta su jurisdicción para conocer de los litigios en materia contractual. El Tribunal tutela los intereses de los recurrentes sobre la base del artículo 230 (antiguo 173) del Tratado de la CE, que permite a toda persona física o jurídica “la interposición de un recurso contra las decisiones de las que sea destinataria”. Son numerosas las sentencias que entienden de litigios entre instituciones comunitarias y particulares en materia contractual ⁶⁵⁵.

En cuanto a la estimación del recurso, el Tribunal parte de que, en la fase de adjudicación, la entidad adjudicadora dispone de un “amplio margen de apreciación” en cuanto a los elementos que hay que valorar para decidir sobre la adjudicación del contrato; en consonancia, el control del Tribunal “debe limitarse a comprobar que no existe ningún error grave y manifiesto” ⁶⁵⁶. El Tribunal exige que la entidad adjudicadora motive la decisión de no admisión de un licitador a la fase de concurso, si bien no concreta los requisitos exigibles respecto de la motivación.

Tal como, en este sentido, afirma la STPI de 25 de febrero de 2003 (asunto T-183/00) “es jurisprudencia reiterada que el Consejo dispone de una amplia facultad de apreciación en cuanto a los elementos que hay que tener en cuenta para decidir

⁶⁵⁵ Sentencia de 28 de octubre de 1982, asunto 135/81, *Groupement des Agences de Voyages, a.s.b.l.* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.3799 y ss. § 7; STPI de 8 de noviembre de 2000 asuntos acumulados T-485/93, T-491/93 y T-61/98; sentencias de 14 de enero de 1993, asunto C-257/90, *Italsolar SpA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.I-9 y ss.; y de 19 de septiembre de 1985, asunto 33/82, *Murri frères* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.2759 y ss.; sentencia de 24 de junio de 1986, asunto 267/82, *Développement SA* y *Clemessy* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.1907 y ss.; sentencia de 4 de marzo de 1982, asunto 182/80, *H.P. Gauff Ingenieure GmbH & Co. KG* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.799 y ss.; puede verse también la sentencia de 10 de julio de 1985, asunto 118/83, *CMC Cooperativa muratori e cementisti* y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.2325 y ss. § 29; auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1990, asunto C-201/86, *Société Spie-Batignolles* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.I-197 y ss.; sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto 114/86, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.5289 y ss. §§ 12 y siguientes; sentencia de 10 de julio de 1984, asunto 126/83, *STS Consorzio per sistemi di telecomunicazione via satellite SpA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.2769 y ss.; sentencia de 2 de diciembre de 1992, asunto C-370/89, *Société générale d'entreprises électro-mécaniques SA (SGEEM)* y *Roland Etroy* contra Banco Europeo de Inversiones, Rec. pp.I-6211; sentencia de 18 de diciembre de 1986, asunto 426/85, Comisión de las Comunidades Europeas contra *Jan Zoubek*, Rec. pp.4057 y ss.; sentencia de 16 de noviembre de 1994, asunto T-451/93, *San Marco Impex Italiana SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. pp.II-1061 y ss.; etc).

⁶⁵⁶ Por eso se desestima el recurso en la STJCE de 8 de mayo de 1996, asunto T-19/95, *Adia Interim SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas. En el presente caso existía un error de cálculo en la presentación de la oferta de uno de los licitadores. El Tribunal entendió que, de este hecho, no se derivaba una obligación de ponerse en contacto (por parte de la entidad adjudicadora) con el licitador. Puede verse también la sentencia de 10 de julio de 1985 § 5.

adjudicar un contrato mediante concurso y que el control del Tribunal de Primera Instancia debe limitarse a comprobar que no existe ningún error grave y manifiesto (sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1978, Agence européenne d'intérims/Comisión, 56/77, Rec. p. 2215, apartado 20; sentencias del Tribunal de Primera Instancia Adia interim/Comisión, antes citada, apartado 49, y de 6 de julio de 2000, AICS/Parlamento, T-139/99, Rec. p. II-2849, apartado 39).

En general, se advierte una tendencia jurisprudencial generosa con las instituciones comunitarias, en materia de control de adjudicaciones contractuales (STPI de 25 de febrero de 2003, asunto T-183/00, así a la hora de redactar los pliegos, de evaluar su aplicación, de motivar las decisiones de adjudicación, etc.).

Es más, tal como he venido denunciando en ediciones anteriores de este mismo trabajo, el planteamiento garantista dista de estar desarrollado, quedando el contratista a merced de las condiciones que establezcan las instituciones comunitarias para la ejecución del contrato.

Finalmente, es interesante hacer hincapié en que el modelo de contratación de dichas instituciones es público, habiéndose desechado, por tanto, un sistema privatista para los contratos de la Administración comunitaria.

SÉPTIMA PARTE

**EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN.
EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN DEL
OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO**

CAPÍTULO PRIMERO

PROBLEMÁTICA.

Haciendo abstracción sobre los distintos temas tratados hasta el momento en este trabajo, puede afirmarse la existencia de un proceso de europeización de los Derechos de los Estados miembros, a través de ciertos cauces jurídicos, sobre distintos ámbitos tales como la contratación de la Administración, los servicios públicos, la función pública, los procedimientos administrativos, el urbanismo y medio ambiente.

De esta forma, puede decirse que el Derecho comunitario interfiere dentro del bloque de legalidad administrativa que ha de respetar y seguir la Administración pública para el ejercicio de sus funciones. Mediante la europeización de los Derechos nacionales reguladores de la actividad de la Administración pública se "manifiesta" la "presencia" de un Derecho administrativo europeo.

No obstante, a pesar de manifestarse la "presencia" del Derecho administrativo europeo no es fácil precisar e identificar su objeto. El problema al que aludo parte de las características propias del sistema comunitario de competencias. Me refiero concretamente a su carácter esencialmente finalista (a la Comunidad Europea se le ha atribuido la realización de un proyecto de paulatina integración comunitaria a través del cumplimiento de ciertos fines previstos en el TCE) así como a su carácter abierto e impreciso como resultado de la previsión en el Tratado de la CE de ciertas cláusulas generales en sus artículos 94 y 308 (antiguos 100 y 235).

En consecuencia, el Derecho comunitario está impregnado por esta misma concepción finalista, dinámica, progresiva, hecho que dificulta abiertamente la identificación de su concreta repercusión sobre los Derechos de los Estados miembros. ¿Hasta qué punto estamos más ante un "ius administrativum europaeum superior et dominans" que ante un "ius commune"?

Por tanto, la forma en que se realiza la europeización de los Derechos de los Estados miembros, mutable y desigual en cuanto a su repercusión y conforme a un programa gradual de integración comunitaria, no facilita precisamente la identificación del objeto del Derecho administrativo europeo.

En cambio, en los Estados miembros el "sistema de competencias" tiene un carácter estable e institucionalizado, no programático y finalista (por lo que la identificación del objeto del Derecho administrativo no presenta los inconvenientes anteriores) y la delimitación de competencias entre los distintos niveles territoriales se hace en función de un catálogo de competencias donde constan los respectivos ámbitos de actuación, lo que tampoco ocurre como es sabido en el ámbito comunitario ⁶⁵⁷.

Para entender bien las distintas afirmaciones que acaban de hacerse, y considerando que la formación del Derecho administrativo europeo se enfrenta con ciertos problemas que parten del sistema comunitario de competencias, parece conveniente estudiar con cierta profundidad dicho sistema y sus tendencias actuales de reforma. Es decir, la respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de afirmar un Derecho administrativo europeo depende en gran medida del modelo y futuro institucional de la Unión Europea.

⁶⁵⁷ Por todos, sobre la inexistencia de nomenclatura o cláusula de reparto de competencias en el Tratado puede verse G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona 1995, p.45.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SISTEMA COMUNITARIO DE COMPETENCIAS Y LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA.

1. Planteamientos.

En general, el tema del sistema comunitario de competencias se sitúa "en el corazón de la construcción europea" (E. GARCÍA DE ENTERRÍA ⁶⁵⁸) y a su trasluz puede evidentemente determinarse el grado de integración comunitaria, esto es la medida en que los Estados miembros están dispuestos a delegar facultades en las Instituciones europeas.

No puede, pues, extrañar que este tema ocupara un lugar preferente dentro de las cuestiones objeto de discusión de la Conferencia Intergubernamental de 1996 y del Tratado de Amsterdam ⁶⁵⁹. No obstante, el punto de referencia esencial seguiría siendo hoy la reforma de Maastricht, ya que fue a raíz del Tratado de la Unión Europea cuando se introdujo el principio de subsidiariedad en el TCE y

⁶⁵⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El proyecto de Constitución Europea", *Rivista di Diritto Europeo*, n°4 1994 p.671 y ss.; sobre la cuestión en un plano general H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *RDP* 1928 p.253; y T. DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris 1995.

⁶⁵⁹ En un plano doctrinal I. BULLAIN, "Europa y la conferencia intergubernamental de 1996", *Revista de las instituciones europeas*, 1996 1 Vol.23; pp.119 y ss.; M. HEINTZEN, "Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaften", *JZ* 1991 p.317: "el principio de subsidiariedad concretamente es el punto más conflictivo de la Conferencia Intergubernamental de 1992 y del Tratado de la Unión". Sobre dicha conferencia, en general, puede verse C. GUTIÉRREZ ESPADA, "El sistema institucional de la Unión Europea y la conferencia intergubernamental de revisión de 1996", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia* 1996 D-26 pp.139 y ss. y su trabajo sobre este mismo tema en la *Revista Noticias de la Unión Europea* 1999 173 pp.9 y ss.

cuando se produjo una significativa ampliación de competencias en favor de la Comunidad en el Tratado de la CE.

Este proceso no está exento de pugnas e incertidumbres, y los antagonismos llegan a reflejarse en el propio articulado del Tratado tras la reforma de Maastricht, tal como *infra* tendremos ocasión de comprobar.

2. Características generales del sistema de competencias de la Comunidad Europea.

La característica más sobresaliente del modelo comunitario de competencias es su sistema de atribución, según el cual la Comunidad Europea sólo es competente respecto de las materias que expresamente le han sido atribuidas por los Estados miembros, de modo que éstos se reservan el ejercicio de toda competencia no atribuida expresamente a la Comunidad en el Tratado ⁶⁶⁰. Es el principio de atribución que recoge la Constitución Europea en su artículo I-11.

Este principio se contraponen a lo que es propio en los Estados miembros, ya que como es notorio los Estados no están sometidos a tales condicionantes, por regir en este ámbito más bien un principio de competencia universal o "competencia de la competencia" (Kompetenz-Kompetenz) ⁶⁶¹,

Otro elemento esencial del sistema comunitario de la Comunidad Europea es su carácter finalista; es decir, en el ámbito comunitario existe una vinculación esencial de las competencias comunitarias respecto del cumplimiento de ciertos fines u objetivos previstos tradicionalmente al comienzo del TCE. Lo característico del sistema comunitario de competencias es que parte de consideraciones funcionales ⁶⁶².

⁶⁶⁰ Véase por todos H.P. KRAÜSER, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags*, Berlín 1991 *in totum*; y C.F. MOLINA, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid 1990 p.70.

⁶⁶¹ Tampoco el artículo 308 (antiguo 235) del Tratado de la CE confiere a la Comunidad Europea dicha Kompetenz-Kompetenz, por representar aquél, por contra, de una "cláusula o habilitación general"; véase B. BEUTLER/R. BIEBER/J. PIPKORN/J. STREIL, *Die Europäische Union* 1993 p.77; E. GRABITZ/M. HILF, *Kommentar zur Europäischen Union*, 2 volúmenes, Munich 1995 Art. 235 § 2.

⁶⁶² T. BRUHA, "Das Subsidiaritätsprinzip in Recht der EG", en A. RIKLIN/G. BATLINER (coordinador), *Subsidiarität*, Baden-Baden 1994 p.380; A. BOIXAREU CARRERA, "El principio de subsidiariedad", *Revista de instituciones europeas*, vol.21 n°3 1994 p.781: "para saber si la Comunidad Europea puede actuar en un determinado ámbito o materia habrá que examinar ante todo si la intervención proyectada responde a alguno de los objetivos previstos en el Tratado, y, a continuación, si dispone de las competencias o poderes necesarios para alcanzar o lograr dichos objetivos".

En estrecha ligazón con esta última peculiaridad se sitúa el carácter predominantemente económico del sistema de competencias de la Comunidad Europea, aun cuando la Comunidad Europea tenga también atribuidas actualmente (sobre todo tras el Acta Única Europea y los Tratados de Maastricht y Amsterdam) competencias de tipo no económico ⁶⁶³.

3. El aumento de competencias de la Comunidad Europea.

Desde un punto de vista evolutivo, el sistema competencial comunitario se caracteriza ante todo por el *aumento paulatino de atribuciones* en favor de la Comunidad Europea, experimentado desde su instauración hasta nuestros días. Esta idea encaja con la filosofía que inspira el proceso de integración europea basada en la “construcción *paso a paso* o progresiva de la Unión Europea” (Jean Monnet).

Dentro de este proceso evolutivo, un hito importante lo constituye el Acta Única Europea (por ejemplo en materia medioambiental). Y también el Tratado de la Unión Europea ha aumentado el número de competencias de la Comunidad Europea y en esta línea puede situarse también el propio Tratado de Amsterdam.

Pero en general, el sistema de atribución de competencias, esencialmente finalista de la Comunidad (artículos 2 y 3 del Tratado), sirve a tales propósitos, como ya nos consta.

En este mismo sentido, un instrumento técnico que ha servido jurídicamente para realizar esa progresiva ampliación de competencias en favor de la Comunidad Europea ha sido el artículo 308 (antiguo 235) del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente, con matices, artículo I-18 de la Constitución Europea), ya que permite el ejercicio de competencias por la Comunidad Europea más allá de los marcos expresamente previstos en el Tratado ⁶⁶⁴; en la práctica, por ejemplo, este precepto ha servido de apoyo para realizar las políticas comunitarias de medio ambiente (especialmente entre 1972 y la aprobación del Acta Única Europea) y

⁶⁶³ G.A. BERMANN, “Subsidiarity and the European Community”, en P.M. LÜTZELER, *Europe after Maastricht*, Oxford/Providence 1994, p.142: “The Single European Act ammended the Communities to bring new, essentially noneconomic matters into the Community’s legislative sphere (...)”.

⁶⁶⁴ Artículo 308 (antiguo 235) del Tratado de la Comunidad Europea: “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”.

de telecomunicaciones ⁶⁶⁵. La utilización de este artículo podría verse como un reflejo de la tendencia centripeta o centralizadora que experimentan en general los Estados federales -de concentración de funciones a su favor, en detrimento de los Estados federados- ⁶⁶⁶.

Y con esta misma intención de servir de hacer progresar el sistema comunitario de competencias se ha utilizado el artículo 94 (antiguo 100) del TCE, según el cual se faculta al Consejo para "aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros (...)".

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha contribuido también a reforzar el sistema comunitario de competencias ⁶⁶⁷. En este contexto puede hacerse referencia a la teoría de los poderes implícitos especialmente desarrollada en USA y Alemania (implied-powers theory o, en la terminología alemana, stillschweigenden, mitgeschriebenen EG-Zuständigkeiten o inhärente Zuständigkeiten y con los matices pertinentes Zuständigkeiten kraft Zusammenhang).

Los poderes implícitos están relacionados con competencias previstas expresamente en el Tratado y sirven para su realización; concretamente, la atribución misma de una competencia en el Tratado conllevaría la existencia de los poderes necesarios para el ejercicio de aquélla ⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ T. SCHRÖER, *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes*, Berlin 1992 pp.25 y ss.; otros ejemplos en U. FASTENRATH/M. MÜLLER-GERBES, *Europarecht*, Friburgo 1996 p.132.

⁶⁶⁶ Se dice, así, que con dicha utilización logra excepcionarse el principio de especialidad; véase el comentario de I.E. SCHWARTZ, en H. VON DER GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag* (4ªed.) Baden Baden 1991 Art. 235 § 16 y 17 p.5767; también R. GEIGER, *EG-Vertrag* (2ªed.) Munich 1995 Art. 235 pp.790 y ss.

⁶⁶⁷ En este contexto podría por ejemplo verse la STJCE de 31 de marzo de 1971, Comisión contra Consejo, asunto 22/70, Rec.1971 p.263 y ss., en la que el Tribunal mantiene que "los Estados miembros no pueden recuperar el ejercicio de competencias por el hecho de que la Comunidad Europea no haya iniciado su ejercicio". Asimismo, la sentencia Francovich y Bonifaci contra Italia, de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6 y 9/90, Rec.1991 p.I-5357. Véase A. ADINOLFI, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, pp.520 y ss.; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983 in toto; R. LECOURT, "Le rôle de la Cour de Justice dans le développement des Communautés", *Annuaire Européen*, 1978.

⁶⁶⁸ Véase N. EMILIOU, "Implied powers and the legal basis of community measures", *European Law Review*, 1983 pp.138 y ss.; E. GRABITZ, en E. GRABITZ/M. HILF, *Kommentar...* Art.189 § 6; G. NICOLAYSEN, "Zur Theorie von den implied powers in den Europäischen Gemeinschaften", *EuR* 1966, p.131; S. GALERA RODRIGO, "El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencia entre los Estados miembros y la Unión europea", *Gaceta jurídica europea de la CE y de la Competencia* B-103 1995, pp.5 y ss.; STJCE de 9 de julio de 1987 Alemania contra Comisión, asuntos 281, 283 a 285 y 287/85 Rec. p.3203.

En cambio, el sentido del artículo 308 (poderes "inherentes") es el de servir de cauce para la realización de una competencia no prevista en el Tratado ⁶⁶⁹. El artículo 308 (antiguo 235) del Tratado supone una cláusula apta para completar el Tratado (Vertragsergänzungsklausel) pero no puede llegar a dejar vacío el principio general de la "atribución de la competencia" ⁶⁷⁰. El artículo 308 (antiguo 235) del Tratado de la CE concretamente se aplica cuando se presenten ciertas condiciones: en primer lugar, la actividad que se pretende desarrollar ha de corresponderse con alguno de los fines de la Comunidad (artículos 2 y 3 del Tratado de la CE) y ser "necesaria" desde este punto de vista del cumplimiento de dichos fines. En segundo lugar, no ha de existir un cauce competencial previsto expresamente para realizar la actuación pretendida. De ahí que pueda establecerse una interesante distinción entre competencias por naturaleza (aquellas reguladas con precisión en el TCE) y competencias por ejercicio (que no están previstas en el Tratado y se caracterizan por el hecho del ejercicio en cuanto tal de una competencia que es necesario asumir para realizar los objetivos comunitarios).

En la práctica la teoría de los poderes implícitos no ha dado tanto juego, en el Derecho comunitario, como la técnica del artículo 308 (antiguo 235), a pesar de que aquélla no plantee los problemas jurídicos de esta última, ya que su finalidad es simplemente la de completar adecuadamente las atribuciones del Tratado.

Existen, pues, técnicas y principios jurídicos que evitan el rigor del sistema de atribución que rige a nivel comunitario. Estamos ante posibilidades de redondear las facultades normativas de la Comunidad y evitar su "encapsulamiento" (Verkapselung).

No puede, por tanto, extrañar que desde hace un tiempo se discutan especialmente estos cauces a través de los cuales han podido reforzarse las competencias de la Comunidad Europea, por todos aquéllos a quienes preocupa la merma de atribuciones de los Estados miembros dentro del proceso de integración comunitaria.

⁶⁶⁹ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid 1989 pp.534 y ss. identificando los poderes inherentes y las "competencias subsidiarias"; K. LENAERTS/P. VAN YPERSELE, "Le principe de subsidiarité et son contexte: Étude de l'article 3 B du Traité CE", *Cahiers de Droit européen*, n°1-2 1994, pp.3 y ss.; véase también G. OLMÍ, "La place de l'article 235 dans le système des attributions de compétence à la Communauté", en VARIOS AUTORES, *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris 1979 Vol.2 p.279.

⁶⁷⁰ Véanse las contribuciones de U. EVERLING, I.E. SCHWARTZ y C. TOMUSCHAT en el número especial (Sonderheft) de la revista *EuR* 1976, así como D.W. DORN, *Art. 235 EWGV -Prinzipien der Auslegung*, Hamburg 1986.

A dicha discusión tendremos ocasión de referirnos *infra* ⁶⁷¹, después de hacer alusión a ciertos límites frente a los que se sitúa el ejercicio de las competencias comunitarias. Voy a referirme especialmente al principio de subsidiariedad, esencial y clave en la materia, y no tanto a ciertos límites genéricos (vgr. artículos 30, antiguo 36, artículo 295, antiguo 222, del TCE o ciertos principios básicos del Derecho comunitario tales como que dicho Derecho comunitario no puede afectar a una situación de naturaleza puramente interna sin efectos comunitarios ⁶⁷²).

