

# EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARI DAVANT LA CIG'04: ELS TREBALLS EN CURS\* DE LA CONVENCIO\*\*

Javier Díez-Hochleitner

Catedràtic de dret internacional públic i titular de la càtedra «Jean Monnet»  
de dret comunitari de la Universitat Autònoma de Madrid

## Sumari

- I. El moment
  - 1. Indeterminació quant a les competències atribuïdes
    - 1.1. L'orientació funcional de les bases jurídiques
    - 1.2. Morfologia de les bases jurídiques: títols competencials o alguna cosa més?
    - 1.3. Els poders implícits i l'article 308 del TCE
    - 1.4. Naturalesa de les competències atribuïdes
  - 2. Indeterminació quant a l'abast de les competències: competències exclusives, compartides, concurrents, complementàries, de foment, de coordinació?
    - 2.1. Competències no normatives: la delimitació del seu abast *ad casum*
    - 2.2. Les competències normatives
  - 3. Competències, procediments decisoris i tipologia d'actes comunitaris
    - 3.1. Procediments decisoris
    - 3.2. Tipologia d'actes comunitaris
    - 4. I, a més, la PESC i el tercer pilar
- II. La complexitat i les insuficiències del sistema competencial.
- III. La reforma del sistema competencial
  - 1. Quin model de sistema competencial necessita la Unió Europea?
  - 2. Els treballs de la Convenció
    - 2.1. Un sistema competencial per al conjunt de la Unió
    - 2.2. Un catàleg competencial *sui generis*
    - 2.3. Principis que regeixen el sistema competencial
    - 2.4. Abast de les competències de la Unió
    - 2.5. L'article 308 del TCE
    - 2.6. Competència exterior de la UE
    - 2.7. El principi de subsidiarietat
    - 2.8. La revisió de les bases jurídiques
    - 2.9. Revisió de la tipologia d'actes i dels procediments decisoris: un apunt

## 1. El moment

Hi ha un ampli consens al voltant de la necessitat d'introduir reformes en el sistema competencial comunitari. Aquest consens es va posar en relleu amb ocasió de l'adopció del Tractat de Niça<sup>1</sup> i al Consell Europeu de Laeken.<sup>2</sup>

\* Aquest treball es va concloure abans que acabessin els treballs de la Convenció.

\*\* Abans de començar els treballs de la Convenció Europea, vaig publicar un treball titulat «El futur del sistema competencial comunitari: algunes propostes de reforma», a *La encrucijada constitucional de la Unió Europea* (E. García de Enterría —dir.— i R. Alonso García —coord.—, Madrid, 2002, pàg. 85-102). Aquest treball ha estat publicat dins l'obra *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unió Europea* (D. J. Liñán Noguera —dir.— i C. López-Jurado —coord.—, Universidad de Granada, 2003).

1. Com ja se sap de sobres, la Declaració sobre el futur de la Unió Europea formulada quan es va adoptar el Tractat de Niça (declaració núm. 23) assenyalava com una de les qüestions centrals de l'agenda de la CIG'04 «l'establiment i la supervisió d'una delimitació més precisa de les competències entre la Unió Europea i els estats membres, que respecti el principi de subsidiarietat».

2. *Vid.*, a l'annex de les Conclusions de la Presidència (Laeken, 14 i 15 de desembre de 2001), el text titulat «Els reptes i les reformes dins una Unió renovada» (SN 300/1/01 REV 1); en relació amb la reforma del sistema competencial, el text en qüestió assenyalava el següent:

No és estrany, doncs, que dos dels grups de treball constituïts en el si de la Convenció Europea preparatòria de la Conferència Intergovernamental de 2004 (CIG'04) tinguessin com a objecte el sistema competencial (ens referim al Grup I «Subsidiarietat» i al Grup V «Competències complementàries»), ni que el projecte de Tractat constitucional elaborat pel Praesidium de la Convenció<sup>3</sup> li consagri un títol complet de la part I (títol III: «De les competències de la Unió»)<sup>4</sup> i un protocol addicional («Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat»)<sup>5</sup>.

Ningú no pot negar que el debat competencial —tant pel que fa al *repartiment horitzontal de competències* (entre institucions comunitàries) com *vertical* (entre les Comunitats Europees i els estats membres)— sempre ha estat present en el procés d'integració europea i que ha anat guanyant intensitat amb els anys.

Pel que fa al repartiment vertical de competències —que és el que ens ocupa en aquest treball—, la jurisprudència del TJCE resulta il·lustrativa. Des de la cèlebre Sentència de 1971 en l'afer *AETR*, el TJCE s'ha hagut d'enfrontar, cada cop amb més freqüència, a afers que demostren l'existència de tensions en aquest àmbit entre les comunitats i els estats membres, a banda de l'extraordinària complexitat del sistema. A més, tot i que és cert que la major part dels pronunciaments del Tribunal

---

«El ciutadà sovint alimenta esperances respecte a la UE a les quals aquesta no sempre dona resposta; i, en sentit invers, el ciutadà a vegades té la impressió que la Unió fa massa coses en àmbits en què la seva intervenció no sempre és indispensable. Per consegüent, convé aclarir el repartiment de competències entre la Unió i els estats membres, simplificar-lo i ajustar-lo tenint en compte els nous desafiaments davant els quals es troba la Unió. Això pot comportar tant la devolució de tasques als estats membres, com l'assignació de noves funcions a la Unió o l'ampliació de competències existents, sense perdre mai de vista la igualtat dels estats membres i la seva solidaritat mútua.

Una primera sèrie de preguntes que s'han de plantejar es refereix a la manera de fer més transparent el repartiment de competències. A aquest efecte, podríem fer una distinció més clara entre tres tipus de competències: les competències exclusives de la Unió, les competències dels estats membres i les competències compartides de la Unió i els estats membres? A quina escala s'exerceixen les competències de la manera més eficaç? Com cal aplicar-hi el principi de subsidiarietat? No s'hauria de precisar que qualsevol competència que no estigui atribuïda pels tractats a la Unió correspon a la competència exclusiva dels estats membres? Quines en serien les conseqüències?

La sèrie de preguntes següent té per objecte, dins d'aquest marc renovat i tot respectant el cabal comunitari, determinar si cal procedir a un reajustament en el repartiment de competències. De quina manera es poden prendre com a guia les esperances dels ciutadans? Quines missions se'n podrien derivar per a la Unió? I, a la inversa, quines tasques seria preferible confiar als estats membres? Quines modificacions a les diferents polítiques cal introduir al Tractat? [...].

Finalment, sorgeix la pregunta sobre la manera com garantir que el repartiment renovat de competències no condueixi a una ampliació furtiva de les competències de la Unió o a un assalt a les competències exclusives dels estats membres i, si s'escau, de les regions. Com garantir alhora que no es debiliti la dinàmica europea? En efecte, també en el futur la Unió ha de poder reaccionar davant nous desafiaments i desenvolupaments i ha de poder abordar nous àmbits d'actuació. A aquest efecte, s'han de revisar els articles 95 i 308 del Tractat d'acord amb el cabal de la jurisprudència?»

3. L'estructura del projecte de Tractat constitucional va ser presentada pel Praesidium l'octubre de 2002; «Avantprojecte de Tractat constitucional», CONV 369/02, de 28.10.2002.

4. *Vid.* «Projecte d'articles 1 a 16 del Tractat constitucional», CONV 528/03, de 6.2.2003.

5. *Vid.* «Projectes de protocols sobre: l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat; la tasca dels parlaments nacionals dins la Unió Europea», CONV 579/03, de 27.2.2003.

han incidit en l'àmbit de les relacions exteriors<sup>6</sup> —particularment complex des del punt de vista competencial—, tampoc no ha estat aliè a conflictes verticals de competències en relació amb l'adopció per les institucions comunitàries d'actes interns;<sup>7</sup> la Sentència de 5 d'octubre de 2000 en l'afer de la Directiva sobre la publicitat del tabac n'és un clar exponent.<sup>8</sup>

Les reformes que han introduït els tractats de revisió —sobretot a partir del Tractat de la Unió Europea (TUE)— també han ret compte dels debats existents en el repartiment vertical de competències. Les esmenes introduïdes a l'article 133 del TCE (base jurídica en matèria de política comercial) pels tractats d'Amsterdam i de Niça —com a conseqüència del debat competencial que va sorgir amb ocasió de l'acabament de la Ronda Uruguai—<sup>9</sup> són particularment il·lustratives en aquest sentit; sens cap mena de dubte, aquestes esmenes han aportat a aquest precepte una complexitat que resulta absurda.<sup>10</sup> Però tots hem de convenir que la seva manifestació principal es troba en la introducció pel TUE del principi de subsidiarietat, com a principi cridat a regir l'exercici de les competències no exclusives atribuïdes a la CE, en l'actual article 5 del TCE (precepte que també va consagrar els principis de la competència d'atribució i de proporcionalitat).

Juntament amb la jurisprudència i els tractats de revisió, hi ha uns altres elements de la pràctica comunitària que demostren les insuficiències del sistema. Pel que fa a les relacions exteriors, no podem deixar d'esmentar la freqüència amb què

6. A més dels nombrosos dictàmens adoptats pel TJCE *ex art.* 300.6 TCE (els dos darrers són el Dictamen 1/2000, de 18.4.2002, relatiu al Projecte d'acord pel qual es crea un espai aeri entre la CE i tercers països —Rec. pàg. I-3493— i 2/00, de 6.12.2001, sobre el protocol de Cartagena —Rec. pàg. I—9713) i de la Sentència en l'afer *AETR*, cit. al text (afer 22/70, Rec. pàg. 263), cal recordar la Sentència de 14.7.1976 en l'afer *Kramer* (afers acumulats 3, 4 i 6/76, Rec. pàg. 1279) i, més recentment, les sentències de 5.11.2002 en els afers *Comissió c. Regne Unit, Dinamarca, Suècia, Finlàndia, Bèlgica, Luxemburg, Àustria i Alemanya* (afers C-466/98 a C-472/98 i afers C-475/98 i C-476/98, pendents de publicació al Rec.), relatives als acords «open skies».

7. *Vid.* les sentències del TJCE de 9.7.1987 en l'afer *Alemanya c. Comissió*, que anul·lava una Decisió de la Comissió basada en l'actual art. 137 TCE (afers acumulats 281, 283-285 i 287/85, Rec. pàg. 3203), de 20.3.1997 en l'afer *França c. Comissió*, que anul·lava una Comunicació de la Comissió sobre el fons de pensions (afer C-57/95, Rec. pàg. I-1627), i de 5.10.2000 en l'afer *Comissió c. Consell*, que anul·lava una Directiva sobre publicitat i patrocini del tabac basada en l'art. 95 TCE (afer C-376/98, Rec. pàg. I-8419).

8. Cit. a la nota anterior.

9. Ens referim al debat sobre l'existència o no d'una competència exclusiva de la CE *ex art.* 133 TCE per concloure, entre d'altres, els acords GATS i TRIPS, annexos a l'Acord OMC, debat que va resoldre (en sentit negatiu) el TJCE al Dictamen 1/1994, de 15.11.1994 (Rec. pàg. I-5267).

10. Sobre el sentit i l'abast de les esmenes aportades pel Tractat d'Amsterdam, *vid.*, entre d'altres, O. Blin, «L'article 133 CE après Amsterdam», RMCUE, núm. 420, 1998, pàg. 447-456; M. Cremona, «The EC External Commercial Policy after Amsterdam: Authority and Interpretation within Interconnected Legal Orders», a *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade* (J.H.H. Weiler, ed.), pàg. 5-34; i A. Dashwood, «External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty», CMLR, 1998, núm. 5, pàg. 1019-1045. Pel que fa a les esmenes del Tractat de Niça: C. W. Hermann, «The Nice Reform of Article 133 EC on the Common Commercial Policy: Sisyphus would have done a better job», CMLR, 2001, núm. 1, pàg. 7-29; o R. Torrent, «Les relations économiques extérieures dans la Constitution de l'UE: comment éviter les fuites en avant vers nulle part», *Observatori de la Globalització* (Univ. de Barcelona), Sèrie General, núm. 4, 2003 (<<http://www.ub.es/obsglob>>).

la CE es veu obligada a recórrer a la figura dels *acords mixtos* i les dificultats que en plantegen la subscripció i gestió posterior.<sup>11</sup> N'hi ha prou de recordar la negociació de l'Acord constitutiu de l'OMC i les dificultats derivades de la participació conjunta de la CE i els estats membres en aquesta organització.<sup>12</sup>

En síntesi, el debat competencial no és nou, com tampoc no és cap novetat que es formulin propostes concretes de reforma del sistema. El que sí que sembla nou és la dimensió que ha adquirit el debat en l'actualitat, tal com ho reflecteixen les conclusions del Consell Europeu de Laeken:<sup>13</sup> és el sistema competencial, considerat en conjunt, el que es troba sotmès a reexamen.<sup>14</sup> Però, per què aquest enfocament nou i per què ara?

José Martín y Pérez de Nanclares n'ha explicat amb claredat les raons.<sup>15</sup> En primer lloc, la pressió dels *Länder* alemanys, que observen una erosió progressiva de les seves competències per la UE; per la nostra banda hem d'afegir que la sensibilitat per les qüestions competencials a Alemanya transcendeix els *Länder* i no és recent, com vam poder comprovar amb la lectura de la Sentència del Tribunal Constitucional federal alemany sobre el Tractat de Maastricht, de 1993. En segon lloc, el procés de revisió dels tractats constitutius iniciat després del Tractat de Niça ha adquirit una dimensió constitucional indubtable.

Així, doncs, reforma, sí; però, quina reforma? Abans d'abordar aquesta pregunta, però, és convenient identificar els problemes que planteja l'actual sistema competencial.

## II. La complexitat i les insuficiències del sistema competencial

Partint d'una clàusula de caràcter horitzontal que consagra els principis de la competència d'atribució, de subsidiarietat i de proporcionalitat (l'article 5 esmentat), el sistema competencial comunitari s'articula al voltant de múltiples bases jurídiques disperses pels tractats constitutius que, a més, presenten diferències importants entre elles i ofereixen perfils imprecisos quant a la naturalesa i l'abast de la competència atribuïda. Totes aquestes circumstàncies (i no sols l'absència d'un

11. Vid., per tots, J. Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique in the International Relations of the European Community and its Member States*, la Haia, 2001.

12. Vid. novament el Dictamen 1/1994 del TJCE, cit. anteriorment.

13. Vid. *supra* nota 2.

14. Des del punt de vista doctrinal, encara que s'ha fet bastant atenció a aspectes concrets del repartiment competencial (particularment pel que fa a les relacions exteriors de la CE o al joc de l'art. 308 del TCE) i, molt especialment, al principi de subsidiarietat, són escassos —com han ressaltat Bogdandy i Bast— els estudis dogmàtics sobre el sistema competencial considerat en conjunt; A. von Bogdandy i J. Bast, «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», a *La encrucijada constitucional...*, *op. cit.*, pàg. 19-67 (pàg. 20).

Entre les molt honorables excepcions figuren l'obra de V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, París, 1974 i, a la doctrina espanyola, J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997.

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

catàleg de competències) confereix al sistema una complexitat enorme i, en conseqüència, fa que no sigui gaire clar ni transparent.<sup>16</sup>

## 1. Indeterminació quant a les competències atribuïdes

### 1.1. L'orientació funcional de les bases jurídiques

L'atribució de competències en les diferents bases jurídiques segueix una orientació marcadament funcional (definició de competències segons els objectius), cosa que s'explica pel caràcter dinàmic i evolutiu del que es va dotar, d'acord amb els plantejaments funcionalistes de Jean Monnet, el procés d'integració als tractats fundacionals. Aquesta orientació afavoreix la interpretació sistemàtica i finalista de les bases jurídiques i, per aquest motiu, impedeix delimitar amb precisió (en abstracte i *a priori*) el repartiment de competències CE/estats membres; sobretot si tenim en compte l'amplitud dels objectius assenyalats i la imprecisió amb què es defineixen en molts casos.

Així, per exemple, per determinar la competència que atribueix l'article 95 del TCE, segons el qual la CE ha d'adoptar les «mesures relatives a l'aproximació de les disposicions legislatives, reglamentàries i administratives dels estats membres que tinguin per objecte l'establiment i el funcionament del mercat interior», cal introduir-se en el món nebulós de la interpretació contextual i teleològica, i admetre que no se'n pot donar una resposta taxativa ni estàtica.