4. La significación de la regla de la subsidiariedad ⁶⁷³.

A. Su significación en el contexto del aumento progresivo de competencias en favor de la Comunidad Europea.

El principio de subsidiariedad (previsto en el 5 del TCE y en el artículo I-11 de la Constitución Europea) tiene una enorme importancia dentro del sistema comunitario de competencias, según afirman las instituciones comunitarias ⁶⁷⁴ y la doctrina de Derecho comunitario europeo ⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ Y sobre las críticas, en concreto, al Tribunal comunitario pueden consultarse las referencias bibliográficas de la primera parte de este trabajo. En este contexto, V. NESSLER, "Richterrecht wandelt EG-Richtlinien", *RIW* 1993, pp.206 a 214; J. UKROWS, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, Baden-Baden 1995 in totum; A. TIZZANO, "L'article 235 et le développement des compétences communautaires", en: VARIOS AUTORES, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staaten integration*, Festschrift für Constantinesco, Berlin 1983 p.782.

⁶⁷² Véase ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, Madrid 1998 p.69; también J.H.H. WEILER, *El sistema comunitario europeo*, Bolonia 1985 p.116.

⁶⁷³ A. CHICHARRO LAZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Pamplona 2002.

⁶⁷⁴ Véase la Resolución A3-187/94, de 20 de abril de 1994, sobre adaptación de la legislación vigente al principio de subsidiariedad (DOCE n°C 128 de 9 de mayo de 1994 pp.190 a 192); también COMISION EUROPEA, *Informe al Consejo Europeo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad 1994*, Bruselas 2. 11. 1994.

⁶⁷⁵ Puede verse H. LECHERER, *Das Subsidiaritätsprinzip* 1993, pp.100 y ss.; D. MERTEN, *Die Subsidiarität Europas*, Berlin 1993; B. SCHIMA, *Das Subsidiaritätsprinzip im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Viena 1994; S.U. PIEPER, *Subsidiarität*, Munich 1994; P. HÄBERLE, "Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre", *AöR* 119 n°2 1994, pp.170 y ss.; H. STADLER, *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus*, Freiburg 1951; G. SCHMIDT, "Die neue Subsidiaritätsprinzipregelung des Art. 72 GG in der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung", *DÖV* n°16 1995, pp.657 y ss.; S. MARTÍNEZ LAGE, "En torno a la subsidiariedad", *Gaceta jurídica europea de la CE y de la Competencia*, Boletín 78, octubre 1992 p.1.; G.A. BERMANN, "Subsidiarity and the European Community", en P.M. LÜTZELER, *Europe...* p.140; A. MANGAS MARTÍN, "El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general", *Gaceta jurídica europea de la CE y de la Competencia*, D-17 septiembre 1992 p.44; P.J.C. KAPTEYN, "Community Law and the principle of

Es comunmente admitido que el aumento progresivo de competencias por parte de la Comunidad Europea ha llevado consigo la necesidad de poner una *medida* frente a dicho proceso de extensión de competencias ⁶⁷⁶.

A nadie se oculta que la introducción del artículo 5 (antiguo 3.B) del Tratado de la Comunidad Europea obedeció esencialmente a las pretensiones de las instancias más reticentes al proceso de integración comunitaria, pese a que, en puridad, la subsidiariedad no es ninguna regla o criterio que sirva para la atribución o no atribución de competencias, al referirse más bien a su ejercicio.

Sus interpretaciones son por otra parte diferentes entre sí -sirviendo para apoyar puntos de vista muy distintos en relación con el futuro modelo institucional de la Unión Europea-, según tendremos ocasión de comprobar seguidamente ⁶⁷⁷.

En todo caso, tras la introducción de la regla de subsidiariedad en el TCE el sistema comunitario de competencias, que adolece tradicionalmente de imprecisión y complejidad, parece aún más complejo e incluso ambiguo ⁶⁷⁸.

subsidiarity", *Revue des affaires européennes*, nº2 1991, pp.35 y ss.; F. DE QUADROS, *O principio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra 1995.; LORD MACKENZIE STUART, "Assessment of the views expressed and introduction to a panel discussion", *Subsidiarity: The Challenge of Change (Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991)*, European Institute of Public Administration, Maastricht 1991, pp.37 a 44; W. HUMMER, "Subsidiarität und Föderalismus als Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaften?", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationale Privatrecht und Europarecht*, nº33 1992, pp.81 y ss.; A. BOIXAREU CARRERA, "El principio..." pp.773 y ss.; R. ZUCK, *Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz*, München 1968; R. WAINWRIGHT, "The future of European Community legislation in the light of the Recommendations of the Sutherland Committee and the principle of subsidiarity", *Statute Law Review* 1994 vol.15 nº2; I. E. SCHWARTZ, "Subsidiarität und EG- Kompetenz, Der neue Titel Kultur, Medienvielfalt und Binnenmarkt", *AfP* 1993, p.409; O. REMIEN, "Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages", *JZ*, nº7 1994, p.353.

El principio de subsidiariedad tiene raíces diversas (de tipo filosófico, religioso, político, jurídico). De entre los antecedentes habría de destacarse la doctrina social de la Iglesia católica, y más en concreto, las Encíclicas "Cuadragésimo año" (1931) y "Pacem in terris" (1963). Igualmente, ha de destacarse que se trata de un principio característico de los Estados de estructura federal. Raíces se encuentran asimismo en el pensamiento de Aristóteles.

⁶⁷⁶ La *ratio* de la introducción del principio de subsidiariedad ha estado en frenar el proceso de ampliación de competencias comunitarias (G. ISAAC, *Manual...* p.53), ante el propio "éxito" de la Comunidad durante los años precedentes (R. DEHOUSSE, "La communauté européenne après Maastricht: vers un nouvel équilibre institutionnel?", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1993, p.20).

⁶⁷⁷ Se habla en este contexto de la "elasticidad" del principio de subsidiariedad (K. VAN KERSBERGEN/B. VERBEEK, "The politics of subsidiarity in the European Union", *Journal of Common Market Studies* vol.32 nº2 1994, pp.216-219).

⁶⁷⁸ El propio principio de subsidiariedad se ha tachado de ambiguo (R. ARNOLD, "Reflexiones sobre una futura Constitución europea", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº8 1994, pp.23). Véase también F. CAPOTORTI/M. HILF/F. JACOBS/J.P. JACQUÉ, *Der Vertrag zur*

B. Referencia al principio de subsidiariedad y la distinción entre competencias compartidas y exclusivas.

El presupuesto básico para que entre en aplicación el principio de subsidiariedad es la identificación de una competencia de la Comunidad Europea, concretamente una competencia no exclusiva de la Comunidad Europea.

Hasta ahora, las categorías de competencias no se han regulado en los Tratados constitutivos, siendo más bien una creación jurisprudencial y doctrinal. Por fin, con la elaboración del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa se han recogido en el texto constitucional las distintas clases de competencias, concretamente en los artículos I-12 y siguientes de la Constitución Europea.

Desde siempre, en el ámbito comunitario las competencias exclusivas se han presentado como aquéllas en torno a las cuales sólo la Comunidad (y no los Estados miembros) está legitimada para actuar (aquella tiene por tanto una competencia completa y definitiva en estos casos). Por el contrario, competencias concurrentes o compartidas se presentan como aquéllas en torno a las cuales los Estados miembros son competentes en tanto en cuanto no haga uso la Comunidad de sus competencias (existe, por tanto, una posibilidad de intervención residual en favor de los Estados, sin que sea preciso, como en las exclusivas, una habilitación expresa en favor de los Estados para que éstos puedan actuar).

A diferencia de las competencias concurrentes, en el caso de las competencias complementarias los Estados miembros conservan la competencia. La Unión Europea se limita a acciones de apoyo, generalmente vinculadas al fomento económico. La tendencia de los últimos años ha sido la de reconocer competencias complementarias a nivel europeo. De esta forma se satisfacen las pretensiones soberanistas de los Estados (ya que éstos no pierden su competencia originaria) y al mismo tiempo los requerimientos de integración comunitaria, ya que la Unión Europea pasa a intervenir en nuevas esferas de actuación

Entonces, el principio de subsidiariedad, que se aplica sólo en el caso de las competencias no exclusivas, significa que la Comunidad Europea podrá intervenir "sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario" (artículo 5, antiguo 3.B del TCE y actualmente

Gründung der Europäische Union, Baden-Baden 1995, p.81; J. CHARPENTIER, "Quelle subsidiarité?", *Pouvoirs -Revue française d'Études constitutionnelles et politiques-*, nº69, §§ 49 y ss. (§ 53): "un principe ambigu"; N. WENTURIS, "Die Grenzen Europas und die Architektur der Europäischen Politischen Union", en N. WENTURIS (coordinador), *Föderalismus und die Architektur der europäischen Integration*, München 1994, pp.23 y ss.

artículo I-11 de la Constitución Europea, donde se menciona también el principio de proporcionalidad).

Pero hasta ahora el criterio de delimitación entre ambas competencias, exclusivas y concurrentes ha participado de la imprecisión propia del sistema comunitario de competencias, y, en el fondo, el reconocimiento de una competencia exclusiva a favor de la Comunidad Europea ha estado en función del grado de sensibilidad existente en un momento dado acerca de la conveniencia o necesidad de dar una dimensión comunitaria a la materia o competencia de que se trate. De ahí que se haya dicho que la delimitación entre competencias exclusivas y no exclusivas de la Comunidad Europea se enmarca dentro de un "proceso dinámico" ⁶⁷⁹.

Según la concreta y particular posición de la Comisión Europea se consideraban competencias exclusivas las cuatro libertades fundamentales, la política comercial común, las reglas generales sobre la competencia, la organización común de los mercados agrícolas, la conservación de las reservas pesqueras, los elementos esenciales de la política de transportes ⁶⁸⁰. Sin embargo, el Tribunal comunitario ha reconocido como tales sólo tres materias: la política comercial común, las medidas para la conservación de los recursos marinos y determinados aspectos del Derecho institucional comunitario ⁶⁸¹. En todo caso, téngase en cuenta que la presunción ha jugado a favor de que la competencia es compartida.

La Constitución Europea, a pesar de no innovar nada en esta materia, supone en sí un elemento inédito y de clarificación al definir ahora qué se entiende por cada tipo de competencia y a qué ámbitos o sectores concretos se va a aplicar cada tipo de competencia, como pasamos a examinar a continuación.

En primer lugar define el artículo I-12.1 de la Constitución las competencias exclusivas como aquéllas en las que la Unión y sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados solamente podrán intervenir en el marco de estas competencias exclusivas bien cuando la Unión les autorice o bien para aplicar los actos adoptados por la Unión.

⁶⁷⁹ En el fondo laten factores tales como el carácter funcional del sistema comunitario de competencias y su referido "dinamismo". Véase S. MAGIERA, "Föderalismus und Subsidiarität als Rechtsprinzipien der Europäischen Union", en H. SCHNEIDER/W. WESELS (coordinadores), *Föderale Union-Europas Zukunft?*, München 1994 p.45 y ss.

⁶⁸⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre "el principio de subsidiariedad de 27 de octubre de 1992" ("Mitteilung der Kommission der EG an den Rat und an das Europäische Parlament zum Subsidiaritätsprinzip" vom 27. 10. 1992, SEK 92 1990 pp.5 y ss.).

⁶⁸¹ Me remito a J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema comunitario de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid 1997 pp.163 y ss., con otras referencias bibliográficas y un estudio en particular sobre dichos ámbitos referidos en el texto. Véase también U. FASTENRATH/M. MÜLLER-GERBES, *Europarecht...* p.133.

El artículo I-13 señala como tales competencias exclusivas las de la política monetaria de los Estados miembros que han adoptado el euro, la política comercial común, la unión aduanera y la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común.

Además la Unión, según el artículo I-13.2, dispone de competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión y sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o afecte a un acto interno de la Unión.

En segundo lugar se introduce en el artículo I-12.2 una definición de competencias compartidas. En estos casos los Estados tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en la medida en que la Unión no hubiere ejercido la competencia que le corresponde o hubiere decidido dejar de ejercerla. Las competencias compartidas se enumeran en el artículo I-14 y se refieren a los ámbitos de mercado interior, al espacio de libertad, seguridad y justicia, a la agricultura y la pesca con la excepción de los recursos biológicos marinos enumerados antes en el contexto de las competencias exclusivas, al transporte y las redes transeuropeas, la energía, la política social, la cohesión económica, social y territorial, el medio ambiente, la protección de los consumidores y los aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública, etc.

Por último, hay que señalar que la Constitución Europea no define expresamente qué se entiende por competencia complementaria. Sin embargo, se deduce la existencia de este tipo de competencias del apartado 5 del artículo I-12, cuando se afirma que la Unión tiene competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o completar la acción de los Estado miembros sin que ello suponga sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos. En el artículo I-17 se identifican los ámbitos de la acción de apoyo, coordinación o complemento y se relacionan con la industria, la protección y mejora de la salud humana, la formación profesional, la educación, la juventud y el deporte, la cultura y la protección civil.

Finalmente, puede hablarse de competencias paralelas en el sentido de aquellas en que, tanto la Comunidad como los Estados miembros pueden desarrollar la competencia, como ocurre con el Derecho de la competencia, tal como la práctica deja corroborar sin mayor dificultad ⁶⁸².

⁶⁸² Sobre este tipo de competencias interesa la STJCE de 11 de julio de 1996, asunto C-39/94: "un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una acción destinada a que deduzca las consecuencias derivadas del apartado 3 del artículo 93 del Tratado (hoy 88), cuando *paralelamente* se ha presentado una denuncia ante la Comisión y ésta no se ha pronunciado aún sobre la cuestión de si las medidas estatales controvertidas constituyen ayudas de Estado, no está obligado a declararse incompetente ni a suspender el procedimiento hasta que la Comisión defina su postura sobre la calificación de las medidas controvertidas".

C. Impacto del principio de subsidiariedad sobre el sistema comunitario de competencias.

Corresponde, entonces, observar cómo repercute el principio de subsidiariedad sobre el sistema de competencias anteriormente referido, así como su significación y problemas jurídicos. Su ámbito de aplicación está, según veíamos, en las competencias no exclusivas de la Comunidad Europea.

El principio de subsidiariedad repercute concretamente sobre el ejercicio de una competencia por parte de la Comunidad Europea⁶⁸³. Viene a suponer en este sentido un límite frente al *libre* ejercicio de una competencia. Tras la introducción del principio de subsidiariedad en el TCE no basta con que la Comunidad Europea afirme una correspondencia entre la competencia que ejercita y la realización de alguno de los fines del TCE. Desde 1992 el ejercicio de la competencia por parte de la Comunidad está condicionado por dicho principio debiendo aquélla justificar⁶⁸⁴ que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.

Este planteamiento conduce, para determinar qué instancia (comunitaria o nacional) ha de *ejercitar* la competencia, a lo que se ha dado en llamar "test de eficacia" entre instancias administrativas comunitarias o nacionales. Esta idea consiste en que el ejercicio de una competencia no exclusiva se llevará a cabo por la instancia más adecuada o eficaz para ello en el caso concreto⁶⁸⁵.

Estos hechos llevan, por un lado, a pensar que en la práctica podrá producirse una aplicación de la regla de la subsidiariedad de manera *negociada* entre la Comunidad Europea y los Estados miembros acerca del ejercicio de las competencias.

⁶⁸³ K. LENAERTS/P. VAN YPERSELE, "Le principe de subsidiarité et son contexte: Étude de l'article 3 B du Traité CE", *Cahiers de Droit européen*, n°1-2 1994, p.12: "con la introducción del principio de subsidiariedad, no basta con tener la competencia, ya que su ejercicio habrá de realizarse conforme a tal principio de subsidiariedad". Igualmente, K. VAN KERSBERGEN/B. VERBEEK, "The politics of subsidiarity in the European Union", *Journal of Common Market Studies*, vol.32 n°21994, p.229.

⁶⁸⁴ De esta forma se apunta que la subsidiariedad conlleva que la Comunidad Europea tiene que motivar sus actuaciones en el caso concreto (por todos, P.M. SCHMIDHUBER, "Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht", *DVBl* April 1993 p.419).

⁶⁸⁵ G. LANGGUTH, en C.O. LENZ (coordinador), *EG-Vertrag Kommentar*, Colonia 1994, Art. 3.B pp.26 y ss.; M. JESTAEDT, "Die Relativität des Subsidiaritätsprinzips", en R. SCHOLZ (coordinador), *Deutschland auf dem Weg in die Europäischen Union: Wieviel Eurozentrismus - Wieviel Subsidiarität?*, Colonia 1994; J. STEINER, *Textbook on EC Law*, London 1994; B. ZEHNFENNIG, "Das Subsidiaritätsprinzip - ein Baustein im Gebäude "Europa"?", en N. WENTURIS (coordinador), *Föderalismus...* pp.65 y 88 quien habla de "una relación de fuerzas entre ambas instancias"; PARLEMENT EUROPÉEN, *Groupe de travail du Secrétariat général. Task-Force "Conférence intergouvernementale"*, Fiche thématique Nr.25 sur la CIG 96 et l'efficacité de l'Union, Luxembourg, 8.11.1995.

Pero también que surgirán conflictos entre ambas instancias, los cuales llevan a la discusión acerca del posible control judicial sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

En este sentido, frente al control judicial comunitario se objeta que dicho control llevaría a considerar al Tribunal comunitario como una instancia de carácter político ⁶⁸⁶. En consecuencia, se argumenta que el principio de subsidiariedad debe garantizarse en el curso de los procesos normativos. Se insiste entonces en la necesidad de motivación de las decisiones de los órganos comunitarios a la luz del principio de subsidiariedad.

A pesar de estas limitaciones, según otra doctrina, la justiciabilidad es deseable, a efectos de garantizar la eficacia del principio de subsidiariedad. En este sentido, la experiencia de sistemas federales demuestra, como sucede en Alemania, que el ejercicio de este control judicial no es incompatible con la función jurisdiccional ⁶⁸⁷.

Asimismo, el propio Tribunal de Justicia de las CCEE -en una Comunicación de diciembre de 1990 (con ocasión de la Conferencia intergubernamental de la Unión política)- señala que el examen de un precepto con cierta connotación política no es un impedimento para desarrollar un control judicial, puesto que desde hace tiempo viene haciendo lo mismo respecto del principio de proporcionalidad; se podría añadir la referencia al control de los artículos 94, 95 y 308 (antiguos 100, 100A y 235) del Tratado, que también presentan cierta connotación política.

En cualquier caso, en las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1992 se hizo hincapié en que el principio de subsidiariedad no era directamente aplicable ⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ T. BRUHA, "Das Subsidiaritätsprinzip in Recht der EG", en A. RIKLIN/G. BATLINER (coordinadores), *Subsidiarität...* p.399, 400; G. STROZZI, "Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes", *Revue trimestrielle de droit européen*, nº3 1994, pp. 386 a 388; R. DEHOUSSE, "La subsidiarité et ses limites", *Annuaire européen* vol.XL 1992, pp.27 y ss.; K. GRETSCHMANN, "The subsidiarity principle: Who is to do what in an integrated Europe?", *Subsidiarity: The Challenge of Change (Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991)*, European Institute of Public Administration, Maastricht 1991 p.58.

⁶⁸⁷ G. BERMANN, "Subsidiarity and the European Community", en P.M. LÜTZELER, *Europe after Maastricht*, Oxford 1994 p.150, 152; K. LENAERTS/P. VAN YPERSELE, "Le principe de subsidiarité et son contexte: Étude de l'article 3 B du Traité CE", *Cahiers de Droit européen*, nº1-2 1994, pp.71 a 81; J. RIDEAU, "Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés Européennes", *Annuaire européen d'administration publique*, nº15 1992, pp.655 y ss.

⁶⁸⁸ Véase K. HAILBRONNER, (coordinador), *Europa der Zukunft. Zentrale und Dezentrale Lösungsansätze*, Colonia 1994 p.125 (Europäischer Rat in Edinburgh. Auszug aus der Schlußfolgerungen des Vorsitzes); igualmente, D. MERTEN (coordinador), *Die Subsidiarität Europas*, Berlin 1994 pp.136 y ss. (Tagung der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Gemeinschaft in Edinburgh).

Así pues, dentro del sistema de competencias de la CE la subsidiariedad puede considerarse como un límite frente al ejercicio de una competencia por parte de la Comunidad. No obstante, sería importante no olvidar una doble lectura que podría a mi juicio hacerse sobre el principio de subsidiariedad. Me refiero a una dimensión jurídico-política de dicho principio, en virtud de la cual la subsidiariedad implica también que, sobre una determinada materia, la Comunidad ejerza un cierto ámbito competencial, aquél en torno al cual se revele que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. En estos casos debe dotarse a la Comunidad de la debida competencia comunitaria.

Esta idea ha servido de orientación para posteriores reformas del Tratado de la CE, otorgando a la CE todas aquellas competencias que sean necesarias para lograr acciones de ámbito comunitario por encima de las que llevan a cabo individualmente los Estados miembros. En esta línea, puede verse cómo en las sucesivas reformas de los Tratados (Amsterdam o Niza) se han llevado al llamado pilar comunitario -es decir, se han comunitarizado- diversos ámbitos competenciales reservados en el Tratado de Maastricht a la acción intergubernamental ⁶⁸⁹.

Finalmente, ¿repercute el principio de subsidiariedad en el artículo 308 (antiguo 235) del TCE? Algunos autores se han apoyado, en efecto, en dicho principio para afirmar un límite frente al ejercicio del artículo 308 (antiguo 235) del TCE ⁶⁹⁰.

No queda claro sin embargo cómo afecta la subsidiariedad al artículo 308 (antiguo 235) del TCE e, incluso, tal como se ha puesto de manifiesto, el propio artículo 308 (antiguo 235) plasma ya la idea de subsidiariedad, ya que la atribución competencial en favor de la Comunidad, a través de dicho precepto, sólo es posible "cuando resulte necesaria" ⁶⁹¹. Podría no obstante argumentarse que, a diferencia de las competencias exclusivas por naturaleza, las competencias del artículo 308 se caracterizan por el dato esencial de la asunción del *ejercicio* de una determinada competencia ("una *acción* de la Comunidad" -dice el citado artículo). Son competencias que *a priori* corresponden a los Estados miembros y que son tomadas por la Comunidad Europea con el fin inmediato y esencial de realizar y ejercitar una determinada acción. El principio de subsidiariedad dejaría claro que la Comunidad Europea no puede

⁶⁸⁹ M.P. ANDRES SAENZ DE SANTA, *Tratado de Niza: análisis, comentarios y texto*, Madrid 2002.

⁶⁹⁰ F. TSCHOFEN, "Article 235..." pp.471 y ss.; B. SCHIMA, *Das Subsidiaritätsprinzip...* pp.42 y 60; A.G. TOTH, "The principle of..." p.1082; C. KOENIG/M. PECHSTEIN, *Die Europäische...* p.58.

⁶⁹¹ A. MANGAS MARTÍN, "El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general", *Gaceta jurídica europea de la CE y de la Competencia*, D-17 septiembre 1992 pp.40 a 48.

asumir el *ejercicio* de una competencia más que de forma subsidiaria respecto de los Estados miembros ⁶⁹².

Un ejemplo de cómo se pueden relacionar o poner en conexión estos dos artículos, 5 y 308, del Tratado sería la sentencia Maastricht del Tribunal constitucional alemán de fecha 12 de octubre de 1993. Apoyándose en el principio de subsidiariedad, el Tribunal constitucional alemán reaccionó contra el artículo 308 (antiguo 235) del TCE, entendiendo que la ampliación de las competencias otorgadas por los Tratados a la Comunidad Europea debía realizarse a través de la *reforma* del Tratado y por tanto según los procedimientos aplicables al efecto ⁶⁹³. La doctrina alemana entendió que esta sentencia lanzaba al Tribunal comunitario una oferta de "cooperación" por parte del Tribunal Constitucional alemán ⁶⁹⁴. En esta línea, la *cooperación* no parece ser sino el mensaje de cierta jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas en torno a un tema clave ⁶⁹⁵ desde el punto

⁶⁹² Por otra parte, y según se ha encargado de aclarar la sentencia Maastricht del TC alemán, el artículo 235 encontraría un límite también en aquellos casos en que debe acudir a la reforma del Tratado.

⁶⁹³ I. WINKELMANN (coordinador), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 12. Oktober 1993*, 1994 Berlin *in totum*; T. STEIN, "La sentencia..." pp.745 y ss. (747), con otras numerosas referencias bibliográficas; H.J. HAHN, *Der Vertrag von Maastricht als völkerrechtliche Übereinkunft und Verfassung*, Baden-Baden 1992, p.56; en un plano divulgativo, *Informationen zur politischen Bildung* n°213 1995 p.23; I.E. SCHWARTZ, en: H. VON DER GROEBEN/J. THIESING/C.D. EHLERMANN, *Kommentar...* Art. 235 § 22 p.5769.

El Tribunal Constitucional alemán aprovecha igualmente en esta sentencia para afirmar su competencia respecto de un núcleo constitucional intangible que le corresponde en exclusiva (M. BACIGALUPO SAGESSE, "La constitucionalidad de la Unión europea en Alemania; la sentencia del Tribunal constitucional federal de 12 de octubre de 1993", *Gaceta jurídica de la CEE*, D-21 1994, pp.7 y ss.).

Sobre la sentencia además: S. GALERA RODRIGO, "El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea" *Gaceta jurídica de la C.E.*, Boletín 103 1995, p.11; D. ORDÓÑEZ SOLIS, "Constituciones nacionales y TUE", *Boletín asturiano sobre la Unión Europea*, n°52-53 1994, pp.16 y ss.; en Francia, M. FROMONT, "Europa und nationales Verfassungsrecht nach dem Maastricht-Urteil", *JZ* n°17 1995, pp.800 y ss.; D. HANF, "Le jugement de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n°3 1994, pp.391 y ss.; N. MACCORMICK, "Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute", *JZ* n°17 1995, pp.797 y ss.

⁶⁹⁴ Una oferta de cooperación ("Kooperationsangebot"), en términos de F. SCHOCH, "Die Europäisierung..." p.119.

⁶⁹⁵ R. JOLIET, "La libre circulación de mercancías: la sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia", *Gaceta jurídica de la CEE*, serie D, n°23 1994, p.9. El artículo 28 (antiguo 30) ha sido un versátil instrumento "que ha permitido el desmantelamiento de todo tipo de obstáculos no arancelarios al comercio entre los Estados miembros" (M. GARDEÑES SANTIAGO, "Acerca de los límites de la noción de medida de efecto equivalente: a propósito de la sentencia Keck del TJCE, de 24 de noviembre de 1993", *Gaceta Jurídica de la C.E.*, Boletín 97 1994, p.5); K.H. FEZER, "Europäisierung des Wettbewerbsrechts", *JZ*, n°7 1994, p.317; H.G. FISCHER, *Europarecht in der öffentlichen Verwaltung*, München 1994, pp.183 y ss.

de vista de la integración comunitaria, que es la libre circulación de mercancías, en torno pues al artículo 30 del TCE (artículo 28 tras el Tratado de Amsterdam). Inicialmente, la jurisprudencia del Tribunal comunitario venía reflejando en esta materia el carácter dinámico y progresista propio del plano institucional comunitario (STJCE de 11 de julio de 1974, Dasonville-Formel, asunto 8/74, Rec.p.837⁶⁹⁶). Sin embargo, posteriormente con la sentencia Keck y Mithouard⁶⁹⁷ el Tribunal consideró que las legislaciones nacionales concernientes a las modalidades de venta de mercancías no entran dentro del artículo 30 (hoy 28) del Tratado. En otros términos, las disposiciones nacionales que tradicionalmente eran examinadas por el Tribunal comunitario a la luz del artículo 30 (las regulaciones de modalidades de venta⁶⁹⁸) han sido excluidas de dicho examen (siempre que no se produzca discriminación entre los productos importados y los nacionales). Esta sentencia reflejaría el nuevo contexto jurídico institucional, caracterizado entre otros rasgos por la ratio de una mayor colaboración entre instancias comunitarias y nacionales, y dentro del cual el principio de subsidiariedad ocupa una posición esencial⁶⁹⁹.

No obstante, el efecto seguramente principal de la subsidiariedad, en relación con el artículo 308 (antiguo 235), parece estar en haber abierto un debate general en torno a *los posibles modos* de entender el modelo institucional de la Comunidad, tal como a continuación se estudia.

⁶⁹⁶ Concretamente, el Tribunal comunitario entendió que contrariaba el artículo 30, hoy 28, del Tratado de la Comunidad cualquier medida de los Estados miembros que mediatamente o inmediatamente, de hecho o potencialmente, impidiera el mercado comercial entre los Estados. De este modo, cualquier excepción de esta regla sólo podía justificarse en virtud del artículo 36 (hoy 30) del propio Tratado, que es donde aquéllas se establecen. Véase, J. JICKELI, "Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips", *JZ*, nº2, 1995, p.59; también M.A. DAUSES, "La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia", *Gaceta jurídica de la CEE*, serie D, nº22 1994, pp.269 y ss.; A. MATTERA, "L' article 30 du Traité CEE, la jurisprudence "Cassis de Dijon" et le principe de reconnaissance mutuelle", *Revue de Marché unique*, nº4 1992, p.13.

⁶⁹⁷ STJCE de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p.I-6097.

⁶⁹⁸ Para la definición de tal concepto de "modalidades de venta", E.L. WHITE, "In search of the limits of article 30 of the EEC Treaty", *Common Market Law Review*, nº26 1989, p.264 y ss.; M. GARDEÑES SANTIAGO, "Acerca..." p.11 con otras referencias bibliográficas.

⁶⁹⁹ El TJCE ha querido también limitar el acceso de las cuestiones prejudiciales, con el fin de evitar su instrumentalización (Rec.p.I-3711; K.H. FEZER, "Europäisierung..." p.318: nicht zu leugnen ist, daß manchem Gang nach Brüssel der Vorhalt des Mißbrauchs nicht erspart werden kann, namentlich wenn der EuGH zur Korrektur von Defiziten nationaler Rechtspolitik in den Mitgliedstaaten der EG instrumentalisiert wird). Igualmente, R. JOLIET, "La libre..." p.9.

5. Vías para avanzar en la integración europea.

A. Planteamiento después de la subsidiariedad.

Desde sus orígenes, el fenómeno de integración comunitaria ha sido sinónimo de proceso dinámico, creativo y abierto. En este contexto, encuentran sentido los artículos 2 y 3 del Tratado de la Comunidad Europea (carácter funcional de las competencias comunitarias) y también los artículos 308 y 94 (antiguos 235 y 100), como *vías* por otra parte aptas para profundizar en la integración europea.

Por eso, a fin de no anquilosar dicho proceso de construcción europea se ha querido evitar un sistema de listas cerradas de competencias estatales y de competencias comunitarias.

De ahí que la introducción de la regla de subsidiariedad pueda parecer inicialmente un *elemento perturbador* de la integración comunitaria y un reflejo de las posiciones de aquéllos que se muestran reticentes frente a la "integración acelerada" que intenta llevarse a cabo.

Pero también parece posible hacer otra lectura del principio de subsidiariedad constructiva respecto del proceso de integración comunitaria. Seguidamente se profundiza en todas estas afirmaciones.

B. Integración europea sobre la base del principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad es algo más que una simple regla que informa sobre el correcto ejercicio de una determinada competencia por parte de la Comunidad Europea. Puede a aquél además atribuírsele un valor jurídico-político ya que, profundizando en dicho principio, puede llegarse a un sistema institucional europeo diferente y alternativo al actualmente existente (se ha dicho en este sentido que la subsidiariedad constituye un *orientamento politico y un metodo di lavoro* ⁷⁰⁰).

El principio de subsidiariedad podría haber sido un punto de referencia para realizar un modelo institucional basado en la afirmación de un sistema de lista

⁷⁰⁰ L. VANDELLI, "Il principio di sussidiarietà nel reparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3.B del Tratado sull'Unione Europea", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1993, p.383; G. STROZZI, "Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1993, pp.62 y 69; H.J. LAMBERS, "Subsidiariät in Europa -Allheilmittel oder juristische Leerformel?", *EuR*, n°3/4 1993, pp.229 y ss.; S. HESELHAYS, *Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration*, en VARIOS AUTORES, *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union: wieviel Eurozentrismus -wieviel Subsidiarität?*, Essen 1993, p.76; R. ALONSO GARCÍA, *Derecho...* p.579: "el hecho de que a través del principio de subsidiariedad no se pretenda una redefinición material directa de las competencias atribuidas a la Comunidad (...) no significa que dicha redefinición sea por completo ajena a tal proceso".

de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros ⁷⁰¹ en el cual se hubieran definido sus campos materiales de actuación respectivos, en el marco preferentemente, de una Constitución Europea ⁷⁰² y de un Estado federal ⁷⁰³.

Sin embargo, como ya nos consta, en la Constitución Europea no se ha optado por esta posibilidad de un sistema de lista competencial con el principio de subsidiariedad como elemento esencial del mismo. Lo que se ha hecho ha sido ha sido profundizar en este principio para llegar a una delimitación más clara de las competencias de la Comunidad y conferir a la Comunidad el carácter de una *organización de carácter estatal* ⁷⁰⁴. El principio de subsidiariedad está así a la espera de desplegar todas sus potencialidades inherentes ⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ En la doctrina, en este contexto, F. SCHOCH, "Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts", *JZ*, nº3 1995, pp.121 y ss.; M. HILL, "Eine Verfassung für die Europäische Union: Zum Entwurf des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments", *Integration*, 1994, p.71; LÄUFER, "Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union -Notwendigkeit einer offenen Debatte", *Integration*, 1994, pp.204 y ss.

⁷⁰² Puede verse E. KLEIN/A. HARATSCH, "Neuere Entwicklungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaft", *DÖV*, nº18 1993, p.795; H. RASMUSSEN, "Towards a normative theory of interpretation of Community Law", en *Europe and America in 1992 and beyond: Common problems...common solutions*, 1992, p.135. Véase también F. LÓPEZ FRÍAS, "La Unión Europea como proyecto supranacional" en *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, (II) Volumen II Madrid 1998; A. LA PERGOLA, "Constitución e integración europea", *Cuadernos de Derecho público* 1999 6 pp.9 y ss.; J. PETERSON, "Subsidiarity: A definition to suit any vision?", *Parliamentary affairs* 47 nº1 1994, p.125: "In practice, subsidiarity is most often associated with a federalist theory of the state"; K. GRETSCHMANN, "The Subsidiarity..." p.49: "Subsidiarity as a rule of allocating responsibilities presupposes (...) federalism"; G. LANGGUTH, en C.O. LENZ (coordinador), *EG-Vertrag Kommentar*, Colonia 1994, Art. 3b § 1 p.19.

⁷⁰³ "El principio de subsidiariedad tiene gran importancia en el contexto de la realización de un Estado federal europeo" (P.M. SCHMIDHUBER/G. HITZLER, "Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzip im EWG-Vertrag -ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der europäischen Gemeinschaft", *NVwZ*, 1992, p.720). Véase también W. HUMMER, "Subsidiarität und Föderalismus als Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaften?", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht*, nº33 1992, pp.81 y ss.; G.A. BERMANN, "Subsidiarity and the European Community", en P.M. LÜTZELER, *Europe...* p.156: "Subsidiarity is a rhetorically important instrument of federalism in today's European Community".

⁷⁰⁴ Sobre las Comunidades Europeas como organizaciones internacionales puede consultarse: M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid 1994 p.250; A. MANGAS MARTÍN/D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid 1996 pp.70 y ss. (véase la última edición A. MANGAS MARTÍN/D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, Madrid 2002), así como J.L IGLESIAS BUHIGUES, "La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, 1974 1 p.73 o el clásico trabajo de A. TRUYOL SERRA, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid 1972 p.66.

⁷⁰⁵ R. BIEBER, "Verbreiterung und Vertiefung. Das Subsidiaritätsprinzip im europäischen Gemeinschaftsrecht", en T. EVERS, *Chancen für den Föderalismus in Deutschland und Europa*, Baden-Baden 1994, pp.161 y ss.: "das Subsidiaritätsprinzip ist als politisches Konzept, als Wert einer Organisation, als Ordnungsfunktion zu verstehen".

Pero el programa jurídico-político de esta doctrina tiene numerosos contenidos. Se propugna también una Europa basada en la "variedad y multiformidad" en vez de la uniformidad jurídica, ahorrándose un esfuerzo inútil que es "la europeización de Europa". Se critica la política centralista de las instituciones comunitarias ⁷⁰⁶ y se defiende la delegación de facultades -desde la Comisión en los Estados-, en el ámbito de las competencias exclusivas ⁷⁰⁷ y una mayor "colaboración" entre la Comunidad y los Estados miembros ⁷⁰⁸. Desde el punto de vista de la integración comunitaria el lado positivo de esta concepción estaría en hacer recaer sobre los Estados miembros una mayor responsabilidad en la realización de los fines comunitarios. Por otra parte, esta concepción descentralizadora pretende conseguir un mayor acercamiento del Derecho comunitario con el ciudadano.

Desde luego esperemos que con esta opción constitucional desaparezca la tensión o incluso contradicción que hasta ahora ha venido existiendo entre el principio de subsidiariedad recogido en el Tratado de la CE y el contexto institucional y jurídico dentro del cual aquél se ha venido situando.

C. Riesgos que plantea el principio de subsidiariedad para la integración europea.

Así pues, el principio de subsidiariedad no representa en cuanto tal un obstáculo para el proceso de integración comunitaria, ya que es posible extraer de dicho principio efectos positivos para el futuro institucional de la Unión Europea.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad presenta ciertos "riesgos" para el proceso de integración comunitaria. Su sentido literal es el de una regla de

⁷⁰⁶ Véase R.P. ALFORD, "Subsidiarity and Competition: Decentralized Enforcement of EU Competition Laws", 27 *Cornell International Law Journal*, 1994 pp.271 y ss.; D.J. GERBER, "The Transformation of European Community Competition Law?", *Harvard international Law*, Vol.35 n°1 (1994), p.141; T.C. HARTLEY, "Unnecessary Europeisation under the Brussels Jurisdiction and Judgments Conventions: the Case of the Dissatisfied Sub-Purchaser", *European Law Review*, n°18 1993 pp.506 y ss.; L. IDOT, *L'application du principe de la subsidiarité dans le droit de la concurrence*, Saarbrücken 1993, p.37; P. KAMBURUGLOU, "EWG-Wettbewerbspolitik und Subsidiarität", *WuW* 1994, p.273.

⁷⁰⁷ M. PECHSTEIN, *Die Mitgliedstaaten der EG als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses"*, Baden-Baden 1987. Al respecto las SSTJCE de 15 de diciembre de 1976, Donckerwolck (asunto 41/76), estableciendo límites (habilitación expresa e imposibilidad de habilitaciones en blanco); STJCE de 5 de marzo de 1986, Tezi Textiel (asuntos 59/84 y 242/84) y de 12 de diciembre de 1973, Grosoli (asunto 131/73).

⁷⁰⁸ Véase E. ULLMANN, "Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht", *JZ* 1994, pp.928 y ss.; A.J. RILEY, "More Radicalism, please: The Notice on Cooperation between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty", *European Competition Law Review*, 1993 n°14 pp.91 y ss.

limitación respecto del ejercicio de las competencias comunitarias: “la Comunidad, en el ámbito de las competencias no exclusivas intervendrá *sólo* en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros”.

No en vano, y como es notorio, su introducción en el Tratado fue a nivel institucional fruto de las posiciones más reticentes al proceso de integración comunitaria (ciertos Gobiernos nacionales ⁷⁰⁹ y los Länder alemanes ⁷¹⁰).

Así, el Reino Unido llegó a proponer ⁷¹¹, en relación con el principio de subsidiariedad, una declaración “interpretativa” con el fin de dejar claro que la introducción de este principio en el TCE significa una ampliación del ámbito de decisión de los Estados y no de la Comunidad Europea ⁷¹².

⁷⁰⁹ Principalmente el Reino Unido, si bien otros Estados han mostrado también sus reticencias; véanse así las posiciones de Alemania, Dinamarca, en: PARLEMENTO EUROPEO, “Nota sobre las posiciones de los Estados miembros de la Unión europea ante la Conferencia Intergubernamental de 1996”, *Dirección General de Estudios*, Luxemburgo, 12 de abril de 1995 (JF/bo/155), pp.11 y ss.

⁷¹⁰ I. PERNICE, “Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?”, *DVBl.* n°17 1993, pp.909 y ss.; asimismo, C. STEWING, *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, München 1992; J. TEMPLE LANG, “What powers should the European Community have?”, *European Public Law*, vol.1 n°1 1995, p.101. Podría considerarse en este contexto también la posición del Senado francés. En cuanto a las repercusiones del principio de subsidiariedad sobre las Administraciones Locales véase J.L. DE CASTRO RUANO, *La emergente participación política de las Regiones en el proceso de construcción política*, Oñati 1994; H. HEBERLEIN, “Subsidiarität und kommunale Selbstverwaltung”, *NVwZ* n°11 1995, pp.1052 y ss.; A. MANGAS MARTÍN, “Jurisdicción Europea y Administración Local”, *REALA* 1993 n°258 pp.433 y ss.; J.M. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “La Carta Europea de la Autonomía local”, *El Consultor* 1999 10-30 de mayo; J.M. SOBRINO HEREDIA, “Principio de subsidiariedad y participación de los entes locales y regionales en la Unión Europea”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, 145 1997 pp.85 y ss.

⁷¹¹ Dicha propuesta es de fecha 8 de junio de 1992. Véanse Diarios *Le Monde* de 11 y 26 de junio de 1992, con una entrevista a J. MAJOR: “la subsidiariedad es el término que salva al Tratado de Maastricht”. Véase S. BARBER, *Le principe de subsidiarité et son contrôle*, Memoire du Centre européen universitaire, Nancy 1993 pp.52 y ss.; C. ENGEL, *The changing patterns of interaction between EC Institutions and the Member States. The debate about Subsidiarity and Federalism*, Reference Paper, College of Europe, Bruges, Annual Conference 1990; L. KÜHNHARDT, *Europäische Union und Föderale Idee*, 1993 München p.70; véase también J. BARNÉS VÁZQUEZ, “Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht und sein Einfluß auf die europäischen Regionen”, en C. TOMUSCHAT, H. KÖTZ, B. VON MAYDELL (coordinadores), *Europäische Integration und nationalen Rechtskulturen*, Colonia 1995 p.313.