La Sentència del TJCE de 5 d'octubre de 2000 que anul·lava la Directiva sobre publicitat i patrocini del tabac, esmentada més amunt, resulta molt il·lustrativa. En efecte, l'aplicació dels criteris interpretatius esmentats anteriorment condueix el Tribunal a descartar que l'article 95 (a l'igual que els actuals articles 47 i 55) atribueixi al legislador comunitari una competència general per regular el mercat interior i també a afirmar que només permet l'adopció d'actes que tinguin «per objecte efectivament la millora de les condicions d'establiment i funcionament del mercat interior».<sup>17</sup>

### 1.2. Morfologia de les bases jurídiques: títols competencials o alguna cosa més?

Lluny de ser títols competencials abstractes —com passa amb els títols que defineixen els articles 148 i 149 de la nostra Constitució—, les bases jurídiques imposen, en paraules d'Armin von Bogdandy i Jürgen Bast, «pressupòsits materials a l'exercici de les competències —amb la finalitat d'orientar i limitar el poder públic europeu— i sotmeten els òrgans a la persecució de fins molt exigents».<sup>18</sup> Aquesta confusió entre *normes competencials* i *normes-criteri*, seguint la terminologia dels au-

16. En relació amb els problemes que planteja el sistema de competència i la seva manca de claredat, *vid.* la nota del Praesidium a la Convenció «Delimitació de competències entre la Unió i els estats membres. Sistema actual, problemes i vies de reflexió», CONV 47/02, de 15.5.2002.

17. Sentència de 5.10.2000, cit. anteriorment (consid. 84).

18. A l'excel·lent treball «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pàg. 27.

tors alemanys,<sup>19</sup> és comprensible atès el caràcter derivatiu de les competències comunitàries (atribució pels estats membres de competències limitades). Tanmateix, en un text de caràcter constitucional sembla més adequat que les normes-criteri s'enunciïn en disposicions horitzontals (tal com fan els articles 6.1 del TUE o 5 del TCE pel que fa al respecte dels drets fonamentals i del principi de subsidiarietat, respectivament) i que, a més, s'expressin en termes principals.

A tot l'anterior s'afegeix el fet que determinades bases jurídiques delimiten amb una precisió desconeguda en un text constitucional l'àmbit de les competències atribuïdes (vegeu, per exemple, l'article 42 en matèria de seguretat social), inclouen clàusules de salvaguarda a favor dels estats membres (per exemple, l'article 134, en matèria de política comercial) o, fins i tot, defineixen *competències negatives*, és a dir, reservades als estats membres (per exemple, l'article 149.1, en matèria d'educació).

Tampoc no hem d'oblidar les clàusules de salvaguarda horitzontals o que defineixen *competències negatives* (per exemple, l'article 296, que permet als estats membres adoptar mesures necessàries per a la protecció dels interessos essencials de la seva seguretat, o l'article 295, que preserva el règim de propietat existent als estats membres).

Però si tot l'anterior no sembla gaire, també trobem bases jurídiques que subordinen l'exercici de les competències atribuïdes en relació amb aspectes particularment sensibles per als (o alguns) estats membres a la unanimitat del Consell (enfront de la regla de la majoria qualificada prevista per a la resta de supòsits), amb l'objectiu de sotmetre el legislador comunitari a un «control» estricte (vegeu l'article 133, en la redacció que en va fer el Tractat Niça, respecte al comerç de serveis o els aspectes de la propietat intel·lectual relacionats amb el comerç, o l'article 175.2, en relació amb determinades mesures ambientals, com ara les que incideixen en l'ordenació del territori). Es tracta *de facto* de veritables clàusules de salvaguarda que queden a l'arbitri dels interessos individuals dels estats membres.

### 1.3. Els poders implícits i l'article 308 del TCE

L'orientació funcional en l'articulació de les bases jurídiques unida a l'amplitud i la indefinició d'alguns dels objectius establerts (ja sigui en les mateixes bases jurídiques o, amb caràcter general, als articles 2 a 4 del TCE) han fet de la CE caldo de cultiu del principi dels poders implícits, especialment en el camp de les relacions exteriors. Com se sap, a causa de la imprevisió dels tractats constitutius, són poques les bases jurídiques que reconeixen de manera expressa una dimensió exterior a les competències atribuïdes, cosa que ha portat el TJCE a explorar totes les potencialitats del principi en aquest camp. Fruit de la jurisprudència del Tribunal és el princi-

19. *Ibid.*

Crec que és més clar parlar de *normes-criteri* que de *competències negatives*, com fa J. Martín y Pérez de Nanclares («La delimitación de competencias entre...», *loc. cit.*, pàg. 352), seguint F. C. Mayer («Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte», *ZAoRV*, 2002, pàg. 577 i seg.). Nosaltres farem servir l'expressió *competències negatives* per fer referència a les competències reservades expressament —*ex tractats*— als estats membres.

pi del *paral·lelisme entre les competències internes i externes de la Comunitat*, d'acord amb la qual la CE té competències externes (implícites) en els àmbits en què les bases jurídiques li atribueixen (expressament) competències *ad intra*.<sup>20</sup>

Si el principi dels poders implícits incrementa significativament el grau d'indeterminació de les competències comunitàries, el mateix hem de dir —si més no— de l'article 308 del TCE. Es tracta d'una clàusula de tancament del sistema competencial que atribueix competències residuals —a fi de suplir les llacunes del Tractat— en permetre que la CE hi fonamenti la seva acció sempre que «resulti necessària per aconseguir, en el funcionament del mercat comú, *un dels objectius de la Comunitat*» (èmfasi afegit) i no hi hagi una altra base jurídica que atribueixi (ni tan sols de manera implícita) competència a aquest efecte. Cal notar que els perfils d'aquesta base jurídica —exponent màxim del mètode funcionalista a què vam fer referència anteriorment— són més imprecisos, encara, que els de qualsevol altra base jurídica: n'hi ha prou que l'acció sigui necessària (qui en determina la necessitat? Les institucions habilitades per actuar?) per assolir un dels objectius de la Comunitat (en referència, s'ha d'entendre, al conjunt d'objectius que estableix el TCE, en particular als articles 2 a 4).

Però que ningú no s'esquinci les vestidures. L'article no ho permet tot, ni de bon tros. Així, les crítiques que el *Bundesverfassungsgericht*, entre d'altres, ha fet (pretesament) al precepte tenen més a veure amb l'ús que n'han pogut (o puguin) fer les institucions comunitàries que amb la seva raó de ser.<sup>21</sup> A més, l'exigència d'unanimitat en el si del Consell per adoptar un acte —a partir d'una proposta de la Comissió i amb consulta prèvia al Parlament Europeu— sobre la base de l'article 308, la inclusió de noves bases jurídiques pels tractats de revisió (a partir de l'Acta Única Europea) i el rigor del TJCE en la seva interpretació<sup>22</sup> em porten a pensar que —més enllà del terreny dogmàtic— el precepte no dóna per a tant de debat.

#### 1.4. Naturalesa de les competències atribuïdes

Els tractats no només ofereixen bases jurídiques complexes. Tampoc no precisen la naturalesa (normativa, administrativa, etc.) de les competències atribuïdes. En efecte, al TCE conviuen bases jurídiques que atribueixen competències normatives (la majoria; per exemple, l'article 95 esmentat, relatiu al mercat interior, o els articles 174 i 175, en matèria de medi ambient) amb unes altres en què la competència definida és de caràcter administratiu (per exemple, l'article 88, que exigeix l'autorització de la Comissió per a la concessió d'ajuts per les administracions públiques nacionals) o que tenen per objecte un altre tipus d'actuacions com ara la coordinació de les polítiques nacionals (per exemple, l'article 99, en matèria de política econòmica) o l'adopció de

20. Doctrina elaborada pel TJCE a partir de les sentències de 31.3.1971 en l'afet *AETR*, i de 14.7.1976 en l'afet *Kramer*, cit. anteriorment.

21. Sentència de 10.3.1993 en relació amb el Tractat de la Unió Europea (*vid.* la versió en anglès d'aquest pronunciament a CMLR, 1994, núm. 1, pàg. 57).

22. *Vid.* el Dictamen 2/1994, de 28.3.1996, sobre l'adhesió de la CE al Conveni per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (Rec. pàg. I-1759), en què el TJCE nega que l'art. 308 serveix de fonament per a l'adhesió de la Comunitat a aquest Conveni.

mesures de foment (per exemple, l'article 151, sobre cultura). A més, les bases atribuïtives de competències normatives no sempre habiliten la CE per adoptar el mateix tipus de normes (reglaments, directives), ni adverteixen que la seva execució administrativa correspon (normalment) als estats membres. A tot això cal afegir —per augmentar encara més la confusió— el fet que les bases jurídiques es barregen amb disposicions que defineixen principis dels quals deriven obligacions concretes i incondicionals, que no requereixen normes comunitàries de desplegament; pensem en els preceptes del TCE que consagren les llibertats bàsiques del mercat interior.

## 2. *Indeterminació quant a l'abast de les competències: competències exclusives, compartides, concurrents, complementàries, de foment, de coordinació?*

L'article 5 del TCE només al·ludeix a la distinció entre *competències exclusives* i *no exclusives* (pel fet que limita el joc del principi de subsidiarietat a aquestes últimes). A més, llevat de rares excepcions,<sup>23</sup> el caràcter exclusiu de determinades competències no es dedueix clarament dels tractats, sinó que es deu a la tasca interpretativa del TJCE<sup>24</sup> (també es pot deduir, pel que fa a l'acció exterior de la CE, del joc de la *doctrina del paral·lelisme entre competències internes i externes*).

Una anàlisi de les diferents bases jurídiques —tenint en compte la jurisprudència i la pràctica comunitàries— permet concloure, d'una banda, que la distinció entre *competències exclusives* i *no exclusives* es projecta únicament en les competències normatives i, d'una altra, que les competències normatives no exclusives —o, si es vol, compartides— són en uns casos de caràcter *concurrent* i en uns altres *complementàries*.

### 2.1. Competències no normatives: la delimitació del seu abast *ad casum*

En els (pocs) casos en què els tractats atribueixen *competències de caràcter administratiu* a favor de la Comissió Europea (per exemple, l'article 88, esmentat més amunt, en matèria d'ajuts públics, o l'article 147, que li encomana l'administració del FSE), no s'hi planteja la qüestió de l'exclusivitat o no. El mateix es pot dir quan es fonamenten en actes de dret derivat (per exemple, el Reglament sobre l'aplicació dels articles 81 i 82 en matèria de dret de la competència).<sup>25</sup>

L'execució administrativa del dret comunitari correspon als estats membres (regla general) o bé a la Comissió Europea (supòsits taxats), sens perjudici del deure de col·laboració entre les administracions públiques i la Comissió, deure que es fonamenta, amb caràcter general, a l'article 10 del TCE.

23. Ens referim a l'art. 26, sobre unió duanera, a l'apartat 1 de l'art. 106, que atribueix al BCE el dret exclusiu d'autoritzar l'emissió de bitllets, i a l'art. 89, que reserva a la Comissió l'autorització dels ajuts que les administracions públiques es proposin atorgar.

24. Així, el caràcter exclusiu de la competència de la CE en matèria de política comercial o de gestió i conservació dels recursos pesquers de la mar no apareix reflectit expressament a les bases jurídiques corresponents; com se sap, es va haver d'esperar al Dictamen 1/1975, d'11.11.1975, a propòsit de l'Acord relatiu a una norma sobre despeses locals (Rec. pàg. 1355) i a la Sentència de 14.7.1976 en l'afer *Kramer* (cit. anteriorment), respectivament, per a la seva consolidació com a doctrina pacífica.

25. *Vid.* el Reglament 17/62, substituït pel Reglament 1/2003, relatiu a l'aplicació de les normes sobre competència que preveuen els art. 81 i 82 del Tractat (DOCE L 1, de 4.1.2003).



Una cosa semblant succeeix amb les competències atribuïdes a la CE en certes bases jurídiques per a l'adopció de *mesures de foment* (o de suport) amb exclusió de qualsevol mesura d'harmonització (articles 149 —educació—, 150 —formació professional—, 151 —cultura—, 157 —indústria— o 153 —protecció dels consumidors)<sup>26</sup> o amb les competències que podríem anomenar *competències de coordinació* (article 99 —coordinació de polítiques econòmiques dels estats membres— o articles 125 i següents —ocupació).

## 2.2. Les competències normatives

### 2.2.1. Competències normatives exclusives, concurrents i complementàries

Respecte a les *competències normatives* (la major part de les bases jurídiques —i, en tot cas, les principals— atribueixen competències normatives), cal distingir —ho repetim— entre *competències exclusives* i *no exclusives* (o compartides) i, dins de les últimes, entre competències *concurrents* i *complementàries*.

Pel que fa a les primeres (*competències normatives exclusives*), no sols estan presidides per una certa indeterminació quant als àmbits coberts, sinó que, a més, els tractats no permeten delimitar amb precisió el camp d'acció vedat als estats membres.

Ens referim no solament al fet que la competència exclusiva comunitària se sol circumscriure (tot i que no sempre) a l'àmbit normatiu (i convencional), cosa que reclama dels estats membres les mesures d'execució administrativa corresponents, sinó també al fet que, mentre no doni lloc a una acció normativa plena per part de les institucions comunitàries, no desplaça necessàriament les normes nacionals vigents en la matèria. La fractura més gran en el caràcter exclusiu d'una competència comunitària es produeix a conseqüència del recurs per les institucions a clàusules d'habilitació a favor dels estats membres.<sup>27</sup> Des d'un punt de vista teòric, es pot argumentar sens dubte que aquestes clàusules no impliquen delegacions de l'exercici de les competències corresponents a favor dels estats membres, sinó habilitacions per actuar en nom de la Comunitat. Però aquest discurs s'ha vist desbordat en la pràctica. Sembla raonable entendre que una clàusula d'habilitació només és compatible amb el caràcter exclusiu de la competència comunitària si, com semblava que es desprenia d'una primera jurisprudència, solament pugui atorgar una habilitació específica, sigui excepcional i, a més, tingui caràcter transitori. Tanmateix, el Tribunal de Justícia ha arribat a admetre com a vàlida una clàusula d'habilitació general inclosa en un reglament comunitari que comportava, *de facto*, l'exclusió de l'àmbit de la política comercial comuna de tot un sector (concretament, l'exportació de petroli).<sup>28</sup>

26. Sens perjudici de la possibilitat d'adoptar mesures d'harmonització en matèria de protecció dels consumidors amb fonament no en l'art. 153, sinó en l'art. 95, relatiu al mercat interior.

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

28. *Vid.* la Sentència de 18.2.1986 en l'afer *Bulk Oil* (afer 174/84, Rec. pàg. 559).

Quant a les *competències normatives de caràcter concurrent* (la majoria de les competències normatives ho són), ja se sap que els estats membres les poden exercir fins que no actuï la Comunitat o en la mesura que no entrin en contradicció amb els actes que hagi adoptat la Comunitat, de manera que el seu exercici efectiu per la CE desplaça l'acció dels primers (*preemption*), com també l'aplicació de les normes nacionals que siguin contràries als actes comunitaris adoptats (primacia del dret comunitari).

Per tant, es podria entendre que les competències concurrents queden a la voluntat de l'ànim intervencionista comunitari i també que poden arribar a crear situacions materialment anàlogues a les que es produeixen en els àmbits de competències exclusives. Ara bé, gràcies a la seva consagració formal pel TUE, el principi de subsidiarietat —configurat com un principi regulador de l'exercici de les competències atribuïdes— ha frenat els ímpetus intervencionistes d'algunes institucions en exigir que en els àmbits de competències compartides la Comunitat actuï, tal com afirma el paràgraf tercer de l'article 5 del TCE, «només en la mesura que els objectius de l'acció pretesa no puguin ser assolits de manera suficient pels estats membres i, per consegüent, es puguin aconseguir millor, a causa de la dimensió o dels efectes de l'acció prevista, a escala comunitària».

Tanmateix, en l'aplicació del principi de subsidiarietat les institucions comunitàries gaudeixen d'un marge ampli d'apreciació (si no discrecionalitat), i per aquest motiu l'afirmació del seu caràcter justiciable rarament es podrà traduir en l'anul·lació d'un acte comunitari com a conseqüència de la seva violació.<sup>29</sup>

Aquestes limitacions del principi de subsidiarietat s'expliquen no sols pel grau d'indefinició elevat —atès que ha estat construït a partir de conceptes jurídics indeterminats, com ara *necessitat*, *eficàcia* o *transnacionalitat* de l'acció— sinó, sobretot, perquè està cridat a operar en el marc d'un sistema competencial *sui generis*, en què, com hem vist, les normes competencials es confonen amb *normes-criteri* (i de vegades força detallades).

Hem d'admetre, no obstant això, que els textos adoptats com a desplegament de l'article 5 del TCE i, en particular, la codificació que n'ha fet el Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat, afegit com a annex al TCE pel Tractat d'Amsterdam, han sabut traslladar el joc del principi de subsidiarietat a l'àmbit dels procediments decisoris comunitaris, amb la qual cosa han obligat les institucions comunitàries a incorporar-lo al seu discurs en el marc d'aquests procediments (i això ja és prou).<sup>30</sup>

29. Llevat que s'hi pugui apreciar un «error manifest»; *vid.* en aquest sentit P. A. Ferral, «Le principe de subsidiarité; progrès ou *statu quo* après le traité d'Amsterdam?», RMUE, 1998, núm. 1, pàg. 95 i seg. (a la pàg. 112).