Tampoco la postura de Alemania está exenta de ambigüedades y recelos: así, el Gobierno de la República Federal de Alemania propone la reforma del artículo 3.B (hoy 5) con el fin de dejar claro que la carga de la prueba -acerca del principio de subsidiariedad- corresponde a la Comunidad Europea y no a los Estados (PARLEMENT EUROPÉEN, *Groupe de travail du Secrétariat général. Task-Force “Conférence intergouvernementale”*, Fiche thématique Nr.19 sur la subsidiarité... p.11).

⁷¹² T. DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris 1995 p.492

De hecho, debido a la negativa de este país no pudo introducirse en el Preámbulo del Tratado una mención expresa al "Estado federal europeo"⁷¹³.

Se ha llegado a temer que una interpretación de la subsidiariedad que no se haga en este sentido, de limitar el alcance del sistema de competencias de la CE, puede llevar a fortalecer la integración comunitaria con apoyo en la idea federal (J. PETERSON: "Tory rebels managed to associate federalism in the popular British discourse with visions of a centralised, bloated, Eurocrat-dominated superstate")⁷¹⁴.

De ahí que hablemos de "riesgos" para la integración europea como consecuencia de la introducción del principio de subsidiariedad en el TCE. En efecto, pese a que una "sana interpretación" (*bien compris et bien mise*) del mismo podría llevar a profundizar en la integración europea, lo cierto es que deja aquél ciertas puertas abiertas en favor de posturas de tipo nacionalista dentro de los Estados miembros.

D. La otra posibilidad: insistir en los cauces tradicionales.

Las tesis que acaban de ser explicadas no son sino algunas de las posibles que se discuten hoy en el proceso general de reforma del plano institucional comunitario⁷¹⁵. Dominaría más bien en el espectro jurídico comunitario la posición

⁷¹³ S. MAGIERA, "Föderalismus und Subsidiarität als Rechtsprinzipien der Europäischen Union", en H. SCHNEIDER/W. WESELS (coordinadores), *Föderale...* p.89; I. PERNICE, "Europäische..." p.910.

⁷¹⁴ J. PETERSON, "Subsidiarity..." p.125: véase también W. KAHL, "Möglichkeiten..." nota a pie de página 12.
En esta línea, en la subsidiariedad se ha visto un instrumento del centralismo comunitario, en tanto que reserva a favor de la Comunidad Europea las competencias exclusivas (F. SCHOCH, "Regionen Europas und kommunale Selbstverwaltung", *NLT* n°2 1992); críticamente, S.U. PIEPER, *Subsidiarität...* p.263.

Para la conexión entre subsidiariedad y federalismo véase también A. MANGAS MARTÍN, "El Tratado..." pp.27 y 37; K. HAILBRONNER, (coordinador), *Europa...*; H. SCHNEIDER/W. WESELS, "Föderales Europa im Widerstreit", en H. SCHNEIDER/W. WESELS (coordinadores), *Föderale...* pp.13 y ss.

⁷¹⁵ Para la discusión sobre la posibilidad de una Constitución para Europa, puede verse J.L. DEWOST, "Peut-on parler de droit constitutionnel européen", *Ena Mensuel*, abril 1992, pp.9 y ss.; I. PERNICE, "Carl Schmitt, Rudolf Smend und die Europäische Integration", *AöR*, 1995 pp.100 y ss.; L.M. DIEZ-PICAZO, "Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, n°2 1993, pp.553 y ss.; J.J. FERNÁNDEZ ALLES, "La integración constitucionalizada", *Noticias de la Unión Europea* n°160 (1998) pp.9 y ss., así como su trabajo en la misma Revista n°169 1999 pp.9 y ss.; M.L. FERNANDEZ ESTEBAN, "La noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 40 1994, pp.241 y ss.; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, ¿Qué Unión Europea?, *FAES*, Madrid 1996; M. MEDINA, *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Madrid 1974; S.U. PIEPER, *Subsidiarität*, Colonia 1994, pp.7 y ss.; M. HILF, "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?", *VVDStRL*, 53 (1994), pp.7 y ss., con

doctrinal que descarta un sistema de nomenclatura de competencias distinguiendo las estatales y las comunitarias ⁷¹⁶.

Lógicamente, considerando los riesgos para la integración comunitaria que presentan las tendencias que acaban de ser comentadas *supra* no parece inoportuno, una vez se ha introducido la subsidiariedad en el Tratado, seguir insistiendo en los criterios de tipo funcional que sustentan el Tratado de la Comunidad Europea y las cláusulas de los poderes generales e implícitos.

Son distintas las posibles argumentaciones en este sentido. Puede, así, afirmarse la necesidad de una interpretación del artículo 3.B (hoy 5) del TCE en concordancia con el resto de principios del Tratado.

Ya en su día una autorizada doctrina (E. GARCÍA DE ENTERRÍA) defendió que la elaboración de una Constitución Europea habría de hacerse sin alterar las bases esenciales del sistema actual de competencias de la Comunidad Europea, no resultando conveniente la formación de un sistema de listas de competencias ⁷¹⁷. Y efectivamente así se ha hecho.

amplias referencias bibliográficas; H. RASMUSSEN, *La Constitución de la Comunidad Económica Europea, Resúmenes de las sentencias más importantes del T.J.C.E.E.*, Madrid 1990; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, "La Constitución de la Comunidad Europea", *Noticias C.E.E.*, nº100 1993, pp.93 y ss.; J.L. SEURIN, "Towards a European Constitution? Problems of Political Integration", *Public Law*, 1994, p.626, con un estudio de las posturas federalistas y antifederalistas, desarrolladas para la Unión Europea; T. STEIN, "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?", *VVDStRL*, 53 (1994), pp.27 y ss.; J.V. LOUIS, "Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996", *Revista de Instituciones Europeas*, nº22 1995, pp.21 y ss.; M. FROMONT, "Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne", *R.A.E.-L.E.A* 1997 p.191; H. MATTIES, "Die Verfassung des Gemeinsamen Marktes", en VARIOS AUTORES, *Das Europa der zweiten Generation*, Homenaje a Christoph Sasse, Baden Baden 1981 pp.115 y ss. Llegó a hablarse del "ocaso del Estado nacional" (Dämmerung des Nationalstaats): K. HESSE, "Verfassung und Verfassungsrecht", en E. BENDA/W. MAIHOFER/H.J. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994, § 36; P. HÄBERLE, "Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung", *EuGRZ*, 1992, p.429 a 431; F. OSSENBÜHL, "Maastricht und das Grundgesetz", *DVBt*, 1993, p.629.

⁷¹⁶ Las distintas posiciones de los Estados miembros pueden verse en: PARLEMENT EUROPÉEN, Groupe de travail du Secrétariat général. Task-Force "Conférence intergouvernementale", Fiche thématique Nr.19 sur la subsidiarité et la répartition des compétences, Luxembourg le 6 octobre 1995, Le Secrétariat JF/bo/166/95 (PE 165.560); M.JOPP/O.SCHMUCK, *Die Reform der Europäischen Union. Analysen, Positionen, Dokumente zur Regierungskonferenz 1996/97*, Bonn 1996; puede verse, igualmente, DASHWOOD (director) *Reviewing Maastricht. Issues for the 1996 IGC*, CELS & Dashwood, Sweet & Maxwell, London 1996.

⁷¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El proyecto..." p.689: "El proyecto de Constitución entiende que este sistema debe ser mantenido; esto es, el sistema de competencias por objetivos, más la técnica de prevalencia (...), más la técnica del artículo 235 del Tratado. Los resultados son similares a los de Estados Unidos". Asimismo, "una Constitución es una necesidad (...) porque sólo ello es capaz de dotar de simplicidad y transparencia al sistema europeo, simplicidad y transparencia que hoy no existen en absoluto" (p.678); (...) "ha surgido en dos ocasiones la idea de adoptar la fórmula de una Constitución frente a

En este contexto, se ha intentado también limitar el alcance de la subsidiariedad, invocando las "exigencias de uniformidad" que implica el Derecho comunitario: "debe prevenirse frente al riesgo que lleva consigo la subsidiariedad, de que la atribución del ejercicio de la competencia a la instancia inferior conlleve el quebrantamiento de la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario"⁷¹⁸.

En general se intenta también reducir la significación del principio de subsidiariedad dentro del sistema de competencias de la CE⁷¹⁹. En este sentido, no puede olvidarse que *lege lata* el sistema de competencias de la Comunidad se caracteriza por su carácter funcional y por el aumento de competencias en favor de la Comunidad, especialmente a raíz de las reformas del TCE por los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, según tendremos ocasión de comprobar *infra*.

E. Antagonismos y tendencias en un plano intergubernamental.

Así pues, el principio de subsidiariedad es algo más que un simple criterio rector del ejercicio de las competencias comunitarias.

El artículo 3.B (hoy 5) del Tratado cobró un valor trascendente desde el momento en que sirvió para apoyar ciertas propuestas de reforma institucional en el seno de la Unión Europea, especialmente por lo que se refiere al sistema de relaciones jurídicas entre los Estados miembros y la Comunidad Europea, dentro de un marco general de uso de ciertos artículos del Tratado para defender modelos institucionales para Europa contrapuestos entre sí (por ejemplo en la Conferencia Intergubernamental de 1996)⁷²⁰.

la integración particularizada y un tanto casuística seguida hasta ahora: Esos dos momentos (...) son, sucesivamente, en 1984 el Proyecto de la Unión Europea o Proyecto Spinelli, y últimamente el texto que el pleno del Parlamento Europeo ha aprobado el día 10 de febrero de este mismo año 1994" (p.673). Véase también J.V. LOUIS, "Algunas reflexiones..." p.26.

⁷¹⁸ G. STROZZI, "Le principe..." p.384 y ss. Apunta igualmente este autor que la subsidiariedad puede enfrentarse con el obstáculo de las diferentes estructuras institucionales de los Estados miembros; también que la intervención de la Comunidad Europea puede hacerse indispensable para evitar disparidades. No pueden tampoco ignorarse las tendencias centralizadoras que se viven en los Estados de tipo federal o descentralizados. Contra la subsidiariedad apunta finalmente G. STROZZI la gran conflictividad que genera esta regla entre los Estados miembros y la Comunidad Europea.

⁷¹⁹ S. MAGIERA, "Föderalismus und Subsidiarität als Rechtsprinzipien der Europäischen Union", en H. SCHNEIDER/W. WESELS (coordinadores), *Föderale...* p.97; T. BRUHA, "Das Subsidiaritätsprinzip in Recht der EG", en A. RIKLIN/G. BATLINER (coordinadores), *Subsidiarität...* p.374 y ss.; S. GALERA RODRIGO, "El principio..." pp.5 y ss. (p.20).

⁷²⁰ EUROPÄISCHES PARLAMENT, *Arbeitsgruppe des Generalsekretariats. Task-Force "Regierungskonferenz"*, Luxemburg, den 21. 11. 1995; PARLEMENT EUROPÉEN, *Groupe de travail du Secrétariat général. Task-Force "Conférence intergouvernementale"*, Fiche thématique Nr.19 sur la subsidiarité et la répartition des compétences, Luxembourg le 6. 10. 1995.

Es en este sentido como podría hablarse de cierto *antagonismo en el seno del propio Tratado* de la Comunidad, tras la reforma de Maastricht.

Concretamente, con el apoyo del artículo 5 (antiguo 3.B) del Tratado de la Comunidad Europea ciertos Estados propugnaban un sistema de lista de competencias (siguiendo el modelo del Estado federal) y un modelo de control judicial de los conflictos entre ambas instancias (comunitaria y nacionales), para superar de esta forma la indeterminación existente acerca de las competencias de la Comunidad Europea y lograr un modelo *estable* ⁷²¹. En este sentido, la defensa del principio de subsidiariedad conduciría a la supresión de ciertos preceptos comunitarios, tales como el artículo 308 (antiguo 235) del Tratado de la Comunidad ⁷²².

Sin embargo, otros Estados miembros salieron al paso frente a estas tendencias ⁷²³, apoyando expresamente el artículo 235 (hoy 308) del TCE. No eran éstos partidarios de profundizar en el principio de subsidiariedad (por tanto en el artículo 5 del Tratado), cuando menos en el sentido que ha acaba de ser explicado.

En este sentido, la experiencia ha demostrado que la ausencia de un sistema de lista de competencias puede llegar a ser el mejor medio para llevar a cabo la integración comunitaria, evitando el riesgo de anquilosar la Comunidad Europea. La integración europea sería por esencia un proyecto dinámico y progresivo ⁷²⁴. Una ventaja que presentaba esta segunda posición era la de evitar la conflictividad jurídica entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, desde el momento en que se elude el control sobre los problemas de delimitación de competencias entre ambas instancias. La validez del artículo 308 se refuerza considerando su correspondencia con la "necessary and proper clause" (artículo

⁷²¹ En esta línea Alemania, Reino Unido y el Senado francés. También Dinamarca (a favor de un sistema de lista de competencias), Finlandia, Austria y los Países Bajos.

⁷²² Véase PARLEMENT EUROPÉEN, *Groupe de travail du Secrétariat général. Task-Force "Conférence intergouvernementale"*, Fiche thématique Nr.19 sur la subsidiarité et la répartition des compétences, Luxembourg le 6. 10. 1995, así como el documento del mismo Parlamento *Groupe de travail du Secrétariat général. Task-Force "Conférence intergouvernementale", La simplification des Traités de l'Union et la Conférence Intergouvernementale de 1996*, Luxembourg 1995, donde se propugna la derogación de ciertos preceptos "superfluos".

⁷²³ Los Estados español o belga, así como las instituciones comunitarias.

⁷²⁴ Véase D.T. TSATSOS, "Die europäische Unionsgrundordnung", *EuGRZ* 1995, pp.288 y 289; J. TEMPLE LANG, "What powers..." p.98.

1 sección 8 apartado 18 de la Constitución de EEUU, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano)⁷²⁵.

Hoy sabemos que esta es la opción por la que se ha decantado la Constitución Europea.

F. El Protocolo sobre el principio de subsidiariedad en el Tratado de Amsterdam y en la Constitución Europea.

Las afirmaciones anteriores quedarían incompletas si no se aludiera al "Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad" anejo al Tratado de Amsterdam de 1997, así como al Protocolo que con el mismo nombre se añadió al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo texto definitivo fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y que aún ha de ser ratificado por los Estados miembros.

En el Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam, considerando las distintas posiciones que motivaba en su momento el principio de subsidiariedad, no puede extrañar que se empiece afirmando la necesidad de "definir con mayor precisión los criterios para su aplicación y garantizar su estricto cumplimiento y su aplicación coherente por parte de todas las instituciones".

El Protocolo de Amsterdam no duda en afirmar que este principio ha de guiar las acciones de la Comunidad. De ahí que "cada institución deberá garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad", declaración ésta relacionada directamente con ciertas afirmaciones que hacíamos *supra* sobre el valor del principio de subsidiariedad como orientación de las acciones de la Comunidad⁷²⁶, al igual que

⁷²⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El proyecto...": "La llamada cláusula "necessary and proper", que cierra la lista de competencias federales (artículo 1 sección 8 apartado 18) se mide en función de los fines que se consideraron por la Constitución como causa de atribución de poderes expresos. Son los poderes implícitos". (El artículo de la Constitución norteamericana citado afirma que la Unión es competente "para hacer todas las leyes que sean necesarias y oportunas para desarrollar los poderes que la Constitución atribuye expresamente a la propia Unión"). Asimismo, el mecanismo esencial con que se resuelven en EEUU los problemas de superposición de competencias de Unión y Estados es el que ofrece la cláusula de supremacía del Derecho Federal sobre el de los Estados, con base en la Constitución (Art. 6.2).

⁷²⁶ Pueden establecerse, en este sentido, ciertos antecedentes importantes de esta declaración del Tratado de Amsterdam. Por una parte, téngase en cuenta que el Parlamento Europeo había venido valorando positivamente la retirada de ciertas propuestas normativas presentadas por la Comisión Europea (unas 150 en 1993; resolución A3-187/94, de 20 de abril de 1994, sobre adaptación de la legislación vigente al principio de subsidiariedad, DOCE n°C 128 de 9 de mayo de 1994 pp.190 a 192); véase también COMISIÓN EUROPEA, *Informe al Consejo Europeo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad 1994*, Bruselas 2 de noviembre de 1994; igualmente, R. WAINWRIGHT, "The future of European Community legislation in the light of the Recommendations of the Sutherland Committee and the principle of subsidiarity", *Statute Law Review* 1994 vol.15 n°2 pp.98 a 107; J. RIDEAU, "Compétences..." pp.651 y ss.

aquella otra que también contiene el Protocolo y en cuya virtud dicho principio "no afectará a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional". Quiere de esta forma dejarse bien claro que la subsidiariedad no puede representar un freno a la integración comunitaria y en este sentido el apartado segundo de dicho Protocolo se afirmaba que la interpretación de aquélla ha de hacerse a la luz del apartado cuarto del artículo 6 del TUE según el cual la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas ⁷²⁷.

Los apartados siguientes del Protocolo venían a reiterar los presupuestos de este principio que ya conocemos (aplicación relacionada con competencias no exclusivas de la Comunidad y con el ejercicio y no la titularidad de la competencia, motivación de las normas comunitarias a la luz del principio de subsidiariedad, revisión de la normativa existente considerando dicho principio). En este sentido, el Protocolo insistía en la necesidad de procurar dejar a los Estados miembros márgenes amplios de valoración a efectos de la ejecución del Derecho comunitario.

Igualmente decisivo es el Protocolo relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo a la Constitución Europea. En esta ocasión se hace especialmente referencia al papel que juegan los Parlamentos nacionales de los Estados miembros a la hora del ejercicio del principio de subsidiariedad.

Otro antecedente significativo lo constituyen ciertas iniciativas presentadas en el Consejo de Edimburgo celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1992. Así, una primera iniciativa del Consejo fue desarrollar pautas o directrices para que las instituciones que participen en el proceso legislativo comunitario comprueben si una determinada proposición se adapta o no al principio de subsidiariedad (Conclusiones de la Presidencia, Anexo 1 Parte A, 7).

Una segunda iniciativa fue la recomendación a la Comisión de consultas con los Estados miembros en los primeros estadios de la formulación de propuestas legislativas, consultas respecto a la aplicación del principio de subsidiariedad en tales propuestas (Conclusiones de la Presidencia, Anexo 1 Parte A, 10). En tercer lugar, se pidió a la Comisión que revisara todas las propuestas legislativas pendientes y propuestas aún en fase inicial como proyecto a los efectos de comprobar si, en su caso, cumplen el principio de subsidiariedad. Se invitó, asimismo, a la Comisión a afantar la tarea de reexaminar toda la legislación comunitaria ya en vigor -y presumiblemente adoptada sin atender al principio de subsidiariedad- para ver si se adapta al principio de subsidiariedad (Conclusiones de la Presidencia, Anexo 1 Parte A, 4). De hecho, la Comisión había ya llevado a cabo parcialmente dicha revisión, de modo que el Consejo Europeo pudo anunciar en Edimburgo la retractación o modificación de la Comisión en un determinado número de propuestas pendientes. También se hicieron en este Consejo de Edimburgo ciertas sugerencias al Consejo de Ministros a los efectos de lograr el mejor funcionamiento posible del principio de subsidiariedad (Conclusiones de la Presidencia, Anexo 1 Parte A, 11-12).

⁷²⁷ En este sentido, puede considerarse también el Dictamen 1/94 de 15 de noviembre, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en virtud del cual el TJCE reiteró su jurisprudencia, sin tomar en cuenta la sentencia Maastricht del TC alemán.

En este Protocolo se afirma primeramente que cada institución debe garantizar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Pero interesa destacar la disposición según la cual la Comisión deberá remitir todas sus propuestas legislativas así como sus propuestas modificadas a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros al mismo tiempo que al legislador de la Unión.

Por su parte el Parlamento Europeo remitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo de Ministros sus posiciones a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros inmediatamente tras su adopción. Esta regla se prevé a efectos de que toda Cámara de un Parlamento nacional de un Estado miembro pueda en el plazo de seis semanas (contado a partir de la fecha de transmisión de la propuesta legislativa de la Comisión) enviar a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de Ministros y de la Comisión un dictamen motivado donde exponga las razones por las que considera que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad.

Respecto de la vinculación de este régimen jurídico, la Constitución Europea ciertamente se limita a decir que el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales.

No obstante, mayor eficacia tiene otra regla jurídica a cuyo tenor cuando los dictámenes motivados sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de la propuesta de la Comisión representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, la Comisión deberá volver a estudiar su propuesta (regla seis del Protocolo citado, con matices).

Este régimen jurídico se completa con una importante regla según la cual se atribuye al Tribunal de Justicia la competencia para conocer de los recursos por incumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo y aquella otra según la cual la Comisión ha de motivar las propuestas que realice en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Desde luego esta exigencia de motivación es un baluarte importante del control judicial porque lo hace posible a efectos de observar si hay una motivación suficiente o no.

Finalmente se establece que la Comisión Europea ha de presentar al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo de Ministros y a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros un informe anual sobre la aplicación del principio de subsidiariedad.

6. El proceso de ampliación de competencias en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam.

A. Introducción.

Para estudiar y valorar en su justa dimensión el sistema comunitario de competencias de la Comunidad Europea es preciso hacer también referencia al proceso de ampliación de competencias introducidas en el TCE en favor de la Comunidad Europea especialmente por el Tratado de Maastricht y por el Tratado de Amsterdam.

En los Tratados posteriores, como el de Niza, se procedió más bien a modificar las estructuras institucionales y los procedimientos de toma de decisiones de cara a la ampliación de la Unión ⁷²⁸.

B. La reforma del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht.

El Tratado de Maastricht de 1992 realizó una reforma ambiciosa en el Tratado de la CE ya que fueron muy numerosas las disposiciones que modificó o añadió el TUE dentro del "pilar comunitario" (contenidas en el decisivo artículo 8 del Tratado de la Unión Europea).

Los propios fines de la Comunidad, enunciados en los artículos 2 y 3 del TCE, resultaron sensiblemente fortalecidos.

Desde este punto de vista fue significativo cómo la Comunidad Europea adquirió nuevas competencias en materia cultural y pudo reforzar su acción social, superando el carácter esencialmente económico de sus fines y competencias.

Es preciso reconocer no obstante que la novedad de Maastricht no fue absoluta ya que en relación con algunos de los nuevos títulos competenciales la Comunidad Europea venía de hecho ya interviniendo como ocurría en materia de consumidores o de infraestructuras de transportes ⁷²⁹. Por otra parte es obligado

⁷²⁸ Otro de los resultados del Tratado de Niza fue la Declaración nº 23 aneja al Acta Final del Tratado, que ha sido el origen de la redacción de la Constitución Europea, al reconocer como necesaria una reforma de los Tratados para conseguir una mayor transparencia y simplificación de los procedimientos y del sistema institucional de la Unión en general.

⁷²⁹ En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la Comunidad (apoyándose en los artículos 74 y siguientes del TCE, 70 y ss. tras el Tratado de Amsterdam) realizó significativos programas para la construcción de infraestructuras de transportes. De ahí que, como pone de manifiesto G. RAMBOW, en C.O. LENZ, *EG-Vertrag...* Art.129.B § 4 y 5 pp.857 y 858, hoy es típica la situación de una "concurencia de bases competenciales (Kompetenzkonkurrenz)" entre las competencias resultantes de los artículo 71 (antiguo 75) -por un lado- y las que se derivan del 154 (antiguo 129.B) -por otro lado- en materia de infraestructura de transportes. Véase también R. STREINZ, *Europarecht*, Heidelberg 1995, § 2 III 3 pp.17 y 18.

asimismo reconocer al Acta Única Europea como un antecedente importante de este proceso de ampliación competencial ⁷³⁰.

Así todo, las modificaciones tuvieron una honda repercusión en el TCE pudiéndose destacar, junto a la nueva redacción de los fines de la Comunidad (artículos 2 y 3), la previsión de la moneda única (artículo 3A del TCE ⁷³¹), la introducción del principio de subsidiariedad (artículo 3B), la inserción de un artículo 4A (sistema europeo de Bancos Centrales y un Banco Central Europeo), el nuevo Título VI del TCE (política económica y *monetaria*), la integración de la "política social" dentro de un título más amplio y ambicioso denominado "política social, de educación, de formación profesional y juventud" (Título VIII tras del TCE tras la reforma de Maastricht) y la inserción en el Tratado de la CE de nuevos Títulos, tales como los relativos a cultura (Título IX) ⁷³², salud pública (Título X), protección de los consumidores (Título XI), redes transeuropeas (Título XII), industria (Título XIII), cohesión económica y social (Título XIV), cooperación al desarrollo (Título XVII).

Todo ello sin olvidar el reconocimiento de la ciudadanía europea (artículo 8 del TCE) y las reformas institucionales (Quinta parte del TCE), así como la conocida y no menos trascendental introducción de un sistema de tres pilares en los que pasa a basarse la Unión Europea la cual, al mismo tiempo, también se instituye. La Comunidad Europea, objeto del presente estudio, pasa a considerarse un primer pilar, "el pilar comunitario" de la Unión Europea.

Es significativo poner de manifiesto cómo el principio de subsidiariedad ha llegado a manifestarse a la hora de plasmar los nuevos Títulos competenciales en el Tratado de la CE ⁷³³. Este fenómeno puede explicarse de dos formas.

⁷³⁰ Un gráfico ejemplo de cómo el TUE profundiza en el Acta Única Europea (y sin perjuicio de otros) puede ser la aproximación de legislaciones mediante la introducción por el TUE en el TCE de los artículos 100C y 100D o la modificación del artículo 100A.1, reformas todas ellas que vienen a añadirse a las que realizó en su día el citado Acta, añadiendo éste los artículos 100A, 100B en el TCE.

⁷³¹ Sigo en este caso la numeración del TCE tras el TUE.

⁷³² Habría que añadir, asimismo, el artículo 92.3.d relativo a la excepción realizada a la prohibición de ayudas por razones de tipo cultural.

⁷³³ Sobre la cuestión, KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, *Entwicklung der Leitlinien für die Errichtung des transeuropäischen Verkehrsnetzes*, Brusel, den 21. 12. 1993, KOM (93) 701 endg. p.1; S.U. PIEPER, *Subsidiarität...* p.264; G. RAMBOW, en C.O. LENZ (coordinador), *EG-Vertrag...* Art.129.B p.859; J.A. VINOIS, "Les réseaux transeuropéens: une nouvelle dimension donnée au Marché unique", *Revue de Marché Unique Européen*, n°1 1993, pp.93 y ss.; A. MANGAS MARTÍN, "El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general", *Gaceta jurídica europea de la CE y de la Competencia*, D-17 septiembre 1992, pp.13 a 63; J.L. DE CASTRO RUANO, "El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional", *Gaceta jurídica europea de la CE y de la Competencia*, D-24 1995, pp.215 y ss.

Por un lado, tras el Tratado de la Unión Europea se amplían las competencias de la Comunidad Europea dentro de un ámbito esencialmente transnacional, comunitario. Así, se plasman nuevas competencias, en materia de cultura por ejemplo o de consumo, debiendo concretamente la Comunidad "contribuir" a la realización de las culturas de los Estados miembros, de un alto nivel de protección de la salud humana o de protección de los consumidores, etc.

Por otro lado, limitándose de esta forma la acción de la Comunidad es claro que, por debajo de dicho nivel comunitario, la competencia corresponde a los Estados miembros.

Para explicar estas afirmaciones puede ser útil el ejemplo de las redes transeuropeas, que es uno de los títulos competenciales nuevos introducidos en el TCE por el TUE (Título XV tras el Tratado de Amsterdam, antiguo Título XII, artículos 154, 155 y 156, antiguos 129.B, C y D ⁷³⁴).

Las redes transeuropeas constituyen un ejemplo de ampliación de competencias a favor de la Comunidad, al mismo tiempo que de limitación de su ejercicio. En este sentido, por una parte, se pone de manifiesto la necesidad de abordar y desarrollar una dimensión transnacional y europea de las redes de transporte, energía y telecomunicaciones, que sustituya los métodos tradicionales de planificación estrictamente nacionales ⁷³⁵. Los artículos 154 y 155 (antiguos 129.B y 129.C) vienen pues a afirmar una concepción transeuropea de las redes ⁷³⁶.

⁷³⁴ Véanse asimismo las Comunicaciones de la Comisión de 2 de diciembre de 1992 sobre el desarrollo futuro de la política común de transportes (COM (92) 494) y de 7 de abril de 1994 (COM (94) 106); decisión de 29 de octubre de 1993, DOCE L.305 de 10.12 1993;

⁷³⁵ KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, *Auf dem Weg zu einer europäischen Infrastruktur. Ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm*, Brüssel, den 10. 12. 1990, KOM (90) 585 endg. pp.5 y ss. (6): "Dies muß aber eine verstärkte Konzentrierung der Entscheidungsträger auf den verschiedenen politischen Ebenen nach sich ziehen"; KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, *Die Infrastrukturen für den Transport von Elektrizität und Erdgas in der Gemeinschaft*, Brüssel, den 27. 3. 1992, SEK (92) 553 endg.; A. DRUMAUX/O. DEBANDE, "Les politiques réglementaires européennes: le défi des réseaux d'infrastructures", *RISA*, n°21 1995, pp.227 y ss.; M.M. FRYBOURG, "Les réseaux transeuropéens au sens du titre XII du Traité de Maastricht", *Transports*, n°369 1995, pp.44 y ss. Se destaca igualmente el ahorro que puede conseguirse mediante la realización de redes europeas que eviten o suplanten dobles infraestructuras nacionales; o el crecimiento del empleo (KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, *Entwicklung der Leitlinien für die Errichtung des transeuropäischen Verkehrsnetzes*, Brüssel, den 21. 12. 1993, KOM (93) 701 endg. p.2 § 3); F. CAPELLI, "Die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes", en J. SCHWARZE (coordinador), *Europa ...* p.23: los fines del Mercado interior no se conseguirán sin una política común en transportes y telecomunicaciones. Este es el motivo de la introducción del artículo 154.1 (antiguo 129.B 1) del Tratado de la Comunidad Europea.

⁷³⁶ La identificación de dichos proyectos comunitarios se hace en función de diversos criterios de tipo objetivo (artículo 155, antiguo 129.C 1; artículo 2.2 de la proposición de la Comisión de 7 de abril de 1994).

Lege ferenda cabría pensar en la utilización a nivel comunitario de la técnica o institución del servicio público, lo que llevaría a reforzar las competencias de la Comunidad Europea ya que el servicio público, por su propio carácter o definición, otorga a su titular decisivos poderes de organización de la actividad publicada, los cuales vendrían a reforzar ciertas facultades que los artículos 154 y 155 (antiguos 129.B y C) atribuyen a la Comunidad en este sentido ⁷³⁷.

Pero, por otra parte, las competencias comunitarias tienen un límite claro ⁷³⁸. Los Estados miembros son los primeros responsables de la realización de las redes de transporte, energía y telecomunicaciones. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 154 (antiguo 129.B) llega a establecer un derecho de veto a favor de cada uno de los Estados miembros para los proyectos que le conciernan.

C. La reforma del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Amsterdam.

También el Tratado de Amsterdam de 1997 vino a ampliar el cuadro de competencias de la Comunidad Europea, siguiendo la tendencia del Acta Única Europea y del Tratado de la Unión Europea, aunque de forma menos intensa que éste último.

Habría que subrayar la introducción en el TCE, por el Tratado de Amsterdam, del Título VIII ("empleo"). De esta forma, la Comunidad se hace eco de este grave problema social del empleo mediante una regulación no precisamente parca (ar-

⁷³⁷ La propia justificación del servicio público se encuentra en su conexión con una "red" que le sirve de soporte (J. SALAS HERNÁNDEZ, "Servicio público y competencia a la luz del Tratado de la Comunidad Económica Europea", *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona 1993, p.207; igualmente, STJCE Gemeente Almelo y otros contra Energie Bedrijf Ijsselmij Nv de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, Rec.1994 pp.I-1477 y ss., especialmente las alegaciones del Abogado general). Véase también T. DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Madrid 1996 *in totum*; asimismo, las contribuciones de diversos autores en C. STOFFAËS, *L'Europe de grands réseaux*, Annales des mines, April 1991, pp.8 y ss.

Téngase en cuenta, por otra parte, el nuevo artículo 16 del TCE, introducido por el Tratado de Amsterdam donde se afirma que la Comunidad velará por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. En todo caso, la asunción del servicio público a nivel comunitario debe respetar las reglas básicas del Derecho de la competencia (véase *supra* el capítulo segundo de la segunda parte dedicado a los "servicios públicos").

⁷³⁸ J.A. VINOIS, "Après les Conseils Européens de Bruxelles, de Corfou et d'Esse quelles perspectives pour le réseau transeuropéen de transport?", *Revue de Marché commun et de l'Union européenne*, n°385 1995, p.85: "Le nouveau titre XII du traité est un excellent exemple du désir des États membres de réserver à l'Union européenne un rôle de stimulateur, dans un souci de subsidiarité particulièrement tangible dans ce domaine".

títulos 125 a 130 del TCE; véase igualmente el Preámbulo del Tratado, así como los artículos 2, 3 y 136).

También se introdujo un Título X sobre cooperación aduanera (artículo 135 del TCE) y se modifican asimismo las disposiciones en materia de política social (artículos 136 y ss.).

Sobre esta materia mencionada en último lugar, en el propio Preámbulo del TUE se inserta un considerando cuarto donde se reconocen expresamente los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea de Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 (véase también el nuevo artículo 136 del TCE).

Por otra parte, el Protocolo sobre política social y el no menos célebre Acuerdo sobre Política Social celebrado entre los Estados miembros de la CE *a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, pasa a integrar el articulado del TCE (artículos 136 y ss.) consiguiendo esta regulación una validez general en el territorio comunitario (por tanto también en el Reino Unido).

En materia de medio ambiente el Tratado de Amsterdam ha profundizado en la noción de "crecimiento sostenible" que empleó el Tratado de la Unión Europea ⁷³⁹. El nuevo artículo 2 del TCE, junto a la referencia anterior al "crecimiento sostenible y no inflacionista", afirma la misión de la Comunidad de promover un "desarrollo sostenible" de las actividades económicas ⁷⁴⁰. Por otra parte, dicho artículo 2 del TCE afirma expresamente como misión de la Comunidad la de promover "un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y calidad de vida" ⁷⁴¹.

En este sentido, el nuevo artículo 6 del TCE afirma que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 y en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

⁷³⁹ Tras la reforma del TCE introducida por el Tratado de la Unión Europea el artículo 2 pasó a decir, en este sentido, concretamente: "crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente".

⁷⁴⁰ Concretamente: "desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas".

⁷⁴¹ El "desarrollo sostenible" conlleva no sólo una adecuada protección del medio ambiente en cuanto tal sino también y especialmente una consideración del medio ambiente en el desarrollo de las demás políticas comunitarias que puedan afectarle. Un ejemplo gráfico de esta concepción lo ofrece la política de transportes ya que su realización o consecución habrá de hacerse de forma acorde con el medio ambiente.

Y no menos significativa es la reforma del Título XIX "medio ambiente" (antiguo Título XVI) del TCE, ya que se afirma, primero, que el Consejo ha de pedir consulta al Comité de las Regiones y, segundo, se refuerza el papel del Parlamento Europeo ya que el procedimiento aplicable en materia ambiental pasa a ser el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 del TCE.

En materia cultural se introduce un párrafo cuarto en el artículo 128 (tras la numeración del Tratado de Amsterdam artículo 151.4) en virtud del cual la Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de las culturas.

Igualmente, se modifican los Títulos relativos a la salud pública, las regiones ultraperiféricas, la lucha contra el fraude ⁷⁴² y, como ya nos consta, los servicios de interés económico general.

Ahora bien, donde seguramente esté el *quid* de la reforma de Amsterdam sea en la "comunitarización" experimentada en el tercer pilar de la Unión Europea, es decir "cooperación en los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior". Concretamente, una parte del Título VI del Tratado de la Unión Europea ha pasado a integrar el Tratado de la Comunidad Europea, esto es los artículos 61 a 69 (Título IV) del TCE ⁷⁴³.

Lo significativo es poner de manifiesto cómo el aumento de competencias de la Comunidad puede producirse a través del traspaso de ciertos ámbitos de los pilares segundo o tercero de la Unión Europea en favor de la Comunidad (puede verse el artículo 42 tras el Tratado de Amsterdam, antiguo artículo K.9 del TUE).

Una explicación resumida del cambio realizado ⁷⁴⁴ puede hacerse a la luz de los encabezamientos que pasan a tener los respectivos Títulos del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de la Comunidad Europea. En este sentido, el nuevo Título VI del TUE, denominado en la versión original como "cooperación

⁷⁴² En la lucha contra el fraude se refuerza la posición de la Comunidad, y concretamente del Consejo; con anterioridad las medidas previstas correspondían ser tomadas a los Estados.

⁷⁴³ Puede verse I. MONTAUT, "La communitarisation du second et du troisième piliers du Traité de l'union Européenne dans la perspective de la réforme institutionnelle de la CIG de 1996", *RMCE* 1997 408 pp.335 y ss.

⁷⁴⁴ Con más detalle, especialmente refiriéndose a los cambios de tipo institucional que introduce el Tratado de Amsterdam, puede verse A. MANGAS MARTÍN, "La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1998 3 pp.7 y ss.; igualmente VARIOS AUTORES, *El Tratado de Amsterdam*, Madrid 1998 (dirigido por M. OREJA AGUIRRE).

en los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior" (el tercer pilar "puro") pasa a llamarse "disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal"⁷⁴⁵.

Por su parte, el nuevo Título IV del TCE se denomina "visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas".

Es inevitable cuando menos mencionar dos temas importantes en torno a este tercer pilar; en primer lugar, se produce una apertura del control de la justicia comunitaria en el segundo pilar de la Unión (puede verse el matizado régimen previsto en el artículo 35 del TUE⁷⁴⁶) y en segundo lugar se prevé la posibilidad de una cooperación reforzada dentro de este tercer pilar (artículo 40 del TUE). Asimismo, es preciso considerar la integración del Acuerdo de Schengen en el marco de la Unión europea que realiza el Tratado de Amsterdam⁷⁴⁷.

En cambio, la repercusión del Tratado de Amsterdam sobre el llamado segundo pilar de la Unión Europea (política exterior y de seguridad común) no ha sido intensa⁷⁴⁸. En torno a este segundo pilar prima pues la colaboración inter-

⁷⁴⁵ Puede verse F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, "La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia", *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, 1998 2 pp.7 y ss.

⁷⁴⁶ Me remito a L.N. GONZÁLEZ ALONSO, "La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1998 4 pp.501 y ss.; asimismo, A. MARUGÁN SÁENZ, "¿Hacia un Tribunal de Justicia de la Unión Europea?" *Cuadernos de Derecho público* 1999 6 pp.185 y ss.; M. ROBLES CARRILLO, "La posición del TJCE en el Tratado de la Unión Europea: alcance y consecuencias de los artículos C y L", *RIE* 1994 21 pp.815 y ss.

⁷⁴⁷ Véase el primer Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea "Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea"; en la doctrina, por todos, A. VALLE, "La refundición de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1998 3 pp.41 y ss.

⁷⁴⁸ Críticamente, ante los escasos avances realizados por el Tratado de Amsterdam, J.J. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "El Tratado de Amsterdam y la política exterior y de seguridad común de la Unión: análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1998 3 pp.79 y ss.

Siguiendo este trabajo, los puntos críticos serían entre otros los siguientes:

1. La no alteración sustancial de los objetivos, respecto de los plasmados por el TUE.
2. La regla de unanimidad para la toma de decisiones (completada con una regla de abstención constructiva).
3. La inexistencia de un control parlamentario suficiente.
4. El papel poco relevante de la Comisión Europea ya que la representación de la PESC corresponde a la Presidencia.
5. El predominio de lo intergubernamental.
6. La ausencia de una política común de defensa.

gubernamental. Las propias realizaciones llevadas a cabo en este ámbito son aún incipientes pudiéndose esperar en el futuro una política de defensa común y la conversión de la Unión Europea Occidental en el sistema defensivo de la Unión (declaración 30 aneja al TUE).

Finalmente, téngase en cuenta que el Tratado de Amsterdam introdujo un nuevo Título VII en el TUE (artículos 43 a 45) sobre la cooperación reforzada ⁷⁴⁹, cuyo sentido estaba en permitir una mayor y más estrecha cooperación entre los Estados miembros que lo deseasen). Sin embargo, dicha regulación era tan compleja según el Tratado de Amsterdam que resultaban de imposible aplicación ⁷⁵⁰ y, por ello, el Tratado de Niza de 2001 previó (artículos 43 y siguientes Tratado de la Unión Europea) la cooperación reforzada de ocho Estados miembros que ya no puede ser bloqueada por el veto de un solo Estado miembro, como sucedía en el Tratado de Amsterdam, aunque aún debe lograrse un mayor grado de diferenciación en el proceso de integración permitiendo un sistema más sencillo y generalizado de cooperación reforzada ⁷⁵¹.

7. Consecuencias para el Derecho administrativo europeo: "la europeización con método".

Estamos en condiciones de deducir ciertas conclusiones sobre el sistema de competencias de la Comunidad y de deducir sus consecuencias para el Derecho administrativo europeo.

⁷⁴⁹ Para los antecedentes D. ORDÓÑEZ SOLÍS, "Diferencias de integración y cooperación reforzada", *Instituto de Estudios parlamentarios europeos*, Oviedo 1998.