30. B. de Witte s'ha arribat a demanar si potser «[...] the principle of subsidiarity has a legal currency of its own, and embodies more than the particular rules of institutional behaviour contained in Article 5 and (now also) in the Amsterdam Protocol on Subsidiarity and Proportionality?», al seu treball «Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law», a *General Principles of European Community Law* (U. Bernitz i J. Nergelius, ed.), la Haia, pàg. 143 i seg. (pàg. 149).

En aquesta línia se situa la jurisprudència del TJCE.<sup>31</sup> Com ha posat en relleu De Búrca, dels seus pronunciaments es desprèn que el principi no opera com «*a strong standard of intervention and scrutiny*», sinó com un element essencial en la motivació dels actes comunitaris (en referència, particularment, a la necessitat de l'acció).<sup>32</sup>

De tota manera, el cert és que, després del TUE i l'articulació de diverses mesures procedimentals i de control consagrades (en part) al Protocol sobre els principis de subsidiarietat i proporcionalitat, no solament s'ha produït una contracció legislativa per part de les institucions (en particular de la Comissió), tant en termes de quantitat com d'intensitat normativa, sinó una millora global del procés legislatiu.<sup>33</sup>

Tampoc no hem de negligir la importància del principi de proporcionalitat, present a la jurisprudència del Tribunal de Justícia abans de la seva inclusió a l'article 5 del TCE pel Tractat de la Unió Europea.<sup>34</sup> Com ha assenyalat el Tribunal, en virtut d'aquest principi general del dret comunitari, que opera tant en els àmbits de competències compartides com exclusives, els actes de les institucions comunitàries no han d'ultrapassar els límits del que resulta apropiat i necessari per a la consecució legítima dels objectius, de manera que quan es pugui optar entre diverses mesures s'ha d'optar per la menys onerosa.<sup>35</sup>

Juntament amb les competències concurrents trobem un altre tipus de competències normatives compartides (o no exclusives), les *competències normatives complementàries* (o paral·leles). Es diferencien de les primeres pel fet que les normes que poden adoptar les institucions comunitàries sobre la base d'aquestes competències no entren en conflicte, en principi, amb les que puguin adoptar (o hagin pogut adoptar prèviament) els estats membres, sinó que es presenten com a complementàries d'aquestes. I es distingeixen de les competències per adoptar mesures de foment o de suport, a les quals ens hem referit més amunt, pel fet que donen lloc (al contrari que les últimes) a actes normatius.<sup>36</sup>

La competència comunitària en matèria de cooperació al desenvolupament constitueix un exemple paradigmàtic d'aquest tipus de competències; n'hi ha prou de llegir l'apartat 1 de l'article 177 del TCE, segons el qual «la política de la Comunitat en l'àmbit de la cooperació al desenvolupament [...] és complementària de les

31. *Vid.*, per omnia, les sentències del TJCE de 13.5.1997 en l'afer *Alemanya c. Parlament Europeu i Consell* (afer C-233/94, Rec. pàg. I-2405) i de 9.10.2001 sobre la Directiva 98/44, relativa a la protecció jurídica de les invencions biotecnològiques (afer C-377/98, Rec. pàg. I-7079).

32. G. de Búrca, «Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law», a *General Principles of European Law...*, *op. cit.*, pàg. 95 i seg. (pàg. 104 i seg.).

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

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

35. *Vid.*, per exemple, la Sentència de 17.4.1984 en l'afer *Denkavit* (afer 15/83, Rec. pàg. 2171).

36. A. von Bogdandy i J. Bast proposen a aquest efecte distingir entre competències paral·leles i competències no regulatives; a «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pàg. 42-44.

que duguin a terme els estats membres». També podem esmentar les competències comunitàries en matèria d'R+D (articles 163 i següents), de salut pública (article 152) i, potser, de cooperació duanera (article 135). Certament, les bases jurídiques en qüestió no sols preveuen l'adopció d'actes normatius, sinó igualment de mesures de foment i —com és natural— de coordinació entre l'acció comunitària i la dels estats membres.

### 2.2.2. Competències d'harmonització: competències concurrents o *tertius genus*?

Quan parlem de competències normatives compartides i, més concretament, concurrents, acostumem a incloure en aquesta categoria les que atribueixen competències per harmonitzar (mitjançant directives) les legislacions existents als estats membres. Entre les bases jurídiques que atribueixen competències harmonitzadores destaquen les que (com els articles 47 i 55, en matèria d'establiment i prestació de serveis, o l'article 95, esmentat més amunt) persegueixen eliminar els obstacles a l'exercici de les llibertats bàsiques del mercat interior (en tenim un altre exemple a l'article 93, en matèria de fiscalitat indirecta, que al cap i a la fi també serveix per a la realització del mercat interior).

És evident que aquests preceptes no preveuen competències compartides entre la CE i els estats membres, ja que només la primera pot adoptar les mesures d'harmonització referides. Però deduir d'això, com ho fa l'advocat general Fenelly en relació amb l'actual article 95 en l'afer de la Directiva sobre publicitat del tabac, que es tracta de competències exclusives,<sup>37</sup> em resulta senzillament xocant. O és que potser un estat membre no pot introduir, de manera unilateral, modificacions en la seva legislació destinades a eliminar disparitats respecte a les legislacions dels altres estats membres?<sup>38</sup> Només cal pensar en la convergència dels ordenaments nacionals en aspectes que superen l'àmbit de les competències comunitàries. En qualsevol cas, no sembla que el TJCE comparteixi la tesi de l'advocat general.<sup>39</sup>

És veritat, però, que —encara que no es tracti de competències compartides— els efectes que produeixen són els mateixos que les competències de caràcter concurrent (em refereixo al joc de la *preemption* i de la primàcia del dret comunitari). El mateix es pot dir de les bases jurídiques que només habiliten la CE per adoptar normes (normalment directives) de mínims, com ara els articles 63, 137 i 176, en matèria d'asil i refugiats, de política social i de medi ambient, respectivament.<sup>40</sup>

37. Conclusions de 15.6.2000 en l'afer C-376/98, cit. anteriorment (apartats 136 i seg.).

38. A. von Bogdandy i J. Bast assenyalen que la qualificació de les competències d'harmonització interior en qüestió com a exclusives «desconeix que en l'harmonització relacionada amb el mercat interior la pervivència de competències de regulació autònoma per part dels estats membres és molt compatible amb el mercat interior»; a «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pàg. 41.

39. No ens referim a la sentència relativa a la Directiva sobre la publicitat del tabac, en què el TJCE eludeix la qüestió, sinó a la Sentència recent de 9.10.2001, cit. anteriorment, sobre la Directiva 98/44, relativa a la protecció jurídica de les invencions biotecnològiques; després de recordar que el principi de subsidiarietat només és aplicable en els àmbits en què no siguin de competència exclusiva de la CE, el TJCE analitza la conformitat de la Directiva esmentada —adoptada sobre la base de l'art. 100 A del TCE (actual art. 95)— amb aquest principi (consid. 30 i seg.).

40. A. von Bogdandy i J. Bast les consideren, en canvi, competències paral·leles (no concurrents), a «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pàg. 43.

### 2.2.3. La projecció *ad extra* de les competències normatives concurrents: un supòsit de competències exclusives *derivatives*

Menció a part mereix la projecció *ad extra* de les competències concurrents. En la seva dimensió exterior, les competències concurrents poden deixar de ser-ho, ja que esdevenen competències exclusives de la CE. No hem de buscar l'explicació en els tractats constitutius sinó, un cop més, en la jurisprudència del TJCE.

En la Sentència de 1971 relativa a l'afer *AETR*, ja al·ludida, el Tribunal va afirmar que «cada cop que la Comunitat, a fi d'aplicar una política comuna prevista pel Tractat, adopta regles comunes, en la forma que sigui, els estats membres ja no tenen la facultat [...] de contraure obligacions amb estats tercers que afectin les regles esmentades». <sup>41</sup> Com se sap, la «doctrina AETR» va donar lloc a interpretacions extensives, que el Tribunal de Justícia ha anat rebutjant, de manera que ha provocat respostes irades en certs sectors doctrinals. <sup>42</sup> Cal fer esment especialment dels dictàmens 2/1991 i 1/1994, en què descarta que operi en els supòsits de normes comunitàries *de minimis* o que n'hi hagi prou amb el fet que l'acord internacional considerat es refereixi a un àmbit en el qual la CE disposi de *regles comunes*, així, cal que la matèria objecte de l'acord hagi estat, totalment (o, almenys, en bona mesura), objecte d'aquestes regles. <sup>43</sup> Les set sentències pronunciades pel TJCE el passat 5 de novembre de 2002 a propòsit de la celebració per sengles estats membres d'acords sobre transport aeri <sup>44</sup> resumeixen perfectament l'abast de la doctrina en qüestió, en assenyalar que:

«(107) Cal determinar [...] en quines circumstàncies es pot veure afectat o alterat l'abast de les normes comunes per les obligacions internacionals considerades i, per tant, en quines condicions adquireix la Comunitat una competència externa a conseqüència de l'exercici de la seva competència interna.

(108) Segons la jurisprudència del Tribunal de Justícia, es dona el cas quan les obligacions internacionals estan compreses dins l'àmbit d'aplicació de les normes comunes (Sentència *AETC*, esmentada més amunt, apartat 30) o, en qualsevol cas, dins d'un àmbit ja cobert en gran mesura per les normes referides (Dictamen 2/1991, esmentat més amunt, apartat 25). En aquest supòsit, el Tribunal de Justícia ha declarat que els estats membres no poden contraure obligacions internacionals al marge de les institucions comunes, tot i que no hi hagi

41. Sentència de 31.3.71, cit. anteriorment (consid. 17) (traducció pròpia).

42. *Vid.*, entre d'altres, els treballs de N. Emilou («The Death of Exclusive Competence?», *ELR*, 1996, núm. 4, pàg. 294-311, a la pàg. 302 i seg.), de J. Dutheil de la Rochère («L'ère des compétences partagées. A propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne», *RMC*, núm. 390, pàg. 461-470, a la pàg. 463 i seg.) i, a la doctrina espanyola, J. Martín y Pérez de Nancraes («La competencia de la CE para celebrar el Acuerdo de la OMC [Comentario al dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994]», *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, núm. 2, pàg. 593-618, a la pàg. 607 i seg.).

43. Dictamen 2/1991, de 19.3.1993, relatiu a la celebració del Conveni núm. 170 de l'OIT sobre seguretat en la utilització dels productes químics en el treball (Rec. pàg. I-1061), i Dictamen 1/1994 a propòsit de l'Acord pel qual s'estableix l'OMC, cit. anteriorment.

44. Sentències citades anteriorment.

cap contradicció entre aquestes obligacions i les normes comunes (Dictamen 2/1991, esmentat més amunt, apartats 25 i 26). [...]

(111) [...] les distorsions eventuais en els fluxos de serveis dins el mercat interior que es poden derivar dels acords bilaterals denominats “de cel obert” subscrits pels estats membres amb tercers països no afecten per elles mateixes les normes comunes adoptades en aquest àmbit i, per tant, no poden servir com a fonament d’una competència externa de la Comunitat.»<sup>45</sup>

*Sensu contrario*, quan no es produeix l’«efecte AETR» correspon als estats membres subscriure l’acord internacional de què es tracti, o la subscripció conjunta per la CE i els estats membres en forma d’«acord mixt».

Ara bé, la jurisprudència i la pràctica comunitàries assenyalen uns altres dos supòsits en què la competència convencional correspon a la CE i no als estats membres. El primer va ser definit pel TJCE al Dictamen 1/1976, d’acord amb el qual l’exercici *ad extra* d’una competència concurrent no està condicionat necessàriament a una acció prèvia *ad intra*, ja que n’hi ha prou amb el fet que l’acció exterior sigui *necessària* per aconseguir l’objectiu d’acord amb el qual la competència exterior va ser atribuïda.<sup>46</sup> Juntament amb l’«efecte AETR» tenim, doncs, el que podríem anomenar «efecte Dictamen 1/1976».

El segon supòsit és aquell en què un acte de dret derivat reserva expressament la celebració d’acords internacionals en un àmbit determinat a la CE,<sup>47</sup> si bé és cert que, a manca d’una reserva expressa, probablement hi operaria l’«efecte AETR».

La complexitat extraordinària del sistema competencial comunitari en la seva dimensió exterior (hem de recordar també la possibilitat d’una acció exterior basada en l’article 308 o les dificultats que planteja la gestió dels «acords mixtos», sobretot quan són constitutius d’organitzacions internacionals), juntament amb l’absència de regles escrites, explica que la conflictivitat entre la CE i els estats membres sigui creixent en aquest terreny; aquest fet es reflecteix igualment en l’augment de l’activitat consultiva del TJCE. Això repercuteix negativament al seu torn en la coherència i la unitat de l’acció exterior de la Comunitat i els estats membres, com també en la comprensió pels tercers països del nostre procés d’interpretació; a aquestes dificultats de comprensió s’afegeixen unes altres de caràcter jurídic (per exemple, l’aplicació del règim de responsabilitat internacional en el cas d’«acords mixtos»<sup>48</sup>).

45. Pres de la sentència en l’afer C-476/98.

*Vid.* també el Dictamen 2/2000 relatiu al protocol de Cartagena, cit. igualment, i el comentari de J. Roldán Barbero, «El dictamen 2/2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de diciembre de 2001», REDE, núm. 5, 2003, pàg. 161-182 (pàg. 174 i seg.).

46. Dictamen 1/1976, de 26.4.1977, relatiu al Fons europeu d’immobilització de la navegació interior (Rec. pàg. 741).

47. *Vid.*, per exemple, el Reglament 4055/86, de 22.12.1986, relatiu a l’aplicació del principi de lliure prestació de serveis al transport marítim entre estats membres i entre estats membres i països tercers, que reserva a la CE la celebració dels acords en matèria de repartiment de carregaments (DOCE L 378, de 31.12.1986).

48. *Vid.* el meu treball *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998, pàg. 28 i seg.

### 3. Competències, procediments decisoris i tipologia d'actes comunitaris

Una aproximació justa al sistema competencial comunitari exigeix que també fem referència a la manera com s'exerceixen les competències —els procediments decisoris comunitaris— i al fruit del seu exercici —la tipologia dels actes comunitaris—. Com veurem, aquests aspectes incideixen directament en la determinació de l'abast i la naturalesa de les competències atribuïdes.

#### 3.1. Procediments decisoris

Cada base jurídica del TCE no sols atribueix una competència (normalment de caràcter normatiu) a la CE sinó que, a més, estableix el procediment decisor que cal seguir per adoptar actes comunitaris prenent com a fonament aquesta base. D'això resulta una multiplicitat de procediments decisoris: en uns casos decideix la Comissió; en uns altres el Consell, si bé en el marc del poder d'iniciativa de la Comissió (excepcionalment del Parlament Europeu, del TJCE o del BCE) i després d'una intervenció, d'abast variable, del Parlament (consulta simple, cooperació, dictamen conforme); tampoc no són infreqüents els supòsits en què el poder decisor correspon en codecisió al Consell i al Parlament Europeu, amb la iniciativa prèvia, com en el supòsit anterior, de la Comissió. Però, a banda de canvis en el paper que correspon en cada procediment a les institucions esmentades, s'observa que no sempre és aplicable la mateixa regla de majoria dins el Consell (unanimitat, majoria qualificada o majoria simple) i que, en ocasions, hi intervenen uns altres òrgans, com ara el Comitè de les Regions o el Comitè Econòmic i Social.<sup>49</sup>

Aquesta multiplicitat de procediments resulta inconvenient —si no censurable—, però no és totalment arbitrària. Respon als equilibris i els consensos assolits pels estats membres en la negociació de les diferents bases jurídiques introduïdes pels tractats constitutius i els tractats de revisió. En aquest sentit, no és realista pretendre que se suprimeixi la regla de la unanimitat de totes les bases jurídiques del TCE (cal pensar en l'article 93, en matèria de fiscalitat indirecta), llevat que s'aconsegueixi substituir per una regla de majoria *superqualificada*, o introduir la codecisió entre el Consell i el Parlament Europeu en tots els àmbits en què la CE disposa de competències normatives (cal pensar en la política comercial comuna).