Sobre la cooperación reforzada A. MANGAS MARTÍN, "La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam", *Comunidad Europea. Aranzadi*, octubre 1998 10 pp.27 y ss.; igualmente, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1998 3 pp.205 y ss.; J.M. DE AREILZA CARVAJAL/A. DASTIS QUECEDO, "Flexibilidad y cooperación reforzadas ¿nuevos métodos para una Europa nueva?", *Revista de Derecho comunitario europeo* 1997 1 pp.9 y ss., trabajo publicado también en la *Revista Gaceta Jurídica de la CE y Derecho de la competencia*, 1998 D-29 pp.105 y ss.; J. BURÓN CUADRADO, en *Revista Vasca de Administración Pública* 1999 53 p.209.

⁷⁵⁰ Informe presentado por DEHAENE, WEIZSÄCKER y SIMON, *Las implicaciones institucionales de la Unión*, presentado el 18 de octubre de 1999 y que había sido encargado por el Presidente de la Comisión, que puede consultarse en: *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 1999, pp.595 y ss.

⁷⁵¹ Si la Unión Europea no quiere poner en peligro o perder la idea de una mayor cohesión que hasta ahora ha constituido el núcleo legal y político del proceso de integración se han de crear mejores posibilidades de lograr una integración flexible para hacer frente a la futura ampliación (D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos, Oviedo julio 1998).

El dato que interesaría retener sería es el de una progresiva atenuación del carácter esencialmente funcional del sistema de competencias de la Comunidad (que parte de los artículos 2 y 3 del TCE) y el de una relativa merma de significación de los artículos 308 (antiguo 235) y 100 del TCE (antiguo 94).

Esto último se ha conseguido en buena medida a través del reconocimiento en el TCE de nuevas competencias, de modo que la introducción de un nuevo título competencial en el TCE puede llevar a cercenar la vía de acudir al artículo 308 del Tratado. En este sentido, la STJCE de 26 de marzo de 1996 (asunto C-271/94, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea) niega al Consejo la posibilidad de fundamentar una decisión (94/445/CE) en el artículo 308 (antiguo 235) por considerar que la base competencial es el artículo 156 del TCE (antiguo 129.D).

Esto es importante, además, porque el artículo 308 concede al Parlamento sólo un derecho a ser consultado -por parte del Consejo- mientras que (en el caso de la STJCE de 26 de marzo de 1996) los artículos 156 (antiguo 129.D) y 95 (antiguo 100.A) establecen el procedimiento de cooperación y codecisión con el Parlamento ⁷⁵².

En esta línea, la STJCE de 28 de mayo de 1998 ⁷⁵³ reafirma que el Consejo de la Unión Europea no puede adoptar una decisión basándose en el artículo 308 del TCE, ya que “la decisión controvertida consiste en medidas contempladas en los guiones primero, segundo y tercero del apartado 1 del artículo 129.C del Tratado, para cuya adopción se establece en el artículo 129.D el procedimiento que debe seguirse (hoy 155 y 156 del TCE)”.

Pero la atenuación del carácter funcional del sistema de competencias de la Comunidad Europea, y su consiguiente objetivación, se ha conseguido principalmente a raíz de la introducción del principio de subsidiariedad. Dejando a un lado su posible connotación jurídico-política es evidente que tras la introducción del principio de subsidiariedad en el artículo 3.B del Tratado de la CE (actualmente artículo 5) la Comunidad no podrá ejercer una determinada competencia con tal de afirmar su correspondencia con alguno de los *finés* enumerados en los artículos 2 y 3 del Tratado de la CE. Dicho ejercicio ha de justificarse en virtud del principio

⁷⁵² Por otra parte, la plasmación de nuevos Títulos competenciales en favor de la Comunidad puede servir para afirmar el criterio de la mayoría -para la toma de decisiones- en vez de la regla de la unanimidad que implica el artículo 308 (antiguo 235), siempre que no se trate del ámbito puramente institucional de la Comunidad ni tampoco de los asuntos donde la sensibilidad de los Estados está hoy especialmente marcada: por ejemplo, armonización de los impuestos indirectos (artículo 93, antiguo 99) del Tratado de la CE, o en materia de impuestos directos (artículo 94, antiguo 100).

⁷⁵³ Asunto C-22/96.

de subsidiariedad y por tanto no basta con afirmar dicha correspondencia por hacerse necesario además justificar que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (artículo 5, antiguo 3.B del TCE).

En suma, el sistema comunitario de competencias, ya desde las reformas de Maastricht y Amsterdam, podría caracterizarse del siguiente modo. Primero, por la extensión "horizontal" de ámbitos competenciales que ha experimentado la Comunidad a raíz de las reformas operadas en aquellos dos Tratados.

Y, segundo, por la limitación (de tipo "vertical") del ejercicio de la competencia, ya que en virtud del principio de subsidiariedad la Comunidad no podrá invadir ámbitos competenciales que correspondan ser ejercidos por los Estados.

Pues bien, desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo pueden deducirse ciertas conclusiones.

En principio, el sistema comunitario de competencias basado esencialmente en su carácter funcional y en un uso relevante de los poderes inherentes no facilita precisamente la identificación de un objeto estable del Derecho administrativo europeo, como ya nos consta.

No obstante, la atenuación del carácter finalista del sistema comunitario de competencias y la moderación del uso de los poderes inherentes (como consecuencia de la introducción de nuevos títulos competenciales y del principio de subsidiariedad) facilitan evidentemente la estabilidad necesaria para poder identificar el objeto del Derecho administrativo europeo, por partir éste de marcos competenciales más definidos y menos indeterminados.

En la búsqueda del necesario equilibrio y siendo aconsejable profundizar en este tipo de mecanismos que clarifican, racionalizan y "objetivizan" el sistema de competencias de la Comunidad, desde el punto de vista de la realización del Derecho administrativo europeo no ha sido necesario -ni seguramente deseable- que la Constitución Europea prescindiera por completo del carácter finalista del sistema comunitario de competencias, por representar aquél un factor o elemento que contribuye a la europeización de los Derechos administrativos de los Estados miembros sobre la base de la integración comunitaria. *Europeización, por tanto, pero con rumbo, europeización por tanto con método.*

OCTAVA PARTE

**LAS DIFERENCIAS, RESPECTO DE LA EXTENSIÓN
Y LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO,
ENTRE LOS DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS COMO
PROBLEMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO**

CAPÍTULO PRIMERO

EN PARTICULAR, LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE DERECHO PRIVADO COMO TEMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO.

Los problemas que plantea el Derecho administrativo europeo no son sólo aquellos que plantea la ejecución del Derecho comunitario y la repercusión de éste sobre los Derechos administrativos nacionales, sobre ámbitos tales como la responsabilidad administrativa, el Derecho ambiental, el procedimiento administrativo, etc.

Parece conveniente considerar además los problemas del Derecho administrativo europeo, en cuanto tal Derecho administrativo, como es el caso del régimen jurídico de las actuaciones que las Administraciones realizan en régimen de Derecho privado.

En primer lugar, la distinta incardinación, en los Derechos de los Estados miembros, de numerosos ámbitos de actuación administrativa, en el Derecho administrativo o en el Derecho civil, puede considerarse como un problema típico del Derecho administrativo europeo.

En segundo lugar, es preciso conceder una mayor atención a los problemas de carácter general que plantea este tipo de actuación administrativa (esencialmente prestacional o servicial, económica y contractual) que se hace regir por el Derecho privado, principalmente a la hora de afirmar su sujeción a Derecho. Es en todo caso significativo cómo en los Estados europeos la preocupación por los problemas jurídicos más importantes del Derecho administrativo se ha deslizado desde el ámbito de la Administración de policía hacia el propio de la Administración prestacional.

En efecto, parece haber disminuido la necesidad de desarrollar jurídicamente el plano de la protección del ciudadano frente a la actuación administrativa de limitación o policía (el *Obrigkeitsstaat*), cuando menos en comparación con la preocupación sentida en otros tiempos y en comparación con la necesidad sentida hoy de colmar las

lagunas que presentan ciertos temas de Derecho administrativo tales como la sujeción a Derecho de la actuación administrativa de Derecho privado, la defensa procesal frente a las adjudicaciones ilegales de contratos, la arbitrariedad en la selección del personal al servicio de la Administración, el problema de la corrupción, etc.

Un buen ejemplo de la creciente inquietud existente en este sentido puede ser la Ley francesa que lleva por título "Ley de prevención de la corrupción" de 29 de enero de 1993 ⁷⁵⁴, que se ha referido concretamente a la financiación de los partidos políticos, la contratación de los poderes públicos y sus empresas (especialmente de gestión de servicios públicos), el urbanismo "comercial" ⁷⁵⁵, el control sobre la actividad financiera de las Corporaciones locales y la ejecución de sentencias. Esta ley puede considerarse como una ley especial que pretende regular conjuntamente los *problemas actuales* del Derecho administrativo que precisan de una solución urgente, procurando la transparencia de la gestión financiera de las Administraciones Públicas ⁷⁵⁶. En este sentido, la citada Ley empieza con la instauración de un *Servicio central de prevención de la corrupción* (incardinado en el Ministerio de Justicia) y encargado de centralizar

⁷⁵⁴ Véase E. DERIEUX, "La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: Indépendance et transparence des prestations de publicité", *Revue française de droit administratif*, 9 (6) nov-déc 1993, pp.1085 y ss.; C. GUETTIER, *La Loi anticorruption*, Paris 1993, 207; Y. MENY, *La corruption de la République*, Fayard 1992, pp.82 y ss.; D. POUYAUD, "La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: Concurrence, transparence et libre administration", *Revue française de droit administratif*, 9 (5) sept-oct. 1993, pp.902 y ss.; M. SAPIN, "Sans concession, mais sans confusion", *Après demain*, n°370 Janvier 1995; H.H. WERLIN, "Revisiting corruption: with a new definition", *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 60 1994, pp.547 y ss.

⁷⁵⁵ Al respecto, F. BOUYSSOU, "La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: La réforme de l'urbanisme commercial", *Revue française de droit administratif*, 9 (5) sept-oct. 1993, pp.921 y ss.

⁷⁵⁶ La Ley recae especialmente sobre las Corporaciones locales. Véase J.C. DOUENCE, "La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: Les contrats de délégation de service public", *Revue française de droit administratif*, 9 (5), sept.-oct. 1993, p.937: "un retorno de la fuerza del Estado a nivel local"; en general, puede verse también F. MODERNE, "La descentralización en Francia", en *Anuario del Gobierno Local*, Diputación de Barcelona, 1995, pp.477 y ss.

Mención especial se hace en la Ley al problema de la inejecución de sentencias por parte de tales Corporaciones locales, sobre el cual el Consejo de Estado se había manifestado expresamente (véase el Rapport public 1990, *EDCE*, n°42, 1991, p.132, Rapport 1991, *EDCE* n°43, 1992, pp.84 y ss.; H.M. CRUCIS, "La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: Gestion locale, exécutifs locaux, juridictions financières dans la loi du 29 janvier 1993: les contrôles financiers entre prévention et répression", *Revue française de droit administratif* 9/6, nov-déc 1993, p.1102 y ss.; M. GIORDANO/S. PENAUD, "De nouveaux rapports entre les communes et les associations", *Juris assoc.* 1993.71.26.; V.B. CLAVAGNIER, "Les associations et la loi anticorruption", *Juris Assoc.* 1993,75.42).

las informaciones necesarias con el fin de detectar y prevenir los casos de corrupción (activa o pasiva) y el tráfico de influencias cometido por personas que ejercen una función pública (véase el artículo 1 de la Ley).

En tercer lugar, es preciso estudiar este ámbito de actuación administrativa (como tema o problema esencial del Derecho administrativo europeo) considerando que el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vehículos esenciales para la formación del Derecho administrativo europeo, como ya nos consta) repercuten de forma especialmente intensa en este tipo de actuación administrativa de Derecho privado ⁷⁵⁷.

El hecho de que la influencia del Derecho comunitario se plasme especialmente en dicho ámbito referido de actuación administrativa es fácil de entender, ya que uno de los fines esenciales de la Comunidad Europea es la creación de un mercado común ⁷⁵⁸. En el Derecho comunitario es fácil verificar la preferencia por los temas de contenido económico algunos de los cuales afectan al sector público ⁷⁵⁹. Desde el punto de vista del Derecho público, la repercusión del Derecho comunitario se pone de manifiesto especialmente en relación con temas de Derecho administrativo económico; el Derecho administrativo europeo es en buena medida un Derecho

⁷⁵⁷ De acuerdo con su naturaleza, el sector de los servicios públicos, aunque se asuma por la Administración, es susceptible de ser realizado por los particulares tal como por otra parte subraya la doctrina alemana e italiana. El servicio público es una "attività alternativa" en el sentido de que "el mismo objetivo podría ser alcanzado (raggiunto) usando un instrumento jurídico público o privado"; es un ámbito que no necesariamente corresponde a los poderes públicos, si bien pueden asumirlo; véase E. BANI, en M. GIUSTI (coordinador) Y OTROS, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano 1994, p.380 ("ci sono attività che lo Stato svolge non necessariamente, ma per scelta"); F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1991, p.144; E. PICOZZA, "Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992 pp.1209 y ss. (p.1236); en Alemania, igualmente, H.H. KLEIN, "Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe", *DÖV*, 1965, p.758; H. PETERS, "Öffentliche und staatliche Aufgabe", en *Festschrift für H.C. Nipperdey*, Tomo 2 1965, pp.877 y ss.; F. OSSENBUHL, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", *VVDStRL* 29 (1971), pp.144 y ss.; S. VON HEIMBURG, *Verwaltungsaufgaben und Private*, Berlin 1982, p.14; H.P. BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, Frankfurt 1977, pp.43 y ss.; J. ISENSEE, en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (coordinadores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1988 p.63, y en la misma obra, W. RUFNER, p.1043 § 80.

⁷⁵⁸ Véase A. PREDIERI, "Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici", *Congresso su il mercato europeo pubblico e privato nell'Europa degli anni 90*, Milano 1990, pp.388 y ss.; también G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, 1983; D. EHLERS, "Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im europäischen Binnenmarkt", *NVwZ*, n°9 1990, p.810; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La financiación de los partidos políticos*, Madrid 1995.

⁷⁵⁹ Precisamente, el Derecho comunitario que afecta a los sectores públicos es actualmente un tema importante del Derecho comunitario (XIII informe de la Comisión Europea, último informe anual de la EUROPEAN COMMISSION, *XIIIrd Report on Competition Policy 1993*, Brussels 1994, p.15 § 6).

administrativo económico europeo ⁷⁶⁰, un "Derecho de la empresa" o "un Derecho administrativo del Mercado Común Europeo" ⁷⁶¹, pudiéndose constatar una cierta "mercantilización" del Derecho administrativo ⁷⁶².

En este sentido, es interesante cómo el Derecho comunitario ofrece criterios importantes para lograr la sujeción a Derecho de actuaciones de tipo económico ligadas muchas veces a la utilización del Derecho privado (véase *supra* el capítulo segundo y el tercero de la segunda parte, dedicado a los servicios públicos).

En suma, se revela la conveniencia de desarrollar ahora el enfoque del "Derecho comparado como método" (véase *supra* el capítulo dedicado al Derecho comparado) estudiando los Derechos de los Estados miembros y las soluciones que éstos proporcionan a este tipo de problemas que se presentan en todos ellos.

⁷⁶⁰ En este contexto puede consultarse G. FALCON, "Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991 pp.352; H.P. IPSEN, "Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration", *DÖV* 1968, pp.441 y ss.; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden Baden, 1989 p.5; O. BACHOF, "Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung", *VVDStRL* 30, (1972) p.236.

⁷⁶¹ E. PICOZZA, "Alcune riflessioni..." p.1214. R. STOBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart 1996, p.31 (europäisches Wirtschaftsverwaltungsrecht).

⁷⁶² Llega a hablarse, igualmente, de un "Derecho penal económico" (L. ARROYO ZAPATERO Y OTROS, "Hacia un Derecho penal económico europeo", *Jornadas en Honor del Profesor K. Tiedemann*, Madrid 1995 *in toto*; E. RIGHI, *Derecho penal económico comparado*, Madrid 1991). En el ámbito del Derecho civil, J.L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, "Presentación..." p.12: "las valoraciones vienen más exigidas por criterios económicos y tecnocráticos que por valoraciones propiamente jurídicas"; y del mismo autor "Integración europea, Derecho comunitario y Derecho común", *Revista de Derecho privado*, marzo 1993 pp.211 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROBLEMA DE LAS DIFERENCIAS EN CUANTO A LA POSICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO REGULADOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. Reseña de los dos problemas principales.

Pueden a mi juicio seleccionarse dos problemas jurídicos especialmente significativos en cuanto a las diferencias en el modo de entender la posición del Derecho administrativo como Derecho regulador de la actuación de las Administraciones públicas, en el contexto del Derecho administrativo europeo.

En primer lugar, es preciso considerar las diferencias que existen entre los Derechos administrativos propios de la órbita francesa y los Derechos administrativos de raíz germánica, pues la extensión y límites del Derecho administrativo, y las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho privado no son coincidentes en uno y otro caso (y en general entre los distintos Estados miembros).

En este sentido, el Derecho alemán afirma la existencia de una auténtica "Administración en forma de Derecho privado" (o "Fiskalverwaltung"⁷⁶³) fruto de un principio de "libertad de elección" del régimen jurídico ("Wahlfreiheit"), de la que dispondrían la Administración y también el Legislador para determinar el De-

⁷⁶³ La "Fiskalverwaltung" engloba tanto la gestión de los servicios públicos como los "Hilfsgeschäfte" o contratos de la Administración, así como también la actuación mercantil -erwerbswirtschaftliche Betätigung-. En este sentido ha llegado a hablarse de un "segundo ámbito de actuación" de la Administración (E. SCHMIDT-ASSMANN, "Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts", *Festschrift für P. Lerche*, 1993, p.521: "das Privatrecht der Verwaltung wird so zu einem zweiten gleichberechtigten Systemteil des allgemeinen Verwaltungsrechts").

recho regulador para el cumplimiento de las funciones administrativas. En cambio, en el Derecho español se afirma que la Administración ha de observar siempre el Derecho administrativo para el cumplimiento de sus funciones propias.

Estas diferencias se explican históricamente; primero, por el desarrollo especial que en Alemania tuvo la llamada teoría del fisco, no tanto en el sentido que erróneamente se le atribuye de considerar aquélla como el único medio de atribución de garantías jurídicas en favor de los súbditos (pues también existieron incluso con anterioridad a la Edad Contemporánea garantías frente a la actuación "de policía" de los monarcas), sino por contribuir aquélla a que numerosos ámbitos de actuación administrativa se incardinaran en el Derecho privado. En Alemania el Derecho administrativo se desarrolló fundamentalmente en el ámbito de la Administración de policía o limitación, pero no en el ámbito de la actuación prestacional o servicial de la Administración pública. En este último, se ha logrado consolidar no obstante un régimen de vinculaciones de Derecho administrativo en caso de que la Administración emplee el régimen jurídico-privado para la realización de este tipo de funciones administrativas. En consonancia, también arraigó especialmente, en el Derecho alemán, la idea del *Justizstaat* o "Estado de la justicia" cuyo significado está, por lo que ahora aquí interesa, en el desarrollo de un control judicial civil, que aún pervive en Alemania, en materia de contratos "administrativos", régimen de bienes y, especialmente, pretensiones de tipo indemnizatorio, incluyendo las de expropiación forzosa de impugnación de justiprecios.

En cambio, en los Derechos administrativos de órbita francesa jugó un especial papel (sin perjuicio de otros factores) la concepción del servicio público, consiguiéndose un régimen especial de Derecho administrativo respecto de todos aquellos ámbitos en torno a los cuales se entendió que la Administración realizaba funciones de servicio público (contratos administrativos, bienes, etc.). En consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa consigue ejercer un control sobre los asuntos jurídicos que se plantean dentro de este ámbito de actuación administrativa regulada por el Derecho administrativo, siendo una de sus características esenciales (en el fondo derivada de la idea del servicio público) el necesario equilibrio entre prerrogativas de la Administración y garantías del ciudadano.

De ahí que la propia incardinación de instituciones básicas del Derecho administrativo (como ocurre con el régimen de bienes o de contratos de la Administración) se hace de modo diferente en los Derechos administrativos germánicos y los Derechos administrativos de órbita francesa.

Pues bien, las preguntas a las que conduce este planteamiento serían las siguientes: ¿constituyen estas diferencias un problema, incluso un obstáculo insalvable, para el Derecho administrativo europeo?, ¿pueden afirmarse ciertos

criterios generales comunes a los distintos Derechos administrativos de los Estados miembros?

El segundo problema importante, que se plantea desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo, es la posible incompatibilidad entre el Derecho británico y el Derecho público, considerando que en aquél rige, como es sabido, un sistema de common law.

Merece la pena observar el alcance de este tipo de problemas para, finalmente, proponer alguna solución por la que pueda profundizarse en el desarrollo y evolución histórica del Derecho administrativo europeo.

2. Las diferencias más aparentes que reales entre los Derechos administrativos germánicos y los Derechos administrativos de órbita francesa.

Es cierto que el Derecho alemán afirma expresamente una "Administración en forma de Derecho privado" (o "Fiskalverwaltung") y un principio de "libertad de elección" del régimen jurídico ("Wahlfreiheit"), fruto de una particular evolución histórica

Pero un estudio con cierta profundidad de las diferencias existentes lleva a relativizar enormemente el alcance de dichas diferencias.

En principio, el Derecho privado de la Administración no es el mismo Derecho privado que rige las relaciones jurídicas entre los particulares, por tratarse más bien de un Derecho privado sujeto a las garantías esenciales del Derecho administrativo (desarrollándose con este fin, las teorías del Verwaltungsprivatrecht y la Zweistufentheorie, principalmente en el período correspondiente a las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial).

Por otra parte, tampoco es plenamente cierto que en el Derecho español o francés exista un ámbito de actuación administrativa (esencialmente prestacional o servicial y económica) ajeno por completo al Derecho privado.

El *quid* está en poner de manifiesto que, en ambos Derechos, el ámbito de aplicación del Derecho privado afecta esencialmente a la prestación de servicios públicos. Cuando en el Derecho alemán se afirma el principio de "libertad de elección" entre el Derecho administrativo y el Derecho privado, y por tanto la consiguiente elección del Derecho privado para la realización de funciones administrativas, esta afirmación se hace por referencia a la gestión de servicios públicos. Y a nadie se oculta que en los sistemas de *droit administratif* en este ámbito de la gestión de los servicios públicos el Derecho privado también ha llegado a inmiscuirse. El

Derecho local ofrece un claro ejemplo. Basta una lectura rápida del artículo 86 de la LBRL para comprobar que la Administración local dispone de la posibilidad de optar, para la gestión de un servicio público, entre un organismo autónomo (que se rige por el Derecho administrativo) o una sociedad mercantil (que se rige por el Derecho privado). Y en un plano legislativo también se ha manifestado esta posibilidad, ya que el Legislador ha "optado" en ciertas ocasiones por el Derecho privado para la realización de actividades administrativas, siendo este tipo de decisiones difícilmente controlables, cuando menos en comparación con las decisiones tomadas en este sentido por una Administración local.

Por lo que respecta a la incardinación de la contratación de la Administración (en el Derecho alemán) dentro del Derecho civil, dicha incardinación es harto discutible tras las directivas comunitarias. La esencia privatista de este tipo de contratos (y su característico principio de libertad de pactos) ha quedado suplantada por un modelo público en su contenido de contratación de la Administración (esencialmente la sujeción a Derecho de la fase de adjudicación; véase *supra* el capítulo dedicado a la contratación administrativa).

Es asimismo común a ambos Derechos que el ámbito no ya servicial o prescricional, sino el simplemente industrial o económico, pueda regularse conforme a Derecho privado.

Puede concluirse que en todos estos Derechos nacionales el Derecho administrativo es el Derecho regulador de la Administración pública cuando ésta desarrolla funciones propias de su giro o tráfico administrativo. El problema que se plantea entonces es el de si este principio puede afirmarse también en el Derecho británico. De este modo se lograría afirmar su validez general en el contexto europeo.

3. El problema del Derecho británico en este contexto del Derecho administrativo europeo.

Entrando en la problemática que acaba de esbozarse, un dato sin duda especialmente característico del Derecho del Reino Unido, bajo el prisma europeo continental, es la tradicional ausencia de una distinción entre el Derecho público y el Derecho privado. Asimismo, en lo procesal tampoco se prevé una jurisdicción especial para el conocimiento de los asuntos litigiosos de naturaleza jurídico-pública. Por contra, existe un único bloque jurídico, que es el *common law* que rige también la actuación administrativa ⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, München 1994 § 7 (5) p.75 y § 12 (26) p.108 (en relación con Inglaterra) y § 9 (11) p.87 y § 12 (28) p.109 (en relación con los Estados Unidos -"kein spezifisches Verwaltungsrecht-").

Para abordar este tema parece obligada una referencia histórica para poner de relieve el alcance de esta diferenciación entre el *droit administratif* y el *common law*. Este último sistema recuerda en principio al régimen jurídico del Continente europeo existente con anterioridad al siglo XIX ⁷⁶⁵, momento en el cual nace el Derecho público (y la jurisdicción contencioso-administrativa) ⁷⁶⁶. Antes de este período existía obviamente, en el Continente Europeo, un sistema de garantías jurídicas frente al Estado, pero éste se desarrolló dentro de los márgenes que permitía el sistema de Derecho común ⁷⁶⁷. En resumen, interesa resaltar que en el Reino Unido no se dió el salto histórico hacia un Derecho público específico y el planteamiento siguió esencialmente ligado a las bases jurídicas precedentes o tradicionales ⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ La doctrina subraya en este contexto las identidades históricas básicas entre los Derechos inglés y del continente (X. LEWIS, "L'européisation du common law", en P. LEGRAND (coordinador), *Common Law d'un siècle l'autre*, Québec 1992, p.284; P. STEIN, "The Sources of Law in Europe: An English Perspective", en J.M. TRIGEAUD (coordinador), *Philosophie juridique européenne. Les institutions*, 1988 p.91; R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, New York 1988 pp.85 y ss.).

⁷⁶⁶ Puede verse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994 pp.17 y ss.

⁷⁶⁷ Es especialmente ilustrativo el caso de las garantías procesales de los súbditos frente al Estado, en los territorios vinculados al *Reich* (Centroeuropa) antes de la Edad Contemporánea. Para poder acceder a la jurisdicción era preciso invocar la existencia de una *Justizsache* (asunto justiciable). Esta *Justizsache* encuadraba tanto asuntos que hoy consideramos de Derecho público como de Derecho privado. Véase M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962, pp. 206 y ss.; W. RÜFNER, "Verwaltungsrechtsschutz in Preussen von 1749 bis 1842", *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 53, 1962; H.U. ERICHSEN, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß*, Bochum 1970, pp.75 a 77.

⁷⁶⁸ Precisamente, durante el siglo XVII se ensayó en el Reino Unido la formación de un incipiente Derecho público, mediante la creación de Tribunales específicos para el conocimiento de los asuntos públicos, pero no convenció en este país esta solución; al igual que en el Continente, hubo momentos históricos en los cuales los Monarcas reformaron el sistema de Cámaras (u "órganos administrativos, vinculados al Estado") a las cuales se reservaba el conocimiento de ciertos asuntos. Sin embargo, dicho sistema fue considerado "arbitrario instrumento al servicio de la Monarquía de los Tudor". La Revolución Gloriosa (1688/1689) logró la supresión de estas instancias de control, residenciándose los litigios ante los "Tribunales" del Common Law. También esta evolución recuerda claramente a la sufrida, en este sentido, en el *Reich* alemán a finales del siglo XVIII. Concretamente, y como resultado de las ideas de ciertos ilustrados, en Centroeuropa se procedió a la extensión de las competencias de los Tribunales de Derecho común. No obstante, en Alemania en el siglo XIX vence la implantación de Tribunales específicos de Derecho público, mientras que en el Reino Unido, la defensa de la judicialización fue tal que no permitió la sustantivación de estos Tribunales contencioso-administrativos. Véase, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua...* pp.145 y ss.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I...* § 7 (5) p.75 (en relación con Inglaterra) y § 9 (11) p.87 (en relación con los Estados Unidos); J. SCHWARZE, *Europäisches...* p.134.

Por otra parte, ha de procurarse una perspectiva histórica *global*, sin circunscribirse exclusivamente a un determinado momento histórico (el siglo XIX) y, desde este punto de vista, lo característico en la historia del Derecho europeo, como apunta CASSESE, es el dato de los “desarrollos entrecruzados” (*sviluppi incrociati*), la identidad de métodos y soluciones. Europa es un “mondo comunicante” y de “recíproca apertura”. El siglo XIX puede ser entendido como un paréntesis en tal proceso, pero aun así las diferencias no obedecen, incluso entonces, tanto a criterios de fondo o contenido como a simples razones de búsqueda de *formas* de diferenciación, entre los distintos países, basadas principalmente en hostilidades o rivalidades de tipo político⁷⁶⁹; concretamente parece en el Reino Unido haberse tomado como referencia el Derecho francés, para procurar hacer *algo diferente*.

En este sentido, la contraposición entre common law y droit administratif en buena medida parece fruto de una cierta e insistente retórica doctrinal, una especie de dogma admitido, sin que al mismo tiempo se pongan de manifiesto los contenidos reales de dicha contraposición o diferenciación⁷⁷⁰. En esta línea, se ha mantenido que aquélla puede ser considerada un resultado de las doctrinas de DICEY, pese a que su interpretación “traicionaba la realidad”⁷⁷¹. Los hechos han confirmado que, pese a la autoridad de tal doctrina, sus ideas no han impedido el desarrollo de una reflexión científica y de una enseñanza del Derecho administrativo en el Reino Unido.

En cualquier caso, sería exagerado afirmar que el Derecho del Reino Unido ha permanecido impasible a los desarrollos del Derecho público en el Continente. La necesidad de lograr un sistema jurídico adecuado, para el control de la Administración, ha llevado a la modernización (*iuspublicación*) de los esquemas jurídicos tradicionales. A esto ha contribuido un hecho importante, que es la progresiva ampliación de funciones de la Administración desde finales del siglo XIX, así como el aumento de poder del Ejecutivo en merma del tradicional poder del Parlamento; todos estos hechos conducen a la necesidad de aumentar las exigencias jurídicas respecto a la vinculación de la Administración al Derecho, así como de obtener un planteamiento jurídico adecuado.

⁷⁶⁹ S. CASSESE, “Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, pp.28 y 29: “Non erano tanto elementi tratti da una analisi approfondita dell’ordinamento inglese, quanto punti di differenza dalla Francia”. Otras causas son, así, los nacionalismos y el hecho de que la ley pasara a ser fuente del Derecho. Bien es cierto que tales diferencias cobraron posteriormente un carácter científico (ante las doctrinas de Dicey o Hauriou). Insiste también, en esta línea, R. ZIMMERMANN, en P.C. MÜLLER-GRAFF, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, pp.47 y ss.

⁷⁷⁰ Sobre el problema, G. SAMUEL, “System und Systemdenken - Zu den Unterschieden zwischen Kontinentaleuropäischem Recht und Common Law”, *ZEUP*, nº3 1995, pp.383 y ss.

⁷⁷¹ S. CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid 1986, traducción de L. Ortega, p.59; véase, en general, S. FLOGAÏTIS, *Administrative Law et Droit administratif*, Paris 1986.

En el Derecho "administrativo" británico actual se prevén numerosas leyes o reglas jurídicas especiales o específicas para la actuación de la Administración pública, corroborándose la aproximación del planteamiento jurídico británico con el del Continente Europeo. Del principio "constitucional" del *Rule of Law* se desprende, en el ámbito jurídico-administrativo, la existencia de una vinculación "especial" o "modificada" de la Administración al *Common Law* (o Derecho común, que rige las relaciones jurídicas entre los ciudadanos). Esencialmente, se han desarrollado las teorías del *ultra-vires* y de la *natural justice*, para dar respuesta en el Reino Unido a esa necesidad de sujetar a Derecho a la Administración de forma adecuada.

La teoría del *ultra-vires* conduce a la considerar ilegales las actividades administrativas que no se correspondan con la habilitación hecha normativamente por el Parlamento (o que no respeten las pautas procedimentales necesarias para realizar una actuación); de ahí que pueda considerarse que su origen está en el sacrosanto principio inglés de la soberanía del Parlamento (*Sovereignty of Parliament*). La teoría del *ultra vires* ha servido, entonces, para desarrollar en el Reino Unido el control sobre la discrecionalidad administrativa; también, correlativamente, para afirmar el principio de igualdad, ya que una actuación administrativa que lo vulnere es una actuación arbitraria. Del principio de la *justicia natural* son expresión, concretamente, el derecho de audiencia, la máxima de la prohibición de ser juez y parte en el mismo asunto, el principio de motivación de las resoluciones administrativas ⁷⁷², el principio de seguridad jurídica y el régimen de revocación de resoluciones administrativas y de retroactividad ⁷⁷³, así como la posibilidad de impugnar en vía administrativa las decisiones administrativas ⁷⁷⁴. Ambos principios (*ultra vires* y *justicia natural*) han logrado, especialmente, acentuar la importancia del procedimiento administrativo como garantía jurídica.

Considerando estos principios jurídicos, sólo con grandes reservas podría mantenerse la inexistencia de un Derecho público en el Reino Unido. Habría que

⁷⁷² Véase N.R. CAMPBELL, "The duty to give reasons in administrative law", *Public law*, 1994 pp.184 y ss.; siguiendo a J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.1338 y 1339, no puede extraerse una regla general de motivación de los actos administrativos, pero la ausencia de motivación conduce a la anulación judicial de la actividad, si la decisión es arbitraria o sin fundamento. Leyes especiales establecen, asimismo, tal deber de motivación.

⁷⁷³ Si bien no está plasmado un principio de seguridad jurídica, lo cierto es que mediante las técnicas de las *Legitimate expectations* y del *Estoppel*, los Tribunales defienden los derechos adquiridos. El *Estoppel* conduce al respeto de las posiciones jurídicas de aquéllos que confiaron en una situación jurídica existente, posteriormente alterada. Los rigores de tal principio se atenúan mediante la regla *ultra vires*, ya que aquél no puede derivar en una situación ilegal. Puede verse J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.875 a 884.

⁷⁷⁴ Se impugnan, según las materias, o bien ante los llamados *Tribunals*, o bien ante las *Inquiries*. La regulación se contiene en el *Tribunals and Inquiries Act*, 1971 y mediante leyes especiales.

reconocer más bien la sustantivación de un "Cuerpo o Código de reglas jurídico-administrativas" ⁷⁷⁵. Incluso el Derecho administrativo inglés ha alcanzado un especial desarrollo en ciertos ámbitos, hasta el punto que podrían ser un ejemplo a seguir por los demás Derechos europeos, como ocurre respecto del alto desarrollo del que gozan las reglas jurídicas de tipo procedimental administrativo ⁷⁷⁶.

Debe destacarse también la paulatina institucionalización de un sistema jurisdiccional administrativo: tras una reforma de 1977 los *Queen's Bench Divisional Court* ejercen un control administrativo sobre la Administración, a modo de un departamento o sección jurisdiccional dentro de la *High Court*. Leyes especiales han creado numerosos Tribunales especiales; también han perfeccionado el sistema de única instancia existente tradicionalmente, mediante la creación de *Council on Tribunals*, instancia que supervisa la actuación judicial y envía un informe anual al Parlamento. Importante, en este plano judicial, es pues la génesis de un sistema judicial propio para asuntos administrativos ⁷⁷⁷. A juicio del Lord W. of BARNES este logro de iuspublicación procesal ha estado decisivamente impulsado por

⁷⁷⁵ Así, I.N. STEVENS, *Constitutional and Administrative Law*, London 1993, p.297; J. BEATSON, "Public and Private in English Administrative Law", *The Law Quarterly Review*, 1987 pp.34 y ss.; C.F. EDLEY, *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, London 1990, pp.4, 215 y 259. Según EDLEY, el aumento de funciones administrativas y la industrialización, el reforzamiento del poder del Ejecutivo tras la Primera Guerra Mundial son factores que han conducido a generar un "Derecho administrativo" en el Reino Unido.

⁷⁷⁶ Así, el régimen del derecho de audiencia. Para la determinación de cómo ha de ejercitarse el derecho de audiencia se parte de la distinción entre "medidas del Ejecutivo de carácter administrativo y de carácter judicial", rigiendo aquél para estas últimas medidas. Un criterio que basa esta distinción es la constatación de si el procedimiento tiene o no carácter contradictorio (respectivamente a los procedimientos judicial o administrativo). Para los procedimientos que desembocan en una "resolución puramente administrativa" el trámite de audiencia tiene menos exigencias, en comparación con las que rigen para el procedimiento de carácter judicial. En cualquier caso, es destacable el sistema inglés en cuanto al nivel de exigencias o requisitos que comprende el derecho de audiencia en los procedimientos administrativos; en este sentido los Tribunales han desarrollado especialmente este derecho de audiencia en los procedimientos administrativos. Véase J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.1228 a 1245. Ilustrativas del alcance del derecho de audiencia (sobre la base del principio de la justicia natural) son las resoluciones *Ridge v. Baldwin*, House of Lords (1964) A.C. 40.

⁷⁷⁷ De ahí que la doctrina afirme la existencia de un *principio* de dualidad de jurisdicciones (Lord W. of BARNES, "Droit public - English Style", *Public Law* 1995, p.57: "The High Court when applying those principles is not exercising its normal jurisdiction. It is exercising a quite separate jurisdiction: its inherent power to review administrative action").

La mejor prueba de que la distinción entre Derecho público y Derecho privado ha cobrado arraigo en el Reino Unido es la existencia de críticas contra dicha distinción. Así, S. FREDMAN/G.S. MORRIS, "The Costs of Exclusivity: Public and Private Re-examined", *Public Law*, Primavera 1994, pp.70 y 83 a 85, criticando tal dualidad en el plano procesal o judicial: "(...) the distribution of power within the contemporary State necessitates the abolition of the public-private divide established in *O'Reilly v. Mackman* in favour of a unified procedure".

los “desarrollos de otras jurisdicciones internacionales” y por el aumento tan significativo de recursos contencioso-administrativos de los ciudadanos contra la Administración ⁷⁷⁸.

La aproximación sería aún mayor (entre los distintos ordenamientos europeos) si se materializaran las propuestas realizadas en el Reino Unido, de promulgación de una Constitución ⁷⁷⁹, instauración de un Tribunal Constitucional ⁷⁸⁰, regulación de un catálogo de derechos fundamentales ⁷⁸¹, de codificación del *common law* por sectores jurídicos y de implantación de una “auténtica” jurisdicción contencioso-administrativa ⁷⁸². La doctrina inglesa insiste en la necesidad del desarrollo del Derecho público inglés ⁷⁸³. Con este fin, de avanzar en el Derecho público inglés y de su mayor aproximación con los de otros países, se trabaja en lo que se denomina el “Proyecto de Derecho público”, por un grupo de trabajo integrado por relevantes juristas ⁷⁸⁴; ha de resaltarse, pues, el ambiente doctrinal propicio

⁷⁷⁸ Lord W. of BARNES, “Droit public - English Style...” pp.58 y 60 respectivamente a ambos factores; en relación con el primero destaca el papel del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, del Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo y de los Tribunales de los países del *common law*; en relación con el incremento de asuntos ante los Tribunales puede verse M. SUNKIN/L. BRIDGES/G. MESZAROS, “Trends in judicial review”, *Public Law* 1993 pp.443 y ss.

⁷⁷⁹ Existe en este sentido un proyecto “The Constitution of the United Kingdom”, publicado por el Institute for Public Research (30/32 Southampton Street), London WC2E 7 RA, 1991, con introducción de JAMES CORNFORD; por otra parte, deben ponerse de manifiesto los numerosos proyectos de Constitución escrita en el Reino Unido; véase D. OLIVER, *The Government in the United Kingdom*, London 1991, pp.149, 164 y 187.

⁷⁸⁰ Véanse los artículos 92 a 113 del Proyecto de Constitución, *cit.*

⁷⁸¹ Véase D. OLIVER, *The Government...* pp.146 y ss.; los artículos 2 a 22 del Proyecto de Constitución *cit.* se refieren precisamente a los derechos fundamentales (Bill of Rights). Puede verse también la recensión de I. HARDEN (“The Fundamental Laws of the Kingdom”, *Public Law*, 1995 pp.298 y ss.) al libro de T.R.S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice: the legal foundations of British Constitutionalism*, Oxford 1993.

⁷⁸² Véase GEISSELER, *Reformbestrebungen im Englischen Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M. 1985; Lord SCARMAN, *English Law - The New Dimension (Hamln Lecture)*, London 1974, pp.76 y ss.

⁷⁸³ Lord SCARMAN, “The development of administrative Law: obstacles and opportunities”, *Public Law*, 1990, p.493.

⁷⁸⁴ Véase L. BRIDGES, “The Public Law Project: progress report”, *Public Law*, 1993, pp.52 y ss.; S. SEDLEY, “The Public Law Project”, *Public Law* 1990, pp.180 y ss.; su origen se cifra en 1988 y sus realizaciones principales se han desarrollado en el ámbito del control judicial (judicial review); institucionalmente es importante también la labor del “International Centre for Public Law”, con el objeto de impulsar el desarrollo del Derecho público (M. SUPPERSTONE/J. JOWELL/T. DAINITH, “The International Centre for Public Law”, *Public Law*, (Analysis), Invierno 1993, p.601; Lord W. of BARNES, “Droit public - English Style...” p.57).

para el desarrollo de un Derecho administrativo inglés más próximo aún al de los demás países europeos ⁷⁸⁵.