Ara bé, no podem deixar de denunciar que el resultat és irracional en molts aspectes. Així, en primer lloc, alguns procediments decisoris —ens referim en particular als que preveuen l'aplicació de la regla de la unanimitat en el si del Consell— operen com a autèntiques clàusules de salvaguarda (a favor dels estats membres) enfront de l'atribució de determinades competències a la Comunitat, cosa que resta *productivitat* a les bases jurídiques afectades (i això encara, perquè a vegades fan gairebé impracticable la competència atribuïda). Es pot pensar en l'exigència d'unanimitat que preveuen l'article 93 del TCE, en matèria de fiscalitat indirecta, o l'article 94, sobre harmonització de legislacions. A més, com hem tingut ocasió de subrat-

49. Sobre la necessitat de racionalitzar els procediments decisoris comunitaris, *vid.*, entre els treballs més recents, la contribució d'A. Dashwood «The Constitution of the European Union after Nice: Law-Making Procedures», ELR, 2001, núm. 3, pàg. 215-238.

llar anteriorment, hi trobem fins i tot algunes bases jurídiques que, encara que estableixen com a regla general de votació al Consell la majoria qualificada, sotmeten l'exercici de la competència atribuïda, però, en relació amb algunes qüestions especialment sensibles a la unanimitat.<sup>50</sup>

En segon lloc, observem que en molts casos no existeix correspondència entre el procediment decisor aplicable i la naturalesa de la competència atribuïda (i, per tant, el tipus de mesures que s'han d'adoptar). Així, per exemple, no té cap racionalitat que les mesures de *foment* en matèria de cultura, previstes a l'article 151 del TCE, hagin de ser adoptades pel Consell i el Parlament Europeu seguint el procediment de codecisió i que, al contrari, el Parlament quedi relegat a un pla merament consultiu en l'aprovació de la legislació agrícola comunitària.

En tercer lloc, aquesta realitat provoca un grau de conflictivitat excessiu entre les institucions comunitàries en la base jurídica (és a dir, en el terreny del repartiment *horitzontal* de competències), conflictivitat que no sempre desemboca, però, en la interposició de recursos davant el Tribunal de Justícia.<sup>51</sup>

### 3.2. Tipologia d'actes comunitaris

Pel que fa a la tipologia dels actes comunitaris, la confusió que també regna en aquest àmbit afecta igualment la delimitació de competències atribuïdes. Assenyalen-ne les raons.

En primer lloc, no són freqüents les bases jurídiques que atribueixen competències normatives i que alhora precisen el tipus d'acte que la Comunitat pot adoptar, i no cal dir que des del punt de vista competencial no és el mateix que les institucions puguin adoptar, per exemple, una directiva (que, per definició, deixa un marge d'acció ampli —o, com a mínim, així hauria de ser— a l'acció normativa dels estats membres) que un reglament. Cal notar fins i tot que l'article 95, atribuït de competències harmonitzadores, parla de «mesures» (quan, sens cap mena de dubte, hauria de limitar la competència comunitària a l'aprovació de directives).

En segon lloc, la dificultat de delimitar amb precisió els perfils de cadascun dels actes tipificats a l'article 249 del TCE, la confusió extrema entre els actes comunitaris de naturalesa legislativa i executiva i la proliferació creixent d'actes atípics no contribueixen a oferir una imatge clara i comprensible del sistema.<sup>52</sup>

50. *Vid. supra* epígraf II.1.2.

51. Si bé és cert que la manca de competència comunitària no ha estat —llevat de rares excepcions (*vid. la Sentència de 5.10.2000 que anul·lava la Directiva sobre publicitat del tabac, cit. anteriorment*)— causa d'anul·lació dels actes de les institucions (E. García de Enterría, «La regulación de las competencias de la Unión en el proyecto de Constitución», a *La Constitución europea* —M. Oreja, dir.—, Madrid, 1994, pàg. 197-211 —a la pàg. 207), són relativament freqüents, en canvi, els casos en què el TJCE estima recursos *ex art.* 230 TCE basats en una elecció inadequada de la base jurídica. N'hi prou de recordar la Sentència d'11.6.1991 en l'afer del *Diòxid de Titani* (afer C-300/89, Rec. pàg. I-2867).

A banda d'això, l'elecció de la base jurídica suscita en molts casos debats inacabables en el si del Consell (en particular del COREPER i del Grup de treball corresponent).

52. Vaig fer un estudi sobre la matèria als meus treballs «Simplificación: un objetivo prioritario de la CIG'96», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, B-115, 1996, pàg. 5-16 (a la pàg. 12 i seg.), i «La tipología de los actos comunitarios», a *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (M. Oreja, dir.), Madrid, 1998, vol. I, pàg. 565-577.



No podem deixar d'assenyalar —si se'ns permet l'*excursus*— que la confusió entre poder legislatiu i poder executiu planteja més dificultats des de la perspectiva del repartiment *horitzontal* de competències (entre institucions). Efectivament, no sembla raonable que l'exercici del poder legislatiu pugui donar lloc tant a l'adopció de reglaments o directives que esgoten el procés legislatiu en el pla comunitari, com a «reglaments marc» o «directives marc» que reclamen l'adopció de mesures comunitàries d'execució, en forma de reglaments, directives o decisions «d'execució». I tot això sense parlar del joc dels procediments comitòlogics en l'exercici per la Comissió del poder d'execució que li atribueixen els reglaments o les «directives marc» o bé de la possibilitat que té el Consell de reservar-se per a ell mateix aquest poder d'execució.

#### 4. I, a més, la PESC i el tercer pilar

Si transcendim el pla comunitari, la confusió encara és més gran ja que, al costat del sistema competencial de les Comunitats Europees, ens trobem amb les regles particulars de la PESC (política exterior i de seguretat comuna) i la CPJP (cooperació policíaca y judicial en matèria penal).

El segon i el tercer pilar es configuren, en principi, com a àmbits de cooperació intergovernamental. En efecte, cal entendre que en aquests pilars no es produeix una atribució de competències a favor de la Unió (a la qual es nega fins i tot personalitat jurídica), sinó l'assumpció per part dels estats membres de l'obligació de concertar-se entre ells a través del Consell (i del Consell Europeu), en el si del qual miren d'assolir acords que adopten una varietat àmplia quant a la forma. És evident que en aquesta situació no seria possible parlar d'un sistema competencial de la Unió, que n'abasti els tres pilars.

Tanmateix, la descripció que acabem d'oferir es correspon més aviat amb l'antiga cooperació política europea, tal com va ser institucionalitzada per l'Acta Única Europea, i amb la cooperació en els afers de justícia i d'interior abans del TUE. Les reformes introduïdes en els mecanismes decisoris i en la tipologia dels actes de la PESC i, sobretot, del tercer pilar a partir del TUE permeten afirmar avui que l'articulació de la UE en tres pilars, la manca d'atribució (almenys explícita) de personalitat jurídica a la UE i fins i tot la configuració de la PESC i el tercer pilar com a simples marcs de cooperació intergovernamental resulten artificioses. Només cal pensar en les *decisions marc* i les *decisions* del tercer pilar o en els acords que subscriu la UE (o els estats membres?) amb tercers països a què es refereixen els articles 24 i 38 del TUE, com també en les esmenes de què ha estat objecte el primer d'aquests articles pel Tractat de Niça.<sup>53</sup>

Dit amb unes altres paraules, si féssim abstracció de la manca de personalitat jurídica de la UE i la seva divisió formal en tres pilars, res no impediria parlar d'un sistema competencial únic de la Unió, en què les competències serien atribuïdes en el marc del segon i el tercer pilar bàsicament de *coordinació*, encara que no sols això (les *decisions marc* i les *decisions* de la CPJP es configuren com a veritables actes nor-

53. Vid. N. Fernández de Sola, «Subjetividad internacional de la UE», RDCE, núm. 11, 2002, pàg. 85-112 (a la pàg. 53 i seg.).

matius emanats del Consell). Un sistema competencial únic en el qual, això sí, la PESC i el tercer pilar presentarien regles particulars no només pel fet de l'atribució fonamentalment de competències de coordinació sinó, en particular, pel que fa al paper que s'atribueix a la Comissió i al Parlament Europeu (a part del Tribunal de Justícia) i a la tipologia d'actes que adopta el Consell.

### III. La reforma del sistema competencial

#### 1. *Quin model de sistema competencial necessita la Unió Europea?*

La reforma del sistema competencial comunitari se sol associar a la idea de dotar la UE d'un catàleg de competències,<sup>54</sup> idea que no comporta necessàriament un canvi radical en aquest sistema ni, en conseqüència, en la naturalesa del procés d'integració europea.

Tanmateix, les propostes formulades en aquest respecte abans de la Convenció responen clarament al propòsit de traslladar a l'àmbit comunitari el model (també complex) de repartiment competencial propi dels estats federals, és a dir, un model molt més acabat que —amb tota la complexitat de què és capaç— ofereix una delimitació més ajustada de les competències.

Ara bé, la implantació d'aquest sistema comportaria una transformació profunda de l'actual procés d'integració, que potser ens podria abocar al fracàs. Hem de pensar que la marcada orientació funcionalista d'algunes bases jurídiques —com, per exemple, el referit article 95 del TCE— o l'anomenat «efecte AETR» no s'avenen gaire amb el model federal i que haurien de cedir el pas a una distribució de les competències entre els estats membres i l'*ens* per matèries, sens perjudici de la possibilitat que en algunes matèries les competències puguin ser concurrents o que l'*ens* tingui reconeguda la capacitat d'adoptar legislació bàsica.<sup>55</sup> Llavors, en què transformem l'article 95? En una simple capacitat per adoptar legislació bàsica?<sup>56</sup> I en quines matèries?

I pel que fa a les relacions exteriors, les atribuïm en exclusiva a l'*ens*? No crec que es pugui esperar tant del 2004.

54. *Vid.* amb caràcter general l'obra de T. Fischer i N. Schley, *Organizing a Federal Structure for Europe: An EU Catalogue of Competences*, 2000.

55. Per A. Mangas Martín l'atribució de competències per matèries és senzillament «incompatible conceptualment amb els ens de base funcional», a «La Unión Europea y su futuro: el debate competencial», *Noticias UE*, núm. 218, pàg. 79-95 (pàg. 82).

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

En relació amb les conseqüències (negatives) d'una supressió eventual de l'art. 95 TCE, *vid.* A. von Bogdandy i J. Bast, «El orden competencial vertical de la Unión Europea...», *loc. cit.*, pàg. 51 (afirmen, amb raó, que es retrocediria a un estadi de desplegament constitucional anterior a la Sentència *Van Gend & Loos*).

Tampoc no té un encaix fàcil dins un model federal el fet que, com a regla general, les competències normatives atribuïdes a l'*ens* tinguin caràcter concurrent ni l'article 308, almenys en la configuració que té actualment.

Les propostes formulades en el marc del *Programa de reforma Europa 96*, patrocinat per la Fundació Bertelsmann i el Grup d'Investigació Europea de la Universitat de Magúncia, il·lustren molt bé aquests problemes (a part d'evidenciar la dificultat de realitzar una separació clara de les competències que, partint de la realitat existent, corresponen a la CE i als estats membres).<sup>57</sup>

En síntesi, l'extrapolació del model federal comportaria una transformació profunda de l'actual procés d'integració, en particular pel que fa al seu caràcter dinàmic i evolutiu.<sup>58</sup> Encara més, implica una veritable refundació de la Unió Europea per a la qual no sé si estem preparats i que, en qualsevol cas, exigiria l'inici d'un autèntic procés constituent (la Convenció seguida de la CIG'04 òbviament no ho és).

No discutim la necessitat de delimitar millor les competències comunitàries ni tampoc la conveniència de prendre a aquest efecte com a referència el model federal, sobretot si es té en compte l'augment progressiu de les competències a través dels tractats de revisió. Però considerem que no es donen encara les circumstàncies que permetin abandonar el mètode funcionalista i dinàmic que presideix el procés de construcció europea i saltar a un *Kompetenzenkatalog* de caire federalista<sup>59</sup> o, en paraules de Jean-Claude Piris, per establir un repartiment de competències «estricta, concret i estable».<sup>60</sup> Ni tan sols pensem que es puguin revisar en profunditat les competències atribuïdes fins ara a la CE, tot i que simpatitzem amb la idea d'avançar cap a un «*recentreage progressif*», en paraules de Jim Cloos, de les activitats de la Unió.<sup>61</sup>

---

57. Vid. W. Weindenfeld, *Europa '96. Programa de reforma per a la Unió Europea*, Fundació Bertelsmann, Gütersloh, 1995 (a la pàg. 14 i seg.).

Entre les anàlisis crítiques a aquestes propostes figuren, en llengua espanyola, els treballs de J. V. Louis, «Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996», RIE (actual RDCE), 1995, núm. 1, pàg. 9-42 (a la pàg. 30 i seg.), i J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias...*, *op. cit.*, pàg. 230-231.

58. Com va assenyalar V. Constantinesco a la seva obra cèlebre *Compétences et pouvoirs...* (*op. cit.*), la introducció d'una clàusula general de repartiment de competències entre la CE i els estats membres als tractats constitutius hauria resultat massa rígida per a la consecució dels objectius comunitaris (pàg. 89 i seg.).

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

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

61. Vid. J. Cloos, «Nice: une étape obligée», RMC, núm. 444, 2001, pàg. 5-10 (a la pàg. 9-10).

## 2. Els treballs de la Convenció

### 2.1. Un sistema competencial per al conjunt de la Unió

En el si del Grup III («Personalitat jurídica») de la Convenció s'ha assolit un ampli consens (un sol membre s'hi va pronunciar en contra) al voltant de la conveniència de dotar de personalitat jurídica la Unió Europea i de fondre els tres pilars (amb la desaparició consegüent de les Comunitats Europees).<sup>62</sup> Aquesta proposta —amb uns avantatges que resulten evidents des del punt de vista de la *simplificació* i la *transparència*— es troba reflectida a l'Avantprojecte de Tractat constitucional presentat pel Praesidium de la Convenció (text que substituiria el TUE i els tractats constitutius de les Comunitats Europees).<sup>63</sup>

Com explica el Grup III al seu informe final, la fusió dels pilars i el reconeixement de personalitat jurídica a la UE no comporten per ells mateixos una alteració en la naturalesa de la PESC i de la CPJP, ni modificacions en el repartiment de competències entre la CE i els estats membres.<sup>64</sup> Una altra cosa és que el Grup consideri que hauria d'anar acompanyada d'una reforma del procediment de subscripció dels acords internacionals PESC i CPJP que regula l'article 24 del TUE (en particular, suprimint l'exigència de la ratificació pels estats membres) i en matèria de representació exterior (dotant la UE d'una «veu única»). Igualment, es pronuncia a favor que aquest procediment es reguli conjuntament amb el de subscripció dels acords comunitaris actuals (tot i que mantenint les particularitats del primer procediment), en un precepte únic que també podria preveure la figura (tan freqüent en la pràctica com ignorada pels tractats) dels «acords mixtos» i una nova figura: els «acords interpilars».<sup>65</sup>

Ara bé, això permetria configurar la PESC i la CPJP com a àmbits d'atribució de competències a la UE (de simple coordinació, si s'escau) i, consegüentment, articular un sistema competencial únic per a la Unió. De fet, aquest és l'enfocament que adopta l'Avantprojecte de Tractat constitucional, esmentat més amunt, en consagrar a la part primera («De l'arquitectura constitucional») un sol títol (el títol III) a les competències atribuïdes actualment a les Comunitats Europees i a les que deriven (d'acord amb el nou enfocament) del segon i tercer pilar.<sup>66</sup>

62. «Informe final del Grup III "Personalitat jurídica"», CONV 305/02, d'1.10.2002.

63. «Avantprojecte de Tractat constitucional», cit.

64. «Informe final del Grup III...», cit., pàg. 2. Sobre aquesta qüestió, *vid.* també B. de Witte, «Simplification and Reorganization of the European Treaties», CMLR, núm. 6, 2002, pàg. 1255-1287 (a la pàg. 1266 i seg.).

65. *Ibid.* pàg. 6 i seg.

*Vid.* també l'«Informe final del Grup VII "Acció Exterior"», CONV. 459/02, de 16.12.2002 (pàg. 30) i el «Projecte d'articles sobre l'acció exterior del Tractat constitucional», presentat pel Praesidium de la Convenció, CONV 685/03, de 23.4.2003 (pàg. 64 i seg.).

Els «acords interpilars» serien aquells que incideixen alhora en àmbits (que actualment són) de competència comunitària i de la PESC o de la CPJP.

66. Es tracta del títol III, que a l'«Avantprojecte de Tractat constitucional» (cit.) figura sota la rúbrica «De les competències i les accions de la Unió» (èmfasi afegit), mentre que al «Projecte d'articles 1 a 16 del Tractat constitucional», presentat posteriorment pel Praesidium (CONV 528/03, de 6.2.2003), s'anomena «De les competències de la Unió».

Cal observar, però, que la Convenció sembla que es decanta per considerar la CPJP com un àmbit més de competències compartides,<sup>67</sup> juntament amb els que avui corresponen a la CE (agricultura, medi ambient, etc.). I és que les transformacions experimentades en el tercer pilar a través dels darrers tractats de revisió han dotat les institucions de la Unió —hi insistim— d'una veritable competència normativa en matèria de CPJP.

## 2.2. Un catàleg competencial *sui generis*

L'Avantprojecte de Tractat constitucional consagra el títol III de la primera part, referit anteriorment, a enunciar els principis que regeixen el sistema competencial i els àmbits en què s'atribueixen competències a la UE, classificats per l'abast de la competència atribuïda (competències exclusives, compartides, etc.), mentre que estableix que a la part segona es recullin les bases jurídiques del TCE i les disposicions pertinents en matèria de PESCA i de CPJP.<sup>68</sup>

A més, el títol V, també de la part primera, preveu que es regulin la tipologia dels actes de la UE (tant de l'actual CE com de la PESCA i de la CPJP) i els procediments per adoptar-los.

El plantejament em sembla bastant encertat ja que, alhora que s'aporta un catàleg competencial i una explicació global del funcionament del sistema competencial, es mantenen les bases jurídiques actuals (amb les esmenes que hi escaiguin). Si a això s'uneix una simplificació i una racionalització de la tipologia dels actes de la Unió i dels procediments decisoris (al títol V de la primera part), no hi ha dubte que guanyarem en transparència i coherència, sense haver d'afrontar un canvi radical del sistema.

Tanmateix —sense entrar de moment en el contingut del títol III— no sembla que tingui gaire sentit que cada una de les bases jurídiques (agrupades en la part segona del Tractat constitucional) hagi de reiterar —com proposa el Praesidium— l'abast de la competència atribuïda o el procediment decisorí aplicable, sens perjudici de la possibilitat d'introduir algunes precisions o particularitats en algunes d'aquestes bases. Pel que fa als procediments decisoris, entenem que s'haurien d'associar a cada base jurídica un o diversos tipus d'actes en concret i que l'aprovació de cada tipus d'acte hauria de seguir el mateix procediment, salvant la possibilitat d'incorporar, quan escaigui, alguna variant procedimental en alguna base jurídica.

D'altra banda, cal procedir a la revisió de les bases jurídiques, no només per tal d'adaptar-les d'acord amb les consideracions anteriors, sinó per delimitar-ne més clarament el contingut. Més endavant aprofundirem aquest aspecte.

---

67. *Vid.* art. 12 del «Projecte d'articles 1 a 16 del Tractat constitucional», cit.; s'hi fa referència a l'«espai de llibertat, seguretat i justícia», que englobaria el nou títol IV del TCE, en matèria de visats, asil i immigració, i la CPJP.

68. L'«Avantprojecte de Constitució de la Unió Europea», elaborat a petició de la Comissió per un grup de treball presidit per F. Lamoureux i conegut com a «Penelope», segueix aquest mateix enfocament i consagra igualment el títol III de la part I a definir el sistema competencial de la UE; tanmateix, només s'hi recullen, en síntesi, les disposicions dels actuals art. 5 i 308 TCE; «Contribució a un avantprojecte de Constitució de la Unió Europea. Estudi de viabilitat», document de treball de 4.12.2002 (disponible a la pàgina web de la Convenció).

### 2.3. Principis que regeixen el sistema competencial

El projecte d'articles corresponent al títol III presentat pel Praesidium el febrer d'aquest any (articles 8 a 16)<sup>69</sup> ofereix una distinció entre els principis fonamentals que han de regir el sistema competencial i la manera com s'han d'aplicar aquests principis.

Pel que fa als principis, l'article 8 reprèn els continguts de l'article 5 del TCE —enuncia els principis d'atribució, subsidiarietat i proporcionalitat— i afegeix una referència al principi de cooperació lleial de l'article 10 del TCE.

Respecte al principi de la competència d'atribució, l'apartat 2 del projecte d'article 8 en perfila millor l'abast quan assenyala que, d'acord amb aquest article, «la Unió actua dins els límits de les competències que li atribueix la Constitució (*sic*), *per tal d'aconseguir els objectius que aquesta determina*» (èmfasi afegit). La redacció de l'article 5 del TCE és equívoca en aquest sentit quan afirma que «la Comunitat actua dins dels límits de les competències que li atribueix el Tractat i dels objectius que aquest l'assigna», ja que podria deixar entendre que l'enunciat d'objectius al TCE és per ell mateix atributiu de competències. També és cert que l'enfocament funcionalista d'algunes bases jurídiques i l'article 308 (en la redacció actual) determinen que qualsevol objectiu nou enunciat al Tractat es pugui traduir en un eixamplament de les competències atribuïdes.

D'altra banda, s'inclou una segona frase en aquest apartat segons la qual «qualsevol competència no atribuïda a la Unió per la Constitució (*sic*) correspon als estats membres». Considero que, tot i que ociosa (per òbvia), la inclusió d'aquesta frase és, des del punt de vista de la transparència del sistema, força pertinent. A més, sens dubte resulta preferible a enunciar —com s'ha pretès—<sup>70</sup> les competències que corresponen als estats membres; aquesta darrera tècnica, a part de ser incongruent amb el principi d'atribució,<sup>71</sup> podria afegir més complexitat al sistema i resultaria difícilment compatible amb la fisonomia d'algunes bases jurídiques (atesa la seva orientació funcionalista).

Els apartats 3 i 4 del projecte d'article, per la seva banda, reproduïxen els paràgrafs que l'article 5 del TCE dedica als principis de subsidiarietat i de proporcionalitat, amb alguna variant en el llenguatge a la qual no atribueix conseqüències jurídiques remarcables.<sup>72</sup>

Finalment, l'apartat 5 afirma que «segons el principi de cooperació lleial, la Unió i els estats membres s'han de respectar i assistir mútuament en el compliment

69. «Projecte d'articles 1 a 16...», cit.

70. *Vid.* el text de les Conclusions del Consell Europeu de Laeken, reproduït més amunt.

71. *Vid.* en aquest sentit el *document de treball* de la Comissió «La délimitation des compétences: une question d'intensité de l'intervention», D(2002) PS/PVN, de 22.4.2002.

72. Aquests apartats diuen el següent:

«2. Segons el principi de subsidiarietat, en els àmbits que no siguin de la seva competència exclusiva, la Unió només hi ha d'intervenir en la mesura que els objectius de l'acció no puguin ser assolits de manera suficient pels estats membres, sinó que es puguin aconseguir millor, a causa de la dimensió o dels efectes de l'acció prevista, a escala de la Unió.

4. Segons el principi de proporcionalitat, el contingut i la forma de l'acció de la Unió no ha de superar allò necessari per assolir els objectius de la Constitució.»

de les missions que es desprenen de la Constitució». Amb això reprèn el principi de cooperació lleial tal com ha estat enunciat pel TJCE en la seva dimensió vertical (el principi també opera, com se sap, en les relacions interinstitucionals), sobre la base de l'article 10 del TCE.<sup>73</sup>

Pel que fa a l'aplicació d'aquests principis, el projecte d'article 9 ofereix un primer apartat tan oportú com polèmic: «la Constitució i el dret adoptat per les institucions de la Unió en l'exercici de les competències que aquella els atribueix han de primar sobre el dret dels estats membres». No hi ha dubte que el *principi de primacia del dret comunitari* és un principi estructural de l'ordenament comunitari, perfectament establert gràcies a la tasca del TJCE, i que mereix ser «constitucionalitzat». Tanmateix, afirmar-ne l'abast absolut (com fa el projecte) podria plantejar dificultats en el procés de ratificació del Tractat constitucional.<sup>74</sup> Vist des del punt de vista de la Constitució espanyola, ofereix potser fonament l'article 93 per afirmar la primacia del dret de la Unió sobre la Constitució?

No obstant això, el sisè (i últim) apartat del projecte d'article es pot veure com un contrapunt (suficient?) a la formulació que es proposa del principi de primacia, en afirmar —com a desplegament del que disposa actualment l'apartat 3 de l'article 6 del TUE— que «la Unió ha de respectar la identitat nacional dels estats membres vinculada a l'estructura fonamental d'aquests i a les funcions essencials d'un estat, i en particular la seva estructura política i constitucional, inclosa l'organització dels poders públics en els plans nacional, regional i local». Em demano, però, com es pot garantir el respecte d'aquesta disposició (i quin és l'abast autèntic). Potser el Tribunal de Justícia, en exercir (en monopoli) el control de legalitat dels actes de la Unió, podria apreciar la conformitat d'un acte emanat de les seves institucions amb altres principis bàsics de l'ordre constitucional dels estats membres que no siguin els drets fonamentals?

Els apartats 2 i 3 del projecte d'article 9 tan sols remetent al (nou) Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i de proporcionalitat (annex al Tractat constitucional), i en el qual s'indica —com veurem— que es reconeix un paper als parlaments nacionals.

L'apartat 4 reprèn la primera frase de l'article 10 del TCE, que estableix l'obligació dels estats membres d'adoptar totes les mesures adequades per assegurar el compliment del dret de la Unió. S'hi afegeix, però, un nou apartat 5 que desplega el principi de cooperació lleial (recollit al projecte d'article 8), en què s'assenyala que «els estats membres han de facilitar a la Unió el compliment de la seva missió i [aquí continua el segon paràgraf de l'article 10 del TCE] s'han d'abstenir de totes aquelles mesures que puguin posar en perill la realització dels fins de la Constitució» i que, a la inversa, «la Unió ha d'actuar amb lleialtat respecte als estats membres».

73. *Vid.*, per exemple, l'Acte del TJCE de 13.7.1990 en l'afer *Zwartveld* (afer C-2/88, Rec. pàg. I-3365).

74. La disposició de l'apartat 1 del projecte d'art. 9 ha estat objecte de diverses propostes d'esmenes per part dels convencionals; n'hi ha un resum al document «Informe resumit del ple addicional. Brussel·les, 5 de març de 2003», CONV 624/03, de 17.3 2003.

## 2.4. Abast de les competències de la Unió

### 2.4.1. Categories de competències

El projecte d'article 10 categoritza les competències de la Unió segons l'abast, ja que disposa que han de ser exercides d'acord amb les disposicions específiques (bases jurídiques) que per a cada àmbit estableix la part segona del Tractat constitucional. Concretament, distingeix entre (i) competències exclusives, (ii) competències compartides i (iii) competències «per coordinar, completar o donar suport a l'acció dels estats membres» (en altres paraules, competències de coordinació i suport).<sup>75</sup>

Tot i que representa un avanç significatiu respecte a la situació actual, al nostre parer la classificació que proposa el Praesidium no és prou aclaridora. Creiem que seria preferible distingir entre (i) competències normatives, (ii) competències administratives (o d'execució administrativa) i (iii) competències de coordinació i suport (o foment), amb l'advertiment que les competències normatives poden ser al seu torn exclusives o compartides (millor encara, exclusives, concurrents o complementàries —i, fins i tot, «d'harmonització») i que la resta (competències administratives i competències de coordinació i suport) es defineixen *ad casum* a cada base jurídica.<sup>76</sup>

D'altra banda, observem que el Praesidium no s'atreveix a incloure en una de les tres categories que defineix les competències de la UE en matèria de PESC, perquè l'apartat 4 del projecte d'article 10 es limita a assenyalar que «la Unió disposa de competència per definir i posar en pràctica una política exterior i de seguretat comuna, inclosa la definició progressiva d'una política de defensa comuna». Potser hem d'admetre que, atesa l'actual indefinició de la PESC (i no sembla que el moment sigui propici per realitzar avenços espectaculars en aquest terreny), és una solució realista.

Més difícil resulta entendre per què dedica un altre apartat (el 3) a la coordinació de les polítiques econòmiques dels estats membres (en lloc d'englobar aquesta dimensió de la UEM dins les competències de coordinació), si no és per la rellevància que té aquesta matèria (tot i que es podria dir el mateix, per exemple, de l'ocupació).

75. El Grup de Treball V («Competències complementàries») va proposar que, juntament amb l'enumeració de les competències exclusives i compartides, «les tasques i les responsabilitats de la UE (actualment enumerades als art. 3 i 4 del TCE) es reformulin de tal manera que els àmbits en què la Unió sigui responsable principalment o plenament es defineixin com a responsabilitats de la Unió», proposta que em resulta molt confusa; *vid.* «Informe final del Grup V», CONV 275/1/02, de 4.11.2002 (pàg. 6-7).

76. *Vid. supra* epígraf II.2.

El document de treball de la Comissió «La délimitation des compétences...», cit. anteriorment, que també distingeix entre accions legislatives i no legislatives, proposa classificar les primeres d'acord amb la seva intensitat (es refereix, en aquest sentit, a accions de reglamentació uniforme, d'harmonització, d'harmonització de mínims, de reconeixement mutu i d'interconnexió entre els ordenaments jurídics nacionals; pàg. 5 i seg.); al meu parer, però, la intensitat de l'acció normativa l'ha de determinar el tipus d'acte normatiu l'adopció del qual prevegi cada base jurídica (*vid. infra* epígraf III.2.9).



### 2.4.2. Competències exclusives

D'acord amb l'apartat 1 del projecte d'article 10, en l'àmbit de les competències exclusives, només la Unió «pot legislar o adoptar actes vinculants jurídicament, mentre que els estats membres, com a tals, només poden fer-ho si la Unió els habilita a aquest efecte».

Si parem atenció a la literalitat del precepte, la competència exclusiva de la Unió no es limitaria a l'àmbit normatiu, sinó que inclouria els actes d'execució administrativa (cosa que demostra la pertinència de distingir entre competències normatives i unes altres). D'altra banda, seria convenient precisar de la millor manera possible l'abast de les habilitacions, que, al nostre parer, han de ser específiques i excepcionals i han de tenir caràcter transitori.<sup>77</sup>

Quant als àmbits considerats de competència exclusiva, l'apartat 1 del projecte inclou la:

«[...] competència exclusiva per garantir la lliure circulació de persones, mercaderies, serveis i capitals i per establir les normes sobre la competència dins del mercat interior, com també en els àmbits següents:

- Unió duanera.
- Política comercial comuna.
- Política monetària dels estats membres que hagin adoptat l'euro.
- Conservació dels recursos biològics marins dins de la política pesquera comuna.»

La proposta ens sembla encertada (prudent) excepte pel que fa a dos aspectes: (i) la referència a les llibertats bàsiques del mercat interior i (ii) la inclusió de la política comercial comuna sense afegir-hi cap matisació.

El primer aspecte ja ha estat objecte de crítiques severes, com les que ha fet (amb tota la raó) Ramón Torrent.<sup>78</sup> A què es fa referència? A la competència per adoptar mesures d'harmonització *ex* article 95 del TCE (entre d'altres preceptes)? No sembla que aquesta sigui la intenció ja que, al costat de la referència a les llibertats bàsiques en el projecte d'article 11, el projecte d'article 12 —relatiu a les competències compartides— al·ludeix al mercat interior i alguna significació se li ha de donar. A més, com es pot qualificar una competència d'harmonització com a exclusiva? Al meu parer, ni tan sols resulta apropiat configurar-la com a compartida.<sup>79</sup>

Així, doncs, tan sols es pot entendre que s'està pensant en els preceptes del TCE que afirmen les llibertats bàsiques del mercat interior (articles 23 i següents). Però si és així, es tracta d'una errada clara. Aquests preceptes no atribueixen competències a la CE, sinó que imposen obligacions (precises i incondicionals) als estats membres (de les quals es dedueixen drets subjectius per als particulars), raó per

77. *Vid. supra* epígraf II.2.2.1.

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

79. *Vid. supra* epígraf II.2.2.2.

la qual, al meu parer, ni tan sols s'haurien de portar a la part segona del Tractat constitucional, sinó a un nou títol de la part primera (potser previ al títol III sobre competències).

A més, la referència a la lliure circulació de persones (en lloc de treballadors) només tindria sentit si es pretengués —però no sembla el cas— configurar la competència de la CE en matèria de visats, asil i immigració com a exclusiva.<sup>80</sup>

Quant a la política comercial comuna, el projecte d'article sembla oblidar que, d'acord amb la jurisprudència del TJCE i la configuració actual de l'article 133 del TCE, l'exclusivitat de la competència se circumscriu al comerç de mercaderies.<sup>81</sup> Certament, la situació seria diferent si el Tractat constitucional introduís modificacions substancials en aquesta base jurídica, però no sembla que existeixi consens sobre aquesta qüestió en el si de la Convenció.<sup>82</sup>

Per acabar, hem d'assenyalar que l'apartat 2 del projecte d'article 11 es refereix a la competència exclusiva de la CE per celebrar acords internacionals. Tornarem més endavant sobre aquesta qüestió.

#### 2.4.3. Competències compartides

L'apartat 2 del projecte d'article 12 indica que quan «la Constitució (*sic*) atribueixi a la Unió una competència compartida amb els estats membres en un àmbit determinat, la Unió i els estats membres tenen potestat per legislar i adoptar actes vinculants jurídicament en aquest àmbit. Els estats membres únicament han d'exercir la seva competència si la Unió no ha exercit la seva i només en la mesura en què no ho hagi fet».

El precepte a al·ludeix a les competències normatives de caràcter concurrent i, en particular, al joc de la *preemption* en aquests casos (efecte *preemption* que es completa amb el principi de primacia del dret de la UE consagrat al projecte d'article 9).<sup>83</sup> En principi, no tenim objeccions per formular.

Ara bé, considerem que el seu enunciat no és congruent amb el de l'apartat 2 del projecte d'article 12, conforme al qual «l'abast de les competències compartides de la Unió es fixa a les disposicions de la part II» (*ad casum?*), i encara menys amb els

80. El projecte d'article 12 inclou l'«espai de llibertat, seguretat i justícia» entre els àmbits de competències compartides.

81. *Vid.* la bibliografia cit. a la nota 10.

82. Si bé al «Projecte d'articles sobre l'acció exterior...» (cit.) es proposa una simplificació dràstica de l'art. 133 TCE (*vid.* el projecte d'art. 24), entenc que no pretén alterar la naturalesa i l'abast de la competència comunitària en relació amb el comerç de serveis o els aspectes de la propietat intel·lectual relacionats amb el comerç; n'hi prou de llegir l'apartat 4 del projecte d'art. 24, d'acord amb el qual: «per a la negociació i la celebració d'un acord en els àmbits del comerç dels serveis que impliquen desplaçaments de persones i dels aspectes de la propietat intel·lectual, el Consell ha de resoldre per unanimitat quan aquest acord inclogui disposicions per a les quals es requereix la unanimitat per a l'adopció de normes internes» (èmfasi afegit).

El Grup VII («Acció exterior») havia proposat, en canvi, el recurs a la majoria qualificada en tots els àmbits de la política comercial, inclosos els serveis i la propietat intel·lectual; no obstant això, en salvava «les restriccions actuals en matèria d'harmonització en àmbits nacionals d'actuació» («Informe final del Grup VII...», cit., pàg. 7).

83. *Vid. supra* epígraf II.2.2.1.

apartats 5 i 6 d'aquest darrer article (dedicat a enunciar les competències compartides), els quals disposen que:

«5. En els àmbits de la investigació, el desenvolupament tecnològic i l'espai (*sic*), la Unió ha de tenir competència per dur a terme accions, en particular la realització de programes, sense que l'exercici d'aquesta competència pugui tenir com a efecte impedir que els estats membres exerceixin les seves competències.

6. En els àmbits de la cooperació al desenvolupament i de l'ajuda humanitària, la Unió té competència per posar en marxa accions i per dur a terme una política comuna, sense que l'exercici d'aquesta competència pugui tenir com a efecte impedir que els estats membres exerceixin les seves competències.»

Al seu torn, és difícil conciliar els apartats 5 i 6 amb l'apartat 3, que diu que «quan la Unió no hagi exercit o deixi d'exercir la seva competència en un àmbit de competència compartida, els estats membres podran exercir la seva competència» (corol·lari de l'efecte *preemption*).

El problema és evident: el projecte d'article 12 no només no precisa que les competències considerades són de caràcter normatiu sinó que, sobretot, no distingeix entre competències normatives concurrents i complementàries, ja que a aquesta última categoria corresponen (en part) les competències en matèria d'R+D i de cooperació al desenvolupament. A més, en aquests dos darrers àmbits esmentats caldria precisar que la UE no sols pot adoptar actes normatiu, sinó igualment mesures de foment i de coordinació, tal com succeeix, a banda d'això, en la major part dels àmbits de competències normatives compartides (concurrents o complementàries); només cal pensar, per exemple, en les polítiques de xarxes transeuropees o de salut —o sanitat— pública.<sup>84</sup> Tornarem sobre això quan parlem de les competències de coordinació i suport.

Els àmbits de competència inclosos a la llista de l'apartat 4 de l'article 12 no plantegen, en principi, problemes especials (espai de llibertat, seguretat i justícia, agricultura i pesca —no obstant això, s'hauria de deixar a part el que disposa l'article 11 en relació amb el caràcter exclusiu de la competència en matèria de conservació i gestió dels recursos pesquers—, transports, xarxes transeuropees, energia, política social, cohesió econòmica i social, medi ambient, sanitat pública), excepte la menció (i) al «mercat interior» i (ii) a la protecció dels consumidors.

En relació amb la primera menció, com ja hem indicat a l'epígraf anterior d'aquest treball, entenem que el projecte d'article 12 es refereix a les competències d'harmonització relacionades amb el mercat interior (mentre que el projecte d'article 11 ho fa a les llibertats bàsiques), com són les que resulten dels articles 94 i 95 del TCE (clàusules generals d'harmonització), dels articles 47 i 52 (establiment i serveis) o, fins i tot, de l'article 93 (fiscalitat indirecta),<sup>85</sup> a més de les competències derivades d'unes altres bases jurídiques que acompanyen l'afirmació de les llibertats

84. De fet, el Grup V va proposar considerar les xarxes transeuropees, l'R+D i la salut pública com a àmbits propis de mesures de foment; «Informe final del Grup V», cit. (pàg. 9).

85. No trobem al projecte cap referència específica a l'harmonització de la fiscalitat indirecta, de manera que l'art. 93 del TCE s'ha de considerar inclòs en la referència al «mercat interior».

bàsiques, com són els articles 40 i 42 (lliure circulació de treballadors). No insistiré més en la idea que, al meu parer, les competències d'harmonització tenen una identitat pròpia (diferent de les altres competències normatives compartides, ja siguin concurrents o complementàries); amb tot, el fet d'incloure-les al catàleg de competències compartides (en el sentit de concurrents) no em sembla totalment desenterrat, ja que al cap i a la fi les directives d'harmonització produeixen igualment l'efecte *preemption*. Però, per què no parlar a l'apartat 4 de l'article 12 de competències d'harmonització relatives al (establiment i funcionament del) mercat interior?

Quant a la menció a la protecció dels consumidors, llevat que es vulgui alterar l'abast de la competència prevista a l'article 153 del TCE, crec que la seva inclusió al catàleg de l'article 12 resulta equívoca. El precepte, en la versió actual, tan sols atribueix competències de coordinació i suport; una altra cosa és que al·ludeixi al fet que l'article 95 serveix de fonament per a l'adopció de mesures d'harmonització que incideixin en aquest àmbit. Per aclarir aquest punt n'hi hauria prou amb indicar en aquest precepte que les competències d'harmonització relatives al mercat interior inclouen les relatives a la protecció dels consumidors.

També sembla oportú tornar sobre la inclusió en el catàleg del projecte d'article 12 (de l'apartat 4) de l'àmbit anomenat «espai de llibertat, seguretat i justícia», que abasta tant l'actual títol IV del TCE (visats, asil i immigració) com el títol VI del TUE (CPJP). Com ja hem indicat, les transformacions que ha experimentat el tercer pilar permetrien entendre que (salvant l'absència d'atribució —almenys explícita— de personalitat jurídica a la UE) el títol VI atribueix una veritable competència normativa a les institucions de la Unió. Conseqüentment, la proposta del Praesidium ens sembla plenament encertada en aquest punt, sense que considerem un obstacle perquè la CPJP sigui qualificada com un àmbit de competències compartides (en tant que normatives concurrents) el fet que les disposicions del TUE estableixin un altre tipus d'accions, com ara l'adopció de «posicions comunes» o la celebració de convenis entre els estats membres. En els àmbits de competències normatives concurrents no s'exclou —ni s'ha d'excloure en el futur Tractat constitucional— la possibilitat —el lector m'ha de permetre la reiteració— d'adoptar unes altres mesures d'abast menor, com ara mesures de foment o de coordinació.

Una altra cosa és que la tipologia dels actes de la CPJP (en particular, les decisions marc i les decisions) hauria de ser comuna en aquest cas a la que correspongui als àmbits de competències (fins ara) de la CE.<sup>86</sup>

Finalment, convé recalcar que l'apartat 1 del projecte d'article 12 fa de les competències compartides, amb raó, la regla general, ja que afirma que «la Unió ha de disposar de competència compartida amb els estats membres quan la Constitució li atribueixi una competència que no correspongui als àmbits que esmenten els articles 11 i 15» (d'aquesta manera, la llista de l'apartat 4 esdevé simplement il·lustrativa). No entenc, però —encara que es tracta certament d'una qüestió menor—, per què només s'hi esmenten els articles 11 (competències exclusives) i 15 (competències de coordinació i suport), i no els articles 13 (coordinació de polítiques econòmiques) i 14 (PESC).

86. *Vid. infra* epígraf III.2.9.

#### 2.4.4. Competències de coordinació i suport

Sota la rúbrica «Àmbits de l'acció de suport» (*sic*), l'apartat 1 del projecte d'article 15 assenyalava que «la Unió pot dur a terme accions de coordinació, de complement o de suport», i concreta (també l'apartat 1) que «l'abast d'aquesta competència es fixa a les disposicions de la part II»; mentre que l'apartat 4 diu que «els actes vinculants jurídicament adoptats per la Unió en virtut de les disposicions específiques d'aquests àmbits que figuren a la part II no poden comportar l'harmonització de les disposicions legislatives i reglamentàries dels estats membres».

D'altra banda, l'apartat 2 inclou entre els «àmbits de l'acció de suport» l'ocupació, la indústria, l'educació, la formació professional i la joventut, la cultura, l'esport i la protecció davant les catàstrofes, mentre que l'apartat 3 indica que «els estats membres han de coordinar en el si de la Unió les seves polítiques nacionals d'ocupació».

A part d'alguna absència en el catàleg<sup>87</sup> i del fet que el llenguatge és clarament millorable (per què no parlar de competències de coordinació i suport?), el precepte no planteja problemes seriosos.

En aquesta ocasió és força convenient que s'assenyali (a l'apartat 1) que l'abast de la competència es determina en cada cas a la base jurídica corresponent inclosa en la part II del Tractat constitucional. A aquesta precisió caldria afegir que també s'indica a cada base jurídica el procediment que cal seguir i la forma (denominació i naturalesa vinculant o no) de les mesures que s'acordin; aquesta precisió també podria figurar al títol IV del Tractat constitucional.<sup>88</sup>

No entenc, però, la distinció que s'hi fa entre els àmbits que poden ser objecte de mesures de suport (apartat 2) i els que són objecte de coordinació (apartat 3, que només esmenta l'ocupació —també recollit a l'apartat 2), ja que en els àmbits en què s'atribueix una competència de foment o de suport també és possible —i desitjable— la coordinació entre els estats membres. A més, s'hauria de preveure la possibilitat d'una coordinació de les polítiques dels estats membres respecte de qualsevol àmbit de competència compartida de la UE o, fins i tot, en àmbits en què la Unió no disposa d'altres competències. En aquesta línia es mouen els qui proposen la inclusió d'un precepte al Tractat constitucional que consagri l'anomenat «mètode obert de coordinació», instituït pel Consell Europeu de Lisboa de març de 2000.<sup>89</sup>

D'altra banda, també pot resultar adequat —ja ho hem suggerit als epígrafs anteriors— que en aquest precepte s'indiqui que les mesures de foment (i, si s'escau, de coordinació —si la coordinació no s'afirma com una competència general) no només són possibles en els àmbits a què es refereix l'apartat 2 del projecte, sinó tam-

87. Em refereixo particularment a la protecció dels consumidors; *vid.* en aquest sentit l'epígraf anterior.

88. Tal com es veurà després (*infra* epígraf II.2.9), el projecte d'articles corresponents al títol IV no conté cap menció sobre aquest particular.

89. *Vid.* l'«Informe final del Grup V», cit. (pàg. 7) i el «Projecte de proposta d'afegit d'un nou article sobre "El mètode obert de coordinació"», presentat a la Convenció per A. Costa i G. de Oliveira Martins, CONV 701/03, de 28.4.2003.

bé en altres àmbits de competències compartides a què es refereix el projecte d'article 12, en particular (o únicament) quan així ho disposi la base jurídica corresponent; pensem, novament, en les polítiques de xarxes transeuropees o de salut pública, entre d'altres.

Per acabar, hem d'assenyalar novament que la consagració d'un article separat (l'article 13 del projecte) a la coordinació de les polítiques econòmiques dels estats membres, tot i que es pot entendre en termes polítics (atesa la rellevància que té), resta claredat i coherència al Tractat constitucional. Potser es tracta d'una categoria competencial diferent de les que preveu el projecte d'article 15? Una solució de compromís podria consistir potser a dedicar-li un apartat separat en aquest darrer precepte (en el qual se'n recalqués la importància).

A més, els apartats 2 i 3 del projecte d'article 13 són summament confusos. El primer (afirma que «els estats membres han de desenvolupar les seves polítiques econòmiques tenint en compte l'interès comú, per tal de contribuir a la realització dels objectius de la Unió») no té a veure amb la competència atribuïda a la Unió i hauria de figurar més aviat al títol I de la part primera del Tractat (on es defineixen els objectius de la UEM) o, en lloc d'això, a la base jurídica corresponent de la part segona (aquesta darrera solució em sembla tècnicament menys afortunada).

Quant a l'apartat 3 (segons el qual «s'han d'aplicar disposicions específiques als estats membres que hagin adoptat l'euro»), no sé si es refereix a les obligacions *ex TCE* que incumbeixen en matèria de política econòmica als estats membres que participen en l'euro, a què es refereixen amb precisió els articles 102 i següents, o a les mesures que en l'exercici de la seva competència exclusiva en matèria de política monetària poden adoptar les institucions de la Unió. Si fos això segon, la disposició s'ha de suprimir, ja que aquesta competència es recull (com a exclusiva) al projecte d'article. I si fos allò primer, també, perquè les obligacions en qüestió s'haurien d'enunciar (a l'igual que les llibertats bàsiques del mercat interior) en un títol diferent de la primera part (potser al mateix títol que proposàvem per enunciar les obligacions dels estats membres en relació amb el mercat interior, que es podria anomenar «De les obligacions dels estats membres en l'àmbit del mercat interior i de la UEM»).

## 2.5. L'article 308 del TCE

El projecte d'articles presentat pel Praesidium que estem comentant ha fet cas omís a les veus que reclamaven la supressió de l'article 308 del TCE i n'ha reconduït oportunament la ubicació al títol III de la primera part del Tractat constitucional, concretament a l'article 16, sota la rúbrica «Clàusula de flexibilitat». Però els canvis no acaben aquí. El projecte d'article 16 (i) busca delimitar amb més precisió l'àmbit i l'abast de les competències atribuïdes per aquesta base jurídica i (ii) introdueix canvis en el procediment decisor, de manera que reforça el paper del Parlament Europeu i reconeix un paper als parlaments nacionals.

Pel que fa al primer aspecte, l'apartat 1 del projecte d'article modifica la redacció de l'actual article 308 en donar-li la redacció següent (èmfasi afegit en les modificacions principals): «si fos necessària una acció de la *Unió en l'àmbit de les políti-*

ques definides a la part II per dur a terme un dels objectius que fixa aquesta Constitució, sense que aquesta hagi previst els poders d'actuació necessaris a aquest efecte, el Consell ha de prendre, per unanimitat [...] les disposicions apropiades». Cal notar que el text reconeix, d'una banda, que aquest precepte permet atendre qualsevol dels objectius del Tractat (ja no s'hi diu que calgui aconseguir «dins el funcionament del mercat comú» un dels objectius de la CE),<sup>90</sup> però, d'una altra banda, circumscriu l'àmbit d'acció a les «polítiques definides a la part II».

Si s'interpreta en sentit estricte, aquesta segona modificació podria portar a entendre que el nou precepte consagra el principi dels poders implícits, i que operaria en els casos en què les bases jurídiques de la part II no atribueixin (expressament) poders suficients per aconseguir els objectius perseguits en l'àmbit de les polítiques a les quals serveixen. Si fos així, es produiria un retrocés molt important ja que el principi dels poders implícits no podria servir com a paràmetre d'interpretació de les bases jurídiques de la part II, de manera que permetria fonamentar-hi (seguint el procediment que prescriuen —que normalment no exigirà la unanimitat del Consell) l'acció de la Unió; al contrari, caldria fonamentar l'acció en el nou article 16 (respectant el procediment decisor que hi preveu).

No crec, però, que la modificació comentada es pugui interpretar d'aquesta manera. Però, llavors, què significa que l'acció ha de recaure «en l'àmbit de les polítiques definides a la part II? Se n'exclou una acció de la Unió que tingui com a objecte aconseguir un dels objectius que preveu el Tractat constitucional orfe d'una base jurídica específica? Se n'exclou, doncs, qualsevol imprevisió o llacuna en el (sistema competencial del) Tractat? Il·lustrem la qüestió amb un exemple. Si en el Tractat constitucional es mantingués el turisme entre els objectius de la Unió (com fa l'actual article 3 del TCE) i no s'incloués una base jurídica específica en aquest àmbit, potser es podria continuar acudint a l'article 308 (article 16 del projecte) per basar-hi mesures en matèria de turisme?

Potser la solució passa per canviar la redacció del projecte d'article en els termes següents: «si fos necessària una acció de la Unió per aconseguir un dels objectius que fixa el Tractat constitucional dins l'àmbit d'acció que aquest li reconeix» (àmbit d'acció que pot estar determinat al títol I de la part primera del Tractat constitucional).

Més pacífica resulta (al meu parer és encertada) la nova disposició que conté l'apartat 3 del projecte d'article 16, d'acord amb el qual «les disposicions adoptades en virtut d'aquest article no poden implicar una harmonització de les disposicions legislatives i reglamentàries dels estats membres en els casos en què la Constitució exclou aquesta harmonització».

Pel que fa als canvis en el procediment decisor, el projecte substitueix la intervenció simplement consultiva del Parlament Europeu per l'exigència de dictamen conforme i manté el poder d'iniciativa de la Comissió. Ens podríem dema-

90. Tanmateix, la referència en l'actual art. 308 del TCE a la consecució «en el funcionament del mercat comú» d'«un dels objectius de la Comunitat» permet entendre que n'hi ha prou amb el fet que l'acció se situï en el marc general del Tractat; *vid.* sobre aquesta qüestió, entre d'altres, C. Flaesch-Mougin, «Article 235», a *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article* (Constantinesco *et al.*, ed.), París, 1992, pàg. 1459 i seg. (a la pàg. 1513 i seg.).

nar per què dictamen conforme i no procediment de codecisió. Tanmateix, al meu parer l'elecció és acceptable, ja que, d'una banda, les mesures fonamentades en l'article 308 no revesteixen necessàriament el caràcter d'actes legislatius (a l'adopció dels quals s'ha d'associar la codecisió) i, d'una altra, sembla apropiat que el Parlament hagi d'autoritzar (en això consisteix el dictamen conforme) el recurs pel Consell i la Comissió a aquesta base jurídica excepcional (que es pot prestar a abusos).<sup>91</sup>

Quant als parlaments nacionals, l'apartat 2 del projecte d'article assenyalava que «la Comissió, dins el marc del procediment de control del principi de subsidiarietat que esmenta l'article 9, ha d'indicar als parlaments nacionals dels estats membres les propostes que es basen en aquest article». Dediquem un epígraf posterior d'aquest treball a analitzar aquest nou mecanisme de control del principi de subsidiarietat.

Per tancar aquest epígraf, volem fer notar que el Praesidium no ha recollit dues propostes que havien estat formulades en el si del Grup de Treball sobre «Competències complementàries» en relació amb la modificació de l'article 308.<sup>92</sup>

Em refereixo, en primer lloc, a la proposta d'incloure una disposició que permeti derogar per majoria qualificada del Consell els actes adoptats (per unanimitat) amb fonament en el Consell; en qualsevol cas, aquesta solució semblava preferible a la idea llançada per Alain Lamassoure, en l'excel·lent informe que va fer per al Parlament Europeu, segons la qual aquesta disposició podria servir per «recuperar» (a favor dels estats membres) competències atribuïdes a la UE. I, en segon lloc, a la possibilitat d'introduir un mecanisme de control previ pel TJCE dels actes adoptats sobre la base del nou article 308, de manera semblant al que preveu l'article 300.6 del TCE respecte dels acords internacionals (mecanisme que faria impracticable — o força ineficaç — el recurs a aquest precepte).

## 2.6. Competència exterior de la Unió Europea

No entrarem a analitzar les propostes elaborades en el si de la Convenció per a la reforma de les relacions exteriors de la CE ni de la PESC. Es tracta de propostes que abasten qüestions múltiples com ara la necessitat d'un tractament conjunt de l'acció exterior de la UE, de dotar la UE d'una veu única, de regular conjuntament el procediment de celebració dels actuals acords internacionals subscrits per la CE i en l'àmbit de la PESC, etc.<sup>93</sup> L'estudi de totes aquestes qüestions supera de llarg l'objecte d'aquest treball.

La nostra intenció únicament és analitzar de quina manera es proposa la Convenció definir la competència exterior de la UE en els àmbits que actualment cor-

91. A. Mangas Martín es pronuncia, en canvi, a favor de la codecisió, ja que estima que el dictamen conforme és la mínima participació desitjable per al Parlament Europeu en aquest precepte; a «La Unión Europea y su futuro...», *loc. cit.*, pàg. 92.

92. *Vid.* «Informe final del Grup V», cit. (pàg. 16 i seg.).

93. *Vid.* «Informe final del Grup VII...» i «Projecte d'articles sobre l'acció exterior...», citat anteriorment.



responen a la CE, en particular —però no sols— pel que fa a la seva capacitat convencional.

El projecte d'articles corresponents al títol III de la primera part, presentat pel Praesidium, no aporta cap precisió, de manera explícita, sobre quin és l'àmbit de la competència exterior. Tanmateix, l'apartat 2 del projecte d'article 11, en què es defineixen les competències exclusives de la UE, adverteix que «la Unió disposa de competència exclusiva per a la celebració d'un acord quan aquesta celebració estigui prevista en un acte legislatiu de la Unió, sigui necessària per permetre a la Unió exercir la seva competència en el pla intern o afecti un acte intern de la Unió». Amb unes altres paraules, consagra l'«efecte AETR» i l'«efecte Dictamen 1/1976», als quals s'ha fet referència en un epígraf previ d'aquest treball,<sup>94</sup> i afegeix el supòsit en què la celebració de l'acord estigui prevista en un acte intern de la UE.

Certament, aquesta disposició comporta reconèixer (implícitament) que disposa de competències exteriors més enllà dels supòsits en què les bases jurídiques ho preveuen expressament (cosa que succeeix, com sabem, en no gaires casos) i, en concret, la vigència del *principi del paral·lisme entre competències internes i externes* que, sobre la base de la teoria dels poders implícits, ha definit el TJCE.

De fet, l'article 32 del «Projecte d'articles sobre l'acció exterior del Tractat constitucional», que ha fet públic recentment el Praesidium, recull una disposició anàloga a la que hem reproduït, però en la qual no es diu, tanmateix, que la UE disposa de competències exclusives en els casos referits, sinó que «la Unió podrà celebrar [en aquests casos] acords internacionals».<sup>95</sup> A més, en el comentari que acompanya aquesta disposició s'identifica la doctrina del paral·lisme entre les competències internes i externes de la CE, formulada pel TJCE,<sup>96</sup> amb l'«efecte AETR» i l'«efecte Dictamen 1/1976».<sup>97</sup>

Potser seria preferible distingir entre el *principi del paral·lisme entre les competències internes i externes* i l'abast de la competència exterior de la UE. Concretament, el primer article del títol III de la primera part del Tractat constitucional podria aclarir —quan fa referència al principi de la competència d'atribució (projecte d'article 8)— que la UE té competència exterior tant en els supòsits en què així ho estableixin expressament les bases jurídiques (recollides a la part II del Tractat constitucional) com en els casos en què, d'acord amb la jurisprudència del TJCE, aquest principi és aplicable.

D'altra banda, el títol III en qüestió no s'hauria de limitar a reconèixer capacitat convencional a la UE, tal com fa el projecte d'article 32 sobre acció exterior, esmentat més amunt, o —implícitament— l'apartat 2 del projecte d'article 11, sinó que hauria d'afirmar, amb caràcter general, la seva competència exterior. En efecte, a més de la celebració de tractats internacionals és possible l'adopció d'uns altres ac-

94. *Vid. supra* epígraf II.2.2.3.

95. Es tracta de l'apartat 3 del projecte d'art. 32 (relatiu a la celebració d'acords internacionals), que s'expressa de la manera següent: «La Unió pot subscriure acords internacionals quan això sigui necessari per a la realització d'algun dels objectius de la Unió, estigui previst en un acte legislatiu de la Unió o afecti un acte intern de la Unió»; «Projecte d'articles sobre l'acció exterior...», cit., pàg. 64.

96. *Vid. novament supra* epígraf II.2.2.3.

97. «Projecte d'articles sobre l'acció exterior...», cit., pàg. 65.

tes, com ara la posició que s'ha de defensar en el si d'organitzacions internacionals de les quals sigui part la CE (la UE en el futur).

Centrant-nos ja en l'abast de la competència exterior, el projecte d'article 11 peca tant per defecte com per excés.

Per defecte, perquè sembla que obvia que la competència exterior és per definició exclusiva en tots els àmbits que l'apartat 1 configura com a tals. Així, per exemple, la CE només pot celebrar actualment acords comercials (de mercaderies) o de pesca, independentment del fet que existeixen o no actes interns en la matèria o del fet que es donin els altres supòsits que preveu l'apartat 2 del projecte d'article.

Per excés, perquè defineix de manera summament imprecisa (i laxa) l'«efecte AETR», ja que afirma que la competència per celebrar un acord internacional és exclusiva quan «*afecti* un acte intern de la Unió». Cal recordar el debat doctrinal a què ha donat lloc la utilització de la paraula «afectar» pel TJCE en la sentència relativa a l'afer *AETR*. Potser n'hi hauria prou d'acompanyar una declaració col·lectiva que indiqués que s'ha d'interpretar en el sentit de la jurisprudència del Tribunal de Justícia (per referència a la seva jurisprudència posterior).

Dues reflexions per tancar aquest epígraf. Primera: la Convenció fa senyals d'alguna descoordinació en formular dos projectes de disposicions de contingut anàleg però amb enfocaments diferents (articles 11.2 del projecte de títol III i 32.3 del projecte d'articles sobre acció exterior); no cal afegir que la ubicació adequada és el títol III de la part I del Tractat constitucional. Segona: tant de realisme en els plantejaments de vegades resulta frustrant: quan s'afirmarà que les relacions exteriors —almenys en els àmbits de la CE actual— són, en conjunt, competència exclusiva de la UE? Quan acabarem amb els equilibris complexos de l'«efecte AETR» i d'unes altres construccions —cal dir-ho tot— mesquines (tot i que ens diverteixin força als juristes)?

## 2.7. El principi de subsidiarietat

El projecte de Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i de proporcionalitat presentat pel Praesidium, per tal que sigui inclòs com a annex al Tractat constitucional, s'aparta en bona mesura del Protocol corresponent annex actualment al TCE.<sup>98</sup> I, encara més, proposa un canvi d'enfocament.

El Protocol annex al TCE realitza un gran esforç —tan lloable com, en part, inútil— per concretar els criteris que han de presidir l'actuació de les institucions (en particular, de les que conformen el *triangle institucional*) en l'aplicació dels principis de subsidiarietat i de proporcionalitat. El projecte de nou Protocol, en canvi, resumeix el contingut de l'anterior tot afirmant que «cada institució ha de garantir de manera permanent el compliment dels principis de subsidiarietat i de proporcionalitat que es defineixen a l'apartat 3 de l'article 8 de la Constitució» (apartat 1) i que «abans de proposar un acte legislatiu,<sup>99</sup> la Comissió ha de procedir a fer consultes àmplies, excepte en casos especials d'urgència o confidencialitat. Aquestes consultes hauran de tenir en compte, quan escaigui, la dimensió regional i local de les

98. «Projecte de protocols...», cit.

99. Sobre la nova tipologia dels actes de la UE, *vid. infra* epígraf 2.9.

accions considerades» (apartat 2, que afegeix una referència a la dimensió regional del principi de subsidiarietat).

En els comentaris que fa al projecte, el Praesidium justifica aquest canvi en els termes següents: «el text actual s'ha reduït i simplificat per tal de fer-lo compatible amb la naturalesa d'un protocol annex a una constitució».<sup>100</sup>

Tanmateix, el que realment està proposant la Convenció és superar els problemes que planteja l'absència d'un mecanisme realment eficaç per assegurar el respecte del principi de subsidiarietat —atès que el seu caràcter *justiciable* només es tradueix en un control pel TJCE de la motivació dels actes,<sup>101</sup> en introduir un mecanisme de control previ i de naturalesa política, en el qual intervenen els parlaments nacionals—. Continua, doncs, el camí marcat per moltes altres propostes que s'han fet públiques en el marc del «procés post-Niça» que suggereixen l'articulació d'un mecanisme de control *ad hoc* del respecte envers el principi de subsidiarietat —o, més àmpliament, del repartiment vertical de competències—, mecanisme que uns conceben com de caràcter polític i uns altres de caràcter jurisdiccional.

El mecanisme previst al projecte de Protocol va ser dissenyat pel Grup I de la Convenció («Subsidiarietat») —presidit per Íñigo Méndez de Vigo— i es coneix com a «*early warning system*».<sup>102</sup> En síntesi, s'articula de la manera següent: (i) la Comissió remet totes les seves propostes d'actes legislatius i propostes modificades als parlaments nacionals (la mateixa obligació incumbeix el Parlament Europeu i el Consell en relació amb les seves «resolucions legislatives» i les seves posicions comunes, respectivament), per tal que qualsevol parlament nacional pugui emetre, en el termini de sis setmanes, un dictamen motivat (adreçat a les tres institucions esmentades) en què exposi les raons per les quals considera que la proposta no s'ajusta al principi de subsidiarietat; (ii) si un terç dels parlaments nacionals, com a mínim, emet dictàmens motivats, la Comissió ha de tornar a examinar la seva proposta, que pot mantenir, modificar o retirar; (iii) també poden emetre dictàmens motivats entre la convocatòria i la celebració del Comitè de Conciliació (del procediment de codecisó) amb les raons per les quals consideren que la posició comuna del Consell o les esmenes del Parlament Europeu incompleixen el principi i, a més, aquestes institucions assumeixen l'obligació de tenir-les «molt en compte».

El Grup de Treball «Subsidiarietat» anava més lluny en la seva proposta, ja que preveia la possibilitat que els parlaments nacionals que haguessin emès un dictamen motivat poguessin interposar posteriorment un recurs davant el TJCE (d'anul·lació, s'entén) per violació del principi de subsidiarietat.<sup>103</sup> Tanmateix, el projecte de Protocol del Praesidium reconduïx la proposta del Grup i assenyalava que «el Tribunal de Justícia és competent per conèixer de recursos per violació del principi de subsidiarietat interposats pels estats membres, a instància, si s'escau, dels parlaments

100. «Projecte de protocols...», cit., pàg. 9.

101. *Vid. supra* epígraf II.2.2.1.

102. «Conclusions del Grup de Treball I sobre el principi de subsidiarietat», CONV 286/02, de 23.9.2002.

103. *Ibid.*, pàg. 6.

*nacionals i d'acord amb els respectius ordenaments constitucionals»* (apartat 8, èmfasi afegit). També reconeix —seguint en aquest punt les conclusions del Grup de Treball— legitimació activa al Comitè de les Regions per «interposar aquests recursos respecte dels actes legislatius sobre els quals hagi estat consultat» (apartat 8 igualment).

Finalment, el projecte de Protocol preveu que qualsevol proposta legislativa de la Comissió vagi acompanyada d'una fitxa detallada, en què s'expliquin els detalls que permetin avaluar el compliment del principi de subsidiarietat» (apartat 4).

La inclusió d'aquest «*early warning system*» al Tractat constitucional resulta atractiva ja que, d'una banda, asseguraria una «sensibilitat» més gran de les institucions envers el principi de subsidiarietat i, d'una altra, oferiria una via de participació dels parlaments nacionals en el procés decisor de la UE; d'aquesta manera donaria resposta als qui la reclamen,<sup>104</sup> encara que planteja alguns problemes (seriosos).

En primer lloc, incrementa la complexitat del procediment decisor de la UE i, potser, la durada (més encara en una Europa ampliada a 25 estats o més). En segon lloc, temo molt que els parlaments nacionals no es limitaran a enjudiciar les propostes d'acord amb el principi de subsidiarietat, sinó que, agafant com a pretext l'examen del respecte d'aquest principi, entrarien en el fons d'aquelles propostes.<sup>105</sup> Si fos així, no es produiria potser una interferència excessiva dels parlaments nacionals en el procediment decisor, cosa que desplaçaria la posició del Parlament Europeu?

Cal reconèixer, però, que s'aconseguiria una implicació més gran dels parlaments nacionals en el procés de construcció europea. A més, hem de valorar positivament que el mecanisme es limiti a l'aprovació d'actes de caràcter legislatiu (bàsicament, reglaments i directives, en la tipologia actual d'actes de la CE) i que no abasti els acords internacionals (així ho entenem), la celebració dels quals requereix procediments més àgils, o un altre tipus d'actes com, per exemple, les mesures de foment. També considerem encertat que el Praesidium hagi descartat el reconeixement de legitimació activa als parlaments nacionals davant el TJCE, possibilitat que no faria sinó complicar extraordinàriament el sistema.

A banda d'això, l'anomenat «*early warning system*» em sembla preferible als altres mecanismes proposats en el marc del «procés post-Niça», als quals hem al·ludit abans. En primer lloc, em sembla preferible a la creació d'un òrgan *ad hoc* com, per exemple, un *defensor de la subsidiarietat*, un comitè parlamentari integrat per representants dels parlaments nacionals i del Parlament Europeu o una segona cambra parlamentària composta per representants dels parlaments nacionals.<sup>106</sup> La partici-

104. La Declaració núm. 23 adoptada a Niça (cit. anteriorment) assenyalava que la CIG'04 ha d'abordar «la funció dels parlaments nacionals en l'arquitectura europea». Sobre aquesta qüestió, *vid.*, a més, el projecte de Protocol sobre la tasca dels parlaments nacionals a la UE inclòs al document «Projecte de protocols...», cit.

105. Aquesta qüestió s'ha suscitat durant els debats del projecte de Protocol celebrats en el si del *Select Committee* de la Cambra dels Lords per a la Unió Europea, tal com s'indica en un informe d'aquest comitè remès a la Convenció (CONV 625/03, de 17.3.2002, pàg. 29).

106. En relació amb aquestes propostes, em remeto al treball de J. Martín y Pérez de Nanclares, «La delimitación de competencias...», *loc. cit.*, pàg. 370 i seg.

pació d'un nou òrgan —i, a més, de caràcter parlamentari— faria molt més complex encara el procediment legislatiu de la UE (i, al meu parer, no està justificat en termes de legitimitat democràtica).

Tampoc no em sembla apropiada la idea de crear un nou tribunal *ad hoc* (un tribunal constitucional) encarregat de conèixer els conflictes verticals de competències, incloent-hi els relatius al respecte del principi de subsidiarietat, i que estaria compost per representants dels tribunals constitucionals o, si s'escau, dels tribunals suprems dels estats membres i per algun jutge del TJCE.<sup>107</sup>

A part de complicar innecessàriament l'arquitectura judicial de la UE, no entenc per què aquest nou tribunal hauria de ser preferible al TJCE. A més, es correria el risc de fractures en la jurisprudència comunitària, ja que el TJCE i el TPI continuarien sent competents per exercir el control de la legalitat dels actes comunitaris o per pronunciar-se sobre el sistema competencial en el marc d'altres vies de recurs com, per exemple, el recurs per incompliment o la qüestió prejudicial (entenc que les sol·licituds de dictàmens sobre la compatibilitat dels acords projectats amb el Tractat —a què fa referència l'article 300.6 del TCE— es residenciarien al nou tribunal).

Els qui propugnen la creació d'aquest nou tribunal no fan sinó evidenciar la seva desconfiança envers el TJCE, ja que si el problema fos que al Tribunal de Justícia conflueixen actualment funcions constitucionals amb unes altres pròpies de la jurisdicció ordinària, la solució passaria per aprofundir la reforma de l'arquitectura judicial iniciada a Niça,<sup>108</sup> tot limitant el nombre i, sobretot, els tipus d'afers que està cridat a conèixer.<sup>109</sup>

Finalment, em sembla que tampoc no és una bona solució articular un recurs previ per resoldre els conflictes verticals de competències.

En l'informe al Parlament Europeu sobre la delimitació de competències entre la UE i els estats membres, Alain Lamassoure ha suggerit que sigui el nou Tribunal Constitucional el que conegui d'aquests recursos, que es limiten als supòsits de violació dels principis de subsidiarietat o de proporcionalitat, i que la legitimació activa recaigui en la Comissió i en una «minoria qualificada» del Consell i del Parlament Europeu.<sup>110</sup>

No cal dir que a aquesta proposta es poden oposar les mateixes objeccions que a

---

Sobre la possibilitat de crear una nova cambra parlamentària per al control del principi de subsidiarietat, integrada per representants dels parlaments nacionals, *vid.* la dura crítica d'A. Duff i altres membres de la Convenció a la contribució titulada «Qüestions relatives a les competències i la subsidiarietat, i la confusió que se'n deriva», CONV 178/02, de 9.7.2002.

107. *Vid.*, per exemple, l'«Informe sobre la delimitació de competències entre la Unió Europea i els estats membres» presentat al Parlament Europeu per A. Lamassoure, PE 304.276, de 24.4.2002, pàg. 26.

*Vid.* novament el treball de J. Martín y Pérez de Nanclares, cit. en una nota anterior; comparteixo plenament les crítiques que fa a aquesta proposta (pàg. 378 i seg.).

108. Sobre la reforma del Tractat de Niça, *vid.*, per tots, els treballs d'E. García de Enterría («El sistema de la justicia comunitaria tras el Tratado de Niza») i D. Ruiz-Jarabo («La articulación de los tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los estados miembros») a *La encrucijada constitucional...*, *op. cit.*, pàg. 483 i seg. i 509 i seg., respectivament.

109. *Vid.* en aquesta línia les reflexions de J. Weiler al treball «La arquitectura judicial después de Niza», a *La encrucijada constitucional...*, *op. cit.*, pàg. 469 i seg.

110. «Informe sobre la delimitació...», cit., pàg. 26.

la creació d'un nou tribunal (constitucional); el cert, però, és que el recurs previ es podria reconduir al TJCE. Però és que, a més, el fet d'ampliar la possibilitat d'un recurs previ (ja previst a l'article 300.6 del TCE per als acords internacionals) als actes legislatius (entenc que es limitaria a aquesta mena d'actes) pot comportar inconvenients seriosos. Tal com ho demostra l'experiència viscuda a Espanya amb el recurs previ d'inconstitucionalitat de les lleis després de l'aprovació de la Constitució (que va haver de ser suprimit), les institucions i els estats membres (a través del Consell) podrien fer servir aquest mecanisme com a arma política, de manera que el podrien emprar per paralitzar el procediment legislatiu cada cop que la proposta o els debats en curs no fossin del seu gust. Alain Lamassoure, que ha percebut aquest risc —el qual encara seria més gran amb l'ampliació— ha suggerit, a l'hora de concretar la seva proposta, que el recurs s'interposi el mes següent a l'aprovació de l'acte (llavors ja no es tractaria d'un recurs previ —l'única diferència amb el recurs d'anul·lació actual seria que el termini es redueix d'un mes) i que es resolgui igualment en el termini d'un mes (aquesta sí que és una novetat).

A part d'això, i amb caràcter general, entenc que si el control de l'aplicació del principi de subsidiarietat requereix nous mecanismes de control, s'ha de pensar més aviat en un mecanisme de caràcter polític, ja que el principi no es presta, com hem vist, a un control jurisdiccional de fons.<sup>111</sup>

## 2.8. La revisió de les bases jurídiques

Per completar la revisió del sistema competencial, el Tractat constitucional ha d'afrontar una revisió a fons de les bases jurídiques (que pretén agrupar a la part II). La finalitat no és adaptar-les únicament a la categorització de les competències (quant a l'abast) prevista al títol III de la part primera o a la nova tipologia d'actes de la UE. A més, cal (com a mínim): (i) depurar-les de *normes-criteri* i disposicions detallades; i (ii) revisar la redacció que s'ha fet de certes bases jurídiques per reduir l'ampli marge d'interpretació que permeten, però sense renunciar a l'enfocament funcionalista que presideix moltes d'elles.<sup>112</sup>

Pel que fa al primer aspecte, les normes-criteri s'haurien de col·locar, a manera de clàusules horitzontals, a la part I del Tractat.<sup>113</sup> A tall d'exemple, és el cas de les disposicions dels apartats 1 a 3 de l'article 174, en els quals es formulen els objectius

111. *Vid.* en aquesta mateixa línia el document de la Comissió «La délimitation des compétences...», cit. (pàg. 9).

112. *Vid.* l'esforç (insuficient) que en aquesta sentit fa l'«Avantprojecte de Constitució de la Unió Europea» conegut com a «Penélope» (cit.).

*Vid.* també l'Avantprojecte de part II del Tractat constitucional que, en el marc dels treballs de la Convenció, ha preparat un grup d'experts del Parlament Europeu, el Consell i la Comissió («Part II de la Constitució. Informe del Grup d'experts designats pels Serveis Jurídics del Parlament Europeu, el Consell i la Comissió», CONV 618/3, de 17.3.2003); més enllà de la gran tasca de simplificació i reordenació de les disposicions corresponents del TCE i del TUE, el resultat és força decebedor.

113. *Vid.* en aquest sentit l'informe d'A. Lamassoure al Parlament Europeu («Informe sobre la delimitació...», cit.), en el qual s'apunta que «els objectius fonamentals de la Unió s'haurien de recollir en un preàmbul constitucional o en un article preliminar del Tractat o de la Constitució, com ara els actuals articles 2 del TUE i del TCE, i no als capítols que tracten del repartiment de les competències» (pàg. 19).

de la política comunitària en l'àmbit de medi ambient. D'altra banda, caldria que s'evitessin les reiteracions o les disposicions excessivament detallades. Aquestes disposicions detallades (moltes vegades de caràcter conjuntural) es podrien reconduir ja sigui als actes normatius de les institucions o, en els casos en què aquesta solució suscití recels entre els estats membres, a «lleis orgàniques» de desplegament del Tractat<sup>114</sup> o bé, alternativament, a protocols addicionals al Tractat (sotmesos a un procediment més flexible de revisió).

La proposta que formulem manté una relació estreta amb la tasca de simplificació dels tractats que hauria d'emprendre la pròxima Conferència Intergovernamental amb vista a apropar el procés d'integració als ciutadans i dotar la Unió, si no d'una constitució, si més no d'una carta de caràcter constitucional pel que fa als continguts (un *tractat constitucional*).<sup>115</sup>

En relació amb al segon aspecte, per què no es revisa la dicció de l'article 95 del TCE i es reprèn la fórmula de la sentència del TJCE en l'afer de la Directiva sobre la publicitat del tabac, de manera que es deixi clar que no atorga un poder d'harmonització general?<sup>116</sup>

Es tracta, però, d'un exercici que comporta alguns perills, com ha posat en relleu el Tractat de Niça en relació amb l'article 133 del TCE. Les esmenes acordades a Niça relatives a aquest article responien, a l'igual de les que va introduir el Tractat de Amsterdam, a un intent encomiable per aclarir l'àmbit material de les competències que corresponen a la CE en matèria de política comercial i acabar amb les tensions que, com va palesar el Dictamen 1/1994, es donen en aquesta matèria entre la Comissió Europea i els estats membres. Però entenc que el resultat dista de ser un exemple que calgui seguir.<sup>117</sup> A la manca de claredat anterior ara s'afegeix una complexitat més gran en el repartiment de competències entre els estats membres i la CE per celebrar acords internacionals en els àmbits del comerç de serveis i dels aspectes comercials de la propietat intel·lectual; a canvi, però, s'ha guanyat alguna cosa (crec que no gaire) pel que fa a la precisió.

## 2.9. Revisió de la tipologia d'actes i dels procediments decisoris: un apunt

La reforma del sistema competencial quedaria incompleta si, alhora, no es procedeix a fer una revisió de la tipologia dels actes de la UE i dels procediments decisoris. Els objectius són múltiples: simplificar la tipologia dels actes

114. En relació amb aquesta figura, *vid. infra* nota 123.

115. De fet, les modificacions que hem suggerit abans lliguen d'alguna manera amb les propostes que ja es coneixen de reorganització dels tractats elaborades, a proposta de la Comissió Europea, pel Centre Robert Schuman de l'Institut Universitari Europeu de Florència (grup de treball coordinat per C. D. Ehlermann i Y. Mény) (*vid. Un traité fondamental pour l'Union européenne. Etude sur la ré-organisation des Traités*, informe de 15.5.2000, a <[www.iue.it/RSC/Treaties.html](http://www.iue.it/RSC/Treaties.html)>).

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

117. *Vid.* en aquest sentit les dures crítiques (però, al meu parer, justificades) que ha fet P. Pescatore al nou art. 133 en l'editorial «Nice-Aftermath», publicat a CMLR, 2001, núm. 2, pàg. 265-271 (a la pàg. 266-267).

corresponents als tres pilars (tot mirant d'unificar-los), introduir una distinció entre actes normatius legislatius i reglamentaris (d'execució o no), delimitar més bé el poder legislatiu i el poder d'execució (normatiu o no), lligar el procediment legislatiu (de codecisió) a l'aprovació dels actes de caràcter legislatiu (per donar coherència al sistema i situar el Parlament Europeu al lloc que li correspon), etc.<sup>118</sup>

No tenim intenció d'analitzar el projecte d'articles que, sobre la base dels treballs del Grup IX («Simplificació»),<sup>119</sup> ha presentat en aquest sentit el Praesidium (projecte d'articles 24 a 33 —títol V de la part primera del Tractat constitucional).<sup>120</sup> Simplement volem deixar constància del fet que, tot i que no està exempt de problemes i és susceptible de crítiques, respon en línies generals als objectius assenyalats més amunt.

Pel que fa als actes normatius, recordem que el projecte distingeix entre: (i) la llei europea (correspon als reglaments actuals —i a algunes decisions—<sup>121</sup> aprovats pel Consell o el Consell i el Parlament Europeu); (ii) la llei de bases europea (equivale a la directiva);<sup>122</sup> (iii) el reglament europeu (actual reglament d'execució de la Comissió); i (iv) el «reglament delegat» (les lleis europees o les lleis de bases europees podrien establir una delegació en la Comissió per promulgar reglaments delegats «que completin o modifiquin certs elements no fonamentals de la llei o de la llei de bases» —article 27 del projecte).<sup>123</sup>

Quant als procediments decisoris, tan sols volem assenyalar que les lleis i les lleis de bases s'associen al procediment de codecisió, si bé s'hi admeten excepcions (tant pel que fa a la regla de la majoria qualificada com a la intervenció del Parlament Europeu en règim de codecisió): realisme *oblige*.

Unes paraules només quant a l'adaptació de les bases jurídiques a la nova tipologia d'actes de què es doti la Unió: seria convenient que cada base jurídica identifi-

118. La necessitat d'una reforma en la tipologia dels actes comunitaris ja havia estat plantejada en conferències intergovernamentals anteriors, particularment a la CIG que va culminar a Maastricht. *Vid.*, en particular, les contribucions següents presentades en el marc de la CIG esmentada: «Conferencias intergubernamentales: contribuciones de la Comisión» (*Boletín CE*, 2/91, pàg. 119 i seg.), Resolució del Parlament Europeu sobre la naturalesa dels actes comunitaris, de 18.4.1991, adoptada sobre la base de l'informe Boulanges (DOCE C 129, de 20.5.1991) i Nota de la delegació italiana sobre la tipologia dels actes comunitaris, de 20.9.1990 (SN 3936/90).

119. «Informe final del Grup IX "Simplificació", CONV 424/02, de 29.11.2002.

120. «Projecte d'articles 24 a 33 del Tractat constitucional», CONV 571/03, de 26.2.2003.

121. En particular, les decisions *sui generis*, en principi, les decisions (ordinàries) de la CPJP.

122. També, en principi, a les decisions marc de la CPJP.

123. L'«Avantprojecte de Constitució de la Unió Europea» conegut com a «Penèlope» (cit.): (i) afegeix la figura de les «lleis orgàniques» (consagrades a regular l'organització de les institucions i el funcionament de la UE en els supòsits previstos al Tractat; la seva aprovació se sotmet a regles de majoria reforçada); (ii) suprimeix la distinció entre lleis i lleis de bases (preveu que les lleis es puguin desplegar per mitjà de reglaments de la Comissió, si així ho disposen; en cas contrari, les mesures d'execució normatives correspondrien als estats membres); (iii) tot i que no preveu la figura dels «reglaments delegats», admet que una llei pugui preveure'n la possible modificació o derogació per mitjà d'un reglament de la Comissió (art. 76 i seg. de l'Avantprojecte).

El recurs a *lleis orgàniques* (i *constitucionals*) figurava al projecte de Constitució de la UE de 1994 de la Comissió institucional del Parlament Europeu (informe Herman; doc. A 3-0064/94).



qués clarament el tipus d'acte (o actes) per al qual serveix de fonament, especialment en el cas de competències normatives, i que precisés així la intensitat possible de l'acció de la UE en cada àmbit competencial.

Esperem tenir l'oportunitat de dur a terme una anàlisi d'aquestes propostes en un altre treball.<sup>124</sup>

---

Sobre el paper que podrien fer les *lleis orgàniques* a la UE, *vid.* la contribució interessant de R. Bierber i B. Kahil a l'informe de la Secretaria General del Consell *Reforming the Sources and Categories of EC Legal Acts*, dirigit per G. Winter (1995), titulada «Organic Law in the European Union» (pàg. 1 i seg.).

124. Les propostes que contenen l'«Informe final del Grup IX...» i l'«Avantprojecte de Constitució de la Unió Europea» conegut com a «Penèlope» han estat analitzades en profunditat per A. López Castillo, «¿Cerrar o cuadrar el círculo?: a propósito de la revisión del "sistema de fuentes del derecho" de la UE», REDE, núm. 5, 2003, pàg. 47-89 (a la pàg. 76 i seg.).