En este contexto, resulta también de especial interés incidir en la *repercusión del Derecho comunitario en el Derecho británico*, como muestra de la aproximación entre los distintos ordenamientos europeos y del impulso de reforma que aquél ocasiona en el Derecho inglés ⁷⁸⁶. Principalmente, ha de ponerse de manifiesto la repercusión, en este ordenamiento jurídico, de los principios que el Tribunal de Justicia de las Comunidades recoge de otros sistemas nacionales ⁷⁸⁷.

Un buen ejemplo, que ofrece la propia doctrina inglesa, es que el principio de proporcionalidad (desarrollado principalmente en Alemania), asumido por el Tribunal de Justicia de las CCEE, se ha proyectado sobre el Derecho del Reino Unido; lo mismo ocurriría con el principio, de origen alemán, de confianza legítima (Vertrauensschutz) o podría ocurrir con el régimen administrativo de la autonomía local. Se subraya, entonces, que en el Derecho inglés han surgido principios jurídicos paralelos a los que han aparecido en el Derecho comunitario ⁷⁸⁸.

Pero no acaba ahí el proceso de influencias ⁷⁸⁹, pues ha de aludirse también en este contexto al *Derecho comparado* como vía para profundizar en la

⁷⁸⁵ Véase D. OLIVER, "The frontiers of public law", *Public law*, 1993 p.4; T. KOOPMANS, "European Public Law: Reality and Prospects" (1991), *Public Law* p.53; Lord W. of BARNES, "Droit public - English Style..." pp.60 y ss., quien desmiente que en el Derecho británico no exista la división entre Derecho público y Derecho privado, si bien se hace necesario profundizar en ella.

⁷⁸⁶ Lord LESTER OF HERNE HILL, Q.C., "Discrimination: What can Lawyers learn from History?", *Public law*, 1994 pp.224; N.P. GRAVELLS, "European Community Law in the English Courts", *Public Law*, 1993, p.44; W. LEWIS/S. MOORE, "Duties, Directives and Damages in European Community Law", *Public Law*, 1993, pp.151 y ss.; Lord J. MACKENZIE STUART, *Recent Developments in English Administrative Law - The Impact of Europe?*, en Festschrift für P. Pescatore, Baden Baden 1987; X. LEWIS, "L'européisation du common law", en P. LEGRAND (coordinador), *Common law...* pp.275 y ss.

⁷⁸⁷ A. LESTER, "The influence of European Law on English administrative Law", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº4 1991, p.923.

⁷⁸⁸ Así X. LEWIS, "L'européisation du common law", en P. LEGRAND (coordinador), *Common law...* p.284 y 292; A. LESTER, "The influence of European Law on English..." p.927; J. SCHWARZE, *Europäisches...* pp.678, apoyándose en interesante bibliografía; Lord J. MACKENZIE STUART, "Recent developments in English Administrative Law - The Impact of Europe?", en F. CAPOTORTI (director), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden 1987, p.417; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE/N. GRIEF, "L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1993-1994)", *Revue trimestrielle de Droit européen*, nº 4, octobre-décembre 1994 pp.665 y ss.

⁷⁸⁹ En general, se pone de manifiesto el proceso general de influencias. Así, del Derecho continental en el Derecho de los Estados Unidos. Un ejemplo es la influencia en el jurista americano Karl Nickerson Llewellyn, que estudió en Alemania y participó decisivamente en la redacción del Uniform Commercial Code (en 1940); al respecto WISEMAN, "The Limits of Vision Karl Llewellyn an the

introducción de reglas jurídicas, de otros ordenamientos europeos, en el Reino Unido. No faltan, pues, en el ámbito del common law decididos estudios que pretenden adaptar instituciones concretas del Derecho británico a las de otros ordenamientos europeos que han alcanzado un mayor desarrollo ⁷⁹⁰. La doctrina británica es consciente de las limitaciones de su Derecho administrativo; tales "limitaciones" causan, por otra parte, problemas jurídicos relevantes. Así, recientemente se critica la imposibilidad del sistema del common law para dar respuesta a los nuevos problemas jurídicos que ha traído consigo la privatización. Según M. FREEDLAND, la "privatización" ha dado lugar a un proceso de extensión de la forma contractual para la realización de las funciones administrativas (llegándose a hablar de *Government by Contract* ⁷⁹¹). El problema surge tras verificar que el Derecho administrativo inglés no dispone de una regulación pública de contratos capaz de afrontar el reto de la "actuación administrativa mediante contratos". No es de extrañar que se tome entonces como punto de referencia el Derecho francés, más evolucionado, para solucionar esta cuestión ⁷⁹².

Así pues, puede considerarse que el Derecho administrativo inglés es un Derecho con sus propias peculiaridades, como las tiene también el español, el sueco o el griego, pues, evidentemente tampoco los Derechos administrativos de

Merchant Rules", *100 Harvard Law Review*, 1987, p.514; TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 1985, p.89; M.H. HOEFLICH, *Transatlantic Friendship and the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century*, 1988; un estudio en detalle, con distintos juristas americanos que recibieron la influencia del Derecho europeo continental, es el del profesor americano P.D. CARRINGTON, "Der Einfluß kontinentalen Rechts auf Juristen und Rechtskultur der USA 1976-1993", *JZ*, n° 11 1995 pp.529 y ss.; del otro lado, el influjo del Derecho americano sobre el Derecho europeo es también tradicional: WIEGAND, "The reception of the Law in Europe", *The American Journal of Comparative Law*, n°39 1991 pp.229 y ss.; R. STÜRNER, "Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland", *Festschrift für K. Rebmann*, München 1986 p.839; o actual: U. BLAUROCK, "Europäisches Privatrecht", *JZ* 1994, p.276.

En general, sobre el proceso de influencias entre Derecho continental y británico véase A. JUNKER, "Rechtsvergleichung als Grundlagenfach", *JZ* 1994, p.928; "contrariamente al *common law*, tradicionalmente independiente de la evolución jurídica continental, el Derecho administrativo inglés está hoy abierto a las influencias del Derecho europeo (...) y ha creado un modelo de Derecho administrativo, no tan arraigado como en otros países europeos, pero abierto por otra parte a una mayor influencia" (J. SCHWARZE, *Europäisches...* p.1383 y "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona 1993, pp. 89 y 91); VARIOS AUTORES, *Amerikanische Rechtskultur als Vorbild für ein übernationales, europäisches Privatrecht?*, 1995.

⁷⁹⁰ Véanse las referencias doctrinales de G. ARIÑO, en el prólogo a J.I. MONEDERO GIL, *Doctrina del contrato de Estado*, Madrid 1977, p.21 acerca de las tendencias de los juristas del common law que propugnan la introducción de un régimen jurídico público para el contrato administrativo.

⁷⁹¹ M. FREEDLAND, "Government by Contract and Private Law", *Public Law*, Primavera 1994, pp.86 y ss.

⁷⁹² M. FREEDLAND, "Government by contract..." p.98.

los demás Estados europeos son coincidentes entre sí. *La cuestión no es la existencia o inexistencia de un Derecho administrativo británico sino la mayor o menor aproximación de dicho Derecho con el de otros ordenamientos europeos* ⁷⁹³.

A modo, pues, de recapitulación puede sentarse que la diferencia entre el *droit administratif* y el *common law* no parece llegar a negar el principio según el cual la Administración está regida por un Derecho específico o estatutario cuando cumple sus funciones típicas o propias de su giro o tráfico administrativo. Importante es verificar que la tendencia es, por otra parte, la de intensificar el proceso de aproximación del Derecho administrativo inglés con el de los demás países europeos. En el Reino Unido se verifica un proceso de "iuspublicación" del *common law*, así como en el Continente se pierde el sentido rígido de la distinción entre Derecho público y Derecho privado ⁷⁹⁴. Cada Derecho nacional pierde algo en beneficio de la realización del Derecho administrativo europeo y, así, el español se privatiza mientras que el británico se iuspublica.

4. Recapitulación y propuesta.

Después de analizar en términos generales las diferencias reales entre los sistemas de Derecho administrativo puede a mi juicio realizarse un esfuerzo por sistematizar una propuesta que consiga alcanzar una validez general en los distintos Derechos administrativos de los Estados miembros, en cuanto al modo de entender el Derecho administrativo como Derecho regulador de la Administración y su delimitación con el Derecho privado.

En primer lugar, el Derecho administrativo ha de ser el Derecho regulador de la Administración pública o entidades dependientes cuando aquélla o éstos realicen "funciones propiamente administrativas", como ocurre en los casos en los que se realizan funciones de limitación o policía y la actividad repercute sobre los derechos de los particulares.

En segundo lugar, el Derecho administrativo permite que el Derecho privado sea el Derecho regulador de la Administración o entidades dependientes cuando aquélla o éstos realicen funciones estrictamente mercantiles, industriales o económicas. En este ámbito el Derecho de la competencia

⁷⁹³ Lord W. of BARNES, "Droit public - English Style..." p.59.

⁷⁹⁴ Véase S. CASSESE, "Il Diritto amministrativo europeo: una introduzione", *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona 1993, p.9 y del mismo autor *Las bases...* pp.58, 66 y, especialmente, p.71; L.J. WOOLF, *Protection of the Public. A new Challenge*, London 1990, p.109; P. STEIN, *Legal Institutions*, London 1984.

aporta criterios y pautas de legalidad administrativa, sin perjuicio del control público o administrativo respecto de la decisión (de los poderes públicos) de intervención en el tráfico económico.

En tercer lugar, en cuanto a las actuaciones de carácter prestacional o servicial se presentan dos posibilidades; una de mayor calidad jurídica es su sujeción a Derecho administrativo; otra, que también puede jurídicamente admitirse, es el régimen del "Derecho administrativo privado", de necesario cumplimiento en todo caso en tanto en cuanto se opte por el Derecho privado como Derecho regulador de este tipo de funciones administrativas prestacionales. En este sentido, la jurisdicción contencioso-administrativa debe prestar una atención especial a las posibles agresiones que puedan sufrir los ciudadanos como consecuencia de esta actuación de Derecho privado de las Administraciones públicas.

Estos tres principios o criterios representarían una pauta general a seguir para el desarrollo del Derecho administrativo europeo.

Se trataría, no obstante, de un cuadro funcional que refleja la situación jurídica actual *lege lata*. *Lege ferenda* es criticable que, a través de estos criterios funcionales, se estén afectando ámbitos esenciales del Derecho administrativo. Como el Derecho europeo se desarrolla a través del Derecho económico y mercantil de la competencia, lo público o administrativo termina convirtiéndose en materia mercantil o económica. Y esto es criticable. Debería basarse el Derecho europeo en postulados públicos compatibles con aquél.

CAPÍTULO TERCERO

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES, EN ESPECIAL SOBRE EL SENTIDO, ALCANCE Y VALOR DEL DERECHO SUBJETIVO

En torno a los sistemas de control sobre la actuación administrativa se han desarrollado concepciones diferentes, en los Estados europeos, que llegan a influir en los resultados prácticos que se obtienen en vía judicial.

Un primer modelo, de índole subjetiva propio del Derecho alemán, parte de la identificación de los distintos tipos de derechos subjetivos de los ciudadanos en sus relaciones jurídicas con la Administración (reaccionales o prestacionales) ajustando las acciones procesales a los tipos posibles de derechos o intereses legítimos. En consecuencia, las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa deben guardar una coherencia o congruencia absoluta con la clase de acción ejercitada. El recurrente define, entonces, el modelo de sentencia.

Un segundo sistema, de índole objetiva, estructura el proceso administrativo siguiendo la *ratio* del control de legalidad de la actuación de la Administración por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa; la acción procesal es anulatoria y de carácter impugnatorio; la sentencia anulará la decisión administrativa aunque también dispondrá, dado el caso, las medidas necesarias para restablecer la posición jurídica del recurrente.

Con el transcurso del tiempo las diferencias históricas entre ambos modelos han ido reduciéndose. El modelo subjetivo propio del Derecho administrativo alemán se ha visto en la necesidad de proteger los intereses colectivos, más allá de los individuales y de ampliar el concepto de legitimación procesal, y plantea hoy ciertos problemas, de definición, a la hora de admitir las acciones públicas o la legitimación del Ministerio Fiscal.

No obstante, ha sido el modelo procesal objetivo característico del "*Droit administratif*" el que más se ha visto en la necesidad de atenuar sus postulados principales. La justicia administrativa, en cuanto tal, no puede ser sino esencial o predominantemente subjetiva (en España es además una exigencia constitucional conforme al artículo 24 de la Constitución) ya que la definición o configuración misma de la justicia administrativa ha de hacerse desde el punto de vista de la protección procesal del individuo (en sus relaciones jurídicas con la Administración). En puridad, sólo si se causa una lesión jurídica en sus derechos o intereses legítimos puede desarrollarse un control de legalidad de la actuación administrativa por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Todo control sobre la Administración, al margen de los casos en que ha existido una *lesión jurídica*, debe realizarse, conforme al modelo subjetivo, mediante otros medios de control distintos de la jurisdicción contencioso-administrativa (vgr. medios de control internos desarrollados dentro del propio aparato estatal). En los países donde tradicionalmente el sistema jurisdiccional administrativo ha pivotado sobre la idea del control de legalidad de la actuación administrativa, el modelo subjetivo representa un punto de referencia esencial para su necesaria subjetivación.

No se trata de inventar un modelo nuevo. O de regular en función de las características propias de un país. El modelo subjetivo es universal (para la defensa de los derechos individuales). Cosa distinta es que en un determinado país quieran incorporarse al modelo subjetivo elementos objetivos, tales como las acciones populares o la legitimación del fiscal o el control de reglamentos, etc.

Es cierto que los modelos de carácter más o menos objetivo han ido evolucionando hacia su mayor subjetivación. Pero es sorprendente cómo llegan a arraigar ciertas prácticas e instituciones propias y típicas de modelos puramente objetivos. Esto ocurre por ejemplo con la tan consabida (especialmente en el plano doctrinal) "inactividad administrativa", que no es sino una forma de enfocar o definir un problema característico de un Derecho administrativo que presupone que la función esencial de la jurisdicción contencioso-administrativa es el control de legalidad de la Administración, su actividad o *inactividad*: en un modelo de raíz subjetiva no se polemiza sobre la "inactividad" (la "inactividad" cuando más podrá considerarse a los efectos del cómputo de los plazos para el ejercicio de un recurso procesal). En un modelo de raíz subjetiva, que parte del derecho subjetivo como poder y exigencia de justicia del ciudadano frente a la Administración ejercitable ante los órganos jurisdiccionales, se habla *en su lugar* de "pretensión o acción a una prestación" o acción prestacional o de condena, es decir, acción que ejercita el ciudadano cuando le interesa una prestación (o actuación de la Administración).

Es significativo el inconsciente arraigo de lo "objetivo" entre nosotros: incluso cuando ha querido darse un paso importante en la tendencia de subjetivación del

contencioso-administrativo y se promulga la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 se introduce una "pretensión o acción *contra la inactividad*" (artículos 29 y 32). En consecuencia sigue y seguirá empleándose el concepto mágico, la complicada ficción, de la "inactividad" y no el concepto sencillo y natural de la "pretensión prestacional o de condena", formas ambas en principio igualmente válidas para explicar un mismo fenómeno jurídico desde dos ópticas diferentes, la subjetiva del ciudadano y la objetiva de la Administración. En general, la nueva Ley jurisdiccional parece pretender un modelo subjetivo de justicia administrativa pero no consigue reflejar la dimensión *procesal* inherente a los derechos subjetivos ⁷⁹⁵.

Y dejando a un lado la vertiente procesal del derecho subjetivo, se observan ciertas diferencias entre los Derechos administrativos nacionales en cuanto a la forma de entender los derechos subjetivos en sentido material. Mientras que en unos Estados miembros ciertos ámbitos de Derecho administrativo acostumbran a definirse por el legislador reconociendo potestades discrecionales en favor de la Administración, en otros puede estar afirmándose un derecho subjetivo de carácter prestacional en idéntica situación. Esta reflexión merece una mayor explicación y ejemplificación. En efecto, en el primer caso la norma afirmará una potestad discrecional en favor de la Administración y el ciudadano tendrá un derecho subjetivo reaccional cuya defensa procesal lleva a un control judicial sobre la actuación administrativa discrecional definido éste esencialmente por su limitado alcance.

En idéntica situación puede sin embargo ocurrir que en la legislación de un determinado Estado miembro se reconozca un derecho subjetivo de tipo prestacional; en estos casos, todo aquél que reúna los requisitos exigidos por la norma aplicable podrá ejercitar dicho derecho subjetivo y exigir por tanto judicialmente la correspondiente prestación. No se tratará entonces de hacer depender, la prestación requerida, de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional consiga reducir la discrecionalidad administrativa. Más bien, todo aquél que reúna los requisitos exigidos legalmente podrá obtener la prestación que le interesa.

Uno y otro sistema se combinan en la legislación de cualquier Estado europeo. Y existirá generalmente coincidencia entre las distintas legislaciones a la hora de configurar un mismo supuesto. Por ejemplo, la concesión de un permiso de conducir no podrá depender de que la Administración discrecionalmente quiera o no quiera reconocer aquél al interesado, ya que en estos casos es claro que el ciudadano tendrá un derecho subjetivo a obtener dicho permiso siempre que reúna los requisitos necesarios para ello. Por contrapartida, la concreción del trazado de

⁷⁹⁵ Para profundizar en todas estas cuestiones planteadas véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos Madrid 1999.

una carretera será en principio fruto de una potestad discrecional sin perjuicio del control judicial y el consiguiente ejercicio de derechos subjetivos reaccionales por parte de los ciudadanos.

El *quid* está en que algunas veces el primero de los sistemas, de afirmación de potestades discrecionales con control ulterior de la jurisdicción contencioso-administrativa, podrá no ser satisfactorio, por ser exigible que la norma reconozca auténticos derechos subjetivos prestacionales en favor de los ciudadanos. La prestación que interesa no será entonces el resultado de una facultad graciosa del poder público y ni siquiera de un control judicial que haya reducido la discrecionalidad administrativa (supuesto por lo demás altamente improbable), por ser en cambio el resultado del ejercicio del derecho subjetivo prestacional que corresponde al ciudadano. La vía de progreso en términos jurídicos podrá no ser la de acentuar la intensidad del control judicial sobre la actuación administrativa discrecional, por serlo la exigencia de que la norma configure auténticos derechos subjetivos prestacionales en favor de los ciudadanos.

Las contradicciones pueden reflejarse entre las legislaciones de los Estados europeos ya que, incluso en un mismo supuesto, mientras en unos determinados Estados podrá seguirse el modelo objetivo de Derecho administrativo basado en la afirmación de potestades discrecionales en favor de la *Administración* (y consiguiente control judicial limitado por esencia), en otros Estados miembros podrá afirmarse un modelo más subjetivo -de afirmación de derechos subjetivos prestacionales en favor de los *ciudadanos*-.

Un ejemplo, entre una infinidad, puede ser el urbanismo, como muestra de una quizás positiva (en todo caso, en este contexto, ilustrativa) tendencia hacia el reconocimiento de derechos subjetivos en favor de los propietarios allí donde anteriormente reinaba la discrecionalidad administrativa de planeamiento. Me refiero a la tenue aún, pero perceptible, transición desde un modelo administrativo basado en la discrecionalidad casi absoluta de la Administración como entidad de planificación hacia un modelo que en la medida de lo posible afirma la existencia de derechos subjetivos, en favor de los propietarios, a urbanizar, tomando éstos la iniciativa del proceso urbanizador, de modo que en puridad la Administración debe limitarse a aprobar los proyectos presentados por los propietarios siempre que reúnan las condiciones exigidas legalmente para ello, así como también a preservar ciertos usos por requerirlo así la declaración de ciertos terrenos como suelo no urbanizable. Interesa no más que resaltar que, de un modelo en el que los ciudadanos poco podían hacer para influir en el "sí" y el "cómo" del proceso urbanizador, se intenta pasar (me baso lógicamente en la LS 1998) a otro en el que se acentúa el poder subjetivo de los ciudadanos a estos efectos.

Y algo parecido subyace a todo fenómeno de liberalización. Cuando se liberaliza un servicio público lo característico deja de ser la organización discrecional del sector correspondiente por el poder público para pasar a serlo el ejercicio de los derechos subjetivos (de los distintos agentes económicos) a una licencia o autorización con tal de cumplir los requisitos establecidos en la legislación administrativa.

Bien es cierto que estos ejemplos apuntados en último lugar tienen una cierta connotación ideológica y en último término serán fruto de una decisión política. Pero otros supuestos estarán exentos de dicha connotación y, más bien, será una auténtica exigencia constitucional la afirmación de un modelo de derechos subjetivos prestacionales que reemplace o sustituya el modelo del ejercicio de facultades gratuitas del poder público.

Independientemente de que el origen del derecho subjetivo estuviera en Francia (a finales del siglo XVIII), en Alemania (en el siglo XIX) o en España (siglo XVI), lo cierto es que en toda Europa el cauce de progreso en lo jurídico, como forma de democratización de la sociedad y de lucha por la justicia, ha venido asociada esencialmente a la evolución del derecho subjetivo. La profundización en el derecho subjetivo está en la base misma del Derecho administrativo europeo.

P

A

A

E

ISBN 84-8333-286-8



www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica