La Constitución económica de la Unión Europea

Xabier Arzoz Santisteban
Miguel Azpitarte Sánchez
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Derecho Constitucional Europeo

BOE

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

Eugeni Gay Montalvo, abogado y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y exmagistrada del Tribunal Constitucional

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa y juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación «Jean Monnet pour l`Europe»

Miguel Recuerda Girela, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Martín Díz, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Emilio Jiménez Aparicio, abogado

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y exmagistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de CUNEF Universidad

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

COLECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO 2

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: abril de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

Estudio realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet Integration through EU Fundamental Rights (2022-2024) financiada por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen a los autores y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea, ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos.

Cofinanciado por la Unión Europea

© De los contenidos, sus autores
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-25-049-5 (edición en papel)
144-25-050-8 (edición en línea, PDF)
144-25-051-3 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3059-6
Depósito legal: M-9746-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Páginas

PRESENTACIÓN 19

NOTA BIBLIOGRÁFICA GENERAL 21

PARTE PRIMERA: CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA EN LA UNIÓN EUROPEA 23

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN 25

I. **El origen y la evolución de la Unión Europea** 26

1. Las comunidades antes de la Unión 26
2. Las comunidades dentro de la Unión 29
3. La Unión sin las comunidades: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa 32
4. La Unión sin el Reino Unido 34

II. **La naturaleza, los valores y los objetivos de la Unión** 35

III. **La Constitución económica de la Unión** 37

1. El concepto de constitución económica 37
2. Los tratados como constitución 39
3. Las características de la constitución económica de la Unión 43
4. La naturaleza de la constitución económica de la Unión 47

IV. **Memento** 52

Bibliografía básica 53

Páginas

CAPÍTULO 2. LA INTEGRACIÓN POLÍTICA 55

I. **Introducción** 56
II. **Los objetivos políticos de la Unión Europea** 57
III. **Los principios políticos de la Unión Europea** 58

1. Los valores de la Unión 58

A. El principio democrático 59
B. El principio de Estado de derecho 63
C. El respeto de los derechos humanos 66

2. El respeto de la igualdad de los Estados miembros y de la identidad nacional 68
3. El principio de cooperación leal 70
4. Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad 71

IV. **Los instrumentos de reacción frente a la violación de los valores de la Unión en un Estado miembro** 73

1. Procedimiento de conciliación 74
2. Procedimientos políticos 74
3. Procedimiento jurisdiccional 76
4. Procedimientos presupuestarios 76

V. **La retirada de un Estado miembro** 77
VI. **Las cooperaciones reforzadas** 78
VII. **Memento** 79

Bibliografía básica 81

CAPÍTULO 3. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA 83

I. **La evolución de los objetivos económicos y de los medios para alcanzarlos** 84
II. **Los objetivos económicos actuales de la Unión Europea** 88
III. **Los principios económicos de la Unión Europea** 91

1. La neutralidad con el régimen de propiedad 91
2. Libre competencia, economía social de mercado y economía de mercado abierta 93
3. La solidaridad y la cohesión económica, social y territorial 96

IV. **Las competencias económicas de la Unión Europea** 98

1. Las competencias exclusivas 99
2. Las competencias compartidas 99

Páginas

3. Las competencias de fomento 100
4. La coordinación de las políticas económicas de empleo y sociales ... 100

V. **Los límites a las competencias económicas de los Estados miembros** 103
VI. **Memento** 104

Bibliografía básica 106

CAPÍTULO 4. LA INTEGRACIÓN JURÍDICA 107

I. **La regulación económica en la unión** 108

1. Noción y alcance 108
2. Contenido de las políticas de liberalización 111
3. Impacto interno 114

II. **Las modalidades de regulación centralizada en la Unión Europea** 116

1. La legislación uniforme: el reglamento 117
2. La legislación armonizada: la directiva 119
3. La legislación no vinculante: el *soft law* 122
4. La coordinación indicativa: las orientaciones generales del Consejo 128

III. **La gobernanza de la regulación económica europea** 130

1. La comitología 131
2. Las entidades de normalización 133
3. Las agencias 134
4. Las redes de autoridades nacionales 136

IV. **Memento** 136

Bibliografía básica 137

CAPÍTULO 5. EL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN EUROPEA 139

I. **Naturaleza del presupuesto de la unión** 140

1. Fragmentación e intergubernamentalismo 141
2. Dimensión reducida y ordenación plurianual 142
3. Valoración 144

II. **Los instrumentos jurídicos del derecho presupuestario de la Unión** ... 144

1. El marco financiero plurianual 145
2. La decisión sobre los recursos propios 147

Páginas

3. El reglamento financiero 150
4. El presupuesto anual 151
5. Los acuerdos interinstitucionales 153

III. **La ejecución del presupuesto y su control** 153

1. La ejecución del presupuesto 153
2. El auditor interno 155
3. El Tribunal de Cuentas 156
4. La aprobación de la gestión 157

IV. **La lucha contra el fraude** 158

1. La obligación de combatir el fraude 158
2. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) 158
3. La fiscalía europea 159

V. **Memento** 160

Bibliografía básica 161

PARTE SEGUNDA: EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA . 163

CAPÍTULO 6. LAS NORMAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MERCADO INTERIOR 165

I. **Introducción** 166
II. **Los rasgos fundamentales del mercado interior** 166
III **Mecanismos de garantía y promoción de los rasgos fundamentales del mercado interior** 167

1. Los mecanismos de garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales recogidos en el TFUE 168

A. Los mecanismos de integración negativa: las libertades básicas del mercado interior 169
B. Los mecanismos de integración positiva: la armonización regulatoria 173

2. Los mecanismos de garantía de que la competencia no será distorsionada en el mercado interior recogidos en el TFUE 175

A. Los mecanismos de integración negativa: el derecho de la competencia y la normativa de ayudas de Estados 175
B. Los mecanismos de integración positiva: la armonización regulatoria 176

Páginas

IV. **Los derechos fundamentales económicos** 179
V. **Memento** 187

Bibliografía básica 188

CAPÍTULO 7. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS 191

I. **La garantía de la libre circulación de mercancías** 192
II. **El propósito de la libre circulación de mercancías: dos interpretaciones posibles** 193
III. **Una cambiante jurisprudencia en relación con el propósito de la libre circulación de mercancías** 196
IV. **La promoción proporcionada de determinados objetivos como justificación de las medidas obstaculizadoras del comercio intracomunitario** 202
V. **Memento** 211

Bibliografía básica 212

CAPÍTULO 8. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO 213

I. **Introducción** 214
II. **Las primeras resoluciones del Tribunal de Justicia: las sentencias *Reyners* y *Van Binsbergen* (1974)** 216
III. **La exigencia de efectos diferenciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios** 219
IV. **La exigencia de efectos diferenciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libertad de establecimiento** 223
V. **La armonización de legislaciones** 226

1. Las competencias de armonización de la Unión 227
2. La doctrina del reconocimiento mutuo 232

VI. **Memento** 236

Bibliografía básica 237

CAPÍTULO 9. LOS MECANISMOS DE GARANTÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA 239

I. **Introducción** 240
II. **El derecho de la competencia** 241

1. La prohibición de prácticas concertadas o colusorias 243
2. La prohibición de los abusos de posición dominante 245

Páginas

3. El control de las concentraciones 246
4. Los servicios públicos y las normas de la competencia 248

III. **La prohibición de las ayudas de Estado** 253
IV. **Memento** 256

Bibliografía básica 257

CAPÍTULO 10. PROTECCIÓN Y PROTECCIONISMO EN EL MERCADO INTERIOR 259

I. **Introducción** 260
II. **La unión aduanera** 262
III. **La política comercial común** 264

1. Objeto 264
2. Marco 266
3. Desarrollo 267

IV. **La política agrícola común** 268

1. Los objetivos del Tratado 268
2. La evolución de la política agrícola común 269
3. Las normas y los instrumentos jurídicos 272

V. **Memento** 275

Bibliografía básica 276

PARTE TERCERA: UNIÓN ECONÓMICA, MONETARIA Y BANCARIA 279

CAPÍTULO 11. LAS CRISIS ECONÓMICAS COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN. DESDE LOS AÑOS 70 AL COVID 281

I. **La naturaleza constitucional de las crisis económicas. El singular problema de la integración europea** 282

1. Las asimetrías económicas como problema constitucional 282
2. Desde su origen, el proceso de integración ha estado determinado por su naturaleza económica 284

II. **La crisis económica de los 70: La creación del sistema monetario europeo y el relanzamiento del mercado interior** 287

1. La crisis económica de los años 70 287
2. La reacción: el Sistema Monetario Europeo 288
3. Más allá del sistema monetario europeo: el relanzamiento del mercado interior (1986) y la creación de la moneda única (1992) 290

Páginas

III. **La crisis económica de 2008: El paradigma de la austeridad** 293

IV. **La crisis económica derivada de la pandemia (2020): Retazos de solidaridad** 297

V. **Memento** 301

Bibliografía básica 302

CAPÍTULO 12. LA UNIÓN MONETARIA 305

I. **El concepto de política monetaria** 306

1. La definición de la política monetaria en los Tratados 306
2. La comprensión de la política monetaria por el BCE: medidas estándar y medidas heterodoxas 308
3. La definición y límites de la política monetaria por el Tribunal de Justicia 310

II. **El sistema institucional para el desarrollo de la política monetaria** 312

1. La lógica constitucional de los bancos centrales 312
2. Los principios constitucionales que organizan el SEBC 314

A. El funcionamiento político del SEBC 314
B. La independencia del BCE 316
C. La reserva de función 318
D. El sometimiento a control 320

III. **Los instrumentos para el desarrollo de la política monetaria** 323

1. La actuación a través de las fuentes del Derecho 323
2. La actuación a través de las operaciones de mercado 324
3. La «forward guidance» 326

IV. **Memento** 327

Bibliografía básica 328

CAPÍTULO 13. LA UNIÓN ECONÓMICA 331

I. **Introducción: La «estrecha coordinación de la política económica» en el contexto de la unión económica y monetaria** 333

II. **Las condiciones normativas de la política económica** 335

1. Poder público y economía: una relación cambiante 335
2. La juridificación de la economía 336

Páginas

III. **La premisa de partida: autonomía estatal limitada por el Derecho de la Unión** 338

1. La responsabilidad exclusiva de los Estados miembros en el diseño de su política económica 338
2. Principios y reglas para la coordinación de la política económica estatal 340
3. Política redistributiva para la cohesión del mercado 341
4. La asistencia mutua en situaciones de crisis 342
5. El contexto de legitimidad: ¿«economía de mercado abierta y de libre competencia» o una «economía social de mercado altamente competitiva»? 344

IV. **El giro postcrisis: la dirección de la política económica de los Estados miembros** 346

1. De la coordinación a la dirección de la política económica 346
2. La dirección política ordinaria 346

A. El modelo de los Tratados: la coordinación de políticas económicas 346
B. El reforzamiento de la dirección política mediante el semestre europeo tras la crisis de 2008 347
C. El incremento de la dirección política ordinaria en el nuevo modelo de gobernanza 348

3. La dirección política reforzada a través de la supervisión 349

A. La supervisión presupuestaria 349
B. La supervisión del déficit excesivo 350
C. La supervisión macroeconómica 352
D. La supervisión de la estabilidad financiera y el programa de ajuste macroeconómico 353

V. **La garantía de la estabilidad de la zona euro: El MEDE** 354

1. La naturaleza del MEDE 354
2. La gobernanza del MEDE 356

A. El carácter dual de la gobernanza y el juego recíproco de las instituciones 356
B. La composición de los órganos del MEDE 357

3. Los tipos de asistencia financiera y el procedimiento de concesión ... 358

A. Los tipos de asistencia financiera 358
B. El procedimiento para la concesión de la asistencia financiera 359

Páginas

VI. **Memento** 360

Bibliografía básica 361

CAPÍTULO 14. LA UNIÓN BANCARIA: LOS MECANISMOS DE SUPERVISIÓN Y RESOLUCIÓN BANCARIA 363

I. **El mercado de capitales en el Estado constitucional y en la Unión Europea** 365

1. Mercado de capitales y Estado constitucional 365
2. La respuesta de la Unión: desplazamiento del Estado, centralización de la regulación y ejecución 366

II. **Un derecho uniforme para afrontar los riesgos del mercado** 367

III. **El control de acceso al mercado: Un sistema tutelado por el BCE** 369

IV. **La centralización de la supervisión bancaria** 371

1. El Mecanismo Único de Supervisión Bancaria 371
2. Los poderes de supervisión 372

A. La potestad de inspección 372
B. La potestad de corrección 373
C. La potestad sancionadora 374

3. La organización del BCE para la supervisión bancaria 374

A. El principio de separación de funciones y sus consecuencias 375
B. El control político de la supervisión bancaria 377
C. El control jurídico de la supervisión bancaria 378

V. **La centralización de la resolución bancaria** 379

1. El Mecanismo Único de Resolución Bancaria 379

A. Resolución bancaria y mercado financiero 379
B. La distribución de funciones en el MUR 380

2. Los poderes de resolución 380

A. Los planes de resolución 380
B. La actuación temprana 381
C. El procedimiento de resolución 382
D. La potestad de inspección 383
E. La potestad sancionadora 384

Páginas

3. La Junta Única de Resolución Bancaria 385

A. Estructura y composición 385
B. Los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de la JUR 386

4. La financiación de la resolución bancaria 389

VI. **Memento** 390

Bibliografía básica 391

PRESENTACIÓN

El presente volumen trae causa de un curso de formación permanente impartido por los autores durante los cursos 2022, 2023 y 2024 en la UNED. Su enseñanza se enmarcaba en las actividades de la Cátedra Jean Monnet *Integration Through Fundamental Rights* que la Comisión Europea concedió a Xabier Arzoz Santisteban para el periodo 2022-2024.

El objetivo que nos impulsó a organizar el citado curso y a elaborar este texto era el de fomentar el conocimiento de la Constitución económica de la Unión Europea, una materia cuyo análisis quizá no ha recibido la atención específica que a nuestro juicio merece. En los manuales y tratados españoles de Derecho constitucional publicados se suele prescindir del tema o abreviar su tratamiento. Ante esta situación, subrayamos en estas páginas una perspectiva constitucional que sitúa el centro de gravedad en la creación de poder y su organización.

Esta publicación pretende, por tanto, colmar esa laguna, ofreciendo una exposición razonada de los principales elementos y problemas de la Constitución económica de la Unión Europea. Sus tres coordenadas son, por tanto, lo económico, lo europeo y lo constitucional. Algunas de las preguntas básicas a las que este volumen quiere responder o, al menos, a ayudar a esclarecer son: ¿Cuál es la orientación socio-económica de la Unión Europea? ¿Qué relación existe entre las políticas de la Unión y su Constitución económica? ¿Qué competencias quedan para los Estados miembros en materia económica?

La Constitución económica de la Unión no solo tiene gran importancia para la Unión, también la tiene para el Derecho constitucional de los Estados miembros. Su conocimiento permite entender la pérdida de protagonismo normativo, incluso el desplazamiento tácito, de parte sustancial de las Constituciones económicas nacionales. Es una de las transformaciones constituciona-

les operadas por la integración europea. Ahora bien, la crisis financiera de 2008 y la pandemia de 2020 han proporcionado una nueva imagen de la Constitución económica de la Unión: la imagen de una Unión que no solo restringe, sino que, llegado el caso, también puede fortalecer las posibilidades de intervención económica y social de los Estados miembros.

La obra se estructura en tres partes, cada una compuesta de cuatro o cinco capítulos. En la parte primera, titulada «Constitución y economía en la Unión Europea», se abordan las cuatro dimensiones de la integración europea, que están interrelacionadas: la integración política, económica, jurídica y presupuestaria. La parte segunda expone el marco de la actividad económica e incluye las normas que regulan la actividad económica en el mercado interior, la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, los mecanismos de garantía de la libre competencia y la protección y el proteccionismo en el mercado interior. La parte tercera analiza la unión económica, monetaria y bancaria, destacando la relevancia de las crisis económicas como factor de integración desde los años 70 al COVID-19.

El origen del texto explica su tono didáctico y sintético. En cada capítulo se ofrecen los claves principales del tema abordado y se finaliza con un resumen de los puntos esenciales y una referencia a la bibliografía más básica. La obra está dirigido a licenciados y graduados en Derecho y en cualesquiera otras disciplinas (Ciencias Políticas, Economía, Administración de Empresas, Traducción e Interpretación, Ingenierías, etc.), con independencia de que tengan o no cierto nivel previo de especialización en el Derecho de la Unión Europea. Una nota bibliográfica general ofrece orientación para complementar el texto con la lectura de manuales introductorios al Derecho general de la Unión de la Unión o bien para profundizar en los temas abordados.

Esta obra reivindica la importancia del estudio de la Constitución económica. Aunque su eje y sus actores principales hayan migrado del espacio constitucional nacional al supranacional europeo, persiste su relevancia para el Derecho público: siguen existiendo reglas y principios que ordenan el funcionamiento de la economía, y sigue existiendo la necesidad de conocer y analizar ese marco jurídico con una perspectiva constitucional.

Queremos agradecer a la directora de la colección de Derecho Constitucional Europeo, doña Yolanda Gómez Sánchez, así como a la Agencia Estatal del «Boletín Oficial del Estado», la excelente acogida a la propuesta de publicación de esta obra.

Los autores

NOTA BIBLIOGRÁFICA GENERAL

El presente volumen está concebido para que pueda ser seguido sin una avanzada formación jurídica previa y sin conocimiento preciso del Derecho de la Unión Europea. En su condición de texto de introducción a la Constitución económica de la Unión Europea no aborda, o solo tangencialmente, las cuestiones que se analizan de forma completa en los cursos generales sobre el Derecho de la Unión Europea (sistema institucional, fuentes del Derecho, principios de relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno, sistema jurisdiccional o los derechos fundamentales).

Quien desee acompañar el presente texto con una introducción al Derecho de la Unión Europea, ya sea como repaso de lo aprendido en su día en la facultad o como complemento de lo explicado en este volumen, tiene a su disposición numerosas manuales y cursos introductorios en el mercado español. A continuación se mencionan algunas obras.

Una introducción clara y concisa al Derecho de la Unión se encuentra en Susana Viñuales Ferreiro (coord.), *Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 279 pp. Este texto es especialmente adecuado para principiantes y alumnos sin formación jurídica previa. En el otro extremo de la oferta editorial en lengua castellana está, por su extensión, la obra dirigida por Antonio López Castillo, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, estructurada en tres volúmenes (*I. Instituciones de la Unión Europea*, 5.ª ed., 876 pp.; *II. Derecho de la Unión Europea*, 5.ª ed., 640 pp.; y *III. Casos prácticos*, 4.ª ed., 648 pp.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Entre ambos extremos, la oferta de manuales introductorios es amplia. Entre otros, se puede consultar con provecho: R. Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4.ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2014; A. Mangas

Martín y D. J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 11.ª ed., Tecnos, 2024, 704 pp.; D. Sarmiento, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, 2024, 396 pp.

Quienes deseen profundizar de manera específica en la aproximación *constitucional* al Derecho de la Unión pueden acudir a las siguientes obras:

– Armin von Bogdandy y Jürgen Bast (dirs.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2011, 858 pp.

– Koen Lenaerts y Piet van Nuffel, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, 1024 pp.

– Allan Rosas y Lorna Armati: *EU Constitutional Law. An Introduction*, 3.ª ed., Hart, Oxford, 2018, 368 pp.

– Robert Schütze: *European Constitutional Law*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 552 pp.

En perspectiva *jurídico-administrativa*, una obra de referencia y de acompañamiento sumamente útil es: Paul Craig: *EU Administrative Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, 836 pp.

Por último, quienes deseen completar el presente texto desde la perspectiva *jurídico-económica* pueden consultar en castellano los siguientes volúmenes:

– J. M. Beneyto Pérez (dir.): *Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria* (= *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 6), Aranzadi Thomson Reuters / Universidad San Pablo-CEU, 2013, 1048 pp.

– J. M. Beneyto Pérez (dir.): *Otras políticas horizontales y sectoriales* (= *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 7), Aranzadi Thomson Reuters / Universidad San Pablo-CEU, 2016, 1184 pp.

PARTE PRIMERA:

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN

Xabier Arzoz Santisteban

RESUMEN

La Unión Europea es una asociación de Estados, cuyo origen está en tres Comunidades Europeas creadas en los años cincuenta del siglo XX: la CECA, la CEE y la CEEA (o Euratom). La última revisión de su Derecho primario se contiene en el Tratado de Lisboa, en vigor desde finales de 2009 y que incluye dos textos separados: el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En sentido formal, la Constitución económica de la Unión se encuentra en su mayor parte en el TFUE (mercado único y libertades fundamentales, políticas de acompañamiento, unión económica y monetaria, etc.), pero también en el TUE (objetivos de la Unión), la Carta de Derechos Fundamentales (los derechos fundamentales de contenido económico) y en algunos Protocolos que acompañan al Tratado de Lisboa.

CONCEPTOS CLAVE

Comunidades antes de la Unión; Comunidades dentro de la Unión; Constitución económica, características; Constitución económica, concepto; Tratado Constitucional; Tratado de Lisboa; Unión sin Comunidades

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 2-3 TUE.

SUMARIO: I. El origen y la evolución de la Unión Europea. *1. Las comunidades antes de la Unión. 2. Las comunidades dentro de la Unión. 3. La Unión sin las*

Comunidades: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa. 4. La Unión sin el Reino Unido.–II. La naturaleza, los valores y los objetivos de la Unión.–III. La Constitución económica de la Unión. *1. El concepto de Constitución económica. 2. Los tratados como constitución. 3. Las características de la constitución económica de la Unión. 4. La naturaleza de la Constitución económica de la Unión.*–IV. Memento.–Bibliografía básica.

I. EL ORIGEN Y LA EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1. **Las comunidades antes de la Unión**

El antecedente directo de la Unión Europea son las tres comunidades europeas creadas después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial entre Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. Mediante el Tratado de París firmado en 1951, se estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); y mediante los Tratados de Roma firmados en 1957, se constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), también denominada Euratom.

Las tres comunidades originales tenían una vocación netamente económica; solo tres décadas después comenzaron a ampliarse a otras áreas, como el medio ambiente o la política social. La creación de la CECA estuvo marcada por el recuerdo de la guerra y la penuria de la inmediata posguerra. Su modelo económico se caracterizaba por el intervencionismo económico, no muy diferente del practicado en tiempo de guerra, pero con la novedad de su carácter supranacional: la producción del carbón y del acero, que habían sido productos estratégicos en la paz y en la guerra, fue sometida al control de una Alta Autoridad, que decidía sobre las cuotas de producción y los precios de venta. Así se trataba de neutralizar la competencia nacional por la producción y la acumulación de esas dos materias primas (e, indirectamente, la lucha por los territorios que poseyeran esa riqueza natural) como causa de enfrentamiento político y militar.

En cambio, pese a la escasa diferencia de años en su firma, la CEE fue creada con una inspiración neoliberal (este es, sin duda, un juicio retrospectivo: en la época los partidarios de la orientación la habrían calificado de ordoliberalismo o de liberalismo conservador). Por su parte, la Euratom se basaba en un planteamiento de partida en cierta forma próximo al de la CECA: sus presupuestos conceptuales eran la necesidad de un desarrollo rápido de la energía atómica y la dificultad que los Estados europeos encontrarían para aprovisionarse por sí mismos de los materiales necesarios para su producción. Ambas hipótesis de partida no se verificaron posteriormente, y ha sido una

comunidad menos relevante en la práctica. Por lo general, en el estudio académico se suelen comparar las diferencias jurídicas, políticas y económicas de los modelos que caracterizaban a la CECA y a la CEE.

En el plano jurídico y político, el Tratado CECA era exhaustivo pues incluía una regulación que, aunque sectorial, era precisa y detallada: por eso, fue considerado un «tratado-ley». Las técnicas de intervención administrativa estaban plenamente diseñadas en el tratado y no necesitaban ulterior desarrollo. Se caracterizaba por ser un modelo altamente supranacional, pues un órgano independiente de los Estados miembros y conformado por expertos designados por ellos, la Alta Autoridad (antecedente de la actual Comisión), se ocupaba de la aplicación del Tratado. El Consejo de Ministros existía, pero con un poder limitado.

En cambio, el Tratado CEE fijaba objetivos e instrumentos jurídicos para alcanzarlos: el Tratado debía ser desplegado en etapas y desarrollado mediante infinidad de actos normativos, previo acuerdo entre los Estados miembros. Por eso, fue considerado un «tratado marco»: estaba más cerca de una constitución que de una ley. Otro cambio fue que los poderes de las instituciones comunitarias se reequilibraron. El Consejo de Ministros pasó a ser el órgano central: inicialmente, era el único órgano con poderes normativos (un órgano protolegislativo) y el principal órgano de decisión. La Comisión (nueva denominación del órgano equivalente a la Alta Autoridad) se reorientó hacia un papel preparatorio y de control posterior: asumió el monopolio de las propuestas legislativas y la función de vigilancia del cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros. Aunque no perdía su carácter supranacional y, por tanto, se desmarcaba de las organizaciones internacionales clásicas, el nuevo modelo de la CEE perdía los rasgos supranacionales más intensos que caracterizaban a la CECA, en favor de un mayor intergubernamentalismo: el Consejo de Ministros se componía de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros y decidía inicialmente por unanimidad.

En el plano económico, los dos tratados constitutivos buscaban establecer una economía de mercado a través de tres mecanismos: un mercado único, una unión aduanera y una unión económica (mediante la elaboración de políticas comunes). Las diferencias estaban en el alcance y la intensidad de esos mecanismos. Los dos tratados contemplaban periodos transitorios: en la CECA se preveía un periodo único de cinco años y en la CEE se establecían distintos periodos que alcanzaban los quince años, estructurados en etapas, aunque luego se redujeron a diez años: es decir, posteriormente se adelantó en el tiempo la plena aplicabilidad de sus disposiciones. La CECA se concentraba en unos pocos sectores productivos, mientras que la CEE se extendía a todos los sectores produc-

tivos que no estuvieran contemplados en la CECA o en la CEEA. El mercado común de la CEE añadía también la libertad de establecimiento y circulación de trabajadores, servicios y capitales. La CECA incluía la supresión de barreras arancelarias internas, pero no, a diferencia de la CEE, un arancel exterior común: aquella era lo que se denomina una «unión aduanera imperfecta». En ambas comunidades había una política de la competencia, pero en la CECA era una competencia dirigida y en la CEE una competencia libre.

Cada una de las tres comunidades tenía personalidad jurídica diferenciada de Derecho internacional. Ahora bien, desde el principio existieron elementos unificadores, que reducían a la unidad la pluralidad de comunidades. En el momento de la creación de dos nuevas comunidades en 1957 se produjo la primera unificación institucional parcial: el Tribunal de Justicia y el Parlamento se convirtieron en órganos de control comunes a las tres comunidades. En 1965, mediante el llamado tratado de «fusión de los ejecutivos», se completó la unificación institucional: un Consejo y una Comisión únicos sustituyeron a los seis órganos de dirección anteriormente existentes (dos por cada comunidad europea). Al mismo tiempo, gracias también al tratado de fusión, las tres comunidades se dotaron de un estatuto y de un régimen único para los funcionarios de las Comunidades Europeas, así como de un presupuesto único. En virtud de estos elementos de unificación jurídica y de otros de carácter funcional (políticas y disposiciones transversales), se hizo habitual referirse a las tres comunidades en singular, como «la Comunidad Europea» o bien como «la Comunidad Económica Europea», por ser esta la de mayor alcance y desplegar una primacía de hecho.

Además de por las inevitables crisis políticas y económicas, la evolución de las Comunidades Europeas se vio sobre todo impulsada por dos procesos paralelos: la incorporación de nuevos Estados miembros y la profundización de la integración europea. Los dos procesos requieren una modificación de los tratados constitutivos mediante tratados internacionales: mediante un acta de adhesión celebrado con el nuevo Estado miembro y un tratado de modificación del tratado correspondiente.

La incorporación de nuevos Estados miembros no es selectiva o fragmentaria: se produce siempre respecto a las tres comunidades y al nivel de integración alcanzado, incluidas todas y cada una de las disposiciones de Derecho que estén vigentes en ese momento (el llamado «acervo»). Por sí misma, la ampliación refuerza el atractivo político y económico del nivel de integración alcanzado, pues el mercado único y la unión aduanera conformados en ese momento se hacen, automáticamente o tras un periodo transitorio, más grandes. Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca se incorporaron en 1973, Grecia en 1980 y España y Portugal en 1986.

La profundización supone la inclusión de nuevos objetivos, la mejora de los procedimientos de decisión o de las reglas para la adopción de acuerdos (unanimidad vs. mayoría cualificada), y, sobre todo, la atribución de nuevas competencias o políticas de acompañamiento (política social, ambiental, de investigación) o bien de nuevos ámbitos de actuación (cooperación política, cooperación monetaria, cooperación económica), codificando progresivamente actuaciones iniciadas fuera de los Tratados. La tensión entre ampliación y profundización reside en el hecho de que, en la medida en que crece el número de Estados miembros y mayores son las diferencias existentes entre ellos, más difíciles resultan también los acuerdos en el seno de las instituciones, más compleja la articulación de intereses y más complicada la futura reforma de los tratados. No solo divergen las preferencias de los Estados miembros ante la ampliación y la profundización: también varían sus preferencias políticas y económicas respecto a las diversas políticas de la Unión (p. ej., en política agrícola, regional, exterior, económica, monetaria, etc.). En ocasiones, la expectativa de una próxima ampliación ha estimulado indirectamente reformas en el funcionamiento de las instituciones, sobre todo con anterioridad a una ampliación considerada problemática.

Dejando de lado algunas revisiones institucionales y presupuestarias, la primera modificación importante de los tratados constitutivos, y consiguiente profundización de la integración europea, se produjo con el Acta Única Europea, adoptada en 1986, cuyo objetivo central fue completar el mercado único a más tardar a finales de 1992: tanto mediante nuevos títulos competenciales como mediante la mejora de los procedimientos de decisión (ampliación de la aplicación de la regla de la mayoría cualificada en el Consejo y atribución de las competencias de ejecución a la Comisión). El Acta fue denominada «Única» porque sus disposiciones modificaban al mismo tiempo los tres tratados constitutivos. El Acta institucionalizó la cooperación política que, hasta entonces, se desarrollaba fuera de los tratados, y cuyo protagonista era y es el Consejo Europeo. Con arreglo a una de las previsiones incluidas en el Acta Única Europea se creó en 1989 el Tribunal de Primera Instancia, con el fin de descargar de trabajo al Tribunal de Justicia: dos décadas más tarde aquel sería rebautizado como Tribunal General. Las siguientes profundizaciones y ampliaciones tendrán lugar a partir de la creación de la Unión Europea.

2. **Las comunidades dentro de la Unión**

Antes de que finalizara el periodo transitorio del Acta Única Europea, con el propósito de avanzar en la integración ante la inminente unificación

alemana y la previsible solicitud de incorporación de nuevos Estados antes integrados en el bloque comunista o neutrales frente a este, se celebraron dos conferencias intergubernamentales en 1990 sobre la Unión Económica y Monetaria y la Unión Política que finalmente condujeron a un documento único, el Tratado de la Unión Europea. Este Tratado se firmó en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y no entró en vigor como estaba previsto el 1 de enero de 1993, sino el 1 de noviembre de 1994, por diversas vicisitudes en el proceso de ratificación: este proceso concluyó cuando, finalmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró su compatibilidad con la Constitución alemana y el presidente federal alemán procedió a ratificarlo.

El Tratado de Maastricht supuso un nuevo hito en la integración europea y, a la vez, testimonia la gran complejidad que había alcanzado la integración europea. La complejidad de la estructura del Tratado y de la Unión que este fundó se incrementó exponencialmente, y también comenzó a agudizarse la tensión con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

Por un lado, la complejidad se proyecta hacia dentro: en los planos normativo, institucional y material. El Tratado de Maastricht tiene 17 protocolos y 33 declaraciones. Como tal, la Unión Europea no tiene personalidad jurídica propia: es una estructura que, a modo de «paraguas», ofrece una cobertura jurídica y un marco institucional común a las tres comunidades europeas preexistentes (que preservan su personalidad jurídica diferenciada), así como a dos nuevos ámbitos de actuación, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Cooperación en materia de Justicia e Interior (CJI). Como indicaba el antiguo artículo 1 TUE, la Unión estaba fundada en las tres Comunidades Europeas completadas por las políticas y formas de cooperación previstas por dicho Tratado. El Tratado de Maastricht contenía, por un lado, disposiciones transversales para el conjunto de la Unión y, por otro, disposiciones específicas para cada uno de los tres «pilares» que, en el argot comunitario, se podían diferenciar en el «edificio» de la Unión: el primer pilar era el comunitario, conformado por las tres comunidades originales y las políticas tradicionales, y los otros se orientaban por métodos abiertamente intergubernamentales, aunque con la posibilidad de trasladar la decisión sobre algunas cuestiones al método propio del pilar comunitario. La competencia del Tribunal de Justicia estaba excluida o era muy limitada en el ámbito de los pilares no comunitarios. La complejidad creciente se manifestaba también en la introducción de cláusulas de *opting out*, que permiten a algunos Estados miembros no participar en áreas como la política social o la unión monetaria, introduciendo el paradigma de la integración variable, «a la carta» o a varias velocidades.

Por otro lado, a diferencia de los tratados constitutivos o los de reforma anteriormente celebrados, a partir del Tratado de Maastricht toda profundización relevante de la integración europea será escrupulosamente examinada en cuanto a su compatibilidad con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros o bien sometida a un procedimiento de referéndum en algún Estado miembro. El Tratado de Maastricht fue sometido a referéndum en Irlanda, Dinamarca y Francia, y fue objeto de un control de constitucionalidad en España, Francia y Alemania. En 1992 se modificaron las Constituciones francesa y española para ajustar su texto al contenido del Tratado de Maastricht, tal como habían exigido el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional español, respectivamente. En cambio, el resultado negativo del referéndum danés (50,7 % de voto contrario) condujo a diversas adaptaciones y cláusulas de *opting out* para Dinamarca y, de rebote, para Reino Unido, a la vez que a la celebración de un segundo referéndum en Dinamarca.

En una Unión Europea considerablemente ampliada, la creciente utilización de ambas posibilidades –el control previo de constitucionalidad y el sometimiento a un referéndum previo a la ratificación– operará de forma creciente como una espada de Damocles sobre la integración europea según los europeístas, como instrumentos de acomodación democrática y constitucional de la integración según el pluralismo constitucional o como bienvenidos derechos de veto a la integración según el euroescepticismo rampante.

Por lo demás, se continúa el proceso de ampliación de las competencias existentes y de atribución de nuevas competencias, generalmente de complemento de las estatales (educación, formación profesional, cultura, sanidad, protección de los consumidores, redes transeuropeas, industria) y de las importantes modificaciones institucionales, gracias a las cuales se mejora la posición del Parlamento Europeo. En el plano sustantivo destacan la proclamación como principios comunes a los Estados miembros de la democracia, el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho, la codificación de las fórmulas de vigencia de los derechos fundamentales en la Unión elaboradas por el Tribunal de Justicia, la creación de la ciudadanía europea y la consagración del principio de subsidiariedad. Por todo ello, la Comunidad Económica Europea, ubicada dentro del «pilar comunitario», pierde el adjetivo intermedio: dadas la extensión de sus competencias no tiene sentido seguir calificándola de «Económica».

Una vez que entró en vigor el Tratado de Maastricht, se continuó con el proceso de ampliación y profundización. En 1994 se incorporaron Suecia, Finlandia y Austria a la Unión, mientras que la gran ampliación a los países de Europa central y oriental se preparó durante otros diez años, un

periodo de tiempo requerido para verificar de manera sistemática la incorporación del «acervo» de la Unión (el conjunto de disposiciones que regulan las políticas de la Unión) y la capacidad estructural de cumplirlo y hacerlo cumplir en esos países. En 2004 se incorporaron diez nuevos Estados: Chipre, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa. Más tarde se incorporarían Bulgaria y Rumania (2007) y Croacia (2013).

En cuanto a la profundización, el Tratado de la Unión fue modificado mediante los Tratados de Ámsterdam (1997) y Niza (2001): el primero, para comunitarizar algunos aspectos de la cooperación en materia de justicia e interior (visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas), lo que a su vez dio lugar a nuevas disposiciones derogatorias para quienes, como Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, no querían participar en todo o en parte en aquellos ámbitos; el segundo, con el fin de adaptar la Unión a la ampliación a los países de Europa central y oriental. Ambos Tratados de revisión incluirán cláusulas de cooperación reforzada que no requieren la participación de todos los Estados miembros.

3. La Unión sin las comunidades: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa

Algunos Estados miembros consideraron que el Tratado de Niza era una revisión insuficiente para acometer los cambios institucionales exigidos por la inminente ampliación a los países de Europa central y oriental. En el Consejo Europeo de Laeken, en diciembre de 2001, se decidió convocar una «convención» formada por representantes de los parlamentos nacionales (estos constituían la mayoría), los gobiernos, el Parlamento Europeo y la Comisión. Este modelo, inspirado en la convención de Filadelfia (que dio lugar a la Constitución norteamericana), pretendía evitar el procedimiento más diplomático que político de una conferencia intergubernamental, en el que solo participan representantes de los gobiernos y que había sido el utilizado hasta entonces. El mandato de la Convención incluía la discusión de las cuestiones relativas al valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales, la delimitación de competencias, la simplificación de los tratados y el papel de los parlamentos nacionales. No obstante, en lugar de limitarse a proponer recomendaciones en esas y otras cuestiones, la llamada «Convención sobre el futuro de Europa» aprobó por consenso en julio de 2003 un «proyecto de Tratado que establece una Constitución para Europa».

Formalmente se trataba de un nuevo tratado internacional, que debía ratificarse según las disposiciones constitucionales aplicables en cada Estado miembro, al igual que lo serían sus futuras revisiones. Materialmente, no obstante, incorporaba aspectos que se asocian a una lógica constitucional, sin dominar por completo sobre la lógica de los tratados internacionales. El texto estaba estructurado en cuatro partes: la parte I contenía la «arquitectura constitucional» de la Unión y fue elaborada por la Convención; la parte II incorporaba, dándole pleno valor jurídico, el texto de la Carta de Derechos Fundamentales, que había sido proclamado solemnemente en 2000 pero sin valor vinculante, y que se retomaba con unas pequeñas modificaciones; la parte III codificaba las disposiciones que regulaban las políticas y el funcionamiento de la Unión y que se tomaban de los tratados precedentes; y la parte IV recogía las disposiciones generales y finales. La aspiración era que las partes I y II pudieran considerarse y leerse por los ciudadanos como el núcleo del texto constitucional de la Unión, por su centralidad y relativa brevedad, con sesenta y cincuenta y cuatro artículos respectivamente: los objetivos de la Unión, los derechos fundamentales, la ciudadanía de la Unión, la distribución de competencias y la forma de ejercicio, la presentación de las principales instituciones y órganos. En suma, una especie de parte orgánica y dogmática. El texto del proyecto incluía muchas novedades: desde una sistematización de la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros al reconocimiento explícito, por un lado, de la primacía del Derecho de la Unión, hasta entonces un principio de creación jurisprudencial, y, por otro, del derecho de los Estados miembros a retirarse de la Unión. Solo el Tratado de la Euratom quedaba fuera del ejercicio de codificación y simplificación acometido en la parte III; el Tratado CECA se extinguió en 2002 por el cumplimiento de su periodo de vigencia, y se decidió no renovarlo e incorporar sus políticas al nuevo Tratado.

El proyecto de «tratado constitucional» (como habitualmente era denominado, pese a ser un tratado internacional más) fue rechazado en los referéndums celebrados en Francia y los Países Bajos. Tras un periodo de reflexión se decidió preservar del proyecto todo lo que fuera aprovechable, evitando los aspectos más controvertidos, incluso en el plano semántico, como la denominación (indirecta) de Constitución, la proclamación de la primacía o las disposiciones con una orientación más constitucional. Se mantuvo la supresión de la compleja estructura de los pilares, si bien persistió la diferenciación jurídica entre las cuestiones incluidas en el antiguo pilar primero («pilar comunitario) y las cuestiones antes incluidas en los otros dos pilares. Esta vez la Carta no fue incorporada directamente al texto de un tra-

tado, sino que permaneció fuera, si bien atribuyéndole un valor jurídico idéntico al del Derecho originario.

El resultado fue el Tratado de Lisboa (2007), que todavía sufrió diversas vicisitudes en el procedimiento de ratificación, incluido un resultado negativo en el referéndum celebrado en Irlanda, que obligó a introducir algunos retoques. Finalmente, el Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y constituye por el momento el último tratado de revisión, si no se tienen en cuenta las revisiones en el plano institucional introducidas para afrontar la salida del Reino Unido de la Unión Europea. En lugar del tratado único que suponía el proyecto de tratado constitucional, el Tratado de Lisboa aglutina sus modificaciones respecto al derecho anterior en dos instrumentos jurídicos: el Tratado de la Unión Europa (TUE), más breve, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que viene a ser la culminación de la evolución del antiguo TCE completado con las políticas y formas de cooperación añadidas posteriormente.

4. **La Unión sin el Reino Unido**

En un referéndum convocado con la pretensión de respaldar la pertenencia a la Unión Europea, celebrado el 23 de junio de 2016, los ciudadanos británicos votaron por una mayoría del 51,9 % a favor de la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Nueve meses después, el Reino Unido invocó formalmente el artículo 50 TUE, precepto que se había incorporado pocos años antes al Derecho primario con el fin de regular la «retirada» de un Estado miembro. A partir de ese momento se inició el periodo de dos años en el que debía negociarse un acuerdo sobre los términos de la retirada. Finalmente, el 1 de febrero de 2020 entró en vigor el acuerdo de retirada. Además de dicho acuerdo, la UE y el Reino Unido celebraron varios acuerdos adicionales: sobre comercio y cooperación, sobre seguridad de la información y sobre cooperación sobre usos pacíficos de la energía nuclear, que entraron en vigor el 1 de enero de 2021.

Era la primera y única vez que un Estado miembro se ha retirado de la Unión, aunque no era la primera vez que la Unión perdía territorio. En 1985, Groenlandia, parte del Reino de Dinamarca, decidió abandonar las Comunidades Europeas, en ejercicio de la autonomía ampliada que había obtenido poco antes y por discrepancias sobre la política pesquera comunitaria.

II. LA NATURALEZA, LOS VALORES Y LOS OBJETIVOS DE LA UNIÓN

En este periplo de siete décadas, la Unión Europea no ha abandonado su origen jurídico-internacional: sigue siendo una asociación de Estados. Ciertamente, sus Estados miembros están más integrados entre sí, desde la doble perspectiva de la intensidad y la extensión de los ámbitos concernidos, que en una organización internacional de tipo clásico, e incluso han dotado a la Unión de varios elementos de constitucionalización y han aceptado los que el Tribunal de Justicia ha ido elaborando. Pero todo ello no supone en conjunto el salto cualitativo a un Estado federal. La legitimidad sigue residiendo de forma esencial en los Estados actuando colectivamente por medio de sus representantes en las conferencias intergubernamentales o bien en el Consejo Europeo y el Consejo e, indirectamente, en los sistemas democráticos y constitucionales (estatales) que les respaldan democráticamente. La legitimidad que proporcionan los Estados miembros se encauza, además de mediante los procedimientos de ratificación de los tratados, también en el proceso continuo de toma de decisiones de las instituciones de la Unión, a través de la presencia de representantes de los gobiernos nacionales (y, en ocasiones, subestatales) en el Consejo Europeo y el Consejo.

Los tratados por medio de los cuales se crearon las Comunidades originales fueron concluidos por representantes de los Estados miembros (de sus gobiernos nacionales), un ejercicio –podría decirse– de *pouvoir constituant sans peuple*. Y toda reforma de esos tratados requirió y, a su vez, requerirá por mucho tiempo un nuevo acuerdo de todos los Estados miembros y no entrará en vigor hasta que sea ratificada por todos ellos, según sus procedimientos constitucionales. Cualquier Estado miembro puede, por tanto, impedir una reforma de los Tratados. Pese al derecho de consulta que ha obtenido el Parlamento Europeo, tampoco el procedimiento de reforma de los Tratados se ha independizado de su origen internacional.

La legitimidad democrática que deriva del Parlamento Europeo es complementaria, no rival de la indicada legitimidad estatal. El Parlamento Europeo representa teóricamente a los pueblos de Europa y los ciudadanos de la Unión, pero su legitimidad democrática no es jurídicamente perfecta, al menos si la comparamos con un sistema parlamentario al uso. No obstante, si no elevamos consciente o inconscientemente pretensión alguna de homogeneidad con el modelo parlamentario ideal, un modelo al que no se adhiere formalmente la Unión, el juicio puede ser más benévolo y concluirse que su legitimidad democrática es simplemente distinta.

En el punto de entrada del mecanismo de legitimación (*input*) de la Unión, no hay una representación proporcionada de los ciudadanos europeos, ni una elección por procedimientos electorales uniformes, ni partidos de ámbito europeo que soliciten el voto de los ciudadanos por encima de las fronteras estatales; y en el punto de salida (*output*), el Parlamento Europeo no ejerce la función legislativa y la función presupuestaria de forma autónoma, sino conjuntamente con el Consejo (ambos son «colegisladores») y siempre a propuesta de un tercer órgano, la Comisión. La legitimidad democrática en la Unión Europea sigue todavía fluyendo en gran parte a través de los sistemas constitucionales de los Estados miembros: por un lado, de sus gobiernos representados en el Consejo Europeo y el Consejo; y, por otro, de los parlamentos nacionales, que deben controlar la política europea de sus gobiernos y deben autorizar cada una de las revisiones y ampliaciones de la Unión. El artículo 12 TUE, dentro de las «disposiciones sobre los principios democráticos», reconoce la contribución activa de los parlamentos nacionales «al buen funcionamiento de la Unión», y un protocolo fija el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. La de los parlamentos nacionales debe entenderse primordialmente como una contribución de legitimidad democrática, aunque también se extiende a aspectos funcionales, como por ejemplo el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad.

En suma, la Unión Europea no es un Estado federal, sino una asociación de Estados. En su sentencia sobre el Tratado de Lisboa el Tribunal Constitucional Federal alemán insistió en la necesidad de garantizar la preservación de la soberanía estatal y advirtió de la inconstitucionalidad de la incorporación de Alemania a un eventual Estado federal europeo [1]. Ello no impide que se comporte en ocasiones y en ciertos ámbitos como si fuera un Estado federal, ni que aproveche el amplio bagaje jurídico-constitucional del Estado moderno. Por una parte, los Tratados han acudido a instituciones y categorías típicas del federalismo, como los principios de atribución, subsidiariedad y lealtad federal, las cláusulas de homogeneidad estructural y los mecanismos de coacción federal. Por otra parte, los Tratados proclaman y proyectan sobre la Unión los principios sustantivos que caracterizan al moderno Estado constitucional y, por ende, son comunes a sus Estados miembros.

En efecto, en el artículo 2 TUE se proclaman los valores de la Unión Europea, en perfecta sintonía con los de sus Estados miembros. Esos valores estaban ya reconocidos como principios en los tratados anteriores o bien en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La jurisprudencia reitera que la Unión es una Unión de

[1] TCF, Sala Segunda, sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08 y otros (*Tratado de Lisboa*), apartados 226 y 228.

Derecho[2]. La disposición antes mencionada señala lo siguiente: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». El artículo 6 TUE concreta la vinculación de la Unión a los derechos fundamentales. Proclama que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados, y que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que son fruto de las tradicionales constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

El artículo 3 TUE especifica los objetivos de la Unión. La finalidad última es «promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos». Para ello define tres amplios objetivos. El primero es ofrecer un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas. El segundo es establecer un mercado interior, pero no uno cualquiera, sino uno dirigido al desarrollo sostenible de Europa y basado en el crecimiento económico equilibrado, la estabilidad de precios, una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, el progreso científico y técnico, y un nivel elevado de protección y mejora del medio ambiente, la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre generaciones y entre los Estados miembros, la diversidad cultural y lingüística, y la cohesión económica, social y territorial. El tercer objetivo es el de establecer una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro. De los tres objetivos mencionados, el segundo y el tercero interesan especialmente en esta obra.

III. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN

1. **El concepto de Constitución económica**

El concepto de Constitución económica se puede utilizar en un sentido formal o material. En un sentido formal se identifica con el conjunto de disposi-

[2] Entre muchas, STJ (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, as. C-64/16, *Associação Sindical de Juízes Portugueses*, apdo. 31.

ciones constitucionales «destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, palabras que a su vez proceden de un trabajo del primer presidente del Tribunal Constitucional español: García Pelayo 1992: 2857). En un sentido material, se corresponde con un conjunto mayor de disposiciones: la suma de los elementos estructurales que conforman el orden de la economía, que pueden encontrarse en disposiciones tanto constitucionales como legales, como, p. ej., en la regulación de la propiedad privada, la expropiación forzosa, los contratos mercantiles y administrativos, la defensa de la competencia, la nacionalización de recursos o servicios esenciales, la intervención de empresas y, en su caso, la planificación económica.

Los problemas de la noción material son dos. El primero consiste en la delimitación de la noción material y su posible desbordamiento: ¿qué cuestiones configuran el orden de la economía? En sentido lato, cuestiones como las infraestructuras ferroviarias y las redes de transporte, la protección del consumidor o las normas de ejecución de los contratos mercantiles son también economía. La noción material de Constitución económica se confunde en la práctica con el concepto de Derecho económico (administrativo y privado). El segundo estriba en la dificultad de que, cualquiera que sea la respuesta a la pregunta anterior, la suma de tales disposiciones no constituye un ordenamiento jurídico (aunque parcial), en el sentido de un sistema transparente y coherente de normas jurídicas.

La noción material de Constitución económica tiene una utilidad descriptiva: aglutina el conjunto de reglas que definen las posibilidades reales de actuación de cada uno de los operadores económicos. En cambio, la finalidad de la noción formal es normativa: sienta las bases del sistema entero y proporciona el parámetro de control con el que debe enjuiciarse la compatibilidad de las medidas adoptadas generalmente por los poderes públicos, especialmente la acción legislativa. Este es el principal efecto de la constitucionalización de unas reglas básicas: marcar unas líneas rojas que los poderes constituidos no deben traspasar en su actividad legislativa y administrativa.

Desde el punto de vista de los enunciados normativos que incluye cada una, la noción formal de Constitución económica es más restrictiva que la noción material; o bien, si se la contempla desde otra perspectiva, tiene una estructura más abierta, en cuanto las Constituciones suelen admitir varias combinaciones entre libertad e intervencionismo público en la economía e incluso más de un único sistema económico. Apertura no significa vaciedad o irrelevancia: no implica que cualquier sistema imaginable o cualquier regulación económica será compatible con la Constitución económica formal. Significa la existencia de

unos principios básicos de orden económico dirigidos a disciplinar la actuación y las relaciones entre los operadores económicos.

La utilización de la noción de Constitución económica no debe conducir a la fragmentación de la Constitución en diversos conjuntos autónomos de disposiciones constitucionales: la Constitución económica, la Constitución social, la Constitución política, la Constitución fiscal, la Constitución territorial, la Constitución cultural, etc. Después de la Segunda Guerra Mundial, un criterio básico e internacionalmente aceptado de la interpretación constitucional es el de la unidad de la Constitución. La totalidad de las disposiciones constitucionales debe ser tenida en cuenta a la hora de abordar un problema constitucional o interpretar el sentido de una disposición constitucional. Dicho de otra forma, el conjunto de valores y principios constitucionales no se desvanece por focalizar el estudio en la Constitución económica. La indagación en la Constitución económica no persigue fragmentar o degradar la normatividad de la Constitución, sino únicamente una reducción del objeto de estudio más amplio que es la Constitución, para mejor identificar y analizar los principios configuradores de la ordenación económica constitucional: en definitiva, simplificar el análisis y dotarle de mayor coherencia.

2. **Los tratados como constitución**

La aproximación constitucional a los Tratados se puede justificar desde una doble perspectiva: desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de la Unión y desde la perspectiva de su impacto en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

Los Tratados (actualmente, el TUE y el TFUE) no son una constitución en sentido formal, como tampoco lo era, pese al nominalismo, el fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Las razones ya han sido indicadas. Lo que ahora nos preguntamos es si se pueden considerar como una constitución en sentido material.

En el vigente TUE se incluyen disposiciones sobre cuestiones que típicamente se regulan en los textos constitucionales: los valores y los objetivos de la Unión (arts. 2-3), los principios que rigen la delimitación y el ejercicio de las competencias (arts. 4-5), el compromiso con los derechos fundamentales (art. 6) y los principios democráticos (arts. 9-12), los mecanismos de garantía de los valores de la Unión (art. 7), la definición de las instituciones (arts. 13-19), la acción exterior incluidas la política exterior y de seguridad común y la política común de seguridad y defensa (arts. 21-46), los procedimientos de

revisión de los Tratados (art. 48) y los requisitos para la adhesión y la retirada de la Unión (arts. 49-50). Por todo ello, el Tratado de la Unión Europea se puede caracterizar como parte central de la Constitución de la Unión. Ello no impide identificar otros contenidos constitucionales fuera de dicho Tratado, pero a su mismo nivel: en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en diversos Protocolos anexos a los tratados.

Es cierto que la pluralidad, la extensión y la complejidad bizantina de los mencionados documentos atenúan la función político-simbólica propia de una constitución. Algunas partes de la Constitución de la Unión Europea adolecen de gigantismo y contrastan con la austeridad y sencillez de las disposiciones que sobre las mismas cuestiones se encuentran en una constitución estatal: es el caso, por ejemplo, de las relaciones exteriores. Asimismo, una gran parte de las disposiciones de los Tratados se ocupan de la delimitación vertical y horizontal de competencias en cada una de las materias: los Estados miembros quieren precisar los objetivos de la integración y el contenido de las competencias que transfieren a la Unión, así como los poderes y los instrumentos con que cuenta cada institución para alcanzarlos. Las reglas tienden a ser puntillosas e incluyen muchas excepciones. Además, la Constitución de la Unión no se agota en el copioso Derecho escrito contenido en los Tratados. El Tribunal de Justicia la complementa con su interpretación dinámica del Derecho primario y su formulación de nuevas reglas de Derecho, en forma de principios generales de Derecho de la Unión, que tienen el mismo valor que el Derecho primario. La racionalidad que proporciona el Derecho de la Unión tampoco es plena: queda debilitada por el importante grado de intergubernamentalismo que consagran los Tratados o bien consienten los Estados (p. ej., respecto a la vigencia de la Carta en Polonia o, en otro orden de cosas, al cumplimiento de los valores de la Unión), o que, en cualquier caso, libremente practican los Estados miembros fuera de ellos (van Middelaar, 2013).

Pese a todo, para algunos autores, la consideración constitucional de los Tratados se justifica por los elementos sustantivos que contienen: entre otros, la Carta de los Derechos Fundamentales, el sistema de pesos y contrapesos institucionales o las normas para la producción de normas. Los elementos federales o parafederales que asoman en los Tratados apuntan en la misma línea: los requisitos de homogeneidad de los artículos 2 y 6 TUE, el mecanismo de supervisión federal del cumplimiento de esos requisitos del artículo 7 TUE, y los principios «constitucionales» de cooperación leal (trasunto del de lealtad federal) y de subsidiariedad. Para otros autores, la consideración constitucional de los Tratados se justifica en que cumplen las funciones propias de

una constitución: legitimación, limitación y organización del poder. En el otro extremo se encuentran quienes consideran que el fundamento democrático es imprescindible: para ellos, una constitución no es simplemente una suma de elementos o de funciones («no hay constitución sin un pueblo»). Estas posiciones, sintéticamente presentadas, nutren los debates que se desarrollan en la doctrina y la opinión pública.

La caracterización de los Tratados como constitución se encuentra también de manera ocasional en la jurisprudencia de los altos tribunales. El Tribunal Constitucional Federal alemán se refirió en 1967 al entonces vigente Tratado CEE como «en cierta forma la Constitución de esta Comunidad» [3]. En la sentencia «Los Verdes» de 1986 el Tribunal de Justicia señaló que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado» [4]. La expresión francesa original («*charte constitutionnelle de base*») es con todo ambigua: la única *charte constitutionnelle* que se conoce en francés, la de 1814, es una carta otorgada por el rey. En cualquier caso, las mencionadas referencias y otras que se podrían añadir, realizadas como *obiter dicta*, no implican una caracterización «estatal», actual o incipiente, de las Comunidades o la Unión: el concepto de «constitución» se usa, principalmente, de forma analógica.

Desde una segunda perspectiva se puede fundamentar también la consideración constitucional de los Tratados. Los Tratados no son una constitución en sentido formal, pero a su amparo se pueden desarrollar procesos de constitucionalización. Uno de los resultados de esos procesos es el de la plenitud de jurisdicción que el Tribunal de Justicia siempre ha garantizado, con su jurisprudencia, por encima de la letra de los Tratados. Otros procesos se relacionan con la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales, su proclamación y su posterior entrada en vigor y, finalmente, la aplicación federalizante llevada a cabo por el Tribunal de Justicia. A continuación se aludirá a un proceso adicional de constitucionalización que afianzó la integración europea y tuvo un impacto constitucional enorme sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

Como se ha indicado, el modelo jurídico de las primeras Comunidades Europeas, pese a las diferencias existentes entre el Tratado de París (CECA)

---

[3] BVerfGE 22, 296.

[4] Sentencia de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Los Verdes/Parlamento Europeo*, apdo. 23, énfasis añadido.

y los Tratados de Roma (CEE, CEEA), era el de una organización internacional. El Derecho creado por las instituciones de esas organizaciones internacionales tendría en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros el efecto propio del Derecho internacional tradicional: su incorporación al Derecho interno podía variar de Estado a Estado. Sin embargo, en dos sentencias revolucionarias el Tribunal de Justicia impulsó la constitucionalización de los Tratados. En las sentencias *Van Gend en Loos* (1963) y *Costa/ENEL* (1964), el Tribunal de Justicia atribuyó efecto directo y primacía al Derecho comunitario: efecto directo en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y primacía sobre cualquier norma interna incompatible, incluidas las de rango constitucional.

La primacía no estaba contemplada en el texto de los Tratados: básicamente fue deducida del espíritu del Tratado, contra la opinión de sus fundadores, los Estados miembros. Fundamentada en la autonomía del Derecho comunitario, fue construida de forma audaz por el Tribunal de Justicia, primero con carácter general frente al Derecho interno [5] y luego específicamente frente al Derecho constitucional de los Estados miembros [6]. La creación jurisprudencial del efecto directo y la primacía del Derecho comunitario promovió la constitucionalización de ese ordenamiento y trajo consigo imprevistas e importantes implicaciones para los ordenamientos internos de los Estados miembros: sobre todo, la necesidad de completar el Derecho primario escrito con unos derechos fundamentales de creación jurisprudencial, con el objetivo estratégico de preservar la primacía del Derecho comunitario frente a la invocación de disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales.

El impacto constitucional(izador) de ambas sentencias marcaría definitivamente el rumbo de la integración europea. Como afirma Baquero Cruz (2002: 81-82), «las teorías constitucionales sobre la Comunidad empezaron únicamente cuando la propia Comunidad adquirió sustancia constitucional (*Van Gend en Loos* es de 1963; *Costa/ENEL* de 1964)». Por su parte, van Middelaar (2013: 105) señala lo siguiente: «en *Van Gend & Loos* el Tribunal lanzó un órdago. Todos los Estados se conformaron con la sentencia. Sólo con esa aceptación por parte de los Estados, y no antes, la Comunidad se convirtió en "un nuevo ordenamiento jurídico". De paso, el Tribunal se proclamó a sí mismo portavoz del espíritu fundacional». Las consecuencias fueron enormes: «De un golpe, cientos de tribunales y millones de posibles demandantes esta-

[5] STJ de 15 de julio de 1964, as. 6/64, *Costa/ENEL*, p. 105 de la edición castellana, accesible en curia.europa.eu

[6] STJ de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, apdo. 3.

ban al servicio de Europa: en el mero sentido sociológico y jurídico *Van Gend & Loos* supuso una jugada magistral».

A partir de entonces la relación entre las disposiciones comunitarias y las internas no fue la tradicional entre normas internacionales y normas estatales que cada ordenamiento jurídico estatal organiza a su manera, sino una relación ordenada mediante un criterio único, el principio de primacía, y garantizada por una instancia jurisdiccional común y única, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, de la Unión Europea).

3. **Las características de la constitución económica de la Unión**

A. La constitución económica en sentido formal

A la vista de los objetivos de la Unión incluidos en el artículo 3 TUE, arriba mencionados, sería osado afirmar que la Unión carece de una Constitución económica. Ello no convierte al entero TUE en Constitución económica: el TUE alberga más bien el corazón de la Constitución de la UE. En sentido formal, la Constitución económica de la Unión se encuentra en su mayor parte en el TFUE (mercado único y libertades fundamentales, políticas de acompañamiento, unión económica y monetaria, etc.), pero también en la Carta de Derechos Fundamentales (por ejemplo, arts. 16, 17, 27, 28, 31 y 38) y en algunos de los Protocolos que acompañan al Tratado de Lisboa (por ejemplo, Protocolos núm. 2, 4, 5, 9-14, 25-27 y 37).

La primera diferencia con respecto a las Constituciones económicas nacionales es el mayor grado de constitucionalización de las normas económicas. Muchas de las regulaciones económicas que en los Estados miembros se contienen en disposiciones de rango legal se encuentran en la Unión Europea en su Derecho primario, esto es, en los propios Tratados. Y no por estar en los Tratados han quedado reducidas a normas programáticas. Algunas de esas normas se han aplicado directamente, sin un desarrollo normativo secundario, durante décadas: es el caso de las normas aplicables a las ayudas de Estado.

Para algunos autores, la Unión Europea posee una modalidad de constitución con un contenido económico fuerte, puesto que la integración económica que auspicia y las disposiciones sobre la competencia y la libre circulación de los factores de producción que contiene establecen límites efectivos a los comportamientos públicos y privados (Baquero Cruz 2002: 69). Esta sería la diferencia principal con respecto a las Constituciones liberales, que bajo la apariencia de neutralidad apenas ocultaban su opción por el mantenimiento de la distribución

de la riqueza y los derechos existente; pero también con respecto a las Constituciones de mediados del siglo XX que han mantenido cierta equidistancia o equilibrio entre la iniciativa pública y la iniciativa privada, entre la economía de mercado y la intervención pública en la economía.

La tercera característica de la Constitución económica de la Unión Europea es su estructura multinivel. Se proyecta sobre tres planos diferenciados. Una parte de la Constitución económica consiste en las disposiciones que enuncian los objetivos de «la Unión» y las competencias y los instrumentos que sus instituciones pueden utilizar para alcanzarlos. Otra parte contiene normas aplicables exclusivamente a «los Estados miembros». Esas normas les limitan las posibilidades de intervención en la economía y en el mercado: posibilidades que, por lo general, todas las Constituciones nacionales les reconocen de forma expresa o implícita. Así, por ejemplo, los Estados miembros no pueden decidir nacionalizar cualquier recurso o actividad esencial, intervenir en las empresas de forma general, ni tampoco otorgar libremente ayudas económicas a los sectores productivos que quieran fomentar o preservar. Finalmente, una última parte de la Constitución económica de la Unión contiene las normas que se aplican a «los particulares y los operadores privados», y que tanto les reconocen derechos de libertad económica (circulación, establecimiento, prestación de servicios, etc.) como les imponen normas de conducta estrictas en aras a garantizar la libre competencia. Una fracción de esas normas pueden coincidir con normas equivalentes existentes en el ámbito interno: por lo general, las de la Unión tienden a ser más rigurosas y, en todo caso, proyectan su ámbito de aplicación a un espacio económico mucho mayor, el definido por el mercado interior.

La segunda y la tercera parte de la Constitución económica de la Unión a las que se ha hecho referencia no solo tienen gran importancia para la Unión: también la tienen para el Derecho constitucional de los Estados miembros. Explican la pérdida de protagonismo normativo, incluso el desplazamiento tácito, de parte sustancial de las Constituciones económicas nacionales. Es una de las transformaciones constitucionales operadas por la integración europea. No obstante, la crisis financiera de 2008 y la pandemia de 2020/21 han proporcionado una nueva imagen de la Constitución económica de la Unión: la imagen de una Unión que no solo restringe, sino que, llegado el caso, también puede fortalecer las posibilidades de intervención económica y social de los Estados miembros.

B. La constitución económica en sentido material

En sentido material, la Constitución económica incluye también el Derecho derivado de la Unión con contenido económico. Como se indicó más arri-

ba en términos generales, la dificultad estriba en acotar los confines de la noción material de Constitución y la falta de coherencia y sistematicidad del conjunto de disposiciones que se incluyen en esa noción.

La cuestión de los límites de la Constitución económica material es algo más compleja en el caso europeo que en el concepto estatal equivalente. En principio, de manera similar al Derecho estatal, cabe preguntarse si las normas de bienestar animal que deben respetarse en la producción ganadera o los valores límites de emisión que deben cumplir las actividades industriales contaminantes constituyen Derecho económico. En el Derecho de la Unión el problema se agudiza porque numerosas regulaciones aparentemente extraeconómicas tienen en origen una motivación económica que a menudo pasa inadvertida o se difumina con el tiempo. Así, es probable que no se considere como Derecho económico al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión o al régimen de responsabilidad estatal por el incumplimiento del Derecho de la Unión que estableció la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, la primera norma comunitaria en la materia de protección de datos (Directiva 95/46/CE) fue fundamentada en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, que hacía necesaria la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro, además de en la protección de los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia que fundamentó la responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario (asunto *Francovich*) trajo causa de la falta de transposición de una directiva que protegía a los trabajadores, y puede argüirse que la introducción pretoriana de aquel remedio tenía en cuenta la armonización de las condiciones de competencia en la Unión: un mecanismo de garantía de los trabajadores para los supuestos de quiebra del empleador, como establecía la directiva en cuestión, encarecía los costes de producción, de forma que las empresas de los Estados que no la hubieran incorporado a su ordenamiento interno gozaban de una ventaja competitiva indebida. En la Unión Europea, las competencias para el establecimiento del mercado interior son, a menudo, el punto de conexión de normas muy diversas: aquellas competencias atraen hacía sí la regulación de cuestiones que en el Derecho estatal se contemplan quizá desde otra perspectiva.

En el caso de la Unión Europea, la complejidad de la noción material de Constitución económica se incrementa por el hecho de que las competencias de la Unión, a diferencia de las estatales, rara vez son completas; su ejercicio es gradual en el tiempo, por razones tanto políticas (intereses estatales) como jurídicas (respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, art. 5.1 TUE), finalista y no siempre plenamente coherente entre los distintos sectores. Dependiendo de los títulos competenciales o de la

libertad de configuración de las instituciones de la Unión, sus políticas persiguen la armonización y solo excepcionalmente la uniformidad, es decir, por lo general se conforman con aproximar y coordinar las legislaciones nacionales, aunque en ocasiones aspiran a crear Derecho europeo que reemplace al nacional.

En particular debe recordarse el criterio básico de distribución competencial entre la Unión y los Estados miembros: el principio de atribución (art. 5.1 TUE). La Unión no tiene una competencia general o universal (como, idealmente, los Estados miembros antes de la adhesión a la Unión), sino una competencia limitada, la que los Tratados y sus sucesivas reformas le atribuyen expresamente. Los Estados miembros retienen parcelas importantes de competencia relacionadas, por ejemplo, con el mercado interior. En cualquier caso, la distribución competencial entre la Unión y sus Estados miembros no es estática: lo prueban las numerosas reformas llevadas a cabo desde el Acta Única Europea en adelante. El proceso incesante de ampliación de competencias también dificulta la sistematización. Además, el ejercicio progresivo de las nuevas competencias conduce a una mayor interrelación entre el Derecho económico de la Unión y el Derecho económico estatal. Ambos se confunden y se hacen indisolubles: el Derecho de la Unión y el Derecho estatal se amalgaman en muchos ámbitos de la actividad económica.

Kilian y Wendt (2022: 41-42) apuntan a diversos factores que inciden en la asistematicidad de la Constitución económica material de la Unión:

– Carencia de una teoría jurídica del mercado único.

– Carencia de una teoría de la armonización jurídica. Sin una teoría los contenidos y procesos de armonización no obedecen a reglas predefinidas.

– Conflictos de fines entre la política de la competencia y la política industrial.

– Bajo grado de abstracción de las regulaciones, en cuanto predominan las disposiciones vinculadas a productos o actividades.

– Amplitud regulatoria pese a la armonización. Los compromisos políticos conducen a menudo a regulaciones europeas que remiten a las legislaciones nacionales («renacionalización»).

– Falta de una jerarquía clara entre los instrumentos legislativos (reglamento y directiva).

– Falta de claridad en el alcance de las competencias legislativas y en su interpretación. El número creciente de sentencias del Tribunal de Justicia que los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros han considerado *ultra vires* o imposibles de cumplir es un indicio.

– Déficits de ejecución. La transposición de las directivas se notifica a la Comisión, pero no se controla de forma sistemática si la transposición ha sido correcta.

Kilian y Wendt (2022: 45) dividen el Derecho económico de la Unión en dos partes: el Derecho privado económico y el Derecho administrativo económico. En el primero incluyen las disposiciones de la Unión que, preferentemente adoptadas bajo forma de directiva, persiguen la armonización de las legislaciones estatales para la consecución de los objetivos fijados en los Tratados (TUE y TFUE). Establecen las condiciones para la circulación transfronteriza de bienes y servicios, sin afectar directamente a la formación y desarrollo de las transacciones y las decisiones. Los autores mencionados conciben de forma amplia el concepto de Derecho privado económico: este comprende las directivas, entre otras, sobre derecho mercantil y de sociedades, la protección del consumidor y las comunicaciones electrónicas, así como el Reglamento General de Protección de Datos. En el Derecho administrativo económico incluyen las disposiciones que, adoptadas preferentemente bajo forma de reglamento, intervienen para organizar, regular o control las estructuras y las relaciones de mercado. Entre ellas están las normas de las organizaciones comunes de los mercados agrícolas, el derecho de la competencia, el derecho sobre el control de las ayudas de Estado y el derecho de la unión monetaria.

En esta obra se manejará una noción nuclear de Constitución económica en sentido formal. Sin abandonar del todo el Derecho privado económico, no analizaremos la totalidad de las condiciones establecidas para la circulación transfronteriza de bienes y servicios: nos centraremos en las disposiciones del Derecho «de la Unión» cuya finalidad «directa» es ordenar las estructuras y las relaciones de mercado o bien el mercado interior como institución. Los pilares de la Constitución económica de la Unión son el mercado interior, los derechos fundamentales y las libertades económicas básicas, las normas de defensa de la competencia aplicables a los Estados, las empresas públicas y los particulares, y la unión económica y monetaria.

4. **La naturaleza de la constitución económica de la Unión**

Junto a los factores anteriormente mencionados, que pueden jugar un papel mayor o menor en el carácter asistemático de la Constitución económica, otro factor relevante es el ideológico: la naturaleza confusa o híbrida de la Constitución económica de la Unión. La cuestión de la orientación socioeco-

nómica de la Unión Europea o, si se prefiere, de su modelo económico-social ha ocupado largamente a la doctrina, que suele preguntarse si la Constitución económica de la Unión (y antes, la de las Comunidades Europeas) es social-demócrata, liberal o neutral (Joerges); o como también se ha escrito, con una nota de humor, si liberal, social, verde o camaleónica (Rosas y Armati). El Tratado de Lisboa ha incrementado la ambivalencia en este punto, y el abanico de caracterizaciones es amplio (incluidos partidarios y detractores de todas las opciones posibles).

Para unos autores, el modelo económico de la Unión es neoliberal y, en consecuencia, resulta absolutamente incompatible con la filosofía del Estado social que consagran las constituciones nacionales (Maestro). En cambio, para otros autores, es pluralista, pese al sesgo neoliberal de muchas de las políticas de la Unión: esa es la conclusión que se desprende de un análisis de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento, tal como han sido interpretadas y desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal (Kaupa). Si esa fuera la conclusión, no debería tomarse por una peculiaridad de la Constitución económica europea: la generalidad, ambigüedad e imprecisión de los preceptos constitucionales suelen tener precisamente como objetivo permitir a las distintas fuerzas políticas que pueden acceder al poder diversas concreciones de la Constitución económica (García Pelayo).

No es que el mercado único naciera sin ideología, o solo con la ideología de la libertad y la libre competencia, a fin de que Estados fundadores y fuerzas políticas dispares pudieran colaborar, sino que la Constitución económica de la Unión es flexible. Algo de camaleónica tiene, ciertamente, porque es adaptable a las circunstancias económicas y sociales y a las demandas políticas que proceden de los Estados miembros. Los ciclos políticos y económicos dejan su impronta. La Constitución económica de la Unión debe verse como una película en movimiento, no como una foto fija. Ha madurado desde la década de los años cincuenta del siglo pasado, y desde su primera reforma realizada en 1986 para acelerar el mercado interior. En el capítulo tercero se analizarán en detalle los objetivos económicos de la Unión a la luz de las disposiciones de los Tratados: ahora nos conformaremos con algunas consideraciones introductorias.

Pongamos algunos ejemplos de la mencionada naturaleza camaleónica:

– *Primer ejemplo:* Con el Tratado de Ámsterdam (1997) se introdujo una disposición en los Tratados, hoy artículo 14 TFUE, que hace un reconocimiento expreso del valor que tienen los servicios de interés económico general y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial; el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en vigor desde finales de 2009,

garantiza el acceso a esos servicios como derecho fundamental. Ese blindaje constitucional de determinados servicios públicos *en el ámbito estatal* parece desmentir una orientación neoliberal absoluta.

– *Segundo ejemplo:* Con el Tratado de Lisboa (2007) se introdujo con el artículo 9 TFUE una especie de cláusula social, según la cual la Unión «tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud». No puede afirmarse ya, por tanto, que la Constitución de la Unión Europea carezca de un mandato social explícito.

– *Tercer ejemplo:* En sentido contrario puede invocarse el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, aprobado en 2012 y que promovió la estabilidad presupuestaria en el ámbito europeo y nacional. En la misma línea, adelantándose incluso, España reformó en 2011 el artículo 135 de su Constitución. La conclusión parecía clara: la agenda social «de los Estados miembros» quedaba condicionada a la realidad económica (Rallo Lambarte).

– *Cuarto ejemplo:* La pandemia causada por el coronavirus obligó a modular las estrictas reglas presupuestarias, al menos por un tiempo prolongado. El 20 de octubre de 2020, por 208 votos a favor, 138 abstenciones y solo un voto en contra, el Congreso de los Diputados autorizó a superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública, en virtud de lo previsto en el apartado cuarto del controvertido artículo 135 CE. El Congreso reiteró la suspensión de las reglas fiscales para 2022 en septiembre de 2021, y, de nuevo, para 2023 en septiembre de 2022, esta vez por «las consecuencias del estallido de la guerra en Europa y de una crisis energética sin precedentes». También la Unión decidió activar la cláusula general de salvaguardia, por primera vez desde su introducción en 2011, y suspender las reglas fiscales para el año 2021 y, posteriormente, para los años 2022 y 2023, así como recomendar políticas expansionistas e impulsar la iniciativa *Next Generation EU*, incluido el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, para garantizar una recuperación sostenible, integradora y equitativa. Al amparo del mismo marco constitucional de la Unión, las crisis sanitaria y energética no sirvieron esta vez para arrinconar la agenda social, sino para preservarla.

El mercado interior, que es ciertamente la primera y principal misión de la integración europea en términos histórico-políticos, no se agota en la actualidad en un espacio económico sin fronteras interiores. El conjunto de las políticas y acciones de la Unión debe tener en cuenta un amplio elenco de exigencias

transversales: la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer y la promoción de la igualdad; la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana; la lucha contra toda discriminación; las exigencias de protección del medio ambiente; las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a los ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio cultural (arts. 8-13 TFUE). En su actual configuración por la Constitución económica de la Unión, el mercado interior no es únicamente una institución económica: no es solo el lugar donde se intercambian o circulan bienes, trabajadores, capitales y servicios. Es también un espacio que debe ofrecer bienestar y protección social y ambiental a los ciudadanos de la Unión (vid. arts. 3.3 TUE y 9 TFUE).

El análisis del «contenido» de las disposiciones de los Tratados debe completarse con el estudio de la forma en que las instituciones «aplican» unas y otras disposiciones. Así, las respuestas a las recientes crisis obligan quizás a matizar o modular los juicios emitidos en otros ciclos. No solo el texto, también la aplicación de la Constitución económica de la Unión es dinámica y reactiva a las crisis, en un sentido y otro: a la crisis económica que pone en peligro nuestro bienestar, a la crisis sanitaria que pone en peligro nuestra existencia y a las consecuencias de la guerra en Ucrania que amenaza ambos bienes esenciales. Las crisis activan facetas jurídicas y políticas de la Unión que en otros momentos permanecen en estado durmiente. Generan fuerzas importantes y movilizan otras para la integración europea. La superación colectiva de las crisis fortalece la integración política y económica, y suelen proporcionar nuevas competencias o herramientas, de las que antes se carecía, o se utilizan las existentes de forma más ambiciosa. El tiempo aclarará si las que en un momento parecen solo medidas correctoras de una crisis devienen en el futuro mecanismos permanentes (como el mecanismo de estabilidad) o requisitos de funcionamiento del mercado interior.

En definitiva, en la letra de la Constitución económica de la Unión concurren al mismo tiempo elementos liberales e intervencionistas, si bien estos últimos más atenuados de lo que era usual en las constituciones nacionales aprobadas hace décadas. El modelo inicial era marcadamente liberal: el protagonismo lo tenían el mercado, las libertades económicas y la libre competencia, si bien en aras de la paz y la prosperidad. Actualmente, en la Constitución de la Unión coexisten fines puramente económicos con fines de otro signo (cohesión social, sostenibilidad, alto nivel de protección del medio ambiente, entre otros). El principio de «una economía de mercado abierta y de libre com-

petencia» se proclama en las disposiciones de los Tratados que regulan específicamente las políticas económica y monetaria de la Unión (arts. 119.1 y 2, y 127.1 TFUE). A la vez, dentro de los objetivos de la Unión, se alude a un «desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» (art. 3.3 TUE). Y en el frontispicio del Tratado luce la finalidad primaria y originaria de la Unión: «promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos» (art. 3.1 TUE). En fin, en los propios Tratados encontramos paradigmas socioeconómicos contradictorios, en forma similar a como se encuentran en muchas Constituciones estatales modernas. Ello refleja la complejidad y, a la vez, la madurez de la integración europea. Son los Estados miembros, actuando colectivamente y decidiendo los marcos financieros plurianuales y con ello las principales líneas políticas de la Unión, los que deben buscar la conciliación entre objetivos tan dispares.

El gran énfasis, sobre todo hasta 1992, en la liberalización de las regulaciones y los mercados nacionales, la supresión de los obstáculos legales y administrativos al ejercicio de las libertades básicas y el desmantelamiento de los monopolios económicos estatales convive modernamente con un número creciente de instrumentos normativos que definen reglas comunes, a partir de estándares tendencialmente elevados, en materias consideradas «de acompañamiento», como la transparencia y competencia en la adjudicación de los contratos públicos, la materia ambiental (evaluación ambiental, lucha contra el cambio climático), la protección del consumidor, la protección de datos de carácter personal, etc. Este segundo ámbito de la integración «positiva» (es decir, del fortalecimiento del mercado único mediante regulaciones uniformes o coordinadas) es más delicado –políticamente hablando– que el de la integración «negativa»: esta se ejerce de forma gradual y depende de la permanente negociación y articulación de los intereses nacionales.

Pese a la importante cesión de competencias, la Constitución económica de la Unión sigue necesitando la acción de los Estados miembros, e incluso en determinadas materias, como las políticas social y de empleo, la competencia es plenamente estatal. En efecto, como ocurre con el resto del Derecho de la Unión, los Estados miembros deben incorporar a su ordenamiento interno gran parte del Derecho derivado que conforma la Constitución económica (todos los actos menos los reglamentos: las directivas, las decisiones dirigidas a los Estados miembros, las recomendaciones, etc.). Ya se ha indicado la fuerte imbricación entre el Derecho económico de la Unión y el Derecho estatal. Por otro lado, a las autori-

dades estatales también les compete ejecutar la mayoría de las normas europeas, necesiten o no una previa incorporación al ordenamiento interno.

Por último, se puede afirmar que no existe, ni existirá por mucho tiempo, una unión económica completa. La política económica (y otras relevantes, como la fiscal) sigue estando en manos de los Estados miembros. De acuerdo con el artículo 119.1 TFUE, «la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de los objetivos comunes». La palabra clave es «coordinación». Son los Estados miembros los que deben llevar a cabo sus políticas económicas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Unión, definidos en el artículo 3 TUE, y en el marco de las orientaciones generales que, en forma de recomendación, adopte el Consejo (art. 120 TFUE).

IV. MEMENTO

– La Unión Europea es una asociación de Estados. Su origen está en las tres Comunidades Europeas creadas en los años cincuenta del siglo xx, y su última revisión se contiene en el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, y que establece los dos Tratados actualmente vigentes: el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

– En sentido formal, la Constitución económica de la Unión se encuentra en su mayor parte en el TFUE (mercado único y libertades fundamentales, políticas de acompañamiento, unión económica y monetaria, etc.), pero también en el TUE (art. 3, objetivos de la Unión), la Carta de Derechos Fundamentales (por ejemplo, arts. 16, 17, 27, 28, 31 y 38) y en algunos de los Protocolos que acompañan al Tratado de Lisboa (por ejemplo, Protocolos núm. 2, 4, 5, 9-14, 25-27 y 37).

– En sentido material, la Constitución económica de la Unión incluye también el Derecho derivado con contenido económico. Esa noción adolece de asistematicidad y complejidad, debido, entre otras razones, a que las competencias de la Unión, a diferencia de las estatales, rara vez son completas, y que sus políticas unas veces persiguen la uniformidad y otras veces la armonización de las normas nacionales.

– El Derecho de la Unión Europea y el Derecho estatal se amalgaman en muchos ámbitos de la regulación de la actividad económica.

– La Constitución económica de la Unión tiene un contenido fuerte, si se la compara con las Constituciones liberales y las Constituciones de mediados del siglo XX. Ello explica la pérdida de protagonismo normativo, incluso el desplazamiento tácito, de parte sustancial de las Constituciones económicas nacionales. Es una de las transformaciones constitucionales operadas por la integración europea.

– La Constitución económica de la Unión tiene una naturaleza híbrida: concurren elementos liberales e intervencionistas. En la entera Constitución de la Unión coexisten igualmente fines puramente económicos con fines de otro signo (cohesión social, sostenibilidad, alto nivel de protección del medio ambiente, entre otros).

– La crisis financiera iniciada en 2008, la pandemia de 2020-2021 y las consecuencias de la guerra en Ucrania han proporcionado una nueva imagen de la Constitución económica de la Unión: la imagen de una Unión que no solo restringe, sino que, llegado el caso, también puede fortalecer las posibilidades de intervención económica y social de los Estados miembros y de cooperación entre ellos.

– Pese a la importante cesión de competencias, la Constitución económica de la Unión sigue pivotando sobre la acción de los Estados miembros. No existe, ni existirá por mucho tiempo, una unión económica completa o perfecta.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Baquero Cruz, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

Craig, P., «Constitutions, Constitutionalism, and the European Union», *European Law Journal*, 2001, pp. 125-150.

De Witte, B., «Too much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?», en M. Cremona y B. de Witte (eds), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Oxford, Hart, 2008, pp. 3-15.

Dobre, D., «Constitución económica: una propuesta al debate conceptual», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 157-198.

García Pelayo, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución» [1978], *Obras completas*, tomo III, CEC, Madrid, 1992, pp. 2851-2874.

Joerges, C., «¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución económica europea?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pp. 9-53.

— «Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation?», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 23, núm. 1, 2016, pp. 99-118.

KAUPA, C., *The pluralist character of the European Economic Constitution*, Oxford, Hart, 2016.

KILIAN, W. y WENDT, D. H., *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2022.

LEUCHT, B., «The policy origins of the European economic constitution», *European Law Journal*, vol. 24, núms. 2-3, 2018, pp. 191-205.

LUCZAK, J-M., *Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.

MAESTRO BUELGA, G., «Constitución económica e integración europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 54, 2002, pp. 33-111.

POIARES MADURO, M., *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart, 1998.

RALLO LOMBARTE, A., «Política, economía y derechos: la independencia de los reguladores (¿quo vadis?). Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 225-258.

VAN MIDDELAAR, L., *El paso hacia Europa*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2013.

CAPÍTULO 2

LA INTEGRACIÓN POLÍTICA

Xabier Arzoz Santisteban

RESUMEN

La Unión Europea es una asociación de democracias liberales que comparten unos valores y un proyecto común, y de la que se puede salir, si un Estado miembro así lo desea. Esos valores incluyen la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Otros principios políticos de la Unión son el respeto de la igualdad de los Estados miembros, el principio de cooperación leal y la asistencia mutua y solidaridad en determinadas circunstancias. La Unión cuenta con instrumentos para reaccionar si un Estado miembro incumple de forma grave y reiterada esos valores: procedimientos políticos, jurisdiccionales y presupuestarios.

CONCEPTOS CLAVE

Cooperaciones reforzadas; Objetivos políticos de la Unión; Principios políticos de la Unión; Retirada de un Estado miembro; Valores de la Unión.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 2 y 7 TUE.

Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los objetivos políticos de la Unión Europea.–III. Los principios políticos de la Unión Europea. *1. Los valores de la Unión.* A. El principio democrático. B. El principio de Estado de derecho. C. El respeto

de los derechos humanos. *2. El respeto de la igualdad de los Estados miembros y de la identidad nacional. 3. El principio de cooperación leal. 4. Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad.*–IV. Los instrumentos de reacción frente a la violación de los valores de la Unión en un Estado miembro. *1. Procedimiento de conciliación. 2. Procedimientos políticos. 3. Procedimiento jurisdiccional. 4. Procedimientos presupuestarios.*–V. La retirada de un Estado miembro.–VI. Las cooperaciones reforzadas.–VII. Memento.–Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea es una asociación de democracias liberales que comparten unos valores y un proyecto común. El ingreso en esa organización supranacional ha sido siempre un importante acicate político para la democratización y el fortalecimiento institucional de las sociedades europeas provenientes de regímenes autoritarios. La formulación política de los llamados «criterios de Copenhague» (por la cumbre en la que se acordaron) en 1993, como requisitos para la adhesión a la Unión Europea de nuevos Estados miembros, anticipaba el respeto de los principios fundamentales que se incorporaron en 1997 al Derecho primario (antiguo art. 6.1 TUE) y que desde 2009 se proclaman como valores de la Unión (art. 2 TUE): esos valores son la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías. La gran ampliación de la Unión de la primera década del presente siglo (2004 y 2007) fue cuidadosamente preparada en el plano técnico y político entre 1997 y 2003. Una vez completada la ampliación, se consideraba que el desarrollo institucional alcanzado, la pertenencia al club europeo y la solemne proclamación de valores en el artículo 2 TUE eran garantías suficientes de preservación del Estado de Derecho en el interior de cada Estado miembro. Con el tiempo se ha comprobado la fragilidad de esa suposición.

Una primera señal de alarma saltó en 2000, antes incluso de la gran ampliación a diez nuevos Estados miembros en 2004, por la participación de un partido populista de extrema derecha en el gobierno federal de Austria. Entonces los catorce Estados miembros recurrieron a sanciones bilaterales. Al final, los recelos se superaron con un informe sereno elaborado por tres expertos designados por la Unión y algo de diálogo con las autoridades austríacas. Desde una perspectiva constitucional, la experiencia tuvo su lado positivo: sirvió para apreciar la necesidad de que la Unión añadiera al procedimiento sancionador por infracción de los valores europeos que ya estaba previsto en el antiguo artículo 7 TUE un procedimiento preventivo, que fue incorporado poco después con ocasión de la aprobación del Tratado de Niza.

Después vinieron otros motivos de inquietud. El trato dispensado a la comunidad gitana en algunos Estados miembros ha suscitado periódicamente preocupación, al igual que el rechazo en frontera y en alta mar a los refugiados procedentes de zonas de conflicto. Incluso una vieja democracia como Francia fue censurada por la Comisión por expulsar de su territorio a miembros de la comunidad gitana nacionales de otro Estado miembro en el verano de 2010. También han persistido deficiencias sistemáticas en algunos nuevos Estados miembros (Rumania y Bulgaria), en términos de corrupción, debilidad institucional e insuficiente capacidad en el plano administrativo y jurisdiccional, que les dificultaban garantizar el respeto del valor de Estado de Derecho. Cada una de esas experiencias ha obligado a reconsiderar las fortalezas y las debilidades del sistema jurídico de la Unión.

La actual «crisis del Estado de Derecho» comienza a incubarse en 2010 en Hungría, cuando una aplastante victoria electoral permite a Viktor Orbán formar gobierno y aprobar una reforma constitucional y diversas reformas legislativas en relación con los tribunales, los medios de comunicación y la libertad de culto: aprobadas con el respaldo de una mayoría parlamentaria de dos tercios, se querían blindar para el futuro. En 2015 la deriva antiliberal se extiende a Polonia, donde el gobierno promueve igualmente leyes que afectan a la independencia y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los tribunales ordinarios. La extensión y la intensidad de esas reformas y la intransigencia de las autoridades que las han promovido han supuesto un reto político y jurídico y, sobre todo, existencial para la Unión. La situación ha sido incluso caracterizada como un «momento constitucional».

En la última década las instituciones y la sociedad civil europea no se han quedado quietas. La respuesta de las instituciones europeas no puede ser la propia de un Estado, claro está. En ausencia de una gendarmería europea o de una coerción federal, los instrumentos de disuasión han de ser otros: políticos, jurídicos y económicos. Durante los últimos años se ha revisado y precisado el significado de los valores europeos, afinado los fundamentos jurídicos para la intervención de las instituciones de la Unión, discutido y diseñado pautas de actuación e incluso promovido y adoptado un conjunto de resoluciones judiciales.

II. LOS OBJETIVOS POLÍTICOS DE LA UNIÓN EUROPEA

El objetivo general de la Unión Europea resulta, en cierta forma, tautológico: «continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», como reza el preámbulo del Tratado de la Unión

Europea. En el camino de esa «unión cada vez más estrecha» (con minúscula), de la que no se prejuzga el lugar de llegada o estadio final, habrá varias etapas, como se advierte asimismo en el citado preámbulo, pues «ante la perspectiva de las ulteriores etapas que habrá que salvar para avanzar en la vía de la integración europea» los Estados miembros han decido «crear una Unión Europea» (con mayúsculas). Por lo tanto, como insiste su artículo 1, el vigente Tratado de la Unión Europea «constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa». Ni siquiera es, al parecer, la penúltima etapa.

Además de constitucionalizar un proceso con una dirección clara («una unión cada vez más estrecha») y un punto de llegada incierto (por tanto abierto), el artículo 3 TUE detalla los objetivos de la Unión, reiterando ideas ya utilizadas en el preámbulo. Esos objetivos se despliegan básicamente en los terrenos político, económico e internacional. En sentido lato, todos ellos son eminentemente políticos: promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos; un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores; un mercado interior que no se reduce a lo económico, pues está enriquecido con componentes sociales, ambientales, científicos y culturales; una acción exterior comprometida con determinados valores (la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, así como el estricto respeto y desarrollo del Derecho internacional). En este capítulo se atenderá a los objetivos políticos, mientras que los económicos serán analizados en el capítulo siguiente.

III. LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. **Los valores de la Unión**

El artículo 2 TUE proclama los valores de la Unión: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres». La redacción del artículo 2 TUE subraya el carácter compartido de los valores allí mencionados: son valores de la Unión y, al mismo tiempo, «comunes a los Estados miembros». La función de los valores es

triple: son fuente de legitimación de la actuación de las instituciones de la Unión, proporcionan criterios de interpretación del conjunto del Derecho de la Unión y constituyen parámetro de validez del Derecho derivado. El respeto de los valores del artículo 2 TUE es condición necesaria, pero no suficiente, para acceder a la condición de Estado miembro. Cualquier Estado europeo que respete los valores del artículo 2 TUE y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión (art. 49 TUE).

A. El principio democrático

El principio democrático ha sido uno de los talones de Aquiles de la integración europea. El modelo institucional de las primeras comunidades europeas era el propio de una organización internacional, no el de un Estado democrático de Derecho. En una primera época el paradigma dominante en la doctrina y la opinión pública era la extensión mimética de las estructuras democráticas estatales a las instituciones comunitarias (un parlamento democráticamente elegido, competencias legislativas y presupuestarias propias, un ejecutivo comunitario directamente responsable ante ese parlamento, etc.). Ya en 1974 el Tribunal Constitucional Federal alemán aludió a las carencias democráticas de la integración europea, puesto que entonces no había un parlamento europeo digno de ese nombre, que pudiera aprobar un catálogo de derechos fundamentales y dotarle de carácter vinculante. Años después, una vez que entró en vigor del Acta para las elecciones directas al Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia intentó aplacar la crítica al déficit democrático, afirmando la vigencia en el nivel comunitario de «un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa», y del que sería «reflejo, aunque limitado» la (por entonces: mera) consulta al Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo. [1]

Con el tiempo y las sucesivas reformas, la distancia entre la aplicación estándar del principio democrático en los Estados miembros y su vigencia en el ámbito de la Unión Europea ha ido disminuyendo. Tras los ríos de tinta vertidos al respecto, también se ha matizado (o reformulado) la vieja objeción al déficit democrático de la Unión y su aspiración a la plena asunción del modelo parlamentario estatal, al menos en algunas instancias: no se aspira ya a una completa parlamentarización del funcionamiento de la Unión Europea, pues

[1] *Vid.* STJ de 29 de octubre de 1980, as. 138/79, *Roquette Frères*, p. 3333.

ello implicaría el correlativo vaciamiento de los parlamentos nacionales y, con ello, la disolución o al menos una importante erosión de los Estados miembros como ámbitos de decisión (Grimm). Una parlamentarización y una soberanía popular completas en el plano supranacional solo serían posibles con un acabado Estado federal europeo, para el que no existen actualmente las condiciones políticas y jurídicas necesarias.

En 1979 se celebraron las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo y en las sucesivas reformas de los Tratados se fueron incrementando sus competencias, que inicialmente no pasaban de la irrelevancia o bien de la mera consulta que gozaba en unas pocas materias. Actualmente, el Parlamento Europeo participa de forma determinante en los procedimientos constitucionales, legislativos y presupuestarios de la Unión, en condiciones de igualdad con el Consejo. El Parlamento Europeo no es el órgano legislativo único, pero sí órgano colegislador junto al Consejo: los actos legislativos que adoptan conjuntamente se denominan Reglamentos, Directivas o Decisiones del Parlamento Europeo y del Consejo. Igualmente, es necesaria la aprobación del Parlamento Europeo en los procedimientos de revisión ordinaria de los tratados y de admisión de nuevos Estados miembros (arts. 48 y 49 TUE).

Es cierto que se mantienen diferencias con la posición constitucional típica de los parlamentos nacionales: así, por ejemplo, el Parlamento Europeo carece del derecho de iniciativa legislativa (que está en manos de un tercer órgano: la Comisión) y su participación en el procedimiento legislativo (como en los demás procedimientos mencionados) se reduce en la práctica al ejercicio de un derecho de veto y un derecho a proponer enmiendas. Y aunque sea el Consejo Europeo el que propone inicialmente al presidente de la Comisión y, una vez elegido a este, al resto de sus miembros, el Parlamento Europeo debe aprobar ambas propuestas de forma sucesiva: una vez nombrada, la Comisión tiene una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo, que puede exigir mediante una moción de censura. Igualmente, no existe la triple división de poderes en un sentido estatal, aunque sí una división de funciones en torno a cuatro instituciones. Donde mejor se apreciar la distancia con respecto al modelo estatal es en la organización (o segmentación) de la función legislativa: un único órgano de iniciativa legislativa, y dos órganos colegisladores, cada uno con una legitimación diferenciada. Si bien no hay un sistema de *«checks and balances»* para mejor preservar la libertad individual «al modo del que establecen los Estados modernos», sí hay un equilibrio institucional con una finalidad algo distinta, mejor conciliar el interés general (supranacional) y el particular (nacional).

Por lo demás, la existencia de una doble cámara legislativa (Parlamento Europeo y Consejo) permite relacionar el procedimiento legislativo de la Unión con el procedimiento legislativo propio de un Estado federal, en el que las decisiones legislativas deben adoptarse, al menos en determinadas materias, con la aprobación de dos cámaras legislativas, que representan respectivamente a los ciudadanos y a los territorios que constituyen la comunidad política. La diferencia no está tanto en la limitada intervención del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo, como en la mayor cuota de poder que ostenta el Consejo en el entero entramado institucional de la Unión, pues el Consejo no es solo una «cámara alta» o «territorial» en el procedimiento legislativo de la Unión, sino una institución que al mismo tiempo asume importantes competencias constitucionales: en esencia, es el principal órgano de decisión en todas las materias en las que el Parlamento Europeo no es colegislador o su aprobación no es necesaria, como en la unión económica y monetaria y la política exterior y de seguridad común.

No obstante, sigue latiendo el viejo reproche al déficit democrático, por lo que el Tratado de la Unión Europea, resultante de la reforma de Lisboa, incluye un breve título específico (Título II) con «Disposiciones sobre los principios democráticos» (arts. 9 a 12), en los que predomina la intención pedagógica sobre el establecimiento de soluciones o procedimientos novedosos.

El artículo 9 TUE comienza proclamando el respeto, en todas las actividades de la Unión, del principio de la igualdad de los ciudadanos, «que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos». Quizás asombre esta primera proclamación, tanto por su ubicación sistemática al inicio de un título dedicado a los principios democráticos como por su contenido aparentemente reiterativo respecto al principio de igualdad. Debe comenzarse negando esto último, a fin de entender primero su sentido y comprender después la ubicación.

El principio contenido en el artículo 9 TUE es distinto del principio de igualdad que recoge el artículo 20 de la Carta («Todas las personas son iguales ante la ley») y del principio de no discriminación por razón de la «nacionalidad» que establece el artículo 18 TFUE. En el artículo 9 TUE se proclama la igualdad «de los ciudadanos de la Unión»: ciudadanos de la Unión son todas las personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro. Pues bien, para la tradición constitucional revolucionaria americana y francesa existe un vínculo directo entre la igualdad y la libertad individuales y la nueva fundación del poder, basada en la ruptura con las estructuras autoritarias y antiigualitarias precedentes. Esa nueva fuente de legitimación –ciudadanos iguales y libres– es la que proporciona a la Constitución americana su normatividad y su condi-

ción de norma superior. En definitiva, en la tradición revolucionaria americana y francesa la idea de Constitución presupone un fundamento «democrático» del poder. Sin embargo, la proyección de un fundamento democrático sobre (la Constitución de) la Unión se topa con el problema de que los ciudadanos de la Unión carecen de capacidad constituyente.

En los siguientes preceptos del Título II se describen diversos aspectos, que en gran parte resultan del diseño institucional de la Unión: el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa; los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo; los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, si bien no ante el Parlamento Europeo, sí ante sus Parlamentos nacionales o antes sus ciudadanos; todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión; los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión; las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión; las instituciones de la Unión mantendrán un diálogo abierto y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil; un millón al menos de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrán ejercer la iniciativa legislativa popular para los fines de la aplicación de los Tratados, aunque con el filtrado previo de la Comisión, como órgano que ostenta el monopolio de la iniciativa legislativa (arts. 10 y 11 TUE).

En la actualidad, la legitimidad democrática de la Unión descansa en parte en el Parlamento Europeo y en parte en los parlamentos nacionales, que son quienes designan y controlan políticamente a los Jefes de Estado o de Gobierno y a los Gobiernos de los Estados miembros según los procedimientos constitucionales nacionales, y por tanto quienes están también en situación de controlar de manera individualizada a quienes colectivamente componen y conforman la voluntad de la Unión en el seno del Consejo Europeo y el Consejo. Una de las principales vías de matizar el déficit democrático de la Unión ha sido asociar los parlamentos nacionales a algunos de los procedimientos de decisión o algunas formas de control sobre el ejercicio de las competencias de la Unión. Todo ello queda reflejado en el artículo 12 TUE, incluido en el mencionado Título II: la disposición resalta la importante contribución de los parlamentos nacionales al buen funcionamiento de la Unión. Una parte de esa contribución se encauza a través de las competencias de control democrático

que ejercen de acuerdo con las Constituciones internas, y otra a través de nuevas funciones y misiones específicas que el Tratado les encomienda y que diversos Protocolos desarrollan. Algunos parlamentos nacionales ejercen con gran rigor su control sobre la actuación de su gobierno en las instancias europeas y llegan incluso a fijar la posición que deberá defender su representante gubernamental (p. ej., el parlamento danés).

Estas son las funciones y misiones específicas que el Tratado encomienda a los parlamentos nacionales: son informados por las instituciones de la Unión y reciben notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea; deben velar por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; participan, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, y están asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 70, 85 y 88 TUE; participan en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 TUE; son informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 TUE; y participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

B. El principio de Estado de Derecho

Además de la explícita mención como valor de la Unión en el artículo 2 TUE, antes transcrito, un segundo fundamento relevante del Estado de Derecho es el principio de tutela judicial efectiva, que está conociendo una dinámica expansiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, con incidencia directa en la forma de abordar la actual crisis de Estado de Derecho. Por ello, conviene precisar su naturaleza y alcance.

Con el Tratado de Lisboa, los Estados miembros quedaron formalmente obligados a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Del artículo 19.1 TUE, que recoge esa obligación, se desprende que la garantía de la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión es una «tarea compartida» entre la Unión y sus Estados miembros. Incluso devie-

ne responsabilidad directa y primordial de los órganos judiciales nacionales, desde la doble perspectiva cuantitativa y cualitativa, debido a la configuración del sistema de recursos ante el Tribunal de Justicia. Una consideración importante para la discusión posterior es que el estándar de esa tutela judicial efectiva ha sido «europeizado» y su definición corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia, aunque sea aplicado o supervisado por los órganos jurisdiccionales y los tribunales constitucionales de cada Estado miembro.

En la trascendental –no por el caso concreto resuelto, sino por sus implicaciones posteriores– sentencia sobre los jueces portugueses, el Tribunal de Justicia declaró que el «principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables», al que se refiere el artículo 19.1 TUE, constituye «un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta». [2] En la misma sentencia, el Tribunal de Justicia dedujo también una exigencia implícita, la de salvaguardar la independencia judicial, como «inherente a la misión de juzgar», y dentro del ámbito de protección del principio de tutela judicial efectiva incluyó la inamovilidad y la percepción de «un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen».

El Tribunal de Justicia diferencia entre el «principio» de tutela judicial efectiva del artículo 19.1 TUE y el «derecho fundamental» a una tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. No solo en cuanto a su estructura normativa (principio vs. derecho), sino también por lo que respecta a su ámbito de aplicación. El ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 19.1, párrafo segundo, TUE, se refiere a «los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este Derecho, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta», [3] y es aplicable «a cualquier instancia nacional que pueda pronunciarse, como órgano jurisdiccional, sobre cuestiones relativas a la aplicación o a la interpretación del Derecho de la Unión y que, por tanto,

[2] STJ (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, as. C-64/16, *Associação Sindical de Juízes Portugueses*, apdo. 35, reiterado después en las SSTJ (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, as. C-619/18, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, apdo. 49, y de 5 de noviembre de 2019, as. C-192/18, *Comisión/Polonia (Edad de jubilación de los jueces de los tribunales ordinarios polacos),* apdo. 100.

[3] SSTJ (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, as. C-64/16, *Associação Sindical de Juízes Portugueses*, apdo. 29; de 24 de junio de 2019, as. C-619/18, *Comisión/Polonia*, apdo. 50; y de 26 de marzo de 2020, as. ac. C-558/18 y C-563/18, *Miasto Łowicz y Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki*, apdo. 33.

están comprendidas en los ámbitos cubiertos por este Derecho» [4]. En cambio, la Carta y, por tanto, su artículo 47, vincula a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

Para el Tribunal de Justicia, el artículo 19 TUE es una especificación del artículo 2 TUE: aquel «se refiere con mayor concreción al valor del estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE» [5]. Ambas disposiciones, los artículos 2 y 19.1 TUE, producen el efecto jurídico, típicamente federal, de reducir la autonomía constitucional de los Estados miembros. Desde esta perspectiva pueden contemplarse como una peculiar cláusula de homogeneidad constitucional entre la Unión y sus Estados miembros, si bien atenuada doblemente. Por un lado, en su formulación. La cláusula no se presenta propiamente como una imposición «federal» (de arriba abajo) de homogeneidad, sino como un sutil juego de espejos entre la Unión y sus Estados miembros: son los «valores comunes a los Estados miembros» los que se proyectan sobre la Unión, y esta los considera preexistentes en el patrimonio constitucional de aquellos. Por otro lado, en su alcance. La cláusula europea solo pretende una homogeneidad limitada, de carácter defensivo, pues su eficacia se circunscribe a la conservación del acervo irrenunciable de valores. En consecuencia, el artículo 2 TUE no debe interpretarse como una habilitación para desarrollar y precisar legislativa o jurisprudencialmente hasta su última consecuencia jurídica el contenido de esos valores.

Por lo que respecta en particular al sistema jurisdiccional, el Tribunal de Justicia ha declarado que corresponde a los Estados miembros la competencia de organización de su Administración de Justicia, pero, «al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión» [6]; entre las cuales se incluye la de salvaguardar la independencia de sus jueces y tribunales de conformidad con los artículos 19.1 TUE y 47 de la Carta, esto es, en los términos y con el alcance que fije el Tribunal de Justicia. Esto se aplica al Tribunal Supremo y los tribunales ordinarios, pero también se extiende a la jurisdicción constitucional. Así, los Estados miembros pueden decidir con total libertad, por ejemplo, si quieren o no incorporar un Tribunal Constitucional a su sistema jurídico; pero, si optan por ello, la designación de sus miembros, su funcionamiento, su efectividad y su autoridad deben

[4] STJ (Gran Sala) de 26 de marzo de 2020, as. ac. C-558/18 y C-563/18, *Miasto Łowicz y Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki*, apdo. 34.

[5] STJ (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, as. ac. C-585/18, C-624/18 y C-625/18, *A. K.*, apdo. 167.

[6] SSTJ (ambas de Gran Sala) de 24 de junio de 2019, as. C-619/18, *Comisión/Polonia*, apdo. 52, y de 19 de noviembre de 2019, as. ac. C-585/18, C-624/18 y C-625/18, *A. K.*, apdo. 75.

ser compatibles con el Estado de Derecho. La mayor parte de las medidas propuestas en las dos primeras recomendaciones de la Comisión relativas al Estado de Derecho en Polonia, adoptadas entre 2016 y 2018, fueron medidas concretas y detalladas referidas al Tribunal Constitucional polaco [7].

Por lo demás, el principio de Estado de Derecho no tiene un contenido preciso. No obstante, al hilo de la crisis del Estado de derecho en algunos Estados miembros, la Comisión elaboró una «lista no exhaustiva» de principios que se derivan del Estado de Derecho: esa lista incluye «la legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista; la seguridad jurídica; la prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; unos tribunales independientes e imparciales; la revisión judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley» [8].

C. El respeto de los derechos humanos

El respeto de los derechos humanos cumple tres funciones en la acción de la Unión Europea que conviene diferenciar. Su nivel de concreción y exigencia se incrementa correlativamente.

En un primer plano, por así decirlo, en el nivel exterior de la Unión, están los estándares de conducta en materia de derechos humanos que la Unión exige de manera genérica a los Estados terceros que quieren celebrar acuerdos internacionales con la Unión Europea. Conforme al artículo 3.5 TUE, en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá «a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño». Esos principios y objetivos de su acción exterior deben ser tenidos en cuenta a la hora de implementar la política comercial común (art. 207.1 TFUE), así como en las acciones de cooperación económica, financiera y técnica de la Unión con terceros países distintos de los países en desarrollo (art. 212.1 TFUE). En la jerga de la Unión, se denomina «condicionalidad» a esas exigencias que se incluyen en los acuerdos interna-

[7] Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016 (DO 2016 L 2017, p. 53), y Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374 (DO 2017 L 22, p. 65).

[8] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho», COM(2014) 158 final, de 11 de marzo de 2014, p. 4.

cionales correspondientes. La exigencia de una protección, cuando menos mínima, de los derechos humanos en sus relaciones con el resto del mundo deriva de los propios valores en los que se fundamenta la Unión, que le impiden que en sus relaciones con terceros tolere o avale comportamientos radicalmente incompatibles con ellos.

En un segundo plano o nivel están los estándares de conducta cuya ratificación y cumplimiento se exigen a cualquier Estado europeo que presente una solicitud de adhesión a la Unión Europea (art. 49 TUE). Entre esos estándares se incluyen no solo instrumentos internacionales de validez universal, sino también instrumentos regionales europeos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales. Por decirlo de algún modo, esos estándares de conducta cuyo respeto deben acreditar tienen la función de garantizar la convergencia de valores y la credibilidad política de los Estados candidatos a la adhesión: responden a una exigencia de homogeneidad «federal» de valores entre la Unión y sus Estados miembros. Este es el plano al que se refiere el artículo 2 TUE. Una vez que se ha incorporado a la Unión, el Estado miembro debe seguir cumpliendo con esos estándares de conducta. Por lo general, se presume que los cumple suficientemente por su carácter democrático, por haberlos incorporado debidamente a su ordenamiento constitucional y por contar con instrumentos constitucionales y legislativos adecuados de protección. Y en defecto de las autoridades internas, será el tribunal internacional o el órgano de monitorización previsto en el instrumento internacional de derechos humanos de que se trate el que deba velar *prima facie* por su reparación. En el supuesto anómalo de que, pese a todo, se detectaren violaciones graves o riesgos de violaciones grave de los derechos humanos, la Unión cuenta con los procedimientos de control, presión y sanción previstos en el artículo 7 TUE (vid. *infra* IV, sección 2).

En tercer lugar, y en un plano de concreción y exigibilidad bien diferente, están los derechos fundamentales de la Unión, que se imponen por igual a las instituciones, órganos y organismos de la Unión (aplicación plena) y a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (aplicación condicionada): esto es, los derechos fundamentales que sirven de parámetro de validez de toda la acción de la Unión, ya sea la adoptada por sus instituciones supranacionales o la ejecutada de forma descentralizada por las autoridades estatales. La fundamentación del respeto de los derechos fundamentales es aquí doble: por un lado, legitimar la acción de las instituciones de la Unión frente a los particulares, principales titulares de los derechos proclamados; por otro, garantizar la unidad, autonomía y efectividad del Derecho de la Unión, de forma que sea aplicado de la misma forma y con sujeción a los mismos estándares de

conducta en todos los Estados miembros. Durante décadas, los derechos fundamentales de la Unión fueron reconocidos de forma pretoriana, esto es, mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que iba deduciendo caso por caso derechos fundamentales como principios generales del Derecho a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los derechos fundamentales que se contenían en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para darles visibilidad y favorecer su invocación fueron codificados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y proclamados solemnemente en 2000; finalmente, la Carta entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

2. El respeto de la igualdad de los Estados miembros y de la identidad nacional

El artículo 4.2 TUE impone el «respeto de la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional». El principio de igualdad impone que los Estados miembros sean tratados de igual forma y tengan los mismos derechos y obligaciones ante las instituciones de la Unión. Las restricciones al principio de igualdad tienen que estar previstas en el Derecho primario, como por ejemplo el sistema de votos ponderados que asigna un valor al voto de cada Estado miembro dependiendo de varios factores, como la población (sistema vigente hasta hace poco), o la distribución nacional de los abogados generales, de los que el artículo 19.2 TUE excluye que deba existir uno por cada Estado miembro.

El respeto de la «identidad nacional» es una de las cláusulas más controvertidas de la Constitución de la Unión Europea, no por el principio en sí, sino por la identificación de sus consecuencias: por un lado, no está claro qué tipo de contenidos se pueden incluir dentro de la identidad nacional; por otro lado, no está claro cuáles son los efectos de ese respeto. Para algunos autores, la identidad nacional puede moderar la absoluta primacía del Derecho de la Unión en ciertas circunstancias a favor del derecho constitucional de uno o varios Estados miembros. La cuestión no ha sido todavía resuelta. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa parece excluirlo de forma implícita, entre otras, mediante la sentencia *Melloni*[9].

[9] *Vid.* STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Stefano Melloni*, apartado 60; a pesar del criterio contrario sostenido por el abogado general Y. Bot en sus conclusiones (punto 139).

En cualquier caso, la «identidad nacional» de los Estados miembros es un concepto de derecho de la Unión que ha de interpretarse como tal y de forma unitaria para todos los Estados miembros. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la noción de «identidad nacional» se debe relacionar directamente con las «estructuras fundamentales políticas y constitucionales» de los Estados miembros, «también en lo referente a la autonomía local y regional», y se completa con la afirmación de que la Unión «respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional»: en particular, se recalca que esta última «seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

La orientación de la noción está dirigida a los principios básicos de la organización estatal y los valores básicos de cada Estado miembro. Si las estructuras fundamentales y los valores básicos son comunes a todos los Estados miembros, no necesitarán un respeto especial, pues constituirán el propio fundamento común de la Unión en virtud del artículo 2 TUE. Por eso, la cláusula del respeto de la identidad nacional ha de referirse a aquellas singularidades que tienen importancia para un determinado Estado miembro, entre las que, *prima facie*, se debe incluir en todo caso el núcleo constitucional resistente a la integración. Así, en Alemania, ese núcleo se identifica con los principios reconocidos en el artículo 20 y protegidos por el artículo 79, ambos de la Ley Fundamental: democracia, república, Estado federal, Estado social, división de poderes, Estado de Derecho y vinculación a los derechos fundamentales. Como se aprecia, todo ello está, en gran parte, absorbido por el artículo 2 TUE y, por tanto, el respeto de la «identidad nacional» no debería originar conflictos irresolubles.

La interpretación de la noción de identidad nacional obliga al Tribunal de Justicia a cooperar de forma estrecha con los órganos constitucionales de los Estados miembros, a quienes corresponde un papel prioritario y determinante en la identificación y delimitación de los contenidos que cabe incluir en la noción jurídico-europea de identidad nacional. Solo en diálogo con las instancias nacionales pueden identificarse los contenidos que cabe incluir dentro de la «identidad nacional».

Con todo, el problema más agudo de la cláusula de respeto de la identidad nacional no reside en el plano de la identificación de sus contenidos, sino en el de la competencia para su aplicación, pues algunos altos tribunales de los Estados miembros consideran que les corresponde a ellos interpretar y aplicar unilateralmente la noción de identidad constitucional ante la primacía del Derecho de la Unión. La decisión de cuándo el Derecho de la Unión puede y debe limitar, en su caso, su primacía sobre el derecho constitucional de los Estados

miembros en virtud del respeto de la «identidad nacional» solo le corresponde al Tribunal de Justicia, de acuerdo con el Derecho de la Unión. Lo que no fundamenta la cláusula de «respeto de la identidad nacional» del artículo 4.2 TUE es la habilitación o el reconocimiento de competencia alguna a los órganos de los Estados miembros encargados de garantizar la supremacía de la respectiva constitución para controlar la compatibilidad del Derecho derivado de la Unión con el núcleo constitucional indisponible.

3. **El principio de cooperación leal**

El principio de cooperación leal es un principio clásico del Derecho de la Unión. Su primera formulación se remonta a 1957 (art. 5 TCEE). Actualmente se proclama en el artículo 4.3 TUE. Significa que «la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados». Tiene un significado similar al del principio de lealtad federal, que es propio de los sistemas políticos compuestos o descentralizados.

El énfasis del principio se dirige a las obligaciones positivas y negativas «de los Estados miembros» respecto a la Unión. Por un lado, los Estados miembros «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión» y, en general, «ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión». Por otro lado, «se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión» (art. 4.3 TUE).

Una aplicación especial del principio de cooperación leal tiene lugar en el ámbito de la llamada autonomía institucional, procedimental y procesal de los Estados miembros. Por regla general, los Estados miembros son competentes para ejecutar la mayor parte del Derecho de la Unión, pudiendo utilizar en esa ejecución sus propias normas organizativas, procedimentales y procesales. No obstante, la competencia institucional, procedimental y procesal de los Estados miembros no puede servir para incumplir el Derecho de la Unión Europea. La jurisprudencia europea ha desarrollado y concretado la sujeción de la competencia institucional y procedimental de los Estados miembros al principio de cooperación leal a través de los principios de equivalencia y de efectividad [10]. Estos dos principios se aplican cumulativamente a la determinación de

[10] Entre las numerosas sentencias, vid. STJ de 12 de febrero de 2008, as. C-2/06, *Willy Kempter KG/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, p. I-411, apdo. 57.

la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una norma procedimental o procesal interna. Aunque no sea necesario aplicar el Derecho de la Unión utilizando las normas internas que resulten más favorables, no se pueden aplicar normas menos favorables ni tampoco normas que reduzcan o priven de efectividad a las disposiciones de Derecho de la Unión.

Algunas disposiciones del Tratado de la Unión Europea aplican y desarrollan el principio de cooperación leal con relación a la política exterior y de seguridad común que estaba inicialmente fuera del pilar comunitario y que todavía mantiene singularidades en cuanto a sus procedimientos y al alcance de las atribuciones de las instituciones. Así, de acuerdo con el artículo 24.3 TUE, los Estados miembros «apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y respetarán la acción de la Unión en este ámbito» y «se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales». El Consejo y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad velarán por que se respeten estos principios. Si un Estado miembro se abstiene en una votación sobre una cuestión de la política exterior y de seguridad común que exige unanimidad y, por ello, no queda obligado a aplicar la decisión resultante de la votación, deberá no obstante abstenerse, «en aras de la solidaridad mutua», de «cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión» (art. 31.1 TUE). Asimismo, los Estados miembros representados en organizaciones internacionales o en conferencias internacionales en las que no participen todos los Estados miembros (como, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) defenderán las posiciones de la Unión en el ámbito de la política exterior y de seguridad común y mantendrán informados a los demás Estados miembros, así como al Alto Representante, sobre cualquier cuestión de interés común (art. 34 TUE).

4. **Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad**

El Derecho de la Unión impone obligaciones de asistencia mutua y solidaridad entre los Estados miembros en situaciones excepcionales. En esta sección se exponen las obligaciones de asistencia mutua de «tipo político», esto es, frente a agresiones armadas, ataques terroristas o catástrofes, y en el capítulo 3 se mostrarán las obligaciones de asistencia mutua de naturaleza económica. Las catástrofes pueden dar lugar a ambos tipos de asistencia mutua.

Aunque suelen mencionarse de forma conjunta, el estatus jurídico de las obligaciones de asistencia mutua y solidaridad es en realidad diferente en este ámbito: mientras la obligación de asistencia mutua forma parte de la (más laxa) política común de seguridad y defensa y se establece en el TUE, la obligación de solidaridad pertenece a la (más integrada) acción exterior de la Unión y está regulada ampliamente en el TFUE.

La definición de una política común de defensa de la Unión, ya prevista en el Tratado de Maastricht, es una perspectiva posible, aunque por el momento incierta, al menos hasta la irrupción de la guerra en Ucrania; en todo caso, el Consejo Europeo deberá decidirla por unanimidad (art. 42.2 TUE). No obstante, la obligación de asistencia mutua frente a una agresión armada que se establece en el artículo 42.7 TUE es inmediatamente efectiva: si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. La obligación de asistencia mutua frente a una agresión armada concreta el derecho a la defensa colectiva que reconoce el Derecho internacional. Los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la OTAN, que seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma (todos a excepción de Irlanda, Austria, Malta y Chipre), el fundamento de su defensa colectiva y el organismo para su ejecución. Por eso, se puede hablar del carácter subsidiario de la obligación de asistencia mutua respecto a las obligaciones derivadas de la OTAN. Las consecuencias que para el correcto funcionamiento del mercado interior se deriven de la acción de autodefensa del Estado miembro agredido o de la asistencia que le presten otros Estados miembros se abordan en los artículos 346 y 347 TFUE.

Al hilo del ataque terrorista de 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas, la Unión reforzó su compromiso en la lucha contra el terrorismo. Consecuencia de ese compromiso reforzado es el vigente artículo 222 TFUE, que lleva por título «Cláusula de solidaridad» y contiene una regulación sustantiva y procedimental detallada. El principio básico es sencillo: la Unión y sus Estados miembros actuarán de manera conjunta con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. A partir de ahí la mencionada disposición concreta las obligaciones de la Unión y los Estados miembros y sus modalidades de coordinación y aplicación.

La Unión movilizará todos los instrumentos con que cuente, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para prevenir la amenaza terrorista en el territorio de la Unión, proteger a las institu-

ciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas, y prestar asistencia a un Estado miembro en su territorio, a petición de sus autoridades políticas en caso de ataque terrorista o de catástrofe natural o de origen humano. Entre las medidas que puede adoptar la Unión se incluyen tanto las preventivas como las reactivas. Las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad serán definidas mediante decisión adoptada por el Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

Los demás Estados miembros también prestarán asistencia al Estado miembro que sea objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe, a petición de sus autoridades: la naturaleza de las medidas que pueda adoptar el Estado miembro requerido queda a su discreción. Si son varios los Estados requeridos, deberán consultarse (art. 347 TFUE).

El requisito para una intervención en un Estado miembro es siempre la previa solicitud de sus autoridades competentes («intervención por invitación»). Si concurre esa solicitud previa, la asistencia es obligatoria para la Unión y para sus Estados miembros. Aunque el artículo 222 TFUE, a diferencia del citado artículo 42.7 TUE, no alude a las obligaciones resultantes de la OTAN, la misma subsidiariedad de la obligación de solidaridad respecto a tales obligaciones se desprende indirectamente del artículo 351 TFUE.

IV. LOS INSTRUMENTOS DE REACCIÓN FRENTE A LA VIOLACIÓN DE LOS VALORES DE LA UNIÓN EN UN ESTADO MIEMBRO

La crisis del Estado de Derecho en determinados Estados miembros de la Unión Europea ha puesto de actualidad la cuestión de los instrumentos de reacción frente a una vulneración grave y persistente de los valores de la Unión. La Unión carece de una fuerza policial o de capacidad militar, ya sea propia o proporcionada por los Estados miembros, que pueda desplegar en un Estado miembro que infrinja gravemente esos valores: lo que hizo, por ejemplo, el presidente Eisenhower en Little Rock en 1957, enviando fuerzas militares de la Federación para impedir la segregación racial en una escuela de Arkansas y poniendo a la Guardia Militar del Estado bajo el mando militar federal. Tampoco puede encomendarle esa misión a un Estado miembro o a un grupo de Estados miembros, algo que sí puede hacer fuera del territorio de la Unión en el ámbito de la política común de seguridad y defensa, «a fin de defender los valores y favorecer los intereses de la Unión» (art. 42.5 TUE). Asimismo, la Unión no cuenta con un mecanismo de coerción federal,

que le permita suspender y tomar el control de las instituciones del Estado miembro infractor, al estilo del artículo 155 CE o del artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn. Puede parecer una paradoja que la Unión tenga una especie de cláusula de homogeneidad «federal» en el artículo 2 TUE, pero carezca del complemento necesario, en forma de cláusula de coerción federal, que le permita utilizar la coacción directa para garantizar aquella. No obstante, la Unión tiene sus propios mecanismos de influencia y presión, que pueden llegar hasta el punto de suspender derechos inherentes a la condición de Estado miembro. Existen vías de diversa naturaleza para constatar o atajar la infracción de los valores de la Unión por acciones y omisiones realizadas en un Estado miembro.

1. **Procedimiento de conciliación**

Al hilo del caso polaco la Comisión ideó un cauce de diálogo estructurado, denominado «Marco para el Estado de Derecho», para intentar resolver de forma «amistosa» las diferencias con el Estado miembro, sin tener que acudir a los procedimientos conflictuales formalizados en los Tratados [11]. Dicho marco, que se articula en tres fases –evaluación, recomendación y seguimiento–, no tiene un fundamento jurídico preciso en el Derecho de la Unión: su regulación se basa en las competencias generales que el Derecho primario atribuye a la Comisión como guardiana de los Tratados y garante del interés general y en su poder general para emitir recomendaciones (art. 292 TFUE). Su función es la de un procedimiento de conciliación: se dirige a arreglar el conflicto, evitar la posible acción impugnatoria y la necesidad de una declaración formal de incompatibilidad, con sus consecuencias jurídicas y políticas. Este procedimiento se utilizó en el caso polaco sin resultado alguno, pese a las cuatro recomendaciones adoptadas en su seno por la Comisión.

2. **Procedimientos políticos**

Los dos procedimientos previstos en el artículo 7 TUE apelan a deficiencias sistémicas, graves y, en su caso, persistentes en los valores reconocidos en

[11] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho», COM/2014/0158 final.

el artículo 2 TUE, lo cual exige una valoración conjunta de la naturaleza, gravedad y duración de las deficiencias. Ello, a su vez, apunta generalmente a los «efectos» de las medidas adoptadas: esto es, incorpora una dimensión valorativa y política. Eso explica que su conocimiento no haya sido atribuido a un órgano jurisdiccional, sino al órgano político de más alto nivel de la Unión, el Consejo o, incluso, el Consejo Europeo. Su carácter político se refleja también en los siguientes elementos: el carácter discrecional de los procedimientos («podrá constatar»), el elevado *quorum* exigido para su resolución y el limitado control jurisdiccional posterior (art. 269 TFUE).

Al Consejo le corresponde resolver por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, previa aprobación del Parlamento Europeo, sobre el procedimiento del artículo 7.1 TUE, aplicable ante un «riesgo claro de vulneración grave» de los valores del artículo 2 TUE; la iniciativa se reconoce tanto a la Comisión, al Parlamento Europeo como a un tercio de los Estados miembros. En cambio, el procedimiento contemplado en el artículo 7.2 TUE, relativo a una «violación grave y persistente» de los valores del artículo 2 TUE, solo puede ser aplicado por el Consejo Europeo, por unanimidad, y previa aprobación del Parlamento Europeo, aunque la iniciativa se reconoce tanto a la Comisión como a un tercio de los Estados miembros; no obstante, las consecuencias posteriores, como la suspensión de derechos, puede acordarse por el Consejo, por mayoría cualificada.

El procedimiento preventivo contemplado en el artículo 7.1 TUE ha sido activado en dos ocasiones en el marco de la actual crisis del Estado de Derecho en determinados Estados miembros, aunque ninguno de ellos ha concluido con una resolución. La Comisión presentó en diciembre de 2017 una propuesta motivada de decisión del Consejo respecto al Estado de Derecho en Polonia [12]. Técnicamente es, como se desprende de su rúbrica, una propuesta de decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por la República de Polonia. No obstante, en el fondo se asemeja a un dictamen jurídicamente motivado en un recurso de incumplimiento. El mismo procedimiento preventivo ha sido formalmente iniciado respecto a Hungría, en este caso a instancia del Parlamento Europeo [13].

---

[12] Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia, Bruselas, 20.12.2017 COM(2017) 835 final 2017/0360 (NLE).

[13] Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que se solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7.1 del TUE, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, P8_TA-PROV(2018)0340.

3. **Procedimientos jurisdiccionales**

El respeto de los valores comunes a los Estados miembros reconocidos en el artículo 2 TUE por los Estados miembros puede ser controlado por el Tribunal de Justicia (art. 19.1, párrafo primero, TUE), como ocurre con cualquier otra norma del Derecho de la Unión: en particular mediante el procedimiento por incumplimiento (arts. 258 y 259 TFUE) y el procedimiento prejudicial (art. 267 TFUE). A diferencia de los procedimientos contemplados en el artículo 7 TUE, su resolución es preceptiva para el Tribunal de Justicia. Aunque con algunas limitaciones, dichos procedimientos permiten al Tribunal de Justicia ejercer un control de constitucionalidad (europeidad) sobre la actuación estatal.

Hay tres diferencias entre los dos procedimientos mencionados. La principal reside en la legitimación para su iniciación, que corresponde a la Comisión respecto al procedimiento por incumplimiento (pues los Estados miembros no lo activan en la práctica), y a la totalidad de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros respecto al procedimiento prejudicial. La mayor apertura de la legitimación para iniciar este último lo convierte en el instrumento primordial para el control de europeidad de la actuación estatal. La segunda diferencia es que la iniciación del procedimiento por incumplimiento es discrecional, mientras que el reenvío prejudicial resulta preceptivo para determinados órganos jurisdiccionales, aquellos cuyas resoluciones no son susceptibles de ulterior recurso. La tercera diferencia concierne el objeto del procedimiento: el procedimiento prejudicial tiene un carácter concreto, mientras que el procedimiento por incumplimiento permite constatar tanto incumplimientos concretos como una situación general y continua de vulneración del Derecho de la Unión o de deficiencias sistémicas en un Estado miembro.

4. **Procedimientos presupuestarios**

En diciembre de 2020, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento 2020/2092, el llamado «Reglamento sobre la condicionalidad», que contiene un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, que permite suspender los pagos, programas y compromisos financieros a un Estado miembro hasta que este subsane o cese la deficiencia generalizada del Estado de Derecho. Hungría y Polonia interpusieron sendos recursos ante el Tribunal de Justicia solicitando la anulación

de ese Reglamento. En dos sentencias de 16 de febrero de 2022, el pleno del Tribunal de Justicia desestimó ambos recursos y declaró que el mecanismo de condicionalidad había sido adoptado sobre una base jurídica adecuada, era conforme con el procedimiento previsto en el artículo 7 TUE y respetaba, en particular, los límites de las competencias atribuidas a la Unión y el principio de seguridad jurídica [14].

En septiembre de 2022, la Comisión decidió activar el mecanismo de la condicionalidad y adoptó una propuesta sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión contra la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría (por problemas relacionados con la contratación pública y los conflictos de intereses que suponen un riesgo para el presupuesto de la Unión). El Consejo secundó a la Comisión y 6.300 millones de euros destinados a Hungría quedaron congelados en virtud del citado mecanismo. Posteriormente se congelaron otros fondos, hasta alcanzar un total de 30.000 millones de euros, de los cuales solo se descongelaron un tercio en diciembre de 2023.

V. LA RETIRADA DE UN ESTADO MIEMBRO

La retirada de un Estado miembro se reguló por primera vez en el Tratado de Lisboa (art. 50 TUE). Anteriormente se solía discutir si la falta de previsión equivalía a una prohibición o dejaba paso a la aplicación de las normas generales del Derecho de los Tratados. Actualmente se dispone que «todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión». El Estado miembro que decida retirarse debe notificar su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. El Consejo celebrará por mayoría cualificada el acuerdo en nombre de la Unión, previa aprobación del Parlamento Europeo.

Si en el plazo de dos años desde la notificación de la intención de retirarse no hay acuerdo entre la Unión y el Estado de que se trate, los Tratados dejarán de aplicarse a ese Estado, salvo que el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decida por unanimidad prorrogar dicho plazo.

---

[14] SSTJ [Pleno] de 16 de febrero de 2022, asunto C-156/21, *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo*, ECLI: EU: C:2022:97, y asunto C-157/21, *Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo*, ECLI: EU: C:2022:98).

VI. LAS COOPERACIONES REFORZADAS

Las cooperaciones reforzadas nacieron con el Tratado de Ámsterdam (1999) en previsión de que el notable aumento de Estados miembros que se produciría a corto plazo dificultara en el futuro la posibilidad de llegar a acuerdos y seguir avanzando en la integración. Su incorporación a los Tratados garantizaba que las iniciativas de cooperación reforzada no quedaran al margen de la Unión Europea, sino que se encauzaran con sus instituciones y procedimientos. Según el artículo 20 TUE, la finalidad de una cooperación reforzada debe ser «impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración» (art. 20 TUE). En particular, no deben perjudicar al mercado interior ni a la cohesión económica, social y territorial, ni constituir un obstáculo ni una discriminación para los intercambios entre los Estados miembros, ni provocar distorsiones de competencias entre ellos, y deben respetar las competencias, los derechos y las obligaciones de los Estados miembros no participantes (arts. 326-327 TFUE).

Los articulos 20 TUE y 328 TFUE establece los requisitos de las cooperaciones reforzadas: 1) solo caben en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión; 2) deben permanecer abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establezcan, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización, o bien en cualquier otro momento, siempre y cuando respeten, además de las mencionadas condiciones, los actos ya adoptados en este marco; 3) deben adoptarse como último recurso, cuando el Consejo llegue a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto; 4) deben participar un mínimo de nueve Estados miembros; 5) deben ser aprobadas por el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo; 6) la Comisión y los Estados miembros participantes procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros. Los procedimientos de autorización de la cooperación reforzada y las modalidades de votación en su seno se establecen en los artículos 329 y 330 TFUE. El incumplimiento de los requisitos mencionados puede ser impugnado ante el Tribunal de Justicia (vid. la STJ de 16 de abril de 2013, as. ac. C-274/11 y C-295/11).

En cuanto a sus efectos, los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vinculan únicamente a los Estados miembros participantes, y no pertenecen al acervo que deben aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión. Los Estados miembros que quieran incorporarse a una cooperación reforzada deberán aceptar los actos ya adoptados en ese marco, además de las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización.

Existen normas especiales para desarrollar la cooperación reforzada en el marco de la política exterior y de seguridad común (arts. 328.2, 329.2 y 331.2 TFUE) y para cuestiones concretas, como la creación de una fiscalía europea (art. 86.1 TFUE), que fue utilizada en 2017, y la cooperación policial (art. 87.3 TFUE).

VII. MEMENTO

– La Unión Europea es una asociación de democracias liberales que comparten unos valores y un proyecto común. El ingreso en esa organización supranacional ha sido siempre un importante acicate político para la democratización y el fortalecimiento institucional de las sociedades europeas provenientes de regímenes autoritarios.

– El Parlamento Europeo participa de forma determinante en los procedimientos constitucionales, legislativos y presupuestarios de la Unión y de reforma de los Tratados, en condiciones de igualdad con el Consejo. Pese a todo, se mantienen diferencias con la posición constitucional típica de los parlamentos nacionales: así, por ejemplo, carece del derecho de iniciativa legislativa (en manos de la Comisión) y su participación en los procedimientos mencionados se reduce en la práctica al ejercicio de un derecho de veto.

– Los artículos 2 y 19.1 TUE producen el efecto jurídico, típicamente federal, de reducir la autonomía constitucional de los Estados miembros. Pueden contemplarse como una peculiar cláusula de homogeneidad constitucional entre la Unión y sus Estados miembros, si bien atenuada y de carácter defensivo, pues su eficacia se circunscribe a la conservación de un patrimonio irrenunciable de valores. El artículo 2 TUE no constituye una habilitación para desarrollar y precisar legislativa o jurisprudencialmente hasta su última consecuencia jurídica el contenido de esos valores.

– El principio de Estado de Derecho no tiene un contenido preciso. No obstante, al hilo de la crisis del Estado de Derecho en algunos Estados miembros, la Comisión elaboró una lista no exhaustiva de principios que se derivan del Estado de Derecho: esa lista incluye la legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista; la seguridad jurídica; la prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; unos tribunales independientes e imparciales; la revisión judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley.

– Corresponde a los Estados miembros la competencia de organización de su Administración de Justicia. No obstante, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión, entre las cuales se incluye la de salvaguardar la independencia de sus jueces y tribunales de conformidad con los artículos 19.1 TUE y 47 de la Carta, esto es, en los términos y con el alcance que fije el Tribunal de Justicia. La garantía de la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión es una tarea compartida entre la Unión y sus Estados miembros.

– El respeto de la «identidad nacional» es una de las cláusulas más controvertidas de la Constitución de la Unión Europea, no por el principio en sí, sino por la identificación de sus consecuencias: por un lado, no está claro qué tipo de contenidos se pueden incluir dentro de la identidad nacional; por otro lado, no está claro cuáles son los efectos de ese respeto. En cualquier caso, es un concepto de Derecho de la Unión que ha de interpretarse como tal y de forma unitaria para todos los Estados miembros.

– El principio de cooperación leal significa que «la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados» (art. 4.3 TUE). Tiene un significado similar al del principio de lealtad federal, que es propio de los sistemas políticos compuestos o descentralizados. El énfasis del principio se dirige a las obligaciones positivas y negativas «de los Estados miembros» respecto a la Unión.

– El Derecho de la Unión impone obligaciones de asistencia mutua y solidaridad entre los Estados miembros en situaciones excepcionales. Unas se refieren a riesgos de «carácter político», esto es, son obligaciones de asistencia mutua frente a agresiones armadas, ataques terroristas o catástrofes, y otras se refieren a problemas de «carácter económico».

– Los dos procedimientos previstos en el artículo 7 TUE apelan a deficiencias sistémicas, graves y, en su caso, persistentes en los valores reconocidos en el artículo 2 TUE, lo cual exige una valoración conjunta de la naturaleza, gravedad y duración de las deficiencias: ello incorpora una dimensión valorativa y política. Por ello, su conocimiento no ha sido atribuido a un órgano jurisdiccional, sino al órgano político de más alto nivel de la Unión, el Consejo o, incluso, el Consejo Europeo.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Arenas Hidalgo, N., «El principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre Estados en la política europea de asilo: la conformación de la reubicación en un contexto de crisis», *Revista española de derecho internacional*, vol. 73, núm. 2, 2021, pp. 21-36.

Arzoz Santisteban, X., «El nacimiento de un nuevo parámetro de control de la ley: el valor europeo de Estado de Derecho», en J. I. Ugartemendia y A. Saiz Arnaiz (eds.), *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, Oñati, IVAP, 2021, pp. 56-96.

Beneyto, J. M. (dir.), *Unidad y flexibilidad en el futuro de la Unión Europea. El desafío de las cooperaciones reforzadas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010.

De Gregorio Merino, A., «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, núm. 71, pp. 11-26.

Grimm, D., «The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case», *European Law Journal*, 21 (4), 2015, pp. 460-473.

Kölling, M., «La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE?», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 37, 2022.

López Basaguren, A., «Brexit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 111-140.

Martín y Pérez de Nanclares, J., «La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 121-159.

Medina Bernabé, S., «Presupuesto y valores comunes en la Unión Europea: Mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y su aplicación a Hungría», *Revista española de derecho europeo*, núm. 89, 2024, pp. 55-92.

Meunier, P., «Conditionnalité démocratique, développement durable et politique commerciale de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm. 4, 2021, pp. 91-126.

Polak, P. R., «EU withdrawal law after Brexit: the emergence of a unique legal procedure», en J. Santos Vara, R. A. Wessel y P. R. Polak (eds.), *The Routledge handbook on the international dimension of Brexit*, Routledge, 2021, pp. 58-72.

Schmidt, M., y Bogdanowicz, P., «The Infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU», *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, pp. 1061-1100.

Spieker, L. D., «Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis», *German Law Journal*, vol. 20, 2019, pp. 1183-1213.

URBANEJA CILLÁN, J., «El régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿un mecanismo efectivo de garantía del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea?», *Revista española de derecho europeo*, núms. 78-79, 2021, pp. 139-199.

URREA CORRES, M., «Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París: la respuesta europea frente al terrorismo internacional», *Revista española de derecho europeo*, núm. 57, 2016, pp. 13-34.

VON BOGDANDY, A., BOGDANOWICZ, P., CANOR, I., TABOROWSKI, M., y SCHMIDT, M., «A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines», *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, pp. 983-996.

CAPÍTULO 3

LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Xabier Arzoz Santisteban

RESUMEN

Los grandes objetivos económicos de la Unión Europea son el bienestar de sus pueblos, el establecimiento de un mercado interior y el establecimiento de una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro (art. 3 TUE). Al servicio de esos objetivos, se transfieren a la Unión una serie de competencias (exclusivas, compartidas, de fomento o de coordinación) y se le reconoce diversos medios e instrumentos para alcanzarlos. Algunos de esos objetivos también obligan a los Estados miembros por mandato expreso de los Tratados.

CONCEPTOS CLAVE

Cohesión económica, social y territorial; Competencias económicas de la Unión; Competencias económicas de los Estados miembros; Libre competencia; Mercado común; Mercado único; Objetivos económicos; Solidaridad; Unión económica y monetaria.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 3-6, 26 y 27 TUE.
Arts. 7, 119-120, 121-122, 125-126, 143, 145, 147, 151, 175 y 345 TFUE.
Protocolo núm. 27 sobre mercado interior y competencia.
Protocolo núm. 28 sobre cohesión económica, social y territorial.

SUMARIO: I. La evolución de los objetivos económicos y de los medios para alcanzarlos.–II. Los objetivos económicos actuales de la Unión Europea.–III. Los principios económicos de la Unión Europea. *1. La neutralidad con el régimen de propiedad. 2. Libre competencia, economía social de mercado y economía de mer-*

cado abierta. 3. La solidaridad y la cohesión económica, social y territorial.–IV. Las competencias económicas de la Unión Europea. *1. Las competencias exclusivas. 2. Las competencias compartidas. 3. Las competencias de fomento. 4. Las coordinación de las políticas económicas de empleo y sociales*.–V. Los límites a las competencias económicas de los Estados miembros.–VI. Memento.–Bibliografía básica

I. LA EVOLUCIÓN DE LOS OBJETIVOS ECONÓMICOS Y DE LOS MEDIOS PARA ALCANZARLOS

Durante décadas los objetivos económicos fueron los únicos o los primordiales de las Comunidades Europeas. Después del éxito alentador del Tratado de París que dio lugar a la Comunidad Económica del Carbón y del Acero se proyectaron seguidamente otras dos Comunidades Europeas con el fin de alcanzar una integración política y militar como complemento de la económica. Así, la Comunidad Política Europea aspiraba a erigirse en el marco político de la ya creada CECA, así como de la proyectada Comunidad Europea de Defensa y de otras comunidades europeas sectoriales todavía por crear, con un sistema parlamentario de dos cámaras, el embrión de un tribunal constitucional basado en el Tribunal de Justicia de la CECA y el compromiso con la protección de los derechos fundamentales.

No obstante, las Comunidades Política y de Defensa no cuajaron y el proyecto de integración europea se mantuvo con un perfil eminentemente económico. Las tres Comunidades Europeas iniciales se proponían principalmente objetivos económicos relacionados con una integración económica: en síntesis, el establecimiento progresivo de un mercado común completado con una unión aduanera, apoyado en cuatro libertades económicas fundamentales (libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales) y reforzado por un régimen de control de las ayudas de Estado, otro de supervisión de las decisiones y prácticas empresariales anticompetitivas, y algunas políticas sectoriales, siendo la más importante inicialmente la política agrícola común. De las tres, la Comunidad Europea «generalista» no ocultaba su naturaleza: se denominaba «Comunidad Económica Europea». Paulatinamente se fueron incorporando políticas complementarias, en materia ambiental, social y de cohesión, y con el tiempo se añadieron también objetivos explícitamente políticos, como la ciudadanía europea, la definición de una política exterior y de seguridad común o la cooperación en asuntos policiales y jurisdiccionales. Solo con el Tratado de Maastricht, la «Comunidad Económica Europea» pasó a ser

«Comunidad Europea», para subrayar que su ámbito de actuación no se reducía a lo económico.

La Constitución económica forma parte integrante del ordenamiento constitucional general de la Unión y hoy no puede separarse de las demás disposiciones de naturaleza constitucional de los Tratados. Su importancia para el proceso de la integración europea ha sido crucial. Aunque la Constitución económica como tal esté centrada en el funcionamiento de la economía, y lo estuviera también en el caso de las Comunidades Europeas, durante décadas fue el principal vehículo de creación de una unidad política supranacional.

La finalidad de esta sección introductoria es destacar la triple evolución de las competencias económicas, los objetivos económicos y los medios para alcanzar estos últimos. En 1986, del objetivo inicial del «mercado común» entendido meramente como apertura de fronteras y ausencia de aranceles aduaneros se pasó al del «mercado interior», concebido en términos más ambiciosos: «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado» (antiguo artículo 7A TCEE, luego artículo 14 TCE, hoy artículo 26.2 TFUE). El cambio no es meramente semántico. De la mera apertura o porosidad de las fronteras en un imaginario «mercado común» superpuesto a los nacionales, pero sin sustituir a estos, a su supresión con el fin de «fabricar» un mercado único que los integrara a todos: la mera integración negativa debía ceder el protagonismo a la integración positiva, al menos en el orden de las ideas, de forma que las actividades económicas quedaran progresivamente sujetas a normas y decisiones supranacionales.

El énfasis en la integración positiva poseía la virtud, cuando menos, de indicar que correspondía a los actores políticos comunitarios la responsabilidad del proceso de integración. No obstante, ello no arredró al Tribunal de Justicia quien, de forma paralela, comenzó a impulsar decididamente la integración «negativa» interpretando extensivamente el contenido de las libertades económicas fundamentales: la aplicabilidad de las normas nacionales se condicionaba a que no generasen obstáculo alguno, ni siquiera indirecto, al ejercicio de aquellas, fuera o no esa su finalidad original.

Hacia 1992 se completó el mercado interior en términos generales para los productos industriales y comerciales, pero quedaron al margen en gran medida los servicios económicos y, sobre todo, los sectores estratégicos de las economías nacionales (energía, transporte y telecomunicaciones), generalmente protegidos bajo la consideración de servicios públicos. Sobre ellos se seguirá incidiendo hasta nuestros días pues se trata de procesos complejos no concluidos del todo.

La transición de unos mercados prácticamente cerrados a unos mercados parcialmente liberalizados es compleja y exige tiempo. Su ordenación europea requiere, además, una larga preparación y negociación, con consultas con los sectores afectados y amplios acuerdos entre los Estados miembros. Estos últimos pueden tener distintos planteamientos sobre los ritmos y alcances de las políticas de liberalización. El vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es sensible a ello, y su artículo 27 obliga a la Comisión a tener en cuenta, en el momento de formular sus propuestas encaminadas a la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26, «la importancia del esfuerzo que determinadas economías, que presenten un nivel de desarrollo diferente, tendrán que realizar para el establecimiento del mercado interior, y podrá proponer las disposiciones adecuadas»; si dichas disposiciones adoptaren la forma de excepciones, «deberán tener carácter temporal y perturbar lo menos posible el funcionamiento del mercado interior».

La necesidad de crear el mercado único integrando una pluralidad de mercados nacionales provocó que, durante mucho tiempo, la integración europea fuera identificada casi exclusivamente con procesos y programas de liberalización, privatización y desregulación. Especialmente durante los años posteriores a la adhesión de España a las Comunidades Europeas (1986), el objetivo era introducir la competencia, eliminando las barreras que protegían a las economías nacionales y los monopolios estatales y revisando la intrincada maraña reguladora de los servicios públicos. Toda esa acción de desregulación, liberalización y reforma de las economías nacionales, auspiciada por la integración europea, le dio a esta, y por extensión a su Derecho, una connotación liberal en algunos círculos de opinión.

En realidad, no era más que un elemento parcial de la integración europea; transitorio, aunque prolongado en el tiempo; y, en cualquier caso, necesario para el establecimiento de un mercado interior. No se trataba de desarmar al Estado, sino de redefinirlo y reformarlo para fortalecerlo en el escenario competitivo global: había que incorporar al mercado actividades y sectores que, anteriormente, en el seno de economías nacionales más o menos desvinculadas, habían estado excluidos de las reglas del mercado y sometidos a una intervención y dirección estatal intensa (nacionalización, planificación, regulación económica).

En cualquier caso, al mismo tiempo que impulsaban una regulación promotora de la competencia, las instituciones europeas promovían el desarrollo de las redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y la energía y desarrollaban políticas de cohesión económica y social que contribuían a la modernización de las infraestructuras y la

mejora de las condiciones de vida de los trabajadores o de los residentes en regiones menos favorecidas (Fondos Estructurales, Fondo de Cohesión).

Antes de alcanzar un objetivo económico mediante la adopción del correspondiente Derecho derivado, las reformas de los Tratados introducían otros nuevos. Así, en 1992 se incluyó el objetivo de la unión económica y monetaria. La preparación de la integración monetaria obligaba también a diversas reformas estructurales (p.e., la independencia de los bancos centrales nacionales) y a crear nuevas estructuras institucionales comunes (que culminarían en el Banco Central Europeo y en el Sistema Europeo de Bancos Centrales). Para entrar en la tercera fase de la unión monetaria, en particular, habían de cumplirse los «llamados criterios de convergencia» (hoy en el artículo 140 TFUE y Protocolo núm. 13). El cumplimiento de esos criterios trajo consigo nuevos e importantes condicionantes para las economías nacionales: la reducción del déficit público, el control de la inflación, la estabilidad y el equilibrio presupuestario. Ese proceso avanzó definitivamente con la introducción del euro el 1 de enero de 2002. De nuevo parecía predominar una imagen de la integración europea como imposición externa y como factor de limitación del margen estatal de actuación, pues se afectaba ahora a las políticas de gasto público, incluidas las de carácter social. No obstante, esa estabilidad macroeconómica era imprescindible para garantizar la prosperidad en la eurozona y para evitar que los problemas macroeconómicos de un Estado miembro afectaran a la solvencia de la moneda única.

La crisis económica y financiera iniciada en 2008 también ha traído novedades en la Constitución económica. Por un lado, el Banco Central Europeo asumió la competencia en materia de supervisión microprudencial de las instituciones financieras significativas. Por otro lado, en 2010 se crearon mecanismos de estabilidad financiera para ayudar a las Estados miembros necesitados de asistencia financiera dentro de la eurozona (Irlanda en 2010, Portugal en 2011, España en 2012, Chipre en 2013, y Grecia en 2011 y 2015). Inicialmente creados por los Estados de acuerdo con su capacidad jurídico-internacional, esto es, fuera del ámbito de la Unión, posteriormente se vincularon a esta. Para ello fue necesario incluir un nuevo apartado tercero en el artículo 136 TFUE, con el siguiente tenor: «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas». Esa modificación se aprobó por Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011, con arreglo al procedimiento de revisión simplificado previsto en el artículo 48.6 TUE. Técnicamente no suponía una nueva competencia, sino un nuevo medio para alcanzar los objetivos de la Unión.

II. LOS OBJETIVOS ECONÓMICOS ACTUALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La mejor forma de constatar la complejidad actual de la integración europea es examinar los objetivos de la Unión tal como están establecidos en el Derecho primario. A la consecución de los objetivos económicos se dedica todavía hoy una parte sustantiva de la acción de la Unión Europea, pero están hoy entrelazados con objetivos sociales particularmente exigentes.

Inmediatamente a continuación de los valores de la Unión (art. 2 TFUE), el artículo 3 TUE establece los fines de la Unión, que deben ser interpretados a la luz de aquellos. Los apartados 1, 3 y 4 definen los objetivos socio-económicos de la Unión:

> «1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.»
>
> «3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.
>
> La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.
>
> La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.
>
> La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.»
>
> «4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.»

Al igual que los demás objetivos, también los económicos deben ser alcanzados o promovidos con las competencias (legislación, coordinación o fomento), en la forma (reglamento, directiva, decisión, recomendación, advertencia, etc.) y según los ritmos que establecen los Tratados (arts. 3.6 TUE y 7 TFUE). Así, por ejemplo, la Unión debe contribuir al objetivo de un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones, y, en cualquier caso, respetando las competencias de los Estados miembros (art. 147.1 TFUE). Al mismo tiempo, la Unión, al formular y aplicar sus políticas y medidas, esto es, dentro de sus competencias, debe tener en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo (art. 147.2 TFUE): en suma, se trata de un objetivo transver-

sal que se proyecta sobre el ejercicio de todas las competencias de la Unión, ya sean sociales, económicas o de otro tipo.

Algunas políticas de la Unión tienen sus propios objetivos prioritarios respecto a los objetivos generales de la Unión del artículo 3 TUE. Así, la política monetaria de la eurozona tiene como objetivo fundamental la estabilidad de los precios y solo en la medida en que ello sea compatible («sin perjuicio de este objetivo»), podrá apoyar las políticas generales de la Unión con el fin de contribuir «a la realización de los objetivos de la Unión establecidos en el [artículo 3 TUE]» (art. 127.1 TFUE).

Una parte de los objetivos económicos mencionados en el artículo 3 TUE obligan también a los Estados miembros por mandato expreso de los Tratados. Así, los Estados miembros deben conducir sus políticas económicas, para lo que son primordialmente competentes, con miras a alcanzar también los objetivos del pleno empleo y de la cohesión económica, social y territorial (art. 175 TFUE).

De la lectura de los apartados que el artículo 3 TUE dedica a los objetivos económicos se pueden extraer dos conclusiones. La primera es que los objetivos económicos y sociales de la Unión presentan en la actualidad la misma heterogeneidad, pluralidad y complejidad que caracteriza a los fines de las políticas económicas y sociales que se pueden encontrar en los textos constitucionales más modernos. Siguen incluyéndose objetivos puramente instrumentales, como el establecimiento de un mercado interior y una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro, y que en gran parte han sido conseguidos. No obstante, a la hora de definir sus objetivos, la Unión no se conforma solo con la creación de elementos o instituciones abstractas de integración económica, como el mercado interior y la unión aduanera (definida en el artículo 28.1 TFUE), la exigencia de una estructura competitiva, el establecimiento de políticas instrumentales al servicio de la libre competencia o la proclamación de libertades económicas fundamentales. También se incluyen criterios finalistas como el desarrollo sostenible, el crecimiento económico equilibrado, la economía social de mercado tendente al pleno empleo y el progreso social, y la cohesión económica, social y territorial. Todos ellos son vinculantes en la misma medida, y las políticas dirigidas a su consecución deberán guardar coherencia entre sí (art. 7 TFUE).

De esta forma, el artículo 3 TUE utiliza nociones que se encuentran también, de forma más dispersa, en la Constitución española: en el Preámbulo (promover el progreso de la economía), el artículo 39.4 (protección de la infancia), el artículo 40.1 (progreso social y económico, distribución de la renta regional más equitativa, política de estabilidad económica, política orientada al pleno

empleo), el artículo 41 (protección social), el artículo 44 (promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica), el artículo 45 (proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la solidaridad colectiva), el artículo 50 (suficiencia económica y bienestar durante la tercera edad) o el artículo 138 (principio de solidaridad, equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español).

La segunda conclusión, refrendada además con la comparación realizada con disposiciones homólogas de la Constitución española, es que los objetivos sociales y económicos de la Unión Europea expresan la «visión europea» del Estado, la sociedad y el mercado; es decir, lo que en ocasiones se conoce como «modelo social europeo», en cuyo interior existen sin duda variantes (tantos «estados del bienestar» o «estados sociales de derecho» como Estados miembros) pero, desde el exterior, caracteriza a la Unión Europea como unión política y económica y diferencia su modelo del de otras potencias económicas (EE. UU., Japón, China) y de otras iniciativas de cooperación económica y de integración de mercados nacionales (Tratado de Libre Comercio, Mercosur, Pacto Andino, ALCA, APEC).

La proclamación de los valores en el artículo 2 TUE y la ampliación de los fines de la Unión Europea en el artículo 3 TUE plantean también algunos problemas. Por un lado, la amplitud y la heterogeneidad de esos valores y fines no se corresponden con las competencias reconocidas a la Unión: la competencia de la Unión sigue sin ser universal, sino limitada por el principio de atribución. Ese desfase entre valores y fines, por un lado, y competencias, por otro, es fuente de confusión en la ciudadanía. Por otro lado, las instituciones de la Unión tienen ahora que perseguir un número mayor de fines, ampliando su capacidad de elección y diseño de políticas. Las instituciones de la Unión tienen más espacio «político» para seleccionar «los medios apropiados» con los que perseguir los objetivos de los Tratados, que por su amplitud y heterogeneidad no son plenamente o siempre conciliables: la libre competencia o el mercado no son los únicos objetivos, y en ocasiones deberán ceder ante otros fines. Sin embargo, esa considerable ampliación en la capacidad «política» de elección de las instituciones de la Unión no ha sido acompañada de una correlativa profundización del principio democrático: se incrementa la responsabilidad política de la Unión, pero no sus recursos de legitimación democrática. Algunos autores consideran que la activación de una dimensión social de la Unión y el énfasis en la llamada «integración positiva» requerirían una mayor legitimación democrática (Luczak 2009: 417-419). Cuando menos, las elecciones que realicen las instituciones de la Unión deberán fundamentarse estrictamente en las disposiciones de los Tratados si no quieren encontrar problemas de aceptación.

III. LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. **La neutralidad con el régimen de la propiedad**

Desde sus inicios el Derecho de la Unión contiene dos salvaguardias. La primera, respecto al régimen de la propiedad. De acuerdo con el artículo 345 TFUE, «los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Esta disposición, de sentido algo enigmático, como señaló el abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en 2001 [1], procede directamente de la Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950 («L'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises»).

El artículo 345 TFUE no quiere decir que el Derecho de la Unión no pueda interferir con la regulación nacional del contenido del derecho fundamental a la propiedad privada, siempre que la medida en cuestión se base en una de las competencias de la Unión. Si no fuera así, no se comprendería por qué el Derecho de la Unión puede contribuir a definir el contenido del derecho fundamental a la libertad de empresa o el derecho a ejercer una ocupación, pero no el del derecho a la propiedad privada. Lo que se protege no es (la configuración de) un concreto régimen de la propiedad, sino la atribución de titularidad sobre los bienes que realiza el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, la neutralidad exigida por el artículo 345 TFUE en relación con los regímenes de propiedad privada «no produce el efecto de sustraer los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a las reglas fundamentales del Tratado FUE, entre las que se encuentran, en particular, las de no discriminación […]» [2].

En las conclusiones antes mencionadas, el abogado general Ruiz-Jarabo defendió una interpretación amplia del precepto: a su juicio, el precepto mencionado declara «la neutralidad del Tratado en lo tocante a la titularidad de las empresas, entendidas en sentido económico, es decir, como medios de producción» y por tanto se refiere «al conjunto ideal de normas de todo tipo, tanto de origen jurídico-privado, como de derecho público, que son capaces de otorgar la titularidad económica de una empresa, es decir, que permiten a quien la ostenta ejercer una influencia decisiva en la definición y en la ejecución de todos o algunos de sus objetivos económicos» [3]. En el contexto del análisis sobre la

[1] Abogado general Ruiz-Jarabo Colomer, conclusiones en los asuntos acumulados C-367/98, C-483/99 y C-503/99, puntos 40 y sigs.

[2] STJ de 22 de octubre de 2013, as. ac. C-105/12 a C-107/12, *Staat der Nederlanden*, apdos. 29 y 36.

[3] Abogado general Ruiz-Jarabo Colomer, conclusiones en los asuntos acumulados C-367/98, C-483/99 y C-503/99, puntos 52, 54.

compatibilidad con los Tratados de diversas modalidades nacionales de «acción de oro» (*golden share*), el abogado general aceptó más posibilidades de intervención nacional que la mera dicotomía defendida por la Comisión (régimen público vs. régimen privado), argumentando que el precepto comentado no debía entenderse en sentido jurídico, sino económico, y que, en consecuencia, amparaba «toda medida que, a través de la intervención en el sector público, entendido en sentido económico, permite al Estado contribuir a la configuración de la actividad económica de la nación» (*ibid*., punto 56). Según esta interpretación amplia del precepto, correspondería a los Estados miembros no solo decidir qué bienes están sometidos en bloque a un régimen de propiedad pública y cuáles a un régimen de propiedad privada, sino también establecer otro tipo de reglas y mecanismos –como la «acción de oro»– que les permitan intervenir en las decisiones de los operadores económicos. El Tribunal de Justicia no le siguió en esa interpretación tan amplia.

Por su parte, en sus comunicaciones, informes sobre política de la competencia y decisiones sobre ayudas de Estado, la Comisión invoca recurrentemente el artículo 345 TFUE (o sus precedentes, con idéntico contenido) en dirección contraria: para reforzar el «criterio del operador en una economía de mercado» que delimita el concepto de ayuda de Estado y que fundamenta que las empresas públicas sean tratadas de igual forma que las privadas y que, por ejemplo, se consideren como ayudas de Estado las adquisiciones o intervenciones públicas en el capital de empresas privadas que no respondan a la racionalidad propia de un inversor privado.

El Tribunal de Justicia se ciñe a una interpretación literal del precepto. Así, en formación de Gran Sala, ha admitido que una prohibición nacional de privatizar las sociedades gestoras de red de electricidad y gas está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 345 TFUE, y que «el interés que subyace a la opción del legislador entre régimen de propiedad pública o privada del gestor de red de distribución de electricidad o de gas […] puede tomarse en consideración como razón imperiosa de interés general»: esto es, como «elementos que pueden justificar restricciones a la libre circulación de capitales» (STJ de 22 de octubre de 2013, as. ac. C-105/12 a C-197/12, *Staat der Nederlanden*, apdos. 53 y 55).

La segunda salvaguardia, consagrada actualmente en el artículo 346 TFUE, se refiere a la producción y el comercio de los productos con fines militares. En virtud de esta disposición, todo Estado miembro puede adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deben alterar las condiciones de

competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares. No es que la producción o el comercio de los productos con fines militares no sean actividades económicas: lo son, pero no se les aplica las disposiciones de los Tratados.

2. LIBRE COMPETENCIA, ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y ECONOMÍA DE MERCADO ABIERTA

Las expresiones «libre competencia», «economía social de mercado altamente competitiva» y «economía de mercado abierta y de libre competencia» se encuentran en el Derecho primario de la Unión. Comenzaremos indicando en qué disposiciones se encuentran y luego se analizarán sus implicaciones.

La libre competencia era uno de los principios capitales del Derecho comunitario surgido en 1957. El Tratado CEE ya incluía una referencia explícita a un «régimen que garantiza que no se falsea la competencia» [artículo 3.1 g)]. La referencia fue excluida del texto del Tratado de Lisboa, pues una expresión similar contenida en el fracasado Tratado Constitucional fue criticada en los referéndums nacionales de dicho Tratado como expresión del sesgo liberal de la integración europea. No obstante, reaparece en su Protocolo núm. 27, sobre mercado interior y competencia (que forma parte igualmente del Derecho primario): «el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia». En el ámbito especifico de la política económica se habla de «economía de mercado abierta y de libre competencia».

El Tratado de Lisboa se refiere en el artículo 3 TUE, dentro de los objetivos de la Unión, a una «economía social de mercado altamente competitiva», expresión que proviene del Tratado Constitucional. La fórmula «economía social de mercado» evoca la expresión homónima que, desde la Segunda Guerra Mundial, se utiliza en Alemania para definir su exitoso modelo económico en contraposición tanto al de la «economía libre de mercado» (capitalismo) como al de la economía estatalizada y planificada (comunismo). No obstante, conviene advertir de que, en origen, no se trataba de una economía mixta, sino de una economía basada en el pensamiento ordoliberal de la Escuela de Friburgo: el Estado no debía obstaculizar el funcionamiento de la competencia; las medidas estatales eran posibles, pero su legitimidad dependía de que se orientaran al funcionamiento de los mecanismos de mercado y a ellos se subordinaran. La intervención estatal se centraba en el marco macroeconómico: un control efectivo de los cár-

teles, la garantía de la autonomía privada y ocasionalmente una política de estímulo de la demanda con el fin de alcanzar el pleno empleo.

Aunque existe cierta controversia al respecto, las mencionadas expresiones que se encuentran en los Tratados no indican direcciones divergentes ni contrapuestas: son expresiones que a lo sumo revelan acentos distintos. El Tratado de Lisboa no ha buscado una sustitución de los principios tradicionales por un modelo alternativo en el que prime lo social o este adquiera la misma relevancia que lo económico. Antes del Tratado de Lisboa ya se hablaba de un «alto nivel de protección social» (art. 3 TCE) y del fomento del progreso económico y social (art. 2.1 TUE); y los Tratados incluían la política social y un Fondo Social Europeo entre las líneas de actuación. Tampoco hay que dar por buena la hipótesis contraria: que a principios del siglo XXI se haya incorporado tácitamente o se haya pretendido revitalizar, a través de la utilización de una expresión homónima, el modelo económico implantado en Alemania en los años cincuenta del siglo pasado. Más bien cabe pensar lo contrario: que el modelo ordoliberal influyó en el diseño de Tratado de la Comunidad Económica Europea, con su énfasis en el establecimiento de un mercado común y en el régimen aplicable a los cárteles y a las ayudas de Estado; pero, posteriormente, ese diseño se fue adaptando a las economías de los nuevos Estados miembros, las sucesivas reformas de los Tratados, la ampliación de competencias y la globalización.

La interpretación más sensata es la de una relativa continuidad, si bien con una mayor apertura a lo social: la referencia a la «economía "social" de mercado» puede considerarse una tímida consagración de un «principio social» o «de Estado social» que, llegado el caso, pueda moderar la «economía de mercado altamente competitiva» que luce, en el artículo 3.3 TUE, como objetivo de la Unión. Y esa connotación o modulación debe ser interpretada y aplicada a la luz de los valores del artículo 2 TUE y en el contexto de los demás fines del artículo 3.3 TUE, que también se proyectan sobre el mercado interior. Las disposiciones que contienen fines proporcionan criterios interpretativos de las demás disposiciones de los Tratados, pero no generan competencias.

La libre competencia es el principio regulador del mercado interior, junto a las libertades económicas fundamentales. La libre competencia no puede alcanzarse, cuando menos en la visión europea del gobierno y el mercado, sin una regulación que la garantice y una política que la supervise y haga cumplir: esto es, con un régimen de intervención pública que garantice el cumplimiento de las reglas de juego del mercado. Lo que la libre competencia persigue se puede resumir así: «Una estructura socio-económica en la que los precios reflejan la relación entre oferta y demanda, y no el poder económico o político

de las empresas, garantiza una eficiente asignación de los recursos económicos y propicia por ello una mayor prosperidad colectiva (que en las últimas décadas suele identificarse con el bienestar del consumidor). Es por ello fundamental que todas las empresas puedan ofertar en igualdad de condiciones sus bienes y servicios, y hacerlo en todo el territorio de la Unión Europea» (Menéndez Menéndez 2020: 149).

El protagonismo del mercado como institución (en sus diversas caracterizaciones: común, interior, único) siempre ha sido enorme en el Derecho de la Unión Europea. No obstante, tradicionalmente constituía el principal «instrumento» de la integración europea. En la actualidad se configura expresamente como uno de los «fines» de la Unión (art. 3.3 TUE: «La Unión establecerá un mercado interior»), al mismo nivel que el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores (art. 3.2 TUE) y de la unión económica y monetaria (art. 3.4 TUE). Esto tiene algunas implicaciones: el mercado común o interior entendido como ausencia de obstáculos significativos a la libre circulación, perseguible mediante la integración negativa, no es suficiente o al menos no agota el fin de la Constitución económica. El mercado interior como institución es un fin que no se concibe exclusivamente como una ausencia de obstáculos, sino que requiere medidas de integración positiva. Ciertamente, el Tratado recuerda que la Unión perseguirá esos objetivos «por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados» (art. 3.6 TUE).

En suma, la perspectiva actual del mercado interior no es «solo» la de un espacio «económico» caracterizado por la ausencia de fronteras interiores. Es «también» la de un espacio que deberá ser respetuoso con «el desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» (art. 3.2 TUE).

La peculiaridad de la Constitución económica de la Unión Europea es que se proyecta sobre dos planos al mismo tiempo y con similar intensidad. No solo supervisa y procura neutralizar el poder económico «privado», como igualmente hacen en mayor o menor medida los ordenamientos jurídicos estatales, aunque la Unión atiende especialmente a los comportamientos cuyos efectos se extienden al territorio de más de un Estado miembro. También supervisa el poder que «los Estados miembros» ejercen sobre la estructura institucional del mercado, en su triple condición de legisladores, adjudicadores de beneficios económicos y empresarios. El principio de economía de mercado abierta y de libre competencia se aplica por igual a la Unión y a los Estados

miembros. Estos últimos también deben llevar a cabo sus políticas económicas respetando dicho principio (art. 120 TFUE). Se trata de una exigencia específica de homogeneidad estructural en materia económica entre la Constitución de la Unión y la de los Estados miembros. La única diferencia es que la función limitadora de la Constitución económica europea está menos desarrollada por lo que respecta a la actuación de las instituciones de la Unión. En cualquier caso, las libertades económicas fundamentales y los derechos fundamentales de la Carta de contenido económico les son igualmente aplicables.

Como ámbito específico, la política económica de la Unión se rige, según proclaman los artículos 119 y 120 TFUE, por el principio de economía de mercado abierta y de libre competencia. De acuerdo con el artículo 119.1 TFUE, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. El principio se reitera con respecto a la definición y aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única (art. 119.2 TFUE) y a la actuación del Sistema Europeo de Bancos Centrales, cuyo objeto principal es mantener la estabilidad de los precios (art. 127.1 TFUE).

El principio debe entenderse, de acuerdo con la visión europea, referido a una economía «social» de mercado, tal como se señala explícitamente en el artículo 3 TUE y se desprende de diversas disposiciones de los Tratados aplicables a otras políticas. Así, las propias normas de competencia aplicables a los Estados incorporan la necesaria conciliación de la libre competencia con consideraciones y fines sociales. Por ejemplo, las ayudas de Estado de carácter social concedidas a los consumidores individuales, sin discriminaciones basadas en el origen de los productos, o las ayudas a destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales son compatibles con el mercado interior (art. 107.2 TFUE); y las ayudas que atiendan al desarrollo económico de regiones desfavorecidas pueden ser declaradas compatibles (art. 107.3 TFUE).

3. **La solidaridad y la cohesión económica, social y territorial**

El principio de solidaridad tiene diversas manifestaciones en el Derecho de la Unión. La primera y más importante manifestación es la cohesión económica, social y territorial, cuyo fomento, como afirma el Protocolo núm. 28, «es vital para el pleno desarrollo y el éxito continuado de la Unión». Varias

políticas de la Unión articulan de forma estructural el objetivo de la cohesión económica, social y territorial: la propia política de cohesión económica, social y territorial (arts. 174-178 TFUE), pero también la política de redes transeuropeas (arts. 170-172 TFUE). El objetivo de la política de cohesión es reducir las disparidades en el nivel de ingresos y bienestar entre los Estados miembros y sus regiones.

La cohesión económica y social ha estado entre las preocupaciones europeas desde los Tratados de Roma (1957), que ya la mencionaron en el preámbulo del Tratado CEE y contemplaron incluso la creación del Fondo Social Europeo. Con el Acta Única Europea (1986), la cohesión económica y social se convirtió en una competencia de la Comunidad Europea. Aunque las disparidades regionales han estado siempre en el punto de mira, la dimensión territorial de la cohesión como elemento específico fue incluida por primera vez con el Tratado de Lisboa (2007).

En segundo lugar, la Unión preserva un lugar privilegiado para una noción de servicios públicos compatible con la libre competencia (compárese artículo 106.2 TFUE): en la jerga de la Unión, se trata de los «servicios de interés económico general». De acuerdo con el artículo 14 TFUE, «a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial», la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido.

En tercer lugar, el Derecho primario de la Unión contempla cláusulas de asistencia mutua entre los Estados miembros en supuestos especiales.

Los dos apartados del artículo 122 TFUE prevén cláusulas de asistencia mutua o solidaria para crisis económicas y para acontecimientos excepcionales. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir, «con un espíritu de solidaridad entre Estados miembros», medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía. Esta ha sido la base jurídica para adoptar medidas de asistencia financiera a los Estados miembros durante la crisis pandémica. Asimismo, en caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión. Este segunda habilitación, más específica que la

anterior, fue utilizada durante la crisis financiera de 2008 para ayudar a los Estados miembros con dificultades presupuestarias y que no podían obtener financiación de los mercados.

El artículo 143 TFUE recoge otra cláusula para el caso de dificultades o de amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro que no forma parte del euro, que puedan, en particular, comprometer el funcionamiento del mercado interior o la realización de la política comercial común. En esos casos, la Comisión procederá sin demora a examinar la situación de dicho Estado, así como la acción que este haya emprendido o pueda emprender con arreglo a lo dispuesto en los Tratados, recurriendo a todos los medios que estén a su alcance. La Comisión indicará las medidas cuya adopción recomienda al Estado interesado. Si la acción emprendida por el Estado miembro afectado y las medidas sugeridas por la Comisión resultaren insuficientes para superar las dificultades surgidas o la amenaza de dificultades, la Comisión recomendará al Consejo, previa consulta al Comité Económico y Financiero, la concesión de una asistencia mutua y los métodos pertinentes. La asistencia mutua podrá revestir, en particular, la forma de: a) una acción concertada ante otras organizaciones internacionales a las que puedan recurrir los Estados miembros acogidos a una excepción; b) medidas necesarias para evitar desviaciones del tráfico comercial, cuando el Estado miembro que esté en dificultades mantenga o restablezca restricciones cuantitativas respecto de terceros países; c) concesión de créditos limitados por parte de otros Estados miembros, cuando estos den su consentimiento.

IV. LAS COMPETENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Los artículos 3-6 TFUE señalan los ámbitos principales en los que la Unión Europea tiene competencia exclusiva, compartida, de coordinación o meramente de fomento. Esos preceptos no ofrecen una distribución competencial acabada, pues solo pretenden sistematizarla para hacerla más accesible y transparente a los ciudadanos. Era una de las innovaciones de carácter político-constitucional del Tratado Constitucional, que, tras el fracaso de este, se ha preservado en el Tratado de Lisboa. Como recuerda el artículo 2.6 TFUE, el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión «se determina» en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito. Por tanto, dicho en la jerga de la Unión, las «bases jurídicas» de los actos de las instituciones de la Unión se deberán buscar en las disposiciones competenciales de los Tratados, no en los artículos 3-6 TFUE. Con el mismo afán de clari-

ficación, el artículo 2 TFUE define con carácter general lo que se entiende por competencia exclusiva, compartida, de coordinación o de fomento. En lo que sigue se detallan las competencias económicas atribuidas a la Unión Europea en los artículos 3 a 6 TFUE.

1. **Las competencia exclusivas**

La Unión dispone de competencia exclusiva en cinco ámbitos: la unión aduanera, el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común y la política comercial común.

En esos ámbitos, de acuerdo con el artículo 2.1 TFUE, solo la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. La competencia exclusiva de la Unión también incluye la competencia para celebrar acuerdos internacionales cuando ello sea necesario para ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance.

2. **Las competencias compartidas**

La categoría de competencias compartidas es la más amplia, por ser la regla general. En materia económica, las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se extienden a los siguientes ámbitos principales: el mercado interior, con exclusión de las normas de competencia para su funcionamiento; la política social, en los aspectos definidos en el Tratado de Funcionamiento; la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; y la energía.

En esos ámbitos, de acuerdo con el artículo 2.2 TFUE, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los Estados miembros podrán ejercer su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

3. Las competencias de fomento

La Unión dispondrá también de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Entre los ámbitos de estas acciones se incluyen la industria y el turismo (art. 6 TFUE). Los fines y límites específicos de la acción de la Unión en esos ámbitos se establecen en los artículos 173 y 195 TFUE, respectivamente. En esencia, la Unión tiene competencia para complementar la acción de los Estados miembros en el sector industrial y turístico, en particular promoviendo la competitividad de las empresas de la Unión. Las competencias de fomento no permiten adoptar medidas de armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

4. La coordinación de las políticas económicas, de empleo y sociales

Los Estados miembros siguen siendo responsables de sus políticas económicas, de empleo y sociales, pero la Unión está facultada para tomar medidas o iniciativas para garantizar su coordinación (arts. 2.3 y 5 TFUE). La competencia de coordinación no implica transferencia a la Unión de la competencia coordinada. Los titulares de las competencias coordinadas siguen siendo los Estados miembros, y la Unión no puede sustituirles en esos ámbitos (por analogía a lo previsto en el artículo 2.5 TFUE).

La competencia de coordinación suele concretarse en tres potestades en el ámbito concernido: la adopción de orientaciones generales, la supervisión de las políticas nacionales y la emisión de recomendaciones a quien se desvíe de las orientaciones generales o las reglas de disciplina establecidas en los Tratados e incluso, en algunos supuestos, la imposición de medidas sancionadoras a los Estados miembros incumplidores. Veamos cómo operan esas competencias de coordinación, que no tienen correspondencia en la distribución competencial existente al interior de los Estados miembros.

El alcance de competencia de coordinación de las políticas económicas se precisa en el artículo 121 TFUE. Como sucede en toda competencia de coordinación, los sujetos coordinados, en este caso, los Estados miembros, deben informar a la Comisión acerca de las medidas importantes que hayan adoptado en relación con su política económica, así como de todos los demás aspectos que consideren necesarios. En segundo lugar, el Consejo puede adoptar las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros. En tercer lugar, el Consejo, basándose en informes presentados por la Comisión, supervisará la evolución económica de cada uno de los Estados miembros y de la Unión, así como la

coherencia de las políticas económicas con sus orientaciones generales y procederá regularmente a una evaluación global. Por último, si en esa supervisión multilateral se comprueba que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales del Consejo o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigirle una advertencia. A su vez, el Consejo, por recomendación de la Comisión, podrá dirigir las recomendaciones necesarias al Estado miembro de que se trate y, a propuesta de la Comisión, podrá decidir hacer públicas sus recomendaciones.

En materia presupuestaria existen normas específicas (art. 126 TFUE). En síntesis, la Comisión supervisa la situación presupuestaria y el nivel de endeudamiento público de los Estados miembros, con el fin de detectar errores manifiestos; el Consejo, a propuesta de la Comisión, puede dirigir recomendaciones al Estado miembro que tenga un déficit excesivo a fin de que ponga fin a esa situación en un plazo determinado; en caso contrario, le podrá dirigir una advertencia (ya con naturaleza decisional) con el mismo fin; y si no cumple tampoco la advertencia, el Consejo puede imponerle diversas medidas sancionadoras, incluidas multas (art. 121.11 TFUE).

El alcance de la competencia de coordinación de las políticas de empleo se precisa en el artículo 145 TFUE y sigs. Los Estados miembros y la Unión se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 TUE. Asimismo, la Unión contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones: al hacerlo, se respetarán las competencias de los Estados miembros.

Finalmente, la competencia de coordinación de las políticas sociales se estructura de forma similar (art. 151 TFUE y sigs.). En primer lugar, cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo, a la vista de las orientaciones referentes al empleo. En segundo lugar, basándose en las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo, elaborará anualmente orientaciones que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo (las cuales, a su vez, deberán ser compatibles con las orientaciones generales en materia económica del Consejo). En tercer lugar, el Consejo, basándose en los informes nacionales y tras recibir las opiniones del Comité de Empleo, efectuará

anualmente un examen de la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros a la vista de las orientaciones referentes al empleo. El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá formular recomendaciones a los Estados miembros, si lo considera pertinente a la vista de dicho examen. Sobre la base del resultado de dicho examen, el Consejo y la Comisión prepararán un informe anual conjunto para el Consejo Europeo sobre la situación del empleo en la Unión y sobre la aplicación de las orientaciones para el empleo.

La competencia de la Unión en materia social incluye también, como extensión de la competencia de coordinación, una facultad específica de fomento e, incluso, una competencia limitada de armonización de legislaciones. La Unión y los Estados miembros tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. La Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en diversos ámbitos, como la mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la información y la consulta a los trabajadores; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166 TFUE; la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo y la lucha contra la exclusión social.

A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. En la mayoría de los ámbitos mencionados, también se prevé la posibilidad de adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros: en otras palabras, una cierta armonización legislativa. En cualquier caso, quedan excluidas de las medidas de la Unión, armonizadoras o no, las que se refieran a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga o al derecho de cierre patronal (art. 153.5 TFUE).

V. LOS LÍMITES A LAS COMPETENCIAS ECONÓMICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Como señala el artículo 4.1 TUE, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros: es simplemente la consecuencia del principio de atribución, que rige la delimitación de las competencias de la Unión (art. 5.1 TUE).

La Unión no solo ha absorbido importantes competencias económicas de los Estados miembros, como el régimen aduanero o la política comercial con terceros países. También instrumentos clásicos de la política económica de los Estados miembros han sido prohibidos, sometidos a importantes condicionantes o bien desplazados a la Unión Europea y sus instituciones (Consejo, Comisión, Banco Central Europeo). Así, los Estados miembros no pueden legislar ni intervenir en la economía discriminando entre operadores nacionales y no nacionales; no pueden utilizar su potestad normativa o fiscal para incentivar las exportaciones o para dificultar las importaciones; no pueden desarrollar una actividad empresarial que no se sujete por entero a las normas de la competencia; no pueden subvencionar ni atribuir beneficios económicos selectivos (p. ej., bonificaciones fiscales) a productos o sectores económicos; no pueden crear deuda pública o gastar sin límite alguno aunque sea para impulsar el desarrollo o la cohesión económica (p. ej., mediante la creación o mejora de las infraestructuras) o mejorar la protección social, pues deben respetar el principio de estabilidad presupuestaria; y, si además pertenecen a la zona del euro, ya no pueden monetizar su deuda ni realizar devaluaciones de su moneda con el fin de hacer más atractivas sus exportaciones, porque la política monetaria ha quedado en manos de una autoridad independiente supranacional, el Banco Central Europeo.

En la actualidad los Estados miembros no pueden acudir a la política monetaria para solucionar los problemas de la política económica. Está prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales nacionales, en favor de instituciones, órganos y organismos de la Unión, gobiernos centrales, autoridades regionales o locales, organismos de Derecho público o empresas públicas, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales (art. 123 TFUE). Igualmente está prohibida cualquier medida que no se base en consideraciones prudenciales y que establezca un acceso privilegiado a las entidades financieras para todas esas instituciones, europeas o nacionales (art. 124 TFUE).

Las políticas fiscal y macroeconómica son, en principio, competencia exclusiva de los Estados miembros. No obstante, son objeto de coordinación supranacional. Los Estados miembros deben considerar «sus políticas económicas como una cuestión de interés común y las coordinarán en el seno del Consejo» (art. 121.1 TFUE), y deben llevarlas a cabo «con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Unión […] y en el marco de las orientaciones generales contempladas en el [artículo 121.2 TFUE]» (art. 120.1 TFUE). En particular la política fiscal tiene que cumplir determinados límites y restricciones (las llamadas «reglas fiscales»). También el presupuesto anual como instrumento principal de la política económica y fiscal de un Estado ha quedado, en el ámbito de la eurozona, bajo la supervisión de la Unión Europea: tanto su elaboración, que debe seguir pautas fijadas a nivel supranacional, y que debe ser supervisada por la Comisión y el Consejo antes incluso de la aprobación por el parlamento nacional, como su ejecución.

Además, la Unión no asume la responsabilidad de los fallos de esas políticas: explícitamente se establece que la Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho púbico o empresas públicas de los Estados miembros (art. 125 TFUE). Serán los mercados financieros internacionales los que «penalicen» a los Estados miembros cuyos datos macroeconómicos no sean los adecuados.

VI. MEMENTO

– Los grandes objetivos económicos de la Unión Europea son el bienestar de sus pueblos, el establecimiento de un mercado interior y el establecimiento de una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro (art. 3 TUE). Al servicio de esos grandes objetivos económicos, se transfieren a la Unión una serie de competencias y se le reconoce medios e instrumentos para alcanzarlos.

– La perspectiva actual del mercado interior no es la de un espacio económico con fronteras porosas o «mercado común», como en las primeras décadas de la integración europea. Tampoco es meramente la de «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado» (art. 26.2 TFUE). Es la de un espacio sin fronteras interiores, sin duda, pero también, por un lado, respetuoso con «el desarrollo sosteni-

ble de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente», en el que, por otro lado, se fomente «la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros» (art. 3.2 TUE).

– Algunos de los objetivos económicos de la Unión mencionados en el artículo 3 TUE obligan también a los Estados miembros por mandato expreso de los Tratados (además de las frecuentes coincidencias con las disposiciones constitucionales nacionales). Así, los Estados miembros deben conducir sus políticas económicas, para lo que son primordialmente competentes, con miras a alcanzar también los objetivos del pleno empleo y de la cohesión económica, social y territorial (art. 175 TFUE). Asimismo, el principio de economía de mercado abierta y de libre competencia se aplica por igual a la Unión y a los Estados miembros: también estos deben llevar a cabo sus políticas económicas respetando dicho principio (art. 120 TFUE). Por tanto, se trata de una exigencia específica de homogeneidad estructural en materia económica entre la Constitución de la Unión y la de los Estados miembros.

– La Unión dispone de competencia exclusiva en cinco ámbitos: la unión aduanera, el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común y la política comercial común (art. 3.1 TUE).

– En materia económica, las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se extienden a los siguientes ámbitos principales: el mercado interior; la política social, en los aspectos definidos en el Tratado de Funcionamiento; la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca; el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; y la energía (art. 4.2 TUE).

– Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas, de empleo y sociales y la Unión podrá tomar medidas o iniciativas para garantizar esa coordinación (arts. 2.3 y 5 TFUE).

– La Unión dispondrá también de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en los ámbitos, entre otros, de la industria y el turismo (art. 6 TFUE).

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Akkermans, Bram y Ramaekers, E., «Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations», *European Law Journal*, vol. 16, núm. 3, 2010, pp. 292-314.

Bonete Perales, R., «Políticas de cohesión económica, social y territorial», en J. Maillo González-Orús, B. Becerril Atienza y J. M. Beneyto Pérez (dirs.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 7, 2016 (Otras políticas horizontales y sectoriales), pp. 189-244.

De la Cruz Ferrer, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002.

De la Quadra-Salcedo Janini, T., «El sistema de distribución de competencias de la Unión Europea», en A. López Castillo (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea, vol. I: Instituciones de la Unión Europea*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 319-372.

Díez-Picazo Jiménez, L. M., «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Fundamentos e Instituciones de la regulación* (= *Derecho de la regulación*, vol.1), Madrid, Iustel, 2009, pp. 409-424.

Losada Fraga, F.; Juutilainen, T.; Havu, K.; y Vesala, J., «Property and European Integration: Dimensions of Article 345 TFEU», *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, vol. 148, núm. 3, 2012, pp. 203-224.

Luczak, J-M., *Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.

Maestro Buelga, G., «El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y estados miembros», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 5, 2006, pp. 65-100.

Menéndez Menéndez, A. J., «Los pilares del Derecho sustantivo de la Unión: Derecho económico; ciudadanía; seguridad, justicia e interior», en A. López Castillo (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea, vol. I: Instituciones de la Unión Europea*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 111-281.

Sevilla Duro, M. Á., «El principio de solidaridad interterritorial y su articulación en las integraciones supraestatales», *Revista de estudios políticos*, núm. 196, 2022, pp. 39-68.

Tornos Mas, J., «El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 193-211.

CAPÍTULO 4

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

Xabier Arzoz Santisteban

RESUMEN

La Unión Europea es un sistema político compuesto en el que la capacidad regulatoria está distribuida entre el nivel supranacional y el nivel estatal. Este capítulo se centra en las modalidades de producción centralizada de normas jurídicas o, en su caso, de orientaciones de conducta, tanto para los operadores económicos como para los Estados miembros. Mediante diversas categorías de actos, vinculantes y no vinculantes, se articulan las posibilidades de intervención regulatoria con que cuenta la Unión: legislación uniforme, legislación armonizada, soft law *y coordinación indicativa.*

CONCEPTOS CLAVE

Agencias, Autoridades nacionales de regulación, Autoridad Bancaria Europea, Comitología, Directiva, Liberalización, Normalización, Orientaciones generales, Principio de reconocimiento mutuo, Reglamento, Regulación, Soft Law.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 120-121, 148, 288-297 TFUE.

Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea).

Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea.

Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación (2016).

SUMARIO: I. La regulación económica en la Unión. *1. Noción y alcance. 2. Contenido de las políticas de liberalización. 3. Impacto interno.*–II. Las modalidades de regulación centralizada en la Unión Europea. *1. La legislación uniforme: el reglamento. 2. La legislación armonizada: la directiva. 3. La legislación no vinculante: el soft law. 4. La coordinación indicativa: las orientaciones generales del Consejo.*–III. *La gobernanza de la regulación económica europea. 1. La comitología. 2. Las entidades de normalización. 3. Las agencias. 4. Las redes de autoridades nacionales.*–IV. Memento.–Bibliografía básica.

I. LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho cumple un papel esencial en la integración europea. La Unión Europea (como antes, las Comunidades Europeas) es una creación del Derecho y este es su principal instrumento de integración. En los capítulos anteriores nos hemos referido a los objetivos y las competencias de la Unión, especialmente en materia económica. En este capítulo se analizarán las características y las modalidades de la regulación económica europea. Se comenzará con una breve introducción a las características específicas de la regulación económica de la Unión Europea: su alcance, objeto e impacto. Se continuará con una exposición de las técnicas de regulación que utiliza la Unión para ejercer sus competencias y alcanzar sus objetivos. Finalmente, se hará referencia a la infraestructura de la regulación europea: los mecanismos institucionales en los que se apoya la Unión para concebir, diseñar, ejecutar y supervisar su regulación. Ello permitirá comprender la estrecha imbricación de las instituciones europeas con las Administraciones nacionales, especialmente en materia económica.

1. **Noción y alcance**

En un sentido amplio, la noción de regulación económica cubre el terreno tradicionalmente ocupado por el concepto de Derecho público (o administrativo) económico, usado todavía en algunos Estados europeos, también en España. El objetivo de la noción es el mismo: esclarecer y delimitar el papel que

asume el Estado en la economía. En un sentido más restringido la noción de regulación económica está asociada a los procesos de liberalización de los grandes sectores económicos que antes eran de titularidad pública o estaban en situación de monopolio, que han tenido lugar en las últimas décadas en casi todo el mundo. En concreto, se identifica con el «resultado» de esos procesos de liberalización: con la nueva forma de intervención pública en la economía consistente en una actividad administrativa de control permanente sobre un sector económico específico, previamente en situación de monopolio. Se trata de una actividad administrativa peculiar, diferenciable de otras actividades de supervisión económica. Esta moderna noción de regulación económica suele ser más porosa a disciplinas próximas que el «adusto» concepto de Derecho público de la economía. Tiende a ser punto de encuentro de varias disciplinas: la teoría económica, el análisis económico del Derecho y la ciencia política; e intenta beneficiarse del conocimiento proporcionado por ellas y, sobre todo, del análisis comparado de las experiencias desarrolladas en otros Estados.

El Derecho primario de la Unión no define o menciona el concepto de regulación económica. Tampoco las numerosas directivas que la Unión ha adoptado para implementar su concepción de regulación económica proporcionan una definición. La Unión evita teorizar sobre un concepto que puede ser controvertido. Su interés no radica en diseñar un modelo acabado de regulación económica, sino en establecer un marco común para los Estados miembros. Pero no hay duda de que la Unión ha desarrollado un interés especial en el uso de políticas, instituciones e instrumentos para fomentar la llamada «buena regulación» (*better regulation*), tanto para su propia legislación (Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación) como para la de los Estados miembros. Entre otros instrumentos destacan el uso de evaluaciones de impacto normativo y la insistencia en la simplificación administrativa. Una consecuencia de la promoción europea de la buena regulación son los artículos 129 y 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (y, antes, los artículos 4 a 7 de la Ley de economía sostenible de 2011): esos preceptos incorporan al Derecho español los principios de buena regulación, el instrumento de la evaluación normativa y la exigencia de adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.

En el ámbito de la Unión Europea se pueden diferenciar dos grandes vectores de regulación económica en sentido amplio, aunque entrelazados. En ambos planos la Unión realiza un ejercicio gradual y continuo de sus competencias para alcanzar sus objetivos. Así, sucesivos «paquetes» de nor-

mas van impulsando progresivamente el nivel de integración en el mercado único o el de liberalización económica de unos sectores cuya situación inicial era la de monopolio.

Por un lado, está el proceso dirigido a «crear» el mercado único, eliminando fronteras nacionales y obstáculos a la libre circulación de los factores de producción. Las instituciones del mercado único están identificadas y reguladas con relativa precisión en el Derecho primario: las cuatro libertades económicas fundamentales, las normas y políticas de competencia aplicables a las empresas y a los Estados, una unión aduanera y varias políticas sectoriales relativamente integradas (agrícola y pesquera, comercial común y redes transeuropeas). Al Derecho secundario le corresponde desarrollar la regulación de esas instituciones.

Al inicio se perseguía un objetivo ambicioso de armonización y estandarización de los productos, para que circularan libremente por el mercado interior. Con el tiempo afloraron las dificultades técnicas, la lentitud y los bloqueos de los procesos de decisión y, en fin, las desconfianzas de los Estados miembros hacia las regulaciones de los demás. Así, apareció el llamado «nuevo enfoque», consistente en la fijación de requisitos mínimos o esenciales para garantizar un gran nivel de protección, el establecimiento de procedimientos nacionales de verificación de la conformidad de los productos con dichas reglas, la utilización de una marca común («Made in CE») como expresión de conformidad y superación de la verificación, y la obligación de los Estados miembros de supervisar los mercados.

De esta forma, el principio de reconocimiento mutuo se ha convertido en el principal instrumento regulador del mercado único, así como del «Estado regulador europeo», si se quiere denominar así a la acción reguladora económica de la Unión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha acabado de impulsar ese instrumento, promoviendo la confianza mutua entre las Administraciones nacionales, incluso pese a la inexistencia de una armonización mínima, en el entendimiento de que el producto que cumple con los requisitos de seguridad en un Estado miembro debe ser también admitido a la venta en los demás Estados miembros. El sistema del reconocimiento mutuo impone diversas obligaciones procedimentales a los Estados miembros: la notificación a la Comisión de los requisitos técnicos que quieren introducir, así como de cualquier obstáculo a la libre circulación, la vigilancia continua sobre la seguridad de los productos vendidos en su territorio y la notificación de las restricciones impuestas y de cualquier riesgo grave.

Por otro lado, está el proceso de «abrir» a la competencia sectores de las economías «nacionales» que anteriormente estaban excluidos de ella, impul-

sando procesos de liberalización de esos sectores: tradicionalmente, los sectores de las telecomunicaciones, la energía, el sector postal, el transporte y el audiovisual. La Unión no liberaliza sus propios monopolios (no los tuvo nunca), ni pretende intervenir directamente sobre los estatales: impulsa la liberalización de los monopolios estatales que deben llevar a cabo los Estados miembros. La legislación de la Unión que realiza esta función (las directivas sectoriales) constituye regulación económica en sentido amplio, y a la vez, legislación que fomenta la regulación económica en sentido restringido en los Estados miembros: esto es, una determinada forma de intervención pública en la economía consistente en una actividad administrativa de control permanente sobre un sector económico específico, previamente en situación de monopolio.

Desde el punto de vista económico, esa liberalización se corresponde plenamente con la dinámica del mercado único, que no puede tolerar que áreas de tanto peso económico se mantengan ajenas a las reglas de la competencia. El Derecho primario marca la dirección (libre competencia), establece exigencias mínimas a la intervención del Estado en la economía (la prohibición de discriminación de los operadores económicos o de privilegios con relación a los monopolios y las empresas públicas, arts. 37 y 106.1 TFUE) y delimita el ámbito de aplicación de sus disposiciones, en términos positivos (incorporando a los servicios de interés económico general, que admiten ciertas excepciones a las normas de la libre competencia, arts. 14 y 106.2 TFUE y 36 CDFUE) y negativos (excluyendo a las actividades no económicas, relacionadas con el ejercicio del poder público, los servicios sociales y otros servicios de interés general, y a las actividades económicas relacionadas con la producción y el comercio de material de guerra, arts. 51 y 346 TFUE). En caso de controversia, la interpretación definitiva de los conceptos mencionados corresponde al Tribunal de Justicia. Por lo demás, corresponde esencialmente al legislador de la Unión concretar y articular los procesos de liberalización: esto es, a las directivas sectoriales. Para la doctrina especializada, no se trata de desregular determinados sectores, sino de «rerregularlos». En el siguiente apartado se exploran algunas de las características comunes a esos procesos.

2. **Contenido de las políticas de liberalización**

La Unión prepara cuidadosamente los procesos y ritmos de liberalización mediante los llamados «Libros Verdes» y «Blancos» (reflexiones públicas de la Comisión en diálogo con los sectores afectados y que sirven a la discusión y posterior elaboración de directivas). Cada sector regulado tiene sus propias

características, mecanismos y ritmos. Ahora bien, se pueden destacar algunos elementos que suelen repetirse. De hecho, se aprecia gran homogeneidad en la normativa, las instituciones, los procedimientos y las garantías, pese a tratarse de sectores bien diferentes.

Las medidas de regulación económica que incluyen las directivas sectoriales sobre los mercados regulados se pueden clasificar, según su contenido, en elementos institucionales, económicos, sociales y administrativos (clasificación inspirada por De la Cruz Ferrer 2001: 135 y sigs.).

Dentro del grupo de los elementos regulatorios institucionales comunes a los procesos de liberalización que promueve la Unión Europea se puede destacar, en primer lugar, el recurso a nuevas fórmulas institucionales como la de las autoridades reguladoras nacionales independientes. A esos nuevos organismos nacionales se les confía la supervisión del correspondiente sector, se les dota de un estatus de independencia, se les reconoce una serie de poderes normativos, ejecutivos y cuasi judiciales, y, a menudo, se les impele a actuar coordinadamente en red con las de otros Estados miembros de la Unión. La misión de esas autoridades no suele limitarse a la vigilancia de la libre competencia: también incluyen funciones, como la garantía de las normas de calidad del servicio y la protección de los consumidores o usuarios. Otro elemento institucional común es el impulso del uso del *soft law* para la realización de su función reguladora: ese *soft law* puede emanar de los organismos reguladores nacionales o bien de las instituciones u organismos europeos. Igualmente, suele declararse que las empresas suministradoras de redes o servicios tienen derecho a recurrir frente a las decisiones de las autoridades nacionales reguladoras.

Los elementos regulatorios de carácter económico son los que penetran en el interior de la actividad empresarial y sustituyen gradualmente la situación de monopolio por condiciones competitivas de funcionamiento de los mercados. Estos aspectos presentan gran diversidad en función de las características de los sectores. Entre los elementos frecuentes se pueden citar los siguientes: el principio de interconexión e interoperabilidad de las redes, la separación jurídica de las actividades de distribución y transporte (en el ámbito energético), la libre elección de suministrador por los consumidores, la transparencia de la contabilidad de las empresas, el acceso abierto a la red (sin discriminación), la supresión o restricción de derechos especiales o exclusivos para los operadores (en las telecomunicaciones) y la definición de un servicio universal o de obligaciones de servicio público, con el cálculo de su coste y la regulación de su financiación.

El marco regulatorio europeo también incluye elementos de carácter social. Ello contradice la idea del carácter técnico o meramente competitivo de los procesos de liberalización impulsados por la Unión Europea: la eficiencia

económica no es el único objetivo. La Unión abre determinados sectores a la competencia, no los abandona a la competencia. En casi todos los sectores regulados la apertura del mercado se combina con normas variadas para, entre otros fines, asegurar un alto nivel del servicio público o universal que se haya reconocido, la protección de los usuarios vulnerables o de los consumidores en general, la calidad del servicio y la seguridad del suministro o la protección del medio ambiente. Debe subrayarse que dichos intereses, debidamente acreditados, constituyen, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, razones imperiosas de interés general, de la misma entidad que la competencia leal en el mercado: siempre que sean adecuados para alcanzar los objetivos perseguidos y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlos, pueden justificar limitaciones de las libertades económicas fundamentales (STJ de 12 de octubre de 2013, as. ac. C-105/12 a 197/12, *Staat der Nederlanden*, apdos. 56-58).

Los servicios de comunicación audiovisual, en particular, se conciben expresamente como servicios económicos y culturales al mismo tiempo, lo que influye notablemente en la forma en que se ordena su liberalización: se alude al respeto de la diversidad cultural y lingüística, el pluralismo y la libertad de expresión. La legislación europea incide incluso en áreas centrales del Estado como el reconocimiento, la delimitación y la protección de los derechos, que son cuestiones más bien institucionales. Así, la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (2010/13/UE), de 10 de marzo de 2010, encomienda a los Estados la garantía de que los servicios de comunicación audiovisual «no contengan incitaciones al odio por razón de la raza, sexo, religión o nacionalidad» (art. 6) y sean «gradualmente accesibles a las personas con discapacidad visual o auditiva» (art. 7) y prescribe normas mínimas sobre publicidad y para la protección de los menores (art. 9).

Finalmente, también suelen encontrarse elementos regulatorios que aligeran las cargas administrativas de los operadores o prestadores de servicios. En el sector de las telecomunicaciones se regula un sistema de entrada en el mercado basado en la «autorización general de todas las redes y todos los servicios de comunicaciones electrónicas sin exigir una decisión o un acto administrativo explícitos de la autoridad nacional de reglamentación y limitando los requisitos de procedimiento a la mera notificación» (Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2020, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas). Igualmente, la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, de 12 de diciembre de 2006, promovió la declaración responsable y la comunicación a la Administración como técnicas principales de control en el acceso y la prestación de actividades de servicio, en sustitución de la tradicional autorización previa.

3. **Impacto interno**

El proceso de liberalización es necesario a la vista del contexto competitivo internacional; además, garantiza la mejor asignación de recursos y la obtención de las ventajas derivadas de la libre competencia. Su impulso proviene del Derecho de la Unión Europea, que goza de primacía frente al Derecho interno. Por ello, el impacto jurídico y económico en el ámbito interno es, comprensiblemente, enorme. El entero modelo de intervención pública se transforma con respecto a determinados sectores económicos, abandonando la nacionalización y el monopolio, la planificación centralizada y vinculante y las restricciones a la entrada o al número de operadores.

El impacto constitucional es también importante. Por ejemplo, la obligación de los Estados miembros de atribuir a autoridades administrativas independientes y no al legislador la competencia discrecional de determinar los mercados relevantes y los criterios básicos de acceso a la red (sancionada por la STJ de 3 de diciembre de 2009, C-424/07, *Comisión/Alemania*), implica una profunda mutación de la tradición constitucional de la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros. En el caso de España, supone la implantación por primera vez de una reserva de administración.

Algunos elementos del nuevo modelo de intervención (el protagonismo de las autoridades reguladoras independientes, la amplia discrecionalidad que se les reconoce, su actuación en red con la Comisión, la proliferación del *«soft law»*) parecen incluso suscitar tensión con determinadas exigencias constitucionales en España, como el principio democrático, la dirección de la Administración por el gobierno, la responsabilidad parlamentaria del ejecutivo, el principio de legalidad, la reserva de la ley y el control judicial pleno de toda la actividad administrativa. Ahora bien, la obligación de incorporar los elementos regulatorios europeos goza de primacía frente a eventuales exigencias constitucionales y legales de signo contrario. El Tribunal Constitucional español ha señalado que existen excepciones a la primacía del Derecho de la Unión en virtud de los límites materiales que se derivan implícitamente de la Constitución y su artículo 93, y ha identificado de forma genérica tales límites materiales en «el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2).

No parece que, en los aspectos regulatorios mencionados, las directivas sectoriales sobre los sectores regulados vulneren las estructuras constitucionales

les básicas o el sistema de valores y principios fundamentales de la Constitución. Tampoco debería haber conflicto alguno con los derechos fundamentales constitucionales, incluido el derecho a una tutela judicial efectiva, pues la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión contiene garantías análogas. Tampoco por consagrar una reserva de administración que, en principio, es ajena a la Constitución: el Derecho de la Unión puede modular la supremacía del legislador sobre las autoridades reguladoras nacionales para cuestiones delimitadas que coincidan con su ámbito de responsabilidad. El papel del legislador no ha quedado desfigurado.

Sentado lo anterior, tampoco debe perderse de vista que corresponde al legislador competente incorporar las innovaciones provenientes del Derecho de la Unión cumpliendo con las exigencias constitucionales de la mejor manera posible. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la invocación de los condicionantes establecidos en los Tratados de la Unión Europea o la existencia de una obligación más o menos apremiante derivada del Derecho de la Unión tampoco pueden conducir a ignorar o minusvalorar los principios y requisitos que la Constitución impone a los poderes públicos nacionales, como por ejemplo el principio de legalidad, los derechos fundamentales o la función del legislador democrático» (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9). Ello debe ser tenido en cuenta por el poder legislativo cuando lleva a cabo la incorporación de las directivas al ordenamiento interno. Con carácter general el legislador español ha previsto el fenómeno y ha establecido que «las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija» [artículo 129.4 LPAC, precepto aplicable solo en el ámbito estatal en virtud de la STC 58/2018, de 24 de mayo, FJ 7 b)]. Es una adaptación meramente defensiva: también son posibles adaptaciones de carácter positivo. Así, mecanismos de control como las comparecencias parlamentarias de las autoridades reguladoras nacionales, su frecuencia y naturaleza, no están prohibidos por el Derecho de la Unión y dependen exclusivamente del Derecho interno.

En fin, en la actualidad la regulación económica como concepto solo puede comprenderse en los Estados miembros dentro del marco que ofrece el Derecho de la Unión Europea en los sectores afectados. La exposición de la regulación económica en cada uno de los Estados miembros ha de partir inexcusablemente del Derecho de la Unión Europea.

II. LAS MODALIDADES DE REGULACIÓN CENTRALIZADA EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea es un sistema político compuesto en el que la capacidad regulatoria está distribuida entre el nivel supranacional y el nivel estatal (y al interior de este pueden existir varios niveles). Con el foco de atención puesto especialmente en la regulación económica, algunos autores diferencian en la Unión entre regulación centralizada, descentralizada y competitiva. La regulación centralizada consistiría en el establecimiento de normas aplicables en todo el territorio de la Unión Europea, y la regulación descentralizada en el establecimiento de normas aplicables en cada uno de los Estados miembros, capacidad no obstante limitada por la vigencia y primacía del principio constitucional de no discriminación consagrado por los Tratados constitutivos. La regulación competitiva se sitúa en una suerte de punto intermedio: estribaría, al igual que la anterior, en el establecimiento de normas aplicables en cada Estado miembro, limitadas no solo por el principio de no discriminación, sino también por el principio de reconocimiento mutuo. En virtud de este último principio, las actividades o los productos autorizados en un Estado miembro son reconocidas automáticamente en el Estado miembro de destino o pueden serlo tras la realización de algún tipo de control o supervisión. La denominación de regulación «competitiva» obedece a la consideración de que, como las autoridades del Estado de destino no pueden aplicar sus propias normas a los productos, servicios o trabajadores que acceden a su mercado desde los otros Estados miembros, genera competencia entre las autoridades reguladoras y tendencialmente impulsa la convergencia en los marcos regulatorios. Se sitúa entre la regulación centralizada y descentralizada en la medida en que el reconocimiento mutuo suele apoyarse, en mayor o menor grado, en normas sustantivas uniformes que garantizan una cierta protección de los intereses públicos.

Este capítulo se centra en las modalidades de producción centralizada de normas jurídicas o, en su caso, de orientaciones de conducta, tanto para los operadores económicos como para los Estados miembros: esto es, en las modalidades de producción normativa que utilizan las instituciones de la Unión para ejercer sus competencias; y lo hará desde una perspectiva jurídico-formal. La principal diferenciación de las referidas modalidades es la que atiende al criterio de eficacia jurídica. Así, los instrumentos con los que cuenta la Unión para regular las conductas de los particulares o los Estados miembros se pueden dividir en vinculantes y no vinculantes. Entre los primeros se encuentran el reglamento, la directiva y la decisión (en la modalidad de decisión que tiene

a todos los Estados miembros como destinatarios), y entre los segundos las orientaciones generales, la recomendación y otros instrumentos de *soft law*. Mediante esas categorías de actos se articulan las distintas posibilidades de intervención regulatoria con que cuenta la Unión: legislación uniforme, legislación armonizada, *soft law* y coordinación indicativa. Todas esas modalidades de regulación producen efectos jurídicos y, por tanto, integran el ordenamiento jurídico de la Unión. También las modalidades no vinculantes tienen un protagonismo importante en materia económica, pues contribuyen considerablemente a impulsar la integración jurídica.

A menudo los Tratados establecen el instrumento que debe adoptarse (el tipo de «acto jurídico» en la jerga de la Unión) en cada materia: de esta forma predeterminan la técnica regulatoria que debe utilizarse para abordar su regulación. En cambio, cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones pueden decidirlo en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad (art. 296 TFUE).

1. **La legislación uniforme: el reglamento**

La legislación uniforme es la modalidad de regulación más intensa –completa, eficaz y centralizadora– que puede llevar a cabo la Unión. Desplaza y reemplaza a la legislación nacional que exista sobre la misma materia. Su instrumento jurídico es el reglamento. La definición normativa del reglamento se encuentra en el artículo 288 TFUE: «El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

Desde el punto de vista de las relaciones con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el reglamento es el acto jurídico que menos problemas plantea en los planos teórico y práctico, pues excluye cualquier intervención de los Estados miembros para su efectividad y exigibilidad y no genera problemas de incorrecta recepción. Cualquier acción estatal que de alguna forma diera a entender que es necesaria para que un reglamento sea plenamente efectivo es incompatible con el Derecho de la Unión. No obstante, los reglamentos pueden contemplar algunas medidas de implementación nacionales, generalmente de tipo organizativo o procedimental. Los reglamentos se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea (en todas las versiones lingüísticas) y entran en vigor el día que indiquen, el mismo día en toda la Unión.

Inicialmente se evitó la denominación de «ley» por una razón técnica: los reglamentos comunitarios no emanaban de órganos de representación democrá-

tica. Actualmente, pese a que, por regla general, los reglamentos proceden del legislador de la Unión (formado por dos cámaras, el Parlamento Europeo y el Consejo), el concepto de «ley» se elude deliberadamente por razones políticas: debido a las connotaciones estatales (y federales) que posee.

El Tratado de Lisboa ha avanzado parcialmente en dirección a la diferenciación del ámbito «legislativo» respecto al ámbito «ejecutivo» o «reglamentario», con el fin de asociarlos a procedimientos e instituciones diferentes. El objetivo inmediato es tratar de identificar un poder legislativo de la Unión en el que deben intervenir, por regla general, aunque en distintas modalidades, el Parlamento Europeo y el Consejo (arts. 16.1 TUE y 289 TFUE) y un poder ejecutivo en manos, generalmente, de la Comisión, en aquellas materias en las que la competencia de ejecución le corresponde a la Unión (art. 291.2 TFUE). Además, la Comisión también puede adoptar «actos no legislativos de alcance general» que completen o modifiquen determinados elementos esenciales del acto legislativo, siempre que el correspondiente acto legislativo le haya conferido esa facultad: son los «actos delegados» (art. 290 TFUE). El objetivo mediato es racionalizar las funciones legislativa y ejecutiva, y establecer un sistema de fuentes más sofisticado y cercano al estatal.

Ahora bien, esa diferenciación, que se lleva a cabo desde la perspectiva de la división de poderes de la Unión y que resulta confusa porque no se remata con la adopción de la categoría clara y expresiva de «ley europea», se superpone a la que se analiza en esta sección, que atiende básicamente a la estructura y eficacia de la regulación. Dicho de otra forma, en el Derecho de la Unión el reglamento como acto jurídico se caracteriza por su eficacia, no por la función que desempeña en el sistema de fuentes, que puede ser una función normativa primaria, secundaria o terciaria: así, un reglamento puede contener un acto legislativo sujeto a uno de los procedimientos legislativos, un acto normativo delegado que haya adoptado la Comisión con arreglo a las condiciones y objetivos que le haya fijado un acto legislativo y un acto ejecutivo de alcance general; igualmente, una directiva puede constituir tanto un acto «legislativo» como un acto «no legislativo de delegación». En ocasiones se distingue el carácter primario o básico de una regulación frente a las regulaciones secundarias, también llevadas a cabo mediante reglamento, con las expresiones «reglamento de base» o «reglamento marco» en el primer caso, y «reglamento de aplicación» en el segundo.

La legislación uniforme o armonizada de la Unión requiere de la intervención del Parlamento Europeo y del Consejo de acuerdo con el procedimiento legislativo que resulte aplicable, el ordinario o alguno de los especiales. En supuestos tasados, se necesita además la aprobación de los Estados

miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales: p. ej., las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de los miembros del Parlamento Europeo por sufragio universal directo por un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o bien de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros (art. 223.1 TFUE).

2. **La legislación armonizada: la directiva**

La armonización o aproximación de legislaciones nacionales es la otra posibilidad de regulación europea. Su campo de actuación por excelencia, aunque no único, es el título competencial llamado precisamente «aproximación de las legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior» (art. 114 TFUE). También se utiliza fuera del ámbito económico: así, la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión y la política social incluyen la aproximación de las legislaciones (arts. 81.1, 82.1 y 153.2 b) TFUE)

El instrumento jurídico que se utiliza para la legislación armonizada es la directiva. La definición normativa de la directiva se encuentra también en el artículo 288 TFUE: «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». La directiva como instrumento regulatorio no impide la subsistencia de tantas legislaciones nacionales formalmente diferenciadas como Estados miembros, con sus propias características y tipología. Las legislaciones nacionales no se sustituyen por una legislación uniforme, solo se hacen converger entre sí mediante la aproximación que implica la transposición, en todos los Estados miembros, de la directiva.

La noción original de directiva responde a la idea de limitación de competencias de la Unión y al principio de subsidiariedad. Se trataba de transferir a la Unión solo las competencias normativas que fueran estrictamente necesarias para establecer el mercado común y garantizar su correcto funcionamiento, pues se pensaba que para ello bastaría eliminar los obstáculos y/o mitigar las diferencias que fueran relevantes para la efectividad de las libertades de circulación. La directiva debía contener una regulación menos densa que la del reglamento: principial, básica o de mínimos. No obstante, con el tiempo su alcance y nivel de detalle se han acercado a los del reglamento, de forma que las directivas tienden a ser detalladas, reduciendo el margen de configuración de los Estados miembros. La práctica y la jurisprudencia han avalado esa evolución. En cualquier

caso, pervive la otra diferencia esencial: las directivas necesitan, por regla general, algún tipo de transposición o incorporación interna.

Una directiva puede acarrear a las autoridades internas tres tipos de obligaciones jurídicas:

a) la de crear una nueva regulación cuando no existieran normas sobre la materia;

b) la de modificar las existentes de modo que sean conformes con la obligación europea, o bien una combinación de a) y b);

c) la de no adoptar nuevas normas incompatibles con la directiva, incluso durante el plazo de transposición.

La transposición o incorporación de las directivas al ordenamiento interno es una de las actividades más complejas que tienen que abordar las autoridades de los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Unión (la otra actividad compleja sería la ejecución o aplicación de ese Derecho). La actividad de incorporación de las directivas europeas al ordenamiento interno está sometida a un doble conjunto de requisitos jurídicos: los del ordenamiento europeo y los del ordenamiento interno. Los requisitos internos pueden ser exigencias de tipo constitucional (p. ej., la reserva de ley, el principio de legalidad), o bien derivados de la distribución competencial en los Estados compuestos, o bien relativos a la técnica legislativa. El cúmulo de requisitos europeos e internos, los retrasos en la incorporación, la dificultad técnica de adaptar los conceptos europeos a las categorías internas y el mandato de interpretación de las normas internas a la luz de las directivas son origen de numerosos conflictos jurídicos que ocupan a los órganos judiciales nacionales y al Tribunal de Justicia. La transposición incorrecta y la falta de transposición en plazo pueden motivar la apertura de un procedimiento de incumplimiento por la Comisión y pueden fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión. Fruto de los problemas que se suscitan en la práctica, el *Conseil d'Etat* francés y el Consejo de Estado español dedicaron en 2007 y 2008, respectivamente, sendos informes a la inserción del Derecho de la Unión en el Derecho interno.

Si nos ceñimos a los requisitos europeos, la razón de ser y singularidad de la directiva como instrumento jurídico reside en que solo prescribe una obligación de resultado, mientras que los medios y la forma de su obtención se dejan en principio a la elección (discreción) de las autoridades internas. El carácter parcialmente abierto de la obligación que supone la directiva (obligación de resultado-libertad de forma y medios) justifica la necesidad de una transposición «específica» al ordenamiento interno. A las autoridades internas se les impone,

pues, una obligación de resultado: la obligación de adecuación del ordenamiento interno de forma que los particulares puedan articular (beneficiarse, aplicar, invocar) efectivamente en el seno del ordenamiento interno el contenido de la directiva y, en particular, los derechos reconocidos por ella.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia rechaza de forma reiterada la práctica administrativa (la forma en que los órganos administrativos actúan o aplican el ordenamiento jurídico) o las circulares administrativas (normas sin eficacia *ad extra*) como fórmulas válidas para la transposición de directivas, pues son incompatibles con el principio de seguridad jurídica: no garantizan la accesibilidad y la claridad de las normas de transposición para los operadores jurídicos. En el ámbito de la política social, las directivas pueden ser también transpuestas mediante acuerdos entre los interlocutores sociales (art. 153.3 TFUE).

Para cumplir la obligación de transposición no es suficiente una mera compatibilidad formal o la mera ausencia de contradicción en el seno del ordenamiento interno, sino que es necesario una incorporación efectiva del contenido de la directiva, de forma que el ordenamiento interno refleje y reconozca efectivamente el *quantum* de derechos reconocidos por aquella. En suma, el criterio determinante del cumplimiento es de carácter cualitativo. Por tanto, la corrección de la operación de transposición debe ser medida desde la perspectiva concreta de los individuos sujetos a la jurisdicción del respectivo Estado y, más específicamente, de los individuos titulares de los derechos reconocidos por la directiva. Como escribió Kovar (1987, p. 154), «la transposición de las directivas debe realizarse en condiciones que preserven su integridad desde la triple perspectiva de su contenido, su autoridad y su invocabilidad. En una palabra, esta operación no puede suponer merma alguna de la fuerza normativa de las directivas comunitarias».

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal se podían adoptar las llamadas «decisiones marco». En la medida en que algunas de ellas siguen estando vigentes, debe señalarse que tienen las mismas características y efectos que las directivas, con la excepción –por expresa disposición del Derecho originario– del «efecto directo» que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido a las disposiciones claras e incondicionales de las directivas no traspuestas, una vez transcurrido el plazo de transposición.

Finalmente, debe señalarse de la existencia de otro instrumento normativo en el que no suele repararse. La decisión dirigida a todos los Estados miembros (una de las variantes posibles a tenor del artículo 289 TFUE) es un instrumento flexible que, dependiendo de sus efectos, puede operar al modo

de una directiva, por ejemplo, cuando reclama una tarea de transposición de su contenido al ordenamiento interno, o bien como un reglamento, por ejemplo, cuando da instrucciones directas a las autoridades internas de los Estados miembros.

3. **La regulación no vinculante: el *soft law***

Por *soft law* se debe entender en la Unión Europea los criterios y reglas de conducta que, pese a no contenerse en uno de los actos vinculantes contemplados en el artículo 288 TFUE (reglamento, directiva y decisión), ni por tanto conllevar un estricto deber de obediencia y cumplimiento, deben ser tenidos en cuenta por sus destinatarios. La ventaja del Derecho indicativo (*soft law*) frente al Derecho imperativo (*hard law*) es la flexibilidad, sin que ello merme necesariamente su efectividad. La categoría de instrumentos o actos que integran el *soft law* del Derecho de la Unión Europea es extensa y no se agota en un elenco cerrado: las denominaciones, así como sus características y efectos, pueden ser muy diversos.

La principal división se produce entre actos no vinculantes típicos y atípicos. Los actos no vinculantes típicos son aquellos que están previstos en el Derecho primario (la recomendación y el dictamen, arts. 263 y 288 TFUE) o bien en el Derecho secundario (p. ej., las directrices y recomendaciones de la Autoridad Bancaria Europea reguladas en el artículo 16 del Reglamento 1093/2010). Los actos no vinculantes atípicos son los que no están previstos en el Derecho de la Unión y surgen de la práctica y de las necesidades funcionales de las instituciones de la Unión: las «comunicaciones» (p. ej., la Comunicación de la Comisión sobre los Servicios Sociales de Interés General en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006) o los códigos de conducta (p. ej., el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, de 2002), entre muchos otros.

El Derecho indicativo persigue dos finalidades principales: por un lado, la autolimitación de la institución que lo adopta, en el ejercicio de su facultad de apreciación sobre consideraciones complejas (STJ [Gran Sala] de 19 de julio de 2016, as. C-526/14, *Kotnik*, apdos. 46-94); por otro lado, la incentivación y persuasión de las conductas de terceros (STJ [Gran Sala] de 15 de julio de 2021, as. C-911/19, *FBF y ACPR*, apdo. 48).

Dentro del *soft law* de carácter normativo se puede diferenciar entre el *soft regulatory rule-making* y el *soft administrative rule-making* atendiendo a la función que desempeña. En la primera modalidad, la finalidad y los efectos son cuasi legislativos: sustituyen a unas inexistentes normas vinculantes o las

completan cuando son insuficientes. En la segunda modalidad, la finalidad es postlegislativa o, si se prefiere, auxiliar: se trata de facilitar la interpretación, la concretización o la ejecución del Derecho vinculante de la Unión, ya corresponda esa ejecución a la Comisión o a los Estados miembros.

Las instituciones europeas siempre han contado con una competencia formal para adoptar actos no vinculantes: la tipología de actos jurídicos de la Unión incluye desde el principio la recomendación y el dictamen. Al carecer de efectos vinculantes, los Tratados fueron en su día menos reticentes en reconocer expresamente a las instituciones europeas el poder de dictar recomendaciones (el dictamen tiene un uso más específico y quedará fuera de nuestro foco de atención). Con el tiempo se ha ampliado el elenco de instituciones y organismos expresamente facultadas para formular actos no vinculantes. En la actualidad las siguientes instituciones de la Unión pueden adoptar recomendaciones: el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo. A ellas se deben añadir algunas agencias europeas, como la citada Autoridad Bancaria Europea, en virtud del Derecho derivado. En una sección como esta, dedicada a las técnicas de regulación europea, interesa centrarse en las recomendaciones y otros actos no vinculantes que cumplen una función normativa en la medida en que sustituyen, complementan o preparan la adopción de un acto normativo de Derecho derivado (ya sea una legislación uniforme o armonizada). Cuando, por el contrario, sustituyen a un acto administrativo, esto es, a una decisión de alcance individual, están cumpliendo una función administrativa. No obstante, una recomendación puede tener un carácter individual por dirigirse a un Estado miembro o a sus autoridades competentes, y al mismo tiempo producir indirectamente efectos cuasi legislativos si las reglas de conducta que propone terminan incidiendo de alguna forma sobre las personas físicas y jurídicas que se encuentran en el ámbito interno.

La Comisión dispone de un poder general de adoptar recomendaciones (art. 292 TFUE). De acuerdo con su papel de guardiana de los Tratados, ha utilizado su poder para formular criterios que orienten a los gobiernos o los operadores jurídicos, en ausencia de armonización o legislación uniforme, ya sea por las limitaciones de la competencia legislativa o por la dificultad política de adoptar normas vinculantes, o bien para desarrollar aspectos relativos a la aplicación de normas comunes establecidas en el Derecho primario o secundario. En todo caso, las recomendaciones de la Comisión deben respetar la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Un ejemplo reciente es la Recomendación (UE) 2023/2407 de la Comisión de 20 de octubre de 2023 sobre la pobreza energética (DOUE L, de 23 de octubre de 2023).

La competencia para adoptar recomendaciones del Consejo es, en cambio, más limitada que la de la Comisión. El artículo 292 TFUE establece lo siguiente: «El Consejo adoptará recomendaciones. Se pronunciará a propuesta de la Comisión en todos los casos en que los Tratados dispongan que el Consejo adopte actos a propuesta de la Comisión. Se pronunciará por unanimidad en los ámbitos en los que se requiere la unanimidad para la adopción de un acto de la Unión.» Con esa regulación restrictiva se pretende evitar que el Consejo adopte recomendaciones en lugar de las decisiones vinculantes que reclaman los Tratados o el interés general de la Unión. Igualmente, el Banco Central Europeo también cuenta con una potestad formal de adoptar recomendaciones, pero, a diferencia de la Comisión, se trata de una potestad de estricta atribución, limitada a «los casos específicos previstos por los Tratados», como establece el citado artículo 292 TFUE.

Inicialmente, el reconocimiento de la facultad de emitir actos no vinculantes pretendía paliar las limitaciones competenciales de las instituciones de la Unión derivadas del principio de atribución. Con el tiempo la Comisión vio la utilidad del Derecho indicativo para establecer criterios para el ejercicio de las amplias facultades de apreciación de que disponía en algunas materias, por ejemplo, en el control de las ayudas estatales y en la aplicación de las normas de competencia: es el origen de las «comunicaciones», que anuncian cómo se propone la Comisión ejercer su potestad de decisión en general, por sectores o ante nuevas circunstancias.

El actual auge del *soft law* se debe al impulso de las nuevas modalidades de gobernanza en ciertos ámbitos regulatorios. Así, entre otros ámbitos, la utilización del *soft law* ha sido formalmente incorporada a un área política nueva, el mecanismo europeo de supervisión de las entidades financieras, que ha sido confiado a un organismo o agencia, no a una de las instituciones de la Unión. Así, de acuerdo con el Reglamento 1093/2010 por el que se crea la Autoridad Bancaria Europea, este organismo puede adoptar tanto «normas técnicas de regulación» y «normas técnicas de ejecución» (arts. 10 y 15), bajo la forma de reglamentos y decisiones, como directrices y recomendaciones, sin carácter vinculante (art. 16).

La finalidad de las directrices y recomendaciones de la Autoridad Bancaria Europea es establecer prácticas de supervisión coherentes, eficientes y efectivas del Sistema Europeo de Supervisión Financiera y garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del Derecho de la Unión. Aunque su contenido no sea vinculante para los destinatarios (autoridades competentes y entidades financieras), la competencia y los supuestos de adopción están delimitados con precisión en el Reglamento 1093/2010 sobre la base de criterios

objetivos. Su entramado de efectos jurídicos es bien intrincado: pese a su naturaleza *prima facie* no vinculante, inducen con intensidad creciente al cumplimiento, sobre todo si se cuenta con la «complicidad» de las autoridades competentes nacionales; y, cuando menos, incorporan algunos efectos directamente obligatorios de carácter informativo.

Estos son los efectos jurídicos comunes a las directrices y las recomendaciones: las autoridades nacionales competentes deben hacer todo lo posible para cumplir las directrices y las recomendaciones, debiendo indicar si cumplen o se proponen cumplirlas y, en caso negativo, motivar su postura; la Autoridad Bancaria Europea puede hacer público el hecho de que una autoridad competente no cumple o no tiene intención de cumplir una directriz o una recomendación, así como los motivos presentados para ello; cuando la autoridad competente decide cumplir una directriz o recomendación, su contenido resulta aplicable a los destinatarios individuales en el ámbito nacional, sin que su incumplimiento pueda acarrear una sanción; si así lo requiere la directriz o la recomendación, las entidades financieras deben informar de forma clara y detallada de si cumplen dicha directriz o recomendación.

Las recomendaciones de la Autoridad Bancaria Europea desencadenan efectos adicionales a los mencionados. De acuerdo con el artículo 17.3 del citado Reglamento 1093/2010, si la Autoridad Bancaria Europea considera que una autoridad nacional ha infringido una disposición de un acto legislativo aplicable en el ámbito de la supervisión financiera o de una norma técnica de regulación o de ejecución, le puede dirigir una recomendación en la que expondrá las medidas que deben adoptarse para ajustarse al Derecho de la Unión; la autoridad competente debe informar de las medidas que ha adoptado o se propone adoptar para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión; en caso de persistir el incumplimiento, la Comisión puede emitir un dictamen formal instando a la autoridad competente a adoptar las medidas necesarias para cumplir el Derecho de la Unión; en caso de incumplirse el dictamen formal en el plazo fijado, y sin perjuicio de la facultad de la Comisión de iniciar el procedimiento de infracción previsto en el artículo 258 TFUE, siempre que sea necesario resolver el incumplimiento en un plazo determinado para mantener o restaurar condiciones neutras de competencia en el mercado o garantizar el correcto funcionamiento y la integridad del sistema financiero, la Autoridad Bancaria Europea podrá adoptar una decisión individual dirigida a una entidad financiera instándola a adoptar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, incluido el cese de una práctica.

Fuera del peculiar mecanismo europeo de supervisión de las entidades financieras, los actos no vinculantes no carecen en general de relevancia jurídica en el Derecho de la Unión. El alcance y la intensidad del deber de consideración que lleva aparejado el *soft law* de la Unión pueden variar en función del destinatario (autoridades nacionales vs. particulares), la finalidad del acto (autolimitación vs. incentivación de terceros) y el contexto normativo. En primer lugar, el deber de consideración de las autoridades de los Estados miembros, incluidos sus órganos judiciales, se puede fundamentar en el principio de cooperación leal: en la medida en que el *soft law* contribuya a alcanzar los objetivos de la Unión, los Estados miembros deben ayudar a la Unión en el cumplimiento de su misión y abstenerse «de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión» (art. 4.3 TFUE). El Tribunal de Justicia ha afirmado el deber de los órganos judiciales de tomar en consideración las recomendaciones de la Comisión (STJ de 13 de diciembre de 1989, C-322/88, *Grimaldi*, apdos. 16 y 18) y del Consejo (STJ de 11 de septiembre de 2013, C-207/01, *Altair Chimica*, apdo. 41). De forma poco clara, el Tribunal extiende esa doctrina a algunos actos «atípicos» de *soft law* y la descarta respecto a otros.

En segundo lugar, una «comunicación» de la Comisión que expone cómo se propone aplicar determinadas normas jurídicas vincula a su autor (y destinatario único), que no puede desviarse de lo que allí haya establecido, al menos no sin una justificación adecuada, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (STJ [Gran Sala] de 19 de julio de 2016, as. C-526/14, *Kotnik*, apdo. 40).

En tercer lugar, el *soft law* no suele surgir en el vacío. Cuanto más estrechamente relacionado esté con el *hard law* aplicable en un sector y su autoría con el órgano competente para adoptar o aplicar el *hard law*, más intensa y apremiante será la necesidad de atenderlo: en particular, si se refiere a su aplicación. Algunas disposiciones de Derecho derivado exigen de forma explícita a los entes reguladores nacionales el deber de considerar el *soft law* aplicable en su sector, emanado de las instituciones europeas: por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones o la supervisión de los mercados financieros.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia ha reforzado tanto los efectos como el cumplimiento de los presupuestos de validez de las directrices y las recomendaciones de la Autoridad Bancaria Europea; esto es, en el marco del mecanismo de supervisión de las entidades financieras. No solo los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta esos actos no vinculantes para resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando tienen por

objeto completar disposiciones de Derecho de la Unión Europea dotadas de fuerza vinculante (en el caso de las directrices) o constatan la existencia de una infracción de ese ordenamiento (en el caso de las recomendaciones): los particulares pueden invocar la constatación de una infracción ante los órganos jurisdiccionales nacionales en un procedimiento dirigido a determinar la responsabilidad patrimonial del Estado. También ha reconocido que su validez puede ser controlada por la vía de la cuestión prejudicial (SSTJ de 25 de marzo de 2021, C-501/18, *BT y Balgarska Narodna Banka*, EU:C:2021:249, apdos. 80 y 83, referida a las recomendaciones, y de 15 de julio de 2021 [Gran Sala], C-911/19, *FBF y ACPR*, apdos. 57 y 68, referida a las directrices). En definitiva, aunque no haya un control directo, sí existe un control indirecto de legalidad.

No todo son ventajas. En todo ordenamiento jurídico, el problema que suele plantear la categoría del *soft law* es el de su compatibilidad con las exigencias del Estado de Derecho. ¿Es compatible con el principio democrático, el de legalidad o el de seguridad jurídica que pautas relevantes de conducta o criterios de interpretación o de aplicación de normas jurídicas sean adoptadas informalmente, fuera del procedimiento legislativo o reglamentario correspondiente? En la Unión el problema no es tanto el principio de legalidad como, según veremos, el de seguridad jurídica. En el Derecho primario de la Unión el *soft law* tiene un lugar específico, pues, como se ha indicado, la recomendación, cuando menos, está explícitamente reconocida como acto típico de las instituciones, se delimitan los supuestos en los que el Banco Central Europeo o el Consejo puede adoptar recomendaciones y se especifican las exigencias procedimentales mínimas. En el caso del Banco Central Europeo se requiere una habilitación normativa similar a la que es necesaria para adoptar cualquier acto vinculante. Ciertamente, un uso excesivo o desbordante por la Comisión de su poder general de recomendación podría «puentear» al legislador de la Unión (Parlamento Europeo y Consejo); pero parece poco probable. Más preocupante puede ser la creciente proliferación de agencias y organismos europeos –con una débil legitimación democrática– que utilizan el *soft law* como instrumento de dirección del sector sobre el que se proyectan, y respecto a los cuales el Derecho derivado de la Unión puede imponer un impreciso deber de consideración a los Estados miembros o a los sectores afectados.

En cualquier caso, las dudas se suscitan principalmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica: los efectos jurídicos del *soft law* quedan indeterminados, como se ha visto con las figuras previstas en el ámbito de la supervisión financiera, al igual que las consecuencias de su incumplimiento. Incluso cuando la jurisprudencia o el Derecho derivado afirman la necesidad de tener en cuenta un determinado instrumento de *soft law* no están claras sus implicaciones: ¿ese

deber de consideración se agota en una dimensión procedimental y, por tanto, se cumple con cualquier motivación del acto adoptado que afirme haberlo considerado o, cuando menos, con la regla «cumple o explica»? La misma virtud que se le suele reconocer al *soft law*, su contribución a la seguridad jurídica al interpretar o concretar los mandatos normativos, se puede contemplar en otras ocasiones o desde otros ángulos como lo contrario, una merma de seguridad jurídica. Todo depende de la situación o la expectativa desde la que se valore la aportación del *soft law*: si se parte de una situación «fáctica» de disposiciones indeterminadas o abiertas, entonces el *soft law* supone una mejora de la seguridad jurídica preexistente; si la valoración se realiza desde un marco prescriptivo o ideal según el cual el entero Derecho aplicable debe adoptarse mediante *hard law*, entonces el *soft law* se contemplará como un retroceso respecto al nivel deseable de seguridad jurídica.

4. **La coordinación indicativa: las orientaciones generales del Consejo**

Las orientaciones generales son las sucesoras del «método abierto de coordinación» que surgió en los años noventa del siglo pasado como alternativa al procedimiento legislativo o bien para ámbitos que quedaban fuera de las competencias de la Unión. El Derecho primario ha proporcionado una mayor formalización a ese método, que en la actualidad culmina en la aprobación de las orientaciones generales del Consejo. Estas podrían incluirse en una noción amplia de *soft law* desde la perspectiva de que carecen de la fuerza vinculante propia del reglamento o la directiva. Sin embargo, por su significado y sus características singulares, especialmente en una obra dedicada a la Constitución económica conviene diferenciarlas del «soft law».

En primer lugar, porque, como se indicó en capítulos anteriores, las orientaciones generales del Consejo son instrumento básico de coordinación, no de legislación. Su finalidad no es establecer normas vinculantes destinadas a terceros, tampoco aclararlas o preparar su aplicación (como en el caso del *soft law*), sino coordinar el ejercicio de políticas estatales (art. 5 TFUE); en consecuencia, sus destinatarios son únicamente los Estados miembros.

En segundo lugar, a diferencia de las recomendaciones analizadas en el apartado anterior, cuya mayor virtud es la flexibilidad, las orientaciones generales que deben atender las políticas económicas de los Estados miembros presentan una gran rigidez procedimental. En efecto, han sido sometidas a un proceso formalizado de elaboración, que incluye los siguientes pasos: el Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, elaborará un proyec-

to de orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión y presentará un informe al respecto al Consejo Europeo; sobre la base del informe del Consejo, el Consejo Europeo debatirá unas conclusiones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión; finalmente, con arreglo a esas conclusiones, el Consejo adoptará una recomendación en la que se establecerá dichas orientaciones generales (art. 121.2 TFUE).

Una vez establecidas, las orientaciones generales tienen una función específica: proporcionan el parámetro substantivo que debe utilizarse en la supervisión multilateral de las políticas económicas de todos los Estados miembros. El Consejo, basándose en informes presentados por la Comisión, supervisará la evolución económica de cada uno de los Estados miembros y de la Unión, así como la coherencia de las políticas económicas con las orientaciones generales. Si en ese procedimiento se comprueba que un Estado miembro contradice las orientaciones generales o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigir una advertencia a dicho Estado miembro. El Consejo, por recomendación de la Comisión, podrá dirigir las recomendaciones necesarias al Estado miembro de que se trate, sin tomar en consideración el voto del miembro del Consejo que represente a ese Estado miembro. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir hacer públicas sus recomendaciones.

Las orientaciones generales del Consejo en materia de política económica, que formalmente se adoptan mediante una recomendación del artículo 292 TFUE (la cual debe ser distinguida de las «recomendaciones propuesta» de la Comisión y de las «recomendaciones advertencia» de la Comisión o del Consejo que se dirigen a un concreto Estado miembro), sin ser vinculantes en sentido estricto, no dejan de tener relevancia jurídica y política. El artículo 120 TFUE impone un deber de adecuación general («Los Estados miembros llevarán a cabo sus políticas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Unión, definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, y en el marco de las orientaciones generales contempladas en el apartado 2 del artículo 121 [del Tratado de Funcionamiento]». Además, como se ha indicado, las orientaciones generales proporcionan el parámetro sustantivo para el ejercicio de la función de supervisión multilateral que el Tratado encomienda al Consejo: como resultado de ese proceso de supervisión se pueden llegar a adoptar «advertencias» específicas dirigidas al Estado miembro que se desvíe de ellas y esas «advertencias» pueden hacerse incluso públicas, lo que incrementa la presión política y la de los mercados sobre el gobierno del Estado miembro de que se trate. La presión de los mercados es más efectiva que una medida vinculante que pudiera adoptar la Unión, incluso que una medida sancionadora. En cual-

quier caso, en caso de que no se haga caso a una «advertencia», siempre se podría abrir un procedimiento de incumplimiento por la infracción del deber de adecuación general que establece el artículo 120 TFUE.

El Consejo también adopta orientaciones generales en el ámbito del empleo (art. 5.2 TFUE). Esas orientaciones generales cuentan con un procedimiento de elaboración específico: basándose en las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo, elaborará anualmente orientaciones, que serán compatibles con las orientaciones generales relativas a las políticas económicas. Expresamente se dispone que los Estados miembros las «tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo» (art. 148.2 TFUE). La función de esas orientaciones es similar a la antes señalada: sirven como parámetro para el examen anual que el Consejo debe efectuar sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros y, a la vista de ese examen, el Consejo puede formular recomendaciones a los Estados miembros, sobre la base de una recomendación de la Comisión (art. 148.4 TFUE).

En suma, la diferente función que cumplen, así como la combinación de rigidez procedimental y solemnidad jurídica y amplia efectividad, convierten a las orientaciones generales analizadas en instrumentos únicos, sin equivalentes en el Derecho estatal o internacional.

III. LA GOBERNANZA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EUROPEA

La Unión Europea tiene una burocracia muy reducida. A fin de desarrollar la regulación europea, la Comisión, como guardiana de los Tratados y principal motor jurídico de la integración (art. 17.1 TUE), utiliza diversos canales y mecanismos para adquirir conocimiento experto sobre los productos y los mercados, debatir y buscar consenso sobre propuestas normativas o de *soft law*, coordinar los diversos niveles de gobierno o supervisar la aplicación de las normas adoptadas y el buen funcionamiento los mercados regulados. Ninguno de esos mecanismos estaba contemplado en los tratados fundacionales; hoy están en gran parte institucionalizados y separados de la Comisión, a la que asesoran y asisten o cuyas funciones complementan.

Una breve presentación de esos mecanismos ofrece una imagen más precisa de la complejidad del «Estado regulador europeo», que no se reduce a la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo, por un lado, ni a las autoridades de los Estados miembros, por otro. También pone de manifiesto que la regula-

ción europea es un procedimiento complejo que no se reduce o no se acaba con la imposición de normas jurídicas comunes, pues incluye también la adquisición y transmisión de información, la supervisión de la implementación, el impulso de normas técnicas, la modificación de comportamientos por vías no imperativas y la coordinación de los diferentes niveles de gobierno. Como el propio «Estado regulador europeo», esos mecanismos se mueven también en una zona de contornos difusos entre lo normativo y lo ejecutivo; entre lo vinculante y lo no vinculante; lo público y lo privado; y entre lo supranacional, lo transgubernamental y lo nacional. En particular, la línea divisora entre el «Estado regulador europeo» y los Estados miembros coordinando de mutuo acuerdo sus políticas regulatorias no siempre está clara.

1. **La comitología**

La comitología es una expresión que hace referencia al desempeño de unos trescientos comités, integrados por expertos provenientes de las Administraciones nacionales, que asisten a la Comisión en el ejercicio de las funciones de ejecución que el Consejo le haya conferido: esos deben ser consultados en el procedimiento de elaboración de las normas secundarias de la Unión. La expresión «comitología» no aparece en los Tratados: la expresión jurídica que estos usan es la menos plástica de «modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión» (art. 291.3 TFUE).

La comitología surgió en el momento en que a la Comisión se le reconoció un poder general de ejecución (aunque no pleno) y, al mismo tiempo, a la hora de su ejercicio, se le obligó a consultar o bien a seguir el parecer de unos comités de expertos provenientes de las administraciones de los Estados miembros. Su origen está, por tanto, vinculado a la «ejecución normativa» de las disposiciones de Derecho derivado, y al afán de los Estados miembros de mantener un control efectivo sobre las competencias de ejecución conferidas a la Comisión. Mientras que la función legislativa de la Unión ha evolucionado bastante aproximándose al modelo estatal e incorporando al Parlamento Europeo como colegislador, en cambio, la función ejecutiva de la Unión sigue manteniendo un mecanismo de control estatal, que es la comitología.

El artículo 17 TUE no afirma, como hace la Constitución española respecto al Gobierno, que la Comisión «ejerce “la” función ejecutiva y “la” potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes», sino que «ejercerá asimismo funciones de [...] ejecución [...] de conformidad con las condiciones

establecidas en los Tratados». Las condiciones del ejercicio de esas funciones de ejecución están previstas en el artículo 291 TFUE. El apartado 2 del artículo 291 TFUE contempla que «en casos específicos debidamente justificados» el Consejo puede reservarse la ejecución de los actos legislativos; y que, en los restantes casos, esto es, en el escenario normal, procede la delegación de la función ejecutiva del acto legislativo en cuestión a la Comisión. Ahora bien, esa ejecución por la Comisión deberá respetar las modalidades de control que fije el Consejo y que deben ser conformes con las previstas en el Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. Por tanto, en la Unión la titularidad de las funciones ejecutivas se determinan caso a caso, no de forma general. El artículo 17 TUE es descriptivo, no atributivo de competencias.

La comitología tiene tanto detractores (por cuanto distorsiona la integridad de la función ejecutiva de la Unión y puede perturbar la tutela del interés general de la Unión) como defensores (en la medida en que legitima la elaboración de normas secundarias europeas al tener en cuenta los intereses estatales y propicia la coordinación de la Comisión con las autoridades estatales, que son las responsables de su aplicación sobre el terreno). En cualquier caso, esos comités están presididos por un miembro de la Comisión, que carece de voto, y actúan siempre sobre la base de una propuesta elaborada por la Comisión.

Por regla general, el Derecho de la Unión es ejecutado por los Estados miembros (art. 291.1 TFUE). No obstante, cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, estos deben conferir las competencias de ejecución a la Comisión, y solo excepcionalmente al Consejo (art. 291.2 TFUE). Es entonces cuando se activa la llamada «comitología». Cuando se confieran competencias de ejecución a la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer lo que el Tratado denomina «modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión» (art. 291.3 TFUE).

Esas modalidades de control, que el Parlamento Europeo y el Consejo deben establecer previamente mediante reglamento, consisten en someter los proyectos de normas de ejecución de la Comisión a la consulta de unos comités de expertos nacionales. Las modalidades de control han evolucionado y se han simplificado con el tiempo. En el pasado existieron varios tipos de procedimientos de comités, con mayor o menor grado de influencia en la decisión final de la Comisión: en algunas modalidades los comités tenían la capacidad de vetar los proyectos de normas de la Comisión, si la mayoría de sus miembros así lo reque-

ría. El Reglamento (UE) núm. 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, regula los dos procedimientos de comités que son actualmente aplicables, el procedimiento de examen y el consultivo, en términos más simples y deferentes hacia la Comisión. Tanto el Consejo como el Parlamento Europeo, como órganos colegisladores, pueden indicar en cualquier momento que las normas de ejecución proyectadas exceden las competencias atribuidas a la Comisión, pero esta es libre para retirar o mantenerlas.

La comitología surgió a propósito de las normas de ejecución en 1986, pero la creación de una nueva categoría de actos en el Tratado de Lisboa, la de los actos legislativos delegados, que también corresponde adoptar a la Comisión previa delegación contenida en un acto legislativo, ha conducido a extender una forma de comitología (para evitar esa expresión se les llama «grupos de expertos») también a los actos delegados, pese a que el artículo 290 TFUE, a diferencia del artículo 291 TFUE, no contempla esas modalidades de control. Esas modalidades se establecen en un Acuerdo Común entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los actos delegados, anexo al Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación de 2016 (DO 2016 L 123). La Comisión tiene que consultar con expertos nacionales cuando elabora los proyectos de actos delegados. Además de esa consulta preceptiva, el Parlamento y el Consejo pueden revocar la delegación o formular objeciones al acto delegado en el plazo fijado en el acto legislativo.

2. **Las entidades de normalización**

De la normalización en el mercado único no se encarga en principio la Comisión, sino unas entidades de normalización o estandarización. Los tres organismos europeos de normalización son el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI). En colaboración con los fabricantes, adoptan normas para garantizar la calidad, la seguridad y la fiabilidad de los productos, a las que las empresas se sujetan voluntariamente: no obstante, las normas nacionales o europeas pueden remitirse a ellas y exigir su cumplimiento. La Comisión les puede solicitar que elaboren una determinada «norma armonizada» necesaria en el mercado único. Las normas armonizadas cuentan en la Unión con una regulación general, el Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea; este reglamento se completa con previsiones específicas para diversos sectores contenidas en directivas y reglamen-

tos. La validez de esas normas se proyecta también al Espacio Económico Europeo (para los países que permanecen en la EFTA).

La remisión de un acto legislativo de la Unión a una de esas normas armonizadas transforma su naturaleza: de normas voluntarias utilizables en las relaciones entre sujetos privados se convierten en normas cuyo cumplimiento produce efectos jurídico-públicos. Proporciona a los productos que cumplen las especificaciones técnicas definidas en las normas armonizadas relativas a ellos una presunción de conformidad con los requisitos esenciales de la Directiva o Reglamento aplicable a esos productos: como consecuencia, el producto puede circular, ser comercializado y ser libremente utilizado en el territorio de todos los Estados miembros de la Unión, de forma que los Estados miembros no pueden imponer a tales productos exigencias adicionales para su acceso efectivo al mercado y su utilización en su territorio. Además, la Comisión vela por el efectivo cumplimiento de las normas armonizadas, y puede interponer el recurso de incumplimiento frente a un Estado miembro que impone exigencias adicionales para el acceso efectivo y la utilización en su territorio (STJ de 16 de octubre de 2014, C-100/13). Una norma armonizada elaborada por una de las entidades mencionadas, adoptada con fundamento en una norma de la Unión y cuyas referencias hayan sido publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, forma parte del Derecho de la Unión, y, por tanto, el Tribunal de Justicia es competente para interpretarla por la vía de la cuestión prejudicial (STJ de 27 de octubre de 2016, C-613/14, *James Elliot Construction*, apdos. 40 y 47). En sus conclusiones en el asunto C-588/21 P (*Public. Resource. Org y Right to Know/Comisión y otros*) la abogada general Laila Medina ha defendido que las normas técnicas armonizadas europeas, actualmente protegidas por los derechos de autor reconocidos a las entidades de normalización, deben ser libremente accesibles, de forma gratuita, debido a su especial naturaleza jurídica de actos que forman parte del Derecho de la Unión.

3. **Las agencias**

Las agencias europeas empezaron a proliferar hace unos quince años por un cúmulo de motivos: la crisis de la Comisión Europea tras la dimisión del presidente Santer, los reproches de politización que se le dirigían y el gran número y diversidad de tareas que aquella debía atender, pese a su reducida dimensión. El argumento detrás de la creación de agencias, nacionales o europeas, suele ser que garantizan mayor efectividad, visibilidad y credibilidad de la acción pública en áreas de gestión que necesitan conocimiento experto y

continuidad: mientras tanto, la Administración o la institución matriz puede concentrarse en la función de formular las políticas. Actualmente, en la Unión hay agencias de todo tipo: unas con misiones auxiliares o ejecutivas y otras con poderes de decisión, unas centradas en el mercado único y otras operativas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

Hay varias clasificaciones o taxonomías en la doctrina. Craig (2018) distingue entre agencias regulatorias, agencias con poderes de decisión, agencias cuasi regulatorias (con intensos poderes de recomendación) y agencias de información y coordinación. Según el citado autor, en la Unión no hay auténticas agencias regulatorias («a la americana»), esto es, facultadas para ejercer poderes discrecionales en ámbitos determinados, desarrollando una «política de agencia» expresada mediante la adopción de normas generales y decisiones individuales. La razón son las limitaciones constitucionales que existen en la Unión a la transferencia de poderes discrecionales a las agencias, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es ahora más comprensiva que en el pasado (vid. STJ [Gran Sala] de 22 de enero de 2014, C-270/12, *Reino Unido contra Consejo y Parlamento*, EU:C:2014:18).

En el contexto de esta obra deben mencionarse las agencias que contribuyen a la integración jurídica en materia económica. Así cabe mencionar la Autoridad de Seguridad Alimentaria (Reglamento 178/2002), la Agencia de Seguridad Marítima (Reglamento 1406/2002), la Agencia Europea de la Seguridad Ferroviaria (Reglamento 881/2004), la Agencia Europea de Seguridad Aérea (Reglamento 216/2008), la Agencia de la Unión Europea para los Ferrocarriles (Reglamento 2016/796) y la Autoridad para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (Reglamento 73/2009). Igualmente deben citarse las nuevas autoridades de supervisión financiera: la Autoridad Europea de Valores y Mercados (Reglamento 1095/2010), la Autoridad Bancaria Europea (Reglamento 1093/2010) y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (Reglamento 1094/2010). Estas últimas han sido dotadas, según el modelo de la Agencia de Seguridad Aérea, con poderes cuasi regulatorios: elaboran propuestas de normas que luego la Comisión adopta como propias. En algunas de las nuevas agencias europeas destaca también el protagonismo otorgado a los Estados miembros: sus representantes se integran en sus órganos directivos o consultivos. Como también atestiguan la comitología y las redes de autoridades nacionales, se corrobora aquí la importancia, sea cual sea la tarea por desempeñar, de contar con los expertos nacionales para adquirir información y coordinar la implementación de las normas europeas.

4. **Las redes de autoridades nacionales**

Otra tendencia es la proliferación de las redes de autoridades nacionales, en las que las autoridades europeas y las nacionales se transmiten información y coordinan su actuación respecto a la implementación de las normas y políticas europeas. Unas son más informales y otras están más institucionalizadas. En el ámbito de la competencia existe uno de los sistemas más formalizados de cooperación en virtud del Reglamento 1/2003: la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplican las normas de competencia europeas en estrecha colaboración, se transmiten la información disponible y se coordinan de cara a determinar quién debe instruir cada procedimiento administrativo, en virtud de su dimensión europea o nacional. La coordinación de una red puede atribuirse también a una agencia europea. Así, la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, creada en 2009, ayuda a las autoridades nacionales de regulación de toda Europa a ejercer sus funciones y, cuando hace falta, coordina sus labores.

IV. MEMENTO

– En el ámbito de la Unión Europea se pueden diferenciar dos grandes vectores de regulación económica en sentido amplio, aunque entrelazados. Por un lado, está el proceso dirigido a «crear» el mercado único, eliminando fronteras nacionales y obstáculos a la libre circulación de los factores de producción. El principio de reconocimiento mutuo se ha convertido en el principal instrumento regulador del mercado único. Por otro lado, está el proceso de «abrir» a la competencia sectores de las economías «nacionales» que anteriormente estaban excluidos de ella, impulsando procesos de liberalización de esos sectores: tradicionalmente, los sectores de las telecomunicaciones, la energía, el sector postal, el transporte y el audiovisual. Para ello se practican diversas modalidades de regulación, previstas en los Tratados.

– La legislación uniforme es la modalidad de regulación más intensa –completa, eficaz y centralizadora– que puede llevar a cabo la Unión. Reemplaza a la legislación nacional que exista sobre la misma materia. Su instrumento jurídico es el reglamento.

– La armonización o aproximación de legislaciones nacionales es otra posibilidad de regulación europea. Su instrumento jurídico es la directiva. Su campo de actuación por excelencia, aunque no único, es el título competencial llamado precisamente «aproximación de las legislaciones que tengan por ob-

jeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior» (art. 114 TFUE). La directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288 TFUE).

– La Comisión dispone de un poder general de adoptar recomendaciones (art. 290 TFUE). Lo utiliza para formular criterios que orienten a los gobiernos o a los operadores jurídicos, en ausencia de armonización o legislación uniforme, ya sea por las limitaciones de la competencia legislativa o por la dificultad política de adoptar normas vinculantes, o bien para desarrollar aspectos relativos a la aplicación de normas comunes establecidas en el Derecho primario o secundario. También pueden adoptar recomendaciones, aunque con mayores restricciones que la Comisión, el Consejo y el Banco Central Europeo.

– Las orientaciones generales del Consejo son un instrumento básico de coordinación, no de legislación. Su finalidad no es establecer normas vinculantes destinadas a terceros, tampoco aclararlas o preparar su aplicación (como en el caso del *soft law*), sino coordinar el ejercicio de políticas estatales. Sus destinatarios son únicamente los Estados miembros. Proporcionan el parámetro substantivo que debe utilizarse en la supervisión multilateral de las políticas económicas de todos los Estados miembros.

– La regulación europea es un procedimiento complejo que no se reduce a la elaboración de normas jurídicas comunes, vinculantes o no, pues incluye también la adquisición y transmisión de información, la supervisión de la implementación, el impulso de normas técnicas, la modificación de comportamientos por vías no imperativas y la coordinación de los diferentes niveles de gobierno. Para ello, la Comisión se sirve de una infraestructura sofisticada: la comitología, las entidades de normalización, las agencias europeas y las redes de autoridades nacionales.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Alonso García, R., «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 15, 2001, pp. 63-94.

Álvarez García, V., *Las normas técnicas armonizadas (Una peculiar fuente del Derecho europeo)*, Iustel, 2020.

Arroyo Jiménez, L., y Nieto Martín, A. (eds.), *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.

Arzoz Santisteban, X., «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos», en X. Arzoz (ed.), *Transposición de directivas y autogobierno. El*

desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2013, pp. 75-145.

Baldwin, R., Cave, M., y Lodge, M., *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practise*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2013 (capítulo 19, «Regulation and the European Union»).

Consejo de Estado. *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2008.

Craig, P., *EU Administrative Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2018 (especialmente capítulos sobre comitología, agencias y método abierto de coordinación).

De la Cruz Ferrer, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002.

Hernández López, C., «La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites», *Revista de administración pública*, núm. 221, 2023, pp. 121-147.

Kovar, R., «Observations sur l'intensité normative des directives», *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 359-372.

Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (dirs.), *Fundamentos e Instituciones de la regulación* (= *Derecho de la regulación*, vol. 1), Iustel, 2009.

Ruiz Palazuelos, N., *Regulación económica y Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Senden, L. y Van den Brink, T., *Checks and balances of soft rule-making in the* EU, Luxemburgo, Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas, 2012.

Vogt, M., «The decision as a means of normative lawmaking», en O. Jansen y B. Schöndorf-Hausbold (eds.), *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia, 2011, pp. 335-356.

CAPÍTULO 5

EL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Xabier Arzoz Santisteban

RESUMEN

El presupuesto de la Unión Europea muestra importantes diferencias con el presupuesto de un Estado: fragmentación, intergubernamentalismo, dimensión reducida, y evolución ordenada por ciclos plurianuales.

CONCEPTOS CLAVE

Aprobación de la gestión, Ejecución del presupuesto, Fraude, Marco financiero plurianual, Presupuesto, Recursos propios, Reglamento financiero

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 310-325 TFUE

Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)

Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom

Reglamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027

Acuerdo interinstitucional, de 16 de diciembre de 2020, sobre disciplina presupuestaria, cooperación en materia presupuestaria y buena gestión financiera, así como sobre

nuevos recursos propios, en particular una hoja de ruta para la introducción de nuevos recursos propios

Reglamento (UE, Euratom) 2020/2223 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 en lo referente a la cooperación con la Fiscalía Europea y a la eficacia de las investigaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude

Reglamento (UE, Euratom) 2024/2509 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2024, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión

SUMARIO: I. Naturaleza del presupuesto de la Unión. *1. Fragmentación e intergubernamentalismo. 2. Dimensión reducida y ordenación plurianual. 3. Valoración.*–II. Los instrumentos jurídicos del Derecho presupuestario de la Unión. *1. El marco financiero plurianual. 2. La decisión sobre los recursos propios. 3. El reglamento financiero. 4. El presupuesto anual. 5. Los acuerdos interinstitucionales.*–III. La ejecución del presupuesto y su control. *1. La ejecución del presupuesto. 2. El auditor interno. 3. El Tribunal de Cuentas. 4. La aprobación de la gestión.*–IV. La lucha contra el fraude. *1. La obligación de combatir el fraude. 2. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). 3. La fiscalía europea.*–V. Memento.–Bibliografía básica.

I. NATURALEZA DEL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN

El presupuesto de la Unión Europea ha sido, y es, un ámbito de decisión disputado en la distribución horizontal y vertical del poder. El Parlamento Europeo estuvo inicialmente al margen del procedimiento de decisión presupuestaria: tuvo que conseguir su derecho a participar en lucha con el Consejo, la Comisión y los Estados miembros. Mientras estos últimos argüían que las decisiones presupuestarias eran meras cuestiones contables y financieras, el primero defendía, con razón, su relevancia política. Por otro lado, la financiación de la Unión es un campo recurrente de batalla, ya sea por motivos federales (centro vs. periferia) o por razones redistributivas (Estados que transfieren fondos vs. Estados que los reciben con saldo neto favorable). En 1965 el general De Gaulle se opuso al proyecto de la Comisión de financiar el presupuesto comunitario mediante recursos propios, pese a que Francia era su principal beneficiario. Y en 1984, el Reino Unido obtuvo una compensación financiera por el mantenimiento del nivel de gasto de la política agrícola común, de la que se beneficiaba poco y que le ocasionaba un saldo neto negativo: el Reino Unido conservó hasta su salida el llamado «cheque británico», varias veces reajustado, que incrementaba las contribuciones de los demás Estados miembros.

1. **Fragmentación e intergubernamentalismo**

La noción de presupuesto se ha ido construyendo progresivamente en el ámbito comunitario. La CECA carecía de un verdadero presupuesto: contaba por un lado con un «presupuesto operacional», nutrido de préstamos y garantías para realizar programas de inversiones y, por otro, con «un estado previsional general» para los gastos administrativos o de funcionamiento. No obstante, la Alta Autoridad gozaba de autonomía financiera, pues podía procurarse los recursos necesarios para el cumplimiento de su misión. Idéntica división entre presupuesto operacional y de funcionamiento existía en la CEEA.

En cambio, el Tratado CEE creó un verdadero presupuesto: según su artículo 199, todos los ingresos y gastos de la Comunidad, incluidos los que se referían al fondo social europeo, debían ser objeto de previsión para cada ejercicio presupuestario e incluidos en el presupuesto. Sin embargo, los ingresos necesarios para realizar las funciones del Tratado CEE fueron renacionalizados: el presupuesto común se nutriría inicialmente de contribuciones de los Estados miembros, aunque se contemplaba la existencia futura de recursos propios (art. 201). El papel político relevante en las decisiones presupuestarias se trasladó de la Alta Autoridad (Comisión) al Consejo.

En 1965, mediante el llamado Tratado de Fusión (que, como se indicó anteriormente, unificó los «ejecutivos» de las tres Comunidades Europeas), se integraron en el presupuesto de la CEE los presupuestos de funcionamiento de la CECA y la CEEA. En 1970, se pasó de las contribuciones nacionales al sistema de recursos propios, conformado inicialmente por el arancel aduanero común y los montantes compensatorios agrícolas (la diferencia entre el precio de mercado comunitario y el mundial): con el tiempo se añadió un porcentaje de la recaudación por el impuesto sobre el valor añadido y posteriormente un porcentaje sobre el PNB.

Asimismo, a partir de 1970 el Parlamento Europeo fue emergiendo poco a poco en el sistema político europeo, también en el ámbito presupuestario: inicialmente su poder se centraba en los llamados «gastos no obligatorios», esto es, los que no derivan del Derecho primario o secundario, como por ejemplo los de la política agrícola común, justamente los más cuantiosos al principio. Los acuerdos interinstitucionales (Consejo, Comisión y Parlamento Europeo) son los instrumentos normativos que expresan el incremento paulatino de la importancia de la participación del Parlamento Europeo en el procedimiento presupuestario. Las reformas de los Tratados codifican luego o amplían esos avances. Hubo acuerdos interinstitucionales con consecuencias presupuestarias en 1982, 1988 y 1999. Paralelamente, con la progresiva reducción de los gastos agrícolas entre 1987 y 1992, el Parlamento Europeo incrementaba también su nivel de decisión.

Con la creación de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht (1992) y su división en pilares, se retornó a cierta fragmentación del presupuesto de la Unión: los Estados miembros asumían directamente la financiación de algunas de las competencias ejercidas por la Unión fuera del pilar comunitario. La estructura de pilares desapareció con el Tratado de Lisboa, pero la fragmentación presupuestaria continua. Por un lado, aunque los gastos administrativos y operativos de la política exterior y seguridad común corren a cargo del presupuesto de la Unión, excepto los relativos a las operaciones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa, el Consejo puede decidir, por unanimidad, otra cosa (art. 41 TUE). Por otro lado, los gastos derivados de una cooperación reforzada corren a cuenta de los Estados participantes en esa cooperación, con la excepción de los gastos administrativos ocasionados por las instituciones de la Unión, aunque el Consejo, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, puede decidir otra cosa (art. 332 TFUE), como, por ejemplo, consignar los gastos en el presupuesto de la Unión. Por último, está excluida la participación del Parlamento Europeo en las decisiones presupuestarias que afectan a la unión económica y monetaria: el Banco Central Europeo (arts. 127-133 TFUE) y el Banco Europeo de Inversiones (arts. 308-309 TFUE) quedan fuera de su alcance. En suma, las incoherencias del Derecho presupuestario de la Unión y el protagonismo del Consejo se mantienen incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y proyectan una luz intergubernamental sobre él, a diferencia del Derecho institucional general.

2. **Dimensión reducida y ordenación plurianual**

El importe del presupuesto de la Unión es y ha sido siempre muy limitado en comparación con el de los presupuestos de los Estados miembros. En primer lugar, es un presupuesto complementario, que no los sustituye o integra. En segundo lugar, su porcentaje con respecto al PIB de la Unión Europea es bajo, porque así se ha establecido en el Derecho primario. Su carácter es, ante todo, pero no solo, resultado de los principios de atribución (art. 5.2 TUE) y de subsidiariedad (art. 5.3 TUE): la Unión no goza de una competencia universal, y aun en los ámbitos de competencia compartida solo debe intervenir en caso de que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y sí de forma mejor a escala de la Unión, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida. No obstante, el principio de subsidiariedad no tiene necesariamente el mismo alcance respecto a la actuación normativa de la Unión y a su actuación de fomento (el mero gas-

to): la actuación de fomento de la Unión se suele configurar como complementaria de las actuaciones nacionales correspondientes o una contribución a su realización. En las disposiciones de los Tratados que regulan algunas competencias de la Unión se apunta a una responsabilidad financiera compartida entre la Unión y los Estados miembros en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión (art. 192.4 TFUE respecto a la política ambiental).

Los Estados miembros no esconden su voluntad de contener el crecimiento del presupuesto de la Unión. El Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece que «los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar». A partir del Tratado de Maastricht, para garantizar la disciplina presupuestaria, la Comisión no podía realizar propuestas de actos ni modificar sus propuestas de actos o adoptar medidas de ejecución que tuvieran consecuencias notables sobre el presupuesto sin dar garantías de que su propuesta pudiera ser financiada con el techo de los recursos propios fijados por el Consejo. En la actualidad, el artículo 310.4 TFUE contiene una redacción similar: ahora es la Unión la que no puede aprobar los actos si se cumplen las condiciones mencionadas. Con ello se dota de una dimensión financiera el objetivo de intervención «mínima», que procede de los Tratados constitutivos originales. Como consecuencia, la tasa de crecimiento del presupuesto de la Unión a medio o largo plazo es casi inexistente, incluso ha descendido en ocasiones, a diferencia de lo que ocurre con el presupuesto de los Estados miembros.

Como los presupuestos estatales, también el de la Unión tiene vigencia anual, pero desde 1988 las decisiones presupuestarias se programan en la Unión mediante el llamado «marco financiero plurianual», que contiene las grandes orientaciones para el periodo con el fin de que los gastos evolucionen de forma ordenada dentro de los límites de los recursos propios. Más que la aprobación del presupuesto anual, la aprobación del marco financiero plurianual es, en realidad, el gran momento político de la Unión: o sea, una vez cada cinco años como mínimo, en lugar de la discusión anual que caracteriza a los presupuestos estatales, con la consiguiente posibilidad, nada excepcional, de que no se alcance la mayoría requerida. Es una discusión en la que el Parlamento Europeo no es determinante. Una vez fijado el techo presupuestario para un periodo plurianual, se reduce el margen de maniobra del Parlamento Europeo en el procedimiento de elaboración del presupuesto anual. El techo del presupuesto de la Unión ha oscilado entre el 1,20 % del PIB (periodo 1988-1992), el 1,24 % del

PIB (periodo 2007-2013) y el 1,27 % del PIB (periodo 1993-1999): el presupuesto anual se ha mantenido siempre por debajo del techo correspondiente, a menudo cercano al 1 % del PIB de la Unión.

3. **Valoración**

Pese al carácter integrado de la Unión Europea y su Derecho institucional general, su Derecho presupuestario lo está en mucha menor medida: se caracteriza por la fragmentación y un mayor intergubernamentalismo. Aunque la variedad y amplitud de las competencias de la Unión puede ofrecer una imagen de cierta proximidad a la forma estatal, su presupuesto, claramente, no es homologable por su dimensión e impacto al presupuesto federal o central de un Estado compuesto. No opera, por tanto, como un importante elemento integrador o cohesionador de «Los 27». Por ello, este capítulo no se titula «la integración presupuestaria» de la Unión, siguiendo el modelo de las anteriores, sino, más modestamente, «el presupuesto» de la Unión.

No obstante, con sus limitaciones, no deja de haber un momento político y «federal» en la elaboración y la ejecución del «marco financiero anual»: aflora en las discusiones sobre la reforma de ciertas políticas, la inclusión de nuevas políticas y la mejora de los procedimientos de gestión y de control de la ejecución.

II. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO PRESUPUESTARIO DE LA UNIÓN

El Derecho presupuestario de la Unión está regulado por normas de diversa naturaleza: disposiciones de Derecho primario (básicamente, arts. 310 a 325 TFUE), reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (p. ej., el reglamento financiero), reglamentos del Consejo (p. ej., el reglamento que establece el marco financiero plurianual y los reglamentos sobre la ejecución de los recursos propios), decisiones del Consejo (las decisiones sobre los recursos propios) y acuerdos interinstitucionales (p. ej., sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera). La finalidad de esta sección es conocer los principales instrumentos jurídicos del Derecho presupuestario de la Unión. Los instrumentos actualmente vigentes están mencionados en la ficha inicial de este capítulo. Como se verá a continuación, el Parlamento Europeo no tiene una participación relevante en todos los procedimientos.

1. **El marco financiero plurianual**

El Tratado de Lisboa ha codificado el instrumento jurídico del marco financiero plurianual, que venía utilizándose desde 1988 sobre la base de acuerdos interinstitucionales. Actualmente se adopta bajo la forma de reglamento del Consejo. Su regulación se contiene en el artículo 312 TFUE. La expresión «marco financiero» data de 2006; anteriormente se utilizaba la de «perspectivas financieras».

El marco financiero plurianual se determina en un reglamento que adopta el Consejo con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronuncia por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronuncia a su vez por mayoría de los miembros que lo componen. El marco financiero plurianual se establece para un periodo mínimo de cinco años; en la práctica de las últimas décadas suele referirse a un periodo de siete años. El presupuesto anual de la Unión respetará el marco financiero plurianual. El marco financiero plurianual, como el presupuesto anual, se fija en euros. En el marco financiero plurianual se pueden incluir cualesquiera otras disposiciones adecuadas para el buen desarrollo del procedimiento presupuestario anual.

El objetivo del marco financiero plurianual es garantizar la evolución ordenada de los gastos de la Unión dentro del límite de sus recursos propios. Fija los importes de los límites máximos anuales de créditos para compromisos, por categorías de gastos, y del límite máximo de créditos para pagos. Los compromisos y los pagos suelen diferir en los proyectos plurianuales. Los créditos para compromisos son créditos destinados a cubrir, durante un ejercicio presupuestario concreto, el coste total de las obligaciones jurídicas contraídas (contratos, subvenciones, etc.), independientemente de si las mismas se extienden o no a varios ejercicios presupuestarios. Las categorías de gastos de dichos compromisos, cuyo número deberá ser limitado, corresponderán a los grandes sectores de actividad de la Unión. Los créditos para pagos son los créditos destinados a satisfacer los pagos que deben realizarse en un determinado ejercicio. Se derivan de compromisos jurídicos contraídos en el mismo o en años anteriores.

Para cada uno de los ejercicios cubiertos por el marco financiero plurianual, el total de los créditos para pagos necesarios, tras el ajuste anual y cualesquiera otros ajustes y revisiones previstos en la normativa presupuestaria, no podrá dar lugar a un porcentaje de utilización de los recursos propios superior al límite máximo de los recursos propios, fijado en la Decisión del Consejo sobre los recursos propios de la Unión Europea que esté en vigor.

Por tanto, la evolución ordenada del presupuesto de la Unión se persigue mediante la fijación de dos límites cumulativos: por un lado, los límites

máximos de gasto derivados del marco financiero plurianual, fijados en el Reglamento que establece el correspondiente marco financiero plurianual; por otro, el límite máximo de los recursos propios, fijado en la Decisión del Consejo sobre los recursos propios de la Unión Europea en vigor. Los primeros se deben adecuar a los segundos, y no al revés: cuando sea necesario, los límites máximos del marco financiero plurianual se reducirán para garantizar el cumplimiento del límite máximo de recursos propios establecido en la Decisión sobre los recursos propios (art. 3.2 del Reglamento 2020/2093 del Consejo).

La regulación del marco financiero plurianual incluye mecanismos de ajuste técnico, de ajuste derivado de medidas de buena gobernanza económica o de la aplicación de la condicionalidad presupuestaria (vid. *supra* capítulo 2) y de flexibilidad, así como normas específicas para los proyectos a gran escala cuya duración se extienda mucho más allá del período establecido para el marco financiero plurianual (como el programa espacial de la Unión y el proyecto del reactor termonuclear experimental internacional). Si los imprevistos no pueden tratarse dentro del margen de los límites establecidos para el marco financiero plurianual, atendidos en su caso los mecanismos de ajuste y flexibilidad, se podría revisar el marco financiero plurianual antes de su vencimiento. Actualmente se contempla expresamente la revisión del marco financiero plurianual en caso de revisión de los Tratados, ampliación de la Unión y reunificación de Chipre.

Los límites máximos anuales de gasto que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión deberán respetar en el marco financiero plurianual 2021-2027, durante cada procedimiento presupuestario y durante la ejecución del presupuesto del ejercicio correspondiente, están establecidos en el anexo I del Reglamento 2020/2093 del Consejo, de 17 de diciembre de 2020.

Para que la Unión pueda responder a determinadas situaciones o consecuencias imprevistas, este Reglamento contempla también instrumentos especiales temáticos y no temáticos. Los instrumentos especiales temáticos son el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, la Reserva de Solidaridad y para Ayudas de Emergencia y la reserva de ajuste al Brexit. Los instrumentos especiales no temáticos son el Instrumento de Margen Único y el Instrumento de Flexibilidad. El Instrumento de Margen Único permite la transferencia de los márgenes disponibles por debajo de los límites máximos para los créditos de compromiso y de pago, respectivamente, entre ejercicios y, en el caso de los créditos de compromiso, entre las rúbricas del marco financiero plurianual, sin sobrepasar los importes totales de los límites máximos del marco financiero plurianual para los créditos de compromiso y de

pago durante todo el período del marco financiero plurianual. El Instrumento de Flexibilidad debe permitir la financiación de gastos imprevistos específicos en un ejercicio determinado.

No obstante, más allá de los anteriores aspectos técnicos, el volumen del marco financiero plurianual para 2021-2027 no tiene precedentes. Se prevé un presupuesto a largo plazo de 1,0743 billones de euros para la EU-27 a precios de 2018, en el que se ha integrado el Fondo Europeo de Desarrollo. Junto con el instrumento de recuperación «Next Generation EU», de 750 000 millones de euros, el presupuesto permitirá a la UE aportar una financiación de 1,8 billones de euros para sustentar la recuperación de la pandemia de COVID-19 y las prioridades a largo plazo de la UE en diferentes ámbitos de actuación.

La Comisión debe presentar una propuesta de nuevo marco financiero plurianual antes del 1 de julio de 2025, con el fin de permitir que las instituciones lo adopten con la suficiente antelación al comienzo del subsiguiente marco financiero plurianual (en principio, 2028-2034). Si, al vencimiento del marco financiero anterior, no se ha adoptado el reglamento del Consejo por el que se establece un nuevo marco financiero, se prorrogarán los límites máximos y las demás disposiciones correspondientes al último año de aquel hasta que se adopte dicho acto.

2. **La decisión sobre los recursos propios**

De acuerdo con el artículo 311 TFUE, la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas. Sin perjuicio del concurso de otros ingresos, el presupuesto será financiado íntegramente con cargo a los recursos propios. Esto es así desde el año 1970. Lo que ha cambiado es el peso relativo de cada recurso en la cesta total. Pese a mantenerse los llamados «recursos propios tradicionales» (agrícolas, aduaneros o similares), los más importantes son los vinculados a un porcentaje del importe total recaudado en cada Estado miembro por el impuesto del valor añadido y a un porcentaje de la renta nacional bruta.

Al Consejo corresponde adoptar la decisión que establezca las disposiciones aplicables al sistema de recursos propios de la Unión, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo: como solo consulta al Parlamento Europeo, es un procedimiento con un marcado carácter intergubernamental. En esa decisión se pueden establecer nuevas categorías de recursos propios o suprimir alguna de las

categorías existentes. La decisión del Consejo sobre los recursos propios solo entra en vigor una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Esta última circunstancia otorga un valor jurídico relevante a las decisiones sobre recursos propios, aunque no por ello se pueden equiparar con el Derecho primario, que constituye su presupuesto de validez.

El Consejo puede fijar, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, las medidas de ejecución del sistema de recursos propios de la Unión, siempre que así lo disponga la decisión del Consejo sobre los recursos propios. El Consejo se pronunciará previa aprobación del Parlamento Europeo.

Hasta la fecha se han adoptado ocho decisiones sobre recursos propios (1970, 1985, 1988, 1994, 2000, 2007, 2014 y 2020). En la última decisión (la Decisión 2020/2053 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020) se ha incluido un nuevo recurso vinculado a los residuos de envases de plástico no reciclados como primer paso de una reforma mayor que, en los próximos años, pretende reducir la contribución de los Estados miembros vinculada a la renta nacional bruta: se trata, además, del primer recurso propio con un significado ambiental, si bien no recae sobre los particulares. En el futuro se podrán incluir nuevos recursos propios: según el preámbulo de la citada Decisión, la Unión pretende reformar en los próximos años el sistema de recursos propios e instaurar nuevos recursos propios.

De acuerdo con la Decisión 2020/2053 del Consejo, estos son actualmente los recursos propios:

a) Los recursos propios tradicionales, consistentes en exacciones, primas, montantes suplementarios o compensatorios, importes o elementos adicionales, derechos del arancel aduanero común y otros derechos que hayan fijado o puedan fijar las instituciones de la Unión en los intercambios comerciales con terceros países, derechos de aduana sobre los productos regulados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, ya expirado, así como cotizaciones y otros derechos previstos en el marco de la organización común de mercados en el sector del azúcar. Los Estados miembros retienen, en concepto de gastos de recaudación, el 25 % de los importes procedentes de los recursos propios tradicionales que hayan recaudado.

b) El obtenido de aplicar un tipo uniforme de referencia (0,80 euros por kilogramo) al peso de los residuos de envases de plástico generados en cada Estado miembro que no se reciclen.

c) El obtenido de aplicar un tipo uniforme del 0,30 % al importe total del impuesto del valor añadido recaudado en relación con la totalidad de las entregas de bienes o prestaciones de servicios gravadas, dividido por el tipo medio ponderado del IVA calculado para el año natural correspondiente;

d) El resultado de aplicar un tipo uniforme de referencia, que se determinará teniendo en cuenta el importe total de todos los demás ingresos, a la suma de la renta nacional bruta (RNB) de todos los Estados miembros. Durante el período 2021-2027, Dinamarca, Alemania, los Países Bajos, Austria y Suecia se beneficiarán de correcciones brutas de sus contribuciones anuales basadas en la RNB.

La Decisión 2020/2053 ha elevado los límites máximos de los recursos propios, que actualmente son los siguientes (art. 3):

– El importe total de los recursos propios asignados a la Unión para financiar los créditos de pago anuales no rebasará el 1,40 % de la suma de la RNB de todos los Estados miembros.

– El importe total de los créditos de compromiso anuales consignados en el presupuesto de la Unión no rebasará el 1,46 % de la suma de la RNB de todos los Estados miembros.

La elevación de los límites máximos de los recursos propios tiene dos causas: la ya mencionada integración del Fondo Europeo de Desarrollo en el presupuesto de la Unión, y la consideración de que debe contarse con un margen suficiente entre los pagos y el límite máximo de los recursos propios para garantizar que la Unión pueda, en cualquier circunstancia, cumplir sus obligaciones financieras, incluso en período de recesión económica.

Con el único propósito de hacer frente a las consecuencias de la crisis ocasionada por la COVID-19, la Comisión está excepcionalmente facultada para contraer empréstitos en mercados de capitales en nombre de la Unión por un máximo de hasta 750.000 millones EUR a precios de 2018; y un máximo de 360.000 millones EUR a precios de 2018 de los empréstitos se podrán utilizar para conceder préstamos y, como excepción a lo dispuesto en el artículo 4 («La Unión no utilizará empréstitos contraídos en mercados de capitales para financiar gastos operativos»), un máximo de 390.000 millones EUR a precios de 2018 de los empréstitos se podrán utilizar para sufragar gastos (art. 5 de la Decisión sobre recursos propios).

3. **El reglamento financiero**

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptan mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y tras consultar al Tribunal de Cuentas, las normas financieras por las que se determinarán las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas, y las normas por las que se organizará el control de la responsabilidad de los agentes financieros, en particular de los ordenadores de pagos y de los contables (art. 322.1 TFUE). La incorporación del Parlamento Europeo al procedimiento de aprobación del reglamento financiero es una novedad del Tratado de Lisboa, pues antes estaba ausente.

En cambio, las modalidades y el procedimiento con arreglo a los cuales deberán ponerse a disposición de la Comisión los ingresos presupuestarios previstos en el régimen de recursos propios de la Unión y las medidas que deban aplicarse para hacer frente, en su caso, a las necesidades de tesorería son establecidas por el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Tribunal de Cuentas (art. 322.2 TFUE).

El Reglamento financiero vigente es el Reglamento 2024/2509. Establece los siguientes principios presupuestarios: los principios de unidad, veracidad presupuestaria, anualidad, equilibrio, unidad de cuenta, universalidad, especialidad, buena gestión financiera y transparencia. Recordemos que el principio de unidad no es del todo pleno. El presupuesto comprenderá: a) los ingresos y gastos de la Unión, incluidos los gastos administrativos derivados de la aplicación de las disposiciones del TUE en los ámbitos de la política exterior y de seguridad común (PESC), así como los gastos de operaciones derivados de la aplicación de las citadas disposiciones cuando sean con cargo al presupuesto; b) los ingresos y gastos de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Pueden quedar fuera del presupuesto los gastos de operaciones de la PESC y los gastos derivados de una cooperación reforzada, si el Consejo no decide por unanimidad lo contrario.

El Reglamento financiero no es solo una normativa presupuestaria. Regula los principios presupuestarios, la elaboración y estructura del presupuesto, la ejecución del presupuesto, los métodos de ejecución presupuestaria, la contratación pública de la Unión, las normas, principios y procedimientos aplicables a la concesión de subvenciones por la Unión, los instrumentos financieros, las garantías presupuestarias y la asistencia financiera de la Unión, las contribuciones a los partidos políticos europeos, la elaboración de las cuentas anuales y demás información contable, y la audi-

toría externa por el Tribunal de Cuentas y la aprobación de la gestión presupuestaria. Algunas de estas cuestiones se abordan en el apartado II, «La ejecución del presupuesto y su control».

4. **El presupuesto anual**

Todos los ingresos y gastos de la Unión (con las salvedades indicadas más arriba) deben estar comprendidos en las previsiones correspondientes a cada ejercicio presupuestario y consignados en el presupuesto. El presupuesto debe estar equilibrado en cuanto a ingresos y gastos. El ejercicio presupuestario comienza el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre.

El Parlamento Europeo y el Consejo establecen el presupuesto anual de la Unión con arreglo a un procedimiento legislativo especial. Ese procedimiento, regulado en el artículo 314 TFUE, se puede sintetizar así:

a) Cada institución, excepto el Banco Central Europeo, elabora, antes del 1 de julio, un estado de previsiones de sus gastos para el ejercicio presupuestario siguiente. La Comisión reúne estas previsiones en un proyecto de presupuesto, que podrá contener previsiones divergentes y que debe comprender una previsión de ingresos y una previsión de gastos. La Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta que contenga el proyecto de presupuesto, a más tardar el 1 de septiembre del año que precede al de su ejecución. La Comisión puede modificar el proyecto de presupuesto durante el procedimiento, hasta la convocatoria del Comité de Conciliación.

b) El Consejo adoptará su posición sobre el proyecto de presupuesto y la transmitirá al Parlamento Europeo, a más tardar el 1 de octubre, informando de las razones de su posición.

c) En un plazo de cuarenta y dos días, el Parlamento Europeo puede aprobar la posición del Consejo, o no pronunciarse: en ambos casos el proyecto queda o se considera adoptado.

d) En el mismo plazo, el Parlamento, por mayoría de sus miembros, puede aprobar enmiendas. El proyecto así enmendado es transmitido al Consejo y a la Comisión. Si el Consejo no aprueba todas las enmiendas en el plazo de diez días, se reúne el Comité de Conciliación.

e) La reunión del Comité de Conciliación, compuesto por un número igual de miembros del Consejo y del Parlamento Europeo, tiene el fin de alcanzar, en un plazo de veintiún días, un acuerdo sobre un texto conjunto basado en

las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo. Si se alcanza ese acuerdo sobre un texto conjunto, el Parlamento Europeo y el Consejo disponen de catorce días para aprobar el texto conjunto.

f) Si las dos instituciones lo aprueban o solo una institución lo hace mientras la otra no se pronuncia, el presupuesto se considera definitivamente aprobado. En los demás escenarios (si las dos instituciones lo rechazan o solo una lo rechaza mientras la otra no se pronuncia, o si una aprueba y la otra rechaza o si el Comité de Conciliación no acuerda un texto conjunto), la Comisión presentará un nuevo proyecto de presupuesto. No obstante, si el Parlamento Europeo aprueba el texto conjunto mientras que el Consejo lo rechaza, el Parlamento Europeo podrá, en el plazo de catorce días a partir del rechazo del Consejo, decidir por mayoría de los miembros que lo componen y tres quintas partes de los votos emitidos que confirma en su totalidad o en parte las enmiendas que realizó anteriormente. Si no se confirma una enmienda del Parlamento Europeo, se mantendrá la posición adoptada en el Comité de Conciliación con respecto a la línea presupuestaria objeto de la enmienda. Sobre esta base, el presupuesto se considera definitivamente aprobado.

g) Concluido el procedimiento, el presidente del Parlamento Europeo declarará que el presupuesto ha quedado definitivamente aprobado.

Cada institución debe ejercer las competencias que le atribuye el artículo 314 TFUE dentro del respeto a los Tratados y a los actos adoptados en virtud de estos, en particular en materia de recursos propios de la Unión y de equilibrio entre los ingresos y los gastos.

Si para el 1 de enero no está definitivamente aprobado el presupuesto correspondiente al nuevo ejercicio presupuestario, los gastos podrán efectuarse mensualmente por capítulos, según lo dispuesto en el reglamento financiero, dentro del límite de la doceava parte de los créditos consignados en el capítulo correspondiente del presupuesto del ejercicio precedente, sin que pueda superarse la doceava parte de los créditos previstos para el mismo capítulo en el proyecto de presupuesto (art. 315 TFUE). No obstante, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá autorizar gastos que excedan de la doceava parte, siempre que se respetan las demás condiciones mencionadas, de conformidad con el reglamento financiero. Esa decisión, que debe prever las medidas necesarias en materia de recursos, entrará en vigor a los treinta días de su adopción, a menos que dentro de ese plazo el Parlamento Europeo decida, por mayoría de los miembros que lo componen, reducir los gastos.

5. **Los acuerdos interinstitucionales**

Surgidos de la práctica, al margen del Derecho primario, los acuerdos interinstitucionales (es decir, entre las tres instituciones «políticas» de la Unión: Parlamento Europeo, Consejo y Comisión) están actualmente previstos en los Tratados. De acuerdo con el artículo 295 TFUE, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión llevarán a cabo consultas recíprocas y organizarán de común acuerdo la forma de su cooperación: «a tal efecto y dentro del respeto de los Tratados, podrán celebrar acuerdos interinstitucionales que podrán tener carácter vinculante». Por tanto, actualmente se debe considerar que los acuerdos interinstitucionales forman parte integrante del Derecho derivado y pueden servir de parámetro de validez de los actos dictados por las instituciones.

Aunque no se limitan a la materia presupuestaria, se han concluido en el pasado diversos acuerdos interinstitucionales sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera. Por lo demás, en esta materia el Tratado obliga a los presidentes de las instituciones a convocar reuniones periódicas en el marco de los procedimientos presupuestarios, así como a adoptar todas las medidas necesarias para propiciar la concertación y el acercamiento de las posiciones de las instituciones que presiden a fin de facilitar la aplicación de las disposiciones del Tratado (art. 324 TFUE).

III. LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO Y SU CONTROL

1. **La ejecución del presupuesto**

El presupuesto se ejecutará con arreglo al principio de buena gestión financiera, y los Estados miembros y la Unión cooperarán para que los créditos consignados en el presupuesto se utilicen de acuerdo con dicho principio. La Comisión, bajo su responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto en cooperación con los Estados miembros de conformidad con las disposiciones de los reglamentos adoptados en virtud del artículo 322 TFUE (reglamento financiero y otros), con arreglo al principio de buena gestión financiera (arts. 310.5 y 317 TFUE).

La ejecución de gastos consignados en el presupuesto requerirá la adopción previa de un acto jurídicamente vinculante de la Unión que otorgue un fundamento jurídico a su acción y a la ejecución del correspondiente gasto, salvo las excepciones que establezca el Reglamento financiero previsto en el artículo 322 TFUE (art. 310.3 TFUE). A fin de garantizar la disciplina presupuestaria, la Unión no

adoptará actos que puedan incidir de manera considerable en el presupuesto sin dar garantías de que los gastos derivados de dichos actos puedan ser financiados dentro del límite de los recursos propios de la Unión y dentro del marco financiero plurianual (art. 310.4 TFUE).

De conformidad con el artículo 317 TFUE, el Reglamento financiero determina las obligaciones de control y auditoría de los Estados miembros en la ejecución del presupuesto, así como las responsabilidades que de ello se derivan. También establecerá las responsabilidades y las formas específicas de participación de cada institución en la ejecución de sus propios gastos. Los gastos del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo y del Consejo, de la Comisión, así como del Tribunal de Justicia, figuran en partidas separadas del presupuesto.

Dentro del presupuesto, la Comisión podrá transferir créditos de capítulo a capítulo o de subdivisión a subdivisión, con los límites y las condiciones establecidas en el reglamento financiero. Los créditos que no correspondan a gastos de personal y que queden sin utilizar al final del ejercicio presupuestario solo podrán ser prorrogados hasta el ejercicio siguiente.

Los métodos de ejecución presupuestaria son tres:

a) gestión directa, por medio de los servicios de la Comisión, incluido su personal en las delegaciones de la Unión bajo la responsabilidad del jefe de delegación correspondiente o a través de agencias ejecutivas;

b) gestión compartida con los Estados miembros;

c) gestión indirecta, delegando competencias de ejecución del presupuesto en: terceros países o los organismos que estos hayan designado; organizaciones internacionales o sus agencias; el Banco Europeo de Inversiones o el Fondo Europeo de Inversiones, o ambos cuando actúen como grupo (grupo BEI); organismos de la Unión; organismos de Derecho público, incluidas organizaciones de los Estados miembros; organismos de Derecho privado investidos de una misión de servicio público, incluidas organizaciones de los Estados miembros, en la medida en que estén dotadas de garantías financieras suficientes; organismos de Derecho privado de un Estado miembro a los que se haya encomendado la ejecución de una colaboración público-privada y que presenten garantías financieras suficientes; organismos o personas a los cuales se haya encomendado la ejecución de acciones específicas en el marco de la PESC, de conformidad con el título V del TUE, y que estén identificados en el acto de base pertinente.

Se recogen, con todo, dos límites a la gestión indirecta. La Comisión será responsable de la ejecución presupuestaria de conformidad con el artículo 317 TFUE, y no delegará dichas funciones en terceros cuando implique una amplia

discrecionalidad que conlleve decisiones políticas. Tampoco externalizará, mediante contratos de conformidad con el título VII del Reglamento financiero, tareas que impliquen una función de potestad pública o el ejercicio de un poder discrecional de apreciación (art. 62.3 del Reglamento financiero).

2. **El auditor interno**

Una figura central en la ejecución del presupuesto es el auditor interno de cada institución, regulado en el artículo 117-123 del Reglamento financiero. El auditor interno, nombrado por la institución de la Unión de que se trate, será responsable ante esta de la verificación del buen funcionamiento de los sistemas y procedimientos de ejecución presupuestaria. Cada institución de la Unión definirá el ámbito de competencias de su auditor interno y establecerá detalladamente los objetivos y procedimientos del ejercicio de la función de auditoría interna, de acuerdo con las normas internacionales vigentes en esta materia.

El auditor interno asesora a su institución sobre el control de riesgos, emitiendo dictámenes independientes sobre la calidad de los sistemas de gestión y control y formulando recomendaciones para mejorar las condiciones de ejecución de las operaciones y promover una buena gestión financiera. Ejerce sus funciones respecto de todas las actividades y servicios de la institución de la Unión de que se trate. Dispone de un acceso completo e ilimitado a cualquier información que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones, si es necesario también el acceso in situ, incluso en los Estados miembros y en terceros países. Presenta a la institución de la Unión de que se trate un informe de auditoría interna anual que indique el número y el tipo de las auditorías internas efectuadas, las principales recomendaciones formuladas y las medidas adoptadas en respuesta a tales recomendaciones.

El auditor interno debe gozar de plena independencia en la realización de las auditorías (art. 120 del Reglamento financiero). Cada institución de la Unión debe fijar normas específicas aplicables al auditor interno con vistas a garantizar la plena independencia de su función y a establecer su responsabilidad. El auditor interno no podrá recibir instrucción alguna ni quedar sujeto a restricción alguna en el ejercicio de las funciones que se le asignen, en virtud de su nombramiento. Si el auditor interno es miembro del personal, ejercerá sus funciones exclusivas de auditoría de forma plenamente independiente e incurrirá en responsabilidad en las condiciones previstas en el Estatuto de los funcionarios.

Para proteger su independencia, se le reconoce al auditor interno el derecho a recurrir directamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra todo acto relativo al ejercicio de sus funciones de auditor interno, en el plazo de tres meses a partir de la fecha en la que tuvo conocimiento del acto controvertido (art. 122 del Reglamento financiero).

3. **El Tribunal de Cuentas**

La fiscalización o auditoría externa de las cuentas de la Unión será efectuada por el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas es una de las siete instituciones de la Unión (art. 13 TUE), y asiste al Parlamento Europeo y al Consejo en el ejercicio de su función de control de la ejecución del presupuesto (art. 287.4 TFUE). Como las instituciones nacionales homólogas, realiza un control externo. Está compuesto por un nacional de cada Estado miembro. Los miembros del Tribunal ejercen sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión (art. 285 TFUE).

La auditoría externa por parte del Tribunal de Cuentas se regula en el artículo 260 y sigs. del Reglamento financiero. El Tribunal de Cuentas examina la legalidad y la regularidad de los ingresos y gastos de la Unión. Examinará también las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de cualquier órgano u organismo creado por la Unión en la medida en que el acto constitutivo de dicho órgano u organismo no excluya dicho examen. No obstante, su control no alcanza al Banco Europeo de Inversiones y es limitado con respecto al Banco Central Europeo: únicamente realiza un examen de la eficiencia de su gestión y en materia de personal.

En el cumplimiento de sus funciones, el Tribunal de Cuentas podrá acceder a toda la documentación e información sobre la gestión financiera de los servicios u organismos relacionada con las operaciones financiadas o cofinanciadas por la Unión. Podrá tomar declaración a todo agente responsable de una operación de gasto o de ingreso, y podrá utilizar asimismo todas las posibilidades de control reconocidas a dichos servicios u organismos. En los Estados miembros, la auditoría se efectuará en colaboración con las instituciones nacionales de auditoría o, si estas no disponen de las competencias necesarias, con los servicios nacionales competentes. El Tribunal de Cuentas y las instituciones nacionales de auditoría de los Estados miembros cooperarán con espíritu de confianza y manteniendo su independencia (art. 261.2 del Reglamento financiero).

El Tribunal de Cuentas examina la legalidad y la regularidad de los ingresos y gastos y garantiza una buena gestión financiera. Su control se lleva a cabo sobre

la documentación contable y, en caso necesario, en las dependencias correspondientes de las otras instituciones de la Unión, en las de cualquier órgano u organismo que gestione ingresos o gastos en nombre de la Unión y en los Estados miembros, incluidas las dependencias de cualquier persona física o jurídica que perciba fondos del presupuesto. En los Estados miembros, el control se efectuará en colaboración con las instituciones nacionales de control o, si estas no poseen las competencias necesarias, con los servicios nacionales competentes.

El Tribunal de Cuentas elabora, después del cierre de cada ejercicio, un informe anual. Ese informe, acompañado de las respuestas de las instituciones de la Unión a las observaciones del Tribunal de Cuentas, se publica en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Además, el Tribunal de Cuentas puede presentar en cualquier momento sus observaciones, que podrán consistir en informes especiales, sobre cuestiones particulares, así como emitir dictámenes, a instancia de una de las demás instituciones de la Unión.

4. **La aprobación de la gestión**

La Comisión presentará cada año al Parlamento Europeo y al Consejo las cuentas del ejercicio cerrado relativas a las operaciones del presupuesto. También les remitirá un balance financiero del activo y pasivo de la Unión, así como un informe de evaluación de las finanzas de la Unión basado en los resultados obtenidos, en particular en relación con las indicaciones dadas por el Parlamento Europeo y el Consejo (art. 318 TFUE).

El Parlamento Europeo, por recomendación del Consejo, aprobará la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto (art. 319 TFUE). A tal fin, examinará, después del Consejo, las cuentas, el balance financiero y el informe de evaluación antes mencionados, el informe anual del Tribunal de Cuentas, acompañado de las respuestas de las instituciones controladas a las observaciones del Tribunal de Cuentas, la declaración de fiabilidad y los informes especiales pertinentes del Tribunal de Cuentas. Antes de aprobar la gestión de la Comisión, el Parlamento Europeo podrá solicitarle explicaciones sobre la ejecución de los gastos o el funcionamiento de los sistemas de fiscalización financiera.

La Comisión hará todo lo necesario para dar efecto a las observaciones que acompañen a las decisiones de aprobación de la gestión y las demás observaciones del Parlamento Europeo relativas a la ejecución de los gastos, así como a los comentarios que acompañen a las recomendaciones de aprobación adoptadas por el Consejo. A instancia del Parlamento Europeo o del Consejo, la Comisión informará acerca de las medidas adoptadas como consecuencia de

dichas observaciones y comentarios y, en particular, acerca de las instrucciones impartidas a los servicios encargados de la ejecución del presupuesto. Dichas informaciones se enviarán también al Tribunal de Cuentas.

IV. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE

1. **La obligación de combatir el fraude**

Gran parte del presupuesto de la Unión se gestiona de forma descentralizada: por ello, es crucial la colaboración de los Estados miembros, no solo en la gestión, sino también en la lucha contra el fraude. Los artículos 310.6 y 325 TFUE establecen que la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas que tengan efecto disuasorio y sean capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión (principio de efectividad). Los Estados miembros deben adoptar para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros (principio de equivalencia). Además, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude y organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

En el caso español, el artículo 306 del Código Penal tipifica el delito de fraude a los presupuestos generales de la Unión Europea, ya sea por dar a los fondos europeos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados o por obtenerlos indebidamente falseando las condiciones requeridas para su concesión.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. **La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)**

Pronto se constató que para luchar contra el fraude no bastaba con la cooperación intergubernamental, y que era imprescindible contar con una en-

tidad permanente y especializada en el ámbito de la Unión. En 1999 la Comisión creó la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF, por sus iniciales en francés), mediante la Decisión 1999/352 basada en la disposición entonces vigente que se corresponde con el actual artículo 325 TFUE y que ha sido modificada en varias ocasiones; esa decisión fue completada con un acuerdo interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la OLAF.

La OLAF disfruta de cierta autonomía funcional respecto a la Comisión. Aunque esta elige a su director general, en concertación con el Parlamento Europeo y el Consejo, su nombramiento es por un periodo de cinco años, renovable por una sola vez. El director general gestiona de forma autónoma la partida del presupuesto que atañe a la Oficina y a las investigaciones antifraude, y puede acudir al Tribunal de Justicia para salvaguardar su independencia. Un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, regula las investigaciones efectuadas por la OLAF, y otro, de 23 de diciembre de 2020, la cooperación con la Fiscalía Europea y la eficacia de las investigaciones de la OLAF. La OLAF dispone en su página web de formularios para denunciar irregularidades de forma anónima en las veinticuatro lenguas oficiales de la Unión.

3. **La Fiscalía Europea**

La creación de la Fiscalía Europea en 2017, mediante una cooperación reforzada, ha sido un gran paso, porque la OLAF, como órgano administrativo, carece de competencia para la persecución penal: los hechos delictivos debían ser llevados al conocimiento de las autoridades nacionales competentes para que los investigaran o ejercieran la acción penal, y esas autoridades nacionales podían tener otras prioridades que la de proteger los intereses financieros de la Unión. La creación de la Fiscalía Europea completa esa laguna: puede investigar y ejercer la acción penal para proteger los intereses financieros de la Unión, incluyendo el fraude, la corrupción, el fraude transfronterizo en materia de IVA y el blanqueo de capitales.

La Fiscalía Europea se creó mediante el Reglamento 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, y fue puesta en marcha el 1 de junio de 2021. Para su aplicación en España, se aprobó la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio.

La Fiscalía Europea se compone de dos niveles. El nivel europeo está formado por el fiscal general europeo y el colegio de fiscales europeos, y sus funciones son definir la estrategia, las normas internas de funcionamiento y super-

visar las investigaciones. En el nivel nacional, los fiscales europeos delegados en los veintidós Estados miembros participantes en esa cooperación reforzada serán quienes se encarguen de investigar los delitos y ejercer la acción penal, actuando con total independencia de sus autoridades nacionales.

V. MEMENTO

– El Derecho presupuestario de la Unión Europea se encuentra menos integrado que la propia Unión Europea y su Derecho institucional: se caracteriza por un mayor intergubernamentalismo.

– Por su dimensión e impacto, el presupuesto de la Unión no es homologable al presupuesto federal o central de un Estado compuesto. Por tanto, no opera como un importante elemento integrador o cohesionador de Los 27.

– El Derecho presupuestario de la Unión está regulado por actos de diversa naturaleza: disposiciones de Derecho primario (arts. 310 a 325 TFUE), reglamentos (entre otros, el reglamento que establece el marco financiero plurianual y el reglamento financiero), decisiones del Consejo (las decisiones sobre los recursos propios) y acuerdos interinstitucionales (p. ej., sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera).

– El objeto del marco financiero plurianual es garantizar la evolución ordenada de los gastos de la Unión dentro del límite de sus recursos propios. Fija los importes de los límites máximos anuales de créditos para compromisos, por categorías de gastos, y del límite máximo de créditos para pagos. Se adopta, por el Consejo, con forma de reglamento.

– El Parlamento Europeo y el Consejo establecen el presupuesto anual de la Unión con arreglo a un procedimiento legislativo especial. Si las dos instituciones no se ponen de acuerdo sobre el proyecto presentado por la Comisión, ni tampoco sobre el texto conjunto acordado por el Comité de Conciliación, la Comisión deberá presentar un nuevo proyecto de presupuesto.

– Tanto el marco financiero plurianual como el presupuesto se pueden prorrogar si llegado el momento no se ha aprobado el instrumento jurídico para el periodo correspondiente.

– La Comisión, bajo su responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecuta el presupuesto en cooperación con los Estados miembros.

– El Parlamento Europeo, por recomendación del Consejo, aprueba la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto. El Tribunal de Cuentas asiste al Parlamento Europeo y al Consejo en el ejercicio de su función de control de la ejecución del presupuesto.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Bachmaier Winter, L. (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Caeiros, A. M., «Le cadre juridique des ressources propres de l'Union européenne» *Revue du droit de l'Union européenne*, núms. 2 y 3, 2021, pp. 37-62, 67-104 (dos partes).

García Guerrero, D., «El sistema de recursos propios de la Unión Europea ante la necesidad de mayores ingresos para su financiación», en David García Guerrero (coord.), *Desafíos del derecho de la Unión Europea en materia financiera y tributaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

Houser, M., *Les fondements du budget de l'Union européenne. Comprendre le fonctionnement des institutions et du droit*, Editions Eska, París, 2011.

— *Le budget de l'Union européenne. Identifier les ressources et utiliser les dépenses*, Editions Eska, París, 2011.

Kölling, M., *Preferencias e instituciones en negociaciones presupuestarias: un análisis comparativo de las negociaciones del Marco Financiero Plurianual de la Unión Europea para el periodo 2014-2020*, CEPC, Madrid, 2014.

Olesti Rayo, A., «La supervisión y el control del presupuesto de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 67, 2020, pp. 797-831.

Pérez Marín, M. Á., «La oficina europea de lucha contra el fraude: un órgano administrativo en la investigación penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, 2020.

Samblás Quintana, E., «El presupuesto de la Unión Europea y su integración en el presupuesto español», *Crónicas presupuestarias*, núm. 4, 2016, pp. 54-68.

Sánchez-Barrueco, M. L., «El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, 2021, pp. 555-599.

PARTE SEGUNDA:
EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

CAPÍTULO 6

LAS NORMAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MERCADO INTERIOR

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

RESUMEN

Se examinan los rasgos que caracterizan el denominado mercado interior, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales económicos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CONCEPTOS CLAVE

Armonización de regulaciones, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Libertades básicas del mercado interior, Mercado interior

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 53, 62, 113 y 114 TFUE.
Arts. 15-17 y 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los rasgos fundamentales del mercado interior.–III. Mecanismos de garantía y promoción de los rasgos fundamentales del mercado interior. *1. Los mecanismos de garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales recogidos en el TFUE.*. A. Los mecanismos de integración negativa: las libertades básicas del mercado interior. B. Los mecanismos de integración positiva: la armonización regulatoria. *2. Los mecanismos de garantía de que la competencia no será distorsionada en el mercado interior recogidos en el TFUE*.

A. Los mecanismos de integración negativa: el derecho de la competencia y la normativa de ayudas de Estados. B. Los mecanismos de integración positiva: la armonización regulatoria.–IV. Los derechos fundamentales económicos.–V. Memento.–Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

Si se concibe la Constitución económica de un determinado sistema político como el conjunto de «normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica» (STC 1/1982, de 28 de enero), en el caso de la Unión Europea las normas que proporcionan el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica son de dos tipos bien diferenciados: por un lado, las normas que garantizan y promueven el denominado por los tratados europeos mercado interior; y, por otro, las que se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y reconocen los denominados derechos fundamentales económicos. Las primeras permiten conformar un mercado interior a través de la promoción de los rasgos que lo caracterizan y las segundas reconocen derechos fundamentales económicos a los sujetos que operan en el territorio de la Unión. En este capítulo introductorio se ofrecerá una panorámica general de la naturaleza y tipología de ambos grupos de normas, que será desarrollada en los capítulos siguientes. De esta forma se apreciará la distinta finalidad que cumplen, por un lado, las libertades básicas del mercado interior y, por otro, los derechos fundamentales económicos de la Carta.

II. LOS RASGOS FUNDAMENTALES DEL MERCADO INTERIOR

Un mercado interior es un espacio económico sin fronteras interiores. Así, el mercado interior, que de acuerdo con el artículo 3.3 TUE «establecerá» la Unión, se define, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por dos rasgos.

– Por ser un espacio donde se encuentran garantizadas la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Este rasgo coincide con la caracterización que del mercado interior hace el artículo 26.1 TFUE cuando afirma que «el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».

– Por ser un espacio donde se encuentra garantizado que la competencia en el interior del mismo no será falseada. Únicamente existirá un mercado interior único si se asegura a los operadores económicos una posición jurídica sustancialmente uniforme en todo el espacio económico sobre el que se proyecta tal mercado mediante la eliminación de aquellas disparidades jurídicas que, originadas por la vigencia territorial de los ordenamientos jurídicos estatales, falseen las condiciones de competencia en el interior del mismo.

Tal caracterización del mercado ha sido en buena medida asumida también, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español al referirse al mercado nacional único. De acuerdo con una repetida doctrina del Tribunal Constitucional «la unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6).

Sin embargo, se debe subrayar que, como se va a analizar en estas páginas, ambos rasgos no se imponen directamente por los Tratados europeos, sino que requieren ser promovidos y desarrollados a través de los mecanismo e instrumentos que se encuentran recogidos en el articulado de aquellos; allí donde se establecen tanto prohibiciones de actuar, dirigidas fundamentalmente a los poderes públicos de los Estados miembros, como atribuciones de competencias a la Unión Europea y que tienen como finalidad permitir al legislador europeo promover, en su caso, los referidos rasgos.

Es, por lo tanto, necesario examinar los concretos mecanismos e instrumentos establecidos en los Tratados europeos, fundamentalmente prohibiciones y atribuciones competenciales, para promover los dos rasgos del mercado interior que han sido enunciados.

III. MECANISMOS DE GARANTÍA Y PROMOCIÓN DE LOS RASGOS FUNDAMENTALES DEL MERCADO INTERIOR

El análisis de los rasgos que definen el concepto de mercado interior en el Derecho de la Unión Europea (por un lado, la ausencia de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y por otro la ausencia de distorsiones de la competencia), requiere, como ya se ha dicho, del análisis de aquellos mecanismos recogidos en los Tratados europeos que permiten garantizar tanto el mantenimiento como la promoción de tales ras-

gos. En primer lugar, los mecanismos que permiten garantizar o promover la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; y, en segundo lugar, los mecanismos que permiten garantizar o promover la libre competencia. Ambos quedarán apuntados en el presente capítulo, pero se profundizará en ellos en los siguientes. Así, en los capítulos 7 y 8 se profundizará en los mecanismos que permiten garantizar o promover la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, y al final del capítulo 8 y en el capítulo 9 se ahondará en los mecanismos que permiten garantizar o promover la libre competencia.

1. Los mecanismos de garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales recogidos en el TFUE

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con la finalidad de permitir el establecimiento de un mercado interior, ha previsto la posibilidad de supresión de los obstáculos entre los Estados miembros a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la consiguiente garantía de su circulación a través de dos mecanismos complementarios:

– Mediante aquellos preceptos que prohíben a los poderes públicos, tanto estatales como de la Unión, el mantenimiento o establecimiento de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros: las denominadas libertades básicas del mercado interior. Se trata de preceptos que doctrinalmente se ha considerado que constituyen mecanismos de integración negativa al promover la construcción del mercado interior mediante el establecimiento de prohibiciones de hacer dirigidas a los poderes públicos (A).

– Mediante aquellos preceptos que atribuyen a las instituciones de la Unión Europea la competencia o capacidad para echar abajo aquellas restricciones a la libre circulación que subsistan a la prohibición anterior mediante el establecimiento de una normativa común o armonizada en todo el territorio de la Unión que desplace a las normativas estatales generadoras de obstáculos a la libre circulación. Preceptos que doctrinalmente se ha considerado que constituyen mecanismos de integración positiva al promover la construcción del mercado interior mediante la intervención de la Unión Europea en su rol de legislador positivo, armonizando, coordinando o uniformizando las legislaciones nacionales (B).

A. Los mecanismos de integración negativa: las libertades básicas del mercado interior

Sin perjuicio de examinar con más de detenimiento en los capítulos 7 y 8 el funcionamiento de algunas de las libertades básicas del mercado interior, en el presente capítulo esbozaremos una introducción en relación con el propósito que cumpliría el reconocimiento de tales libertades en los tratados europeos.

Los preceptos contenidos en el TFUE que disponen las denominadas libertades básicas del mercado interior, y que suponen el reconocimiento de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, tienen como propósito esencial evitar que los Estados miembros mantengan o erijan barreras u obstáculos injustificados entre los Estados miembros a la libre circulación.

Al tratar de interpretar el significado del concepto «obstaculizar la libre circulación entre los Estados miembros» encontramos en la doctrina, y en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dos interpretaciones contradictorias del propósito de aquellos preceptos del TFUE que garantizan las referidas libertades básicas del mercado interior.

a) Por un lado, la interpretación que entiende que las libertades básicas del mercado interior deben ser consideradas como una garantía general del libre mercado frente a las regulaciones de los poderes públicos que restringen injustificadamente el libre acceso a la actividad económica o el libre ejercicio de la actividad económica.

b) Por otro lado, la interpretación que entiende que lo que se trata de garantizar esencialmente con las libertades básicas del mercado interior es que los Estados miembros no coloquen injustificadamente en una situación de ventaja a los operadores económicos nacionales frente a sus competidores foráneos.

A nuestro juicio, la segunda interpretación es la correcta, pues permite diferenciar entre el propósito de los derechos fundamentales económicos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y el propósito de las libertades básicas del mercado interior recogidas en el TFUE.

Bajo la segunda interpretación únicamente «obstaculizarían la libre circulación entre Estados miembros» aquellas medidas de los poderes públicos, fundamentalmente estatales, que tienen como efecto, de hecho o de derecho, restringir más onerosamente la circulación de las mercancías, las personas, los servicios o los capitales provenientes de los demás Estados miembros que la circulación de las mercancías, las personas, los servicios o los capitales provenientes del propio Estado que dicta la medida.

Es necesario que se dé, por tanto, lo que se puede identificar como un elemento «proteccionista» para poder considerar que una medida estatal es contraria a aquellos preceptos del TFUE que buscan la supresión de los obstáculos a la libre circulación.

Se debe, por tanto, diferenciar entre lo que serían «obstáculos o restricciones al comercio en general» y lo que serían «obstáculos o restricciones al comercio interestatal», pues sólo los segundos –caracterizados por la mayor restricción que provocan sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales provenientes de los demás Estados miembros que sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales proveniente del propio Estado– estarían, en principio, prohibidos por los preceptos que establecen las libertades básicas europeas.

Las regulaciones públicas de las instituciones europeas o de los Estados miembros que establezcan «obstáculos al comercio en general» podrían ser sometidos a escrutinio, en su caso y si se cumplen las condiciones para ello, bajo los preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconocen la libertad de empresa (art. 16 de la Carta) o el derecho de propiedad (art. 17 de la Carta), pero no bajo los preceptos del TFUE que establecen las libertades básicas del mercado interior.

En efecto, toda regulación pública es susceptible de restringir, en mayor o menor medida, los intercambios comerciales en el mercado como consecuencia de obligar a los operadores económicos a tener que adecuarse a ella. Así, una regulación que establezca, por ejemplo, el lugar o el momento en el que se puede comercializar un producto o prestar un servicio se puede considerar que impone un obstáculo al comercio en general, obstáculo que no se produciría de no existir tal regulación y ser los intercambios o la prestación de los servicios completamente libres. Sin embargo, además de esta restricción general de los intercambios comerciales que genera toda reglamentación pública, determinadas regulaciones públicas pueden tener como efecto específico restringir más onerosamente la comercialización de aquellos productos o la prestación de aquellos servicios provenientes de fuera que la comercialización de los productos o prestación de servicios provenientes de dentro de un determinado territorio que forma parte del espacio económico común. Este concreto efecto restrictivo diferenciado es el que se pretende prohibir al garantizarse la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios entre los Estados miembros, pues lo que se querría evitar por aquellos preceptos que establecen las libertades europeas son los obstáculos al comercio interestatal y no los obstáculos al comercio en general.

La diferencia entre las restricciones al comercio en general y las restricciones al comercio interestatal es más fácil de apreciar con un ejemplo. Una regulación estatal que establezca una obligación de cierre comercial los domingos es una regulación que puede suponer una reducción de los intercambios en general (estudios económicos han demostrado que algunas de las ventas que se pierden como consecuencia del cierre dominical no se recuperan el resto de la semana), lo que al tiempo puede suponer evidentemente una disminución de la entrada de productos de fuera del Estado en el Estado que establece tal regulación.

Sin embargo, los costes de tal regulación para los operadores económicos tanto de dentro como de fuera del Estado son indistintos y derivan de la propia regulación que limita la apertura comercial. La posible existencia de una diversidad regulatoria en los distintos Estados no genera costes adicionales a los operadores de fuera, genera una disminución de los intercambios en general pero no específicamente de los intercambios entre los Estados miembros.

Una medida que no tenga como efecto beneficiar a los productos u operadores locales no podría considerarse proteccionista. Esta regulación podría considerarse una «restricción del comercio en general» pero no una «restricción del comercio interestatal». Así lo ha entendido la jurisprudencia americana cuando ha sometido las regulaciones sobre cierre dominical al control de constitucionalidad tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales; esto es, la cláusula del proceso debido, la cláusula de igual protección o la libertad religiosa pero no la cláusula de comercio en su perspectiva durmiente, que es un precepto constitucional que proscribiría el proteccionismo económico entre los Estados federados.

Y así lo ha entendido, en buena medida y a pesar de los evidentes bandazos que ha dado en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia –como se desarrollará en el capítulo 7– cuando, por ejemplo, en la STJ de 2 de junio de 1994, *Punto Casa*, asuntos acumulados C-69 y C-258/1993, consideró que una regulación italiana que establecía la prohibición de apertura comercial los domingos no era susceptible de «obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario» pues se aplica a todos los operadores económicos que ejercen su actividad en el territorio nacional, y «afecta del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». No se hace por tanto necesario entrar a valorar, bajo las libertades básicas del mercado interior, la existencia de una causa suficiente de justificación. Se revoca así explícitamente, la doctrina sentada poco antes en la STJ de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q PLC*, 145/88, en donde el Tribunal de Justicia había conside-

rado que una regulación local británica que establecía la prohibición de apertura comercial los domingos era susceptible de «obstaculizar el comercio» y se sometió a escrutinio bajo el precepto del TFUE que prohíbe las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

En alguna sentencia del Tribunal de Justicia que interpreta la libre prestación de servicios recogida en el artículo 56 TFUE o en la libertad de establecimiento recogida en el artículo 49 TFUE se ha afirmado igualmente, como se examinará en el capítulo 8, que los efectos diferenciados –más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales– son presupuesto determinante a la hora de considerar una medida estatal como un obstáculo al comercio intracomunitario y someterla a escrutinio bajo las libertades básicas del mercado interior.

La comprobación de la existencia de los efectos diferenciados de una medida es una condición necesaria pero no suficiente para considerar que la misma vulnera una de las libertades básicas del mercado interior. Así, es posible que una medida estatal que tenga como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales provenientes de los demás Estados miembros que la de los provenientes del propio Estado regulador pueda no ser, pese a ello, finalmente considerada prohibida por el TFUE como consecuencia de que pueda considerarse justificada en la promoción de un objetivo legítimo (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...). En estos supuestos es posible excluir que la medida estatal, en principio obstaculizadora del comercio interestatal, haya tenido una motivación proteccionista, aunque sus efectos sean efectivamente más restrictivos sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales provenientes de fuera que sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales provenientes de dentro del Estado que regula.

Un ejemplo de una medida estatal obstaculizadora del comercio intracomunitario que, sin embargo, se podrían considerar justificadas como consecuencia de promover un objetivo legítimo sería, en materia de libre circulación de mercancías, una regulación estatal prohibiendo la comercialización de carne proveniente de un país de la Unión como consecuencia de haberse determinado la existencia de un brote de una enfermedad en la cabaña de aquel país. La medida tiene como efecto imponer una restricción más onerosa de la circulación de las mercancías provenientes del otro Estado miembro que la de los provenientes del propio Estado regulador; es evidente que la proscripción de la comercialización de carne proveniente de un determinado territorio tiene efectos beneficiosos sobre la comercialización de carne proveniente del Estado que

realiza tal proscripción. Sin embargo, tal restricción puede estar justificada en la necesidad de proteger la salud. Un segundo ejemplo sería una regulación estatal que, en ausencia de una norma de armonización por parte de la Unión, estableciese los niveles de contaminación permitidos a los automóviles que se comercializan en el Estado regulador. La medida obstaculiza –pues en estos casos, como se desarrollará en el capítulo 7, la existencia real o potencial de una diversidad regulatoria crea costes a las importaciones que no tienen los productos nacionales que sólo se comercializan en el Estado regulado–, pero se podría encontrar justificada en la protección del medio ambiente.

Así, si la medida promueve un objetivo legítimo –las denominadas «exigencias imperativas» en el caso de la libre circulación de mercancías o las denominadas «razones imperiosas de interés general» en el caso del resto de libertades– y lo hace de manera proporcionada, a pesar de que el efecto de la misma sea producir una restricción más onerosa de la circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales provenientes de los demás Estados miembros que la de los provenientes del propio Estado regulador, tal efecto no conduciría a su prohibición.

El Tribunal de Justicia ha atribuido efecto directo a las disposiciones del Tratado que recogen la libre circulación, lo que supone que los operadores económicos –personas físicas y empresas– han podido invocar directamente ante los jueces nacionales los derechos derivados de las libertades de circulación.

B. Los mecanismos de integración positiva: la armonización regulatoria

Precisamente con la finalidad de suprimir aquellos obstáculos que subsisten a las prohibiciones establecidas en el TFUE por poderse justificar en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo y, con ello, promover el establecimiento del mercado interior, los Tratados europeos han previsto también la atribución de competencias de armonización al legislador de la Unión Europea: competencias que le habilitan a armonizar las medidas de los Estados miembros que obstaculizan la libre circulación, pero que han superado la prohibición establecida en las libertades básicas del mercado interior recogidas en el TFUE como consecuencia de promover proporcionadamente un objetivo considerado legítimo.

La adopción por parte de las instituciones europeas de actos legislativos de armonización permitiría suprimir aquellos obstáculos y establecer normas comunes destinadas a garantizar tanto la libre circulación de perso-

nas y bienes como el respeto de los demás objetivos de los Tratados de la Unión (como la protección del medio ambiente, la protección del consumidor o la libre competencia).

Paradigma de competencia atribuida para promover los rasgos del mercado interior mediante la actuación positiva del legislador europeo sería la recogida en el artículo 114 TFUE que atribuye a la Unión la capacidad de adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado que la Unión Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 114 TFUE si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, solo se produce: a) si la medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros; o b) si la medida suprime distorsiones sensibles de la competencia [1].

La denominada integración positiva supondría la intervención del legislador de la Unión Europea para eliminar aquellos obstáculos estatales a la libre circulación que escapan del ámbito de las prohibiciones del TFUE como consecuencia de promover intereses legítimos (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...). Intereses que en ausencia de protección a través de una regulación común y uniforme no dejan de ser intereses protegibles por parte de los Estados miembros al ejercer sus competencias, aunque ello pueda implicar una obstaculización de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la consiguiente fragmentación del mercado único como consecuencia de la diversidad regulatoria a la que puede dar lugar el hecho de que se proteja de maneras diferentes tal interés legítimo. Obstaculización que, evidentemente, en estos casos caso no estará prohibida por los preceptos del TFUE que promueven la integración negativa, pero que será el presupuesto para promover los rasgos del mercado interior mediante la integración positiva: la armonización normativa. La importancia de la armonización legislativa para la promoción de los rasgos del mercado interior se desarrollará en posteriores capítulos.

[1] STJ de 5 de octubre de 2000, asunto *sobre publicidad de tabaco*, C-376/98, apartados 84 y 95 y STJ de 10 de diciembre de 2002, asunto *sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco*, C-491/01, apartado 43.

2. Los mecanismos de garantía de que la competencia no será distorsionada en el mercado interior en el TFUE

El mercado interior europeo además de caracterizarse por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales –bien mediante su prohibición, bien mediante su supresión a través de la acción normativa armonizadora de la Unión– se caracterizaría, en segundo lugar, por ser un espacio con un régimen jurídico que garantiza que la competencia no se encuentre falseada. Falseamiento que se puede producir también como consecuencia de la existencia de una diversidad de normas aplicables a las actividades económicas que se desarrollan en el mercado interior.

Para constituir un espacio económico unitario no basta con que se establezcan la libertad de circulación de los factores de producción y no se discrimine a las personas o a los productos por razón de su procedencia territorial; es preciso también que las reglas básicas que disciplinan las actividades económicas sean uniformes en todo el territorio pues sólo así puede existir efectivamente el mercado único.

Con la finalidad de promover un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, el TFUE prevé la supresión de las distorsiones de la competencia a través de dos mecanismos:

– Mediante aquellos preceptos que prohíben tanto las distorsiones de la competencia generadas por los operadores económicos privados que actúan en el mercado como las distorsiones de la competencia generadas por determinados actos de los poderes públicos estatales. Preceptos que constituyen mecanismos de integración negativa (A).

– Mediante aquellos preceptos que atribuyen a la Unión la competencia o capacidad de echar abajo las distorsiones de la competencia que, sin encontrarse prohibidas por los preceptos anteriores, sin embargo, se generan por la potencial diversidad normativa que se deriva de la existencia de una pluralidad de Estados con capacidad regulatoria. Preceptos que constituyen mecanismos de integración positiva (B).

A. Los mecanismos de integración negativa: el derecho de la competencia y la normativa de ayudas de Estados

El TFUE prohíbe tanto las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por las empresas como las restricciones de la competencia generadas por las

subvenciones de los poderes públicos estatales a las empresas que operan en el mercado europeo. Se trata, por una parte, del establecimiento de prohibiciones dirigidas a los operadores económicos que actúan en el mercado y, por otra, del establecimiento de una prohibición, dirigida a los poderes públicos estatales, de otorgar ayudas y subvenciones públicas a las empresas.

El TFUE prohíbe, en primer lugar, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (art. 101 TFUE). En segundo lugar, prohíbe los abusos de posición dominante de las empresas en el mercado común (art. 102 TFUE). En tercer lugar, establece un principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas (art. 106 TFUE).

Por último, declara incompatibles con el mercado común, en la medida que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados que falseen o amenacen con falsear la competencia (art. 107 TFUE).

Con todos estos preceptos, que se analizarán en capítulo 9, se trata de evitar que, por las conductas de las empresas o por la acción de los Estados mediante ayudas públicas o la atribución de determinadas ventajas injustificadas a las empresas públicas, se generen distorsiones de la competencia entre las empresas que actúan en el mercado europeo.

Sin embargo, tales preceptos no garantizan la ausencia de toda distorsión de la competencia, pues en el caso de los poderes públicos únicamente les prohíben las distorsiones generadas por las ayudas públicas o por la actuación de las empresas públicas en el mercado, pero no todas aquellas distorsiones que se pueden generar como consecuencia del ejercicio por el Estado de sus competencias regulatorias.

B. Los mecanismos de integración positiva: la armonización regulatoria

El TFUE atribuye a la Unión Europea la competencia para suprimir las distorsiones de la competencia que se deriven de la existencia de una pluralidad regulatoria, consecuencia del ejercicio por los Estados miembros de sus propias competencias materiales.

La mera existencia, actual o potencial, de divergencias entre las regulaciones nacionales puede en supuestos concretos dificultar la libre circulación

de mercancías, personas, servicios y capitales, lo que ha desembocado en la prohibición de aquellas medidas que no puedan justificarse en una promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

Pero la mera existencia de divergencias entre las regulaciones nacionales puede también provocar distorsiones de la competencia sin obstaculizar la libre circulación de personas y bienes entre Estados miembros, dificultando de este modo el funcionamiento del mercado interior.

Se produce una distorsión de la competencia cuando las distintas regulaciones nacionales difieren en los requisitos que imponen para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que puede repercutir directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. Ello supone que una medida de un poder público nacional puede provocar una distorsión de la competencia sin necesariamente producir al mismo tiempo una obstaculización de la libre circulación del comercio entre Estados miembros, pues se trata de medidas que regulan, por ejemplo, los requisitos o condiciones de fabricación sin afectar, sin embargo, a los requisitos o características que han de tener los productos mismos que se trasladan por el territorio del propio mercado.

Por ejemplo, una regulación sobre cierre dominical no supone en principio, como ya se ha examinado, un obstáculo al comercio interestatal, pues tiene efectos indistintos sobre la comercialización de los productos provenientes de fuera y los provenientes de dentro del Estado que regula, pero en zonas fronterizas limítrofes, la pluralidad de regulaciones puede llegar a suponer una distorsión de la competencia de las diferentes empresas que compiten en el mercado interior. Un segundo ejemplo serían la diversidad de normativas laborales entre los Estados miembros. En estos supuestos, las normativas laborales divergentes no generan obstáculos a la libre circulación de personas y bienes, pero si generan distorsiones de la competencia que el TFUE no ha prohibido y, por tanto, no es necesario que tales medidas se justifiquen en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo, pues tales medidas son plenamente lícitas. El TFUE «simplemente» ha atribuido a la Unión la competencia para suprimirlas.

Las regulaciones nacionales que distorsionan la competencia no están prohibidas por el TFUE, como sí lo están las regulaciones que obstaculizan injustificadamente el comercio intracomunitario. No obstante, por el hecho de ser regulaciones que ponen en riesgo el funcionamiento del mercado interior pueden ser armonizadas por la Unión Europea.

En efecto, recordemos que la Unión Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 114 TFUE si tal medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros o a suprimir distorsiones sensibles de la

competencia [2]. El abogado general Fenelly en esta línea había afirmado en alguna de sus conclusiones que las competencias armonizadoras «son conferidas, bien para facilitar el ejercicio de las cuatro libertades, bien para igualar las condiciones de la competencia económica» [3].

La armonización jurídica que, por tanto, permiten, entre otros, los artículos 113, 114, 53 o 62 TFUE (antiguos artículos 94, 95, 47 y 55 TCE) pretende eliminar las distorsiones de la competencia que provoca la falta de uniformidad normativa que se deriva de la existencia de ordenamientos estatales divergentes entre sí en cuanto al tratamiento normativo de idénticos supuestos de hecho. No puede darse igualdad de condiciones competitivas en el interior de un mercado si no hay una igualdad sustancial en el contenido del derecho «ordenador» del mismo. Únicamente existirá un mercado único si se asegura a los operadores económicos una posición jurídica sustancialmente uniforme en todo el espacio económico sobre el que se proyecta ese mercado, mediante la eliminación de aquellas disparidades jurídicas que, originadas por la vigencia territorial de los ordenamientos jurídicos estatales, falseen las condiciones de competencia en el interior del mismo.

La consecución de un mercado interior necesita, por tanto, de un procedimiento que asegure una efectiva convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, en orden a alcanzar un suficiente grado de uniformidad que permita neutralizar el efecto distorsionador provocado por la diversificación de normativas estatales.

No obstante, el Tribunal de Justicia ha puesto límites a la capacidad regulatoria de la Unión Europea para adoptar aquellas medidas armonizadoras que tengan por objeto la supresión de las distorsiones de la competencia, pues ha considerado que una distorsión de la competencia solo legitimará la adopción de una medida armonizadora fundamentada en el artículo 114 TFUE si se trata de una distorsión de la competencia «sensible». El Tribunal de Justicia ha reconocido que, si no existiese el requisito de que la distorsión de la competencia tenga que ser «sensible», la competencia del legislador europeo prácticamente no tendría límites [4].

Sea como fuere, en ausencia de una regulación uniforme dictada por la Unión Europea con la finalidad de suprimir una distorsión de la competencia,

---

[2] SSTJ de 5 de octubre de 2000, asunto *sobre publicidad de tabaco*, C-376/98, apdos. 84 y 95, y de 10 de diciembre de 2002, asunto *sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco*, C-491/01, apdo. 43.

[3] Conclusiones del abogado general Fenelly de 15 de junio de 2000, en el asunto *sobre publicidad de tabaco*, C-76/98, apdo. 83.

[4] STJ de 5 de octubre de 2000, asunto *sobre publicidad de tabaco*, apdo. 107.

los Tratados permiten que puedan subsistir medidas estatales que como consecuencia de la existencia de una pluralidad regulatoria tengan como efecto distorsionar la competencia. Lo que supone que el establecimiento de un mercado interior caracterizado por la supresión de tales distorsiones no se impone directamente por el TFUE, sino que su establecimiento se deja en manos de las instituciones políticas europeas. Instituciones políticas que pueden decidir no realizar una regulación uniforme, permitiendo, por tanto, que sean los Estados miembros los que establezcan las normas que deben regir el ejercicio de la actividad económica, y rehusando, así, la Unión a establecer un ámbito territorial en el que rijan las mismas normas.

Analizado en sus rasgos fundamentales el modelo establecido en los Tratados europeos se pueden alcanzar una conclusión fundamental: Los Tratados europeos no imponen directamente la construcción de un mercado interior con las características señaladas –ser un espacio donde se encuentran garantizadas la libre circulación de personas y bienes y ser un espacio donde las condiciones de ejercicio de la actividad económica, al menos las condiciones básicas o esenciales, son iguales–, pues la efectiva realización de un espacio económico con tales rasgos depende, en buena medida, de la voluntad política del Consejo al que, con la participación que corresponda de la Comisión y el Parlamento Europeo, se le atribuyen competencias para promover el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior pero sin imponerle que las ejerza efectivamente.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha supuesto, entre otras cosas, el otorgamiento de eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante la Carta), catálogo escrito de derechos fundamentales que vincula a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

De acuerdo con el artículo 51 de la Carta, las disposiciones de la propia Carta «están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Por tanto, los derechos fundamentales de la Carta solo vinculan a los Estados miembros en las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. El Tribunal de Justicia ha señalado que, por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una actuación nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión.

La cuestión fundamental será, por tanto, dilucidar el grado de conexión con el ordenamiento europeo que debe tener una medida estatal para poder ser sometida a un control de conformidad con los derechos fundamentales contenidos en la Carta. El Tribunal de Justicia se ha referido esencialmente a dos supuestos o situaciones en las que un acto de un Estado miembro puede someterse al control del juez europeo tomando como parámetro de control su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión.

El primer supuesto es aquel en el que los Estados miembros actúan en calidad de «agentes de la Unión» al adoptar las disposiciones nacionales exigidas por una normativa europea [5]. El segundo supuesto es aquel en el que un Estados miembro no actúa como aplicador del derecho europeo sino en el ámbito de aplicación del derecho europeo, bien porque adopte una normativa nacional que exceptúa una libertad de circulación reconocida por el Tratado [6], o bien porque se propone lograr el objetivo pretendido por una normativa europea mediante las disposiciones nacionales que le parecen necesarias para ello [7].

Entre los derechos recogidos en la Carta y que se aplican a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión cabe resaltar, a los efectos que interesan desde la perspectiva que estamos abordando en las presentes páginas, los denominados derechos fundamentales económicos. Se trataría por tanto de normas que conforman la ya referida Constitución económica pues se trata de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica. Esos derechos y libertades enunciadas en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones (art. 6.1 TUE).

El artículo 15 de la Carta reconoce en su apartado 1 el derecho a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada y en el apartado 2 incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 26 y 45, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios [8].

---

[5] STJ de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88.

[6] Supuesto tratado en la STJ de 18 de junio de 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT),* C-260/89.

[7] Supuesto tratado en la STJ de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood,* C-20/00 y C-64/00.

[8] En lo que se refiere a las explicaciones del Praesidium de la Convención las mismas disponen en relación con la libertad profesional, consagrada en el apartado 1 del artículo 15, que «se halla reconocida en

El artículo 16 de la Carta reconoce la libertad de empresa como derecho fundamental «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» [9]. El Tribunal de Justicia ha señalado que la protección conferida por el artículo 16 de la Carta implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia.

Por su parte, el apartado 1 del artículo 17 de la Carta establece que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general» [10]. El derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Carta se concreta en el derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes; a usarlos, a disponer de ellos.

Sin embargo, los derechos fundamentales reconocidos en la Carta no son derechos ilimitados, sino que de acuerdo con el ordenamiento jurídico de la Unión el establecimiento de restricciones a tales manifestaciones de los dere-

---

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse, entre otras, las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, Nold, Rec. 1974, p. 491, apartados 12 a 14; de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, Hauer, Rec. 1979, p. 3727; de 8 de octubre de 1986, asunto 234/85, Keller, Rec. 1986, p. 2897, apartado 8).

Este apartado se inspira asimismo en el apartado 2 del artículo 1 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros, así como en el punto 4 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989. La expresión condiciones laborales se entenderá en el sentido del art culo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El apartado 2 incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 26 y 45, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios».

[9] En lo que se refiere a las explicaciones del Praesidium de la Convención las mismas disponen en relación con el artículo 16 de la Carta que «este artículo se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil (véanse las SSTJ de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*, apartado 14; y de 27 de septiembre de 1979, asunto 230/78, *SpA Eridania y otros*, apartados 20 y 31) y la libertad contractual (véanse, entre otras, las SSTJ *Sukkerfabriken Nykoebing*, asunto 151/78, apartado 19; y la de 5 de octubre de 1999, *España c. Comisión*, C-240/97, apartado 99), así como en los apartados 1 y 3 del artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta».

[10] En las explicaciones relativas al artículo 17 se afirma que «este artículo corresponde al artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH» y que «se trata de un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales. Ha quedado consagrado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por vez primera, en la sentencia *Hauer* (de 13 de diciembre de 1979, Rec. 1979, p. 3727). La redacción se ha modernizado, si bien conforme al apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último».

chos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad es posible. Ahora bien, tales restricciones se deben someter a las condiciones exigidas por el artículo 52, apartado 1, de la Carta.

El Tribunal de Justicia ha subrayado como, en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación o restricción del ejercicio de los derechos y libertades consagrados por la Carta deberá: por una parte, ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos y, por otra parte, respetar el principio de proporcionalidad, por ser necesaria y responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás [11].

Así, cabe destacar, en primer lugar, que del artículo 52 de la Carta, y de la jurisprudencia que lo ha interpretado, se desprendería que, en el caso de los derechos fundamentales de la Unión, el contenido esencial se considera un límite a las restricciones de los derechos fundamentales distinto, y adicional, al principio de proporcionalidad; en línea, por tanto, con la interpretación que del contenido esencial han realizado las denominadas teorías absolutas mixtas.

Frente a tal concepción cabría interpretar, sosteniendo una concepción relativa, que el principio de proporcionalidad es, en realidad, una concreción del concepto de contenido esencial, pues el artículo 52.1 de la Carta establece taxativamente que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades» y acto seguido establece que «sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad», que no es sino una aclaración del alcance del límite del contenido esencial al que se refiere en la frase inmediatamente anterior y no un nuevo límite.

Sea como fuere, en lo que se refiere al principio de proporcionalidad, la doctrina y la jurisprudencia han subrayado que comprende tres controles o comprobaciones sucesivas con el fin de determinar la conformidad de una regulación pública con tal principio. Tales comprobaciones son consecutivas, considerándose que, si no se supera una de ellas, no sería necesario realizar la siguiente, pues la medida ya habría vulnerado el principio de proporcionalidad. La primera comprobación sería la verificación de la adecuación o idoneidad de la medida; comprobación que busca determinar que una medida restrictiva de un derecho o bien jurídico no sea inidónea, inadecuada o inútil para alcanzar el objetivo legítimo que dice perseguir. La segunda comprobación sería la verificación de la necesidad de la intervención, verificación a través de

[11] STJ de 30 de junio de 2016, *Lidl GmbH & Co. KG*, C-134/15, apdo 31.

la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario del bien o derecho restringido por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido con igual efectividad. La tercera comprobación sería la verificación de la proporcionalidad en sentido propio que busca determinar que la medida no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de bienes, derechos e intereses presentes.

No obstante, al realizar tales comprobaciones de las regulaciones restrictivas de derechos fundamentales económicos el Tribunal de Justicia, en una primera línea jurisprudencial, se ha mostrado algo más deferente con el legislador europeo y ha realizado, en determinados supuestos, un escrutinio jurisdiccional laxo de las restricciones analizadas.

Así, en primer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado que la libertad de empresa puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general. Tal y como se ha recordado en relación con el ordenamiento español y la interpretación que cabe a dar a los derechos fundamentales económicos «la diferencia de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales se encuentra en que las justificaciones que puede alegar el Estado para limitar la libertad de empresa son muy amplias: prácticamente la totalidad de las tareas que justifican la calificación del Estado como "social" otorgan títulos de intervención en la actividad económica de los particulares» (Paz Ares y Alfaro Águila Real, 2002). En el mismo sentido, para el Tribunal de Justicia ello es consecuencia del tenor del artículo 16 de la Carta, «que se diferencia del de las demás libertades fundamentales consagradas en el título II de la propia Carta y se asemeja al de determinadas disposiciones del título IV de la misma» [12]. Los objetivos que pueden legitimar una restricción de la libertad de empresa son, por lo tanto, amplios.

Para el Tribunal de Justicia, en segundo lugar, debe igualmente tomarse en consideración la libertad de empresa en relación con su función en la sociedad, y «esta circunstancia se refleja en particular en el modo en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta» [13].

El Tribunal de Justicia ha realizado la misma afirmación para el caso del derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Carta cuando tras recordar que «el derecho de propiedad no constituye una prerrogativa absoluta, sino

[12] Véanse las SSTJ de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, apdo. 46, y de 30 de junio de 2016, *Lidl,* C-134/15, apdo. 34.

[13] STJ de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38 (UK)* Ltd, C-477/14, apdos. 157-159.

que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad», ha afirmado que «esta consideración se refleja en particular en el modo en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta» [14].

La necesidad de aplicar de modo específico el principio de proporcionalidad, vinculado con la función que pueden llegar a tener los derechos económicos en la sociedad, ha sido asumido, por ejemplo, por la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea cuando en la STG de 16 de septiembre de 2013, *ATC y otros/Comisión,* asunto T-333/10, apartado 99, ha afirmado que «por lo que se refiere al control judicial de los requisitos para la aplicación de dicho principio, y habida cuenta de la amplia facultad de apreciación de que dispone el legislador de la Unión […] sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, con relación al objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida... En consecuencia, no se trata de determinar si las medidas adoptadas por el legislador de la Unión eran las únicas o las mejores posibles, sino si eran o no manifiestamente inadecuadas con relación al objetivo previsto» [15].

Rechaza así explícitamente el Tribunal General la necesidad de realizar un control de las sucesivas comprobaciones que forman parte del principio de proporcionalidad y circunscribe el control de las restricciones a si las mismas resultan manifiestamente inadecuadas, o arbitrarias.

Sin embargo, en paralelo con aquella jurisprudencia referida, que se muestra deferente con el legislador europeo cuando adopta regulaciones restrictivas de los derechos fundamentales económicos, encontramos aquella otra línea jurisprudencial que se muestra mucho más incisiva a la hora de controlar al legislador en tales supuestos.

Así ocurre, por ejemplo, en la STJ de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich GmbH,* asunto C-283/11, en donde se resuelve una cuestión prejudicial en la que se solicita al Tribunal de Justicia que examine la validez del artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2010/13 a la luz de los derechos a la libertad de empresa y de propiedad recogidos en los artículos 16 y 17, apartado 1, de la Carta y en el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Dicho artículo 15, apartado 6 de la Directiva 2010/13 exige al titular de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva de determinados aconte-

[14] STJ de 30 de enero de 2019, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG*, C-220/17, apdo. 95.

[15] El Tribunal General se remite, a su vez, a la doctrina sobre el principio de proporcionalidad recogida en la STJ de 12 de julio de 200, *Jippes y otros*, C-189/01, apdos. 82 ss.

cimientos que permita a cualquier otro organismo de radiodifusión televisiva la emisión de breves resúmenes informativos de tales acontecimientos, sin poder exigir una contraprestación superior a los costes adicionales en los que haya incurrido directamente por prestar acceso a la señal.

Así, el titular de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva de determinados acontecimientos deportivos no puede decidir libremente el precio al que presta acceso a la señal a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos de un determinado evento. Esta disposición impide, en particular, que dicho titular repercuta el coste de adquisición de aquellos derechos de radiodifusión televisiva a los organismos de radiodifusión televisiva que emiten breves resúmenes informativos. En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia considera que dicho artículo 15, apartado 6, constituye una injerencia o restricción en la libertad de empresa de los titulares de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva que requiere ser justificada. El Tribunal de Justicia recuerda que la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad, lo cual supone que aquella libertad puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general.

Así, desde este punto de vista, el artículo 15 de la Directiva 2010/13 vendría a salvaguardar otro derecho o libertad fundamental, el derecho de recibir información, garantizada por el artículo 11, apartado 1, de la Carta, y a fomentar el pluralismo en la producción y en la programación de noticias en la Unión, protegido por el apartado 2 del propio artículo 11, lo que indudablemente constituye un objetivo legítimo.

A continuación, el Tribunal de Justicia somete la referida restricción a la libertad de empresa con fundamento en un objetivo que considera legítimo a las sucesivas comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad. El Tribunal considera, en primer lugar, que el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2010/13 resulta apropiado para garantizar la consecución del objetivo perseguido, pues ofrece a todo organismo de radiodifusión televisiva la posibilidad de emitir efectivamente breves resúmenes informativos e informar así al público sobre acontecimientos de gran interés para éste que son comercializados en exclusiva, garantizando a estos organismos el acceso a tales acontecimientos.

Seguidamente, en lo que respecta a la comprobación de la necesidad de dicha normativa el Tribunal de Justicia señala que si bien habría resultado menos restrictiva una medida que estableciera una contraprestación para los titulares de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva con objeto de que los orga-

nismos de radiodifusión televisiva que emitieran breves resúmenes informativos participaran en el coste de adquisición de tales derechos exclusivos; tal medida, sin embargo, no garantizaría la consecución del objetivo que persigue el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2010/13 de un modo tan eficaz como el que resulta de la aplicación de esta última disposición. Señala el TJUE que «en efecto, una normativa que estableciera una contraprestación para los titulares de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva superior a los costes en que éstos hubieran incurrido directamente por prestar acceso a la señal y que se calculase en función de criterios adicionales tales como, en particular, el precio abonado para adquirir tales derechos o la magnitud del acontecimiento de que se tratara podría –principalmente en función del método utilizado para determinar el importe de la contraprestación y de la capacidad financiera de los organismos de radiodifusión televisiva deseosos de acceder a la señal– disuadir a ciertos organismos de radiodifusión televisiva de solicitar dicho acceso a efectos de emitir breves resúmenes informativos, o incluso, en su caso, impedírselo, restringiendo así considerablemente el acceso del público a la información».

Finalmente, por lo que se refiere a la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio, el Tribunal de Justicia realiza una verdadera ponderación para concluir que la restricción es proporcionada. Así, el Tribunal señala que, al establecer sus exigencias en cuanto a la utilización de los extractos de la señal, el legislador de la Unión ha velado por encuadrar con precisión el alcance de la injerencia en la libertad de empresa y el eventual beneficio económico que los organismos de radiodifusión televisiva pueden obtener de la emisión de un breve resumen informativo. En efecto, para el Tribunal de Justicia los breves resúmenes informativos sobre acontecimientos retransmitidos en exclusiva no pueden emitirse en cualquier tipo de programa de televisión, sino sólo en programas de información general. De ese modo se excluye la utilización de los extractos de la señal en programas de entretenimiento, que tienen un impacto económico más importante que los programas de información general. Además, tales extractos deben, en particular, ser breves, y que su longitud máxima no debe superar los 90 segundos. Por último, los organismos de radiodifusión televisiva que emitan un resumen informativo deben indicar el origen de los extractos breves que utilicen en sus resúmenes, lo que puede tener un efecto publicitario positivo para el titular de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva de que se trate.

Por lo que se refiere a los derechos e intereses que se pretenden proteger, debe señalarse que la comercialización en exclusiva de los acontecimientos de gran interés para el público puede limitar considerablemente el acceso del público a la información relativa a dichos acontecimientos.

En suma, la restricción es considerada proporcionada y, por tanto, legítima, pese a que en este caso el control jurisdiccional que se realiza es un escrutinio incisivo de las tres comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad.

IV. MEMENTO

– El mercado interior se definiría, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por dos rasgos: 1) por ser un espacio donde se encuentran garantizadas la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; 2) por ser un espacio donde se encuentra garantizado que la competencia en el interior del mismo no será falseada.

– El TFUE ha previsto la posibilidad de supresión de los obstáculos entre los Estados miembros a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la consiguiente garantía de su circulación a través de dos mecanismos complementarios: 1) Preceptos que prohíben a los poderes públicos el mantenimiento o establecimiento de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros: las denominadas libertades básicas del mercado interior. 2) Preceptos que atribuyen a las instituciones de la Unión Europea la competencia o capacidad para echar abajo aquellas restricciones a la libre circulación que subsistan a la prohibición anterior mediante el establecimiento de una normativa común o armonizada en todo el territorio de la Unión que desplace a las normativas estatales generadoras de obstáculos a la libre circulación.

– Las libertades básicas del mercado interior tienen como propósito esencial evitar que los Estados miembros mantengan o erijan barreras u obstáculos injustificados entre los Estados miembros a la libre circulación.

– De acuerdo con una interpretación posible, únicamente «obstaculizarían la libre circulación entre Estados miembros» aquellas medidas de los poderes públicos que tengan como efecto, de hecho o de derecho, restringir más onerosamente la circulación de las mercancías, las personas, los servicios o los capitales provenientes de los demás Estados miembros que la circulación de las mercancías, las personas, los servicios o los capitales provenientes del propio Estado que dicta la medida.

– La comprobación de la existencia de los efectos diferenciados de una regulación pública es una condición necesaria, pero no suficiente, para considerar que la misma vulnera una de las libertades básicas del mercado interior, pues pueda considerarse justificada en la promoción de un objetivo legítimo.

– Los Tratados europeos han atribuido competencias de armonización al legislador de la Unión Europea con la finalidad de suprimir aquellos obstáculos que resisten legítimamente a las prohibiciones establecidas en el TFUE, en la medida en que pueden justificar en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

– Para constituir un espacio económico unitario no basta con que se establezcan la libertad de circulación de los factores de producción y no se discrimine a las personas o a los productos por razón de su procedencia territorial; es preciso también que las reglas básicas que disciplinan las actividades económicas sean uniformes en todo el territorio pues sólo así puede existir efectivamente el mercado único.

– Con la finalidad de promover un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, el TFUE prevé la supresión de las distorsiones de la competencia a través de dos mecanismos: 1) Preceptos que prohíben tanto las distorsiones de la competencia generadas por los operadores económicos privados que actúan en el mercado como las distorsiones de la competencia generadas por determinados actos de los poderes públicos estatales. 2) Preceptos que atribuyen a la Unión la competencia de suprimir las distorsiones de la competencia que, sin encontrarse prohibidas por los preceptos anteriores, sin embargo, se generan por la diversidad normativa.

– Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta no son derechos ilimitados, por lo que los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad pueden ser objetos de restricciones. No obstante, tales restricciones solo serán legítimas, de acuerdo con el artículo 52, apartado 1, de la Carta, cuando estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Baquero Cruz, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Civitas, 2002.

Craig, P. y De Búrca, G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, 7.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2020.

García Guerrero, J. L. y Martínez Alarcón, M. L., *Constitucionalizando la globalización,* Tirant Lo Blanch, 2019.

GORMLEY, L. W., «The internal market: history and evolution», en *Regulating the internal market*, Edward Elgar, 2006.

LÓPEZ ESCUDERO, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, 1991.

MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, Madrid, Civitas, 1991.

OLIVER, P. J., *Free Movement of goods in the EEC*, 5.ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2010.

PAZ ARES, C. y ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Ensayo sobre la libertad de empresa», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, Civitas, 2002.

PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 2.ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 2008.

POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

— «Mercado interior y Directiva de servicios», *Revista catalana de dret públic,* núm. 42, 2011, pp. 257-293.

— *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social,* Madrid, Marcial Pons, 2022.

STOFFEL VALLOTTON, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Madrid, Dykinson, 2000.

ROSINO CALLE, R. C., «La construcción del Mercado Único Digital: Primeros pasos», *Revista española de derecho europeo*, núm. 86, 2023, pp. 73-100.

CAPÍTULO 7

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

RESUMEN

Se analiza la interpretación de los preceptos del TFUE que reconocen la libre circulación de mercancías.

CONCEPTOS CLAVE

Libre circulación de mercancías, Medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, exigencias imperativas, Obstaculización del comercio intracomunitario.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 34 y 35 TFUE.

SUMARIO: I. La garantía de la libre circulación de mercancías.–II. El propósito de la libre circulación de mercancías: dos interpretaciones posibles.–III. Una cambiante jurisprudencia en relación con el propósito de la libre circulación de mercancías.–IV. La promoción proporcionada de determinados objetivos como justificación de las medidas obstaculizadoras del comercio intracomunitario.–V. Memento.–Bibliografía básica.

I. LA GARANTÍA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

De acuerdo con el artículo 26.2 TFUE, el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, «en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados». En el presente capítulo examinaremos la libre circulación de mercancías y en el capítulo 8 se analizará la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

Con la finalidad de garantizar la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, el TFUE dispone tanto la eliminación de los derechos de aduana y de las exacciones de efecto equivalente (arts. 28.1 y 30 TFUE), como la eliminación de las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente (arts. 34 y 35 TFUE).

La eliminación de los derechos de aduana (entre los que destacan los aranceles) y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros (entre las que destacan los contingentes y las cuotas) se completó el 1 de julio de 1968. La eliminación de las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana y, sobre todo, la eliminación de las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa requiere un esfuerzo jurisprudencial sostenido en el tiempo.

En el presente capítulo nos centraremos en el análisis de la prohibición de las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Así, en efecto, el TFUE, en su artículo 34 prohíbe entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente y el artículo 35 lo prohíbe respecto de las exportaciones.

> Artículo 34 (antiguo artículo 28 TCE): «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».
>
> Artículo 35 (antiguo artículo 29 TCE): «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

Estos artículos establecen una prohibición de establecimiento de medidas de efecto equivalente que, sin embargo, podrá ser excepcionada de acuerdo con las previsiones recogidas en el artículo 36 TFUE.

> Artículo 36 (antiguo artículo 30 TCE): «Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No

> obstante tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros«.

Estos preceptos condensan uno de los instrumentos fundamentales reconocidos en los tratados europeos para promover la integración de los mercados nacionales a través de la construcción de un mercado interior. La interpretación jurídica del concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa ha correspondido al Tribunal de Justicia y ha sido esencial para determinar aquello que se les prohíbe hacer a los poderes públicos. Ha sido esencial para determinar los límites sustantivos que se les imponen a los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias regulatorias. En efecto, los artículos 34 y 35 TFUE suponen una limitación impuesta directamente a los Estados miembros y las instituciones europeas que deben abstenerse al ejercer sus competencias de dictar o realizar regulaciones o acciones que puedan caer bajo la prohibición establecida en aquellos preceptos.

Así, la interpretación que se le dé al concepto de «medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa» va a determinar lo que los poderes públicos pueden o no pueden hacer y cómo van a ser controlados en sus decisiones por los jueces nacionales ejerciendo como jueces europeos, y en última instancia por el Tribunal de Justicia, pues las libertades básicas del mercado interior reconocidas en los tratados tienen eficacia directa, por lo que suponen la creación de derechos y obligaciones en la esfera jurídica de los particulares que pueden ser invocados ante los órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros.

II. EL PROPÓSITO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS: DOS INTERPRETACIONES POSIBLES

El Tribunal de Justicia se dispuso tempranamente a realizar una definición de lo que debía considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa cuando afirmó que «toda normativa comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas» [1].

El Tribunal de Justicia acoge en *Dassonville* como criterio fundamental para determinar si una normativa comercial cae bajo la prohibición del

[1] STJ de 11 de julio de 1974, *Procureur du Roi c. Dassonville*, 8/74.

artículo 34 TFUE, si produce una obstaculización directa o indirecta, real o potencial del comercio intracomunitario: ello requiere la interpretación del concepto de «obstaculizar el comercio intracomunitario».

En la doctrina y en la propia jurisprudencia del TJUE es posible encontrar dos interpretaciones contradictorias del concepto de obstaculizar la libre circulación entre Estados miembros y, por tanto, dos interpretaciones irreconciliables del propósito de las libertades básicas del mercado interior, tal como apuntamos en el capítulo precedente y desarrollaremos a continuación.

Una primera interpretación de lo prohibido en los artículos 34 y 35 TFUE, y que podemos denominar amplia, supondría que toda medida con algún efecto restrictivo sobre los intercambios en general que se llevan a cabo dentro del mercado europeo podría suponer la existencia de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa si tal restricción no queda suficientemente justificada en la promoción de alguno de los objetivos que se recogen en el artículo 36 TFUE. Para Waelbroeck, sostenedor de tal concepción, desde el momento en que una medida estatal tiene como efecto restringir los intercambios de mercancías entre los Estados miembros, debe ser considerada prohibida por el Tratado, a salvo de poderse justificar, ya se aplique a los productos importados o ya se aplique a los productos nacionales. Así, cualquier medida que obstaculice, restrinja o impida el flujo de los productos es incompatible con el actual artículo 34 TFUE, siendo irrelevante que la misma otorgue o no ventajas a los operadores estatales frente a los foráneos (Waelbroeck 1975: 27)

En suma, cualquier medida que obstaculice, restrinja o impida el flujo de los productos en el mercado europeo es, en principio, incompatible con el artículo 34 TFUE no siendo relevante para su caracterización como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa la existencia de un régimen jurídico explícitamente más oneroso sobre las importaciones (discriminación formal), pero tampoco la imposición en la práctica de una restricción mayor sobre los productos importados que sobre los productos estatales (lo que algunos han denominado discriminación material).

Bajo esta perspectiva prácticamente cualquier norma que someta a reglas los intercambios comerciales en el mercado es una regla restrictiva del comercio intracomunitario en cuanto puede tener un impacto sobre el volumen total de los intercambios comerciales que se producen en ese mercado. Bastará con que una medida europea, estatal, regional o local tenga como efecto disminuir los intercambios en general, y consecuentemente las importaciones o exportaciones de bienes, para que tal medida se tenga que someter

al control del juez comunitario para que este determine si la medida puede justificarse en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. Esta concepción llevará a que, por ejemplo, una regulación estatal estableciendo el cierre dominical deba ser justificada para no ser declarada contraria al artículo 34 por obstaculizar los intercambios de bienes en el mercado comunitario (STJ de 23 de noviembre de 1989, asunto *Torfaen*, 145/88). Cualquier medida que suponga una disminución del volumen de ventas se interpretaría como una restricción de la libre circulación de mercancías, en principio, proscrita por los artículos 34 y 35 TFUE.

Para una segunda interpretación son susceptibles de constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa las regulaciones que discriminan formalmente a las importaciones, pero también aquellas regulaciones que pese a ser indistintamente aplicables tienen como efecto práctico restringir más onerosamente la comercialización de la producción importada que la de la nacional.

Esta segunda interpretación se diferencia de la primera en que no considera que cualquier restricción de los intercambios comerciales sea, en principio, un obstáculo prohibido por el Tratado. El artículo 34 TFUE prohíbe sólo aquellas regulaciones que impongan restricciones que sean más onerosas sobre la comercialización de las importaciones que sobre la comercialización de los productos nacionales y no se puedan justificar en la promoción de un objetivo legítimo, no bastando por tanto con que una regulación produzca una disminución en el comercio en general, y una correlativa restricción de las importaciones para considerarla contraria al Tratado si al tiempo la restricción sobre estas no es mayor que la restricción sobre la comercialización de la producción nacional.

Así bajo esta segunda interpretación una norma sobre el cierre dominical a pesar de poder restringir los intercambios de bienes entre Estados como consecuencia de la disminución de ventas que supone (ciertos estudios han demostrado que las ventas que se dejan de hacer el día de cierre no se recuperan totalmente el resto de la semana) no es susceptible de ser considerada una restricción de la libre circulación de mercancías entre Estados miembros pues los efectos restrictivos que la misma tiene son iguales para las importaciones y para la producción nacional. A diferencia de lo que ocurría bajo la primera interpretación, bajo esta segunda una regulación sobre cierre dominical que tenga efectos restrictivos indistintos sobre todos los productos no debe ser justificada bajo el artículo 34 pues no puede constituir una medida de efecto equivalente. Así se afirmó en la STJ de 2 de junio de 1994, asunto *Punto Casa*, C-69 y C-258/1993.

III. UNA CAMBIANTE JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON EL PROPÓSITO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

La primera interpretación examinada de los preceptos de los Tratados que garantizan la libre circulación de mercancías la encontramos, por ejemplo, asumida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen Borough* (C-145/88), donde se juzgaba la compatibilidad con el artículo 28 TCE (actual artículo 34 TFUE) de una normativa nacional del Reino Unido, la *Shops Act* de 1950, que prohibía ejercer determinadas actividades comerciales los domingos.

El municipio inglés, que era el que había impuesto la sanción a una tienda por haber abierto el domingo vulnerando la norma nacional, negaba que la restricción a la actividad económica que tal norma suponía constituyese una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa proscrita por el artículo 34 TFUE, puesto que tal normativa afectaba por igual a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos importados y por tanto no perjudica a las importaciones de manera distinta a como perjudica la comercialización de los productos nacionales. La prohibición de abrir los domingos tenía por efecto reducir el volumen total de ventas.

Para la empresa perjudicada el domingo es el mejor día de ventas, ventas que no son recuperadas el resto de la semana. La reducción de las ventas como consecuencia de la obligación de cierre tenía como consecuencia la correspondiente reducción de las importaciones procedentes de otros Estados miembros. La empresa alegaba que aproximadamente el 10 % de las mercancías que comercializaba procedían de otros Estados miembros. Para la empresa sancionada la aplicación de la prohibición del comercio dominical reduce indirectamente, en términos absolutos, el volumen de las importaciones al Reino Unido de muchos artículos procedentes de otros Estados miembros y debe por tanto ser considerada una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

El Tribunal de Justicia declarará que una normativa nacional que prohíba a los comercios minoristas abrir los domingos es aplicable indistintamente a los productos importados y a los nacionales y no produce que la comercialización de los productos importados de otros Estados miembros resulte más dificultada que la de los productos nacionales. La medida es indistintamente aplicable y con efectos indistintos.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia aceptará la argumentación de la empresa sancionada al considerar que la prohibición de apertura los domingos solamente será compatible con la garantía de la libre circulación de mer-

cancías prevista en el artículo 34 TFUE si los eventuales obstáculos que causa al comercio comunitario no van más allá de lo que es necesario para garantizar el objetivo pretendido y si este objetivo está justificado con arreglo al Derecho comunitario.

El Tribunal estaría afirmando que la medida en discusión es susceptible de «obstaculizar el comercio intracomunitario» y debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa salvo que se pueda justificar en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo con arreglo a la jurisprudencia sobre las exigencias imperativas [2]. El Tribunal acoge así el argumento de la empresa sancionada al considerar el cierre dominical como una «obstaculización del comercio intracomunitario» como consecuencia de considerar que tal medida puede producir un efecto restrictivo sobre la libre circulación de mercancías derivado de la disminución del volumen de ventas de todos los productos, nacionales e importados.

Esta interpretación del artículo 34 TFUE como un precepto que garantiza el libre comercio en general será mantenida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta el año 1993, cuando se acoja la segunda interpretación analizada.

En efecto, el asunto *Keck y Mithouard* [3] supondrá la revocación u *overruling* de la primera interpretación examinada al poderse considerar que de lo resuelto por el Tribunal se desprende que lo que proscriben aquellos preceptos del TFUE que garantizan la libre circulación de mercancías es el proteccionismo económico. Lo que tales preceptos prohibirían es que los poderes públicos, esencialmente los estatales, puedan adoptar regulaciones que, de hecho o de derecho, restrinjan más onerosamente la comercialización de los productos importados que la de los productos nacionales.

En el asunto *Keck y Mithouard* se juzgaba la compatibilidad con el artículo 34 TFUE de una regulación francesa que prohibía la reventa a pérdida. El Tribunal de Justicia admitió que «una regulación de ese tipo es susceptible de restringir el volumen de ventas de productos procedentes de otros Estados miembros en la medida en que priva a los operadores de un medio de promocionar las ventas» (apartado 13). Sin embargo, para el Tribunal de Justicia

[2] El Tribunal de Justicia consideró que la regulación británica que establece el cierre dominical persigue un fin legítimo ya que tiene por objeto «garantizar una distribución de horas de trabajo y de descanso adaptada a las particularidades socioculturales nacionales o regionales, cuya apreciación corresponde, en el estado actual del Derecho comunitario, a los Estados miembros». El Tribunal no comprobó la proporcionalidad de la medida remitiéndose a la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes debían decidir cuándo los efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías exceden los efectos propios de una normativa comercial.

[3] STJ de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, C-267 y C-268/91.

había que preguntarse si tal posibilidad, la restricción del volumen de ventas, era suficiente para afirmar que tal regulación suponía un obstáculo al comercio intracomunitario susceptible de ser estimado como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación proscrita en el artículo 34 TFUE en el supuesto en que no se pudiese justificar en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

El Tribunal de Justicia respondió que no es suficiente una restricción general del volumen de ventas y señalará que se hace «necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia (anterior) en la materia» (apartado 14). En efecto, considera que constituyen «medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 TCE (actual artículo 34 TFUE), los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados […] de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros de "normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías" (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que dicha aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías» (apartado 15).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia hará en *Keck* una revocación explícita de aquella otra línea jurisprudencial que consideraba que «obstaculiza el comercio intracomunitario» cualquier medida que restrinja los intercambios de bienes al afirmar que «procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de "disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar" directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y "siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros"».

Como se ha examinado, de acuerdo con la interpretación realizada por ciertos sectores doctrinales, y por el Tribunal de Justicia antes de *Keck*, cualquier regulación estatal que restringiese de forma general los intercambios de bienes entre Estados miembros era susceptible de «obstaculizar el comercio intracomunitario» y debía estar justificada por un objetivo de interés general para no ser declarada contraria al artículo 34 TFUE.

En *Keck*, sin embargo, considerará el Tribunal de Justicia que en el caso de lo que denomina «ciertas modalidades de venta» la existencia de una obsta-

culización prohibida por el TFUE sólo se produce si la regulación «no afecta del mismo modo, de hecho o de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los importados». Es decir, sólo se produce una obstaculización del comercio intracomunitario si la medida estatal tiene efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional.

Tras la nueva doctrina sentada en *Keck:*

a) Se presume que las regulaciones estatales relativas a los requisitos que deben cumplir los productos para poder ser comercializados pueden «obstaculizar el comercio intracomunitario» y, por tanto, deben estar justificadas por un objetivo de interés general para no ser consideradas contrarias al Tratado.

b) En el caso de las regulaciones que en *Keck* se denominan como reguladoras de las modalidades de ventas, es necesario probar que «obstaculizan el comercio intracomunitario» para que puedan considerarse contrarias al Tratado si no superan el escrutinio del Tribunal. Y solo se considera que «obstaculizan el comercio intracomunitario» si no afectan del mismo modo a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. La jurisprudencia y la doctrina posterior a *Keck* han entendido de manera amplia el significado del concepto «ciertas modalidades de venta», incluyendo cualquier regulación de las condiciones de comercialización que no caiga bajo el concepto de normas relativas a los requisitos que deben cumplir los productos para poder ser comercializados.

La razón fundamental para considerar que las regulaciones sobre las características o requisitos que ha de tener un producto para poder ser comercializado [a)] obstaculizan el comercio intracomunitario, y son por tanto susceptibles de ser consideradas una medida de efecto equivalente si no se encuentran suficientemente justificadas, es la presunción de que son regulaciones que afectan más onerosamente a la comercialización de los productos importados que a la de los productos nacionales, pues en estos casos la existencia real o potencial de una diversidad regulatoria crea costes a las importaciones que no tienen los productos nacionales que sólo se comercializan en el Estado regulador. Así se pone de manifiesto en el asunto *Clinique*, en el que el Tribunal reconoce que «el hecho de que, a causa de una prohibición (relativa al etiquetado de un producto), la empresa afectada se vea obligada a seguir comercializando sus productos, únicamente en dicho Estado miembro, con otra denominación y a soportar los gastos complementarios de envasado y de publicidad demuestra que dicha

medida perjudica la libertad de los intercambios» [4]. La multiplicidad regulatoria crea costes adicionales sobre los productos que se comercializan en varios Estados que no tienen los que se comercializan en un solo Estado. En el asunto *Mars* afirma igualmente que la razón de que una medida sobre las características que tiene que tener el etiquetado de un producto para ser comercializado sea un obstáculo al comercio es que tal medida puede «obligar al importador a disponer de manera diferente la presentación de sus productos en función del lugar de comercialización previsto y, por consiguiente, a soportar gastos adicionales de acondicionamiento y de publicidad» [5].

Las regulaciones sobre modalidades de venta [b)], sin embargo, sólo si se demuestra por el recurrente que tienen efectos restrictivos más onerosos, de hecho o de derecho, sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional se podrán considerar como medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa si no se justifican suficientemente, no siendo por tanto necesario que se justifiquen en un objetivo legitimo mientras sus efectos sean iguales para importaciones y productos domésticos y quedando entonces fuera del alcance del artículo 34 TFUE.

En el caso de la medida examinada en *Keck*, la prohibición de la reventa a perdida que se establece en la normativa francesa, en la medida en que tiene efectos indistintos no será sometida a la exigencia de tener que ser justificada bajo el artículo 34 TFUE.

Se debe considerar a uno de los jueces del Tribunal de Justicia que tomaron parte en la decisión adoptada en *Keck* como un intérprete privilegiado de la voluntad del Tribunal al revocar su jurisprudencia anterior. En efecto, para el juez Joliet «el sentido de la sentencia *Keck y Mithouard* se refiere a que no resulta suficiente que una normativa influya de una determinada manera sobre el comercio intracomunitario para que el artículo 28 TCE (actual artículo 34 TFUE) sea aplicable. "Se necesita además que las ventas de los productos importados resulten afectadas en mayor medida que las ventas de los productos nacionales". El error de la jurisprudencia precedente o, en todo caso, de una parte de la misma, consiste en haber procedido a un control de proporcionalidad en donde la normativa producía exactamente los mismos efectos sobre los productos nacionales que sobre los de los otros Estados miembros» (Joliet 1995: 31).

Para Joliet el problema de la aplicación del artículo 34 TFUE no reside en determinar sí una regulación provoca un coste suplementario sobre el operador

[4] STJ de 2 de febrero de 1994, C*linique*, C-315/92, apdo. 19.
[5] STJ de 6 de julio de 1995, *Mars*, C-470/1993, apdo. 13.

económico que actúa en el mercado sino en saber sí la regulación de un Estado origina una ventaja competitiva para la industria nacional (Joliet 1995: 30). El juez Joliet admite que es posible que determinadas regulaciones estatales que no originan una ventaja competitiva para la industria nacional «no sean razonables o sean molestas». Sin embargo, ello no debe producir que se deban someter al escrutinio del juez comunitario bajo el artículo 34 TFUE.

El cambio jurisprudencial establecido en *Keck* supone en la práctica la revocación de la línea jurisprudencial sostenida por el Tribunal en múltiples casos anteriores. Así, en el supuesto de las regulaciones referidas al cierre dominical se produce una revocación explícita al plantearse de nuevo ante el Tribunal la cuestión de la compatibilidad de las mismas con el artículo 34 TFUE.

En efecto, en el asunto *Punto Casa*[6] se trataba de una regulación italiana que establecía la prohibición de apertura comercial los domingos. Al contrario que en *Torfaen,* y de acuerdo con la nueva jurisprudencia establecida en *Keck*, el Tribunal consideró que la medida no era susceptible de «obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario» tal y como había sido clarificado por *Keck*. Para el Tribunal de Justicia la regulación italiana se aplica a todos los operadores económicos que ejercen su actividad en el territorio nacional, y «afecta del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». No se hace por tanto necesario entrar a valorar la existencia de una causa suficiente de justificación, pues la medida directamente no debe ser sometida a escrutinio bajo los preceptos del Tratado que garantizan la libre circulación de mercancías.

Una de las consecuencias esenciales de la jurisprudencia *Keck* es la obligación que se le impone al operador que impugna una medida estatal que regula una modalidad de venta, por considerar que vulnera el artículo 34 TFUE, de demostrar que la misma tiene efectos diferenciados. Si previamente a *Keck* cualquier regulación que restringiese los intercambios en general era susceptible de obstaculizar el comercio interestatal lo que suponía la obligación del Estado de tener que justificar tal obstaculización en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo, tras *Keck* corresponde a aquel que impugna la regulación demostrar primero que obstaculiza como consecuencia de tener un efecto restrictivo más oneroso sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional y sólo entonces se verá el Estado en la necesidad de justificar la medida.

---

[6] STJ de 2 de junio de 1994, *Punto Casa*, C-69 y C-258/1993.

Es necesario recordar que tal consecuencia en lo relativo a la carga de la prueba se produce sólo en los supuestos relativos a las modalidades de venta, pues en el caso de las regulaciones sobre las características del producto, la jurisprudencia *Keck* mantiene la presunción de que la medida tiene efectos diferenciados y se somete, por tanto, automáticamente al escrutinio del Tribunal.

IV. LA PROMOCIÓN PROPORCIONADA DE DETERMINADOS OBJETIVOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS OBSTACULIZADORAS DEL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

La simple constatación de la existencia de una «obstaculización del comercio intracomunitario» no es suficiente para considerar prohibida por los artículos 34 y 35 TFUE una regulación estatal, pues la misma puede estar justificada en la promoción de un legítimo objetivo. En efecto, no basta con que una medida «obstaculice el comercio intracomunitario», sea cual sea la interpretación que demos al término obstaculización, para que sea considerada contraria al «texto constitucional comunitario». Que «obstaculice el comercio intracomunitario» es una condición necesaria pero no suficiente para considerar una regulación estatal como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el Tratado.

La segunda condición necesaria para considerar una medida estatal «obstaculizadora del comercio intracomunitario» como una medida de efecto equivalente contraria al artículo 34 TFUE es que la misma no pueda justificarse en la protección proporcionada de un objetivo legítimo. Es, por tanto, necesario, una vez determinada la existencia de una medida obstaculizadora por los efectos que la misma tiene sobre el comercio, someter tal medida al escrutinio del juez comunitario para comprobar si tal medida se puede o no justificar en la protección proporcionada de un objetivo legítimo. Así, se debe comprobar la existencia de un objetivo legítimo y si el mismo es promovido de conformidad con el principio de proporcionalidad.

En cuanto a los objetivos que legitimarían una medida restrictiva u obstaculizadora del comercio intracomunitario cabe recordar, en primer lugar, que el artículo 36 TFUE ha recogido un listado de causas de justificación. Se trata del orden público, la moralidad y seguridad públicas, la protección de la salud y vida de las personas y animales, la preservación de los vegetales, la protección del patrimonio artístico histórico o arqueológico nacional o la protección de la propiedad industrial y comercial.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una serie de intereses públicos, más allá de los recogidos en el artículo 36 TFUE, capaces de justificar aquellas medidas estatales indistintamente aplicables que obstaculizan el comercio intracomunitario. De la concepción del Tribunal se deriva que las denominadas exigencias imperativas, fines justificativos de reconocimiento jurisprudencial, sólo pueden justificar las medidas indistintamente aplicables obstaculizadoras del comercio intracomunitario, pero no las regulaciones formalmente discriminatorias que sólo pueden verse justificadas por una de las causas establecidas explícitamente en el artículo 36 TFUE. Así, el Tribunal de Justicia habría ampliado las causas de justificación desde el asunto *Cassis de Dijon*, reconociendo la existencia de las denominadas exigencias imperativas como causas razonables por las que un Estado miembro puede adoptar regulaciones indistintamente aplicables obstaculizadoras del comercio intracomunitario. En virtud de este reconocimiento los Estados podrían proteger intereses legítimos no contenidos en el artículo 36 TFUE a pesar de obstaculizar el comercio intracomunitario.

El Tribunal de Justicia en el asunto *Cassis de Dijon* afirmó que «los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores».

Las exigencias imperativas no son sino determinados intereses públicos, que serán concretados y ampliados por el Tribunal en su jurisprudencia posterior, pues los citados en la propia sentencia *Cassis*, no suponen un número cerrado de supuestos. En efecto, a lo largo del tiempo el Tribunal ha ido ampliando las exigencias imperativas que justificarían el establecimiento de obstáculos a la libre circulación de mercancías. Así, entre otros, ha reconocido la legitimidad de la protección de los consumidores y la lealtad en las transacciones comerciales, la protección de la salud pública, los objetivos legítimos de política económica y social, el saneamiento de la Hacienda Pública (sentencia *Duphar*), la protección de las obras y valores culturales (sentencia *Cinetheque*), la protección del medio ambiente, la lucha contra la inflación (sentencia *Roussel*), el mantenimiento del pluralismo en la prensa (sentencia *Familapress*), etc.

Si se considerase que una medida estatal sólo podría justificarse en las causas establecidas en el artículo 36 TFUE no sería posible poder justificar re-

gulaciones estatales obstaculizadoras del comercio intracomunitario que tuviesen como fin la protección de otros valores e intereses no recogidos en aquel precepto. En efecto, si las regulaciones estatales obstaculizadoras del comercio intracomunitario y que tienen como fin, por ejemplo, la protección del consumidor o la protección del medio ambiente, razones que no están recogidas en el artículo 36 TFUE, fuesen declaradas contrarias al derecho europeo por ello, sin que a su vez dichos valores se protegiesen a través de una regulación de la Unión Europea, supondría que sólo la Unión Europea podría promover la protección de tales valores mediante la aprobación de una norma. En ausencia de norma comunitaria tales valores quedarían sin protección.

Una vez se ha comprobado por el Tribunal de Justicia que la causa de justificación alegada puede ser considerada legítima, por tratarse de una de las exigencias imperativas que jurisprudencialmente se vienen reconociendo como legítimas, el Tribunal de Justicia considera que se deben aplicar una serie de comprobaciones para determinar si la medida estatal promueve proporcionadamente el legítimo objetivo.

Así, el juez comunitario tras comprobar que el fin u objetivo que se quiere alcanzar es legítimo por estar comprendido en una de las causas del artículo 36 TFUE o en lo que se denomina exigencias imperativas, debe someter a las medidas estatales «obstaculizadoras del comercio intracomunitario» a las tres comprobaciones sucesivas que conforman el principio de proporcionalidad: la comprobación de la adecuación, la comprobación de la necesidad y la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio. Tales comprobaciones a realizar por el órgano judicial son consecutivas: si no se supera una de ellas, no es necesario realizar la siguiente pues la medida ya habría vulnerado el principio de proporcionalidad.

La primera comprobación sería la verificación de la adecuación o idoneidad de la medida, comprobación que busca determinar que una medida restrictiva del comercio intracomunitario no sea inidónea, inadecuada o inútil para alcanzar el fin legítimo que dice perseguir. La segunda comprobación sería la verificación de la necesidad de la intervención, verificación a través de la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario del comercio intracomunitario por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido con igual efectividad. La tercera comprobación sería la verificación de la proporcionalidad en sentido propio que busca determinar que la medida no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de bienes, derechos e intereses presentes. En efecto, una vez superados las otras dos comprobaciones, por ser la medida adecuada para promover un fin legítimo y necesaria por no existir alternativas menos restrictivas que promue-

van el fin legítimo con la misma efectividad, se haría necesario determinar si, pese a todo, la medida tiene unos costes superiores a sus beneficios. Tal comprobación supone la ponderación de los intereses en presencia con el fin de determinar cuál prevalece en el caso concreto.

La aplicación de la comprobación de la adecuación por el Tribunal de Justicia en el ámbito del artículo 34 TFUE ha sido en ocasiones bastante incisiva. Estricta fue la aplicación de la comprobación de la adecuación en el asunto *Van der Veldt*[7] donde el Tribunal consideró que una regulación belga estableciendo los límites máximos de sal en el pan era inadecuada para promover la salud puesto que el Estado belga no había demostrado que un aumento del consumo de sal en las proporciones concretas del caso supusiera un verdadero riesgo para la salud humana. Ciertamente las autoridades belgas no habían demostrado que un contenido en sal superior al 2 % sea peligroso para la salud, sin embargo, todo estándar puede ser por sí mismo arbitrario. Evidentemente un contenido en sal un poco superior al fijado por Bélgica no se puede demostrar que sea más peligroso para la salud, pero si consideramos que el consumo excesivo de sal sí lo es, en algún punto habrá que poner el límite. El Tribunal de Justicia en alguna otra ocasión había declarado que la existencia de un mero riesgo basta para que se considere que una legislación es conforme a las exigencias del artículo 30[8]. Sin embargo, para el Tribunal en *Van der Velt* tal riesgo no debe medirse por el rasero de consideraciones de índole general, sino basándose en investigaciones científicas apropiadas.

Pese a esta estricta aplicación de la comprobación de la adecuación, es cierto que, en términos generales, ha bastado con comprobar que la medida era adecuada para promover el fin pretendido para que se considerase que la medida superaba la primera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad. Ciertamente, en la comprobación de la adecuación el Tribunal de Justicia viene siendo menos deferente en el ámbito del artículo 34 TFUE que en el de los derechos fundamentales económicos pues mientras que en este último caso es necesario probar por el recurrente que la medida es «manifiestamente inadecuada» para considerarla contraria al derecho comunitario en el caso de la aplicación del artículo 34 TFUE basta que la medida se considere inadecuada para que sea considerada contraria al Tratado.

En lo que se refiere a la comprobación de la necesidad en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE el Tribunal de Justicia viene considerando que las regulaciones estatales obstaculizadoras del comercio intracomunitario son

[7] STJ de 14 de julio de 1994, *Van der Velt*, C-17/93.
[8] Por ejemplo, en la STJ de 6 de junio de 1984, *Melkunie*, 97/83.

contrarias al Tratado cuando existen alternativas menos restrictivas que promueven igual de eficazmente el objetivo legítimo pretendido.

Sirva como ejemplo el asunto sobre la ley alemana de la pureza de la cerveza [9] en el que el Tribunal consideró que la prohibición de comercializar con el nombre «Bier» cervezas no elaboradas conforme a la regulación alemana [10] era un obstáculo innecesario al comercio intracomunitario como consecuencia de la existencia de alternativas menos restrictivas que promovían igual de eficazmente la protección al consumidor.

En efecto, para el Tribunal es legítimo que a los consumidores que atribuyen cualidades particulares a la cerveza fabricada con determinadas materias primas, se les quiera ofrecer la posibilidad de elegir de acuerdo con este elemento. Sin embargo, dicha posibilidad puede asegurarse a través de medios que no obstaculicen la importación de productos fabricados y comercializados legalmente en otros Estados miembros, y en particular «mediante la colocación obligatoria de un etiquetado adecuado referido a la naturaleza del producto vendido». Para el Tribunal de Justicia la legislación de un Estado miembro no debe «servir para fijar los hábitos de consumo ni para consolidar una ventaja adquirida por las industrias nacionales que se dedican a satisfacerlos».

En lo que se refiere a la proporcionalidad en sentido propio, la utilización de la ponderación costes/beneficios para declarar la disconformidad de las regulaciones estatales con el artículo 34 TFUE se habría producido, sobre todo, en un ámbito muy concreto, las regulaciones que tienen como objetivo la protección al consumidor, aunque también se ha utilizado tal *balancing* para considerar contrarias al artículo 34 TFUE alguna regulaciones que promovían la protección del medio ambiente [11] o la protección del bienestar de los animales [12].

Así, en el ya citado asunto *Mars* [13] se juzgaba la conformidad con el artículo 34 TFUE de una medida alemana que prohibía la comercialización de un producto por considerar que el envoltorio inducía a error. En efecto, las barras de helado comercializadas por la compañía Mars se presentaban con un envoltorio que llevaba la indicación «+ 10 %», pues cada producto había sido aumentado en un 10 %. Sin embargo, la franja coloreada que indica «+ 10 %» ocupaba en el envoltorio una superficie superior al 10 % de la superficie total.

---

[9] STJ de 12 de marzo de 1987, *Comisión c. RFA*, 178/84.

[10] La regulación alemana prohibía utilizar la denominación cerveza para el comercio de productos fabricados parcialmente con materias primas, como el arroz y el maíz, distintas de las exigidas en el territorio nacional.

[11] STJ de 20 de septiembre de 1988, *Comisión c. Dinamarca*, 302/86.

[12] STJ de 11 de mayo de 1999, *Monsees*, C-350/97.

[13] STJ de 6 de julio de 1995, *Mars*, C-470/93.

Para las autoridades alemanas una parte no desdeñable de consumidores podría suponer que el aumento del volumen o del peso del producto es más importante que el anunciado y prohíbe, por tanto, la comercialización del producto con tal envoltorio por inducir a engaño a los consumidores.

Para el Tribunal de Justicia, sin embargo, la medida de las autoridades alemanas es contraria al artículo 34 TFUE, pues los «consumidores razonablemente informados» deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento.

La interpretación del Tribunal de Justicia supone optar por un modelo de protección al consumidor que favorece a los «consumidores razonablemente informados» que no necesitan una protección tan paternalista y que indudablemente se pueden ver beneficiados por la existencia de una mayor oferta en el mercado derivada de la supresión de los obstáculos al comercio intracomunitario frente a un modelo de protección de los consumidores crédulos que puede, sin embargo, tener como efecto obstaculizar demasiado los intercambios y la integración.

El Tribunal de Justicia estaría asumiendo la disminución del nivel de protección al consumidor por considerar que no merece la pena proteger a un grupo de consumidores crédulos si ello supone costes sobre la libre circulación de mercancías.

En el asunto *Comisión v. Dinamarca*[14] el Tribunal de Justicia controlaba la conformidad con el Tratado de una regulación danesa que imponía la obligación a los productores de cerveza y refrescos de comercializar sus productos exclusivamente en envases que puedan volver a ser utilizados. Dichos envases debían estar homologados por una Agencia Estatal. La razón para exigir la homologación era limitar el número de envases autorizados con el fin de que los minoristas, encargados de recoger los envases vacíos para volver a ser utilizados, no viesen desbordada su capacidad de recoger tales envases al tener que disponer de almacenamiento para cada tipo de envase posible.

El Tribunal de Justicia considera que la medida obstaculiza el comercio intracomunitario y entra entonces a valorar si está justificada en la protección del medio ambiente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Aunque acepta que la obligación de comercializar en envases reutilizables promueve un objetivo legítimo, en lo que se refiere a la obligación de comercializar en envases homologados, el Tribunal la considera una medida desproporcionada tras realizar una ponderación de sus costes con sus beneficios.

[14] STJ de 20 de septiembre de 1988, *Comisión v. Dinamarca*, C-302/86.

En efecto, el Tribunal de Justicia empieza por apreciar que «el sistema de devolución de los envases homologados garantiza un índice máximo de reutilización y por tanto una protección muy notable del medio ambiente, ya que los envases vacíos pueden devolverse a cualquier minorista de bebidas, mientras que los envases no homologados, dada la imposibilidad de establecer para ellos una organización tan completa, únicamente pueden ser devueltos al minorista que vendió las bebidas» (apartado 20).

Para el Tribunal el sistema de devolución de envases no homologados a través de su recogida por el minorista que los vendió permite también la protección del medio ambiente. Por tanto, concluyó que la obligación de comercializar solamente en envases homologados no guarda proporción con el objetivo perseguido.

A pesar de considerar que el sistema danés que exige la homologación garantiza un «índice máximo de reutilización» al permitir devolver los envases a cualquier minorista (lo cual supone que la medida es adecuada para promover un fin legítimo), para el Tribunal de Justicia es posible encontrar medidas alternativas que sin alcanzar tal nivel de protección del medio ambiente (pues sólo se pueden devolver los envases no homologados al minorista que vendió las botellas) permiten también su protección sin restringir tanto el comercio intracomunitario. La medida danesa establece un alto nivel de protección del medio ambiente, pero al tiempo restringe gravemente el comercio intracomunitario. Para el Tribunal de Justicia es posible alcanzar un nivel de protección del medio ambiente inferior pero que restringe menos el comercio intracomunitario.

El Tribunal estaría ponderando los costes con los beneficios de una medida, estaría aplicando el principio de proporcionalidad en sentido propio, para considerar una medida contraria al artículo 34 TFUE.

En el asunto *Monsees*[15] se juzgaba la conformidad con el artículo 34 TFUE de una regulación austriaca que, en lo que nos interesa, limitaba el transporte por carretera de animales vivos destinados al sacrificio, obligando a que este tipo de transporte se efectuase en condiciones tales que –cumpliendo las disposiciones reguladoras del transporte por carretera y el Código de la circulación–, la duración total del transporte no excediese de seis horas y la distancia recorrida fuese inferior a 130 km. La razón alegada por el gobierno austriaco era la protección del bienestar de los animales. Para el Tribunal de Justicia la medida austriaca tenía el efecto de hacer casi imposible, en el terri-

[15] STJ de 11 de mayo de 1999, *Monsees,* C-350/97.

torio austriaco, todo transporte internacional por carretera de animales destinados al sacrificio.

Las instituciones europeas habían armonizado la materia estableciendo en la Directiva 95/29 «una duración máxima de transporte de ocho horas no prorrogable para los transportes de animales destinados al sacrificio», sin embargo la normativa comunitaria no había entrado en vigor cuando ocurrieron los hechos que desembocaron en la cuestión prejudicial (en el caso la imposición de una multa a un camionero por superar el límite establecido por Austria), pues la propia Directiva otorgaba un plazo a los Estados para adaptar su ordenamiento jurídico interno a la misma.

El Tribunal admite que en ausencia de regulación comunitaria los Estados pueden adoptar regulaciones que obstaculicen el comercio intracomunitario si las mismas se justifican proporcionadamente en alguna de las causas del artículo 36 o en las denominadas exigencias imperativas. Sin embargo, considera que en el caso concreto Austria podía haber adoptado medidas adecuadas para lograr el objetivo de protección del bienestar de los animales menos restrictivas para la libre circulación de mercancías como demostrarían las disposiciones de la Directiva 95/29.

Para el Tribunal parece que la limitación de seis horas establecida por Austria no es necesaria, pues, como demuestra la Directiva 95/29, es posible que una limitación de ocho horas fuese una alternativa para proteger el bienestar de los animales [16].

La realidad es que la normativa austriaca establecía un nivel de protección de los animales superior al que establece la Directiva por lo que esta última no es una medida alternativa igual de eficaz que la primera (salvo que consideremos que seis horas es equivalente a ocho). La decisión del Tribunal de Justicia supone disminuir el nivel de protección para promover la integración.

Ciertamente, la Directiva comunitaria, que al poco tiempo debía entrar en vigor, suponía la disminución del nivel de protección de los animales en atención a la necesidad de armonizar la pluralidad de normativas nacionales con la finalidad de suprimir los obstáculos que subsisten a la prohibición recogida en el artículo 34 TFUE. Desde un punto de vista práctico, lo único que hace la decisión del Tribunal es adelantar la fecha de la armonización al considerar la medida austriaca contraria al artículo 34 TFUE, sin embargo, las consecuencias

[16] Debe subrayarse que el Tribunal de Justicia no está utilizando aquí la prevalencia del Derecho europeo derivado (la directiva) para declarar la disconformidad de la regulación austriaca, pues no estaba en vigor todavía la directiva, sino que está utilizando el propio artículo 34 TFUE para considerar la medida austriaca contraria al Tratado. Utiliza la Directiva como teórica prueba de que es posible alcanzar el mismo objetivo a través de una alternativa menos restrictiva del comercio intracomunitario.

teóricas de ello son fundamentales, pues supone establecer la legitimidad del Tribunal para determinar que la integración debe primar sobre la fijación por el Estado de un determinado nivel de bienestar de los animales.

En otras ocasiones, en cambio, el Tribunal de Justicia se ha mostrado deferente con las autoridades nacionales y parece haber renunciado a la realización de la ponderación por considerar que debido a la existencia de particularidades nacionales en los asuntos de que se trataba correspondía a los Estados determinar el nivel de protección adecuado. Así, en el asunto *Schindler*[17] se juzgaba la conformidad de una regulación estatal que prohíbe las loterías con el precepto que establece la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia estimó que las particularidades de las loterías justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las singularidades socioculturales de cada Estado miembro, para determinar las exigencias que implica la protección del orden social. Lo que supone *de facto* renunciar a la ponderación costes/beneficios.

Asimismo, el Tribunal de Justicia viene reenviando al órgano judicial nacional la realización tanto de la ponderación de los costes con los beneficios como de la apreciación de si existen alternativas menos restrictivas. Ello produce la posibilidad de que sean los jueces nacionales los que a través de la utilización directa del artículo 34 TFUE como parámetro de control declaren una norma estatal contraria al Derecho de la Unión.

La falta de un recurso directo de las partes ante el Tribunal de Justicia con el fin de que este pueda revisar la ponderación realizada por el juez nacional actuando como juez europeo produciría la posibilidad de una diversidad de pronunciamientos contradictorios. De ello ya tenemos algún ejemplo práctico cuando el Tribunal de Justicia, antes del cambio jurisprudencial que se produjo en el asunto *Keck* y que supuso la exclusión de las regulaciones sobre cierre dominical del ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE, remitió la determinación de la proporcionalidad de las regulaciones sobre cierre dominical a los tribunales nacionales ingleses que llegaron a decisiones dispares, produciéndose el consiguiente caos en relación a si una regulación estableciendo el cierre dominical era o no era contraria al Tratado.

En efecto, mientras que, en alguno de los casos relativos al cierre dominical resueltos por los jueces nacionales, la medida era considerada desproporcionada en otros era considerada proporcionada. Así, el juez Northcote en el asunto *B&Q v. Shrewsbury and Atcham BC* considera que la medida relati-

[17] STJ de 24 de marzo de 1994, *Schindler,* C-275/92.

va al cierre lo que pretende es la protección de la salud de los trabajadores y considera que tal objetivo se puede alcanzar a través de medidas menos restrictivas por lo que una regulación imponiendo el cierre dominical seria contraria al artículo 34 TFUE.

Por el contrario, el juez Allen en el asunto *Wellingborough BC v. Payles* consideró que la regulación sobre cierre tiene como objetivo preservar el especial y tradicional carácter del domingo en Inglaterra como día no comercial, como día para descansar, relajarse, socializar y rezar. En tal caso la medida fue considerada proporcionada.

Bajo una tercera perspectiva los jueces se confiesen incompetentes para realizar la aplicación del principio de proporcionalidad en los términos que ha establecido el Tribunal de Justicia. Así, por ejemplo, para el juez Hoffman en *Stoke on Trent City Council and Norwich City Council v. B & Q* «no es su función llevar a cabo la ponderación o formarse su propia visión de si el objetivo del legislador puede alcanzarse a través de otros medios. La resolución de tales cuestiones supone alcanzar compromisos entre intereses contradictorios que en una sociedad democrática deben ser realizados por el Legislativo. La tarea del tribunal es solamente comprobar si el compromiso adoptado por el Parlamento del Reino Unido, mientras afecte al comercio comunitario, es uno de los que un legislativo razonable puede alcanzar. La función de los tribunales es controlar los actos del legislativo, pero no sustituirlos con sus propias políticas o valores». La valoración de la proporcionalidad de una medida en estos casos se considera una función legislativa.

V. MEMENTO

– En la doctrina y en la propia jurisprudencia del TJUE es posible encontrar dos interpretaciones contradictorias del concepto de obstaculizar la libre circulación entre Estados miembros y, por tanto, dos interpretaciones irreconciliables del propósito de las libertades básicas del mercado interior.

– Bajo una primera interpretación cualquier norma que someta a reglas los intercambios comerciales en el mercado es una regla susceptible de obstaculizar el comercio intracomunitario en cuanto puede tener un impacto sobre el volumen total de los intercambios comerciales que se producen en ese mercado.

– Bajo una segunda interpretación sólo aquellas regulaciones que impongan restricciones que sean más onerosas sobre la comercialización de las importaciones que sobre la comercialización de los productos nacionales pueden llegar a suponer un obstáculo al comercio intracomunitario.

– La simple constatación de la existencia de una «obstaculización del comercio intracomunitario» no es suficiente para considerar prohibida por los artículos 34 y 35 TFUE una regulación estatal, pues la misma puede estar justificada en la promoción de un legítimo objetivo.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Ezquerra Ubero, J. J., *La jurisprudencia „Cassis-Keck« y la libre circulación de mercancías: estudio de derecho internacional privado y derecho comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

García Pérez, R., *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Joliet, R., «La libre circulación de mercancías: Las sentencias Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, serie D, núm. 23, 1995.

Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

— «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», *Revista española de derecho europeo*, núm. 35. 2010.

Stoffel Vallotton, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea. Evolución del principio en la práctica de los estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria*, Madrid, Dykinson, 2000.

Valencia Martín, G., «Restricciones a la comercialización de productos de plástico y unidad de mercado», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 58, 2022, pp. 58-127.

Waelbroeck, M., *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Bruselas, Bruylant, 1975.

CAPÍTULO 8

LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO JANINI

RESUMEN

Se analiza la interpretación de los preceptos del TFUE que reconocen la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. Ulteriormente se examina la armonización normativa por parte de la Unión Europea como mecanismo para promover el mercado interior.

CONCEPTOS CLAVE

Exigencias imperativas, Libre circulación de mercancías, Medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, Obstaculización del comercio intracomunitario.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 18, 34, 49, 51, 56 y 114-115 TFUE.

SUMARIO. I. Introducción.–II. Las primeras resoluciones del Tribunal de Justicia: las sentencias *Reyners* y *Van Binsbergen* (1974).–III. La exigencia de efectos diferenciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios.–IV. La exigencia de efectos diferenciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libertad de establecimiento.–V. La armonización de legislaciones. *1. Las competencias de armonización de la Unión. 2. La doctrina del reconocimiento mutuo.*–VI. Memento.–Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

Examinada en el capítulo anterior la libre circulación de mercancías, procederemos en el presente capítulo a examinar otras dos libertades clave para la construcción del mercado interior: la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

La libre prestación de servicios se encuentra reconocida en el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 TCE):

> «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.»

La libertad de establecimiento se encuentra reconocida en el artículo 49 TFUE (antiguo artículo 43 TCE):

> «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.»

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

Conviene comenzar señalando que la diferencia entre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios se ha fundado en la idea de la existencia o no de un establecimiento permanente. La prestación de servicios ha de ser temporal, de lo contrario nos encontraríamos ante un establecimiento en otro Estado miembro. Este rasgo diferencial entre las libertades de servicios y de establecimiento se ha visto sintetizada por el Tribunal de Justicia en la STJ de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, en la que se ha señalado lo siguiente: 1) El carácter temporal de la prestación de servicios «debe determinarse en función de su duración, frecuencia, periodicidad y continuidad»; 2) El prestador de servicios, en el sentido del tratado, «puede proveerse, en el Estado miembro de acogida, de la infraestructura necesaria para realizar su prestación»; y 3) «Un nacional de un Estado miembro que, de manera estable y continuada, ejerce una actividad profe-

sional en otro Estado miembro en el que, a partir de un centro de actividad profesional, se dirige, entre otros, a los nacionales de ese Estado, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento y no del relativo a los servicios».

En esta línea, la jurisprudencia ha señalado igualmente que el mero hecho de que un operador económico establecido en un Estado miembro «preste servicios idénticos o similares repetidamente o con cierta regularidad en otro Estado miembro» no basta para considerar que está establecido en este último; especialmente, si no dispone, en el Estado donde presta servicios, «de una infraestructura que le permita ejercer de manera estable y continua una actividad profesional y, a partir de dicha infraestructura, dirigirse, entre otros, a los nacionales de este Estado miembro» [1]. Pues «ninguna disposición del Tratado CE permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio no puede considerarse ya una prestación de servicios, de modo que el concepto de "servicios" en el sentido del Tratado puede cubrir servicios de naturaleza muy distinta, incluidos servicios cuya prestación se extiende a un período prolongado, incluso durante varios años» [2].

Por otro lado, conviene diferenciar estas dos libertades y otras igualmente reconocidas en los tratados como es el caso de la libre circulación de trabajadores. En efecto, la libertad de establecimiento comprende, con carácter general, «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio» [3]. Si las actividades fuesen laborales, es decir asalariadas o por cuenta ajena, la libertad que entraría en juego sería la libre circulación de trabajadores [4]. Estas dos libertades, en la sistemática del tratado, forman conjuntamente la libre circulación de personas [5]. El deslinde entre ellas depende de si quien actúa es o no un «trabajador», concepto autónomo del Derecho de la Unión; cuando la actuación es «no asalariada», el desarrollo de actividades económicas en otro Estado miembro se encuentra regido por la libertad de establecimiento [6]. Como la

---

[1] STJ de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer*, C-215/01, fallo y apdos. 2, 30-33, 39.

[2] SSTJ de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer*, C-215/01, apdos. 30-31; de 29 de abril de 2004, *Comisión c. Portugal*, C-171/02, apdo. 26; de 16 de julio de 2009, *von Chamier Glisczinski*, C-208/07, apdo. 74; de 26 de octubre de 2010, *Schmelz*, C-97/09, apdo. § 42. Una buena síntesis de la doctrina en STJ de 10 de mayo de 2012, *Duomo Gpa Srl*, C-357/10, apdos. 30-32.

[3] Artículo 49, párrafo 2, TFUE (antiguos artículo 43.2 TCE y artículo 52.2 TCEE).

[4] Artículo 45 TFUE (antiguo artículo 39 TCE).

[5] TFUE, Tercera parte (Políticas y acciones internas de la Unión), título IV (Libre circulación de personas, servicios y capitales), capítulos 1 (Trabajadores) y 2 (Derecho de establecimiento).

[6] Por ejemplo, SSTJ de 7 de julio de 1987, *Stanton*, 143/87 (trabajador autónomo en un Estado que simultanea una actividad asalariada en otro) y de 11 de abril de 2000, *Deliège*, C-51/96 y C-191/97 (deportista profesional en virtud de ayudas y patrocinios, sin sueldo).

característica esencial de una relación laboral en el sentido del tratado es la circunstancia de que una persona realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración, «ha de calificarse de actividad no asalariada en el sentido del artículo [49 TF] la actividad que una persona ejerce sin que exista relación de subordinación» [7].

II. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LAS SENTENCIAS *REYNERS* Y *VAN BINSBERGEN* (1974)

La doctrina en relación con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios comenzó a ser desarrollada en la STJ de 21 de junio de 1974, asunto *Jean Reyners,* 2-74, en materia de libertad de establecimiento, y pocos meses después, en la STJ de 3 de diciembre de 1974, asunto *Van Binsbergen,* 33-74, en la que extendió a la libertad de prestación de servicios la doctrina sentada en *Reyners* para la libertad de establecimiento.

Los conflictos objeto de los litigios principales son clarificadores para entender el propósito de las libertades examinadas.

En el primero, el Sr. Reyners, de nacionalidad neerlandesa, pretendía ejercer como abogado en Bélgica, contra la oposición del Colegio profesional correspondiente. Reyners era poseedor del título belga de licenciado en Derecho. Sin embargo, su inscripción y ejercicio como abogado fueron denegados por el Colegio belga debido a que la legislación belga reservaba el ejercicio de la profesión de abogado a los nacionales belgas.

En el segundo conflicto, se cuestionaba la posibilidad de que el Sr. van Bisbergen, envuelto en un pleito en los Países Bajos, pudiese confiar su representación y defensa al Sr. Kortmann, pues según la legislación neerlandesa, podía actuar como mandatario o asesor ante los tribunales del orden jurisdiccional cualquier persona, fuera o no abogado; pero debía estar establecida en los Países Bajos. Cuando el señor Kortmann mudó su residencia desde la ciudad neerlandesa de Zeist a la ciudad belga de Neeroeteren, el tribunal nacional que conocía del pleito de van Bisbergen le informó que no podía seguir representándole.

En ambos casos se planteaba la cuestión de que no se había aprobado ninguna normativa europea en relación con la prestación de las actividades correspondientes.

---

[7] SSTJ de 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, apdos. 25-26, y de 20 de noviembre de 2001, *Jany*, C-268/99, apdo. 34.

La STJ *Reyners* rechazó aquella interpretación que consideraba que, en estos supuestos, era necesaria una acción normativa comunitaria para permitir el ejercicio de la abogacía de un extranjero y sentó las bases de la interpretación de las libertades personales comunitarias. Para el Tribunal «desde la expiración del período transitorio, el artículo 52 TCEE (actual artículo 49 TFUE) es una disposición directamente aplicable, aunque eventualmente no existan, en un ámbito determinado, las Directivas previstas en el apartado 2 del artículo 54 (actual artículo 50 TFUE) y en el apartado 1 del artículo 57 del Tratado». El artículo 52 TCEE (actual artículo 49 TFUE) es una manifestación, en al ámbito específico del establecimiento para ejercer actividades económicas, de uno de los principios de la entonces Comunidad Europea, el artículo 7 TCEE que proscribía toda discriminación por razón de la nacionalidad y que actualmente se recoge en el artículo 18 TFUE. Esta regla de trato nacional no sólo constituye una de las disposiciones jurídicas fundamentales de la Unión Europea; es, por esencia, susceptible de ser invocada directamente por los nacionales de todos los Estados miembros, en cuanto se remite al conjunto de disposiciones legislativas efectivamente aplicadas, por el país de establecimiento, a sus propios nacionales. En efecto, el actual artículo 49 TFUE, como hacia el artículo 52 TCEE, dispone que la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, en las condiciones fijadas por el país de establecimiento para sus propios nacionales. Por ello, indica que las restricciones a la libertad de establecimiento serán suprimidas de forma progresiva durante el período transitorio. Al fijar en el final del período transitorio la realización de la libertad de establecimiento, el artículo 52 TCEE (actual artículo 49 TFUE) prescribe una obligación de resultado precisa que, en virtud del principio de efecto directo, debe ser garantizado por las jurisdicciones nacionales que se convierten en garantes del contenido propio e irreductible de las libertades del mercado interior reconocidas directamente por el Tratado [8].

Tras la expiración del período transitorio, las directivas para la ejecución de la norma del trato nacional no resultaban necesarias al haber quedado ésta directamente consagrada por el Tratado. No obstante, las directivas mantenían su utilidad y su sentido, ya que conservaban, como se desarrollará, un campo de actuación importante: la supresión de aquellos obstáculos a las libertades comunitarias que pudieran haber superado la prohibición establecida en los preceptos del Tratado que las reconocen por promover proporcionadamente objetivos considerados legítimos.

[8] *Reyners*, apdos. 15-16, 18, 24-26.

La sentencia *Van Binsbergen,* dictada sólo unos meses después de la sentencia *Reyners*, extendió a la libertad de prestación de servicios la tesis del efecto directo sentada en ésta en el ámbito de la libertad de establecimiento. Ciertamente, el paralelismo entre ambas sentencias no es total. En *Van Binsbergen* el Tribunal no invocó el artículo 7 TCEE (actual artículo 18 TFUE), que proscribía toda discriminación por razón de la nacionalidad. Lo cual venía impuesto por el hecho de que la discriminación enjuiciada en el caso era diferente a la sufrida por Reyners: no era discriminación por nacionalidad, sino por residencia, pues recordemos que, aunque el representante del señor Van Binsbergen era neerlandés, había fijado su residencia en Bélgica y ese era el obstáculo para seguir actuando como mandatario judicial en los Países Bajos. Sin embargo, la doctrina del efecto directo del Tratado fue trasladada con los mismos efectos al área de los servicios intracomunitarios.

Una vez sentado que las libertades personales europeas [9] habían entrado plenamente en vigor al expirar el período transitorio, el Tribunal de Justicia procedió a enjuiciar las normas estatales que impedían el establecimiento en Bélgica de Reyners, y la prestación de servicios en los Países Bajos en favor de Van Binsbergen. En ambos casos, desarrolló argumentos que condujeron a un fallo favorable a la actividad intracomunitaria. La reserva a los belgas del ejercicio de la abogacía y la exigencia de residir en los Países Bajos para ejercer la representación de las partes ante jurisdicciones sin abogados, fueron consideradas restricciones no justificadas y por tanto contrarias a las libertades comunitarias garantizadas por el Tratado. En *Reyners* el Tribunal de Justicia consideró que la regulación belga no podía justificarse en la excepción prevista en el artículo 55 TCEE [actual artículo 51 TFUE], pues no nos encontramos ante funciones –el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación y defensa de las partes ante los Tribunales–, que impliquen el ejercicio de poder público. Ejercicio que puede ser una justificación para el establecimiento de restricciones por razón de nacionalidad tal y como dispone el artículo 51 TFUE, cuando establece que «las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público».

En *Van Binsbergen* el Tribunal de Justicia consideró igualmente que el requisito de la residencia en el país para el ejercicio de una actividad profesional que goza de un régimen de total libertad dentro de los Países Bajos –pues

[9] A la libre circulación de trabajadores también se le reconoció efecto directo en 1974 en la STJ de 4 de diciembre de 1974, *van Duyn*, 41/74.

no está supeditada a ningún tipo de capacitación o de disciplina profesional–, era una restricción incompatible con la libre prestación de servicios, pues se podía satisfacer la necesidad de un buen funcionamiento de la Justicia, por medio de medidas menos severas, por ejemplo la designación de un domicilio a efectos de notificaciones judiciales.

A partir de la jurisprudencia establecida en 1974, las medidas nacionales que pudieran colocar a los operadores económicos de otros Estados miembros en una situación de hecho o de derecho desventajosa respecto de los operadores económicos del Estado miembro de establecimiento o de prestación del servicio constituirán una restricción al acceso o al ejercicio de estas actividades en dicho Estado miembro [10]. Semejante restricción será contraria a los preceptos del tratado que garantizan tales libertades, a menos que se pueda justificar en virtud de alguna excepción prevista por el mismo tratado o de alguna razón imperiosa de interés general (concepto equivalente al de las exigencias imperativas en el ámbito de la libre circulación de mercancías); y que, además, la medida sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo [11].

Así, el presupuesto para considerar que una regulación nacional restringe las libertades examinadas es que la misma tenga unos efectos diferenciados más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales. Tal presupuesto parece haberse visto confirmado en la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia sobre ambas libertades.

III. LA EXIGENCIA DE EFECTOS DIFERENCIADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Los efectos diferenciados de hecho o de derecho –más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales– como elemento determinante a la hora de considerar una medida estatal como un obstáculo a la libre prestación de servicios parece haberse afirmado de manera clara en alguna jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 56 TFUE.

Así, por ejemplo, será precisamente la ausencia de tales efectos diferenciados sobre los operadores foráneos lo que determinará que el Tribunal de Justicia considere en la STJ de 8 de septiembre de 2005, *Mobistar y Belgacom*

[10] Por ejemplo, STJ de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, C-70/95, apdo. 33.
[11] Por ejemplo, STJ de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, apdo. 37.

Mobile, C-544/03 y C-545/03, que los impuestos establecidos por determinados municipios belgas sobre antenas, postes y torres de difusión de telefonía no constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios y por lo tanto no es necesario comprobar si tales medidas se podían justificar en la existencia de una razón imperiosa de interés general, pues el presupuesto para realizar tal comprobación sería que la medida constituyese una restricción a la libre prestación de servicios entre los Estados miembros.

Para el Tribunal de Justicia el artículo 56 TFUE «no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de otros Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» (apartado 29). Señala el Tribunal de Justicia que la libre prestación de servicios reconocida en el TFUE «se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro». En cambio, el artículo 56 TFUE (entonces artículo 49 TCE) «no se refiere a medidas cuyo único efecto consiste en generar costes suplementarios para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro» (apdos. 30-31).

La doctrina reproducida supone, en buena medida, la aplicación, en el ámbito de la libre prestación de servicios, de la doctrina establecida en su día en la STJ de 24 de noviembre de 1993, *Keck*, en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Doctrina que se sintetizaría en la idea de que únicamente obstaculizan la libre circulación de mercancías, o en este caso la libre prestación de servicios, aquellas medidas estatales que tengan como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías o la prestación de los servicios provenientes de los demás Estados miembros que la circulación de las mercancías o la prestación de los servicios provenientes del propio Estado que dicta la medida.

Precisamente, en un caso aparentemente similar a *Mobistar y Belgacom Mobile*, en el asunto *Coster*, fue la existencia de efectos diferenciados lo que determinó que la medida nacional sí fuese considerada un obstáculo y sometida a escrutinio para determinar su justificación. En efecto, en la STJ de 29 de noviembre de 2001, *Coster*, C-17/00, se planteó la conformidad con la libre prestación de servicios garantizada en el TFUE de un impuesto munici-

pal, también en Bélgica, sobre las antenas parabólicas. En este caso, el Tribunal de Justicia señaló que la creación de un impuesto sobre las antenas parabólicas tiene como efecto imponer a la recepción de emisiones televisadas difundidas por satélite (muchas de ellas foráneas) un gravamen que no recae sobre la de emisiones trasmitidas por cable (mayoritariamente nacionales), puesto que este último medio de recepción no está sujeto a un impuesto similar a cargo del destinatario.

La razón fundamental para que se produjesen tales efectos más onerosos sobre los prestadores de servicios extranjeros que sobre los nacionales era que mientras que las emisiones televisadas ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica disfrutan legalmente de un acceso ilimitado a la distribución por cable en este Estado miembro, no sucede así con las emisiones ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en algunos otros Estados miembros. De esta forma, el número de cadenas extranjeras que pueden difundirse por cable en Bélgica es particularmente limitado. De ello se desprende que la mayoría de las emisiones de televisión difundidas a partir de dichos Estados miembros tan sólo pueden ser captadas por antenas parabólicas. En circunstancias como éstas, el Tribunal de Justicia consideró que el impuesto municipal analizado puede disuadir a los consumidores de intentar acceder a las emisiones foráneas, dado que la recepción de las citadas emisiones está sujeta a un gravamen que no recae sobre la de las emisiones ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica.

Igualmente se referirá el Tribunal de Justicia a la necesidad de que una medida nacional tenga efectos diferenciados, más onerosos sobre los operadores de fuera que sobre los de dentro, en la STJ de 5 de diciembre de 2006, *Cipolla y otros*, C-94/04 y C-202/04, donde se planteó la compatibilidad con la libre prestación de servicios de aquellas normas italianas que fijaban los límites mínimos de los honorarios de los abogados.

Para el Tribunal de Justicia, el artículo 56 TFUE «no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de otros Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos». El referido artículo 56 TFUE «se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro».

En el caso concreto el Tribunal de Justicia consideró que la prohibición de apartarse contractualmente de los honorarios mínimos fijados en un baremo, prevista en la normativa italiana, puede dificultar el acceso al mercado italiano de servicios jurídicos de aquellos abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana y, por ende, restringir su actividad de prestar servicios en este último Estado. En efecto, para el Tribunal de Justicia, dicha prohibición priva a los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana de la posibilidad de competir más eficazmente, pidiendo unos honorarios más reducidos que los fijados por el baremo, con los abogados instalados de forma estable en el Estado miembro de que se trate y que disponen por tanto de mayores facilidades que los abogados establecidos en el extranjero para captar clientela.

La medida coloca en una situación de ventaja a los abogados establecidos en Italia, normalmente italianos, frente a los abogados de fuera ya que los primeros al encontrarse instalados en Italia pueden más fácilmente captar clientes mientras que a los de fuera se les limita la capacidad de captarlos a través de un mecanismo alternativo al de estar instalados como es el precio.

En este sentido, para el abogado general Poiares Maduro constituye una restricción a las libertades de circulación toda política nacional que dé lugar a tratar las situaciones transnacionales de manera menos favorable que las situaciones puramente nacionales. Con esta salvedad, los Estado miembros tienen libertad para regular la actividad económica en su territorio, dado que la aplicación de las libertades de circulación no debe desembocar necesariamente en una armonización normativa [12].

Recuerda Poiares Maduro que el trato menos favorable de las situaciones transnacionales puede adoptar diversas formas. Frecuentemente, se manifiesta como un freno al acceso al mercado nacional, bien sea porque protege las posiciones adquiridas en dicho mercado, bien porque dificulta la participación en el mercado de los prestadores de servicios transfronterizos.

Sea como fuere, el hecho de que el Tribunal de Justicia haya negado en alguna ocasión (vease el ya comentado asunto *Mobistar y Belgacom Mobile)* la necesidad de someter al control de proporcionalidad determinadas medidas estatales indistintamente aplicables con efectos indistintos supone considerar que la libre prestación de servicios no es un precepto garantizador del libre ejercicio de la actividad económica sino garantizador de la ausencia de proteccionismo económico.

[12] Conclusiones del abogado general Poiares Maduro presentadas el 1 de febrero de 2006 en el asunto *Cipolla y otros*, C-94/04.

IV. LA EXIGENCIA DE EFECTOS DIFERENCIADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Algo menos claro ha sido el Tribunal de Justicia a la hora de reconocer que son los efectos diferenciados, de hecho o de derecho, –más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales– el elemento determinante a la hora de considerar una medida estatal como un obstáculo a la libertad de establecimiento, si bien ello se podría deducir de alguno de sus pronunciamientos.

En la STJ de 5 de octubre de 2004, *CaixaBank*, C-442/02, el Tribunal de Justicia se planteó si la libertad de establecimiento se opone a una normativa francesa que prohíbe a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, que remunere las cuentas corrientes, abiertas por residentes en Francia.

Tras recordar que el artículo 49 TFUE exige la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia analiza los efectos diferenciados que tiene la medida sobre los operadores económicos foráneos.

Según el Tribunal de Justicia la prohibición de remunerar las cuentas corrientes establecida en la normativa francesa constituye para las sociedades de otros Estados miembros un obstáculo importante para el ejercicio de sus actividades por medio de una filial en este último Estado, que afecta a su acceso al mercado. En efecto, dicha prohibición obstaculiza la captación de fondos del público por parte de las entidades de crédito, filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en el Estado miembro de establecimiento, dotadas de una extensa red de agencias y que disponen por tanto de mayores facilidades que dichas filiales para captar fondos del público. La prohibición francesa de remunerar cuentas corrientes tiene como efecto hacer más difícil para las empresas de crédito extranjeras competir en el mercado francés, donde las empresas de crédito nacionales tienen la ventaja de tener una red de sucursales implantada en el territorio.

El Tribunal parece acoger la concepción del abogado general Tizziano en sus conclusiones de 25 de marzo de 2004, *CaixaBank*, C-442/02, en donde afirmó que le resulta difícil calificar de restricciones contrarias al Tratado unas normas nacionales que regulan el ejercicio de una actividad económica «sin condicionar directamente el acceso» a la misma y «sin establecer discriminación alguna» ni de hecho ni de Derecho, entre los operadores nacionales y los

operadores extranjeros, «simplemente porque reducen» la «conveniencia económica» del ejercicio de dicha actividad. En opinión de Tizziano «esta interpretación permitiría a los operadores económicos –tanto nacionales como extranjeros– utilizar abusivamente el artículo 43 TCE para oponerse a cualquier medida nacional que, por el mero hecho de regular las modalidades de ejercicio de una actividad económica, pueda reducir, en última instancia, los márgenes de beneficio y, por ello, la conveniencia de ejercer dicha actividad económica. Pero ello equivaldría a utilizar el Tratado para alcanzar un fin que no le es propio: no ya el de instaurar un mercado interior en el que las condiciones sean similares a las de un mercado único y en el que los operadores puedan circular libremente, sino el de instaurar un mercado sin normas. O mejor: un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir con exigencias imperativas de interés general».

La mayor parte de los asuntos planteados ante el Tribunal de Justicia vía cuestión prejudicial son asuntos en donde las medidas estatales cuestionadas tienen, en la práctica, un efecto restrictivo más oneroso sobre los operadores económicos de fuera que sobre los locales y por ello el Tribunal de Justicia exige que los poderes públicos justifiquen su adopción en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. Sin embargo, para poder afirmar con rotundidad que el Tribunal de Justicia mantiene la concepción de que son los efectos diferenciados lo que determina la existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento habría que encontrar un asunto en el que una medida estatal no tuviera tales efectos diferenciados y por ello el Tribunal renunciase a controlar la justificación de la misma, como hizo en la sentencia *Mobistar y Belgacom Mobile* en materia de libre prestación de servicios.

Tal asunto podría ser el resuelto en la STJ de 1 de julio de 2010, *Sbarigia*, C-393/08, donde se dilucidaba la conformidad con el TFUE de una normativa italiana que regulaba los horarios de apertura y los días de cierre de las farmacias.

Para el Tribunal de Justicia, un nacional de un Estado miembro, que ejerce, de manera estable y continuada, una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo del Tratado relativo al derecho de establecimiento. No obstante, en el caso concreto la farmacia en cuestión es un establecimiento permanente en la zona peatonal del centro de Roma, cuya titular ya realiza una actividad profesional continua. Por tanto, según el Tribunal de Justicia, el ejercicio del derecho de establecimiento no se cuestiona y por tanto no entra a controlar si la medida se encuentra o no justificada en la promoción de un objetivo legítimo.

Es indudable que la obligación de cerrar determinados días de la semana recorta los márgenes de rentabilidad de la actividad económica, haciendo también menos atractivo, de este modo, el ejercicio de la misma. Sin embargo, lo que parecería subyacer a la negativa del Tribunal de Justicia a considerar la normativa referida como un obstáculo a la libertad de establecimiento –necesitado, por tanto, de justificación– sería que la misma tiene efectos indistintos sobre todos los operadores económicos.

El abogado general Jääskinen en sus Conclusiones presentadas el 11 de marzo de 2010 en el referido asunto *Sbarigia* no considera «que una norma regional como la Ley regional núm. 26/2002, indistintamente aplicable a todas las farmacias situadas en la región de que se trata, deba figurar entre la serie de medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos interesante el ejercicio de la libertad de establecimiento por las empresas de los demás Estados miembros. Por lo tanto, no se trata de una restricción de la libertad de establecimiento que responda a la definición establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» refiriéndose a la STJ en el asunto *CaixaBank*. A su juicio, «una conclusión contraria sólo sería posible si la legislación relativa a los horarios de apertura y a las vacaciones careciera de transparencia o si su aplicación dependiese de una forma determinante de las facultades discrecionales de la Administración». Precisamente la Sra. Sbarigia planteaba la cuestión de si las modalidades de la toma de decisión, en lo que atañe a las excepciones previstas en el artículo 10, apartado 2, de la Ley regional 26/2002 no otorgan una amplia facultad discrecional a la Administración.

Ciertamente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Sbarigia* no es tan claro como el realizado en materia de prestación de servicios en el asunto *Mobistar y Belgacom Mobile,* sin embargo, la regulación italiana sobre horarios comerciales no se somete al control de su justificación.

En *Sbaragia* se trataba de un supuesto de normativa estatal que condiciona el ejercicio de una actividad económica de los operadores económicos ya establecidos en un mercado nacional. Distinto es el supuesto de aquellas normativas estatales que condicionan directamente el propio acceso y establecimiento de los operadores económicos y no sólo el ejercicio de la actividad.

En este segundo supuesto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene considerando que la exigencia de una autorización previa que reserve el ejercicio de una actividad a determinados operadores económicos que respondan a requisitos predeterminados constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, pues se puede considerar que favorecen a los operadores ya instalados, normalmente nacionales, frente a los nuevos entrantes, que pueden ser de fuera. Obstáculo en todo caso susceptible de ser justificado en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

En relación con la cuestión de los objetivos legítimos que justificarían aquellas regulaciones públicas que suponen el establecimiento de obstáculos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha desarrollado las denominadas razones imperiosas de interés general que permitirían a los Estados miembros de la Unión Europea restringir y obstaculizar las libertades económicas básicas, como la de establecimiento y la de prestación de servicios. Sin ser una enumeración cerrada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha referido a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

V. LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES

La aceptación de la posibilidad de que los Estados miembros puedan dictar regulaciones que, en atención a la salvaguarda y promoción de determinados objetivos legítimos, obstaculizan el comercio intracomunitario es susceptible de producir una importante fragmentación del mercado, la cual para ser remediada requeriría, como se examinó en el capítulo 6, de una actuación positiva de las instituciones europeas con competencia para establecer regulaciones armonizadoras.

En efecto, la doctrina de las «exigencias imperativas» en materia de libre circulación de mercancías y la doctrina de las «razones imperiosas de interés general» en materia de libertades de circulación de personas, legitiman la promulgación de regulaciones estatales obstaculizadoras del comercio intracomunitario para la salvaguarda de toda una serie de fines considerados legítimos. Tales regulaciones, permitidas por la jurisprudencia en atención a la necesidad de promover determinados fines legítimos, pueden comportar, sin embargo, la fragmentación del mercado europeo. Fragmentación que únicamente puede ser corregida a través de la armonización centralizada de las instituciones de la Unión.

Así, la armonización de las normas nacionales sería imprescindible, no para realizar unas libertades que se enraízan en el Tratado mismo, y que pueden ser impuestas mediante la coacción judicial; sino para echar abajo aquellos obstáculos a la libre circulación que precisamente subsistan a la prohibición establecida

en el Tratado, por tratarse de restricciones que promueven un interés público legítimo de manera proporcionada. En efecto, para la supresión de tales restricciones justificadas no basta con la acción de los jueces y tribunales nacionales actuando como jueces comunitarios y se requiere el establecimiento de una normativa común o armonizada en todo el territorio de la Unión, por parte de las instituciones europeas, que desplace a las normativas estatales.

Las libertades básicas del mercado interior se presentan, así, con una doble faz: por un lado son un paquete de derechos, que se incorpora, directamente y sin intermediación normativa alguna, en la posición jurídica de todos los sujetos particulares, personas físicas y jurídicas nacionales de los Estados miembros, y que forma un núcleo fundamental de dicha posición subjetiva, pero por otro suponen un título habilitador de potestades normativas a favor de las instituciones europeas para suprimir aquellos obstáculos que subsistan a las prohibiciones directamente establecidas en los preceptos que garantizan tales libertades.

Una vez armonizado un determinado sector, la norma europea se aplicará uniformemente en todos los Estados de la Unión Europea, con lo que se eliminan las restricciones a la libre circulación derivadas de la diversidad de normas nacionales. El resultado de la armonización es la elaboración de una única norma europea sobre la producción y la comercialización de algún producto o servicio, que sustituye a las normas nacionales sobre esa materia.

La adopción por parte de las instituciones europeas de actos legislativos de armonización permite suprimir obstáculos justificados y establecer normas comunes destinadas a garantizar tanto la libre circulación de mercancías y productos como el respeto de los demás objetivos de los Tratados de la Unión (como la protección del medio ambiente y del consumidor y la competencia).

El referido proceso de armonización normativa fue facilitado por la introducción del principio de la mayoría cualificada, aplicable a la mayor parte de las Directivas relativas al establecimiento del mercado único (art. 95 TCEE, en su versión modificada por el Tratado de Maastricht y que se recoge en el actual artículo 114 TFUE), así como por la adopción de un nuevo enfoque propuesto en el Libro Blanco de la Comisión de 1985 para evitar la armonización onerosa y detallada.

1. **Las competencias de armonización de la Unión**

El artículo 114 TFUE atribuye a la Unión Europea la competencia para adoptar medidas de aproximación de las disposiciones nacionales «que tengan

por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». Esta disposición constituye una norma especial respecto de la recogida en el artículo 115 TFUE, que prevé la atribución de una competencia general para la aproximación de las legislaciones estatales. A su vez, los artículos 114 y 115 TFUE son preceptos atributivos de competencias que únicamente operan en defecto de preceptos más específicos.

Así, por ejemplo, aunque el establecimiento del mercado interior comporte la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, el artículo 114 TFUE, en este punto, ha limitado su juego al ámbito de las medidas que buscan garantizar la libre circulación de mercancías como consecuencia de que las otras libertades cuentan con cláusulas específicas para la armonización de las legislaciones nacionales. Son cláusulas más específicas las contenidas en los artículos 46, 50, 52.2, 53.2, 62, 113, 153.2, 154 ss. y 191 TFUE.

La interpretación jurisprudencial del artículo 114 TFUE nos debe servir como botón de muestra de la amplia capacidad reconocida a la Unión mediante el reconocimiento de competencias de armonización.

La Unión Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 114 TFUE si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo se produce: a) si la medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros; b) o si la medida suprime distorsiones sensibles de la competencia [13].

A. La supresión de obstáculos al comercio entre los Estados miembros

El Tribunal de Justicia vincula la competencia atribuida a la Unión en el artículo 114 TFUE para promover el establecimiento y funcionamiento del mercado interior con la caracterización que del mercado interior hacía el artículo 3, apartado 1, letra c), TCE que afirmaba que el mercado interior se ca-

[13] SSTJ de 5 de octubre de 2000, asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, apdos. 84 y 95, y de 10 de diciembre de 2002, asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, C-491/01, apdo. 43. El abogado general Fenelly en esta línea había afirmado en sus conclusiones que las competencias armonizadoras «son conferidas, bien para facilitar el ejercicio de las cuatro libertades, bien para igualar las condiciones de la competencia económica» (conclusiones del abogado general Fenelly de 15 de junio de 2000, en el asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, apdo. 83).

racteriza por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

La competencia armonizadora atribuida por el artículo 114 TFUE al legislador europeo constituiría, por lo tanto, junto con los artículos que garantizan las libertades básicas del mercado interior, un desarrollo de aquel artículo 3, apartado 1, letra c) del Tratado CE que establecía como objetivo de la Comunidad el establecimiento de un mercado interior con unas características determinadas [14].

Para el Tribunal de Justicia no basta con la mera comprobación de la existencia de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales para justificar la elección del artículo 95 como base jurídica si no que la medida armonizadora debe ser efectivamente adecuadas para eliminar obstáculos, actuales o previsibles, a la libre circulación. Así, por ejemplo, en la sentencia *sobre publicidad del tabaco* el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva sometida a su control no era adecuada para eliminar obstáculos a la libre circulación puesto que no garantizaba la libre circulación de aquellos productos que se ajustaban a sus disposiciones al permitir a los Estados miembros establecer requisitos más estrictos que los establecidos en la Directiva cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas. La posibilidad de que los Estados miembros estableciesen requisitos más estrictos que los establecidos en la Directiva permitiría que se renovase la obstaculización de la libre circulación de mercancías y por tanto no se alcanzaría aquel propósito que habilita al dictado de una Directiva armonizadora: la supresión de obstáculos.

Tal interpretación supone que de acuerdo con artículo 114 TFUE, la Unión Europea tendría competencia para adoptar medidas de armonización de las disposiciones nacionales si con ello elimina los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros. Conceptos todos ellos que es posible reconducir al concepto general de eliminación de los obstáculos al comercio entre los Estados miembros o al comercio intracomunitario.

El alcance de la competencia atribuida en el artículo 114 TFUE a la Comunidad para armonizar las disposiciones nacionales depende, por tanto, en buena medida, de la interpretación que se haga del concepto de «obstaculizar el comercio intracomunitario».

---

[14] Conclusiones del abogado general Geelhoed presentadas el 10 de septiembre de 2002 en el asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco C-491/01. Para el abogado general Geelhoed mediante la aplicación complementaria del artículo 95 TCE, por un lado, y de los artículos 28 a 35 TCE, por otro, se crea el mercado interior apartados (apdos. 146 ss).

B. La eliminación de las distorsiones sensibles de la competencia

La competencia de armonización de las disposiciones nacionales atribuida a la Comunidad en el artículo 114 TFUE para lograr el establecimiento y funcionamiento del mercado interior no sólo se podría justificar en la eliminación de aquellos obstáculos al comercio intracomunitario justificados en la promoción de un objetivo legítimo y que por tanto no han podido se eliminados vía prohibición, sino que en segundo lugar se podría justificar en la necesidad de suprimir las distorsiones sensibles de la competencia.

Se produce una distorsión de la competencia cuando las regulaciones nacionales difieren en los requisitos que imponen para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que repercute directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. Por ejemplo, la disparidad entre los requisitos nacionales a que está sometida la fabricación de determinados bienes sin que ello necesariamente afecte a las características del propio producto, pero si, por ejemplo, a sus costes.

Ello supone que una medida del poder público nacional puede provocar una distorsión de la competencia sin necesariamente producir al mismo tiempo una obstaculización del comercio entre Estados miembros [15], pues se trata de medidas que regulan, por ejemplo, los requisitos o condiciones de fabricación sin afectar, sin embargo, a los requisitos o características que han de tener los productos mismos que se trasladan en el propio mercado común. Así, por ejemplo, la disparidad de niveles de contaminación permitidos a las industrias en los diferentes Estados miembros puede crear una distorsión a la competencia sin al mismo tiempo suponer una obstaculización al comercio intracomunitario. Igualmente, la pluralidad de normativas sobre protección social puede generar costes de producción diferenciados para las empresas radicadas en los distintos Estados miembros, lo cual puede suponer una distorsión de la competencia, pero no un obstáculo a la libre circulación.

Otro ejemplo recogido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sería aquel que se refiere a la prohibición del patrocinio de tabaco en determinados Estados miembros y su autorización en otros, pues la disparidad regulatoria da lugar al traslado a estos últimos de determinadas competiciones deportivas, provocando importantes repercusiones en las condiciones de competencia de las empresas vinculadas a la organización de estos acon-

[15] Recordemos que desde la sentencia *Keck* sólo obstaculizan la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros las regulaciones que imponen una restricción más onerosa sobre la comercialización de la producción importada que sobre la comercialización de la producción nacional.

tecimientos. Las empresas establecidas en el territorio de los Estados miembros menos restrictivos en relación con el patrocinio de los productos del tabaco se ven favorecidas desde el punto de vista del aumento de las ganancias. La distorsión de la competencia que esta pluralidad regulatoria genera permitiría considerar que la Unión es competente para armonizar las disposiciones nacionales.

En estos casos se restringen de manera análoga las posibilidades de competir en un Estado miembro de todos los operadores económicos situados en ese Estado y lo que ocurre es que las diferencias existentes entre las regulaciones de los Estados miembros pueden distorsionar la competencia que se produce entre las empresas que operan en un Estado respecto de las que operan en otro. Para el abogado general Geelhoed, «se trata de medidas que no constituirían una restricción cuantitativa a la importación o a la exportación. Se trata en efecto de medidas que regulan requisitos de fabricación, distintos de las normas aplicables a los productos en el propio mercado común» [16].

En el caso del cierre dominical hemos visto en el capítulo 7 cómo no obstaculiza la libre circulación de mercancías pues tiene efectos indistintos sobre la comercialización de los productos independientemente de su origen. Sin embargo, en zonas fronterizas una regulación sobre cierre dominical pues generar una distorsión de la competencia, pues el derecho ordenador de la actividad económica no es el mismo, ello por si mismo no está proscrito por el Tratado, pero es el presupuesto para que la Unión pueda considerar la necesidad de armonizar la normativa.

De acuerdo con el abogado general Geelhoed en los supuestos de distorsión de la competencia como consecuencia de la existencia de una pluralidad regulatoria nos encontramos en un ámbito en el que falta una disposición prohibitiva general comparable a las recogidas en las libertades básicas del mercado interior. Sin embargo, una medida europea de armonización de las normas nacionales mediante la cual se pretenda eliminar las distorsiones a la competencia contribuye a realizar el mercado interior, por lo que forma parte del ámbito de aplicación del artículo 114 TFUE [17].

Así, si bien las regulaciones nacionales que distorsionan la competencia no están prohibidas por el Tratado y por tanto no deben ser sometidas a justificación –como sí lo requerían las regulaciones que obstaculizan el comercio intracomu-

[16] Conclusiones del abogado general Geelhoed presentadas el 10 de septiembre de 2002, en el asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, C-491/01, apdo. 149.

[17] *Ibid.,* apdo. 154.

nitario–, por el hecho de ser regulaciones que ponen en riesgo el funcionamiento del mercado interior pueden ser armonizadas por la Unión.

Por ejemplo, una regulación nacional reglamentando los niveles de vertidos de las fábricas que operan en el territorio nacional no es una regulación susceptible de vulnerar la prohibición establecida en el artículo 34 TFUE pues no genera una obstaculización del comercio intracomunitario en los términos en que este concepto se viene interpretando desde la sentencia *Keck* (1993). Sin embargo, tal regulación nacional, que reiteramos que no obstaculiza el comercio intracomunitario, sí es, sin embargo, susceptible de distorsionar la competencia, algo que si bien no está prohibido por el Tratado –salvo que la distorsión se produzca mediante, por ejemplo, una ayuda de Estado que si que estaría prohibida– sí es determinante para fundamentar la competencia del legislador de la Unión para armonizar la materia [18].

No obstante, el Tribunal de Justicia ha puesto límites a la capacidad regulatoria de la Unión Europea para adoptar aquellas medidas armonizadoras que tengan por objeto la supresión de las distorsiones de la competencias, pues ha considerado que una distorsión de la competencia sólo legitimará la adopción de una medida armonizadora fundamentada en el artículo 114 TFUE si se trata de una distorsión de la competencia «sensible». El Tribunal de Justicia ha afirmado que, si no existiese el requisito de que la distorsión de la competencia tenga que ser «sensible», la competencia del legislador europeo prácticamente no tendría límites [19].

Es así posible concluir que el grado de unidad –o de fragmentación– del mercado europeo depende en buena medida, y en cada momento, de una decisión política del legislador de la Unión Europea que es el competente para promover mediante la armonización normativa los rasgos propios de aquel. Cabe por ello afirmar que los rasgos del mercado interior no se encuentran impuestos directamente por los Tratados europeos, sino que estos habilitan al legislador de la Unión a promover, en su caso, y si así lo considera tales rasgos.

2. **La doctrina del reconocimiento mutuo**

En el momento en que el Tribunal de Justicia decide en el asunto *Cassis de Dijon* (1979), sentencia que desarrolla la doctrina de las exigencias impera-

[18] STJ de 11 de junio de 1991, *Dióxido de titanio,* C-300/89.

[19] STJ de 5 de octubre de 2000, apdo. 107. Señalaba Alemania en su demanda que «si el legislador comunitario pudiese armonizar las legislaciones nacionales, aunque no exista una incidencia sensible en el mercado interior, sería posible adoptar Directivas en cualquier ámbito, y el control jurisdiccional del respeto del artículo 100 A (actual artículo 114 TFUE) se convertiría en superfluo» (apdo. 29).

tivas (que supone la ampliación de las causas de justificación de las regulaciones públicas que obstaculizan la libre circulación de mercancías), el historial de las instituciones europeas en lo que se refiere a su competencia armonizadora era más bien pobre. La exigencia de aprobar por unanimidad (que era la mayoría requerida entonces en el Consejo) aquellas regulaciones armonizadoras de las normas nacionales permitía a cualquier Estado bloquear las iniciativas dirigidas a armonizar los estándares de comercialización.

La aceptación de la capacidad de los Estados de obstaculizar el comercio intracomunitario en atención a la promoción de determinados objetivos legítimos, reconocida en el propio asunto *Cassis* que desarrolla la doctrina de las exigencias imperativas, unida a la incapacidad política del centro político, el Consejo, para realizar regulaciones armonizadoras, producía un bloqueo del proceso de integración de los mercados estatales.

A ello da respuesta el Tribunal de Justicia en la propia sentencia *Cassis* con una elaboración doctrinal muy original y que se demostrará efectiva para relanzar el proceso de integración, al suponer, con límites, un importante sustitutivo de la armonización prevista en el artículo 114 TFUE. Es la doctrina del reconocimiento mutuo. El Tribunal en *Cassis* había afirmado que no había «ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, a condición de que se produzcan y comercialicen legalmente en un Estado miembro, se introduzcan en cualquier otro Estado miembro».

Parece que tal afirmación inquietó a las organizaciones de consumidores que temían que ello significase que cualquier mercancía producida dentro de la comunidad conforme a las reglamentaciones de un Estado miembro tendría que ser aceptada en todos los demás Estados. Ello era contradictorio con el propio reconocimiento de las exigencias imperativas como causas de justificación de las normativas estatales obstaculizadoras y habría supuesto la posibilidad de tener que admitir productos elaborados con estándares de seguridad, salud, etc. más bajos por el simple hecho de que estuviesen producidos conforme a la normativa de un Estado miembro con estándares de calidad y seguridad inferiores.

Este entendimiento de lo dicho por el Tribunal produciría, evidentemente, la innecesariedad de realizar regulaciones comunes y armonizadoras para conseguir un espacio económico único y solucionaría la presumible fragmentación que la aceptación de las diferentes regulaciones estatales producía. Pero tal solución, además de incompatible con la doctrina de las exigencias imperativas, produciría, *de facto,* una armonización a la baja de los estándares de seguridad y protección en tanto en cuanto los Estados tendrían que admitir productos de menor calidad que la establecida en la normativa

nacional, lo que a la larga y debido a la competencia de tales productos con los productos nacionales sometidos a unos estándares superiores, podría obligar a los Estados a bajar sus propios estándares aplicables a los bienes producidos en sus fronteras.

La Comisión en una Comunicación de 1980 [20] interpretará que a partir de la jurisprudencia establecida en *Cassis* se ha reconocido un nuevo principio en el derecho comunitario el de que «todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro». Así, un Estado miembro no puede prohibir la venta en su territorio de un producto legalmente fabricado y comercializado en otro Estado miembro, aunque ese producto esté fabricado con arreglo a prescripciones técnicas distintas de las exigidas a sus propios productos.

Tal pronunciamiento, leído independientemente del resto de la Comunicación, ratificaría los temores de las organizaciones de consumidores pues obligaría a admitir toda importación de los demás Estados miembros independientemente del nivel de protección que tuviese el país de origen.

Sin embargo, la Comunicación de la Comisión estableció que para que un Estado estuviese obligado a aceptar un producto manufacturado conforme a las normas de otro país miembro, «las normas de este último debían responder de forma conveniente y satisfactoria al objetivo legítimo perseguido por la normativa del Estado importador».

Los estándares de protección debían ser equivalentes y si lo eran, entonces el Estado miembro importador no podría alegar, para justificar la prohibición de venta en su territorio, que los medios utilizados para lograr ese objetivo diferían de los impuestos a los productos nacionales.

El Tribunal de Justicia posterior a *Cassis* ha asumido esta interpretación. Sirva como ejemplo el asunto sobre las máquinas de cortar madera [21] en el que se juzgaba la conformidad con el artículo 34 TFUE de una regulación francesa que establecía los parámetros técnicos relativos a la seguridad que debían cumplir las máquinas de cortar madera para poder ser comercializadas en Francia. Para la Comisión, la regulación gala impedía la comercialización de máquinas fabricadas de acuerdo con los estándares técnicos de los demás países miembros constituyendo un obstáculo a la libre circulación de mercancías. La Comisión subrayaba que la legislación francesa se basaba en la idea de proteger al usuario de la máquina de sus propios errores mientras que la regu-

[20] Comunicación de 3 de octubre de 1980. DOCE núm. C 256/2/80.
[21] STJ de 28 de enero de 1986, 188/84, *Comisión v. República de Francia*.

lación de otros Estados, como podía ser, por ejemplo, Alemania, el principio básico era la protección del trabajador a través de la formación continua. Francia alegaba que corresponde a los Estados miembros, en ausencia de actuación por las instituciones europeas, establecer el nivel de protección de la salud y la seguridad que debe tener un producto. Los franceses consideraban que el nivel de protección de la legislación alemana era menor que el nivel proporcionado por la regulación francesa.

El Tribunal de Justicia acogió la posición francesa de que la regulación alemana no establecía un nivel de protección equivalente por lo que no se podía exigir la aplicación del principio de reconocimiento mutuo para admitir la comercialización de máquinas germanas. Para el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión, en ausencia de una armonización del nivel de protección, «no obliga a los Estados miembros a admitir en su territorio máquinas peligrosas acerca de las cuales no está demostrado que ofrecen el mismo nivel de protección a quienes las usan en ese territorio» (apartado 17).

Así el principio de reconocimiento mutuo tal como ha sido adoptado por la jurisprudencia europea supone que un Estado debe permitir la comercialización en su territorio de los bienes elaborados de conformidad con las reglamentaciones del país de origen si las exigencias establecidas por estas son equivalentes a las establecidas por la normativa del país importador.

Pese a estas limitaciones, el principio de reconocimiento mutuo supuso una revolución en la forma de enfrentarse al proceso de integración por parte de las instituciones europeas, las cuales ya no tendrían que armonizar todas y cada una de las reglamentaciones comerciales, pues a través del reconocimiento mutuo quedaban *de facto* y automáticamente armonizadas las diversas regulaciones estatales que tuviesen un nivel equivalente, siendo solamente necesaria la armonización en los supuestos en lo que los diversos Estados miembros tuviesen niveles de protección distintos.

El principio de reconocimiento mutuo no es sino la consecuencia de la aplicación de un escrutinio de proporcionalidad a aquellas regulaciones de los Estados miembros que obstaculizan la libre circulación de mercancías por tener efectos diferenciados más onerosos sobre los productos provenientes de fuera que sobre los provenientes de dentro, pues supone considerar que no superan la comprobación de su necesidad aquellas restricciones a la libre circulación que no se justifican por existir alternativas menos restrictivas igual de eficaces para alcanzar la finalidad pretendida, y en estos casos la alternativa menos restrictiva igual de eficaz (pues existe una equivalencia en el nivel de protección) no es otra que el reconocimiento mutuo.

VI. MEMENTO

– La diferencia entre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios se ha fundado en la idea de la existencia o no de un establecimiento permanente. La prestación de servicios ha de ser temporal, de lo contrario, nos encontraríamos ante un establecimiento en otro Estado miembro.

– Los efectos de hecho o de derecho diferenciados (más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales) como elemento determinante a la hora de considerar una medida estatal como un obstáculo a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento parece haberse afirmado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

– La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado las denominadas razones imperiosas de interés general que permitirían a los Estados miembros de la Unión Europea justificar las restricciones u obstaculizaciones a las libertades económicas básicas, como la de establecimiento y de prestación de servicios.

– La armonización de las normas nacionales sería imprescindible para echar abajo aquellos obstáculos a la libre circulación que precisamente subsistan a la prohibición establecida en el Tratado, por tratarse de restricciones que promueven un interés público legítimo de manera proporcionada. En efecto, para la supresión de tales restricciones justificadas no basta con la acción de los jueces y tribunales nacionales actuando como jueces comunitarios y se requiere el establecimiento de una normativa común o armonizada en todo el territorio de la Unión, por parte de las instituciones europeas, que desplace a las normativas estatales.

– La competencia de armonización de las disposiciones nacionales atribuida a la Comunidad en el artículo 114 TFUE para lograr el establecimiento y funcionamiento del mercado interior no sólo se podría justificar en la eliminación de aquellos obstáculos al comercio intracomunitario justificados en la promoción de un objetivo legítimo y que por tanto no han podido ser eliminados vía prohibición, sino que en segundo lugar se podría justificar en la necesidad de suprimir las distorsiones sensibles de la competencia.

– No obstante, el Tribunal de Justicia ha puesto límites a la capacidad regulatoria de la Comunidad para adoptar aquellas medidas armonizadoras que tengan por objeto la supresión de las distorsiones de la competencias, pues ha considerado que una distorsión de la competencia sólo legitimará la adopción de una medida armonizadora fundamentada en el artículo 114 TFUE si se trata de una distorsión de la competencia «sensible».

– Los rasgos del mercado interior no se encuentran impuestos directamente por los Tratados europeos, sino que estos habilitan al legislador de la Unión Europea a promoverlos, si así lo considera. En suma, el grado de unidad –o de fragmentación– del mercado europeo depende en buena medida, y en cada momento, de una decisión política del legislador de la Unión, que es el competente para promover sus rasgos propios mediante la armonización normativa.

– El principio de reconocimiento mutuo, tal como ha sido adoptado por la jurisprudencia europea, supone que un Estado miembro debería permitir la comercialización en su territorio de los bienes elaborados de conformidad con las reglamentaciones del país de origen si las exigencias establecidas por estas son equivalentes a las establecidas por la normativa del país importador.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Barnard, C., *The substantive law of the EU: The four freedoms*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Borrajo Iniesta, I. y Quadra-Salcedo Janini, T., «Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales», en por J. Maillo González-Orús, B. Becerril Atienza y J. M. Beneyto Pérez (dirs.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, Vol. 6, 2013 (Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria), Thomson Reuters Aranzadi-Universidad San Pablo-CEU, 2013, pp. 435-534.

De Miguel Canuto, E., «Liberalización de los servicios transfronterizos en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 107, 2020, pp. 213-240.

Goñi Urriza, N., *La libre circulación de servicios en la Unión Europea: el régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*, La Ley-J. M. Bosch, 2023.

Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?», *Revista española de derecho europeo*, núm. 22, 2007, pp. 237-280.

— «Mercado interior y Directiva de servicios», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 42, 2011, pp. 257-293.

Spaventa, E., *Free movement of persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

Weiss, F. y Wooldridge, F., *Free movement of persons within the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

CAPÍTULO 9

LOS MECANISMOS DE GARANTÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

RESUMEN

Se analizan los diversos instrumentos recogidos en los Tratados mediante los cuales se promueve la libre competencia en el mercado que es un elemento fundamental para garantizar una economía de mercado abierta. Ello incita la competitividad económica entre las empresas y permite ofrecer a los consumidores una mayor variedad de productos y servicios a precios más competitivos.

CONCEPTOS CLAVE

Abuso de posición dominante, Ayudas de Estado, Concentraciones de empresas, Derecho de la competencia, Prácticas concertadas o colusorias, Servicios públicos, Servicios de interés general, Servicios de interés económico general

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Arts. 14, 37, 59, 93, 101-109, 114 y 345 TFUE.
Artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Protocolo núm. 26 sobre los servicios de interés general.
Protocolo núm. 27 sobre mercado interior y competencia.
Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
Reglamento (UE) 1407/2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis.

Reglamento (UE) 651/2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El derecho de la competencia. *1. La prohibición de prácticas concertadas o colusorias. 2. La prohibición de los abusos de posición dominante. 3. El control de las concentraciones. 4. Los servicios públicos y las normas de la competencia.*–III. La prohibición de las ayudas de Estado.–IV. Memento.–Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

Como se señaló en el capítulo 6, el mercado interior europeo, además de caracterizarse por la supresión entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (bien mediante su prohibición, bien mediante su supresión a través de la acción normativa armonizadora del legislador de la Unión Europea), se caracteriza también por ser un espacio con un régimen jurídico que garantiza que la competencia no se encuentre falseada.

La libre competencia es un elemento fundamental para garantizar una economía de mercado abierta. Incita la competitividad económica entre las empresas y permite ofrecer a los consumidores una mayor variedad de productos y servicios a precios más competitivos.

Con la finalidad de promover que la competencia no sea falseada en el mercado interior el TFUE prevé la supresión de las distorsiones de la competencia mediante preceptos que prohíben tanto las distorsiones de la competencia generadas por los operadores económicos privados que actúan en el mercado como las distorsiones de la competencia generadas por determinados actos de los poderes públicos estatales. Preceptos que constituyen mecanismos de integración negativa.

Así, el TFUE prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por las empresas, pero también las restricciones de la competencia generadas por las subvenciones y ayudas de los poderes públicos estatales a las empresas que operan en el mercado europeo. A ello habría que añadir, como ya se examinó en el capítulo 8, la posibilidad de eliminar las restricciones de la competencia que pueden derivar de la pluralidad regulatoria que se genera por la acción de los poderes públicos estatales y que, no encontrándose prohibidas

por los Tratados, son el presupuesto para el reconocimiento de competencias armonizadoras al legislador de la Unión Europea.

Así, en cuanto a las prácticas restrictivas de la competencia que se encuentran prohibidas; se trataría, por una parte, de las prohibiciones dirigidas a las empresas que actúan en el mercado y, por otra, de la prohibición, dirigida a los poderes públicos de otorgar ayudas públicas a aquellas empresas. Se trata de evitar que, por las conductas de las empresas o por la acción de los Estados miembros mediante la concesión de ayudas públicas –o, también, mediante la atribución de determinadas ventajas injustificadas a las empresas públicas–, se generen distorsiones de la competencia entre las empresas que actúan en el mercado europeo.

Por tanto, el conjunto de instrumentos de que dispone la Unión Europea en materia de política de competencia contiene normas antitrust, pero también normas relativas al control de las operaciones de concentración entre empresas, a las ayudas estatales, y a las empresas y servicios públicos.

II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El denominado Derecho de la competencia (el derecho antitrust en el ordenamiento jurídico norteamericano) persigue la represión de aquellas prácticas empresariales que restringen o eliminan la competencia en el mercado o en uno de sus sectores o segmentos.

Los artículos 101 y 102 TFUE constituyen el núcleo del Derecho europeo en materia de libre competencia. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE):

> «1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
>
> *a)* fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
>
> *b)* limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
>
> *c)* repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
>
> *d)* aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

> *e)* subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

De acuerdo con el artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 TCE):

> «Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.
>
> Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:
>
> *a)* imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
>
> *b)* limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
>
> *c)* aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
>
> *d)* subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

De los artículos 101 y 102 TFUE se infieren las dos categorías principales de prácticas prohibidas que el ordenamiento europeo establece: las prácticas concertadas o colusorias entre varias empresas (con daños a terceros), de una parte, y las prácticas abusivas por parte de una o varias empresas, de otra.

Ambos preceptos recogen una lista de conductas prohibidas que es meramente ejemplificativa sin constituir en modo alguno un *numerus clausus*, pues otras conductas no mencionadas expresamente en aquellos listados podrán ser calificadas como conductas prohibidas siempre que reúnan los requisitos abstractos legalmente establecidos.

Las normas de competencia de la Unión Europea se aplican directamente en todos los Estados miembros, y se aplican no solo a las empresas, sino a todas las organizaciones que ejercen una actividad económica (como las asociaciones profesionales, agrupaciones sectoriales, etc.). Se trata de disposiciones que imponen directamente obligaciones a los particulares.

Normalmente los Tratados europeos atribuyen a las instituciones de la Unión competencias normativas (legislativas), cuyo ejercicio se traduce en la adopción de reglamentos, directivas y decisiones, así como en la celebración de acuerdos internacionales, o bien competencias para adoptar medidas de fomento, apoyo o coordinación. Excepcionalmente los Tratados europeos han atribuido a las instituciones de la Unión también competencias de ejecución o gestión administrativa. La aplicación del Derecho de la

competencia, así como el control de las ayudas públicas, es uno de tales supuestos excepcionales, pues se le atribuye a la Comisión el control de tales conductas, cuyo ejercicio da lugar a la adopción de actos ejecutivos mediante decisiones.

1. **La prohibición de prácticas concertadas o colusorias**

El apartado 1 del artículo 101 TFUE prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Para que un acuerdo entre empresas, tanto si se trata de un acuerdo horizontal como de uno vertical, entre dentro de la prohibición del artículo 101.1 TFUE debe cumplir el criterio de tener un efecto apreciable en el comercio entre los Estados miembros. Sólo los acuerdos que puedan influir directa o indirectamente, real o potencialmente, en las corrientes comerciales entre los Estados miembros, entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101 TFUE. El criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 101 y 102 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Unión. En palabras del Tribunal de Justicia, el acuerdo o la práctica debe afectar al comercio entre Estados miembros de manera «significativa».

Se requiere la existencia de una colusión en forma de «acuerdo», de «decisión» o de «práctica concertada», pues sólo se puede presumir que existe un acuerdo cuando hay un acuerdo de voluntades entre las partes, consistente al menos en una aquiescencia tácita. Asimismo, el acuerdo sólo entrará en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE cuando tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.

Un ejemplo paradigmático de pactos colusorios prohibidos sería el caso de los cárteles, que se definen como «todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusio-

nes en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia» [1].

En virtud de la doctrina *de minimis*, cualquier acuerdo puede quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE cuando su efecto sobre la competencia no sea apreciable. Esta condición, formulada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estipula que un acuerdo queda fuera de la prohibición del artículo 101.1 TFUE cuando sólo tiene un efecto insignificante en los mercados, teniendo en cuenta la débil posición que los interesados tienen en el mercado del producto en cuestión.

Como excepción a la norma prohibitiva recogida en el apartado 1 del artículo 101, el apartado 3 del propio artículo 101 TFUE establece que la prohibición allí establecida podrá declararse inaplicable a aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Así, los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 101 TFUE que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no estarán prohibidos y gozarán de validez y vigencia a partir del momento y en tanto que reúnan las condiciones que establece el referido apartado 3 del artículo 101 TFUE.

La Comisión ha recordado como la evaluación con respecto al artículo 101 TFUE consta de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales, restrictivo de la competencia. La segunda, sólo una vez que se ha determinado que un acuerdo restringe el juego de la competencia, es procedente determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos anticompetitivos y procompetitivos se sopesan exclusivamente en el marco del apartado 3 del artículo 101 TFUE.

Así, la evaluación de los posibles efectos compensatorios a efectos del apartado 3 del artículo 101 TFUE requiere necesariamente la determinación previa del carácter restrictivo y de la incidencia del acuerdo. El apartado 3 del artículo 101 TFUE establece una norma de excepción a la que pueden acoger-

[1] Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea

se las empresas en caso de determinarse que existe una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 101 TFUE.

La carga de la prueba de que un acuerdo, aunque esté dentro del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, no estaría prohibido por resultar de hecho beneficioso, recae en las partes que reclaman el beneficio de esta excepción legal. La excepción legal del artículo 101.3 TFUE establece cuatro condiciones que deben cumplirse para que un determinado acuerdo no se encuentre prohibido. La primera condición es que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o la distribución de bienes o servicios o a fomentar el progreso técnico o económico. La segunda es que el acuerdo debe permitir a los consumidores „una participación equitativa« en los beneficios que genere. La tercera condición es que el acuerdo no imponga restricciones que no sean indispensables para la creación de las eficiencias referidas. Ello supone una comprobación de la proporcionalidad en el sentido de que se considera que las restricciones son «indispensables» si las eficiencias no pueden generarse también por otros medios económicamente viables y menos restrictivos. La cuarta condición exige que el efecto restrictivo del acuerdo no sea tal que elimine la competencia.

El referido apartado 3 del artículo 101 TFUE puede aplicarse a acuerdos y prácticas concertadas tanto individualmente como por medio de reglamentos de exención por categorías. Así, en efecto, determinados acuerdos pueden ser considerados lícitos (autorizados) cuando así lo disponga un Reglamento de los denominados de «exención por categorías de acuerdos» que legitima todos los acuerdos que reúnan determinadas características. Por ejemplo, en uno de tales Reglamentos se puede establecer que todos los acuerdos de franquicia se consideren lícitos, a pesar de ser restrictivos de la competencia porque contribuyen «a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico» (y) «permiten a los consumidores o usuarios participar... de sus ventajas (y) no imponen a las empresas... restricciones que no sean indispensables... (y) no consienten a las empresas... eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos (art. 101.3 TFUE).

2. **La prohibición de los abusos de posición dominante**

Junto a la prohibición de los acuerdos que suponen prácticas concertadas o colusorias establecida en el artículo 101 TFUE, el artículo 102 TFUE prohíbe el denominado abuso de posición de dominio. La doctrina ha definido el poder de mercado como «la capacidad de subir el precio y ganar más con el

aumento del margen que lo que se pierde con las ventas no realizadas al precio más alto» (Landes y Posner 1981: 939).

El artículo 102 TFUE no prohíbe la existencia de poder de mercado en sí misma, la norma se limita a prohibir aquellas conductas de tales empresas con poder de mercado mediante las cuales estos operadores abusan de su posición de dominio en el mercado. Para analizar si un comportamiento empresarial está prohibido por el hecho de ser constitutivo de un abuso de posición de dominio hay que establecer sucesivamente cuál es el mercado o mercados relevantes afectados; si en esos mercados existe una posición de dominio de una empresa o de varias conjuntamente, y si el comportamiento de la empresa o empresas en posición de dominio puede ser calificado de explotación abusiva de una posición dominante.

El mercado relevante se determina «geográficamente» y según el «producto o servicio». La Comisión analiza la existencia de una posición de dominio sobre la base de cuatro criterios: la posición en el mercado de la empresa; la potencia de los competidores; el poder de la contraparte en el mercado y la competencia potencial.

El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia (STJ de 13 de febrero de 1979, 85/76, *Hoffman-La Roche*, apdo. 91).

El concepto de abuso es objetivo lo que implica que no es necesario probar el *dolo* del operador dominante (intención de perjudicar a un competidor) ni siquiera la conciencia del carácter abusivo. No obstante, el carácter doloso de la conducta del operador dominante puede ser relevante a los efectos de establecer la cuantía de la sanción.

3. **El control de las concentraciones**

Junto a la prohibición de las conductas colusorias y del abuso de posición de dominio, se ha desarrollado en el Derecho de la Unión una normativa dirigida a controlar las concentraciones de empresas. Se ha señalado como frente a las situaciones de poder de mercado, el poder público puede actuar de dos

formas, mediante una política de control del comportamiento de las empresas con poder de mercado, obligándolas a no abusar de su posición de dominio y a comportarse «como si» no tuvieran poder de mercado, es decir, como si estuvieran en competencia; prohibiéndoles las conductas que sólo puede realizar precisamente porque dispone de poder de mercado; o bien mediante una política estructural, obligando a «desconcentrarse» a las empresas con poder de mercado y controlando los procesos de concentración económica de forma que no lleguen a producirse tales situaciones.

El Derecho europeo de la competencia contiene reglas que permiten a las autoridades de competencia promover la escisión o desconcentración económica de empresas monopolísticas o dominantes en el marco de un expediente por abuso de posición dominante. Asimismo, contiene reglas que permiten controlar los procesos de concentración económica.

Aunque las concentraciones empresariales pueden aportar beneficios a la economía, algunas fusiones reducen la competencia y corren el riesgo de perjudicar a los consumidores.

Así, la fusión de las actividades de diferentes empresas puede permitirles desarrollar nuevos productos de forma más eficiente o reducir los costes de producción o distribución. Gracias a su mayor eficiencia, los consumidores pueden beneficiarse de bienes o servicios de mayor calidad. Sin embargo, algunas fusiones reducen la competencia en el mercado, especialmente al crear o reforzar un actor dominante. Es probable que esto perjudique a los consumidores a través de precios más altos, una menor oferta o menos innovación.

Las concentraciones empresariales son beneficiosas en la medida en que no impidan la competencia. El objetivo del examen de las concentraciones propuestas es evitar los efectos perjudiciales para la competencia. Las concentraciones en las que participan empresas que se encuentran activas en varios Estados miembros y que alcanzan determinados umbrales de volumen de negocios son examinadas a nivel europeo por la Comisión Europea. El régimen de control de las concentraciones de dimensión europea se recoge en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Una concentración tiene dimensión europea «cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado con independencia de que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma».

Respecto a tales concentraciones de dimensión europea, la Comisión es la autoridad competente para adoptar las decisiones sobre su compatibilidad o in-

compatibilidad con el mercado común, así como aquellas otras necesarias para «restablecer la situación existente con anterioridad a la ejecución de una concentración que haya sido declarada incompatible con el mercado común».

Por norma general, la parte o partes que adquieran el control a raíz de la concentración deben notificarlo a la Comisión Europea antes de su realización. Así, una concentración de dimensión europea no puede en principio realizarse ni antes de notificarse, ni en un período de 3 semanas a partir de su notificación. Si, por el contrario, una concentración ya se ha realizado y se declara incompatible con el mercado común, la Comisión puede pedir a las empresas afectadas que disuelvan la concentración o restablezcan la situación previa a la realización de la concentración.

4. **Los servicios públicos y las normas de la competencia**

Los destinatarios principales de las normas de defensa de la competencia son los agentes económicos privados, que operan en el mercado y que, por tanto, podrían beneficiarse de los efectos de aquellas conductas que producen, o pueden producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo anterior, el poder público cuando actúa como operador económico en el mercado y no como regulador también podría encontrarse sujeto al derecho de la competencia.

El Derecho de la Unión Europea se muestra neutral en relación con el régimen de propiedad de las empresas (pública o privada). En este sentido el artículo 345 TFUE (antiguo artículo 295 TCE) dispone que «los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». No obstante, el artículo 106.1 TFUE (antiguo artículo 86 TCE) establece que «los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive».

En este punto conviene señalar que la actividad administrativa de prestación, aquella en las que el ciudadano es receptor de bienes o servicios desde la Administración, presenta peculiaridades que son distintas de otras actividades que igualmente desarrolla la Administración como son las actividades de fomento o las de policía. Peculiaridades que se han venido desarrollando y manifestando a través de los denominados servicios públicos que prestan las distintas Administraciones desde el nivel estatal, hasta el nivel local. Dichos servicios públicos han quedado afectados por la influencia del

Derecho de la Unión Europea y el proceso de liberalización de los servicios que, sin prescindir de la continuidad de su prestación material, ha alterado profundamente el papel del Estado en su prestación transformándolo al pasar de prestador directo o indirecto a mero garante de su prestación mediante técnicas de regulación.

Así, en efecto, a mediados de los ochenta del siglo xx el impulso europeo a la liberalización supuso un cambio de posición de la Unión Europea respecto de los servicios de interés económico general y su legitimación; cambio que obligó a la liberalización de prácticamente todos ellos. Las razones de ese cambio obedecen a una diferente interpretación del artículo 106.2 TFUE [2] (antiguo artículo 90.2 TCE) que hasta finales de los ochenta se había entendido que permitía a los Estados dejar fuera de las reglas de la competencia a los servicios de interés económico general cuando quedase comprometida la «misión específica a ellos confiada» (es decir, garantizar la igualdad y la continuidad de los servicios) si se prestasen en régimen de competencia. Era la voluntad del Estado miembro la que determinaba la apreciación de si el abandono del régimen de servicio público por la entrega al mercado comprometía esa misión específica. A partir de mediados de los ochenta del pasado siglo la Unión Europea va a determinar ella misma las condiciones en que pudiera ser posible esa opción por técnicas de servicio público en lugar de por el mercado y la libre competencia. Para empezar, va a configurar el servicio público (derechos especiales o exclusivos a favor del Estado), como algo excepcional y por tanto, solo aplicable excepcionalmente. Además, va a exigir un juicio de proporcionalidad para decantarse por un régimen de servicio público. Es decir que si los mismos objetivos del servicio público, se pudieran lograr en un régimen de liberalización y competencia, pero imponiendo obligaciones de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad (servicio universal, por ejemplo) en ese caso era preferible la liberalización al servicio público de acuerdo con el principio de proporcionalidad, puesto que una liberalización hecha con imposición de obligaciones de servicio universal no sólo permitía un régimen de competencia (y, por tanto, el despliegue de la libertad de servicios y de la libertad de empresa), sino que además permitía garantizar los objetivos (la «misión específica confiada» del artículo 106. 2 TFUE) que perseguía el servicio público.

[2] De acuerdo con el artículo 106.2, «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

Los servicios de interés económico general quedan sujetos a las reglas del Tratado y de la competencia según el 106.2 TFUE, que inmediatamente dispone que eso sólo será así si el cumplimiento de la «misión específica » que se asigna a tales servicios lo permite; es decir que si el sometimiento a las reglas del Tratado y en especial de la competencia compromete o impide satisfacer la misión pública que se confía o espera de estos servicios o actividades de interés «económico» general, entonces, es posible no aplicarles las reglas del Tratado y de la competencia. De este modo, el artículo 106.2 TFUE ha sido visto durante mucho tiempo como una dispensa de la obligación de someterse a las reglas del Tratado y de la competencia para esos servicios de interés económico general.

El artículo 106.2 TFUE se aplicaba a los servicios de interés económico general, lo que significaba que no era aplicable para los que no fuesen de interés económico. Entre los primeros estaban los transportes, las telecomunicaciones, servicios postales, el gas, la energía eléctrica, etc.; en definitiva, los grandes servicios públicos tradicionales. Entre los segundos –los que no estaban en principio sometidos a las reglas del Tratado– se podían situar los servicios de salud, educación, sociales, seguridad social, etc. En estos últimos servicios, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés económico general de septiembre de 1996 (96/C 281/03, Diario Oficial C 281, de 26.9.1996), aunque tuvieran también dimensiones económicas, estaban presentes dimensiones sociales o de configuración del Estado de bienestar que les sustraían a la lógica estricta de mercado y la competencia.

La Comisión en su Comunicación de septiembre de 1996, ante los recelos que suscitó la política de liberalización en cuanto pudiera entenderse que se ponían en cuestión los logros del estado de bienestar establecido en Europa tras la postguerra, defiende el valor de la competencia ínsito en la liberalización, dadas las evidentes ventajas que en muchos casos presenta, pero sitúa la cuestión de los servicios de interés general en una dimensión valorativa distinta para enfatizar que no se perdía de vista la función de solidaridad que hasta ese momento cumplían los servicios públicos, si se liberalizaban. La Comunicación reafirma el principio fundamental de neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas (art. 345 TFUE) y la libertad de los Estados miembros «para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables», ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación, con arreglo al artículo 106 TFUE. Ello no quita que el servicio público exija siempre la prueba de que su misión no pueda alcanzarse en condiciones de competencia.

Aunque la nueva interpretación del Tratado y de su artículo 106.2 supone la desaparición de muchos servicios públicos como tales, lo que se quiere expresar es que en los servicios de interés económico general (antes prestados en régimen de servicio público y ahora liberalizados) no deja de tenerse en cuenta el lugar que ocupan dichos servicios «entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial», como recoge el artículo 14 TFUE. Ocurre que esos valores y ese papel deberán lograrse a través ahora de lo que se llama el Estado regulador.

La actividad en el campo de los antiguos servicios públicos no será en lo sucesivo una actividad cualquiera entregada a la libre iniciativa particular. Se trata de actividades que se caracterizan como de «interés económico general». Esa es la terminología del artículo 106.2 TFUE, sobre la que se ha construido la liberalización. Pero ese término es expresivo de algo diferente de cualquier otra actividad que no sea de interés general.

La naturaleza de servicios de interés económico general significa que en todo caso han de estar abiertos a la competencia en principio; de hecho puede haber servicios de interés económico general que, por razón de la misión que tienen que cumplir y dadas las circunstancias de la actividad, pueden seguirse prestando en monopolio; pero si no concurren tales circunstancias, tales servicios se prestarán habitualmente en régimen de competencia según se establece en los años noventa por la Comunidad, dando un giro a su posición anterior sobre la interpretación del artículo 106.2 TFUE. En todo caso de prestarse en competencia la misma ha de ser compatible con el mantenimiento de algunos objetivos de interés general que determinan un régimen peculiar en estas actividades que no se presenta en las demás actividades promovidas por los particulares y que no están calificadas como de interés económico general.

El concepto de servicios de interés económico general es así un concepto genérico en cuanto se limita a decirnos que se trata de servicios relevantes para la vida social, en muchos casos de servicios esenciales para la comunidad. No nos dice todavía si se han de prestar en competencia o bajo el régimen de servicio público.

Lo que sí es cierto es que tales servicios de interés económico general a tenor del artículo 106.2 TFUE, quedan sujetos en principio a las reglas del Tratado; y entre ellas y muy especialmente a las reglas de la competencia. Ello parece significar que quedan prohibidas formas de gestión pública o de servicio público que entrañen derechos especiales o exclusivos, salvo si la apertura a la competencia supusiera que dichos servicios no puedan cumplir las misiones específicas confiadas.

Corresponde a los Estados la carga de la prueba de que la liberalización impide el cumplimiento de esas funciones específicas, que no son otras básica-

mente que las de universalidad, igualdad y continuidad; carga especialmente difícil cuando el Derecho de la Unión reconoce que esa misión de solidaridad puede garantizarse en un contexto de liberalización imponiendo obligaciones de servicios universal, junto a otras obligaciones de servicio público. Las obligaciones de servicio universal son las exigencias que se le imponen a los proveedores de servicios para garantizar el acceso a servicios esenciales para todos los consumidores independientemente de su localización.

En ese escenario la preferencia por la liberalización se construye sobre el principio de proporcionalidad. Las libertades básicas de la UE de prestación de servicios, establecimiento y capital pueden coexistir en un contexto liberalizado con las obligaciones de servicio universal y otras obligaciones de servicio público que aseguran las misiones específicas de solidaridad que tiene el servicio público. En ese escenario no se puede dar preferencia al servicio público que impide o limita la competencia y con ello frustra las libertades básicas de la UE, frente a la liberalización que a la vez que asegura las libertades comunitarias garantiza también la misión específica de solidaridad al imponer obligaciones de servicios universal y otras obligaciones de servicio público.

En definitiva, la misión específica confiada a los antiguos servicios públicos nunca se olvida en la liberalización. Al contrario, el servicio universal y la imposición de otras obligaciones de servicio público son indisociables de la liberalización de servicios de interés económico general en cuanto garantía de que la «misión específica confiada» a los servicios públicos a que se refiere el artículo 106.2 TFUE se satisface en contextos liberalizados.

Una de las consecuencias más importantes del paso de los servicios públicos a los servicios de interés económico general cuando se prestan en competencia consiste en el surgimiento de una forma de actividad administrativa –la regulación– que se da en todas estas actividades, aunque no sólo en las liberalizadas, sino en muchas otras, aunque sea en la liberalizadas donde se ha presentado con mayor intensidad. En todo caso la importancia de la liberalización de los grandes y tradicionales servicios públicos ha resaltado la importancia de esta forma de actividad que consiste en la regulación o actividad de regulación, que ha permitido hablar, incluso, de Estado regulador y no sólo de Administración.

El Estado interviene ahora de otra forma y con otros fines. Para empezar en la tradicional contraposición entre Estado y mercado, la primera nota a destacar es que el Estado actúa ahora no en sustitución del mercado, sino para garantizar el mercado. Se transforma en un Estado garante de que el mercado y la competencia funcionen bajo la hipótesis de que, funcionando correctamente el mercado y la competencia, se logrará la mejor satisfacción de los intereses de todos.

El Estado, antiguo prestador de los servicios públicos, deja de quitar espacio a la iniciativa privada al abandonar esos espacios de actividad de servicio público. Pero si por una parte se abstiene de ocupar el lugar de dicha iniciativa privada, por otra asume como función pública que el mercado y la competencia funcionen correctamente. El correcto funcionamiento del mercado se asume, así, en algunas actividades como una función pública. Es decir, no se deja entregado el mercado a su propia dinámica y al juego de la competencia, sino que los poderes públicos van a intervenir para garantizar su correcto funcionamiento y el mantenimiento de los principios de igualdad y accesibilidad para todos.

En el ámbito de las actividades propias de los antiguos servicios públicos (las actividades liberalizadas) la regulación puede ser adjetivada como regulación económica puesto que, aunque existen otras finalidades no económicas (como la garantía de la igualdad y la solidaridad entre otras), una de las más características consiste en que funcione el mercado y la competencia. En definitiva, que su objetivo es la regulación misma de una de las instituciones centrales de la economía como es el mercado, aunque esa regulación presente diferencias notables según el sector de actividad que consideremos.

III. LA PROHIBICIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Un ámbito adicional muy relevante para tratar de garantizar un mercado sin distorsiones de la competencias es el referido a la prohibición de las ayudas de Estado, que se definen en el artículo 107, apartado 1, TFUE como «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones», y se declaran incompatibles con el mercado interior «en la medida que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros». Tales ayudas «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros». Con tal prohibición se pretende evitar que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto de sus competidores.

Una ayuda estatal, tal y como es definida en el referido artículo 107.1 TFUE, tiene cuatro características fundamentales:

a) Produce una transferencia de recursos estatales que pueden proceder de cualquier autoridad del Estado en cuestión, sea nacional, regional o local, directamente o a través de una institución u organismo de carácter público. La

transferencia de recursos puede revestir gran variedad de formas, siendo las más comunes: subvenciones, reducción de tipos de interés, garantías de crédito, beneficios fiscales, etc.

b) Produce una ventaja económica que no se habría obtenido en el desarrollo normal de la actividad de una empresa.

c) Tiene un carácter selectivo. Se trata de medidas que van destinadas a determinadas empresas (o grupo de empresas) o a determinados sectores, confiriéndoles una ventaja o beneficio económico que no podrían haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal. Esta característica es la que diferencia una ayuda de Estado de una medida de carácter general, que se aplica a la totalidad de los sectores económicos y con alcance nacional como es, por ejemplo, una bajada de impuestos.

d) Tiene repercusiones sobre la competencia y los intercambios comerciales. Se falsea la competencia cuando un Estado concede una ventaja financiera a una empresa en un sector liberalizado en el que hay, o podría haber competencia.

El artículo 107 TFUE establece una serie de categorías de ayudas compatibles con el mercado interior. Así, de acuerdo con apartados 2 y 3 de dicha disposición:

> «2. Serán compatibles con el mercado interior:
>
> *a)* las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
>
> *b)* las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
>
> *c)* las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. [...].»
>
> «3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:
>
> *a)* las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349 (regiones ultraperiféricas, entre ellas Canarias), habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
>
> *b)* las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
>
> *c)* las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

> *d)* las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
>
> *e)* las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.»

Los supuestos recogidos en el apartado 2 del artículo 107 son supuestos en los que la compatibilidad de las ayudas de Estado es automática. Son los casos en los que el TFUE ha decidido determinar directamente la licitud de las ayudas.

El apartado 3 del artículo 107 TFUE recoge los supuestos en los que las ayudas son lícitas en la medida en que sean autorizadas por la Comisión. Su compatibilidad con el mercado interior no es automática como en el caso del apartado 2. Estas ayudas pueden ser declaradas compatibles con el mercado interior, previo análisis por parte de la Comisión, que será quien determine si existe justificación suficiente para que se puedan conceder.

La posibilidad de que determinadas ayudas a las que se refiere el apartado 3 del artículo 107 puedan ser declaradas compatibles con el mercado interior implica, la exigencia de que tales ayudas sean notificadas a la Comisión que es la que debe autorizarlas. La falta de notificación, o el otorgamiento de ayudas sin una autorización previa, convierte las ayudas en ilegales. Le corresponde a la Comisión iniciar procedimientos de investigación, que pueden finalizar con una Decisión de recuperación de las ayudas, lo que implica que los beneficiarios de tales ayudas tengan que devolver las cuantías que recibieron ilegalmente.

La financiación estatal que cumple los criterios del artículo 107, apartado 1, TFUE constituye ayuda estatal y debe notificarse a la Comisión en virtud del artículo 108, apartado 3, TFUE. No obstante, de conformidad con el artículo 109 TFUE, el Consejo podrá determinar las categorías de ayudas que quedan exentas de esta obligación de notificación. Así, existen excepciones a la necesidad de notificación previa, como por ejemplo las ayudas denominadas *de minimis* y recogidas en el Reglamento (UE) 1407/2013 y las ayudas que se acojan al Reglamento General de Exención por Categorías (Reglamento (UE) 651/2014), si bien estas últimas deben comunicarse a la Comisión, pero no es necesario esperar a que ésta las autorice.

El brote de COVID-19 ha tenido un fuerte impacto en la economía que ha producido la necesidad de adoptar medidas temporales de flexibilización del marco jurídico de las ayudas estatales. Tal flexibilización se ha recogido en una serie de Comunicaciones de la Comisión que establece el marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto de la pandemia, adoptado al objeto de poner remedio a graves perturbaciones en la

economía como consecuencia de la pandemia. Previamente ya se habían adoptado medidas parecidas en el contexto de la crisis financiera mundial.

IV. MEMENTO

– Además de por la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros, el mercado interior europeo se caracteriza por ser un espacio con un régimen jurídico que garantiza que la competencia no se encuentre falseada.

– El TFUE prohíbe tanto las distorsiones de la competencia generadas por los operadores económicos privados que actúan en el mercado como las distorsiones de la competencia generadas por determinados actos de los poderes públicos estatales.

– A ello hay que añadir la posibilidad de eliminar las restricciones de la competencia que pueden derivar de la pluralidad regulatoria que se genera por la acción de los poderes públicos estatales, mediante las competencias armonizadoras reconocidas al legislador de la Unión.

– De los artículos 101 y 102 TFUE se infieren las dos categorías principales de prácticas prohibidas: las prácticas concertadas o colusorias entre varias empresas y las prácticas abusivas por parte de una o varias empresas. Junto a la prohibición de las conductas colusorias y del abuso de posición de dominio, se ha desarrollado en el Derecho de la Unión una normativa dirigida a controlar las concentraciones de empresas.

– Los destinatarios principales de las normas de defensa de la competencia son los agentes económicos privados, que operan en el mercado y que, por tanto, podrían beneficiarse de los efectos de aquellas conductas que producen, o pueden producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. No obstante, el poder público cuando actúa como operador económico en el mercado y no como regulador también podría encontrarse sujeto al derecho de la competencia.

– El artículo 107, apartado 1, TFUE establece la incompatibilidad con el mercado interior de las ayudas de Estado. Con tal prohibición se pretende evitar que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto a sus competidores. No obstante, establece dos categorías de ayudas que se pueden declarar compatibles con el mercado interior por la Comisión, si existe justificación suficiente para ello.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Bailey, D., John, L. E. (eds.), *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, 8.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2018.

Campuzano Laguillo, A. B., Palomar Olmeda, A., Calderón, C., *El Derecho de la competencia*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Korah, V., Lianos, I. y Siciliani, P., *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Laguna de Paz, J. C., *Servicios de interés económico general*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009.

Landes, W. M. y Posner, R. A., «Market Power in Antitrust Cases», 94 *Harvard Law Review* 937 (1981).

Pace, L. F., *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Pellisé Capell, J., *La «explotación abusiva» de una posición dominante: (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Madrid, Civitas, 2002.

Pellisé Capell, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2002.

Pérez Bernabeu, B., *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria: Concepto y tratamiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Las formas de actuación de las administraciones públicas».

Signes de Mesa, J. I., Fernández Torres, I., Fuentes Naharro, M., *Derecho de la Competencia*, Madrid, Civitas, 2013.

CAPÍTULO 10

PROTECCIÓN Y PROTECCIONISMO EN EL MERCADO INTERIOR

Xabier Arzoz Santisteban

RESUMEN

En este capítulo se completa el estudio del mercado interior con diversas normas y políticas que inciden en su marco jurídico: la unión aduanera, la política comercial común y la política agrícola común. Las dos primeras materias constituyen dos de las cinco competencias exclusivas de la Unión, con innegable trascendencia económica, y la tercera absorbe una parte importante del presupuesto común de la Unión.

CONCEPTOS CLAVE

Arancel aduanero común, comercio mundial, condicionalidad, frontera exterior, inversiones extranjeras directas, medidas de protección comercial, Organización común de mercado, política agrícola común, política comercial común, preferencia comunitaria, unión aduanera.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión («Código Aduanero de la Unión»).

Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 922/72, (CEE) 234/79, (CE) 1037/2001 y (CE) 1234/2007 («Reglamento OCM»).

Reglamento (UE) 2015/1843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por el que se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política

comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio («Reglamento sobre obstáculos al comercio»).

SUMARIO. I. Introducción.–II. La unión aduanera.–III. La política comercial común. *1. Objeto. 2. Marco. 3. Desarrollo.*–IV. La política agrícola común. *1. Los objetivos del Tratado. 2. La evolución de la política agrícola común. 3. Las normas y los instrumentos jurídicos.*–V. Memento.–Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se completa el estudio del mercado interior con diversas normas y políticas que completan su marco jurídico. No necesitan especial justificación dos de los temas que se incluirán: la unión aduanera y la política comercial común. Además de su relación directa con el mercado interior, estas dos materias son dos de las cinco áreas de competencia exclusiva de la Unión, junto a las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria y la conservación de los recursos biológicos marinos (art. 3.1 TFUE).

La política agrícola común (PAC) se incluye en este capítulo por varias razones. En primer lugar, se institucionalizó pronto (1962) y durante décadas fue la única o principal política común de las Comunidades Europeas: hacia 1986 protagonizaba más del 80 % de las normas comunitarias y de las sentencias del Tribunal de Justicia. También era la que más porcentaje del presupuesto común absorbía, llegando en su día a suponer el 80 % y bajando hasta el 35,8 % a finales del periodo 2014-2020, con la salida del Reino Unido. Por ello, ha sido una de las principales áreas de conflicto entre los Estados miembros: entre quienes son contribuyentes netos y quienes se benefician de las ayudas agrícolas europeas, entre quienes practican una agricultura continental y quienes practican una agricultura mediterránea. Al mismo tiempo, la política agrícola común era más que política «agrícola»: afectaba a las relaciones entre la agricultura y la industria, la regulación económica, la política de competencia, la cohesión social y regional, la protección del consumidor y, sobre todo, las relaciones internacionales. Las Comunidades Europeas/la Unión Europea han estado siempre entre las principales importadoras y exportadoras de productos agroalimentarios del

mundo: ello, a su vez, afectaba a la política alimentaria y de desarrollo de numerosos países del llamado Tercer Mundo.

En segundo lugar, el mercado interior incluye también la agricultura, la pesca y el comercio de los productos agrícolas (art. 38.1 TFUE). Por tanto, los productos agrícolas y pesqueros, sean o no alimentarios, deben circular libremente en el mercado interior. No obstante, el funcionamiento y desarrollo del mercado interior para los productos agrícolas y pesqueros se acompañan del establecimiento de una política «común» específica (art. 39.4 TFUE). Esa política común, denominada PAC pese a que incluye también a la pesca, configura el marco de la elaboración de los productos agrícolas y pesqueros, y los prepara para su libre circulación, con regulaciones que pueden ser similares a las de otros productos (etiquetado, normas de calidad), y también con regulaciones específicas, como los mecanismos de intervención pública en el mercado, las organizaciones comunes de mercado para diversos productos (normas propias de competencia) y las denominaciones de origen, una regulación en gran parte armonizada.

Por último, en una introducción a la Constitución económica de la Unión el análisis de la evolución de la PAC proporciona claves interesantes sobre la evolución de la dimensión económico-constitucional de la Unión, una evolución que se puede resumir así: del intervencionismo a la competitividad, y de la competitividad al enfoque transversal agro-territorial-ambiental. En efecto, por su antigüedad y su peso económico, la PAC ha sido objeto de continuas reformas (1979, 1993, 2003, 2013, 2021). De un tiempo a esta parte, las reformas se solapan con cada marco financiero plurianual: es el momento de ajustar el nivel de los gastos o de redefinir sus características (ayudas al producto, ayudas al productor en tanto productor, ayudas al productor en tanto gestor del territorio). Todas esas reformas se han llevado a cabo sin modificaciones del Derecho primario.

Las tres materias que se abordan en esta unidad (unión aduanera, política comercial y política agrícola) están relativamente constitucionalizadas en el Derecho primario (arts. 28-32, 38-44 y 206-207 TFUE). Los Tratados no se limitan a recogerlas como competencias de la Unión y a indicar el marco institucional de su ejercicio, sino que también proporcionan principios, objetivos y criterios orientadores al legislador de la Unión. Esto constituye una importante diferencia con respecto al Derecho constitucional de los Estados miembros, que no suele enmarcar sustantiva o procedimentalmente la realización de tales políticas. En el ámbito estatal, el régimen aduanero o arancelario y el comercio exterior suelen estar ampliamente desconstitucionalizados y se confían a la discrecionalidad del legislador e, incluso, debido a la abstención de

este, a la discrecionalidad del ejecutivo. La situación de la agricultura es más variable: la Constitución española de 1978 solo incluye unas vagas referencias en el artículo 130, aunque la Constitución de 1931 preveía un programa completo de política agrícola (art. 47), al igual que los artículos 44 de la Constitución italiana y 81 de la Constitución portuguesa.

En suma, en el ámbito estatal no suele haber criterios o parámetros jurídico-constitucionales que orienten en la intervención pública en esos ámbitos, y la fiscalización y el control jurídico sustantivo de las políticas resultantes suele ser muy limitado. La diferencia en este punto de la Unión Europea se explica por una doble razón: el principio de competencia de atribución y el equilibrio institucional de la Unión. Los Estados miembros quieren precisar qué competencias transfieren a la Unión y qué poderes otorgan a cada una de las instituciones para ejercer esas competencias. En definitiva, el carácter finalista y gradual de la integración obliga a definir, en la medida de lo posible, el concreto programa de integración que se quiere seguir «en cada momento» en cada una de las materias cedidas a la Unión. Por eso, el foco de atención está a menudo en los objetivos, los instrumentos jurídicos que se pueden utilizar para alcanzarlos, los procedimientos de decisión a seguir y sobre todo el nivel de participación de las instituciones de la Unión en esos procedimientos, todo ello con una panoplia de excepciones y normas singulares.

II. LA UNIÓN ADUANERA

El escaso número y la brevedad de las disposiciones que el Tratado de Funcionamiento dedica a la unión aduanera (arts. 28-32), más una disposición adicional sobre la cooperación aduanera (art. 33), pueden no dar una idea cabal de su naturaleza de competencia exclusiva [artículo 3.1.a) TFUE], ni de su importancia para el mercado interior.

Aisladamente considerada, una unión aduanera es una forma de cooperación económica más intensa que la que proporciona un acuerdo de libre comercio. La línea de progresión sería la siguiente: acuerdo de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unidad económica y monetaria. De hecho, en el continente europeo compitieron inicialmente dos proyectos de cooperación económica interestatal: el de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) y el de las Comunidades Europeas. El objetivo del segundo proyecto era más intenso: perseguía la creación de un mercado común apoyado en las libertades económicas fundamentales. Posteriormente se incorporó el objetivo de la unidad económica y monetaria.

El mercado interior se define como un «espacio sin fronteras interiores», en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 26.2 TFUE). Esa ausencia de «fronteras interiores» se proyecta en un doble plano, aduanero y no aduanero. En el plano aduanero implica que quedan prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación y cualesquiera exacciones de efecto equivalente (arts. 28.1 y 31 TFUE); y en el plano comercial, quedan también prohibidas las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y todas las medidas de efecto equivalente (arts. 34-35 TFUE). A su vez, ese «espacio» queda protegido en su «frontera exterior» con la adopción de un arancel aduanero común en las relaciones de la Unión con terceros países: ese arancel aduanero común es fijado por el Consejo, a propuesta de la Comisión (arts. 28.1 y 31 TFUE). La unión aduanera abarca la totalidad de los intercambios de mercancías que sean originarias de los Estados miembros o que, procedentes de terceros países, se encuentren en libre práctica en los Estados miembros.

La regulación de Derecho primario se completa con el establecimiento de una serie de criterios de la política arancelaria, que debe tener en cuenta la Comisión a la hora de proponer al Consejo el arancel aduanero común (art. 32 TFUE):

a) la necesidad de promover los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países;

b) la evolución de las condiciones de competencia dentro de la Unión, en la medida en que dicha evolución tenga por efecto el incremento de la capacidad competitiva de las empresas;

c) las necesidades de abastecimiento de la Unión en materias primas y productos semielaborados, procurando que no se falseen, entre los Estados miembros, las condiciones de competencia de los productos acabados;

d) la necesidad de evitar perturbaciones graves en la vida económica de los Estados miembros y garantizar un desarrollo racional de la producción y una expansión del consumo en la Unión.

Aunque formalmente inicia la regulación de la política comercial común, el artículo 206 TFUE se refiere específicamente a la unión aduanera. Según dicho precepto, mediante el establecimiento de una unión aduanera, «la Unión contribuirá, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo». En definitiva, el régimen aduanero sirve tanto al establecimiento del mercado interior como a la ejecución de la política

comercial común. La Unión Europea define la política aduanera y arancelaria, y su ejecución corresponde a los Estados miembros.

El régimen aduanero es uniforme para todos los Estados miembros, en la doble perspectiva material y procedimental, y está codificado en el Código Aduanero de la Unión (el texto vigente es de 2013): pese a que lo apliquen las autoridades internas, se trata de un Derecho administrativo uniforme, con sus propios instrumentos y reglas sustantivas y procedimentales, que desplaza íntegramente al Derecho interno.

Después de cinco décadas de unión aduanera, que ha funcionado relativamente bien, la Unión ha iniciado un proceso para adaptar su unión aduanera a las transformaciones de la economía mundial, el comercio internacional (el incremento en volumen y en comercio digital) y la geopolítica. A finales de marzo de 2022, un grupo de sabios sobre la reforma de la unión aduanera, presidido por Arancha González Laya, exministra española de Asuntos Exteriores, entregó a la presidenta de la Comisión el informe que se les había encargado y que incluye un diagnóstico y diversas propuestas. El diagnóstico es que numerosos productos peligrosos o que no cumplen los estándares europeos entran por la frontera exterior, cantidades enormes de aranceles quedan sin cobrarse y deben reforzarse la sostenibilidad, la seguridad de los productos, la seguridad de las personas, la salud y los derechos humanos. En particular se recomienda que la Comisión proponga una serie de reformas legislativas para mejorar los procesos, la responsabilidad y la gobernanza de la unión aduanera, que se mejore la cooperación aduanera entre los Estados miembros y que se cree una Agencia Aduanera Europea para apoyar a los Estados miembros y a la Comisión.

III. LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN

1. **Objeto**

La Unión cuenta con una política comercial especialmente ambiciosa porque es, junto a China y Estados Unidos, una de las primeras potencias comerciales del mundo: eso le convierte en socio comercial importante de muchos países y explica el número y la amplitud de los acuerdos comerciales vigentes.

La regulación de la política comercial común se contiene en la parte del Tratado de Funcionamiento relativa a la «Acción Exterior de la Unión», pues es instrumento básico de esa acción exterior, junto a la cooperación a terceros países, la ayuda humanitaria y la celebración de acuerdos internacionales. Si se

compara esa regulación con la que se puede encontrar en una Constitución nacional, inmediatamente destaca el elevado grado de normativización que tiene la política comercial común en el Derecho primario de la Unión.

La política comercial común de la Unión tiene vínculos con la política aduanera y arancelaria, pues le da expresión y la condiciona al mismo tiempo; pero no se agota en ella, pues incluye más aspectos que los aduaneros y arancelarios, y se proyecta no solo sobre las mercancías, sino también sobre los servicios y los capitales (las inversiones extranjeras directas). Desde esta perspectiva se puede afirmar que constituye la dimensión externa del mercado interior.

La política comercial común es una de las primeras políticas comunitarias, pues data del Tratado CEE, al igual que la PAC, la política de transportes y la de competencia. Su carácter de competencia exclusiva fue reconocido relativamente pronto por el Tribunal de Justicia (dictamen 1/75). El Tratado de Lisboa, además de reconocerle explícitamente ese carácter [artículo 3.1 e) TFUE], ha definido su objeto en términos más amplios que en el pasado. El Tribunal de Justicia lo ha subrayado: «en lo concerniente a la política comercial común, el Tratado FUE difiere sensiblemente del Tratado CE, anteriormente en vigor, por cuanto incluye en dicha política nuevos aspectos del comercio internacional actual. La extensión del ámbito de la política comercial común por el Tratado FUE constituye una evolución significativa del derecho primario de la Unión» (dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, apdo. 141). De acuerdo con el Tratado de Funcionamiento, la política comercial común se debe basar en principios uniformes, y se aluden a este respecto una serie de temas «en particular»: las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios y de servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones.

El mencionado elenco de materias, que aparecen en el artículo 207.1 TFUE, es meramente ejemplificativo. Para que un acto de la Unión forme parte de la política comercial lo determinante, según el Tribunal de Justicia, es que «tenga como objeto específico ese comercio [con uno o varios Estados terceros], en la medida en que esté dirigido, en lo esencial, a promoverlo, facilitarlo o regularlo y produzca efectos directos e inmediatos en él» (dictamen 2/15, apdo. 36). Se aplica, por tanto, un doble test cumulativo: el test del objeto y el test de los efectos. La adscripción de una medida de la Unión al ámbito de la política comercial común o, en su caso, a otra competencia tiene importantes consecuencias competenciales, tanto en el plano vertical (competencia exclusiva vs. compartida de la

Unión) y horizontal (determina a qué institución o instituciones de la Unión le corresponde su negociación y aprobación: cfr. STJ de 25 de octubre de 2017, C-389/15, *Comisión/Consejo*). La profusión de sentencias y dictámenes que el Tribunal de Justicia ha emitido en este ámbito se debe tanto a la creciente complejidad de los acuerdos comerciales que persigue la Unión como a la voluntad de las instituciones de la Unión por controlar esos acuerdos. Cuando el acuerdo cubre al mismo tiempo aspectos de la política comercial común y aspectos de otras políticas compartidas con los Estados miembros, se utiliza la fórmula del «acuerdo mixto», que debe ser suscrito al mismo tiempo tanto por la Unión como por los Estados miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias.

La política comercial común es una materia de competencia exclusiva de la Unión. A los Estados miembros les quedan unas posibilidades limitadas de intervención en el ámbito del comercio exterior. Por motivos competenciales, no pueden realizar acuerdos comerciales con terceros países, que son de la competencia de la Unión; y por motivos sustantivos, tienen prohibiciones o importantes limitaciones para fomentar las exportaciones de las empresas a terceros países mediante subvenciones, créditos o seguros de créditos a la exportación, que derivan tanto del Derecho internacional (OMC, OECD) como del Derecho de la Unión (derecho de la competencia, armonización de los instrumentos). Les queda la posibilidad de fomentar la internacionalización de sus empresas o promocionar sus productos.

2. **Marco**

La política comercial común se debe llevar a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión (art. 207.1 TFUE). Esos principios y objetivos están recogidos en los apartados 1 y 2, respectivamente, del artículo 21 TUE. Los principios son: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. Y los objetivos son, en síntesis, defender sus valores e intereses, consolidar los principios antes mencionados, mantener la paz y prevenir conflictos, apoyar el desarrollo sostenible, fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, contribuir a la mejora del medio ambiente, ayudar en catástrofes, promover la cooperación multilateral y la gobernanza mundial. Además, la Unión debe velar por mantener la coherencia entre los distintos ámbitos de su acción exterior y sus demás políticas.

La «política» comercial común se desarrolla en dos planos: en los foros multilaterales de comercio, como el GATT, la OECD y la OMC, en los que la Unión participa activamente con una sola voz y propicia la asunción de compromisos vinculantes para las Partes Contratantes, y en la negociación de los acuerdos comerciales bilaterales con terceros Estados o grupos regionales de Estados. En estos acuerdos, las ventajas comerciales que se reconocen a terceros Estados pueden estar condicionadas a la consecución de objetivos no comerciales que la Unión quiere promover, como el respeto de los derechos humanos y la democracia, la protección social de los trabajadores o el desarrollo sostenible: es la llamada «condicionalidad». En caso de incumplimiento, la Unión estaría teóricamente facultada para finalizar o suspender la liberalización del comercio (condicionalidad negativa), al menos cuando esas «condiciones» o cláusulas se han considerado esenciales para la celebración del acuerdo comercial, o bien para retirar las preferencias reconocidas en el acuerdo comercial a un país en desarrollo (condicionalidad positiva).

El resto de las previsiones que contiene el Tratado de Funcionamiento en el artículo 207 son de tipo procedimental y competencial: quién autoriza, quién y cómo se negocia y quién decide la celebración de los acuerdos. Para la negociación y celebración de determinados acuerdos se requiere la unanimidad del Consejo: en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, así como de las inversiones extranjeras directas, cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere unanimidad para la adopción de normas internas; en el ámbito del comercio de servicios culturales y audiovisuales, cuando dichos acuerdos puedan perjudicar a la diversidad cultural y lingüística de la Unión; y en el ámbito del comercio de servicios sociales, educativos y sanitarios, cuando dichos acuerdos puedan perturbar gravemente la organización nacional de dichos servicios y perjudicar a la responsabilidad de los Estados miembros en la prestación de los mismos. El Consejo decide por mayoría cualificada la negociación y celebración de los demás acuerdos. Esto supone una ampliación del ámbito de aplicación de la regla de la mayoría cualificada en materia de política comercial común respecto a la situación previa al Tratado de Lisboa.

3. **Desarrollo**

La Unión no ha desarrollado por igual todas las materias mencionadas en el artículo 207.1 TFUE. Así, «la política de exportación» apenas ha recibido desarrollo normativo, pese a estar prevista desde el principio. En cambio, «las

medidas de protección comercial» han tenido un notable desarrollo y una constante actualización. Combaten los efectos adversos de las prácticas comerciales desleales que se realizan en terceros Estados (dumping económico o social, ayudas a la producción y exportación) y que sufren las empresas de la Unión, bien en el mercado europeo bien en el mercado de un tercer Estado. Precisemos algo más la tipología de esas medidas.

Por un lado, están las medidas que se adoptan frente al dumping y a las subvenciones que pretenden que las mercancías extranjeras entren al mercado interior con unos precios más atractivos que los que resultan de sus costes de producción y que, por lo tanto, resultan competitivas respecto a las mercancías producidas dentro de la Unión. Las medidas que impone la Unión a este respecto consisten en derechos de aduana que compensen esa ventaja anticompetitiva. Por otro lado, están las medidas para combatir los obstáculos para exportar a terceros países que encuentran las empresas europeas, y que infringen las normas internacionales, en especial las acordadas en la OMC. Los obstáculos pueden afectar al comercio de mercancías, a aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, y a servicios. Son las empresas afectadas las que deben denunciar ante la Comisión las trabas al comercio de las que sean víctimas. La Comisión investiga la denuncia en un procedimiento contradictorio y, en su caso, acude ante las instancias competentes de la OMC. Como resultado se podrá adoptar una de estas medidas: la suspensión o retirada de cualquier concesión derivada de negociaciones de política comercial, el aumento de los derechos de aduana existentes o el establecimiento de cualquier otro gravamen a la importación, o el establecimiento de restricciones cuantitativas (contingentes) o de cualquier otra medida que modifique las condiciones de importación o de exportación o que afecte de otra manera a los intercambios con el país tercero implicado.

El primer Reglamento sobre los obstáculos al comercio se adoptó en 1994. Actualmente está en vigor el Reglamento 2015/1843: su principal novedad es que es la Comisión quien adopta las medidas, en lugar del Consejo, como sucedía antes.

IV. LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

1. **Los objetivos del Tratado**

En más de sesenta años, los objetivos constitucionales de la política agrícola común no han variado. Según el artículo 39 TFUE, los objetivos de la

política agrícola común son: a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables. Esos objetivos se complementan con el mandato de considerar los siguientes criterios a la hora de formular la política agrícola común: a) las características especiales de la actividad agrícola, que resultan de la estructura social de la agricultura y de las desigualdades estructurales y naturales entre las distintas regiones agrícolas; b) la necesidad de efectuar gradualmente las oportunas adaptaciones; c) la estrecha interdependencia de la agricultura como sector económico con el conjunto de la economía.

Los objetivos de la política agrícola común siguen siendo los mismos que en 1957, pese a que la sociedad y la producción agrícola han variado enormemente en Europa y en el mundo desde entonces. La redacción del vigente artículo 39 TFUE es exactamente la misma que contenía el artículo 39 TCEE en 1957. El acento de esos objetivos está en la productividad, desde varias perspectivas (el nivel de vida del productor, la seguridad de los suministros, la estabilidad de los precios y la asequibilidad para el consumidor), y como objetivos secundarios, aunque estrechamente vinculados, destacan la empleabilidad de la mano de obra del campo y la procura de un nivel de vida equitativo para esa población. Sin embargo, desde hace tiempo la productividad no es el objetivo prioritario o un objetivo en sí mismo de la política agrícola común. La procura de un nivel de vida equitativo es ahora preeminente, aunque se han transformado las técnicas para garantizarlo. Y en lugar de la empleabilidad de la mano de obra del campo ahora funge el arraigo y la continuidad de la población rural en el territorio y las funciones importantes que cumplen custodiando el patrimonio paisajístico, ambiental y cultural y preservándolo para el general disfrute de la sociedad y para su transmisión a las nuevas generaciones en las mejores condiciones.

2. **La evolución de la política agrícola común**

La forma de articular y plasmar los objetivos de los Tratados en normas e instrumentos ha variado en el tiempo. Como consecuencias de las carencias sufridas en la Segunda Guerra Mundial y en la inmediata posguerra, durante la

etapa inicial la obsesión, de la que la redacción del artículo 39 TCEE es todavía testigo, era incrementar la producción, y a ello se dirigía gran parte del presupuesto. Para ello se utilizaron mecanismos intervencionistas para sostener los precios y para que estos cumplieran una función remuneratoria. Estas eran las piezas básicas: la fijación de precios indicativos, precios de intervención y precios de umbral; la intervención pública en el mercado (las autoridades competentes de los Estados miembros compraban productos en régimen de intervención y los almacenaban hasta su salida al mercado); el mantenimiento de condiciones uniformes en todo el territorio comunitario, lo que obligaba a compensar incluso las diferencias de precios debidas a las oscilaciones monetarias (principio de unidad de mercado); y la financiación por el presupuesto comunitario (principio de solidaridad financiera). Ello se completaba con la llamada «preferencia comunitaria», es decir, la protección en frontera de la producción interna frente a la producción externa, mediante la imposición de derechos de aduana a la importación de productos extracomunitarios generalmente más baratos.

Con el tiempo la producción interna fue más que suficiente y se empezó a generar el problema contrario, la sobreproducción y la necesidad de gestionar crecientes excedentes agrícolas. Ya en los años setenta del siglo pasado se adoptaron las primeras medidas de reforma dirigidas a gestionar los excedentes (ayudas para su almacenamiento privado o su transformación) y a reorientar la producción agrícola hacia la calidad, mediante el fomento de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas y las ayudas directas a la mejora de las estructuras agrarias y el desarrollo rural. Se adoptaron nuevas medidas intervencionistas, como límites a la producción o a su incremento, al uso de la tierra, al tipo de cultivo o a la producción ganadera (regímenes de cuotas, como las lácteas).

A partir de 1992, las fórmulas intervencionistas y proteccionistas comenzaron a ser desmontadas paulatinamente para acomodarse al marco competitivo internacional: ello afectaba a la fijación de precios mínimos o garantizados en el plano interno y al establecimiento de derechos de aduana a la importación de productos agrícolas que compensaran su menor precio. Esta era una reclamación constante de terceros Estados con gran producción agraria o en vías de desarrollo, que se manifestaba en las rondas de negociación en el seno del GATT y que, finalmente, se convirtió en una de las exigencias derivadas de la creación de la Organización Mundial del Comercio en 1994.

Así, por un lado, se prohíben en principio las tasas de efecto equivalente a un derecho de aduana y las restricciones cuantitativas o las medidas de efecto equivalente con terceros países, pero se siguen permitiendo los certificados

de importación y los contingentes arancelarios (límites en el volumen de productos que se benefician de los derechos de aduanas reducidos), y las certificados de exportación y las restituciones a la exportación (que cubren la diferencia entre el precio de la UE y el del mercado mundial).

Por otro lado, las ayudas a la producción se recondujeron todavía más hacia el productor. El apoyo a los precios mínimos o garantizados se fue sustituyendo por un sistema de pagos directos por hectárea o cabeza de ganado, basados en los niveles históricos de producción. Y desde 2003 en adelante el pago íntegro de las ayudas directas se subordinó al respeto de normas ambientales relativas al uso de la tierra, la forma de producción y la actividad agraria: surge así la llamada condicionalidad ecológica, y la PAC deja de ser «un simple mecanismo de apoyo a un sector económico en la Unión Europea» (Sara García García).

A partir de la reforma de 2013 se suprimieron gran parte de las restricciones al uso de la tierra o a la producción y se vincularon los pagos a los productores a la realización de prácticas beneficiosas para el clima y el medio ambiente, como la diversificación de cultivos o el mantenimiento de pastos permanentes y superficies de interés ecológico. La diferencia con el sistema anterior estriba en el carácter no único de la ayuda. Desde entonces la ayuda se divide en diferentes tramos u objetivos: un tramo que permita la estabilidad de la renta del agricultor consistente en un pago anual, obligatorio y uniforme por hectárea, que representa aproximadamente el 70 % de la ayuda a percibir y cuyo cobro íntegro estaba condicionado al respeto de buenas prácticas ambientales; y un segundo tramo, equivalente al 30 % de la parte nacional de ayudas, por efectuar determinadas prácticas agrícolas beneficiosas para los suelos. Nacen así los llamados «pagos por servicios ambientales» (Sara García García). La PAC no solo subvenciona la actividad agrícola y ganadera, sino que también la ordena y la disciplina desde una perspectiva ambiental.

No obstante, en diciembre de 2021 se aprobó una nueva reforma que se implementará en el periodo 2023-2027. Los objetivos de la actual PAC son: garantizar unos ingresos justos a los agricultores; incrementar la competitividad; reequilibrar el poder en la cadena alimentaria; acción contra el cambio climático; cuidado del medio ambiente; preservar los paisajes y la biodiversidad; apoyar el relevo generacional; dar vitalidad a las zonas rurales; proteger la calidad de los alimentos y la salud. La instrumentalización de la PAC para la consecución de objetivos ambientales y la lucha contra el cambio climático es mayor que nunca. La otra novedad es que a los Estados miembros les corresponde concretar a través de planes estratégicos las medidas que adoptarán y la forma en que emplearán los recursos de la PAC para alcanzar esos objetivos.

Basta contrastar los objetivos («constitucionales») que todavía lucen en el artículo 39 TFUE y los cambiantes objetivos («legales») de la PAC, en especial de los fijados para la actual PAC, antes mencionados, para apreciar cierta desconexión del Derecho primario respecto al rumbo firme adoptado por la PAC, tras más de seis décadas de desarrollo. Las disposiciones que el TFUE dedica a la política agrícola común deberían reflejar y dar cobertura a las nuevas exigencias socioeconómicas, alimentarias, sanitarias y climático-ambientales. Más allá de la supresión de las disposiciones de eficacia transitoria, la única actualización del marco constitucional diseñado en 1957 se introdujo en 2009: se refiere a la necesaria consideración transversal, al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, de «las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional» (art. 13 TFUE).

3. **Los normas y los instrumentos jurídicos de la PAC**

El Derecho primario establece algunas singularidades respecto a la producción y al comercio de los productos agrícolas. Como se indicó en la introducción, el mercado interior abarca la agricultura, la pesca y el comercio de los productos agrícolas. Un anexo al TFUE especifica los productos a los que se aplican los artículos 39 a 44 TFUE: p. ej., entre otros muchos, se incluyen la paja y el forraje, el corcho natural y el lino, así como el café, el té y las especias, pero no la yerba mate. Las normas previstas para el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior son aplicables a los productos agrícolas, con dos excepciones contempladas en el artículo 42 TFUE.

La principal excepción se refiere a las normas sobre la competencia: estas serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas solo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39 TFUE (art. 42 TFUE). En suma, el Parlamento Europeo y el Consejo tienen el mandato y la capacidad de adaptar o modular las normas sobre competencia del Tratado a las peculiaridades de la producción y el comercio de los productos agrícolas: en otras palabras, de crear excepciones «legales» a la aplicación del Derecho de la competencia en el sector agroalimentario. Esas adaptaciones o derogaciones se contienen actualmente en el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Eu-

ropeo y del Consejo. Ya se ha mencionado anteriormente los diferentes mecanismos de intervención pública que alejaban a la agricultura europea del libre juego de la competencia.

En síntesis, el artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento no se aplica a: a) los acuerdos, decisiones y prácticas que sean necesarios para la consecución de los objetivos fijados en el artículo 39 TFUE, por referirse a la producción o venta de productos agrarios o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrarios; b) determinados acuerdos, decisiones y prácticas que se refieran a sectores como el de la leche, las aceitunas de mesa y el tabaco. Veamos en qué consisten esas exclusiones.

La regulación europea fomenta la constitución de organizaciones de productores y sus asociaciones y de organizaciones interprofesionales, como instrumentos de mejora de la competitividad sectorial, el reequilibrio de la cadena de valor, la promoción de buenas prácticas y la transparencia en el mercado. A esas entidades se les reconoce facultades que de otra forma podrían entrar en conflicto con el Derecho de la competencia. Por ejemplo, las organizaciones de productores pueden perseguir fines como garantizar que la producción se planifique y se ajuste con arreglo a la demanda o concentrar la oferta y la comercialización de los productos de sus miembros. En determinados sectores se refuerza también el poder de negociación de las organizaciones de productores o se impone un sistema de relaciones contractuales: así, una organización de productores del sector de la leche y de los productos lácteos reconocida puede negociar en nombre de sus miembros, con respecto a una parte o la totalidad de su producción conjunta, los contratos de entrega de leche cruda a un transformador o a un recolector. Por último, una organización de productores reconocida, una asociación reconocida de organizaciones de productores o una organización interprofesional reconocida que sea considerada representativa de la producción, el comercio o la transformación de un producto dado, puede solicitar al Estado miembro correspondiente que disponga que algunos de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas alcanzados en el marco de esa entidad sean obligatorios, por un periodo limitado, para otros operadores, tanto individuales como agrupados, que operen en el mismo territorio (la llamada «extensión de normas») [1].

La segunda excepción a las normas generales de la competencia consiste en la potestad otorgada al Consejo para que, a propuesta de la Comisión, auto-

[1] Al respecto véase la STJ de 29 de junio de 2023, *Association interprofessionnelle des fruits et légumes frais (Interfel),* as. C-501/22 a C-504/22, apdo. 63.

rice la concesión de ayudas para la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales o en el marco de programas de desarrollo económico (art. 42 TFUE).

Para alcanzar los objetivos del artículo 39 TFUE se contemplan varios instrumentos jurídicos. Uno es la creación de organizaciones comunes de los mercados agrícolas. Estas organizaciones pueden adoptar una de las tres formas siguientes: normas comunes sobre la competencia, una coordinación obligatoria de las diversas organizaciones nacionales de mercado y una organización europea de mercado (art. 40.1 TFUE). Bajo cualquiera de esas formas, la organización común del mercado agrícola para el correspondiente producto podrá comprender todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 39: en particular, la regulación de precios, subvenciones a la producción y a la comercialización de los diversos productos, sistemas de almacenamiento y de compensación de remanentes, mecanismos comunes de estabilización de las importaciones o exportaciones; y siempre deberá excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Unión (art. 40.2 TFUE). Una veintena de productos agrícolas cuenta con una organización común de mercado.

La regulación de las organizaciones comunes de mercado está codificada en el ya citado Reglamento (UE) 1308/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo. En dicho Reglamento se establecen el régimen de intervención pública en el mercado para diversos productos agrícolas, durante todo o parte del año (el trigo blando, el trigo duro, la cebada, el maíz, el arroz con cáscara, la carne de vacuno, la mantequilla y la leche desnatada en polvo), el régimen de ayudas para el almacenamiento privado de otros productos, el régimen de ayudas para mejorar el acceso a los alimentos de los niños (programas de consumo escolar de frutas y lácteos), y los regímenes de ayudas para cada uno de los productos agrícolas. Por otra parte, las plantaciones de vid siguen estando sujetas a autorización. Los viñedos solo pueden crecer entre el 0 % y el 1 % cada año: la gestión de las autorizaciones de nueva plantación corresponde a los Estados miembros, los cuales, dentro de la citada horquilla, deben fijar la cantidad total de nuevas plantaciones de vid que autorizarán.

El otro instrumento para alcanzar los objetivos del artículo 39 TFUE es la creación de un fondo o varios de orientación y de garantía agrícolas (art. 40.3 TFUE). En la actualidad existen dos fondos: el FEAGA, que financia los gastos de la regulación y apoyo de los mercados agrarios, y el FEADER, que financia los gastos del desarrollo rural, ambos en gestión compartida con los Estados miembros.

V. MEMENTO

– La unión aduanera y la política comercial común son dos de las cinco áreas de competencia exclusiva de la Unión (art. 3.1 TFUE).

– El mercado interior se define como un «espacio sin fronteras interiores», en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Esa ausencia de «fronteras interiores» se proyecta en un doble plano, aduanero y no aduanero. Por un lado, quedan prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación y cualesquiera exacciones de efecto equivalente; y, por otro, quedan también prohibidas las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y todas las medidas de efecto equivalente. Al exterior, ese «espacio» queda protegido con un arancel aduanero común.

– La unión aduanera abarca la totalidad de los intercambios de mercancías que sean originarias de los Estados miembros o que, procedentes de terceros países, se encuentren en libre práctica en los Estados miembros.

– El Derecho primario establece cuatro criterios de política arancelaria: la necesidad de promover los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países; la evolución de las condiciones de competencia dentro de la Unión; las necesidades de abastecimiento de la Unión en materias primas y productos semielaborados; y la necesidad de evitar perturbaciones graves en la vida económica de los Estados miembros y garantizar un desarrollo racional de la producción y una expansión del consumo en la Unión.

– La política comercial común de la Unión tiene vínculos con la política aduanera y arancelaria, pero no se agota en ella, pues incluye más aspectos que los aduaneros y arancelarios, y se proyecta no solo sobre las mercancías, sino también sobre los servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial y los capitales (las inversiones extranjeras directas). Constituye la dimensión externa del mercado interior.

– El Tratado recoge un elenco ejemplificativo de las materias incluidas en la política comercial común. El Tribunal de Justicia atiende a dos criterios para determinar si una medida se incluye en la política comercial común: el criterio del objeto y el criterio de los efectos.

– El mercado interior abarca la agricultura, la pesca y el comercio de los productos agrícolas. Ahora bien, el funcionamiento y desarrollo del mercado interior para los productos agrícolas y pesqueros se rige por una política común específica (art. 39.4 TFUE). Esa política común contiene regulaciones que pueden ser similares a las de otros productos (etiquetado, normas de calidad), y también regulaciones específicas, como los mecanismos de interven-

ción pública en el mercado, las organizaciones comunes de mercado para diversos productos (normas propias de competencia) y las denominaciones de origen, una regulación en gran parte armonizada.

– El Parlamento Europeo y el Consejo pueden crear excepciones «legales» a la aplicación del Derecho de la competencia en el sector agroalimentario. Esas adaptaciones o derogaciones se contienen actualmente en el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

– El análisis de la evolución de la PAC proporciona claves interesantes sobre la evolución de la dimensión económico-constitucional de la Unión, una evolución que se puede resumir así: del intervencionismo a la competitividad, y de la competitividad al enfoque transversal agro-territorial-ambiental.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Arzoz Santisteban, X., «La acción administrativa de fomento del comercio exterior», en J. V. González García (ed.), *Régimen público de las actividades económicas en el exterior*, Iustel, Madrid, 2009), pp. 617-657.

Codina García-Andrade, X., y Carro de Miguel, C., «Liberalización y protección en el régimen de las inversiones extranjeras directas: desarrollos normativos recientes en Europa y en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021.

Díez-Hochleitner, J., «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15, del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, 2017, pp. 403-429.

Esteban Ríos, J., «El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior: Régimen jurídico y especialidades en materia de contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, 2023.

Galera Rodrigo, S., *Derecho aduanero español y comunitario. La intervención pública sobre el comercio exterior de bienes*, Civitas, Madrid, 1995.

Gámez Moll, N., «El sistema nacional de control de las ayudas de la nueva Política Agrícola Común», *Revista de administración pública*, núm. 222, 2023, pp. 241-266.

García García, S., «Análisis del mecanismo de pagos por servicios ambientales desde la Política Agrícola Común», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, 2020, pp. 179-191.

García Guerrero, D., «¿Hacia una reforma de la unión aduanera?», en David García Guerrero (coord.), *Desafíos del derecho de la Unión Europea en materia financiera y tributaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

Guillem Carrau, J., «Política Agrícola Común y Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 2014, pp. 135-166.

Manero Salvador, A., «El Reglamento sobre obstáculos al comercio: un marco actualizado con una sólida trayectoria», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016.

Martínez Alarcón, M. L., y Sanz Gómez, M. M., «La política comercial europea desde el prisma constitucional del principio democrático. ¿Qué política comercial común queremos?», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 191, 2021, pp. 81-108.

Martínez San Millán, C., «Cambio de rumbo en la política comercial común de la Unión Europea: de la promoción a la condición», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 76, 2023, pp. 185-211.

Massot Martí, A., «El principio de preferencia comunitaria y la Política Agrícola Común: alcance y perspectivas ante el proceso de mundialización económica», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, vol. 23, 1996, pp. 731-778.

Molina del Pozo, C. F., *Aspectos jurídicos de la política comercial común en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2022.

Segura Serrano, A., «Renovación y crisis de la política comercial común de la Unión Europea: el Dictamen 2/2015», *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 43, 2017, pp. 63-95.

PARTE TERCERA:

UNIÓN ECONÓMICA, MONETARIA Y BANCARIA

CAPÍTULO 11

LAS CRISIS ECONÓMICAS COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN. DESDE LOS AÑOS 70 AL COVID

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

RESUMEN

Este capítulo plantea el progreso de la integración europea a partir de una serie de crisis económicas y las consecuencias que han conllevado. Para ello es necesario tener en cuenta que, desde sus orígenes, la actual Unión se concibió esencialmente para moderar los excesos proteccionistas de los Estados. A la luz de esta idea central, primero nos detendremos en la crisis de los años 70, que propició el inicio de la unión monetaria y el relanzamiento del mercado interior. La crisis de 2008 abrió el paso a que la Unión incidiese sobre la política económica nacional a través de las reformas de austeridad, que acompañaban los préstamos de apoyo a los Estados en crisis de solvencia y liquidez. Sin embargo, el colapso que provocó la pandemia ha dejado atrás el paradigma de la austeridad y se ha organizado una respuesta desde incipientes criterios de solidaridad.

CONCEPTOS CLAVE

Asimetría, Austeridad, Crisis económica, Desigualdad, Mercado común, Mercado interior, Solidaridad, Unión económica y monetaria.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Acta Única Europea (1986).

Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la necesidad de completar el mercado interior (1985).

Tratado de Maastricht (1992).

Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.

Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), de 2 de febrero de 2012.

Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19.

Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea.

Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

SUMARIO: I. La naturaleza constitucional de las crisis económicas. El singular problema de la integración europea. *1. Las asimetrías económicas como problema constitucional*. *2. Desde su origen el proceso de integración ha estado determinado por su naturaleza económica*.–II. La crisis económica de los 70: la creación del sistema monetario europeo y el relanzamiento del mercado interior. *1. La crisis económica de los años 70. 2. La reacción: el Sistema Monetario Europeo*. *3. Más allá del sistema monetario europeo: el relanzamiento del mercado interior (1986) y la creación de la moneda única (1992)*.–III. La crisis económica de 2008: el paradigma de la austeridad.–IV. La crisis económica derivada de la pandemia (2020): retazos de solidaridad.–V. Memento.–Bibliografía.

I. LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LAS CRISIS ECONÓMICAS. EL SINGULAR PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

1. **Las asimetrías económicas como problema constitucional**

Este capítulo parte de una premisa: diversas crisis económicas han impulsado el proceso de integración; se asume, por tanto, que el camino europeo desde sus orígenes ha tenido una dimensión eminentemente económica. En el siguiente epígrafe se dará cuenta de este aspecto. Antes es preciso comprender las crisis económicas desde una perspectiva constitucional, entendida esta como aquella que estudia las reglas jurídicas que organizan una comunidad política (tradicionalmente un Estado, ahora también la Unión).

Debemos comenzar proponiendo un concepto de crisis económica. Se da una situación de esa naturaleza cuando los indicadores básicos (productividad,

consumo, empleo, inflación) se alteran negativamente durante un periodo de tiempo sustancial, de manera que se experimenta una pérdida de riqueza. ¿Dónde radica la importancia constitucional de este fenómeno? Primero de todo en la evidencia de que toda institución política funda su legitimidad, al menos en parte, en los fines que logra. En este sentido, si no crea bienestar, su utilidad seguramente será puesta en entredicho. Sin embargo, ahora interesa atender al hecho de que las recesiones no son homogéneas dentro de una misma comunidad política, por lo que sus consecuencias generan un problema de desigualdad, asunto que necesariamente ha de abordar toda organización constitucional si quiere ser operativa. Cuestión que es parte de otra mayor, a saber, el hecho de que cualquier comunidad política experimenta desigualdades de forma intrínseca, pues posee unas zonas más ricas que otras: nacer y vivir en un determinado lugar implica tener mejores o peores posibilidades de prosperidad.

La solución a este problema varía según el espacio político en el que se plantee. En el ámbito del Estado constitucional contemporáneo, encontramos hoy una solución estándar. Se activan políticas presupuestarias y tributarias de redistribución, a lo que se añaden las libertades propias de la economía de mercado (propiedad, contrato, empresa, herencia), definiendo lo que tradicionalmente se califica como constitución económica. Así, las decisiones personales (en forma de consumidor o productor) marcan diferencias que toleramos, siempre que aseguremos al conjunto de los ciudadanos un cierto nivel de servicios públicos y una garantía vital mínima.

Esta respuesta conlleva una premisa ontológica que nos remite al sentido de pertenencia, según el cual estamos dispuestos a ceder algo de riqueza a nuestros conciudadanos; difícilmente mantendríamos una postura semejante si nuestros ingresos fuesen a parar a otros Estados. Sin duda, cabría una visión más descarnada, según la cual las políticas de redistribución son una parte menor del gasto público y las toleramos si componen un paquete destinado a generar bienestar para el beneficio común. O incluso podría sostenerse que admitimos la redistribución porque evita conflictos sociales que arriesgan el funcionamiento de la economía tal y como la conocemos. Tomemos una u otra posición, la premisa de la pertenencia es el eslabón necesario de las políticas de redistribución con las que afrontamos los desequilibrios económicos.

El asunto se complica cuando superamos la frontera del Estado y pensamos la cuestión en el contexto de la economía internacional. La dificultad nace precisamente porque no se da el a priori de pertenencia que justificaría las iniciativas redistributivas. En las páginas que siguen veremos que uno de los grandes problemas del proceso de integración, sobre todo a partir del 2008, es

abordar las asimetrías, es decir, trasladar la riqueza generada en un Estado a los ciudadanos de otro Estado.

2. Desde su origen, el proceso de integración ha estado determinado por su naturaleza económica

El análisis histórico de la integración europea siempre ha de llevarnos al final de la Segunda Guerra Mundial. Entonces surge la necesidad inevitable de que los Estados cooperen entre sí. Son tres al menos las razones. En primer lugar, la devastación de la guerra mostró el abismo de un mundo regido por posiciones unilaterales, que incluso recurrían al choque bélico como instrumento de poder. Para evitar la destrucción colectiva se hicieron imprescindibles reglas de contención, estructuradas en torno a la dignidad humana como nuevo paradigma cultural.

Junto a este ideal, o incluso por encima de él, como segunda vía de cooperación, se impuso la fuerza de los hechos. En la fase final de la guerra, se formó una estructura geopolítica en dos bloques. Cada uno de ellos dio lugar a una suerte de cooperación espontánea, que paulatinamente se fue sistematizando a través del Derecho. En el lado occidental, el impulso de los Estados Unidos de América generó un polo de atracción en torno a la democracia liberal y la economía capitalista. En el este, la Unión Soviética hizo de la llamada democracia real y de la economía planificada los postulados que habrían de coordinar la relación con los Estados bajo su influencia.

Esta conformación geopolítica hizo evidente la importancia del elemento económico. No podía ser de otro modo, pues el deterioro en que había quedado el continente hacía inviable una recuperación de cada uno de los Estados por sí mismo. Fue imprescindible la cooperación para allegar los recursos necesarios, radicando aquí una tercera razón para colaborar.

La Unión Europea es hoy el instrumento de cooperación dominante, pero hace setenta años era un proyecto más entre otros. Si nos ceñimos al ámbito de la Europa occidental, tal y como explica Urwin, existían al menos tres líneas, que muchos años después convergerán en la Unión, pero que en sus inicios reflejaban esfuerzos separados, cada uno con su lógica. Como ya se ha anticipado, los Estados Unidos impulsaron una cooperación de corte militar y económico. La todavía vigente OTAN respondió en aquellos tiempos al interés de articular una ayuda mutua en materia defensiva, de suerte que todos los Estados de esta organización internacional actuaran colectivamente en caso de que uno de ellos se viera amenazado. Al mismo tiempo, los Estados Unidos diseñaron una asistencia económi-

ca para la recuperación de Europa, encaminada a potenciar el crecimiento a través de la inversión pública. Fue el llamado Plan Marshall que se institucionalizó en la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE).

Por otro lado, el Consejo de Europa, embarcado en el sueño de una Europa federal, logró aprobar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que hoy vivimos como un instrumento de nuestra vida jurídica cotidiana; entonces supuso un hito al trazar unas bases de moralidad compartida. Al momento de su fundación, se pensó que era una vía para poner coto a los Estados nación y reconstruir Europa con una serie de valores comunes, e incluso proyectando el sueño de un Estado supranacional.

En este contexto surgió la idea de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), germen de la actual Unión: proyecto que, bajo el auspicio francés, pretendió ser un contrapeso a la creciente influencia de los Estados Unidos en el continente. Es obvio que se trató de un proyecto eminentemente económico, por más que estuviera sostenido en una lógica política. En efecto, si la cuenca del Ruhr, por su riqueza en minerales, había sido objeto histórico de enfrentamientos entre Francia y Alemania, la voluntad de organizar jurídicamente estos mercados a través de la CECA buscaba resolver conforme a reglas las desavenencias que pudiesen surgir.

Es importante que nos detengamos brevemente en exponer los elementos esenciales de la CECA, porque, a partir de su adecuada comprensión, podremos entender las transformaciones que las sucesivas crisis económicas han tenido sobre el proceso de integración. La primera idea esencial es el carácter limitado de los objetivos del plan comunitario. Concretamente, en el año 1951 el único fin fue crear un mercado interior en el que el carbón y el acero circulasen libremente sin discriminación; además, se proscribieron las ayudas de estado y las prácticas colusorias entre las empresas. En definitiva, este mercado común quería acabar con el proteccionismo estatal, que favorecía sin más la economía nacional. La CECA no buscaba sustituir al Estado. Simplemente quería moderar sus excesos. Por eso, la mayor parte de las políticas económicas quedaban en manos estatales, que diseñaban al completo su política económica, en especial su política fiscal y presupuestaria, así como cualquier redistribución de la riqueza.

La segunda idea esencial que se hizo patente en la creación de la CECA atañe a su entramado institucional, en correlación perfecta con ese objetivo limitado. ¿Qué instituciones se necesitan para hacer operativo un mercado común? Esencialmente una Alta Autoridad (hoy Comisión) compuesta de personas distinguidas por su competencia profesional e independencia. A esa Alta Autoridad, le correspondía asegurar el avance hacia el mercado co-

mún y velar por el respeto de las normas que garantizaban el carácter competitivo del mercado. Junto a ella, un Tribunal de Justicia encargado de hacer valer el respeto del Derecho, cuestión capital en un mercado que se construía a partir de reglas jurídicas. Inicialmente, quedaba en un lugar secundario la Asamblea, sin atribuciones especiales, y el Consejo, formado por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, que desempeñaban una suerte de función de tutela sobre la Comisión cuando tenía que dictar reglamentos de ejecución, decisiones o recomendaciones. Esta plantilla institucional reflejaba la convicción de que el mercado común, en definitiva, el proyecto de integración, solo necesitaba del Derecho, sin tener que apelar a decisiones políticas. La política se agotaba en la voluntad colectiva de cooperar para generar un mercado común. A partir de ahí, una vez que se plasmaba en un Tratado, se entendía que la operatividad del mercado se desplegaba a través de reglas y de instituciones que debían aplicarlas (la Alta Autoridad y el Tribunal de Justicia).

En paralelo a la CECA, se estaban negociando la Comunidad Europea de Defensa (1951) y la Comunidad Política Europea (1953), organizaciones internacionales que estaban llamadas a situar la dimensión económica en un contexto más amplio, de evidente naturaleza política. Sin embargo, estas organizaciones no vieron la luz por la falta de ratificación en la Asamblea francesa. Este fracaso de los impulsos políticos de coordinación remachó aún más la dimensión económica del proceso de integración, cuando en 1957 se celebró el Tratado de Roma, que, siguiendo la línea marcada por la CECA, buscó crear un mercado común que abarcase a todos los productos y servicios. No sorprende que la Comunidad Económica Europea continuase con el esquema institucional fijado por la CECA (pasando la Alta Autoridad a ser denominada Comisión), si bien ahora, en la idea de que sería necesaria una política de armonización normativa intensa para facilitar la consumación del mercado interior, se dotó a la Comunidad de un sistema de fuentes más ambicioso, la conocida triada reglamento, directiva y decisión (hoy artículo 288 TFUE).

En conclusión, se consolidaba la premisa de una división funcional entre el proceso de integración y los Estados miembros. A los segundos les correspondía la gestión de los asuntos que tradicionalmente se consideraban políticos (reconocimiento de derechos civiles, definición de elementos de identidad, políticas de redistribución, etc.), mientras que el proceso de integración pretendía racionalizar los excesos económicos del Estado nación, concretamente sus políticas proteccionistas. El instrumento para lograr esa racionalización no fue otro que el mercado común. Es importante retener

esta división funcional primigenia, pues las sucesivas crisis, sobre todo a partir de 2008, han movido sus elementos de configuración y nos obligan a plantearnos si, efectivamente, esa división funcional sigue siendo eficaz para comprender el proceso de integración.

II. LA CRISIS ECONÓMICA DE LOS 70: LA CREACIÓN DEL SISTEMA MONETARIO EUROPEO Y EL RELANZAMIENTO DEL MERCADO INTERIOR

1. **La crisis económica de los años 70**

Todavía hoy se discute sobre las razones de esta crisis de los años 70. Se suele señalar que los gastos que tuvo que afrontar Estados Unidos debido a la guerra de Vietnam, forzaron a su presidente Nixon a romper el acuerdo de *Breton Woods*, devaluar el dólar y fijar aranceles al comercio. Por otro lado, la guerra del *Yom Kipur* dio lugar a la restricción de producción de petróleo, provocando una escalada de los precios de la energía.

En este punto no es relevante determinar si estas causas tuvieron en verdad los efectos que tradicionalmente se les han imputado. De lo que no hay duda es que en la década de los setenta se experimentó una estanflación, es decir, alta inflación con un elevado desempleo. Se rompieron 20 años de crecimiento económico y expansión del bienestar. Bienestar que dotó de legitimidad tanto al Estado social y democrático de derecho surgido tras la guerra, como al proceso de integración europea. Inevitablemente, la crisis económica habría de tener repercusiones en sus estructuras. En este epígrafe se expone en qué medida la crisis acabó potenciando el proyecto de integración.

De un lado, impulsó la cooperación en política monetaria. A su vez, esa cooperación conllevó implicaciones en política económica, sustancialmente la reducción de alternativas para los Gobiernos nacionales, que perdieron toda posibilidad de optar por una economía planificada. El fracaso del Gobierno Mitterrand a principios de los años ochenta es seguramente el símbolo del final de un debate ideológico sobre el modo de gestionar la economía, fracaso que fue reforzado con la caída del muro de Berlín en la siguiente década.

De otro lado, la salida de la larga crisis impulsó el relanzamiento del mercado común, renqueante por la serie de medidas proteccionistas que se adoptaron a lo largo de los setenta. Realmente no hubo ninguna innovación conceptual, sino que se realizaron las actuaciones institucionales necesarias para hacer operativo el mercado de forma efectiva.

2. La reacción: el Sistema Monetario Europeo

Comprender la lógica del Sistema Monetario Europeo requiere exponer brevemente, y con la mayor sencillez posible, la relación que existe entre la moneda y el comercio internacional. Si queremos evaluar la eficiencia de un productor, por ejemplo, comparando la fabricación de coches en Alemania y Francia, debemos tener una unidad de medida compartida para verificar mediante el precio esa eficiencia. Por esta razón, pese a la diversidad de monedas nacionales, siempre ha existido la necesidad formal o informal de atar esas monedas a una referencia de convertibilidad. Históricamente fue el oro, por lo que las monedas nacionales (y el precio de sus bienes y servicios) en última instancia se vinculaban a su valor áureo. Esta dinámica, además, permitiría equilibrar las balanzas de pago, en tanto que un país importador, por la salida de su divisa (convertible en oro) hacia otros Estados, en un momento dado vería reducida su masa monetaria (en realidad por la intervención del banco central subiendo los tipos de interés), circunstancia que acabaría disminuyendo los precios y reactivando así las exportaciones. Por el contrario, los Estados exportadores, en correlación padecerían un exceso de dinero, provocando inflación, de manera que sus exportaciones se encarecerían.

Es evidente que este modelo ya engendra en sí un núcleo de cooperación, dado que exige el compromiso de los Estados de vincular su moneda al oro. No en vano, el sistema colapsó tan pronto como Gran Bretaña, en el periodo de entreguerras, renunció a mantener el patrón oro.

Tras la Segunda Guerra Mundial se restauró en parte la lógica del patrón oro, si bien ahora únicamente el dólar estaría sujeto a dicho metal, mientras que el resto de las monedas fijarían su tipo de cambio respecto al dólar. De nuevo aparecía la cooperación espontánea de todos los Estados que anclaban su moneda al dólar, pero obviamente Estados Unidos ocupaba un lugar predominante en la gestión de esa coordinación. No en vano, cuando a principios de los 70, debido a la guerra de Vietnam, Estados Unidos no puede mantener la convertibilidad del dólar con el oro, se rompe esa equivalencia y las monedas empiezan a fluctuar respaldadas en su paridad solo por la decisión soberana, articulada a través del banco central correspondiente.

La idea del Sistema Monetario Europeo gana un peso definitivo en ese momento histórico. Inicialmente no fue una posición pacífica, pues existía una línea abanderada por el ministro de Hacienda alemán que defendía el equilibrio libre de las monedas, circunstancia que a todas luces hubiera provocado una fuerte revalorización del marco alemán y una caída del franco francés. La respuesta inicial fue el llamado *Acuerdo Smithsonian* (1971), que dio forma al

pacto entre los presidentes de Alemania Occidental, Francia y Estados Unidos. En el acuerdo se fijó una nueva paridad del dólar, devaluándolo y reforzando la posición de la mayoría de las monedas europeas. Estas, a su vez, crearon el llamado «túnel», que estableció una banda de 4,5 % de desviación de valor de las monedas de los países de la Unión. El Acuerdo de Basilea (1972) entre los bancos centrales de los Estados que en ese momento integraban la Comunidad Económica Europea, reforzó la idea del «túnel», creando una «serpiente» con una banda de fluctuación al 2,5 %. En el momento que una de esas monedas saliese de la banda de fluctuación, los bancos centrales tendrían que actuar coordinadamente para sostener su valor.

El funcionamiento del «túnel» o «serpiente» fue defectuoso. La cooperación se sostuvo exclusivamente sobre la voluntad de los Estados miembros de mantenerse dentro de los márgenes. Esa voluntad no siempre fue firme, en tanto que conservar una moneda estable implicaba decisiones de política económica muy relevantes, esencialmente limitar o condicionar la utilidad de varios instrumentos claves: la devaluación, la política monetaria y el gasto público. Se ha de tener siempre presente este punto, ya que la disonancia entre política monetaria y política económica es una de las líneas de tensión que permite comprender todo el proceso de integración.

Estas dificultades no terminaron con el proyecto de acercar las monedas nacionales, sino que lo reforzaron. El Consejo Europeo de 5 de diciembre de 1978 sentó las bases del Sistema Monetario Europeo, concebido entonces como un mecanismo de cooperación destinado a garantizar la estabilidad monetaria (e incluyó, además, un fondo para potenciar la convergencia de los Estados más frágiles). Un año después, el Sistema se articuló mediante un acuerdo de los bancos centrales de los Estados miembros. El elemento clave fue la creación del ECU, una unidad monetaria para medir los tipos de cambios y articular las relaciones monetarias entre los bancos centrales nacionales. Así, cada moneda nacional tenía un tipo de cambio respecto al ECU (art. 1), que se fijaba por acuerdo mutuo en virtud de un método objetivo (art. 4), y se establecía una tasa de fluctuación del 2,5 % (art. 1). Se instauró una «alarma de divergencia» (art. 3), por la cual, si una moneda nacional se acercaba a su margen de fluctuación, se activaban las medidas tradicionales de política monetaria, pero, sobre todo, se habilitaba la posibilidad de préstamos a corto plazo entre los bancos centrales para sostener a esa moneda (art. 6 ss.).

Generalmente se valoran positivamente los resultados del Sistema Monetario Europeo. Se considera que fue un elemento más que contribuyó a superar la ominosa década de los 70. En el contexto de esta lección, importa subrayar que estos esfuerzos hicieron indefectible el camino hacia una mayor coordina-

ción en política monetaria. Sin embargo, mientras que en los años 70 esta labor era una reacción a la crisis, en los ochenta va a cambiar el paradigma y se concebirá como un paso necesario, casi natural, en un proceso derivado de forma lógica a resultas del mercado interior.

Este cambio de perspectiva se hizo evidente en el documento elaborado en 1989 por el Comité para el Estudio de la Unión económica y monetaria. Una simple cita ejemplifica esta nueva visión: «La realización del mercado único vinculará mucho más las economías nacionales y significativamente "aumentará el nivel de integración económica" dentro de la Comunidad. También conllevará profundos cambios estructurales en la economía de los Estados miembros. Estos cambios ofrecen considerables oportunidades para el progreso económico, pero muchas de esas ganancias potenciales solo se materializarán si la política económica –al nivel nacional y comunitario– responde adecuadamente a los cambios estructurales» (p. 14; el énfasis en el original). Y añadía: «[s]e necesita una mayor convergencia en la acción económica. Pese a la marcada senda en la inflación, se mantienen diferencias considerables. También hay diferencias considerables en las posiciones presupuestarias y las balanzas de pagos». Estos pasos se darían con el Tratado de Maastricht (1992). Pero este Tratado, como reflejan las citas, no se puede entender si antes no se repasa el relanzamiento de mercado interior que se realizó en 1986.

3. Más allá del sistema monetario europeo: el relanzamiento de mercado interior (1986) y la creación de la moneda única (1992)

El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la necesidad de completar el mercado interior (1985) es indiscutiblemente un hito en el proyecto de integración, sea por el impacto real que tuvo en la vida de los ciudadanos europeos, sea por su capacidad para explicar de manera sencilla cuáles eran los problemas que había de afrontar y el modo de hacerlo. En las lecciones anteriores se ha estudiado a fondo la naturaleza y el funcionamiento del mercado interior. En este punto solo necesitamos recordar su definición canónica recogida actualmente en el artículo 26 TFUE: «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada».

En las primeras décadas se había avanzado sustancialmente en la llamada unión aduanera, que consistió en eliminar las barreras fiscales de naturaleza fronteriza. Se trabajó seriamente en abolir la clásica medida proteccionista que tasa en su entrada a un producto extranjero con la mera finalidad de encarecer

su precio y hacer más onerosa su venta frente al mismo producto nacional. Sin embargo, como explicaba el Libro Blanco, la crisis de los setenta había dado lugar a la proliferación de medidas proteccionistas. Entre ellas, la Comisión destacó dos tipos (punto 6): las ayudas de estado a las industrias nacionales y las llamadas medidas de efecto equivalente, que eran reglamentaciones técnicas con un impacto de barrera similar a las tarifas aduaneras.

El Libro Blanco, y su materialización inmediata en la reforma de los tratados que trajo el Acta Única Europea, afrontó esos problemas poniendo en marcha una nueva estrategia. ¿Cómo eliminar esos innumerables obstáculos a la libre circulación de factores productivos que toman forma en regulaciones de producción, que se aplican a todos los bienes y servicios, sin distinguir la nacionalidad, pero que *de facto* impedían el comercio intracomunitario? Para la Comisión la solución pasaba por una combinación inteligente del principio de reconocimiento mutuo, por un lado, y la estandarización de reglas, por otro.

El legislador de la Unión había de distinguir aquellas materias de menor importancia en las que la ordenación del mercado interior podía generarse con la libre circulación una vez cumplida la normativa de origen, en tanto que se asumía que esa normativa garantizaba una calidad mínima aceptable por todos. En cambio, para las cuestiones más importantes se unificarían las condiciones de producción y prestación. La gran novedad consistió en acelerar y facilitar esa armonización a través de dos vías. Primero, confiar a organismos autónomos la tarea de estandarizar las normas técnicas de producción. Segundo, facilitar la incorporación de esa estandarización al sistema jurídico comunitario reduciendo la mayoría necesaria en el Consejo requerida para su aprobación.

Esta segunda vía necesita una pequeña clarificación. En las lecciones anteriores se ha aprendido que el procedimiento legislativo se caracteriza por el monopolio de iniciativa de la Comisión, con acuerdo de voluntades del Parlamento y el Consejo (actual artículo 289 TFUE). En el año 1985 toda la armonización normativa pasaba por el artículo 100 TCEE (hoy artículo 114 TFUE, con una regulación sustancialmente diferente), precepto que otorgaba todo el poder de decisión, previa iniciativa de la Comisión, al Consejo, que además decidía por unanimidad. Esto hacía demasiado rígido el procedimiento, siempre sometido a la exigencia de la unanimidad y al riesgo de bloqueo por el interés económico de un solo Estado. Con la voluntad de superar ese impedimento, el Acta Única sustituyó la unanimidad por la mayoría cualificada.

El avance fue evidente. La Comisión diseñó un plan temporal hasta 1992 para eliminar sustancialmente las barreras físicas (control documental en las fronteras), técnicas (reglas de producción) y tributarias (referidas esencialmente a los desequilibrios que causaban los impuestos indirectos al consumo). Al llegar

a ese año, los resultados fueron tangibles en términos económicos y para la vida diaria de los ciudadanos. Ahora bien, la Comisión siempre tuvo claro que el mercado interior no podía acabarse en una mera fusión de mercados nacionales, dando lugar a una realidad estática (lo que tradicionalmente se había comprendido como mercado común). En el punto 8 del Libro Blanco explicó que el mercado interior había de ser un «mercado en crecimiento y flexible», que potenciase el desplazamiento de los factores productivos a las zonas más eficientes económicamente. No obstante, el propio Libro Blanco, tímidamente, esbozó dos grandes problemas políticos que engendraba el mercado interior: ¿cómo hacerlo sin una política monetaria única?, ¿es posible abandonar a su suerte a esas zonas más desfavorecidas que no atraen a los factores productivos?

El segundo problema nos remite directamente al asunto clásico de la solidaridad interterritorial. Veremos en las siguientes crisis la importancia de esta cuestión. La primera ya estaba presente, como se ha reflejado en el epígrafe anterior, y al calor del evidente progreso del mercado interior, tomará su forma definitiva en el Tratado de Maastricht (1992).

A lo largo de las siguientes lecciones se irán desgranando en detalle las características de la política monetaria y la cooperación en política económica. Ahora, en una perspectiva centrada en las crisis como factor de integración, convine subrayar algunos aspectos centrales que nos permitirán entender el impacto que han tenido las crisis posteriores sobre la lógica diseñada en Maastricht.

Un dato central que nunca puede olvidarse es la distinta intensidad de integración que se otorga a la política monetaria frente a la económica. La primera se comunitariza íntegramente, pasando a ser una competencia exclusiva de la Unión (art. 105 ss. Tratado de Maastricht), mientras que la segunda se considerará únicamente una «cuestión de interés común» (art. 103 ss. Tratado de Maastricht). Ya en sus orígenes, y sobre todo después de la crisis, se señaló que este desacople era un error, de suerte que se hacía inexplicable una unión monetaria que no fuese de la mano con una unión en política económica. Sin embargo, lo que interesa tener en cuenta es que esa asimetría respondía a una lógica política bien clara; es decir, fue un resultado querido y buscado. Se pretendía una fuerte estabilidad de precios, pero manteniendo la responsabilidad de cada Estado en su política presupuestaria y tributaria. Esta autonomía de los Estados miembros respondía a una idea de democracia muy concreta: puesto que no existía un pueblo europeo, las decisiones claves en política económica habrían de quedar en manos de los parlamentos nacionales. En definitiva, no había margen para imaginar un Estado federal europeo, ni en lo económico ni en lo político.

Esa distancia entre la política monetaria y la económica planteaba un problema inédito: ¿cómo lograr la mínima convergencia necesaria para conseguir que Europa fuese una zona monetaria óptima? La solución se buscó una vez más en el Derecho. Se marcaron tres fases para el proceso de construcción de la unión monetaria, que irían desde 1992 al 2000, y en la última el Consejo habría de decidir si al menos una serie de Estado cumplía los llamados criterios de convergencia recogidos en un Protocolo anejo al Tratado (art. 109 J). Estos criterios fueron: una inflación que no superara el 1,5 % de los tres países con mejor comportamiento; ausencia de déficit excesivo; dos años sin devaluaciones; y un tipo de interés no superior al 2 % de los bonos a largo plazo.

En una dramática casualidad, el Tratado de Maastricht se firmó el mismo año que los principales Estados europeos, entre ellos España, padecieron una grave crisis con una especial virulencia financiera. En el llamado «miércoles negro» (16 de septiembre de 1992), el Tesoro del Reino Unido vio cómo la acción coordinada de una serie de inversores expulsaba su moneda del Sistema Monetario Europeo, incapaz el Reino Unido de sostener el valor de la libra. España gastó ingentes cantidades en mantener la peseta, que tuvo que devaluar tres veces en menos de un año. En definitiva, el año 1992 escenificó la eclosión de una nueva economía global y financiera. Las débiles monedas nacionales se encaminaban a ser relevadas por el euro.

III. LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008: EL PARADIGMA DE LA AUSTERIDAD

Existe consenso en torno a la idea de que la crisis económica de 2008 tuvo su origen en las dificultades del sistema crediticio de los Estados Unidos, que había concedido hipotecas de forma masiva por encima del valor de los bienes inmuebles que se garantizaban. Esta situación se fue expandiendo por el continente europeo, afectando de forma desigual a unos y otros Estados. Grecia fue la primera en padecer una crisis de solvencia cuando los mercados de capitales consideraron que no estaba en condiciones de atender sus deudas y decidieron dejar de prestarle dinero.

La situación griega colocó a la Unión frente a un problema político-constitucional: cuando se comparte una moneda, ¿es el Estado el único responsable de su crisis? En caso de asistirlo, ¿qué criterios políticos han de ordenar esa ayuda? La respuesta a estas preguntas se fue componiendo a marchas forzadas, según se agolpaban los acontecimientos. Pero se hilaron a partir de una nueva premisa política: si las dificultades de un Estado ponen en riesgo la zona euro,

los Estados que comparten la moneda deben adoptar medidas adecuadas para asistir a ese Estado. Por tanto, no se deja al Estado a su suerte, pero tampoco se le atiende por la mera razón de pertenecer a la Unión, sino que la intervención se activa cuando el problema individual pasa a ser colectivo. Esto supuso un cambio significativo, revolucionario si se quiere, en comparación con la lógica inicial de la unión económica y monetaria, basada en la responsabilidad individual de cada Estado. En efecto, hasta ese momento los Estados se encargaban de su presupuesto y de su política económica, y las instituciones de la Unión tenían prohibido socorrerlos.

El primer paso se dio con Grecia. La Unión consideró inicialmente que se trataba de una cuestión reducida, sin riesgo de afectar al conjunto del espacio euro. No obstante, se decidió apoyar al Estado griego, pero existía el problema de que la Unión no contaba con un presupuesto suficiente para sufragar las necesidades. En ese momento, los Estados miembros, al margen del presupuesto de la Unión, dotaron, junto con el Fondo Monetario Internacional, la cantidad necesaria para garantizar la solvencia del Estado griego. Ahora bien, el dinero se aportó mediante un préstamo y su desembolso fue supeditado al cumplimiento de determinados criterios de política económica, destinados básicamente a incrementar los ingresos públicos y reducir el gasto. Se inició así la época de la condicionalidad y la austeridad. Basta un mero recuento de los requisitos que se impusieron a Grecia mediante la Decisión del Consejo de 8 de junio de 2010: reforma tributaria para eliminar exenciones, cancelación de los créditos destinados a políticas sociales, recorte de las pensiones más elevadas, reducción de las pagas extraordinarias, aumento del IVA y de los impuestos especiales. En definitiva, ante la imposibilidad de que Grecia adoptase medidas de política monetaria, esencialmente la devaluación de su moneda, se buscó una devaluación interna a través de la disminución de salarios y gasto público para lograr volver al crecimiento económico.

Pronto se hizo evidente que la situación crítica no afectaba solo a Grecia. Se pasó entonces a consolidar los mecanismos de rescate. Primero, a través del artículo 122.2 TFUE, el Consejo aprobó el Reglamento 407/2010 para crear el Sistema Europeo de Estabilización Financiera. El Sistema era en realidad una persona jurídica creada al amparo del Derecho de sociedades de Luxemburgo y cuya finalidad no era otra que canalizar el dinero de las ayudas que fueron recibiendo Grecia, Irlanda y Portugal. Luego se reformó el artículo 136 TFUE para habilitar la creación del Mecanismo de Estabilidad, estipulando ya de modo definitivo una singular organización internacional que habría de organizar los préstamos a los Estados miembros en dificultades. Singular en tanto que se trataba de una organización fuera de la Unión, pero fundada por los

Estados que comparten el euro (abierta a los restantes), y en la que participaban de manera fundamental las instituciones de la Unión, esencialmente el Banco Central Europeo (desde ahora BCE) y la Comisión.

Las soluciones a la crisis no acabaron en los préstamos. Un actor destacadísimo fue el BCE. Con su presidente Mario Draghi como figura prominente, llenó la escena política imponiendo su comprensión de la crisis y las medidas para afrontarla. Entendió el BCE que los shocks asimétricos se debían en gran medida al euro y no al desempeño concreto de los Estados afectados. ¿Cómo había de explicarse, por ejemplo, que España, que contaba con superávit en 2008, incurriera en crisis de liquidez y solvencia, si no fuese por la deuda bancaria propiciada por el bajo coste del dinero que trajo consigo el euro?

El BCE consideró que necesitaba paliar los desequilibrios derivados de la moneda común y decidió suministrar liquidez al sector financiero y, luego, a los Estados. En el primer caso, sus estímulos heterodoxos consistieron básicamente en prolongar los plazos de los préstamos. El segundo supuesto, el de la compra de títulos públicos, fue el más cuestionado. Los artículos 123 y 125 TFUE prohibían al BCE adquirir deuda pública directamente de los Estados. Sin embargo, el BCE consideró que no quedaban fuera de su alcance los mercados secundarios, de suerte que se las ingenió para prestar dinero a toda entidad bancaria que garantizase el crédito con títulos públicos, por ejemplo, españoles o italianos. A trompicones, el BCE se fue convirtiendo en pagador de última instancia, capaz de poner en marcha programas con los que aumentar el dinero en circulación, similar a los de la Reserva Federal o el Banco de Inglaterra. La importancia constitucional de esta medida se reflejó en las disputas judiciales que generó. Primero ante el Tribunal de Justicia, que en *Gauweiler* (2015) y *Weiss* (2018) avaló las medidas con un escrutinio laxo, dejando amplio espacio al BCE en la interpretación de sus potestades [1]. Y luego ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, que, si en una primera sentencia coincidió con el Tribunal de Justicia, luego, en alguna ocasión, puso en duda la profundidad del escrutinio que el tribunal europeo ejerce sobre el BCE.

El Semestre Europeo fue el tercer elemento que surgió en el fragor de la crisis de 2008. Asume que una moneda común requiere algo más que parámetros económicos definidos por el Derecho. Recordemos que inicialmente el punto central de la unión económica y monetaria fue la fijación como criterio normativo de las cifras de deuda pública y déficit a las que habían de someterse todos los Estados (todavía hoy en el Protocolo núm. 13 sobre los criterios

[1] SSTJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, ECLI: EU: C:2015:400, y de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, C-493/17, ECLI: EU: C:2018:1000.

de convergencia). Se pensaba que de este modo se lograría una estructura común respetando la libertad de los Gobiernos nacionales para definir su política económica. Pero la crisis hizo insostenible esta visión. Y aunque en parte se profundizó en esta línea, también se dio paso al impulso de la política económica desde la Unión.

El instrumento que le da cuerpo es el «Semestre Europeo». Arranca en noviembre con el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento de la Comisión, que propone unas orientaciones políticas mediante las cuales analiza los proyectos estatales de presupuestos y la evolución del plan fiscal-estructural nacional a medio plazo (antes de la reforma de 2024, se presentaba un plan anual de reformas). En los meses de invierno, la Comisión publica su revisión de cada Estado, que luego dará lugar a unas recomendaciones. El estudio es aún más exhaustivo para aquellos Estados que se consideran en riesgo de desequilibrios macroeconómicos, que tendrán que elaborar un plan corrector y en última instancia pueden incluso padecer sanciones.

Indiscutiblemente se trata de un mecanismo de dirección política. La Unión intenta determinar, al menos a grandes rasgos, la línea económica de los Estados miembros. Pero, curiosamente, se trata de una suerte de *soft politics* porque en ese impulso se carece de los instrumentos necesarios para una gestión centralizada, como sería una potestad de gasto con su propia Administración o competencias normativas. Realmente se sostiene sobre la *auctoritas* de la Unión, en tanto que los Estados miembros no quieren padecer un reproche en sus presupuestos o planes de reforma. Es cierto que el Semestre Europeo posee también un componente coercitivo, pero es al final del procedimiento de desequilibrios macroeconómicos, que en verdad nos sitúa ante un escenario de crisis total para un Estado, que además incurriría en una deslealtad manifiesta al no querer presentar los planes de corrección. La coerción está ahí, diseñada para no ser utilizada.

Nos queda finalmente el cuarto elemento, la supervisión y resolución bancaria. El modelo teórico sigue siendo el mismo, a saber, la atribución a un ente independiente de las potestades de supervisión y resolución para atajar la quiebra de una entidad. Ahora se sube un escalón y se le retiran esas potestades a los bancos centrales nacionales para atribuirlas al BCE (supervisión) y a la Junta Única de Resolución (JUR). Es un caso típico en el que la teoría política identifica el lugar óptimo para fijar la responsabilidad; y, a la vez, supone una enmienda a la totalidad con relación al modo en el que se habían ejercido las competencias de supervisión por parte de las instituciones estatales.

Como se ha dicho, la lógica permanece inalterada. Pero al elevarse el punto de decisión se produce una obvia centralización en el BCE y la JUR. En

efecto, el BCE dentro de sus competencias de supervisión formula requerimientos de información (art. 10), realiza inspecciones *in situ* (art. 12), autoriza las fichas bancarias (art. 14), evalúa las adquisiciones de participaciones cualificadas (art. 15) y puede exigir toda una panoplia de medidas de supervisión (art. 16): elevar los fondos propios, refuerzo de estructuras, plan de restablecimiento de los requisitos de supervisión, marcar una política de dotaciones, imponer el abandono de actividades, reducción de riesgo, uso de beneficios netos para reforzar fondos propios, prohibir la distribución de dividendos o imponer requisitos específicos de liquidez. No son menos llamativas las competencias de resolución bancaria, pues la JUR determina si una entidad ha de ser resuelta (art. 18) y el modo de resolución (art. 23 ss.). Sin olvidar que también cuenta con un amplio abanico de competencias de investigación (art. 34 ss.).

IV. LA CRISIS ECONÓMICA DERIVADA DE LA PANDEMIA (2020): RETAZOS DE SOLIDARIDAD

La pandemia cerró prácticamente toda actividad por un trimestre y la ralentizó más de un año. La respuesta de la Unión siguió los instrumentos ingeniados en 2008, pero bajo una nueva lógica, que supuso un cambio radical al abandonar el paradigma de la austeridad. Se rechazó cualquier vía de devaluación interna y se planificó una inversión masiva dirigida a revitalizar la actividad bajo el prisma de una economía verde y digital.

La respuesta del BCE fue inmediata, prolongando las soluciones heterodoxas que creó en 2008. Los riesgos eran obvios dada la hibernación de la economía, de ahí que, en el contexto de la política monetaria, se planteasen tres objetivos claros: estabilizar los mercados, garantizar el crédito y frenar la deflación. En marzo de 2020, lo primero que hizo el BCE fue volver a introducir programas de refinanciación a largo plazo, a través de los cuales se prestó dinero a las entidades bancarias por un periodo de hasta 3 años, dando mejor interés en proporción al número de préstamos a las empresas y a los hogares. También en marzo se amplió el Programa de adquisición de activos con sus diversas líneas de compra de bonos corporativos, bonos de titulación de activos, valores públicos en los mercados secundarios y bonos garantizados. Pero este programa se reforzó, y ahí radica la clave, con el Programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia, que destinó 750 billones a la adquisición en los mercados secundarios de renta fija negociable del sector público, cuyo límite temporal inicial fue junio de 2021, luego ampliado a 2022. Además, este programa de

emergencia ganó en flexibilidad, dejando a un lado los límites de cuota por país establecidos en el artículo 5 del régimen ordinario.

No menos relevante fue el acuerdo coordinado de swap y repos para garantizar la liquidez en dólares americanos, alcanzado en marzo por el BCE, la Reserva Federal, el Banco de Inglaterra, el Banco de Japón, el Banco de Canadá y el Banco Nacional de Suiza. Esta medida permitió al BCE suministrar moneda americana a las entidades europeas, rebajando sustancialmente el precio de financiación. Pactos recíprocos de liquidez, que, además, aseguraron la estabilidad del mercado financiero internacional.

La Unión no podía permitirse una nueva respuesta a la crisis centrada en la pauperización de la sociedad. Por ello se creó de inmediato el Programa SURE, de duración temporal limitada (31 de diciembre de 2022, según el artículo 12.3, si bien prorrogable según el apartado 4), que ascendió a cien mil millones de euros (art. 5) complementario a las medidas estatales (art. 2). Consistió en asistencia financiera para aquellos Estados que lo solicitasen, siempre que su gasto público real o previsto hubiera «aumentado de forma repentina y grave desde el 1 de febrero de 2020 debido a las medidas nacionales directamente relacionadas con regímenes de reducción del tiempo de trabajo y medidas similares que tengan por fin hacer frente a las repercusiones económicas y sociales del acontecimiento excepcional causado por el brote de COVID-19» (art. 3).

El destino del dinero fue facilitar el sostenimiento del empleo, manteniendo parte del salario de los trabajadores que temporalmente no podían desempeñar su labor. Además de esa dimensión social, un paso revolucionario fue su financiación a través de deuda pública de la Unión, canalizada mediante bonos sociales (art. 4). Por primera se recurrió a los mercados financieros para apoyar su política de recuperación; se superó uno de los temas tabús durante la anterior crisis.

Para el diseño de la ayuda se siguió en parte el modelo establecido en el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), puesto que la financiación se articuló a través de un préstamo. La concesión se autorizaba en una Decisión de ejecución del Consejo, a propuesta de la Comisión, a la que el Estado había de acreditar ese crecimiento repentino del gasto público (art. 6). Finalmente, se celebraba un acuerdo de préstamo entre la Comisión y el Estado miembro. Se dio, sin embargo, un cambio sustancial respecto al modelo diseñado en el MEDE, pues en el caso del Programa SURE, la ayuda no estaba condicionada a la realización de una serie de reformas.

Junto al Programa SURE, también de forma rápida se aprobó el programa REACT (Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa), que quería evitar una salida asimétrica de la crisis. La Unión entendió que

era imprescindible liquidez inmediata. Dadas las restricciones del derecho presupuestario europeo, ceñido por el Marco Financiero Plurianual, la Comisión aprovechó el uso de los cinco Fondos Estructurales y de Inversión para lograr esa activación económica, veloz en tanto que podían utilizar los programas en marcha, con su finalidad natural de reequilibrar y cohesionar. Lo más relevante fue la metodología utilizada para el reparto del dinero, basada en tres criterios: la pérdida de producto interior bruto, la pérdida de empleo y los techos de inversión en relación con la media de la renta nacional bruta.

Sin duda, el instrumento central para responder a la crisis económica derivada de la pandemia fue el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, aprobado mediante el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, que dispuso una ayuda económica masiva a ejecutar hasta finales de 2023. Articula ayudas financieras para que los Estados miembros alcancen «los hitos y objetivos de las reformas e inversiones establecidos en sus planes de recuperación y resiliencia» (art. 4.2 Reglamento 2021/241). Ahora bien, esos hitos y objetivos tienen que encuadrarse en los ámbitos de actuación definidos por el artículo 3, entre los que destacan la transición ecológica, la transformación digital, la cohesión social y territorial, y la salud.

El Plan nacional de recuperación y resiliencia es el instrumento clave para la conformación de la ayuda. El Reglamento 2021/241 exige que sea un documento «debidamente motivado y justificado», con un contenido mínimo recogido en el apartado 4 del artículo 18. Quiere el Reglamento que el Plan muestre una respuesta integral a la situación económica, efectiva en atención a los retos que diseña, que refuerce el potencial de crecimiento y creación de empleo, y que contribuya a la transición ecológica y a la transición digital. Asimismo, impone que se recojan los planes de inversión concretos, con su correspondiente despliegue temporal, dando cuenta de los proyectos de inversión. Y, no menos importante, pide medidas de seguimiento, con especial énfasis en evitar casos de corrupción y fraude.

Una vez definido el Plan por el Estado miembro, la Comisión lo evalúa. Toma cuerpo una suerte de diálogo político, en tanto que la Comisión debe trabajar «en estrecha cooperación con el Estado miembro». El examen debe verificar, según el artículo 18.4, si el plan cumple con el contenido mínimo exigido (pertinencia), implica repercusiones duraderas y una ejecución correcta (eficacia), la razonabilidad de los costes y la previsión frente a los riesgos de fraude (eficiencia) y su coherencia. A su vez, el análisis de la Comisión ha de precisar la contribución financiera, los tramos de abono, la descripción de las reformas, los plazos para alcanzar los objetivos (2026 es su límite) y las disposiciones adoptadas para el seguimiento. La consideración positiva del Plan

conduce a una Decisión de ejecución del Consejo, que lo aprueba y fija la cuantía de la contribución (art. 20).

La preeminencia política de la Unión sobre los Estados miembros se hace así manifiesta en tanto que marca las líneas de gobierno del Estado miembro. Pero la condicionalidad no acaba ahí. El artículo 10 profundiza en elementos que ya son de sobra conocidos en el campo europeo y que conceptualmente se han consolidado en la idea de «buena gobernanza económica». De este modo, los pagos de la contribución financiera se suspenderán total o parcialmente si el Estado miembro no adopta las medidas necesarias para reducir el déficit excesivo; cuando el Estado miembro no toma esas medidas en el marco del procedimiento de desequilibrio excesivo; o cuando el Estado miembro no cumple con su programa de ajuste macroeconómico.

El Reglamento de Recuperación y Resiliencia prevé que, al menos, la mitad aproximada del montante se distribuya mediante ayudas financieras no reembolsables. Esto es una novedad significativa que separa este instrumento de los utilizados en la crisis de 2008 y lo acerca a los principios que articulan el resto de los fondos sociales. No menos importantes son los criterios de reparto, que adoptan un marcado cariz redistributivo. Según el artículo 11, el 70 % del importe se distribuye en función de la población, la inversa del PIB y la tasa de desempleo. El 30 % restante elimina el criterio de la tasa de desempleo y suma la evolución del PIB real en 2020 y el acumulado en el periodo 2020/2021.

Junto al carácter redistributivo y no reembolsable de las ayudas, se ha de destacar el modo elegido para financiar el gasto. La Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, en su artículo 5, faculta a la Comisión para contraer empréstitos por valor de las ayudas del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, deuda pública que será sufragada por el presupuesto de la Unión. Nos encontramos así con una comunitarización del coste, circunstancia que supone un elemento de solidaridad inédito hasta ahora.

El hecho de que la mitad de la ayuda financiera sean contribuciones no reembolsables pone el foco en el control de la ejecución. En este sentido, el artículo 23.3 dispone que el compromiso jurídico o el préstamo contengan un largo elenco de previsiones dirigido a asegurar el uso correcto de la financiación y reaccionar frente al fraude. Asimismo, el apartado 5 estipula que los acuerdos de ayuda han de prever mecanismos de reducción o reembolso en caso de fraude, corrupción o conflicto de intereses. El control se extiende asimismo al desempeño, de manera que, si los hitos y objetivos no se han cumplido de manera satisfactoria, «se suspenderá el pago de la totalidad o una parte

de la contribución financiera, y, en su caso, del préstamo» (art. 24.6), pudiendo incluso resolver el acuerdo de financiación (art. 24.9).

Finalmente, el Reglamento recoge estipulaciones específicas respecto al equilibrio institucional dentro de la Unión. En virtud del peso específico que cobra la Comisión, se le impone un deber de información al Consejo y al Parlamento (art. 25). Y se prevé un debate bimensual en el Parlamento con la Comisión (art. 26), que además habrá de emitir un informe anual (art. 31) y otro final que ha de resultar de una evaluación independiente (art. 32).

V. MEMENTO

– Toda comunidad política se enfrenta al problema de la desigualdad. Hay zonas más ricas que otras, el lugar en el que se nace es determinante en las posibilidades de prosperidad. Las crisis económicas acentúan esta situación, pues ni se producen ni afectan de manera homogénea.

– Tras la Segunda Guerra Mundial se inicia una serie de proyectos de cooperación supranacional, que en la mayoría de los casos tenían entre sus objetivos reconstruir la economía de un continente hecho añicos. En este contexto se sitúa la CECA (1951), que pone ya los cimientos de la esencia económica del proyecto de integración. Crea un mercado común y se dota de las instituciones necesarias para ello, en especial una Alta Autoridad (que luego será la Comisión) y un Tribunal de Justicia que garantizan a través del Derecho el funcionamiento de ese mercado. Esta será la línea a seguir, pues en la década de los sesenta fracasan la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europa. Se establece así una división funcional según la cual a las Comunidades (luego la Unión) le corresponde racionalizar la economía limando los excesos proteccionistas del Estado nación. En cambio, a los Estados se les reservan las tareas eminentemente políticas, como la redistribución de la riqueza, la definición de elementos de unidad o el reconocimiento de los derechos fundamentales.

– La crisis de los años 70 reforzó el proceso de integración. A finales de la década se creó el Sistema Monetario Europeo, que estableció un mecanismo de cooperación para dar estabilidad a las monedas nacionales dentro de unos márgenes de fluctuación. A principio de los ochenta se prolongó la idea, si bien no como una respuesta a la crisis, sino como un instrumento para completar el mercado interior. Este se relanzó con el Acta Única Europea (1986), que, mediante el reconocimiento mutuo y la estandarización de las condiciones de

producción, agilizó la eliminación de barreras al comercio. El Tratado de Maastricht diseñó la política monetaria como una competencia exclusiva de la Unión, cuya dirección había de corresponder al BCE. Junto a ella dispuso una coordinación de la política económica, en la que los Estados miembros conservaron una amplia autonomía, solo guiados mediante orientaciones generales.

– La crisis financiera (2008) impulsó una respuesta inédita de la Unión, que se articuló en cuatro grupos de intervenciones. En primer lugar, la Unión pasó a corresponsabilizarse de las dificultades de liquidez y solvencia de los Estados, si sus problemas amenazaban a la estabilidad del euro. Las medidas de ayuda se caracterizaron por la condicionalidad y la austeridad. Esto significó que los Estados recibían prestamos condicionados a la realización de una serie de reformas encaminadas a provocar una devaluación interna, con reducción de salarios y de gasto público. Se consideraba que estas medidas eran los ajustes necesarios para que el Estado en cuestión recuperase la productividad. En segundo lugar, se profundizó en la tutela y dirección de la política económica de los Estados miembros a través del Semestre Europeo. En el curso de este procedimiento, la Comisión y el Consejo fijan orientaciones generales para el conjunto de los Estados y particulares para cada uno de ellos. En tercer lugar, el BCE dotó de liquidez a las entidades financieras y a los Estados miembros. Y, en cuarto lugar, se otorgó a la Unión poderes de supervisión y resolución bancaria.

– La respuesta a la crisis económica derivada de la pandemia (2020) ha abandonado el paradigma de la austeridad. Se postulan una serie de instrumentos para generar una inversión masiva. Se creó el Programa SURE para sostener el empleo, el Programa REACT y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que han de dar lugar a una inversión masiva. Las novedades de estos programas son tres: se financian en parte mediante deuda pública de la Unión; la mitad de la inversión se canaliza con transferencias que no han de ser devueltas; y la inversión se reparte en atención a criterios redistributivos.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Arjona Sánchez, M., *El Euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2022.

Balaguer Callejón, F., «Crisis sanitaria y Derecho constitucional en el contexto global», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 121-140.

Balaguer Callejón, F., Azpitarte Sánchez, M., Guillén López, E. y Sánchez Barrilao, J. F. (coords.), *La reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y el progreso de la integración económica,* Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2017.

Dobre, D., «Constitución económica. Una propuesta al debate conceptual», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 157-198.

Eichengreen, B., *The European Economy since 1945: Coordinated Capitalism and Beyond*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

Thiele, A., *Das Mandat der EZB und die Krise des Euro*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013.

Urwin, D. W., *The Community of Europe. A History of European Integration Since 1945*, 2.ª ed., Edimburgo, Pearson Education Limited, 1997.

CAPÍTULO 12

LA UNIÓN MONETARIA

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

RESUMEN

Este capítulo comienza exponiendo el concepto de política monetaria utilizado por el BCE. Seguidamente da cuenta de la reserva de la política monetaria en favor del SEBC, dispuesta por el TFUE. El SEBC despliega la política monetaria de forma independiente y con una estructura jerárquica a cuya cabeza está el BCE, que dirige a los bancos centrales nacionales. Para lograr la estabilidad de precios, el BCE sobre todo opera en los mercados, fijando unas reservas obligatorias y realizando préstamos intradía para colmar esas reservas. Con esos préstamos y los tipos de interés que estipula, genera una correa de transmisión que llega a los bancos comerciales, incidiendo sobre el precio del dinero que estas entidades ofrecen a los particulares.

CONCEPTOS CLAVE

Banco Central Europeo, Correa de transmisión, Estabilidad de precios, Independencia, Medidas estándar y medidas heterodoxas, Mercados financieros, Política monetaria, Precio del dinero, Reservas obligatorias, Sistema Europeo de Bancos Centrales

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Protocolo núm. 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013, que organiza la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

Decisión del Banco Central Europeo de 17 de septiembre de 2014 sobre la aplicación de la separación entre las funciones de política monetaria y supervisión del Banco Central Europeo.

SUMARIO: I. El concepto de política monetaria. *1. La definición de la política monetaria en los Tratados. 2. La comprensión de la política monetaria por el BCE: medidas estándar y medidas heterodoxas. 3. La definición y límites de la política monetaria por el Tribunal de Justicia.*–II. El sistema institucional para el desarrollo de la política monetaria. *1. La lógica constitucional de los bancos centrales. 2. Los principios constitucionales que organizan el SEBC.* A. El funcionamiento político del SEBC. B. La independencia del BCE. C. La reserva de función. D. El sometimiento a control.–III. Los instrumentos para el desarrollo de la política monetaria. *1. La actuación a través de las fuentes del Derecho. 2. La actuación a través de las operaciones de mercado. 3. La «forward guidance».*–IV. Memento.–Bibliografía básica.

I. EL CONCEPTO DE POLÍTICA MONETARIA

1. **La definición de la política monetaria en los tratados**

El artículo 3 TFUE dispone que la Unión ostenta la competencia exclusiva en «c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro». En las lecciones previas se ha estudiado a fondo el concepto de competencia exclusiva. Ahora nos basta recordar que se trata de una categoría que delimita el ámbito de actuación política y jurídica de la Unión a partir de dos variables, el espacio material, que normalmente se corresponde con un fenómeno de la realidad, y los instrumentos con los que se puede actuar sobre esa materia.

El TFUE aclara las potestades de las que dispone la Unión cuando ejerce una competencia exclusiva. Así, en el artículo 3 establece que en esos ámbitos exclusivos «sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión». Dicho de manera sencilla, y para diferenciarla de las competencias compartidas, en la exclusiva el Estado solo interviene si lo habilita una norma de la Unión, o si es preciso ejecutar el Derecho de la Unión, para lo que cuenta con el permiso general que le otorga el artículo 291 TFUE.

Son pocas las competencias exclusivas de la Unión. Al margen de la referencia a la «conservación de los recursos biológicos», todas ellas confluyen en el corazón económico del proceso de integración. En efecto, la Unión goza de competencia exclusiva en unión aduanera, de manera que fija las reglas re-

lativas a la importación de bienes y servicios. La exclusividad recae también en las normas sobre la competencia del mercado, es decir, las reglas que disciplinan el control de las prácticas colusorias entre empresas y las ayudas de estado. Y posee competencia exclusiva en la política comercial común, a saber, las relaciones comerciales que la Unión entabla con otros Estados. En definitiva, dejando a un lado la armonización necesaria para la libre circulación de factores productivos, definida como compartida y regulada en el artículo 114, el resto de las competencias que dan forma al mercado interior están bajo el control exclusivo de la Unión.

Fijado este acercamiento preliminar y una vez establecido que una competencia es un conjunto de potestades sobre una materia, la competencia sobre política monetaria no será otra cosa que el reconocimiento en favor de la Unión de una serie de medios para actuar sobre la política monetaria.

Sin embargo, existe una importante dificultad, puesto que, más allá de la moneda única, este campo de actuación se define por sus fines. El artículo 119.2 TFUE impone el «objetivo primordial [de] mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión […]». Y en el mismo sentido, el artículo 127 TFUE estipula que «el objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo "SEBC", será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales […]».

Ciertamente, en su uso común, la política económica nos remite a los medios que permiten incidir sobre la masa monetaria para controlar la inflación. Ahora bien, la traslación a los Tratados de esta idea esencial que liga la política monetaria al control de la inflación (un objetivo) hace difícil señalar los límites de la política monetaria. Esto sucede precisamente por la confusión entre competencia y objetivo. Los objetivos son también una categoría jurídica con una larga raigambre en el Derecho público. Refieren una figura jurídica, que, sin delimitar los medios y la forma, fijan de manera amplia un punto de llegada. Funcionan, de algún modo, como el complemento de las competencias. Mientras que estas conceden poderes sobre un ámbito, aunque no delimitan el resultado que se ha de obtener, los objetivos, sin definir el ámbito de actuación, señalan el resultado al que ha de dirigirse la acción pública.

Como se ha dicho, el problema surge cuando la norma, como ocurre en los artículos 119 y 127 TFUE, articula la competencia a través de los objetivos: ¿significa entonces que la Unión dispone de todos los medios necesarios para lograr sus fines? Pregunta que se hace aún más difícil de resolver al ser dos, al menos, los objetivos que se ponen en juego: la estabilidad de precios (que es «el objetivo principal), y el «apoyo a las políticas económicas generales de la

Unión». ¿Tienen una relación jerárquica, de manera que el apoyo a las políticas económicas ha de estar siempre subordinado a la estabilidad de precios? ¿Cuál es el índice de precios que justifica un apoyo a las políticas generales?

El modo en el que se ha ido respondiendo a estas preguntas es capital para entender la política monetaria de la Unión. A su vez, su comprensión íntegra requiere tener en cuenta que, al momento de construirse la política monetaria, ya existía una imagen maestra que se había ido decantando a lo largo de los años setenta y ochenta en los Estados constitucionales. Se entendía que los bancos centrales cumplían una doble función política. En circunstancias de normalidad reaccionaban frente a los ciclos económicos ajustando la masa monetaria. Si la economía se calentaba provocando inflación, el banco central la enfriaba elevando los tipos de interés (más adelante veremos con qué instrumentos). En cambio, cuando la economía perdía vigor, el banco central la animaba bajando los tipos de interés.

Además, los bancos centrales habían asumido la llamada tarea de pagador de última instancia. Este término hacía referencia a la función que asumían en aquella situación en las que una crisis de liquidez amenazaba con convertirse en una crisis de solvencia, hasta el punto de que el Estado en cuestión incurriese en una suspensión de pagos. Para evitar estas circunstancias se producía una actuación coordinada entre el tesoro nacional y el banco central. El primero emitía deuda pública en la cantidad necesaria y el segundo, capacitado para emitir tanto dinero como fuese posible, la adquiría en caso de que faltasen compradores privados.

Leído el TFUE a la luz de esta imagen maestra, se ha de concluir que la política monetaria de la Unión, a priori, solo contaba con uno de los instrumentos propios de todo banco central. En el capítulo IV del Protocolo núm. 4, que lleva por título «funciones monetarias y operaciones del SEBC» se recogen, como se expondrá más adelante, las medidas ortodoxas para lograr incidir sobre los tipos de interés. Sin embargo, expresamente se le impide el uso de uno de los instrumentos típicos para desarrollar su función de pagador de última instancia, puesto que el artículo 123 TFUE prohíbe que el BCE autorice descubiertos o ayude en cualquier modo a los Estados miembros. Es decir, el BCE no podrá comprar, al menos directamente, deuda pública de los Estados.

2. La comprensión de la política monetaria por el BCE: medidas estándar y medidas heterodoxas

El BCE, en especial durante la crisis económica, ha acuñado una distinción entre instrumentos *standard* y *non-standard.* Refleja una comprensión

amplia de la política monetaria, circunstancia que ha provocado relevantes interrogantes de derecho constitucional, como veremos en el epígrafe siguiente. Para entender esta clasificación capital es necesario, de manera lo más sencilla posible, recordar cómo despliega todo banco central, su política monetaria destinada a garantizar la estabilidad de precios.

Sabemos que tanto las familias como las empresas necesitan a menudo financiar sus actividades, para lo que solicitan préstamos a los bancos comerciales. Estas entidades, precisamente en virtud de su actividad prestamista, han de mantener siempre unas reservas que garantizan su liquidez. Diariamente ajustan esa reserva. Para ello toman préstamos en el BCE si necesitan completarla (también de otros bancos comerciales); y si tienen excedentes hacen depósitos en el BCE (o préstamos a otras instituciones bancarias). En los créditos que concede el BCE fija un tipo de interés, que, en condiciones normales se proyectan sobre los préstamos que conceden los bancos comerciales. Subiendo o bajando los tipos de los préstamos intradía, el BCE logra controlar la masa monetaria en circulación y con ella los tipos de interés. E igual ocurre con el interés que paga por los depósitos.

Sin duda, esta dinámica depende del comportamiento de las entidades bancarias privadas, de su voluntad de trasladar a sus operaciones el tipo fijado por el BCE. En tiempos de normalidad, esto suele ocurrir de manera suave; se habla de una «cadena de transmisión». Pero, ¿qué ocurre si hay una crisis de confianza y los bancos comerciales deciden no prestar dinero porque tienen serias dudas de que les sea devuelto? La cadena de transmisión deja de funcionar. Y en situaciones críticas, cabe que el mercado monetario desaparezca, empujando el sistema capitalista al colapso. Este fue el riesgo que se vivió en 2008 y que dio lugar a las medidas *non-standard* del BCE. Medidas heterodoxas que fueron destinadas, no a mantener la estabilidad de precios, pues la inflación se hundió a cotas cercanas al cero, sino a conservar la operatividad del mercado financiero. Fue así como el BCE ensanchó la comprensión ordinaria de la política monetaria.

El primer instrumento consistió en facilitar la financiación de los bancos comerciales. Frente a la práctica ortodoxa de créditos a cortísimo plazo, el BCE prestó una cantidad ilimitada de dinero a plazos más largos de tres, seis meses y un año. Más tarde entraría a comprar bonos garantizados (títulos de deuda privada) emitida a vencimientos de tres y siete años. Además, realizó una fuerte bajada de tipos de interés concertada con otros bancos centrales y adoptó con ellos acuerdos para sostener recíprocamente la liquidez de otras monedas, singularmente el dólar.

Sin duda, el momento crítico ocurrió cuando la crisis de liquidez y solvencia comenzó a afectar a los Estados miembros. En el año 2010, el BCE lanzó el lla-

mado *Securities Market Programm,* con el que compró en los mercados secundarios bonos estatales. Puesto que los Tratados le prohibían adquirir directamente deuda pública a los Estados (art. 123 TFUE), la solución que ingenió el BCE fue prestar dinero a los bancos comerciales siempre que trajesen como instrumento de garantía títulos de deuda pública de ciertos Estados. Así, en sentido estricto, la deuda pública la sufragaban los bancos privados, aunque de facto lo hacían con el dinero que les cedía el BCE. Esta última actuación puso de manifiesto la interpretación amplia que el BCE estaba haciendo de la política monetaria y que se ha repetido ante la crisis económica derivada de la pandemia. En el siguiente epígrafe veremos la interpretación judicial que ha suscitado.

3. **La definición y límites de la política monetaria por el Tribunal de Justicia**

«El Tratado FUE no contiene ninguna definición precisa de la política monetaria, pero sí define tanto los objetivos de la política monetaria como los medios de que dispone el SEBC para ejecutar dicha política» [1]. Este es el punto de partida con el que el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a la configuración de la política monetaria, intentando delimitar qué actuaciones puede realizar la Unión en ese campo. El problema surgió inicialmente en el caso *Pringle* (2012), [2] a través de una cuestión prejudicial del *Supreme Court* de Irlanda, que planteó la licitud de la reforma del artículo 136.3 TFUE y del Tratado MEDE. La intervención sobre el artículo 136 habilitó «un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la zona euro en su conjunto» y el MEDE fue ese mecanismo de estabilidad, que ya hemos tratado someramente en el capítulo anterior y que veremos en detalle en la siguiente, pero que, en lo que ahora interesa, conformó un instrumento para dar préstamos a los Estados en dificultad, a cambio de que realicen determinadas modificaciones de política económica. El interrogante sobre la naturaleza y los límites de la política monetaria se hizo más agudo en el asunto *Gauweiler* (2015) y luego en el caso *Weiss* (2018) [3]. En ellos, el Tribunal de Justicia resolvió cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que discutían la validez de los programas del BCE de compra de deuda pública soberana en los mercados secundarios, esto es, deuda que no se adquiría directamente del Estado que emitía los bonos, sino de los bancos co-

[1] STJ de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, C-493/17, apdo. 50, ECLI: EU: C:2018:1000.
[2] STJ de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, ECLI: EU: C:2012:756.
[3] SSTJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, ECLI: EU: C:2015:400, y de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, C-493/17, ECLI: EU: C:2018:1000.

merciales que los obtenían y los presentaban como garantía para obtener préstamos del BCE.

La sentencia *Weiss* (2018) recoge la doctrina que se había ido elaborando en las anteriores, y, como se ha señalado al principio de este epígrafe, comienza indicando la indefinición que ofrecen los Tratados en la configuración de la política monetaria. El Tribunal de Justicia intenta ganar concreción fijándose en los objetivos y los medios que el Tratado determina para la política monetaria. Así, afirma que «el objetivo primordial de la política monetaria de la Unión es mantener la estabilidad de precios […] sin perjuicio de este objetivo, el SEBC prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de esta» (apdo. 51). Y respecto a los medios, se limita el Tribunal de Justicia a remitir al Protocolo en el que se recoge, con rango de Tratados, los instrumentos típicos de política monetaria (apdo. 52).

El Tribunal de Justicia añade que «los autores de los Tratados no pretendían establecer una separación absoluta entre las políticas económica y monetaria» (apdo. 60). Esta advertencia es importante porque en las cuestiones prejudiciales se planteaba que las medidas heterodoxas del BCE, en realidad, eran acciones de política económica que alteraban el funcionamiento ordinario del mercado. El Tribunal de Justicia respondió que «una medida de política monetaria no puede equipararse a una medida de política económica por el mero hecho de que pueda tener efectos indirectos a cuya consecución pueda también aspirarse en el marco de la política económica» (apdo. 61). En definitiva, el Tribunal de Justicia recalcó que la política monetaria inevitablemente afecta en la economía real, pero eso no la convierte en política económica: «[…] procede recordar que la dirección de la política monetaria implica influir de modo continuado en los tipos de interés y en las condiciones de refinanciación de los bancos, lo que necesariamente entraña consecuencias para las condiciones de financiación del déficit público de los Estados miembros» (apdo. 64). Continuó afirmando, «[m]ás concretamente, como ha expuesto el BCE ante el Tribunal de Justicia, la transmisión de las medidas de política monetaria del SEBC a la evolución de los precios requiere, entre otras cosas, facilitar la concesión de crédito a la economía y modificar el comportamiento de los agentes económicos y de los particulares en materia de inversión, consumo y ahorro» (apdo. 65). Y concluyó «[p]or lo tanto, para ejercer influencia sobre las tasas de inflación, el SEBC debe necesariamente recurrir a medidas que produzcan determinados efectos sobre la economía real, a cuya consecución también podría aspirarse, con otros fines, en el marco de la política económica. […]» (apdo. 66).

Definida la naturaleza de la política monetaria por sus objetivos (estabilidad de precios y apoyo a las políticas generales de la Unión) y por sus medios (los propios con los que se interviene en los mercados monetarios), el Tribunal de Justicia ha trazado dos límites: la proporcionalidad de medios a fines y la barrera estipulada en el artículo 123 TFUE.

Respecto al primero ha advertido de que el carácter técnico y complejo de las apreciaciones que había de hacer el BCE obliga al Tribunal de Justicia a concederle «una amplia facultad de apreciación» (apdo. 73), de manera que solo se sobrepasarían esos límites si se diese «un error manifiesto de apreciación del análisis económico del SEBC» (apdo. 78) en lo referido a la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo de política monetaria.

En relación con el límite que se deriva del artículo 123 TFUE, el Tribunal de Justicia ha confirmado que «prohíbe toda asistencia financiera al SEBC a un Estado miembro», pero a su vez ha admitido que no excluye «la facultad del SEBC de comprar a los acreedores de dicho Estado títulos previamente emitidos por este último» (apdo. 103). El riesgo, lógicamente, radica en la posibilidad de que esa compra en los mercados secundarios, de facto funcione como una compra directa de deuda al Estado miembro. Para conjurar este peligro, el Tribunal de Justicia exige que el programa en cuestión se defina de tal manera que los operadores privados no actúen como meros intermediarios por la certeza de que el BCE les comprará los bonos que ellos han adquirido (apdo. 110). E, igualmente, impidiendo esa certeza de compra automática, se evita la amenaza de que los Estados miembros abandonen la voluntad de «aplicar una sana política presupuestaria» (apdo. 107).

II. EL SISTEMA INSTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA MONETARIA

1. **La lógica constitucional de los bancos centrales**

Hoy aceptamos sin mayor dificultad que los bancos centrales han de ser independientes y dirigidos por personas con conocimiento en el ámbito de la política monetaria. No obstante, esta afirmación parece plantear algunas contradicciones a la luz del principio democrático: si todo el poder procede del pueblo, ¿cómo es posible aceptar que la política monetaria queda al margen de las instituciones que dan expresión a la soberanía popular? La respuesta, y con ella la comprensión del sistema institucional que desarrolla la política monetaria, necesita una mínima revisión de la teoría democrática.

La reflexión sobre la democracia suele llevarnos, en un primer acercamiento, a la dicotomía entre democracia representativa y democracia directa. Así, por lo general, entendemos que el principio democrático se materializa, bien mediante la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, que actualmente suele concretarse, aunque no solo, en los referéndums, o bien a través de los parlamentos, instituciones esenciales para articular la representación política.

El sentido contemporáneo de la democracia no se agota en esta polaridad. Hoy conviene utilizar el concepto de democracia constitucional para definir así un modelo en el que rige el principio de la mayoría, pero modulado por el control político y el control jurídico (no hay democracia si esta es la simple decisión de la mayoría). A su vez, en la democracia constitucional se abre espacio a la capacidad técnica en la configuración de otras instituciones, como la Administración y el Poder Judicial. Su vinculación al principio democrático se sostiene sobre el principio de legalidad y la sujeción al imperio de la ley, ley que, en definitiva, emana del Parlamento.

Los bancos centrales presentan una variante en la articulación del principio de especialidad técnica, porque no son un mero instrumento de control y porque desempeñan una amplia acción política dentro de los fines que le marca la ley. La razón histórica de su singular posición se explica por la necesidad de evitar las tensiones inflacionistas que causaba la dinámica política. Tras la Segunda Guerra Mundial se hizo evidente que los Gobiernos subordinaban en gran medida la política monetaria a sus intereses electorales, desvinculándola del ciclo económico. Cuando se acercaba el correspondiente proceso electoral era una tentación irresistible utilizar los diversos instrumentos al alcance para generar el dinero que diese a la población una mayor capacidad de consumo, siquiera con efectos temporales. A esta circunstancia habría que añadir el especial peso que ganó en Europa el marco alemán, cuyo poderío era sostenido, en una parte sustancial, por la férrea política del Bundesbank, nítidamente separado del resto de órganos de dirección política.

Esta breve explicación histórica nos permite comprender la situación actual. Pero no nos da una justificación constitucional del estatus de los bancos centrales, caracterizados por la independencia técnica y al margen de la dicotomía mayoría/oposición que define nuestras democracias. Podemos, como ya se ha señalado, volver al sentido esencial de la democracia constitucional, que es el gobierno de la mayoría, si bien sometido al control político de la minoría y al control jurídico de los tribunales. Cabría entonces concluir que, hoy, simplemente se introduce una variable más, según la cual, la acción mayoritaria encontraría otro límite adicional, la estabilidad de precios, sin el

cual la política económica es de facto inviable. Sería también admisible negar la premisa mayor del problema, sosteniendo que la naturaleza democrática de los bancos centrales se logra en la medida que su campo de actuación está suficientemente delimitado por la ley. O bien, tendría sentido concluir que los sistemas constitucionales no se agotan en el principio democrático, de manera que para su funcionamiento requieren de la introducción de otros elementos, entre ellos, por ejemplo, el tecnocrático (o burocrático) que antes de los bancos centrales ya estaba presente en la Administración o el Poder Judicial. Es decir, los sistemas constitucionales necesitan de expertos que den sentido a las decisiones populares.

La lógica constitucional de los bancos centrales continúa siendo una cuestión abierta desde el punto de vista teórico. Sin embargo, en términos prácticos, y sobre todo en el campo del Derecho de la Unión, nunca hubo dudas sobre la configuración del BCE. Desde los primeros sistemas de cooperación informal que hemos analizado en el capítulo anterior, la política monetaria fue conducida por los bancos centrales nacionales. Cuando en el año 1992 acabó tomando forma la política monetaria, un elemento asumido por todos era que el BCE habría de parecerse lo más posible al *Bundesbank*. Así las cosas, nadie pone hoy en cuestión la posición del BCE, que se desenvuelve al margen del equilibrio institucional Comisión/Consejo/Parlamento, componente esencial de la vida política de la Unión. Solo teniendo en cuenta la singular condición del BCE es posible una estructuración coherente de los principios que dan forma al sistema institucional encargado de diseñar la política monetaria.

2. **Los principios constitucionales que organizan el SEBC**

A. El funcionamiento político del SEBC

El Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) está compuesto por los bancos centrales de cada Estado miembro y el BCE (art. 1 del Protocolo), teniendo este último dos órganos rectores, el Consejo de Gobierno y el Comité Ejecutivo (art. 129 TFUE). Con esta estructura se quiere lograr que las distintas sensibilidades estén presentes en la definición de la política monetaria, pero, a su vez, que esta quede fijada con claridad y se impute la responsabilidad a un centro de decisión. Para comprender este juego dialéctico entre pluralismo y dirección jerarquizada es conveniente distinguir la fase de formación de la política monetaria y la fase de su ejecución.

El Consejo de Gobierno formula la política monetaria de la Unión y establece las orientaciones para su cumplimiento (art. 12 del Protocolo). A los gobernadores de los bancos centrales se le unen los miembros del Comité Ejecutivo (art. 10.1 del Protocolo), Comité Ejecutivo que, además, prepara las reuniones del Consejo de Gobierno (art. 12.2). En principio, el Consejo de Gobierno, que se reunirá al menos diez veces al año (art. 10.5 del Protocolo), garantiza que la política monetaria se construya conociendo las particularidades económicas de cada Estado miembro. Sin embargo, como ya se ha señalado, en última instancia se hace necesaria una dirección centralizada, la cual corresponde a los seis miembros del Comité Ejecutivo (nombrados, no lo olvidemos, por el Consejo Europeo), que «pondrá en práctica la política monetaria de conformidad con las orientaciones y decisiones adoptadas por el Consejo de Gobierno» (art. 12.1 del Protocolo).

En la puesta en práctica de la política monetaria, esto es, en su concreción y ejecución, el Comité ejerce una dirección jerarquizada. Lo repiten una y otra vez los Estatutos: «el SEBC estará regido por los órganos rectores del BCE» (art. 8 del Protocolo), que decide cuándo recurrir a los bancos centrales nacionales para ejecutar las operaciones (art. 12.1 del Protocolo; «[E]l Comité Ejecutivo pondrá en práctica la política monetaria […]. Al hacerlo impartirá las instrucciones necesarias a los bancos centrales nacionales» (art. 12.1 del Protocolo); «[L]os bancos centrales nacionales serán parte integrante del SEBC y su actuación se ajustará a las orientaciones e instrucciones del BCE […]» (art. 14.3 del Protocolo). Estas previsiones normativas dan pie a una situación en la que, efectivamente, el Comité Ejecutivo del BCE, con su presidencia a la cabeza, dominan el escenario de la política monetaria, de tal manera que es sencillo imputar ahí su dirección.

La dirección jerarquizada de naturaleza política se transforma en decisiones normativas, como acabamos de ver. ¿Qué pasa si un banco central nacional se aparta de los dispuesto por el BCE? A diferencia de lo que ocurre en la supervisión bancaria, el BCE no cuenta en este punto con un poder de sustitución. Sí goza, por el contrario, de la facultad de exigir ante el Tribunal de Justicia el cumplimiento de sus decisiones, tal y como recoge el artículo 35.6 del Protocolo núm. 4. A lo que hay que sumar la acción del artículo 14.2 del Protocolo, que permite al gobernador nacional afectado o al Consejo de Gobierno recurrir ante el Tribunal de Justicia cualquier decisión que afecte al estatus del gobernador en cuestión.

El Comité Ejecutivo es el órgano rector que «pone en práctica la política monetaria» (art. 12.1). Los seis miembros, incluido su presidente y vicepresidente, son elegidos por el Consejo Europeo con mayoría cualificada, «sobre la

base de una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno» (arts. 283 TFUE y 11.2 Protocolo). Esta designación nos recuerda que el BCE es una institución política, en el sentido de participar en la definición del sistema de gobierno, dando forma al modo en el que se toman las decisiones en la Unión. Además, conecta al BCE con el modelo de democracia representativa recogido en el artículo 10 TUE, de manera que la legitimidad del BCE se sustentaría en su sometimiento al Tratado y en la conexión de sus dirigentes con las instituciones que articulan la democracia representativa. Además, es de esperar que la intervención de las diversas autoridades en el proceso de designación produzca la elección de personas con un cierto bagaje político, capaces de ejercer su función con sensibilidad respecto a las restantes instituciones.

B. La independencia del BCE

La independencia en el desempeño de una función política significa que esta se ha de ejercer de conformidad con el interés general, no permitiendo que en su margen de decisión entren en juego intereses espurios, principalmente los personales de quien ejerce la función, los de grupos privados, así como los provenientes de otras instituciones públicas que carecen de habilitación para participar en ese campo. La independencia es entonces un atributo organizativo que pretende asegurar que la concreta función se desempeña en conexión con el interés general, que ciertamente admite muchas definiciones, pero que, en cualquier caso, no puede ser secuestrado por unos pocos. Y, a la vez, la independencia es un instrumento que asegura el equilibrio institucional dentro de esa organización.

Ahora bien, la independencia se justifica por ser útil a un fin. En el caso de la política monetaria, la independencia se considera un elemento nuclear para garantizar la estabilidad de precios. Esta conexión es una premisa política que ha ido construyéndose históricamente, pero que hoy se considera un axioma. En efecto, el análisis de los principales Estados del orbe capitalista muestra en qué medida la banca central fue desligándose del tesoro público. Hoy se entiende que solo mediante la independencia es posible desligar la política monetaria del ciclo electoral y orientarla de ese modo a la estabilidad de precios.

La independencia en el ejercicio de la política monetaria puede alcanzarse con diversos instrumentos. El primero es la prohibición de instrucciones. Los artículos 130 TFUE y 7 del Protocolo establecen esta prohibición en un

doble sentido. En primer lugar, ni el BCE, ni los bancos centrales nacionales, ni sus miembros pueden recabar o aceptar «instrucciones procedentes de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, de ningún Gobierno de un Estado miembro ni de ningún otro organismo». Y, en segundo lugar, los organismos de la Unión y los Gobiernos de los Estados miembros «se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir sobre los miembros de los órganos rectores del BCE o de los bancos centrales nacionales». Por tanto, esta prohibición de instruir abarca todo tipo de actuación, ya sea una clara amenaza o una simple sugerencia, dirigida a condicionar la política monetaria. Sin duda, cualquier comportamiento de tal naturaleza, sería recurrible ante el Tribunal de Justicia para que ejerza el pertinente control de legalidad. Pero es de esperar que la reacción ante estas conductas se limite a una advertencia por parte del BCE, que a su vez deje espacio para la crítica.

Un segundo instrumento de garantía de la independencia es el estatuto de los miembros del Comité Ejecutivo. Para que las personas que ejercen la función puedan resistir las influencias es preciso dotarlas de un estatuto que aleje la tentación de dejarse llevar por intereses extraños. En este sentido, los artículos 283 TFUE y 11.2 Protocolo imponen a los miembros del Comité Ejecutivo un mandato cerrado por ocho años, que no será renovable. Además, mientras que desempeñen el cargo, lo harán de modo exclusivo, no pudiendo ejercer otra actividad. Los miembros del Comité Ejecutivo solo serán removidos del cargo si dejan de reunir las condiciones para su ejercicio (nacionalidad de un Estado miembro) o si cometen una falta grave. Esta indefinición de las causas de remoción y su resolución por el Tribunal de Justicia a petición del Comité Ejecutivo o del Consejo de Gobierno, recuerda en parte a la figura clásica del *impeachment*, figura que se mueve entre la responsabilidad política y la jurídica.

La tercera técnica de garantía de independencia es la extensión del mencionado estatuto a los bancos centrales nacionales. El artículo 131 TFUE y el 14 del Protocolo estipulan que la legislación nacional será compatible con los Tratados y los Estatutos del SEBC y el BCE. Este mandato de compatibilidad busca simplemente que los bancos centrales nacionales, cuyos gobernadores forman parte del Consejo de Gobierno, tengan un estatus compatible con la independencia que se predica de las personas que conforman el Comité Ejecutivo. No en vano, el apartado segundo del artículo 14.2 del Protocolo ordena que el mandato del gobernador «no sea inferior a cinco años» y también condiciona el relevo a la pérdida de los requisitos para el cumplimiento de las funciones o falta grave. No menos importante es que el control de este estatus queda en manos del Tribunal de Justicia.

Un ejemplo de lo dicho lo expresa la sentencia del Tribunal de Justicia *Ilmārs Rimšēvičs* (2019), en la que se anuló la decisión de una autoridad letona anticorrupción que había suspendido en sus funciones al gobernador del banco central letón, por sospechas de cohecho. El Tribunal de Justica, en el apartado 93, consideró que no existía ningún indicio de prueba de ese cohecho, por lo que las medidas adoptadas suponían una alteración indebida de la independencia del citado gobernador [4].

C. La reserva de función

La independencia pretende separar al BCE de la política ordinaria. En contrapartida, su ámbito de actuación queda claramente delimitado. El artículo 127.2 TFUE atribuye en exclusiva al SEBC las actividades propias de la política monetaria: definir y ejecutarla, realizar operaciones de divisas, gestionar las reservas de divisas y tutelar el sistema de pago. Asimismo, en el artículo 128 se le reconoce el «derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euro», que serán los únicos de curso legal en la Unión. Y, en el Capítulo IV, el Protocolo habilita un elenco de instrumentos para desplegar esas tareas. No hace falta mayor reflexión para comprobar que, a diferencia de otras funciones, por ejemplo, la legislativa o la presupuestaria, el Tratado no reparte la función monetaria entre diversas instituciones.

En paralelo a la reserva de la política monetaria en favor del SEBC, hemos de preguntarnos si los Tratados solo le permiten ejecutar esa función, es decir, si la reserva es de doble dirección, determinando lo que puede hacer, pero también lo que le queda vedado. Una visión completa, siempre tomando como contraste la función legislativa y la presupuestaria, nos muestra que el SEBC no está llamado a ocupar lugar alguno en ellas, con las matizaciones que luego se harán sobre el propio sistema de fuentes del BCE. Sin embargo, el artículo 127 TFUE advierte de que el SEBC, además de asegurar la estabilidad de precios, «apoyará las políticas generales de la Unión». Ya se ha señalado que esta referencia, más que otorgar una nueva función, sirve para matizar los efectos posibles de la política monetaria, aceptando que puede incidir en aspectos de la política económica general. Es decir, el SEBC, en el desempeño de la política monetaria, guiada siempre por la estabilidad de precios, produce efectos económicos.

Se ha de señalar también el apartado 6 del artículo 127, que habilita al Consejo, mediante unanimidad, para dictar reglamentos que encomienden al

[4] STJ de 26 de febrero de 2019, *Ilmārs Rimšēvičs*, C-202/18 y C 238/18, ECLI: EU: C:2019:139.

BCE «tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros». Sendos Reglamentos han desarrollado esta encomienda; lo veremos más adelante con detenimiento. Pero ahora interesa que nos fijemos en el Reglamento (UE) núm. 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013, que organiza la supervisión prudencial de las entidades de crédito. En su artículo 25 establece el principio de separación de funciones, según el cual ninguna de las dos (monetaria y supervisión) influirá sobre la otra, teniendo cada una sus propios objetivos. Para ello se establece un mandato de separación del personal y el Consejo de Gobierno tendrá reuniones y órdenes del día totalmente distintos según una u otra. Finalmente, es oportuno tener en cuenta el apartado 4 del artículo 14 del Protocolo, que, en referencia a los bancos centrales nacionales, ante la hipótesis de que asuman funciones adicionales, otorga al Consejo de Gobierno del BCE, por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, un veto si «dichas funciones interfieren en los objetivos y tareas del SEBC».

En definitiva, el SEBC cumple una labor esencial dentro de la política monetaria en toda su amplitud, que incluye los efectos sobre la política económica. Y, además, desde 2013, cuenta con las políticas de supervisión bancaria. Fuera de estos campos, carece de atribuciones.

La reserva de función se garantiza también mediante diversas técnicas. La primera es la rigidez de los Tratados. El detalle de la organización del SEBC se despliega en el Protocolo núm. 4, conjunto normativo que, en principio, tiene la misma eficacia jurídica que cualquier otra norma de los Tratados y, por tanto, solo podrá ser modificado por la fuente de reforma prevista en el artículo 48, que exige unanimidad de todos los Estados miembros. No obstante, el propio TFUE, en el apartado tercero de su artículo 129, prevé la posibilidad de que ciertas disposiciones sean modificadas por el procedimiento legislativo ordinario. Es decir, el Tratado selecciona algunos asuntos (información estadística, las operaciones del SEBC, asignación de ingresos monetarios y personal), cuya reforma no necesita la citada rigidez.

Otro instrumento de garantía es la autonomía reconocida a la institución y lo que ello conlleva (personalidad jurídica propia, capacidad jurídica, gestión de personal y potestad reglamentaria de organización). Precisamente porque el BCE dispone libremente de sus medios, queda protegido frente a las injerencias de cualquier otra institución. Un primer mecanismo en este sentido es la personalidad y capacidad jurídica del BCE. Recogidas en los artículos 282 TFUE y 9 del Estatuto refieren la posibilidad de que el BCE entable cualquier tipo de relación jurídica, deteniéndose el apartado 1 del artículo 9 en especifi-

car, a título de ejemplo, «adquirir o vender propiedad mobiliaria e inmobiliaria y ser parte en actuaciones judiciales». Se consigue así que el BCE se pertreche de los medios materiales necesarios para desarrollar su función (edificios, suministros, etc.) sin el control de intervención de una institución extraña. Como esa actividad se ha de concretar con comerciantes de todo tipo y nacionalidad, esa personalidad y capacidad jurídica se le atribuye en su forma «más amplia» en todos los Estados miembros.

También dispone el BCE de autonomía sobre su personal y de autonomía reglamentaria. El artículo 36 del Protocolo núm. 4 atribuye a Consejo de Gobierno, a propuesta del Comité Ejecutivo, el establecimiento de las «condiciones de contratación del personal del BCE». La definición de la política de personal, a saber, el tipo de trabajadores, la determinación de sus remuneraciones, la duración de su empleo, etc., permite a la institución configurar el modo de desempeñar su función. El artículo 12.3 del Protocolo núm. 4 atribuye al Consejo de Gobierno para adoptar el reglamento interno «que determinará la organización interna del BCE y de sus órganos rectores». Esta atribución es una garantía más que permite al BCE definir su forma de trabajo sin intervenciones externas.

Un último instrumento para garantizar la reserva de función del SEBC es la legitimación procesal que el artículo 263 otorga al BCE para «salvaguardar sus prerrogativas». Así las cosas, el BCE, a diferencia del resto de instituciones, no puede acudir para proteger el ordenamiento en términos generales, pero sí está habilitado para hacerlo en defensa de sus funciones.

D. El sometimiento a control

Los dos controles posibles son el político y el jurisdiccional. En el ámbito del Derecho público corresponde siempre hablar de control político. Este tipo de examen parte de la premisa de que la institución controlada cuenta con un amplio margen de elección para materializar el interés general en un determinado sector, pudiendo definir tanto los objetivos como los medios. En contrapartida, las instituciones que controlan gozan también de gran libertad para cuestionar las decisiones correspondientes. La política es el discurso sobre aquello que es bueno para la sociedad, debate que en sí mismo admite muchos matices.

Es obvio que este tipo de control se ha construido inductivamente a partir de la dinámica que se genera en los sistemas de gobierno constitucionales, sean parlamentarios o presidencialistas. Quien controla es el Parlamento y el horizonte último son las elecciones, donde unas y otras posiciones se verán

sometidas al examen del electorado. La traslación de esta mecánica a otros ámbitos no es fácil. La política monetaria y la acción del BCE es un buen ejemplo. Existen una serie de circunstancias que conducen a poner en cuestión la misma posibilidad de un control político.

La primera responde a la lógica constitucional de los bancos centrales explicada en el epígrafe anterior. Bien pronto estos fueron situados precisamente fuera de la dinámica político-electoral, en el entendido de que las elecciones son un incentivo perverso para mantener criterios monetarios vinculados al ciclo económico. Si los bancos centrales están fuera de la estructura electoral/parlamentaria, ¿quién los ha de controlar? En segundo lugar, la independencia supone una dificultad esencial en el desempeño de la función de control. ¿Quién ha de ejercer ese control si los organismos de la Unión y los Estados miembros tienen vedado dictar instrucciones? ¿Cómo ejercer el control sin la posibilidad siquiera de plantear alternativas? Más aún, ¿qué consecuencias habría de tener ese control si está blindado el mandato de los miembros del Comité Ejecutivo y el de los gobernadores de los bancos centrales? Finalmente, no debe dejar de reseñarse el carácter no público o reservado de la actuación del BCE, en tanto que las reuniones del Consejo de Gobierno son confidenciales (art. 10.4 del Protocolo) y el BCE «podrá decidir hacer públicos sus decisiones, recomendaciones y dictámenes». Sobra subrayar que, si no se conocen las deliberaciones o la actuación del BCE, difícilmente se puede ejercer el control político.

No obstante, los Tratados intentan generar unos mimbres mínimos de control político a través de dos mecanismos. Primero, la participación del presidente del Consejo y de un miembro de la Comisión en las reuniones del Consejo de Gobierno (art. 284.1 TFUE). Es de esperar que en esas reuniones tales miembros marquen su posición e incluso provoquen ciertos debates, pues el presidente del Consejo puede exigir la deliberación de una moción. Segundo, mediante las obligaciones de información anual, con obligación de la Presidencia del BCE de presentar un informe al Consejo y al Parlamento Europeo, pudiendo este último «proceder a un debate general sobre esa base» (art. 284.3) Deber de información que puede ser continúo por los miembros del Comité Ejecutivo en las comisiones del Parlamento Europeo.

El otro control es el jurisdiccional. El artículo 263 TFUE, que regula el llamado control de legalidad de los actos de la Unión, incluye al BCE entre los sujetos cuyas actuaciones son susceptibles de ser impugnadas por cualquier institución o por el particular que goce de legitimación para ello. Asimismo, nada impide que sus actos sean también objeto de una cuestión prejudicial de validez de acuerdo con el artículo 267 TFUE.

Sin embargo, en el caso del BCE se plantea un problema singular. Gran parte de sus actuaciones se materializan mediante un conjunto de operaciones realizadas en los mercados, que, al efectuarse de manera simultánea, tienen un efecto general sobre la política monetaria. Lo relevante es que no toman forma en una fuente del derecho ordinaria, sino que a menudo solo son anunciadas por un comunicado de prensa del BCE. ¿Cómo someter a control judicial una operación de este tipo? ¿Cuál sería el objeto de la impugnación?

Un buen ejemplo lo ofrece el programa del BCE para comprar deuda pública en los mercados secundarios. El BCE se limitó a comunicar su decisión, antes siquiera de articularla jurídicamente. Esa mera declaración se impugnó ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que terminó por plantear una cuestión prejudicial en la que se inquiría si un mero anuncio podía ser objeto de control de validez. En el ya citado asunto *Gauweiler* (2015) el Tribunal de Justicia admitió la cuestión prejudicial, pero fueron las conclusiones del abogado general Cruz Villalón las que de forma más extensa abordaron el problema. En ellas sostuvo que «las circunstancias que rodean al programa OMT parecen confirmar que el objetivo del BCE era "intervenir" en los mercados, acaso de forma no convencional, mediante el sólo anuncio del programa» (apdo. 84) y «[e]s un hecho que la política de comunicación pública de los bancos centrales se ha convertido en uno de los ejes centrales de la política monetaria contemporánea» (apdo. 87) [5].

En cualquier caso, respecto a las operaciones que el BCE realiza en los mercados, que podríamos calificar en términos generales de compraventa, y que por definición están sujetas al derecho privado, se pueden plantear también problemas concretos entre el BCE y el adquiriente. Ante este fenómeno, el Protocolo núm. 4 abre la posibilidad de su control a los tribunales nacionales (art. 35.2), si bien permite que en acuerdos privados se fije la competencia del Tribunal de Justicia mediante las cláusulas compromisorias del artículo 35.4.

Finalmente debemos subrayar un tipo de control que se mueve entre el control jurídico y el político, y que no está destinado a valorar la actuación del órgano, sino la de sus titulares. Es el mecanismo previsto en el artículo 11.4 de Protocolo, según el cual el Tribunal de Justicia podrá separar a un miembro del Comité ejecutivo si no reúne «los requisitos exigidos para desempeñar sus funciones o si en su conducta se observara una falta grave». El juicio, en principio, debe ser jurídico, pues lo emite el Tribunal de Justicia. Lo que ocurre es que el parámetro es demasiado lábil, no parece tener la densidad necesaria para predeterminar en cualquier caso las conductas que darían lugar a la separación. De

[5] AG Cruz Villalón, conclusiones de 14 de enero de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, ECLI: EU: C:2015:7.

una parte, está claro que la pérdida de independencia por recibir instrucciones podría ser una causa de separación. Pero ¿qué se entiende por falta grave? Cabe pensar que se refiere al supuesto en el que un miembro del Comité Ejecutivo comete un ilícito penal que es juzgado por un tribunal de esta naturaleza, pero como consecuencia adicional el Tribunal de Justicia podrá separarlo del cargo. Aunque también es posible imaginar conductas puramente políticas de gravedad que justificarían esa separación. La naturaleza híbrida entre lo político y lo jurídico lo confirma el modo de ejercicio de la acción, que está reservado al Consejo de Gobierno o al Comité Ejecutivo. Es decir, el propio órgano afectado reclamaría la intervención del Tribunal.

III. LOS INSTRUMENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA MONETARIA

En el estudio de los instrumentos de desarrollo de la política monetaria debemos distinguir la potestad del BCE para dictar fuentes del derecho y su capacidad para operar en los mercados financieros. Además, habremos de atender a la llamada «*forward guidance*», un instrumento singular.

1. **La actuación a través de las fuentes del Derecho**

Los artículos 132 TFUE y 34 del Protocolo ponen a disposición de BCE parte del sistema general de fuentes previsto en el artículo 288 TFUE. Lo hacen, sin embargo, con una serie de particularidades que nos desvelan el sentido de la singular posición del BCE. Los citados preceptos estipulan que el BCE «elaborará reglamentos», «tomará decisiones» y «formulará recomendaciones y dictámenes». Un primer dato evidente es que el BCE no adopta directivas, esa fuente que obliga en cuanto al resultado, dejando libertad de medios y formas a los Estados miembros. De algún modo, esta ausencia de directivas aprobadas por el BCE es un indicio de que su actuación normativa es limitada al espacio propio de sus funciones, que son eminentemente ejecutivas. ¿Para qué necesita directivas si su actuación está encaminada a dirigir en concreto la actuación de los bancos centrales nacionales? La idea de limitación funcional de las fuentes del BCE se hace aún más notoria al constatar que la potestad para elaborar reglamentos está limitada a una serie de materias previstas en los Estatutos del SEBC: definir y ejecutar la política monetaria de la Unión (primer guion del artículo 3.1), exigencias de reservas mínimas (excluida la base y los coeficientes de esas

reservas, apartados 1 y 2 del artículo 19), sistema de compensación de pagos entre bancos centrales (art. 22) y supervisión prudencial (art. 25.2).

Una segunda peculiaridad es que las fuentes que dicta el BCE no están adjetivadas por su condición de actos legislativos, delegados o ejecutivos. Esto es una consecuencia necesaria del hecho de que el BCE monopolice la elaboración de sus fuentes en el campo de la política monetaria, sin que intervengan otras instituciones de la Unión. No olvidemos que la tipología de actos legislativos, delegados y ejecutivos expresa la división de funciones intraorgánica en el seno de la Unión, de manera que conocemos de qué órgano procede cada fuente según su nomenclatura. Puesto que el BCE tiene reservada la política monetaria, sin necesidad de colaborar con otros órganos, es imposible imaginar el escenario de actos legislativos, delegados o ejecutivos.

No obstante, los artículos 132 TFUE y 34 del Protocolo núm. 4 arbitran una suerte de reglamento delegado en favor del BCE. De acuerdo con el artículo 41 del Protocolo, el Tratado y el Protocolo necesitan ser desarrollados. Ese desarrollo en parte se hace con la potestad reglamentaria originaria del BCE, en las materias ya vistas en el artículo 34. Pero, a su vez, el BCE goza de una potestad reglamentaria derivada, que completaría la normativa dictada por el Consejo en las materias recogidas por el artículo 41: función consultiva (art. 4), exigencias de información, el régimen de confidencialidad (art. 5.4), bases y coeficientes de las reservas con sus sanciones anudadas (art. 19.2), instrumentos adicionales de control monetario (art. 20), límites y condiciones para ampliar el capital del BCE (art. 28.1), datos estadísticos que ha de aportar la Comisión para la suscripción del capital del BCE (art. 29.2), condiciones y límites para solicitar más activos de reserva (art. 30.4), y límites y condiciones para la imposición de multas (art. 34.3).

En conclusión, el BCE dispone del sistema de fuentes previsto en el artículo 288 TFUE, a excepción de la directiva, para el ejercicio de una potestad normativa que se funda originariamente en los Tratados o en las fuentes que dicte el Consejo en virtud del artículo 41 del Protocolo núm. 4. Con esas fuentes, el BCE completa el marco normativo en el que se va a desarrollar su política monetaria, pero esta, esencialmente, no se despliega a través de las fuentes ordinarias, sino mediante instrumentos de intervención en los mercados.

2. **La actuación a través de las operaciones de mercado**

Comprender las operaciones de mercado que prevé el capítulo IV del Protocolo núm. 4 obliga a recordar brevemente el modo cómo consiguen los bancos

centrales incidir sobre la conducta de los bancos comerciales, provocando así una correa de transmisión de su política monetaria. Las entidades privadas están obligadas a mantener unas reservas mínimas con las que garantizan su liquidez. La necesidad de cuadrar diariamente esas reservas, en ocasiones le obliga a tomar dinero prestado del banco central (otras a dejarlo en depósito). A su vez, el banco central debe disponer de capacidad para realizar operaciones en el mercado, de compra o financiación, con las que incide sobre la masa monetaria global. Además, el banco central ha de estar en condiciones de realizar compras de divisas, coordinadas con otros bancos centrales, para apuntalar tanto la moneda propia como la extranjera. Y, finalmente, tiene que contar con la posibilidad de comprar deuda pública en su condición de pagador de última instancia. El Protocolo núm. 4 reconoce la mayoría de estos instrumentos, que luego el BCE despliega en una serie de técnicas específicas (*reverse transactions, outright transactions, debt certificates, foreign exchange swap, fixed-term deposit*); sin embargo, excluye el que le permitiría ser pagador de última instancia. Veámoslo.

El artículo 19 del Protocolo habilita al BCE para «exigir que las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros mantengan unas reservas mínimas en las cuentas en el BCE y en los bancos centrales nacionales […]. En caso de incumplimiento, el BCE podrá aplicar intereses de penalización, así como imponer otras sanciones de efecto comparable». Una vez estipuladas las reservas mínimas, el BCE actúa sobre los tipos de interés prestando dinero a las entidades de crédito en esos márgenes intradía, práctica que está habilitada por el artículo 18.1 segundo guion, que le permite «realizar operaciones de crédito con entidades de crédito y demás participantes en el mercado, basando los préstamos en garantías adecuadas».

A su vez, el BCE puede intervenir sobre la cantidad de masa monetaria, ampliando o restringiendo la liquidez de las entidades bancarias, mediante operaciones «en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente (al contado y a plazo), o con arreglo a pactos de recompra, prestando o tomando prestados valores y otros instrumentos negociables» (art. 18.1, primer guion). Por otro lado, el artículo 23, segundo guion, le habilita para «adquirir y vender al contado y a plazo todo tipo de activos en moneda extranjera y metales preciosos».

Finalmente, como ya vimos en el análisis del artículo 123 TFUE, el artículo 21 del Protocolo núm. 4 prohíbe cualquier tipo de financiación a los Estados miembros o la propia Unión, de manera que no podrá operar como pagador de última instancia para garantizar la solvencia de los Estados.

En cualquier caso, no estamos ante un elenco cerrado de operaciones. El artículo 20 habilita al Consejo de Gobierno, por mayoría de dos tercios de

los votos emitidos, para establecer otros «instrumentos de control monetario», cuyo alcance habrá de ser fijado por el Consejo «cuando impongan obligaciones a terceros».

En los periodos de crisis, el BCE ha incorporado medidas no regulares, encaminadas a incrementar el dinero en circulación. Sin embargo, estos instrumentos no se han adoptado siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 20 del Protocolo, sino que el BCE ha considerado que eran operaciones de mercado subsumibles bajo la habilitación común del artículo 18.1. Así las cosas, el calificativo de «non-standard» estaría referido a su singularidad como mecanismo de política monetaria, pero no en atención a su naturaleza jurídica, que encuentra acomodo con normalidad en las disposiciones del Protocolo.

Hoy las medidas no regulares del BCE son de cuatro tipos. La compra de activos públicos y privados (*asset purchase programme* o APP), en especial bonos que titulizan préstamos otorgados por los bancos comerciales. Con este tipo de programa se quiere reactivar el valor de estos bonos y, a su vez, fomentar la concesión de nuevos créditos por las entidades bancarias. Los programas TLTRO, que ofrecen préstamos a muy largo plazo a las entidades bancarias. La cantidad del dinero está relacionada a su vez con los créditos que esa entidad bancaria concede a los particulares. El programa *additional credit claim* nos remite a la necesidad de que todo préstamo que concede el BCE debe estar garantizado por un bien, normalmente un activo bancario («*collateral*»). El citado programa le permite al BCE admitir temporalmente garantías que en condiciones normales no serían aceptables por su mayor riesgo de fallido (préstamos a consumidores o pequeñas empresas). Con estas medidas se intenta incrementar la actividad prestamista de los bancos comerciales. Y, finalmente, el cuarto tipo de medida es la compra en el mercado secundario de deuda pública, que quiere sostener la liquidez y solvencia de los Estados miembros cuando no encuentran esos recursos en los mercados financieros.

3. **La «forward guidance»**

El BCE, como el resto de los bancos centrales, cuenta con un conjunto de instrumentos, jurídicos y económicos, con los que incide en el mercado del dinero para lograr el objetivo de la estabilidad de precios. Pero el precio del dinero está condicionado por las expectativas; nuestro consumo, nuestras inversiones, dependerán del devenir económico que esperamos.

En un contexto donde el futuro cuenta tanto como el presente, el BCE necesita transmitir seguridad, anunciando de forma clara las acciones que prevé adop-

tar. Solo así los actores económicos puedan ir adaptando su conducta a los cambios que avizora o propone el BCE. Esa valoración del porvenir y la fijación en consecuencia de la política monetaria ha dado lugar a lo que se conoce como «*forward guidance*», algo así como «previsión de orientaciones». Se construye con declaraciones: cada seis semanas, el Comité Ejecutivo adopta sus decisiones de política monetaria y las expone en una rueda de prensa. Esta actuación regular que analiza la situación del momento y su resultado sobre la política monetaria compone un instrumento que ofrece a los operadores un marco claro de actuación.

IV. MEMENTO

– El TFUE atribuye a la Unión competencia exclusiva en política monetaria. Sin embargo, en sus artículos 119.2 y 127 la competencia se define con relación a los objetivos que se han de alcanzar, que son la estabilidad de precios (fin principal) y el apoyo a las políticas económicas generales. Los medios oportunos para alcanzar esos fines se precisan en el Protocolo núm. 4, si bien el artículo 123 TFUE expresamente veda la compra directa de deuda pública.

– El BCE ha ensanchado la comprensión de la política monetaria. En tiempos de normalidad utiliza los préstamos intradía a los bancos comerciales para influir en los tipos de interés. Son las medidas estándar. Sin embargo, a raíz de la crisis de 2008, puso en marcha políticas heterodoxas con las que financió con préstamos a largo plazo a las entidades bancarias y compró indirectamente deuda pública.

– El Tribunal de Justicia ha admitido estos instrumentos heterodoxos. Asume que existe una tenue línea entre la política monetaria y la política económica, y es natural que incidan recíprocamente. Solo establece dos límites a los nuevos mecanismos del BCE: que respeten el principio de proporcionalidad y que la compra indirecta de deuda pública no sea de facto una compra directa en la que está garantizada la adquisición al primer tenedor.

– En la segunda mitad del siglo xx, los bancos centrales fueron ganando dos atributos esenciales, el de la independencia y el de la experiencia técnica. Sin duda, su ubicación fuera de la lógica parlamentaria plantea un problema a luz de la teoría democrática. No obstante, al momento en el que se crea el BCE está plenamente asumido en el imaginario constitucional que la política monetaria debe estar separada del momento electoral para evitar incentivos que perjudiquen el desarrollo del ciclo económico.

– Debido a la lógica constitucional que asiste al BCE, los Tratados han dispuesto su organización en torno a una serie de principios. La estructura orgá-

nica del SEBC recoge la sensibilidad de los distintos bancos centrales, cuyos gobernadores se reúnen en el Consejo de Gobernadores, pero al mismo tiempo deja la aplicación de sus orientaciones en un Comité Ejecutivo que fija los criterios a los que han de someterse los bancos centrales nacionales. El vínculo con el resto de las instituciones y con la democracia representativa se logra a través de la elección de sus miembros: a los del Comité Ejecutivo los elige el Consejo Europeo y en el Consejo de Gobernadores se sientan representantes de los bancos centrales nacionales. El BCE ha de funcionar con plena independencia, para lo que se protege a sus componentes frente a las instrucciones de los Estados miembros y se les da un estatuto que garantiza el desempeño de la función vinculada al interés general. Esa independencia se proyecta exclusivamente sobre la política monetaria. Como garantía de esta reserva de función, el BCE cuenta con autonomía que se manifiesta en su plena capacidad y personalidad jurídica, la posibilidad de elegir su personal y su autonomía reglamentaria. Finalmente, la actuación del BCE está sometida a control, que puede ser político, pero sobre todo consiste en el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

– El BCE dispone de la potestad para dictar reglamentos y decisiones. Sin embargo, no se le reconoce potestad para dictar directivas. Esta particularidad se explica a la luz del estricto ámbito competencial en el que actúa el BCE, la política monetaria, en el que se necesitan acciones ejecutivas. Esta razón también permite comprender que el BCE no dicte actos legislativos, delegados o ejecutivos. No obstante, el BCE desarrolla la política monetaria esencialmente mediante la fijación de reservas mínimas y los préstamos intradías. A raíz de la crisis de 2008 ha añadido a estas medidas estándar otras heterodoxas, consistentes en los préstamos a largo plazo y la compra de deuda pública. Además, el BCE, cada seis semanas, informa de sus decisiones de política monetaria. Se trata de la llamada «*forward guidance*» con la que intenta ofrecer a los operadores jurídicos un marco de seguridad a sus inversiones.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ARJONA SÁNCHEZ, M., *El Euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2022.

BATEMAN, W., «The Law of Monetary Finance under Unconventional Monetary Policy», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 41, núm. 4, 2021, pp. 929-964.

BEUKERS, T., «The new ECB and its relationship with the eurozone member states: between central bank independence and central bank intervention», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 1579-1620.

LASTRA, R. M., «Central Bank Independence and Financial Stability», *Estabilidad Financiera*, núm. 18, 2010, pp. 51-65.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «La Unión Económica y Monetaria I», en Marta Ortega Gómez y Beatriz Añoveros Terradas (coords.), *Las políticas de la Unión Europea en el siglo* XXI, J. M. Bosch Editor, Madrid, 2017, pp. 299-374.

MENÉNDEZ, A. J., «¿Qué clase de Unión es esta? A vueltas con la saga Gauweiler», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.116, 2019, pp. 269-299.

CAPÍTULO 13

LA UNIÓN ECONÓMICA

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

RESUMEN

Los Tratados prevén una cooperación estrecha en materia económica. La evolución de las últimas décadas ha intensificado esa cooperación hasta el punto de dotar a la Unión de instrumentos para dirigir la política económica de los Estados miembros. Los Tratados contienen una estructura normativa con la que se quiere ordenar la economía. Principios de precios estables y finanzas sólidas, responsabilidad presupuestaria de los Estados, fondos estructurales y asistencia mutua en situaciones de crisis componen los hitos de la unión económica. Dentro de ese marco han crecido los instrumentos de la Unión. La Unión despliega una efectiva dirección a través del «Semestre Europeo». En ese ciclo temporal marca las orientaciones generales y recomendaciones concretas a cada país. Además, desarrolla una supervisión presupuestaria, del déficit, macroeconómica y de estabilidad financiera.

CONCEPTOS CLAVE

Asistencia mutua, Autonomía presupuestaria, Cooperación estrecha, Economía de mercado abierta, Economía social de mercado, Déficit excesivo, Fondos estructurales, MEDE, Orientaciones generales, Recomendación por país, Semestre europeo, Supervisión

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión económica y monetaria (2012).

Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) (2012).

Reglamento (CE) 1467/1997 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

Reglamento (UE) 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

Reglamento (UE) 473/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19.

Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Reglamento (UE) 2024/1263 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2024, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo.

SUMARIO: I. Introducción: La «estrecha coordinación de la política económica» en el contexto de la unión económica y monetaria.–II. Las condiciones normativas de la política económica. *1. Poder público y economía: una relación cambiante. 2. La juridificación de la economía.*–III. La premisa de partida: autonomía estatal limitada por el Derecho de la Unión. *1. La responsabilidad exclusiva de los Estados miembros en el diseño de su política económica. 2. Principios y reglas para la coordinación de la política económica estatal. 3. Política redistributiva para la cohesión del mercado. 4. La asistencia mutua en situaciones de crisis. 5. El contexto de legitimidad:*¿«economía de mercado abierta y de libre competencia» o una «economía social de mercado altamente competitiva»?–IV. El giro postcrisis: la dirección de la política económica de los Estados miembros. *1. De la coordinación a la dirección de la política económica. 2. La dirección política ordinaria.* A. El modelo de los Tratados: la coordinación de políticas económicas. B. El reforzamiento de la dirección política mediante el semestre europeo tras la crisis de 2008. C. El incremento de la dirección política ordinaria en el nuevo modelo de gobernanza. *3. La dirección política reforzada a través de la supervisión.* A. La supervisión presupuestaria. B. La supervisión del déficit excesivo. C. La supervisión macroeconómica. D. La supervisión de la estabilidad financiera y el programa de ajuste macroeconómico.–V. La garantía de la estabilidad de la zona euro: el MEDE. *1. La naturaleza del MEDE. 2. La gobernanza del MEDE.* A. El carácter dual de la gobernanza y el juego recíproco de las instituciones. B. La composición de los órganos del MEDE. *3. Los tipos de asistencia financiera y el procedimiento de concesión.* A. Los tipos de asistencia financiera. B. El procedimiento para la concesión de la asistencia financiera.–VI. Memento.–Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN: LA «ESTRECHA COORDINACIÓN DE LA POLÍTICA ECONÓMICA» EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA

El término «unión económica y monetaria» es un concepto jurídico usado de forma habitual en los tratados constitutivos. Incluso le dan un lugar prioritario al reconocerlo como un objetivo del proceso de integración, en el apartado 4 del artículo 3 TUE. La categoría puede dar lugar a equívocos y hacernos pensar que, al igual que en el ámbito monetario, en el económico se articula en favor de la Unión una competencia exclusiva con dirección jerarquizada. Debemos evitar cuanto antes esta confusión y asumir que la expresión «unión económica y monetaria» designa un fenómeno en el que cada una de esas políticas tiene su propia lógica. La política monetaria sí puede ser definida en términos de unión. En cambio, la política económica no alcanza claramente ese estadio.

En primer lugar, la competencia sobre política económica es *sui generis*, dado que no se ubica en la tipología definida en el artículo 2 TFUE (exclusivas, compartidas y de apoyo). El artículo 5 TFUE le dedica un precepto específico según el cual «los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión». Además, en esa disposición se estipula la coordinación de las políticas de empleo y de las políticas sociales, que de forma laxa siempre situamos en el espacio genérico de la política económica. Por lo tanto, lo económico recibe un tratamiento competencial singular.

En segundo lugar, a priori, el Tratado no diseña una estructura jerarquizada como hace en la política monetaria. Esto es comprensible: si la competencia en política económica no es exclusiva, los Estados miembros han de gozar de margen de actuación. En ese sentido, el artículo 5 avanza que son las orientaciones generales el instrumento que se usará para coordinar la política económica. Se deduce que los Estados se moverán con una generosa capacidad de acción para cumplir con esas orientaciones generales. A esto hay que añadir que el TFUE establece unas premisas o condiciones normativas que guiarán tanto las orientaciones generales como la actuación de los Estados miembros.

Así las cosas, a modo de introducción, hemos de concluir que la coordinación en materia económica se logra con unos presupuestos normativos de partida, y, luego, con unas orientaciones generales que han de marcar la pauta a los Estados miembros. Ahora bien, en un párrafo anterior se usó la locución *«a priori»* anunciando una inevitable cautela respecto a esta aseveración. Es así porque la crisis de 2008 removió los cimientos de la política económica, intensi-

ficando la dirección política, aproximándola a una estructura jerarquizada. A lo largo del capítulo no hemos de perder de vista que la imagen final que ofrecemos es fruto de una evolución que, por la fuerza de las circunstancias, se va acercando a una unión económica en el sentido común del término.

No obstante, antes de pasar a desarrollar la lección, cabe preguntarse por qué se diseñó una unión económica y monetaria tan particular, con una estructura asimétrica –competencia exclusiva en política monetaria, mera coordinación en política económica–. No podemos pensar que fue simplemente un error de diseño; todo lo contrario, respondió a una visión firme, que encerraba argumentos, económicos, políticos e ideológicos. Desde el punto de vista económico es fácil comprender que en un área tan extensa resulte difícil marcar una sola política económica. Obviamente, las diferencias no impiden teóricamente una dirección centralizada, pero no sorprende que se quisiese dejar un campo ancho a los Gobiernos nacionales para acomodar sus necesidades. No en vano existía también un criterio político de gran peso. Atribuir en exclusiva la política económica a la Unión obligaría a darle algunos instrumentos propios de un Estado federal, como la política tributaria general, la posibilidad de incrementar los ingresos y el gasto a través de la deuda pública o la redistribución de la riqueza. El proyecto de acercar la Unión a un Estado federal sigue siendo una línea roja en el proceso de integración.

Por último, y seguramente como base de los dos argumentos anteriores, en este particular diseño latía una concepción ideológica nítida, el neoliberalismo. Expresión que aquí se usa sin prejuicio alguno, como categoría histórico-política bien asentada, que señala una corriente de pensamiento que tendría su hito fundacional en el llamado «Consenso de Washington». Aunque es inevitable una cierta simplificación, el neoliberalismo encauza medidas dirigidas a reducir la intervención del Estado en la economía, asegurando que los mercados desempeñan sin interferencias la distribución eficiente de los recursos y fuerzan determinados ajustes orientados a la ganancia de eficacia (otra cosa es que estos presupuestos se materialicen adecuadamente).

La idea de superponer el mercado al Estado es la que rige la imagen final que conforma el Tratado de Maastricht (1992) respecto a la unión económica y monetaria. Esa idea provoca un doble desapoderamiento, transformando los mecanismos que hasta ese momento habían dirigido la política económica. De un lado, los Estados pierden la posibilidad de usar la política monetaria, dado que no pueden ni fijar el objetivo de inflación, ni devaluar la moneda. De otro, la Unión limita el gasto estatal como herramienta anticíclica y, además, no se dota de una potestad de gasto de dimensión significativa. El punto álgido de este modelo es la crisis del 2008, en la que se esperó que la devaluación interna

(desempleo, caída de salarios, incremento de ingresos públicos, aumento de la presión tributaria y encarecimiento del crédito), forzarían un ajuste de la economía orientado a la ganancia de eficacia. Los resultados de esa política, siempre opinables, motivaron, sin embargo, un cambio de perspectiva en la crisis del 2020. Este debe ser el hilo conductor de nuestra lección.

II. LAS CONDICIONES NORMATIVAS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA

1. **Poder público y economía: una relación cambiante**

La relación del poder público (el Estado y su Derecho) con la economía (esencialmente, el mercado como instrumento de asignación de recursos) es la especie de un problema superior, la relación entre el Estado y la Sociedad. Este último binomio, en verdad, explica la naturaleza del Derecho público, conjunto de reglas que ordena la relación entre las instituciones y los ciudadanos. Sabemos que el modo de disponer esas reglas ha ido cambiando en la historia, evolución que también ha reformulado el nexo entre el poder público y la economía. A los efectos de tener una mejor comprensión del lugar que ocupa el proyecto de integración en ese contexto, conviene hacer presente sumariamente algunos hitos históricos, expuestos en su forma ideal, renunciando a los matices que exigiría su estudio concreto en un determinado territorio.

Aunque se podría viajar más atrás en el tiempo, basta con tomar como punto de partida el Estado liberal y su principio de división. Entonces se consideraba que la Sociedad, con los derechos naturales de los ciudadanos, entre ellos el de propiedad, preexistía al Estado, cuya función era proteger esos derechos. La ley general, abstracta y elaborada por el Parlamento daba sentido a esa relación, pues eran los representantes de los ciudadanos los que decidían en qué medida se limitaban los derechos individuales.

Tras la Segunda Guerra Mundial se crea el Estado social y democrático de Derecho. Pretende superar las limitaciones del Estado liberal, en especial su comprensión formal de la libertad, ajena a las verdaderas condiciones materiales de la población. Para superar esta situación, el Estado Social se caracterizó esencialmente por tres elementos. El primero se basó en el reconocimiento como derechos, en muchos casos fundamentales, de los mecanismos de conflicto colectivo (sindicación, huelga y negociación colectiva). Sirvió para ordenar y canalizar la disputa que había desgarrado la Europa de entreguerras. Por otro lado, el Estado se responsabilizó de ciertos servicios, que pasaron a ser conocidos como servicios públicos, en tanto que habían de ser prestados garantizando

un acceso universal y en condiciones de igualdad (desde el abastecimiento del agua, pasando por la sanidad y la educación como ejemplos más significativos). En tercer lugar, se comenzó a desplegar una amplia actividad normativa, dirigida a proteger a los agentes más débiles en las relaciones económicas, en especial los trabajadores y los consumidores.

Sin desplazar íntegramente al Estado social, a lo largo de los años noventa apareció en la literatura académica la referencia al «Estado regulador». Con esta expresión se puso el acento en una corriente que postulaba la disminución de la intervención del Estado en los mercados. Se mantenía la idea de que el poder público había de asegurar ciertos servicios, pero se pretendía que lo hiciese de otro modo. No era necesaria su gestión directa o indirecta, sino que bastaba con garantizar que los mercados operasen sin perturbaciones anticompetitivas, logrando una eficiente asignación de recursos. Solo serían necesarias ciertas modulaciones a través de categorías como las «obligaciones de servicio público», con las que se imponían a ciertas empresas la responsabilidad de universalizar el servicio como contrapartida a sus beneficios.

Actualmente estamos en una última fase, la del «Estado competitivo». El término señala la dependencia que el Estado tiene de los mercados financieros. Se vive con normalidad que la deuda pública supere el 100 % del producto interior bruto. Este dato indica por sí solo que la acción estatal no se sustancia hoy exclusivamente a través de los tributos, sino que necesita los ingresos que genera la deuda pública. El vínculo con los mercados financieros manifestó todos sus problemas en la crisis de 2008, en la que vimos cómo algunos Estados, entre ellos España, de la noche a la mañana, perdieron casi toda su capacidad de financiación externa, incurriendo en una crisis de solvencia, que hubiera desembocado en la quiebra, si no llega a ser precisamente por la intervención de los Estados miembros de la Unión. Por tanto, los Estados compiten hoy por obtener financiación. Y en esa lucha han de exhibir determinadas políticas que sean percibidas como garantía de pago.

2. **La juridificación de la economía**

La breve exposición histórica conduce a una conclusión básica: siempre ha existido la necesidad de ordenar cómo interviene el Estado en la economía. En este sentido, la transición del Estado liberal al Estado social se resume de modo sencillo. Mientras que en el primero las reglas constitucionales, esencialmente el derecho de propiedad, limitaban la acción del Estado, en el segundo, diversos instrumentos jurídicos (la reserva de ley, la atribución de

competencias) habilitaron la actuación del Estado en campos que tradicionalmente le habían quedado vedados (las relaciones laborales, los contratos entre particulares, por ejemplo). Además, las constituciones se fueron llenando de objetivos con los que guiar la política económica. Lo ilustra bien el capítulo III del título I de la Constitución española, con sus principios rectores de la política social y económica.

Este enriquecimiento de las constituciones a raíz del Estado social potenció la llamada neutralidad económica. Se entendía que la diversidad de regulaciones, por un lado, derechos fundamentales que limitaban al Estado (propiedad, libertad de empresa), por otro, derechos fundamentales que protegían al trabajador (sindicación, huelga), así como objetivos aparentemente contradictorios (libertad de empresa versus planificación), en verdad abrían a la mayoría de gobierno un extenso margen para definir su política económica. Se sostenía que la neutralidad constitucional dejaba oscilar entre una economía de mercado con una intervención estatal mínima a una economía de mercado intensamente planificada.

Sin embargo, en los años ochenta comenzó a producirse un giro en el tipo de reglas con las que se quería ordenar la política económica. Los Estados capitalistas acumularon déficits altísimos, gastando mucho más de lo que ingresaban a través de los tributos, recurriendo para su financiación a la deuda pública. Se impuso entonces en el pensamiento económico la idea de que los déficits aumentaban la inflación reduciendo la producción, mientras que el ajuste presupuestario provocaba una disminución del precio del dinero potenciando el crecimiento.

Además, se puso de manifiesto que el déficit causaba un dilema constitucional, en tanto que suponía adoptar una decisión (la de endeudarse) que condicionaba a las generaciones futuras, que tendrían que destinar parte de su riqueza a pagar los intereses de un incremento de gasto sobre el que no habían decidido. Esta dimensión del problema animó la reflexión encaminada a exigir mediante reglas jurídicas en forma de prohibición un comportamiento de los poderes públicos que se ajustase a la llamada «*golden rule*», de suerte que el gasto, en especial el corriente, no rebasase los ingresos tributarios.

La juridificación de un criterio de política económica buscaba, y aun lo pretende, una serie de objetivos. En primer lugar, quería evitar conductas de los poderes públicos que alterasen la racionalidad económica. Como ya se señaló en el epígrafe II.1 del capítulo 12, preocupaba el hiato entre el ciclo electoral y el económico. Se consideraba que a menudo la mayoría de gobierno aumentaba el gasto, incentivada por la proximidad de las elecciones y al margen de toda racionalidad económica. En segundo lugar, se pretendía

estipular una directriz política compartida que trascendiese la disputas entre mayoría y oposición. Por ello se postulaba su introducción en las constituciones, para así excluirla del debate político cotidiano. De este modo, la regla del equilibrio presupuestario pasaba a tener una rigidez comparable a otros asuntos políticos fundamentales. Finalmente, se quería generar un efecto simbólico destinado a los mercados. Un ejemplo claro en este sentido fue la reforma de la Constitución española realizada en el año 2011 por el procedimiento de urgencia. En plena crisis económica, con una gran debilidad del Estado para financiarse en los mercados, se creyó que llevar a la norma suprema el compromiso de la estabilidad presupuestaria (compromiso que por otro lado ya existía en una ley orgánica) reforzaría la imagen de España en la competición por obtener financiación.

A menudo analizamos la unión económica y monetaria desde esta última fase. Por ello se subraya que el Derecho de la Unión ha puesto fin a la neutralidad económica de las constituciones estatales. Ahora solo cabría un modelo económico caracterizado por una serie de reglas que limitan la acción de los Estados miembros y dan a los mercados, especialmente a los financieros, un gran poder para evaluar (abaratando o encareciendo los préstamos) la política económica y, de ese modo, condicionarla. A veces se sostiene que la Unión ha impuesto la ideología neoliberal, erosionando fatalmente las premisas sociales que habían caracterizado al Estado social implantado en Europa occidental. Son afirmaciones que no están carentes de fundamento. En la crisis de 2008, a diferencia de otros Estados, por ejemplo EE. UU., la Unión impuso una respuesta dominada por un criterio, la austeridad, dirigido a reducir gasto público e incrementar los ingresos tributarios. Pero no es menos cierto que la crisis del 2020 ha abierto paso a una renovada dimensión social. Por eso, a la hora de estudiar los condicionantes normativos de los tratados, debe abrirse camino a una perspectiva más amplia.

III. LA PREMISA DE PARTIDA: AUTONOMÍA ESTATAL LIMITADA POR EL DERECHO DE LA UNIÓN

1. **La responsabilidad exclusiva de los estados miembros en el diseño de su política económica**

El principio político central con el que se diseña la unión económica es el de la autonomía financiera de los Estados miembros. En términos constitucionales nos remite a la capacidad de un ente político para fijar el origen de

sus ingresos y el destino de su gasto. En el caso del proceso de integración, cabe hablar de soberanía financiera de los Estados miembros. Son ellos los que disponen de una potestad tributaria originaria y eligen libremente el empleo de su presupuesto. A su vez, esa soberanía explica que en la práctica los recursos propios de la Unión nazcan esencialmente de las transferencias que le realizan los Estados.

Este principio de responsabilidad en la gestión presupuestaria se sostiene sobre dos ideas. En un Estado nutrido por tributos propios, el principio político-democrático esencial es el de «*no taxation without representation*», según el cual toda nueva carga habrá de pasar por el órgano de representación ciudadana. Es comprensible así que durante mucho tiempo hayamos explicado el Estado constitucional desde la centralidad del Parlamento, que aprueba los presupuestos y las leyes tributarias. Sin embargo, cuando el Estado recurre a la deuda pública para financiarse, son los prestamistas, fijando la prima de riesgo, los que controlan, al menos en parte, el desempeño de la política económica. Si los mercados dudan de la bondad de la actuación estatal, la financiación se encarece, lo que puede llevar a provocar en última instancia un giro político.

Las anteriores apreciaciones explican las rotundas prohibiciones que estipulan los artículos 123, 124 y 125 TFUE, todas dirigidas a evitar que los riesgos económicos de un Estado sean trasladados a la Unión. El primer precepto impide que el BCE o los bancos centrales cubran los descubiertos de los Estados miembros o realicen una «adquisición directa» de deuda pública. El artículo 124 proscribe a las entidades de crédito privadas que den trato privilegiado a los Estados. Y, finalmente, el artículo 125 excluye que la Unión asuma las deudas estatales. Este conjunto de reglas establece un mandato claro que complementa la soberanía financiera estatal: los Estados son libres para fijar ingresos y gastos, pero también responsables exclusivos de su gestión presupuestaria, sin recibir asistencia externa. Merece la pena terminar este punto con las palabras del Tribunal de Justica en el asunto *Pringle*, que, si bien están referidas al artículo 125, serían extrapolables a los artículos 123 y 124:

> «En efecto, la prohibición enunciada en el artículo 125 TFUE garantiza que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria. El respeto de esa disciplina contribuye a escala de la Unión a la realización de un objetivo superior, a saber, el mantenimiento de la estabilidad financiera de la unión monetaria».

2. **Principios y reglas para la coordinación de la política económica estatal**

Junto a la soberanía financiera de los Estados, el otro gran principio estructural de la unión económica es la coordinación. Se entiende que cuando se comparte un mercado y una moneda es preciso una mínima convergencia en política económica. De este modo, la soberanía financiera de los Estados estaría modulada por un conjunto de objetivos fijados en los tratados. En este sentido, el artículo 119 TFUE enmarca la política económica y la política monetaria. Su apartado tercero dispone una serie de «principios rectores» que han de respetar la Unión y los Estados miembros: «precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable». El artículo 120, referido en exclusiva a la política económica, remacha expresamente la vinculación a los «principios enunciados en el artículo 119».

Se ha de distinguir entre los principios rectores esencialmente monetarios –precios estables y condiciones monetarias sólidas– y los de naturaleza de política económica –finanzas públicas sólidas y balanzas de pagos estables–. Sin embargo, el tratamiento conjunto en los artículos 119 y 120 no hace otra cosa que apelar a la normalidad económica. La separación entre principios de política monetaria y principios de política económica es en gran medida un artificio jurídico, que resulta de la distinta estructura competencial que tienen estas materias en la Unión. En verdad, los principios son un grupo de referencias interconectadas que nos dan la imagen global de un espacio económico. Esto explicaría las dificultades para distinguir cuándo la política monetaria atraviesa el umbral de la política económica y viceversa.

Sentada la unidad sistemática de estos principios, es trascendental comprender la operación que realiza el Tratado, que vuelca criterios económicos en disposiciones jurídicas. Precios estables, moneda sólida, equilibrio presupuestario y balanza comercial son categorías elaboradas en el campo de la teoría económica. El Tratado los convierte en condiciones vinculantes para la Unión y los Estados miembros. Dejan de ser meras unidades de medida de las que extraer consecuencias políticas y pasan a ser parámetros normativos que guían la economía.

Ciertamente estamos ante principios que dejan un margen amplio de actuación. Pero esto no significa que carezcan de eficacia jurídica. La tienen y es muy significativa. Operan como prohibiciones que excluyen cualquier acción de la Unión o de los Estados miembros que les sea frontalmente contraria. Sin embargo, su verdadera importancia radica en el lugar que ocupan dentro de la coordinación de la política económica, pues su normatividad, como más adelante veremos, activa la posibilidad de una supervisión con consecuencias políticas y jurídicas.

Un caso especial es el de las finanzas públicas sólidas. Como cualquier otro principio rector podría dejar su concreción al devenir de la política coyuntural. Sin embargo, el Tratado ha detallado claramente su significado y los efectos que tiene su falta de respeto. El Protocolo núm. 12 fija el momento en el que las finanzas públicas no son estables: hay «déficit público excesivo» si la proporción del déficit público con relación al producto interior bruto es superior al 3 % y la deuda pública rebasa el 60 %, también en proporción con el producto interior bruto. La consecuencia jurídica se regula en el artículo 126 TFUE. Arbitra un sistema de supervisión y corrección que puede terminar en la imposición de depósitos obligatorios o multas.

Es preciso resaltar que esta especificación cuantitativa de las finanzas públicas sólidas se lleva a cabo en un Protocolo, cuyas normas tienen el mismo régimen jurídico que un Tratado. Por tanto, no solo se da un sentido minucioso al concepto, sino que se blinda, de manera que su modificación requerirá el acuerdo unánime de los Estados. Además, a raíz de la crisis económica de 2008, esta congelación del detalle se consideró insuficiente y se decidió que también debía recogerse en el Derecho estatal, «preferentemente de rango constitucional». Así lo dispone el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión económica y monetaria (2012), que en el apartado segundo de su artículo 3 ordenó que los Estados firmantes incorporaran las reglas del apartado primero al derecho nacional «mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales».

3. **Política redistributiva para la cohesión del mercado**

En el capítulo 11 se explicó en detalle que el proceso de integración se organizó sobre una suerte de división funcional. A las Comunidades Europeas les tocaba racionalizar la economía, suprimiendo los excesos proteccionistas del Estado. En cambio, a este le correspondía el núcleo esencial de la actividad política, incluida la redistribución de la riqueza. Desde estas premisas, no es de esperar que los tratados habiliten a la Unión con los medios para una amplia política de redistribución. Sin embargo, no son ajenos al dato de que los mercados generan desigualdad. En su funcionamiento ideal, los mercados realizan una asignación eficiente de recursos, de suerte que trabajadores, servicios, mercancías y capitales se desplazarán a aquellas zonas donde son re-

queridos. ¿Qué hacer con los territorios ineficientes y que no logran una adecuada acumulación de capital?

El TFUE prevé fondos cuya inversión está encaminada a lograr la cohesión. Se trata del Fondo Social Europeo «destinado a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción» (art. 162). Se disponen también los llamados fondos estructurales (Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, artículo 175), que tienen por objetivo «reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas». Es importante subrayar que la misión redistributiva de estos fondos solo se explica en función del mercado interior. Nacen para paliar los desajustes que causa la apertura de los mercados nacionales y buscan que la reactivación de las zonas más afectadas para vincularlas al proceso común de intercambio.

4. **La asistencia mutua en situaciones de crisis**

En los epígrafes anteriores se ha destacado la responsabilidad de cada Estado en la gestión de su presupuesto. Este principio explica a su vez que la Unión no disponga en los tratados de una política general de solidaridad; solo prevén una actuación vinculada a rectificar los desequilibrios que causa el mercado interior. Sin embargo, esta imagen responde a los momentos de normalidad; los tratados no son ajenos a las circunstancias críticas y han regulado instrumentos que activan la asistencia financiera al Estado en dificultades.

Inicialmente la solución se encontraba exclusivamente en el artículo 122 TFUE. Su apartado primero habilita al Consejo para que «con espíritu de solidaridad» adopte «medidas adecuadas» en caso de «dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía». El apartado 2 va más allá de una crisis de suministro y abarca todo tipo de «dificultades graves», si bien vinculadas a «catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar». En este caso se prevé expresamente como medida adecuada la «ayuda financiera».

Ese apartado segundo del artículo 122 TFUE fue la base jurídica que se utilizó inicialmente para construir un mecanismo general de asistencia durante la crisis financiera de 2008 (considerando 1 del Reglamento (UE) 407/2010). Sin embargo, pronto se concluyó que el artículo 122.2 TFUE resultaba insuficiente para una actuación general en toda la zona euro, por lo que añadió el apartado

tercero al artículo 136 TFUE, que habilita a «los Estados miembros cuya moneda es el euro» a establecer un mecanismo de estabilidad (que estudiaremos en este mismo capítulo). Reconoce a su vez dos exigencias: que solo se active si es «indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto» y que la ayuda financiera «se supeditará a condiciones estrictas».

En la sentencia *Pringle* (2012, apdo. 116) el Tribunal de Justicia explicó en qué medida se relacionan el artículo 122 TFUE y el nuevo apartado del artículo 136 TFUE:

> «Comoquiera que el artículo 122 TFUE, apartado 1, no constituye una base jurídica apropiada para una eventual asistencia financiera de la Unión a los Estados miembros que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, el establecimiento de un mecanismo de estabilidad como el MEDE no invade las potestades que esa disposición confiere al Consejo».

En la sentencia *Pringle* también se expone el encaje del nuevo apartado 3 del artículo 136 TFUE con el artículo 125 TFUE, que ya hemos visto que prohíbe las ayudas financieras de la Unión o los Estados miembros. El Tribunal descarta que el artículo 125 TFUE deba entenderse como una prohibición absoluta (apdo. 131). Solo impide aquellas ayudas que desincentivan las finanzas sostenibles, tal y como indica en el apartado 136 de la sentencia:

> «Atendiendo a ese objetivo perseguido por el artículo 125 TFUE, es preciso estimar que esa disposición prohíbe a la Unión y a los Estados miembros la concesión de una asistencia financiera cuyo efecto fuera debilitar la incitación del Estado miembro beneficiario de esa asistencia a seguir una política presupuestaria sana».

Y concluye en el apartado 137:

> «En cambio, el artículo 125 TFUE no prohíbe la concesión de una asistencia financiera por uno o varios Estados miembros a un Estado miembro que siga siendo responsable de sus propios compromisos frente a sus acreedores, siempre que las condiciones asociadas a esa asistencia sean apropiadas para incitar a este último a poner en práctica una política presupuestaria sana».

La crisis económica derivada de la pandemia, sin embargo, ha revitalizado el artículo 122. En el capítulo 11 vimos los instrumentos creados para frenar la crisis económica derivada de la pandemia. Estos medios han abierto un nuevo espacio a la solidaridad, con objetivos que van más allá del mercado interior o de la estabilidad financiera. Se centran en impulsar el crecimiento con unos fines políticos predefinidos, en especial el medioambiente y la digitalización. En cualquier caso, son instrumentos que no tienen

un reconocimiento en las normas de los Tratados, pues ahora mismo están concebidos como mecanismos coyunturales que desaparecerán a medida que se superen los efectivos el COVID. No obstante, es importante subrayar que han encontrado su base jurídica en los artículos 122 y 175 TFUE. Así, por ejemplo, la distribución del dinero previsto para el desarrollo del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia tiene su base en el artículo 122 (Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19), mientras que las condiciones para optar a esa financiación encuentra la base en el artículo 175 (Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia).

5. El contexto de legitimidad: ¿«economía de mercado abierta y de libre competencia» o una «economía social de mercado altamente competitiva»?

Más arriba examinamos cómo se ha ordenado conceptualmente la relación entre el Derecho público y el mercado (recordemos los términos «Estado social», «Estado regulador» y «Estado competitivo»). Esas categorías no suelen estar recogidas en los textos jurídicos; pero cuando eso ocurre, con ello se busca hacer presente un marco o contexto de legitimidad que expresa la idea de conjunto. También el Derecho de la Unión ha explorado desde el principio una idea directriz que diese sentido al conjunto.

Los artículos 119 y 120 TFUE hacen referencia a la «economía de mercado abierta y de libre competencia». Es el principio que la Unión y los Estados han de respetar cuando despliegan la política monetaria y económica. A su vez, expone de modo sintético la posición central que ocupa en el proyecto de integración el libre juego de la oferta y la demanda para la eficiente asignación de los medios de producción. Y aunque el adjetivo «abierta» sea redundante en su conexión con una «economía de mercado», subraya que la Unión es un ingenio destinado a acabar con el proteccionismo. Asimismo, la indicación de la «libre competencia» nos recuerda el papel fundamental que desempeña la Unión en la exclusión de las prácticas colusorias. En definitiva, el concepto de «economía de mercado abierta y de libre competencia» resume los elementos centrales del proyecto de integración: el mercado interior, entendido como un espacio sin fronteras para la libre circulación de factores

productivos; y el mercado competitivo, en el que se proscriben las prácticas disruptivas de las empresas y las ayudas de estado.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa (2009), asumiendo la herencia del fracasado Tratado constitucional (2004), hizo suyo un nuevo concepto matriz, el de «economía social de mercado altamente competitiva». Además, lo situó en el artículo 3 TUE, que define los objetivos de la Unión. ¿Estamos ante un cambio de contexto o un simple sinónimo? La categoría «economía social de mercado» tiene una larga tradición y su inclusión en el artículo 3 no fue una casualidad. Cabría por ello concluir, en primera instancia, que con este concepto se busca una matización respecto a la «economía de mercado abierta».

La idea de «economía social de mercado» se elabora en la República Federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial para expresar un camino intermedio entre el mero liberalismo económico y la economía planificada que se estaba construyendo en la República Democrática de Alemania. La rúbrica ponía sobre la mesa una modulación de los principios del ordoliberalismo, que en entreguerras postularon la primacía del mercado competitivo en la organización de la «Constitución económica». Sin perder esta centralidad del mercado, se entendió que debía venir acompañada de un reparto del progreso económico lo más amplio posible en términos sociales. Esta visión surgió primero en las filas cristianodemócratas y sirvió para articular teóricamente el llamado «milagro económico», que se puso en pie en las dos primeras décadas de la posguerra y que logró un intenso crecimiento económico y un reparto generalizado de la riqueza. Tras la caída del muro de Berlín, el concepto sería también asumido por los socialdemócratas, pasando a ser un referente consensuado en la Alemania unificada.

Esa síntesis entre libre mercado y equidad social, así como su éxito práctico, fue lo que impulsó su transferencia al ámbito de la integración europea. En torno a los trabajos preparatorios del Tratado de Maastricht (1992) empezó a suscitarse el debate sobre el modo de proteger la dimensión social. Se consideraba que el Estado social o el *Welfare State* eran paradigmas que habían distinguido a la Unión frente al orbe soviético. En el Tratado constitucional (2004) se acabaría eligiendo el término «economía social de mercado» para dar cabida a la sensibilidad social que se debía salvaguardar en el proceso de integración.

Nos encontramos así con dos categorías contextuales –«economía de mercado abierta y de libre competencia» y «economía social de mercado altamente competitiva»– que no se desplazan, sino que se yuxtaponen. Evidentemente tienen un elemento compartido: la importancia del mercado en el proceso de integración. La segunda categoría añadiría una dimensión social que hasta ahora no se expresaba con toda claridad.

IV. EL GIRO POSTCRISIS: LA DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. **De la coordinación a la dirección de la política económica**

El modelo inicial de los Tratados, pese a su vocación esencial de gobernar la economía mediante el Derecho, dejaba espacio a la política a través de la coordinación prevista en el artículo 121 TFUE. En aras a esa coordinación, el TFUE habilitaba dos técnicas: las orientaciones generales y la supervisión de la actuación estatal ceñida al déficit y la deuda.

Sin embargo, la crisis económica de 2008 impulsó la introducción del semestre europeo y nuevos mecanismos de supervisión, lo que supuso una intensificación de la coordinación hasta convertirla en una verdadera dirección de la política económica, superando la idea inicial que fiaba la convergencia a la fijación normativa de referentes cuantitativos. Estaríamos así ante un modelo híbrido, que conjuga instrumentos genéricos de dirección (las orientaciones generales y las recomendaciones a los Estados), con mecanismos concretos tanto en las actuaciones a realizar como en las consecuencias de su incumplimiento.

Este modelo de dirección, en su versión ideal, gozaría de importantes virtudes en las que radicaría su legitimidad. Se considera que ha de facilitar el acuerdo al moverse sobre criterios generales, que a su vez no se perciben como una restricción gravosa de la soberanía, pues permite una adaptación flexible a los cambios. Además, debe contribuir a un proceso de diálogo e intercambio de información, e incluso un cierto grado de fructífera competencia. En contraposición, los mecanismos de supervisión han de dar en supuestos tasados una preeminencia política a la Unión, destinada a salvaguardar la estabilidad del conjunto.

Es importante hacer un examen separado de cada uno de los instrumentos mediante los que se desarrolla la dirección de la política económica. Y no menos relevante es el ritmo temporal que se ha dado a esos instrumentos, conformando el semestre europeo.

2. **La dirección política ordinaria**

A. El modelo de los Tratados: la coordinación de las políticas económicas

La Unión traza las líneas maestras de la política económica mediante las orientaciones generales, aprobadas por una recomendación del Consejo, a pro-

puesta de la Comisión y previo debate en el Consejo Europeo, tras haber sido informada esa propuesta por el Consejo (art. 121.2 TFUE). Esas orientaciones generales de política económica van acompañadas de otras relativas al empleo, previstas en el artículo 148.2 TFUE. Se trata de documentos breves, en los que se hace una descripción general de la situación económica y luego se enumeran las directrices que han de enmarcar la política económica nacional. Más adelante, esta orientación general se concretará con una recomendación para cada país.

No se debe minusvalorar la importancia de las orientaciones generales o la recomendación al país. En el caso de que un Estado miembro las contradiga, el Consejo, a impulso de la Comisión, podrá dictar una advertencia con recomendaciones. Pero, además, sea la recomendación general, sea la específica, componen un patrón a seguir en el conjunto de los procedimientos de supervisión. En concreto, la recomendación al país, a partir de unos indicadores, abre una suerte de diálogo político entre el Estado y la Comisión.

B. El reforzamiento de la dirección política mediante el semestre europeo tras la crisis de 2008

La crisis económica del 2008 impulsó la introducción del semestre europeo a través de la reforma del ya derogado Reglamento 1466/1997. En esta primera versión del semestre europeo, que tenía una dimensión esencialmente anual, cumplían un papel esencial la evaluación del proyecto de presupuesto y los programas nacionales de reformas y de estabilidad (de convergencia para los Estados fuera del euro). El programa nacional de reformas, en la práctica, se trataba de un documento eminentemente político que presentaba las líneas maestras de su acción económica para el año venidero a la luz de las recomendaciones recibidas. El programa de estabilidad debía ofrecer la información necesaria para comprender el estado de la economía de un Estado miembro bajo el «escenario macropresupuestario más probable o en un escenario más prudente» (art. 3.2.bis) y la trayectoria hacia el objetivo presupuestario, deuda pública y gasto público. De estas tres piezas –evaluación de presupuestos y programas de reforma y estabilidad–, el nuevo Reglamento 2024/1963 conserva solo el primero, si bien los elementos de los programas se integran en una perspectiva temporal más amplia a través del programa nacional a medio plazo, que, no obstante, es evaluado cada año.

La nueva perspectiva plurianual de los programas a medio plazo no debería de mermar la importancia del diseño temporal del semestre europeo, ordenado en varias fases. En la de otoño, una vez que la Comisión ha recibido los

presupuestos (hasta la reciente reforma, también los planes de estabilidad o convergencia y los programas de reforma), la Comisión arranca el semestre con tres medidas: el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento, en el que establece una previsión de la evolución económica en términos generales; emite el Informe sobre el Mecanismo de Alerta temprana para verificar si algún Estado presenta desequilibrios; y elabora el proyecto de Recomendación para la zona euro. En la segunda fase o periodo de invierno, Consejo, Consejo Europeo y Parlamento debaten y aprueban las orientaciones generales (y en su caso van adoptando todas las medidas relativas a los distintos mecanismos de supervisión que se hayan puesto en marcha). Fijadas las orientaciones generales, comienza la tercera fase, el llamado periodo de primavera, en el que los Estados establecen su proyecto de presupuesto. Es el momento en el que se cierra el proceso, en el mes de julio, con la emisión por parte del Consejo de las recomendaciones para cada país. Recomendaciones que en verdad ya habían sido propuestas por la Comisión en primavera.

C. El incremento de la dirección política ordinaria en el nuevo modelo de gobernanza

La dirección política continúa articulándose anualmente a través del semestre europeo y las orientaciones generales que define el Consejo, que habrán de ser tenidas en cuenta por los Estados en el diseño de sus «políticas económicas, sociales, estructurales, presupuestarias y de empleo». En caso contrario, se iniciará un diálogo o negociación articulado mediante recomendaciones y advertencias, que puede concluir en los conocidos procedimientos de déficit excesivo o de prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos (todas las referencias en adelante son del Reglamento 2024/1963: artículo 4).

Adicionalmente, esa dirección política cobra una dimensión temporal más amplia a través de los planes fiscales-estructurales nacionales a medio plazo, que cada Estado miembro habrá de presentar acompasado a su periodo de legislatura (art. 2.6). Los elementos de dirección política se hacen presentes de forma clara a través de la fase de elaboración, los contenidos necesarios y el control de su aplicación.

La elaboración del plan nacional a medio plazo necesita de unas orientaciones previas dadas por la Comisión (art. 9). En ellas se disponen la previsión de deuda pública, las previsiones macroeconómicas y la trayectoria de referencia para los Estados incursos en deuda o déficit fuera de la regla (para el resto de Estados una «información técnica» que son orientaciones para continuar en el

camino adecuado). A su vez, el plan se concreta mediane un «diálogo técnico» con la Comisión (art. 12). De nuevo la Comisión interviene en el plazo de seis semanas desde la presentación del plan para evaluarlo (art. 16). En ese examen verificará que se cumplen los requisitos de contenido previstos en el artículo 13 y las condiciones de deuda y déficit. Y, finalmente, el plan recibirá la aprobación del Consejo o una orden de revisión, todo ello en seis semanas desde que exista una recomendación de la Comisión (art. 17 y 18).

El contenido del plan a medio plazo está predeterminado normativamente en sus elementos esenciales (art. 3). Debe incluir la senda de gasto neto para lo que necesita señalar las hipótesis macroeconómicas subyacentes y las medidas fiscales-estructurales; en su caso, la trayectoria de referencia; la explicación de las reformas e inversiones que se van a realizar en materia de transición ecológica y digital justa, resiliencia social y económica, incluido el pilar europeo de derechos sociales, la seguridad energética, las capacidades de defensa, y la repercusión de las reformas ya realizadas. Además, contiene unas obligaciones de información en la que han de constar el nivel previsto de inversión pública y las necesidades.

Finalmente, la dirección política continúa a través de la aplicación de los planes a medio plazo. Cada Estado debe emitir un informe anual de situación en el que da cuenta de los avances en la senda de gasto neto y la ejecución de las reformas e inversiones.

La lógica de la dirección política se acentúa cuando algún Estado incurre en deuda pública superior al 60 % o déficit por encima del 3 %. Entonces, la Comisión le fija una «trayectoria de referencia del gasto neto que abarque un periodo de ajuste de cuatro años y su posible ampliación por un máximo de tres» (art. 5). Lo importante en este punto es que la dimensión política frente a la previsión meramente normativa se ha reforzado en tanto que la trayectoria de referencia se construye sobre la idea de riesgo e introduce diversas premisas de valoración alejadas de lo meramente numérico («senda descendente verosímil» o «niveles prudentes», artículo 6; aunque en la fase final de la negociación se introdujeron criterios anuales de reducción, en el artículo 8).

3. **La dirección política reforzada a través de la supervisión**

A. La supervisión presupuestaria

Los Estados miembros de la zona euro han de presentar antes del 30 de abril el Plan fiscal nacional a medio plazo (todas las referencias en adelante

son del Reglamento 473/2013: artículo 4). Este Plan contiene una valoración de la evolución de ingresos y gastos, e «indicaciones sobre el rendimiento económico esperado de los proyectos de inversiones públicas». Ha de ser coherente con las orientaciones generales y las recomendaciones que haya recibido el Estado miembro.

El proyecto de presupuestos debe hacerse público antes del 15 de octubre (art. 4.2) y aprobarse antes de final de año. Su contenido ha de respetar las orientaciones generales y las recomendaciones que haya recibido cada Estado miembro (art. 3). El ordenamiento de la Unión condiciona el presupuesto en su redacción formal, que ha de cumplir con las reglas estipuladas en la Directiva 2011/85/UE. Sobre todo, determina su contenido necesario en el apartado 3 del artículo 6 del Reglamento 473/2013. Asimismo, fija el modo de elaboración, que tiene que hacerse sobre previsiones macroeconómicas independientes (art. 4.4). Además, los Estados miembros han de contar con organismos independientes que avalen esas previsiones y realicen el seguimiento de las reglas relativas a la elaboración del presupuesto (art. 5), en España, la Autoridad independiente de responsabilidad fiscal.

En virtud del artículo 7 del Reglamento 473/2013, la Comisión emite un dictamen sobre el presupuesto antes del 30 de noviembre. El dictamen se realiza en dos semanas si la Comisión constata «un incumplimiento especialmente grave de las obligaciones de política presupuestaria» y, entonces, el Estado en cuestión habrá de presentar un plan presupuestario revisado. Los dictámenes serán objeto de debate en el Eurogrupo.

B. La supervisión del déficit excesivo

Comprender este procedimiento requiere analizar la evolución del concepto de déficit excesivo. Inicialmente, de conformidad con el artículo 126 TFUE y el Protocolo núm. 12, se trataba de una categoría fijada numéricamente; déficit del 3 % y deuda pública del 60 %. Sin embargo, la crisis de 2008 avanzó reformas normativas encaminadas a modular el concepto y facilitar una aplicación contextualizada, idea en la que se ha profundizado tras las reformas de 2024. La versión consolidada del Reglamento 1467/1997 configura el concepto de déficit excepcional, supuesto que se refiere a la «existencia de una recesión económica grave en la zona del euro o en la Unión en su conjunto determinada por el Consejo […] o a circunstancias excepcionales fuera del control del Gobierno y que incidan de manera significativa en las finanzas públicas del Estado miembro de que se trate […]» (art. 2.1.). Asimismo, delimita

también la categoría de déficit temporal, que es aquella situación que se da «cuando las previsiones presupuestarias facilitadas por la Comisión indiquen que el déficit se situará por debajo del valor de referencia al término de la grave recesión económica o de las circunstancias excepcionales mencionadas en el párrafo primero (art. 2.1).

En esta lógica de modular conceptos y contextualizar su aplicación, se considera que el criterio de déficit y deuda se cumple si, pese a rebasar la referencia, disminuye a un ritmo satisfactorio en atención a los últimos tres años (art. 2.2). En este sentido, el informe de la Comisión se centra en la evolución a medio plazo de la situación presupuestaria y económica, así como de los avances (art. 2.3). Además, el apartado 4 del artículo 2 estipula que el examen de la Comisión debe ser una «evaluación global equilibrada de todos los factores pertinentes».

Si la Comisión considera «que un Estado miembro presenta o puede presentar un déficit excesivo, remitirá un dictamen a dicho Estado miembro e informará de ello al Consejo» (art. 126.5 TFUE). Teniendo en cuenta las observaciones del Estado miembro, el Consejo declarará en el plazo de cuatro meses, en su caso, la existencia de déficit excesivo. Comienza entonces la fase de corrección.

La declaración de déficit excesivo debe ir acompañada de una recomendación (art. 126.7) y un plazo no superior a seis meses para reducir el déficit (art. 3.4; tres meses si la situación es muy grave). Durante ese tiempo, el Estado habrá de tomar medidas efectivas que articulará en un informe (arts. 3.4 y 3.5). En ese mismo plazo, además, la Comisión podrá dictar una recomendación si entiende que existe «riesgo de incumplimiento del plazo para la corrección del déficit», recomendación en la que le fijará un calendario (art. 11 Reglamento 473/2013).

El Reglamento 473/2013 establece otras dos obligaciones al Estado que recibe una declaración de déficit excesivo. Por un lado, debe elaborar un Programa de asociación económica, que va más allá de las actuaciones correctoras del déficit, pues ha de incluir «las medidas políticas y las reformas estructurales necesarias para lograr una corrección eficaz y duradera del déficit excesivo» y deberá establecer las prioridades «destinadas a aumentar la competitividad y el crecimiento sostenible a largo plazo y a eliminar las debilidades estructurales del Estado» (art. 9). Por otro, se intensifican las obligaciones de información del Estado sobre la ejecución presupuestaria e incluso habrá de realizar una auditoría independiente si así lo pide la Comisión (art. 10).

Cuando el Estado no adopta las medidas o no las lleva a cabo, la respuesta va creciendo en intensidad. Primero se hace pública la recomendación (art.

126.8); luego una advertencia que se dictará dos meses después de hacer públicas las recomendaciones y que indicará las medidas a tomar (art. 126.8) y una supervisión reforzada de la Comisión (art. 10 bis Reglamento 1467/1997). Si tras la advertencia no hay resultados tangibles, entonces se inicia el procedimiento para imponer al Estado miembro modulaciones en la política de préstamos del BEI, imponer un depósito sin intereses o una multa, que se han de adoptar en un plazo de dieciséis meses desde la advertencia. El Reglamento 1467/1999 recomienda «como norma general» que se gire una multa anual (art. 11) del 0,05 del PIB a abonar cada seis meses (art. 12). Estas medidas permanecen en una lógica de corrección, de manera que el Consejo las derogará cuando considere que el déficit se ha reducido (art. 126.12). Sin olvidar que el procedimiento, en sus fases anteriores, se suspende tan pronto como el Estado vaya cumpliendo con las recomendaciones (art. 9).

C. La supervisión macroeconómica

En el año 2011 se introdujo la supervisión sobre los desequilibrios macroeconómicos, entendiendo por estos «una evolución macroeconómica que afecta o puede afectar negativamente al correcto funcionamiento de la economía de un Estado miembro, de la unión económica y monetaria o del conjunto de la Unión» (todas las referencias en adelante son del Reglamento 1176/2011: artículo 2). Se tienen por desequilibrios graves aquellos que «comprometen o pueden comprometer el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria» (art. 2).

La clave radica en concretar el tipo de evolución macroeconómica que «afecta negativamente» o que «compromete el correcto funcionamiento». Para ello, según el artículo 4, la Comisión ha de elaborar un cuadro de indicadores macroeconómicos y macrofinancieros sencillos, que detecten de manera rápida los desequilibrios a partir de una serie de umbrales. Esos indicadores habrán de tener en cuenta al menos los desequilibrios internos (endeudamiento público y privado, evolución de los mercados financieros, sector inmobiliario y desempleo) y los desequilibrios externos (básicamente datos relativos a la balanza comercial, así como otros elementos de productividad). El cuadro de indicadores será la base para la elaboración de un informe anual, señalando los Estados que pueden presentar desequilibrios o riesgo de desequilibrio (art. 3). Debe advertirse, que tanto el artículo 3 como el 4, subrayan que la evolución no resulta de una traslación «mecánica» de los indicadores, sino que será una lectura centrada en la evolución real de la economía.

Los Estados señalados son sometidos a un examen exhaustivo de la Comisión en el que ya se verifica si es real el desequilibrio o el riesgo de desequilibrio y se analiza su origen (art. 5). Si se considera que hay desequilibrio, la Comisión propondrá al Consejo la adopción de recomendaciones con medidas correctoras (art. 6). En este punto se abre el procedimiento de desequilibrio excesivo y la supervisión reforzada.

De acuerdo con el artículo 8 del citado Reglamento 116/2011, el Estado que ha recibido la recomendación debe elaborar en el plazo de dos meses un Plan de medidas correctoras con su calendario de aplicación y las correspondientes repercusiones sociales y económicas. El Consejo, en dos meses, a la luz de la recomendación de la Comisión, respaldará el Plan u ordenará la elaboración de uno nuevo.

Una vez admitido el Plan, el Estado informa periódicamente de su aplicación y la Comisión puede realizar misiones de supervisión (art. 9). Previo informe de la Comisión, el Consejo realizará una evaluación final. De ser positiva, se suspende el procedimiento, que se cerrará cuando se constate que ya no hay desequilibrio (art. 11). Si el Consejo considera que las medidas no se están aplicando, dictará una decisión en este sentido, fijando un nuevo calendario (art. 11.4).

D. La supervisión de la estabilidad financiera y el programa de ajuste macroeconómico

La estabilidad financiera o la sostenibilidad de las finanzas públicas «con posibles efectos de desbordamiento adversos en otros Estados miembros de la zona euro» (art. 1) es otro de los campos que tras la crisis han ocupado un lugar central en la supervisión comunitaria. ¿Cuándo se produce esa pérdida de estabilidad? Hay un supuesto claro: si el Estado recibe una «ayuda financiera con carácter preventivo de uno o varios Estados miembros o terceros países, del MEEF, del MEDE, de la FEEF o de otra institución financiera internacional pertinente, como el FMI» (art. 2.3 del Reglamento 472/2013, salvo que la ayuda tenga la forma de línea de crédito y no haya sido usada, artículo 2.4). El otro supuesto resulta de una valoración de la Comisión, para lo que se apoyará en la evaluación realizada a través del mecanismo de alerta temprana (art. 2.1), previa exposición de su posición por parte del Estado miembro. Esta decisión de la Comisión será revisada cada seis meses.

La decisión de supervisión reforzada tiene varias consecuencias jurídicas. La primera es la activación automática de la supervisión reforzada del

presupuesto y del déficit previstas en el Reglamento 473/2013 y que ya han sido estudiadas (art. 2.2). La segunda, el nacimiento de una serie de obligaciones (art. 2.3.): informar sobre la evolución del sistema financiero, realizar pruebas de resistencia del sector financiero y evaluar su capacidad para supervisar el sistema financiero. En tercer lugar, el Estado ha de someterse a una evaluación periódica de la Comisión (art. 3.5). Y, finalmente, tendrá que elaborar un Programa de ajuste macroeconómico si así lo estima el Consejo a propuesta de la Comisión (art. 3.7).

El Programa de ajuste se convierte en el centro de toda la supervisión de la Unión. Sustituye al Programa de estabilidad previsto en el Reglamento 1466/1997 y al Programa de asociación que, como se ha visto, era una consecuencia del procedimiento de déficit excesivo de conformidad con el Reglamento 473/2013 (art. 7.1). Además, se exceptúan los distintos mecanismos de seguimiento antes vistos, reconduciéndose toda la actividad al Programa de ajuste.

La finalidad del Programa es identificar los riesgos específicos y lograr una situación económica y financiera que permita al Estado recibir préstamos de los mercados financieros (art. 7.1). El Consejo aprobará el Programa (que habrá de ser coherente con el Memorando de entendimiento en caso de haber recibido una ayuda MEDE). La Comisión realizará el seguimiento. El Consejo, a propuesta de la Comisión podrá decidir que el Estado no está cumpliendo con el Programa de ajuste (art. 8.7). Por el contrario, una vez ejecutado el Programa, continuará la supervisión mientras que no se haya devuelto el 75 % de las ayudas recibidas o si persiste el riesgo para la estabilidad financiera, pudiendo dictarse recomendaciones (art. 14).

V. LA GARANTÍA DE LA ESTABILIDAD DE LA ZONA EURO: EL MEDE

1. **La naturaleza del MEDE**

El epígrafe II, relativo a las premisas normativas de la política económica, introducía una referencia a la asistencia mutua en casos de crisis, la cual modula el principio de responsabilidad exclusiva de los Estados miembros en la definición y gestión de sus presupuestos. Como se señaló, la asistencia mutua estaba limitada a crisis de suministro o acontecimientos excepcionales, por ejemplo, las catástrofes naturales. La crisis de 2008 mostró las limitaciones de este modelo. En especial exhibió las dificultades sistémicas que provocaba la circunstancia de que un Estado miembro tuviese serias dificultades para financiarse en los mercados (esto conecta con el epígrafe anterior referido a la su-

pervisión financiera). Si no podía obtener préstamos para los gastos ordinarios, ¿quedaba a la suerte de una quiebra segura? La salida fue incluir un apartado tercero en el artículo 136 TFUE que habilitó la creación de un mecanismo de estabilidad para el otorgamiento condicionado de asistencia financiera. Ciertamente, este apartado 3 recogía, formalizaba y le daba visos de generalidad y continuidad a los mecanismos que se habían arbitrado al principio de la crisis a través de sociedades mercantiles sui géneris.

Un primer rasgo fundamental del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) es su articulación jurídica fuera del Derecho derivado de la Unión. Se constituye bajo la forma de organización internacional con un Tratado hecho el 2 de febrero de 2012. Se configura así una organización internacional fuera de la Unión, pero que ha de estar obligatoriamente integrada por los Estados miembros de la zona euro (considerando 7).

Con esta opción los Estados miembros buscaban separarse del sistema de gobierno de la Unión. Este se caracteriza por el equilibrio institucional entre Comisión, Consejo y Parlamento, y, a su vez, en el caso de estos dos últimos órganos, el poder de decisión armoniza criterios poblacionales y territoriales. El MEDE deja a un lado esos principios políticos y se apoya en un elemento económico, la suscripción de capital. Este es el segundo rasgo definitorio del MEDE: en cuanto que institución de asistencia financiera, presta dinero. Para ello se autoriza un capital de 700 mil millones de euros, del que inicialmente se desembolsaron 80 mil (art. 8). El dato fundamental es que no todos los Estados contribuyen de igual manera, como refleja el Anexo II. En consecuencia, el derecho de voto se reparte según la aportación de capital, a tenor del apartado 7 del artículo 4: «El número de derechos de voto atribuidos a cada miembro del MEDE […] será igual al número de acciones que dicho miembro haya suscrito en el capital autorizado del MEDE de conformidad con el anexo II». Y tales derechos se pierden si no se cumple con las obligaciones de desembolso contraídas (art. 4.8).

La finalidad del MEDE se recoge en el artículo 3 y consiste en apoyar la estabilidad de un Estado con «graves problemas de financiación» mediante asistencia financiera condicionada, «cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto». Por lo tanto, se trata de una ayuda subsidiaria, que solo entra en acción si han fracasado los instrumentos de supervisión ordinarios, en especial los de estabilidad financiera. La crisis de financiación debe ser sistémica, de manera que no basta con que aqueje a un Estado, sino que la situación ha de provocar tensiones en el conjunto de la zona euro. Y, finalmente, será una ayuda condicionada, presupuesto que en la práctica sirvió para marcar a los Estados asistidos por el MEDE

un profundo programa de reformas en política económica (en paralelo al Programa de ajuste macroeconómico visto en el epígrafe anterior).

El 27 de enero de 2021 los Estados miembros firmaron el Tratado de reforma del MEDE. Añade un apartado 2 en el artículo 3, una nueva finalidad, según la cual el MEDE podrá respaldar el Fondo Único de Resolución Bancaria, fondo con el que la Junta Única de Resolución Bancaria procede a la liquidación de los bancos en quiebra, como veremos en la siguiente lección.

2. **La gobernanza del MEDE**

A. El carácter dual de la gobernanza y el juego recíproco de las instituciones

El MEDE tiene una gobernanza dual. Cuenta con sus órganos propios: Consejo de Gobernadores, Consejo de Administración y un director ejecutivo (art. 4). También la Comisión y el BCE participan de forma decisiva, como veremos más adelante, en los procedimientos para la concesión de ayudas.

Una lectura global de los artículos 5, 6 y 7 refleja una relación jerárquica entre el Consejo de Gobernadores, el Consejo de Administración y el director ejecutivo. En principio, al primero le correspondería tomar las decisiones más importantes (art. 5.6). Al segundo velar «por que el MEDE sea gestionado de conformidad con el presente Tratado y con los estatutos del MEDE aprobados por el Consejo de Gobernadores» (art. 6.6). Y al director ejecutivo presidir el Consejo de Administración y llevar la gestión ordinaria de la institución (art. 7).

No se puede minusvalorar, sin embargo, el papel del Consejo de Administración y del director ejecutivo. El Consejo de Administración ejercerá cuantas competencias le delegue el Consejo de Gobernadores (art. 5.6). El director ejecutivo goza del conocimiento completo de la institución al participar tanto en el Consejo de Administración, que preside, como en el Consejo de Gobernadores. Esta relevancia del director ejecutivo en lo cotidiano se refleja en el hecho de que pueda requerir, tanto en el Consejo de Gobernadores como en el Consejo de Administración, la votación de asuntos sin reunión (arts. 4 y 7 del *By-laws*, una especie de reglamento de organización).

El juego que despliegan los tres órganos se hace patente en dos de las decisiones fundamentales del MEDE: el desembolso de capital autorizado y la concesión de ayudas. La segunda la vamos a estudiar con detenimiento en el último epígrafe. Respecto a la primera, de conformidad con el artículo 9, el

Consejo de Gobernadores «podrá requerir en cualquier momento el capital autorizado no desembolsado»; el Consejo de Administración, por mayoría simple, también podrá pedirlo, pero solo si ha disminuido por la absorción de pérdidas; y, además, fija las condiciones particulares del requerimiento. Por último, el director ejecutivo reclama el capital. En definitiva, si quisiésemos reducir a su esencia el modo de articular el funcionamiento de las instituciones del MEDE, habríamos de decir que al Consejo de Gobernadores le corresponde la toma de decisiones, y al Consejo de Administración, con el director ejecutivo a su cabeza, el desarrollo de la decisión, incluyendo la importante labor de precisar los detalles.

Ya se ha señalado que la gobernanza es dual. Lo veremos de forma plástica al estudiar el procedimiento de concesión de ayudas. Ahora importa subrayar que todo el peso de la evaluación previa de la necesidad de ayuda y de la negociación de sus condiciones corresponde a la Comisión Europea y al BCE, previa autorización del Consejo de Gobernadores. Además, un miembro de la Comisión, el presidente del BCE y el presidente del Eurogrupo participarán como observadores en el Consejo de Gobernadores. La singular naturaleza del MEDE, que no forma parte de la Unión, pero sí los Estados miembros que comparten el euro, explica esta hibridación institucional. Circunstancia que no ha dejado de suscitar dudas, como refleja la sentencia *Pringle*, en la que el Tribunal de Justicia admite la participación de la Comisión y el BCE (y también del propio Tribunal en el MEDE). Entiende que cuando la Unión no tiene competencia exclusiva, los Estados miembros pueden atribuir a las instituciones comunitarias funciones de coordinación (apdo. 158), siempre que no desvirtúen las atribuciones de esas instituciones en la Unión (apdo. 162).

B. La composición de los órganos del MEDE

El Consejo de Gobernadores estará compuesto por «gobernadores» con «responsabilidad en materia financiera del Gobierno del miembro del MEDE», nombrados por cada Estado del MEDE, que también nombrará a un suplente (art. 5.1). Se compone, en definitiva, de los ministros de Economía o Hacienda. Al Consejo de Gobernadores acudirán como observadores un miembro de la Comisión «responsable de asuntos económicos y monetarios», el presidente del BCE y el presidente del Eurogrupo. También serán observadores los Estados de la Unión fuera de la zona euro si contribuyen a un instrumento de ayudas y miembros del FMI. El Consejo de Gobernadores está presidido por el presidente del Eurogrupo o por otro gobernador elegido por un periodo de dos años renovable.

Cada gobernador nombra además a un administrador (y su suplente) para conformar el Consejo de Administración, que también tendrá como observadores a un miembro de la Comisión y del BCE. Al frente del Consejo de Administración se encuentra el director ejecutivo, elegido por el Consejo de Gobernadores para un mandato de cinco años (renovable por una vez) «entre candidatos que posean la nacionalidad de un miembro del MEDE, una experiencia internacional adecuada y un elevado nivel de competencia en el ámbito económico y financiero». El Consejo de Gobernadores podrá cesarlo cuando lo considere oportuno.

Ya hemos señalado que el derecho de voto está ligado al capital suscrito por cada Estado. Partiendo de esta regla, el Consejo de Gobernadores y el Consejo de Administración deciden por mutuo acuerdo, mayoría cualificada o mayoría simple, siempre «sobre un quorum de dos tercios del número de miembros con derecho a voto que representen al menos dos tercios de los derechos de voto» (art. 4.2). El común acuerdo requiere unanimidad, si bien las abstenciones no se contarán (art. 4.3). El umbral baja al 85 % de los votos expresados si se trata de una votación de urgencia cuando es necesario asistir a un Estado para evitar una amenaza sobre la zona euro (art. 4.4). La mayoría cualificada supone el 80 % de los votos expresados (art. 4.5). Y la mayoría simple se logra con más votos favorables que en contra de los votos expresados (art. 4.6).

3. **Los tipos de asistencia financiera y el procedimiento de concesión**

A. Los tipos de asistencia financiera

Los tipos de asistencia financiera se distinguen por su finalidad. La línea de crédito precautoria pretende ayudar a un Estado con turbulencias, pero que todavía no ha alcanzado una situación crítica (art. 14). La reforma del Tratado MEDE refuerza el carácter preventivo al disponer en el nuevo artículo 14 que se proporciona «apoyo a los miembros del MEDE que cuenten con unos fundamentos económicos sólidos pero que podrían verse afectados por perturbaciones adversas que escapen a su control». El artículo 15 prevé la concesión de un préstamo para refinanciar el sistema financiero. Este es el tipo de ayuda que recibió España. El préstamo MEDE del artículo 16 va acompañado de un programa de ajuste macroeconómico y está destinado a atajar una crisis clara. Finalmente, el MEDE podrá comprar deuda pública de un Estado, tanto en el mercado primario como en el secundario (arts. 17 y 18).

La reforma en marcha añadirá un artículo 18 bis por el que se podrá conceder un préstamo a la Junta Única de Resolución Bancaria para sostener el Fondo Único de Resolución. En el próximo capítulo veremos que con este fondo se acomete la liquidación de las entidades bancarias en quiebra.

B. El procedimiento para la concesión de la asistencia financiera

Las ayudas vistas en el apartado anterior, salvo la compra de deuda pública, toman la forma de un préstamo que el Estado miembro habrá de devolver. No olvidemos que el MEDE surge para facilitar a los Estados la financiación que no logran en los mercados. Además, el préstamo irá acompañado de una serie de obligaciones de política monetaria, que puede incluso dar lugar a un programa de ajuste macroeconómico.

El artículo 13 distingue tres fases en la concesión de una ayuda: solicitud, evaluación y establecimiento de las condiciones. La experiencia de la crisis de 2008 puso de manifiesto que, en la práctica, las dos primeras fases están precedidas de un proceso informal que las predetermina inexorablemente. El caso español es sintomático. El Gobierno español fue presionado informalmente por los dirigentes europeos para pedir una ayuda de 50 mil millones de euros con los que recapitalizar el sistema financiero. Primero el presidente Rodríguez Zapatero y luego el presidente Rajoy se resistieron, pues entendían que era un modo de reconocer la quiebra del Estado. Finalmente, la dramática situación llevó al segundo a pedirlo, petición que se articuló en un brevísimo folio del ministro de economía. Esa fase de presión previa auguraba que el préstamo se concedería. No obstante, es importante subrayar que esa fase de evaluación la desempeña la Comisión y el BCE, sin intervención de los órganos del MEDE, que tomarán la decisión de aprobar la ayuda a la luz de esa evaluación y aunque, como hemos dicho, en la práctica ya está predeterminada. Por tanto, el momento clave es el de la fijación de las condiciones de ajuste. Esa tarea, nuevamente, le corresponde a la Comisión, en coordinación con el BCE, y, en su caso, el FMI y toma la forma de Memorando de Entendimiento (art. 13.3). Este es un documento de capital importancia, pues condiciona durante un periodo sustancial la política económica del Estado que ha recibido la ayuda. En España se dudó de la calificación que merecía este documento. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, señala que «instrumentan la asunción de compromisos políticos» (Exposición de motivos), por lo que no derivan obligaciones jurídicas ni están sometidos a un procedimiento previo de autorización.

VI. MEMENTO

– La política económica fue inicialmente diseñada a partir de unas premisas normativas que habrían de facilitar la coordinación. Sin embargo, debido a la evolución que ha tenido esta materia, puede distinguirse un proceso encaminado hacia una verdadera unión económica.

– La relación entre el poder público y la economía ha ido cambiando en el tiempo. Hoy los Estados dependen en gran medida de la financiación que obtienen en los mercados financieros. Se sitúan en una dinámica competitiva para obtener recursos que los obliga a adoptar determinadas políticas. Al mismo tiempo, ya no rige con igual intensidad la idea de neutralidad constitucional en la ordenación de la economía. Ahora, las Constituciones de nuestro entorno ofrecen reglas claras orientadas a limitar determinadas conductas económicas de los poderes públicos, en especial los déficits.

– El Tratado de Funcionamiento dispone una serie de premisas normativas para ordenar la política económica. En primer lugar, utiliza dos categorías, –«economía de mercado abierta y de libre competencia» y «economía social de mercado altamente competitiva»–, que subrayan la importancia del mercado en el proceso de integración. En segundo lugar, el artículo 119 reconoce como principios rectores los «precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable». Han de servir para definir una zona de juego, de suerte que ciertas acciones queden prohibidas, pero a la vez se abra un amplio margen de actuación. En cambio, el principio de finanzas públicas sólidas se ha materializado en unos límites precisos. En tercer lugar, los artículos 123, 124 y 125 TFUE imponen a los Estados la responsabilidad en la gestión de su presupuesto. En cuarto lugar, el TFUE establece una serie de fondos destinados a paliar los desequilibrios que causa la creación de un mercado interior. Además, se prevén mecanismos de asistencia mutua en casos excepcionales.

– La dirección de la política económica se despliega mediante las orientaciones generales y la supervisión. La supervisión vigila el presupuesto nacional, el déficit, el equilibrio macroeconómico y la estabilidad financiera. Las orientaciones generales y la supervisión se despliegan a través de un ciclo temporal, el semestre europeo, que da forma a la dirección de la política económica por parte de la Unión y se proyecta en el plan nacional a medio plazo que ha de elaborar cada Estado.

– El MEDE es una organización internacional fuera del Derecho derivado de la Unión, pese a que encuentra su razón de ser en el artículo 136 TFUE. Su finalidad es apoyar la estabilidad de los Estados con graves problemas de finan-

ciación que pongan en riesgo la estabilidad financiera de la zona euro. El MEDE tiene una estructura institucional dual. Cuenta con sus órganos propios (Consejo de Gobernadores, Consejo de Administración y director ejecutivo), pero en la concesión de ayudas intervienen de manera decisiva la Comisión y el BCE. Las ayudas pueden estar destinadas a apoyar a un Estado sometido a perturbaciones externas; para refinanciar su sistema financiero; para atajar una crisis clara de estabilidad; o bien para comprar deuda pública.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

AA. VV., «Rethinking the European Social Economy (Special Issue)», *Journal of Social Market Studies*, Vol. 57, 2019, pp. 3-12.

De Miguel Bárcena, J., *El gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional*, Barcelona, Bosch, 2011.

Dobre, D., «Constitución económica. Una propuesta al debate conceptual», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 157-198.

Hinarejos, A., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

López Escudero, M., «La Unión Económica y Monetaria I», en Marta Ortega Gómez y Beatriz Añoveros Terradas (coords.), *Las políticas de la Unión Europea en el siglo* xxi, J. M. Bosch Editor, Madrid, 2017, pp. 299-374.

Losada, F. y Tuori, K., «Integrating Macroeconomics into the EU Single Legal Order: The Role of Financial Stability in Post-crisis Europe», *European Papers*, vol. 6, 2021, pp. 1367-1396.

CAPÍTULO 14

LA UNIÓN BANCARIA: LOS MECANISMOS DE SUPERVISIÓN Y RESOLUCIÓN BANCARIA

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

RESUMEN

El Estado constitucional no puede existir sin un mercado financiero en el que encuentre los recursos con los que desplegar sus servicios públicos. Esa vinculación entre mercado financiero y Estado constitucional provoca que los riesgos de aquel sean en algunas ocasiones sistémicos, poniendo en jaque la propia viabilidad de las instituciones estatales. Por ello la actividad bancaria está sometida a un denso régimen jurídico que condiciona el acceso al mercado y su continuidad. En este capítulo se estudian los requisitos de entrada en el mercado y los poderes de supervisión y resolución (liquidación) configurados por el Derecho de la Unión, dirigidos a garantizar la correcta operatividad del mercado financiero y que sus fallos no repercutan en el Estado.

CONCEPTOS CLAVE

Autorización de entidades, Dispositivo de resolución, Libertad de prestación de servicios y establecimiento, Mecanismo Único de Resolución, Mecanismo Único de Supervisión, Mercado financiero, Plan de reestructuración, Plan de resolución, Resolución bancaria, Riesgos de la actividad bancaria, Separación de funciones, Supervisión bancaria

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

Reglamento (CE) 2532/98 del Consejo de 23 de noviembre de 1998 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones

Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012

Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito

Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE

Directiva 2014/59/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

Recomendación 2009/384/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2009

Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo relativo a las normas prácticas de ejecución de la rendición de cuentas democrática y de la supervisión del ejercicio de las tareas encomendadas al Banco Central Europeo en el marco del mecanismo único de supervisión (2013/694/UE)

Memorandum of Understanding of 11 December 2013 between the Council of the European Union and the European Central Bank on the cooperation on procedures related to the Single Supervisory Mechanism (SSM)

Reglamento (UE) 673/2014 del Banco Central Europeo de 2 de junio de 2014 sobre el establecimiento de la Comisión de mediación y su reglamento interno.

Decisión del Banco Central Europeo de 14 de abril de 2014 sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión y sus normas de funcionamiento (BCE/2014/16) (2014/360/UE)

Decisión del Banco Central Europeo de 17 de septiembre de 2014 sobre la aplicación de la separación entre las funciones de política monetaria y supervisión del Banco Central Europeo (BCE/2014/39)

Reglamento interno del Consejo de Supervisión del Banco Central Europeo

Sumario: I. El mercado de capitales en el Estado constitucional y en la Unión Europea. *1. Mercado de capitales y Estado constitucional. 2. La respuesta de la Unión: desplazamiento del Estado, centralización de la regulación y ejecución.*–II. Un derecho uniforme para afrontar los riesgos del mercado.–III. El control de acceso al mercado: un sistema tutelado por el BCE.–IV. La centralización de la supervisión bancaria. *1. El Mecanismo Único de Supervisión Bancaria. 2. Los poderes de supervisión.* A. La potestad de inspección. B. La potestad de corrección. C. La potestad sancionadora. *3. La organización del BCE para la supervisión bancaria.* A. El principio de separación de funciones y sus consecuencias. B. El control político de la supervisión bancaria. C. El control jurídico de la supervisión bancaria.–V. La centralización de la resolución bancaria. *1. El Mecanismo Único de Resolución Bancaria.* A. Resolución bancaria y mercado financiero. B. La distribución de funciones en el MUR *2. Los poderes de resolución.* A. Los planes de resolución. B. La actuación temprana. C. El procedimiento de resolución. D. La

potestad de inspección. E. La potestad sancionadora. *3. La Junta Única de Resolución Bancaria.* A. Estructura y composición. B. Los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de la JUR. *4. La financiación de la resolución bancaria.*–V. Memento. Bibliografía básica.

I. EL MERCADO DE CAPITALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EN LA UNIÓN EUROPEA

1. **Mercado de capitales y Estado constitucional**

El mercado financiero tiene como objetivo prioritario articular la circulación del capital de manera que se dirija allí donde es demandando, siempre que genere una plusvalía óptima para el que lo atesora y presta. En un sistema económico maduro, el mercado financiero cumple esencialmente tres tipos de servicios. Facilita los medios de pago y liquidación. Realiza una operación de transformación al tomar los depósitos de los clientes y producir, con préstamos a largo plazo, la liquidez necesaria para las inversiones. En esta labor, finalmente, da la información relativa al riesgo inherente a toda operación de crédito.

El mercado bancario no tendría por qué diferenciarse de cualquier otro: asigna recursos de manera eficiente en relación con la oferta y la demanda. De este modo, la capacidad de las entidades bancarias, incluida su propia supervivencia en el mercado, estaría determinada por las reglas de propiedad. Por ello, si un banco no ofreciese beneficios atractivos, sería abandonado por los inversores. Sin embargo, la importancia del sistema financiero trasciende esta lógica en cuanto que puede afectar a la propia viabilidad del Estado. Ahí radica su dimensión constitucional, que se concreta al menos en tres aspectos.

El primero tiene que ver con la propia naturaleza de la economía capitalista, que requiere la continua acumulación de capital, para lo que necesita un robusto sistema financiero. Así la cosas, no cabe imaginar a un Estado constitucional sin un mercado de crédito que lo asista en la provisión de servicios.

Esta primera conclusión hila con la segunda, que remite a los llamados riesgos sistémicos. Todo mercado tiene fallos que requieren la intervención del poder público para asegurar el correcto funcionamiento de la oferta y la demanda. No obstante, en el caso del mercado financiero, existen externalidades que pueden empujar al propio Estado a una crisis de liquidez y solvencia, tal y como se demostró en la última crisis financiera. La burbuja en torno a los bienes inmobiliarios (en definitiva, una ineficacia en la determinación de la información) y la

interdependencia de los bancos (sus préstamos cruzados y garantías recíprocas) provocaron un debilitamiento general de las entidades bancarias, que dejaron de prestarse dinero entre ellas. Luego, el Estado se vio obligado a asumir gran parte de la deuda bancaria vinculada a los activos inmobiliarios, golpeando gravemente a la propia liquidez de las arcas públicas, que vieron cómo los mercados financieros internacionales les retiraban los créditos.

En tercer lugar, ocurre en ocasiones que una entidad bancaria es tan grande en términos cuantitativos, que no es posible dejarla caer y someterla a una restructuración bancaria ordinara («*too big to fail*»). El poder público se ve obligado a sostenerla con sus fondos, pues, de lo contrario, la volatilización de la entidad afectaría a un número tan grande de ahorradores, que causaría una verdadera crisis de legitimidad.

2. La respuesta de la Unión: desplazamiento del Estado, centralización de la regulación y ejecución en la Unión

El mercado financiero es seguramente el espacio político-económico en el que con mayor nitidez se hace patente el sentido de la globalización, si con este término nos referimos a aquellos espacios que superan las tradicionales fronteras territoriales. Creo que no existe discusión sobre la incidencia que una crisis financiera, por ejemplo, en Estados Unidos, puede tener en Europa y viceversa. Y, al mismo tiempo, está asentado en el imaginario jurídico-político que el esfuerzo por regular el mercado bancario nacional solo puede encajarse en un contexto global, pues una u otra medida repercute sobre la pérdida o atracción de inversiones. En cualquier caso, para los Estados integrados en la Unión, la crisis de 2008 hizo evidente que la debilidad de un sistema bancario nacional podía arrastrar consigo al conjunto de la unión monetaria.

La construcción de un mercado financiero único no estaba entre los objetivos iniciales del proceso de integración. Sin embargo, la paulatina convergencia económica y monetaria hicieron patente su necesidad; difícilmente encajaba la idea de una moneda única con barreras a la libre circulación de capitales. Durante un tiempo se intentó equilibrar la necesidad de un mercado único con la importancia de la regulación financiera para la economía de un Estado. Se buscaron fórmulas de armonización de mínimos, *soft law* y gobernanza multinivel. Sin embargo, la crisis de 2008 empujó hacia un cambio radical. Se consideró que el único modo de evitar el riesgo de que las dificultades del sistema financiero de un Estado contaminasen al conjunto de la Unión, pasaba por colectivizar ese riesgo. No obstante, la condición fue centralizar

tanto la regulación como su ejecución. El derecho de la Unión ha pasado a fijar en detalle y con eficacia directa las condiciones de participación en el mercado, a tutelar el acceso, y a desempeñar para las entidades más significativa el control permanente del cumplimiento de esas reglas (supervisión) y, en su caso, la liquidación ordenada de las entidades que pierdan la capacidad para atender los mínimos de capital (resolución).

II. UN DERECHO UNIFORME PARA AFRONTAR LOS RIESGOS DEL MERCADO

Uno de los cambios fundamentales ha sido la centralización de la ordenación del mercado financiero, que hoy está básicamente en manos de la Unión. El *single rulebook* rompe con la idea de construir la integración a través de la competencia regulatoria entre Estados, que en un juego dinámico potenciarían la circulación de capitales. Como en tantas otras ocasiones, la crisis cambió el paradigma y se llegó a la conclusión de que la premisa esencial para construir un mercado único pasaba por contener los riesgos inherentes al sistema financiero y hacerlo de manera uniforme.

¿Cuáles son los riesgos que acechan? El Reglamento 575/2013 (art. 1) y la Directiva 2013/36 los enumeran, aunque no den una definición precisa. Existe el riesgo de crédito (art. 79 Directiva), referido a la posibilidad de que los préstamos concedidos no sean devueltos. A su vez, el anterior riesgo entraña otro llamado residual, que señala la mala praxis en la reducción de créditos dudosos (art. 80 Directiva). También incluye el riesgo de concentración, esto es, que los préstamos se otorguen mayoritariamente a un determinado sector (art. 81 Directiva). Y el riesgo de titulación, que cubre aquellas operaciones en las cuales se comercia con los créditos, transformándolos en productos complejos, que el consumidor no puede comprender bien (art. 82 Directiva).

Por otro lado, estarían los riesgos exógenos. El de mercado se refiere a todas aquellas variables macroeconómicas que afectan a los distintos servicios que presta el banco (art. 82 Directiva). La Directiva señala expresamente las variaciones de tipos de interés (art. 84), pero podríamos incluir otras muchas como son el tipo de cambio o las fluctuaciones en la renta variable. El riesgo operativo abarca «eventos poco frecuentes generadores de pérdidas muy elevadas» (art. 85 Directiva), que incluye desde errores humanos de la entidad hasta acontecimientos externos imprevisibles. El riesgo de liquidez indica la posibilidad de que un banco no esté en condiciones de atender sus compromisos de pagos, bien a otras entidades, bien a los propios depositarios (art. 86 Directi-

va). Y, finalmente, se recoge el riesgo de apalancamiento excesivo (art. 87 Directiva), que fija la hipótesis de que la entidad bancaria esté sostenida con préstamos de terceros.

La respuesta a estos riesgos se pretende conjurar con unos determinados requisitos de fondos propios, es decir, fondos que pueden absorber las pérdidas en las que incurra una entidad. En términos generales, dejando al lado las detalladas deducciones, el artículo 92 del Reglamento exige una ratio de capital del 8 %. Un 4,5 % ha de serlo de capital de nivel 1 ordinario, el llamado «*core capital*». Es el de máxima calidad, pues se compone básicamente de las acciones sin condicionante alguno en cuanto a la reducción de su valor, que ya han sido desembolsadas y que no forman autocartera (art. 28 Reglamento). A esto se suman las ganancias, reservas y fondos de la entidad bancaria (art. 25 Reglamento). El porcentaje debe llegar al 6 % cuando se suma el capital de nivel 1 adicional, que engloba aquellas acciones con algún tipo de particularidad. Un ejemplo serían los llamados «cocos», bonos convertibles en acciones; o también las acciones preferentes, que incluyen algún tipo de circunstancia que las distingue de las ordinarias. Y, finalmente, el resto de capital, denominado capital 2, debe elevar la ratio al 8 %. Este capital 2 incluye cualquier instrumento de capital subordinado. Se trata también de bonos o asimilados (en definitiva, títulos de deuda de la entidad), en los que el tenedor recibe un interés mayor porque sabe que, en caso de quiebra, su posibilidad de cobro ocupa un lugar secundario respecto a los accionistas o acreedores ordinarios.

Otro instrumento con el que conjurar los riesgos sería la ratio de liquidez (art. 412 Reglamento) y de apalancamiento (art. 429 Reglamento). En el primer caso se crea un colchón que ha de cubrir la tensión entre las entradas y salidas de liquidez. Es decir, se intenta evitar que puntualmente la entidad bancaria, pese a ser solvente, no pueda atender las peticiones de dinero. Con la ratio de apalancamiento se quiere fijar una barrera a la capacidad de la entidad para endeudarse ella misma con la finalidad de dar préstamos. Se considera que, llegado un límite, la entidad tendrá que aumentar sus fondos propios y no puede continuar acudiendo a la financiación de otras entidades.

Un tercer mecanismo para evitar riesgos tiene que ver con la información sobre la gestión de esos riesgos. El Título II del Reglamento 513/2003 regula en detalle la información requerida en cada tipo de riesgo. Ahora nos basta con destacar que, en términos generales, el artículo 435 exige que se recojan las estrategias y procesos de gestión, la estructura interna para desarrollarlas, los sistemas para medir el riesgo, los mecanismos de cobertura y reducción del riesgo, las declaraciones del órgano de dirección sobre el perfil de riesgo y la adecuación de los sistemas para prevenir esos riesgos.

Finalmente, se establecen algunos requisitos relativos al gobierno de la entidad crediticia. Así, la Directiva 2013/36, en su artículo 74 impone «una estructura organizativa clara» y «procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos». En el artículo 76.3 obliga a las entidades importantes a crear un comité de riesgos «integrado por miembros del órgano de dirección que no desempeñen funciones ejecutivas» y con la especialización suficiente. La función de gestión de riesgos debe ser independiente de las funciones operativas, con «autoridad, rango y recursos suficientes» (art. 76.5). Un tercer elemento lo constituyen las políticas de remuneración de los directivos bancarios (art. 75). La Recomendación 2009/384/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2009, intenta evitar que las retribuciones sean un incentivo al riesgo, desvinculando al directivo de la protección de clientes e inversores (punto 3). Se concentra en las remuneraciones variables por éxito. Exige que tengan un límite (punto 4.1) y permita una aplicación flexible, incluso admitiéndose su suspensión si la situación de la entidad se deteriora (punto 4.2) o su devolución si se conceden con datos inexactos (punto 4.6). Impone el aplazamiento de una parte importante de la prima, para verificar correctamente el cumplimiento de los éxitos (punto 4.3). En cualquier caso, aquellos que diseñan los procedimientos de control deben ser independientes de las unidades de negocio que controlan (punto 6.6). Y los criterios de remuneración deben ser de acceso público (punto 8).

III. EL CONTROL DEL ACCESO AL MERCADO: UN SISTEMA TUTELADO POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Las entidades dispuestas a prestar servicios financieros, a diferencia de otros mercados, no gozan de una libertad plena para iniciar su actividad. Su puesta en marcha requiere un control previo estricto. La Directiva 2013/36 armoniza las condiciones que la normativa estatal ha de disponer para que una entidad crediticia pueda ser autorizada. En este sentido, la entidad debe presentar un programa de actividad y una estructura de su organización (art. 10). Debe contar con un capital inicial que, salvo excepciones, no puede ser inferior a 5 millones de euros. Se han de precisar las personas que ejercen la dirección (al menos dos), el domicilio social y una administración central situada en su domicilio social (art. 13). Por último, debe dar a conocer la información sobre los accionistas con participaciones cualificadas o, al menos, la identidad de los 20 mayores accionistas (art. 14).

Hasta aquí nada nuevo. El giro se produce en la competencia y el procedimiento para autorizar. Durante mucho tiempo rigió el *single passport,* técnica

típica en un proceso de integración negativa, según la cual, cumplida la normativa de un Estado, la entidad, en virtud del reconocimiento mutuo, encontraba expedito el camino para operar en otros Estados. Esta estructura ha quedado profundamente transformada una vez que el Derecho de la Unión ha ganado densidad normativa y se articula principalmente mediante reglamentos. Pero, sobre todo, destaca la intervención del BCE en el procedimiento de autorización, que hibrida lo nacional y lo supranacional. Según dispone el artículo 14 del Reglamento 1024/2013, la solicitud se presenta en el Estado en el que la entidad va a operar. La autoridad estatal elabora un proyecto de decisión que lo comunica al BCE. Este, en diez días, puede oponerse de manera motivada y solo en virtud del Derecho de la Unión. La autorización es revocable. Bien por propia iniciativa del BCE, bien a propuesta del Estado.

Igual ocurre con el control de adquisición de participaciones cualificadas. La Directiva 2013/36 impone su control, pues, en definitiva, se quiere evitar que el adquiriente intente sortear los requisitos de autorización. El artículo 23 exige que se evalúen varios elementos. De un lado, la reputación y capacidad del adquiriente o de las personas que vayan a dirigir la entidad, así como su solvencia. De otro, valorar si la entidad seguirá cumpliendo con los parámetros de fondos propios. Además, se ha de examinar que la operación no se utiliza para el blanqueo de capitales. Y lo que más importa, el procedimiento de evaluación es similar al de autorización, tal y como dispone el artículo 15 del Reglamento 1024/2013: la adquisición se notifica a la autoridad del Estado miembro, que hará una propuesta al BCE, y este tomará la decisión final.

Una vez que las entidades han sido autorizadas, la Directiva 2013/36 les reconoce la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, por lo que están habilitadas para moverse dentro del mercado interior. Podría decirse, entonces, que el principio de reconocimiento mutuo sigue siendo una regla elemental (arts. 17, 33 y 34), de manera que no es necesario que una entidad bancaria autorizada por un Estado miembro, tenga que recabar nuevamente permiso para operar en otro, ni se le podrán exigir condiciones adicionales.

Sin embargo, son precisas dos matizaciones. La primera, ya se ha visto, tiene que ver con la intervención del BCE en las autorizaciones. El principio de reconocimiento mutuo ya no se despliega sobre la mera intervención estatal. En segundo lugar, a diferencia de otros mercados, la libertad de circulación no nace de forma automática, sin necesidad de actuación alguna. Las singulares características del servicio bancario y la exigencia de mantener una supervisión firme, explican que sea necesaria una notificación previa, tanto para establecerse, como para prestar el servicio. La notificación se realiza en el Estado de origen (art. 35). Ha de informar sobre el Estado miembro en el que se va a establecer, el progra-

ma de actividades, la estructura de la sucursal, la dirección que tendrá en ese Estado miembro y los directivos responsables de la sucursal (art. 35). Salvo que tenga dudas «de la idoneidad de la estructura administrativa o de la situación financiera de la entidad», el Estado de origen, en el plazo de tres meses, comunicará al Estado de acogida la información, y el importe y composición de los fondos propios (art. 35.3). Recibida la comunicación, en el plazo de dos meses, la entidad de crédito podrá comenzar a operar (art. 36). Si la entidad bancaria solo pretende prestar servicios, sin establecerse mediante una sucursal, notificará a su Estado de origen las actividades que quiere realizar y este la comunicará al de acogida en el plazo de un mes (art. 39).

La supervisión bancaria queda en manos del Estado de origen (en los siguientes epígrafes veremos que son pocas ya las entidades bajo supervisión del Estado, estando la mayoría controladas por el BCE). Sin embargo, el Estado de acogida conserva dos tipos de poderes. Debe informar al Estado de origen si constata que la entidad no cumple o existe el riesgo de que no cumpla con las exigencias de capital previstas en el Reglamento 575/2013, apelando incluso a la Autoridad Europea de Supervisión, que podrá establecer una solución vinculante, y aquí, por tanto, vuelve a verse la posición de tutela. En ese proceso de información, el Estado de acogida podrá adoptar medidas cautelares (art. 43) y sancionar las infracciones cometidas en su territorio (art. 44).

IV. LA CENTRALIZACIÓN DE LA SUPERVISIÓN BANCARIA

1. **El Mecanismo Único de Supervisión Bancaria**

La supervisión consiste en verificar que las entidades cumplen con los requisitos normativos que garantizan su viabilidad y que no generan riesgos ni para sus clientes ni para el conjunto de la sociedad. Hasta la crisis de 2008, esta fue una tarea que desempeñaban los Estados, de acuerdo con su normativa, que recogía la armonización de mínimos estipulada por la Unión. El cambio sustancial se produce en el 2013, cuando se activa la habilitación del artículo 127.6 TFUE y la supervisión, en los Estados de la zona euro, pasa a ser ejercida por el Mecanismo Único de Supervisión Bancaria (MUS), que integra al BCE y a las autoridades nacionales, que también son bancos centrales.

El reparto de funciones se articula a través del concepto de «entidad menos significativa», recogido en el artículo 6 del Reglamento 1024/2013. En realidad, lo que importa es saber cuáles son las entidades que caen bajo la supervisión del BCE. El artículo 6.4 establece dos tipos de reglas. La primera fija

criterios nítidos: las tres entidades de crédito más significativas de cada uno de los Estados miembros; las que hayan recibido ayuda pública del MEDE; las que sus activos superen los 30 mil millones de euros; y aquellas cuyos activos supongan el 20 % del PIB del Estado (quedarían fuera, sin embargo, cuando tienen menos de 5 mil millones en activos). El segundo tipo de reglas abre un cierto margen de discrecionalidad al BCE, que determinará el carácter de significativa según el tamaño, la importancia para la economía de la Unión o un Estado miembro y sus actividades transfronterizas; podrá además declarar significativas a aquellas entidades que, contando con filiales en otros Estados miembros, su activo/pasivo transfronterizo sea relevante.

Hoy día, la mayor parte de las entidades de crédito se consideran significativas y están bajo la supervisión directa del BCE (art. 6.5 Reglamento 1024/2013). En el epígrafe siguiente veremos las potestades que puede ejercer. Ahora bien, su supervisión se apoya en las autoridades nacionales que tienen un deber de asistencia y cooperación leal. De forma recíproca, las autoridades nacionales, para las menos significativas, no ejercen un control aislado. Sus potestades están definidas en el artículo 6.6 y, sobre todo, en la Directiva 2013/36, en especial bajo el Título VII. Además, el BCE asegura la eficacia y coherencia del conjunto del sistema, como dispone el artículo 6.1 del Reglamento 1024/2013. Para ello, el artículo 6.5 le permite dictar reglamentos, directrices e instrucciones generales destinadas a facilitar la aplicación de los instrumentos de supervisión y sus procedimientos (art. 6.7). Sin olvidar que las autoridades nacionales habrán de presentar informes periódicos al BCE sobre su supervisión (art. 6.6).

2. **Los poderes de supervisión**

A. La potestad de inspección

El artículo 10 del Reglamento 1024/2013 habilita para requerir todo tipo de información, dirigida siempre a los fines de supervisión. Los obligados a dar la información son las entidades de crédito, las entidades financieras de cartera y las personas «pertenecientes» a esas entidades o los terceros a los que se le hayan subcontratado las funciones. El deber prevalece sobre cualquier objeción de entrega de la información que pudiese fundarse en el secreto profesional. Junto al requerimiento de información, bajo la rúbrica de «investigaciones generales», se regulan en el artículo 11 del Reglamento otra serie de potestades encaminadas también a obtener información: exigir la presentación

de documentos, examen de libros y registros, requerimiento de explicaciones verbales o escritas y entrevistas.

En este marco de potestades generales, los artículos 12 y 13 recogen las «inspecciones in situ», que responden a la categoría clásica de un registro de local profesional. Cuando lo realiza el BCE, ha de notificarlo previamente a la autoridad nacional competente, que le asistirá para una efectiva realización de la inspección. La decisión de investigación no ha de ser notificada con antelación a la empresa afectada. Si así lo requiere el Derecho nacional, la tendrá que autorizar previamente por la autoridad judicial. Esta ha de verificar la autenticidad de la decisión, su proporcionalidad y su motivación, pudiendo solicitar explicaciones adicionales al BCE sobre la naturaleza de la sospecha. Sin embargo, no podrá examinar ni el expediente, ni la necesidad de la inspección.

B. La potestad de corrección

En las páginas anteriores se han reflejado las condiciones materiales, esencialmente de fondos propios y de gobierno, que ha de cumplir toda entidad financiera. El artículo 16 del Reglamento 1024/2013 otorga poderes al supervisor para que rectifique el devenir de la entidad si ya se ha desviado o está camino de desviarse en un plazo de 12 meses, o sus estructuras y mecanismos de control son defectuosos. Estas potestades sirven para que el BCE tome el control, con mayor o menor intensidad, sobre la gestión de la entidad.

Un grupo de medidas tienen el fin de potenciar los parámetros de solvencia del banco, exigiéndole fondos propios y requisitos de liquidez superiores a los ordinarios. Otro grupo está dirigido a recomponer la organización de la entidad: reforzar las estructuras y mecanismos de control; elaborar un plan de restablecimiento del cumplimiento normativo; potenciar los deberes de información; y destituir a los miembros del órgano de gestión. Se prevén medidas destinadas a reducir el riesgo: dotaciones especiales respecto a ciertos activos; o impedirle realizar determinades actividades que impliquen un peligro excesivo. Y, finalmente, se pueden imponer mecanismos de recapitalización, como limitar las remuneraciones o el reparto de dividendos y utilizar beneficios para reforzar los fondos propios.

Todas estas medidas componen el plan de reestructuración, tal y como se le denomina, en la normativa de resolución (por ejemplo, artículo 10.2 Reglamento 806/2013). El fracaso de estas medidas abre paso a la resolución bancaria.

C. La potestad sancionadora

La supervisión bancaria puede implicar la imposición de sanciones, potestad que es desdoblada en el artículo 18 del Reglamento 1024/2013. Si el incumplimiento culpable («deliberadamente o por negligencia») es de un «acto directamente aplicable del Derecho de la Unión», la competencia corresponde al BCE. Se establece un umbral máximo de la sanción de «hasta el doble de la cantidad correspondiente a los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas como resultado del incumplimiento, en caso de que puedan determinarse estos, o de hasta el 10 % del volumen de negocios total anual». A su vez, el Reglamento 2523/98 prevé pagos periódicos coercitivos o multas coercitivas que tienen como finalidad procurar que la entidad en cuestión ponga fin a un incumplimiento continuado. Además, el BCE habrá de publicar la sanción (art. 18.6).

En cambio, si el incumplimiento se refiere al Derecho nacional que resulta de la transposición de directivas, la potestad es del Estado miembro. No obstante, el artículo 18 le reserva al BCE una suerte de requerimiento para exigir a las autoridades nacionales que inicien los procedimientos que puedan conducir a sanciones adecuadas. A su vez, el artículo 23 del citado Reglamento ordena al BCE que establezca mecanismos que faciliten la denuncia de infracciones.

En el caso de imposición de sanciones por el BCE, el artículo 4 ter del Reglamento 2532/98 establece las particularidades procedimentales. Prevé una fase previa de investigación, en la que es posible requerir a la investigada para una audiencia oral. Las conclusiones, en su caso, serán comunicadas a la empresa afectada, que tiene derecho a realizar alegaciones por escrito, pudiendo acceder previamente al expediente. La competencia de propuesta de sanción corresponde al Consejo de Supervisión y su imposición al Consejo de Gobierno del BCE, decisión que será recurrible por el Comité Administrativo de Revisión.

El Reglamento 2532/1998 además establece un plazo de prescripción de cinco años, interrumpiéndose cuando se produzca cualquier medida de investigación. Sin embargo, tales interrupciones no pueden llevar el procedimiento a una duración superior a los diez años. Impuesta la sanción, surge otro plazo de cinco años para ejecutarla.

3. **La organización del BCE para la supervisión bancaria**

En el estudio de la organización del BCE para la supervisión bancaria se deben recuperar, por estar plenamente vigentes para la supervisión, los principios constitucionales que organizan el Sistema Europeo de Bancos centrales:

independencia técnica, reserva de función, pluralismo, dirección jerarquizada y actuación sometida a control. De lo que se trata ahora es de exponer principios adicionales.

A. El principio de separación de funciones y sus consecuencias

El BCE está diseñado en los tratados para desarrollar la política monetaria. Sin embargo, siempre se tuvo presente que el proyecto de una moneda común necesitaría como complemento una unión bancaria. Esto explica que en el artículo 127.6 TFUE se previese la posibilidad de atribuir al BCE «tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras».

Al organizar esta nueva función, el Reglamento 1024/2013 impuso en su artículo 25 el principio de separación de funciones, el cual implica que la política monetaria no interferirá sobre la supervisión y viceversa. La razón de ser de esta separación responde a la distinta dinámica de ambas tareas. Mientras que la política económica es anticíclica, enfriando la economía cuando se desboca y animándola en momentos de caída, la supervisión se mueve en una dirección opuesta, apretando las condiciones de supervisión en los momentos de crisis.

Los artículos 25 y 26 marcan claramente la forma que toma la separación: división de personal, información propia y organización singular. Respecto al personal, la Decisión BCE 2014/39, en su artículo 3.3 clarifica que los aspectos organizativos dependerán del Comité Ejecutivo del BCE, pero los funcionales, es decir, la atribución de tareas, será competencia del Consejo de Supervisión. Esta misma Decisión dedica la mayor parte de su articulado a organizar el intercambio de información entre las áreas de política monetaria y la de supervisión.

En el marco de esta lección, nos interesa sobre todo subrayar que la función de supervisión será desempeñada («se encargará plenamente», artículo 26.1) por el Consejo de Supervisión, que se integra en el BCE, separado de sus otros dos órganos ordinarios, el Comité Ejecutivo y del Consejo de Gobierno. El Consejo de Supervisión está compuesto por un presidente, un vicepresidente, cuatro representantes del BCE y un representante de cada autoridad nacional, principalmente del banco central correspondiente. Los representantes del BCE «no ejercerán funciones directamente relacionadas con la función de política monetaria del BCE» (art. 26.5) y tendrán dedicación exclusiva de acuerdo con la Decisión del Banco Central Europeo de 6 de febrero de 2014. El Consejo de Supervisión decide por mayoría simple (art. 26.6), salvo para el

ejercicio de la potestad regulatoria reconocida en el artículo 4.3, en la que es necesaria la mayoría cualificada.

La elección del presidente y del vicepresidente refleja un equilibrio entre el BCE y el resto de las instituciones de la Unión. El presidente no puede ser miembro del Consejo de Gobierno y se elige tras un procedimiento abierto, orientado a calibrar su prestigio y experiencia en materia bancaria (y será nombrado por cinco años no renovables). En cambio, el vicepresidente es elegido directamente de entre los miembros del Comité Ejecutivo del BCE. El nombramiento de ambos, sin embargo, se produce unitariamente por decisión de ejecución del Consejo, previa presentación del BCE y aprobación del Parlamento Europeo. El BCE transmite una propuesta motivada, a partir de la cual la comisión parlamentaria celebrará una audiencia pública y la decisión será votada en la comisión y en el pleno. Si no es favorable, el BCE recurrirá a los restantes candidatos que se presentaron al procedimiento abierto.

Dentro del Consejo de Supervisión existe un Comité director (art. 26.10), que está compuesto por el presidente y el vicepresidente, los cuatro representantes del BCE, y actualmente por cinco representantes de las autoridades nacionales que rotan anualmente, número que podría llegar a diez. Al Comité le corresponde preparar las reuniones del Consejo (art. 11 del Reglamento interno del Consejo de supervisión del Banco Central europeo).

Hemos visto que el Consejo de Supervisión se encarga «plenamente» del control de las entidades bancarias. Sin embargo, esta descripción de su función no puede significar simplemente reserva de la función de supervisión, pues entonces no tendría sentido que se ubicase dentro del BCE. Si el Consejo de Supervisión operase con plena independencia, habría de configurarse como un organismo autónomo. No es el caso, como se deduce del artículo 26.8 del Reglamento 1024/2013. En sentido estricto las decisiones las prepara el Consejo de Supervisión mediante «proyectos completos» y las adopta el Consejo de Gobierno. El silencio de este órgano en diez días conlleva la aprobación de la decisión.

La intervención del Consejo de Gobierno dota de unidad dentro del BCE a la función de supervisión. Pero también integra de algún modo la presencia de los Estados, en una función que tradicionalmente había formado parte de sus atribuciones. Es así porque en esos diez días, si el Consejo de Gobierno presenta objeciones motivadas, en particular relativas a la política monetaria, se da paso a un procedimiento de mediación cuando lo solicita alguna de las autoridades nacionales del Estado afectado por la objeción o le pide al Consejo de Supervisión que requiera esa mediación (art. 8 del Reglamento 673/2014).

La Comisión de mediación está compuesta por un miembro de cada Estado miembro y presidido por el vicepresidente del Consejo de Supervisión

«que no es miembro de la Comisión de mediación» (art. 3). El presidente de la Comisión y cuatro miembros más componen un Comité dentro de la Comisión que elabora un dictamen que «incluirá un análisis sobre si la solicitud de mediación es admisible y jurídicamente fundada» (art. 9.4), que posteriormente resultará en un dictamen de la Comisión de mediación. Ese dictamen no es vinculante ni para el Consejo de Supervisión ni para el Consejo de Gobierno (art. 10), y el Consejo de Supervisión podrá elaborar un nuevo proyecto de decisión para el Consejo de Gobierno. Si este emite una nueva objeción, no habrá lugar a otra mediación.

B. El control político de la supervisión bancaria

Se han hecho presentes, al estudiar la política monetaria, las dificultades que planteaba el control político de una actividad reservada al BCE y en la que se supone que es precisa una especial capacidad técnica. Los problemas se repiten cuando se trata de evaluar la oportunidad de las decisiones en la supervisión bancaria. Ahora bien, en este tipo de actividad, que se despliega a partir de unos parámetros cuantitativos previos, sí parece posible exigir con mayor intensidad que el aplicador, esto es, el BCE, explique las motivaciones que está siguiendo para desarrollar su política de supervisión. En este sentido, el Reglamento 1024/2013, en su artículo 20, utiliza el concepto de «rendición de cuentas».

El eje de control es la obligación del BCE de presentar al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Eurogrupo un informe sobre la ejecución de las funciones de supervisión y su posible evolución. El Acuerdo institucional entre el Parlamento Europeo y el BCE, así como el Memorando de entendimiento entre el Consejo y el BCE, determinan con precisión el contenido del informe, que habrá de abarcar la ejecución de tareas, su reparto con las autoridades nacionales, la cooperación con otras autoridades, la separación entre la supervisión y la política monetaria, la estructura del personal de supervisión, la aplicación del código de conducta, el método de cálculo de las tasas, el presupuesto dedicado a la supervisión y la experiencia en materia de denuncias. La presentación del informe ha de ser en audiencia pública tanto en el Parlamento como en el Eurogrupo (art. 20.2 Reglamento 1024/2013). A su vez, el Acuerdo ordena que se publique en la página web del MUS.

El deber de informar se prolonga en el tiempo. Caben otro tipo de audiencias (llamadas ordinarias en el Acuerdo entre el Parlamento y el BCE), siempre sobre la función de supervisión, en el Parlamento (al menos dos al

año) y en el Eurogrupo. En el caso del Parlamento, además, pueden darse los llamados «intercambios ad hoc adicionales de puntos de vista». Y se han de responder a las preguntas orales o escritas del Parlamento y el Eurogrupo (art. 6.20). La figura más singular es la de las conversaciones orales confidenciales que puede desarrollar el Consejo de Supervisión con los presidentes y vicepresidentes de las comisiones parlamentarias competentes (art. 20.8). Estas conversaciones se cualifican simplemente por el carácter reservado de la información que utiliza el Consejo de Supervisión, confidencialidad que se traslada al Parlamento. Por último, el Acuerdo entre el Parlamento y el BCE aclara que este habrá de cooperar con cualquier comisión de investigación.

El artículo 21 del Reglamento 1024/2013 habilita también el control de los parlamentos nacionales. Estos reciben el informe y cabe que emitan observaciones motivadas. Más allá del informe podrán realizar observaciones que habrán de ser contestadas por escrito. Y se habilitará un «cambio de impresiones» sobre las entidades de ese Estado miembro y la presencia de un representante de la autoridad nacional.

C. El control jurídico de la supervisión bancaria

Una vez estudiados los instrumentos a través de los cuales se desarrolla la supervisión bancaria, es fácil comprender que su núcleo se materializa en decisiones singulares y concretas relativas a la gestión de una entidad. Además, la circunstancia de que tales decisiones se adopten a partir de una serie de presupuestos normativos, pone el control jurídico en el centro del escenario. A esto responde, por ejemplo, el artículo 22 del Reglamento 1024/2013, que asegura las garantías procedimentales en la toma de decisiones de supervisión, las cuales nos remiten a los derechos elementales del procedimiento administrativo: la audiencia del interesado y su acceso al expediente, así como la motivación de las decisiones del BCE.

Estas decisiones están sometidas al control del Tribunal de Justicia en los términos del recurso de legalidad recogidos en el artículo 263 TFUE. Lo que nos interesa es señalar que el Reglamento 1024/2013 en su artículo 24 y la Decisión del BCE de 14 de abril de 2014 establece una suerte de control jurídico previo a través del Comité Administrativo de Revisión. El Comité está compuesto por cinco personas caracterizadas por su reputación, experiencia en el ámbito de la supervisión y que no sean personal del BCE o de otras instituciones, estatales o de la Unión, que desempeñen las funciones de supervisión.

Los nombra el BCE por un periodo de cinco años no renovables. Actúan con independencia y deciden por mayoría.

Se trata de un control jurídico porque consiste, como declara el artículo 24.1, en un «examen administrativo interno [que] se ceñirá a la conformidad procedimental y material de la decisión en cuestión con el presente reglamento». Ese examen lo puede pedir la persona a la que se afecta «directa e individualmente», remitiendo esta terminología a los presupuestos clásicos, que, por tanto, exigirían que la decisión no necesitase actos de ejecución (directamente) y que identifique al recurrente como destinatario (individualmente). La solicitud ha de estar motivada, presentarse en el plazo de un mes desde la notificación de la decisión o desde que tuvo conocimiento (art. 24.6) y no tendrá efecto suspensivo (art. 24.8). La Decisión del BCE prevé la posibilidad de que el Comité dé audiencia al solicitante y al BCE (art. 14). Cabe también el trámite de prueba (art. 15). El Comité Administrativo de Revisión elevará al Consejo de Supervisión un dictamen no vinculante, cuyo análisis responderá exclusivamente a los motivos alegados por el solicitante (art. 10.2 de la Decisión). El Consejo de Supervisión presentará un nuevo proyecto de decisión al Consejo de Gobierno, que podrá incluir elementos no presentes en el dictamen del Comité (art 17 de la Decisión del BCE). Tanto el proyecto de decisión como su aprobación estarán motivados y se notificarán a las partes (art. 17.9).

V. LA CENTRALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA

1. **El Mecanismo Único de Resolución Bancaria**

A. Resolución bancaria y mercado financiero

La resolución bancaria está condicionada por los peculiares riesgos que anidan en el mercado financiero, capaces de poner en solfa al propio Estado. Es por ello por lo que el Reglamento 806/2014, en su artículo 14, determina los objetivos que han de guiar toda resolución: preservar la estabilidad del sistema financiero, evitando el contagio y protegiendo los fondos públicos, a los depositantes y restantes clientes. En definitiva, la resolución quiere vehicularse a través del derecho de propiedad, de manera que sean los accionistas los que corran con el coste de la resolución. Lo expresa con claridad el artículo 15 del Reglamento, relativo a los principios, cuando recoge entre ellos «que los accionistas de la entidad objeto de resolución asuman las primeras pérdidas» y subsidiariamente los acreedores.

B. La distribución de funciones en el MUR

A lo largo de estas páginas veremos que la resolución bancaria no es otra cosa sino un instrumento especial de supervisión, que se activa cuando los ordinarios han fracasado. Al igual que la supervisión, la resolución también se estructura a través de un Mecanismo Único (MUR), compuesto por la Junta Única de Resolución Bancaria (JUR) y las autoridades nacionales. La división de funciones, tal y como ocurre con la supervisión, se ordena mediante la categoría de «entidad significativa» (art. 7 Reglamento 806/2014). Por tanto, en la práctica, la resolución reside mayoritariamente en manos de la JUR. Más aún, el citado artículo 7 prevé tres supuestos en los que la JUR ejerce las competencias, incluso si la entidad no es significativa: cuando la resolución exige la utilización del Fondo de resolución (art. 7.3); en los casos en los que la JUR advierte a la autoridad nacional sobre el modo de resolución y está no sigue esa admonición (art. 7.4); y en el supuesto de que el Estado participante decida que la JUR ejerza los poderes también en su ámbito competencial (art. 7.5).

2. **Los poderes de resolución**

A. Los planes de resolución

De acuerdo con el artículo 8 del Reglamento 806/2014, las entidades y los grupos de entidades habrán de disponer de un plan de resolución, que predetermina las decisiones a tomar en una situación de inviabilidad. Define el camino para que la liquidación no implique ayuda financiera pública extraordinaria, provisión de liquidez del banco central o cualquier otro criterio no convencional (art. 8.6). En definitiva, se pretende que en primera instancia la liquidación se cargue sobre los accionistas. Para ello la estrategia irá básicamente orientada a separar las funciones de la entidad y proceder a su venta (art. 8. 9.c y g).

En la elaboración del plan (art. 8.1), la Junta, que puede llamar a la colaboración de la autoridad nacional, dándole directrices (art. 8.3), busca evitar: «toda consecuencia adversa significativa para los sistemas financieros (incluida la eventualidad de inestabilidad financiera general o la existencia de factores que afecten a todo el sistema) del Estado miembro en el que esté situado el ente, de otros Estados miembros o de la Unión, y con el fin garantizar la continuidad de las funciones esenciales desarrolladas por el ente» (apdo. 3).

Esas «consecuencias adversas significativas» se dan cuando el sistema financiero está real o potencialmente en peligro, se pone en cuestión la integridad, eficiencia o funcionamiento del mercado interior, o la economía o sistema financiero de uno o más Estados miembros (art. 8.5). Si, tras esa evaluación, la JUR considera que existen «obstáculos importantes que impiden la resolución», elaborará un informe motivado (art. 8.8). Entonces la entidad habrá de proponer vías para eliminar esos obstáculos (art. 8.9). Si no son satisfactorias, la JUR dará instrucciones a la autoridad nacional para que adopte medidas destinadas a garantizar las funciones esenciales, la limitación de riesgos, obtener información adicional, deshacer activos, cese de actividades, cambios en las estructuras jurídicas u operativas, o exigir la constitución de mayores fondos propios (art. 8.11). En definitiva, se trata de una intervención de la JUR que influye decisivamente sobre la dirección de la entidad y que podría ubicarse sin mayor dificultad conceptual en el campo de la actuación temprana.

B. La actuación temprana

La actuación temprana de la JUR, dispuesta en el artículo 13 del Reglamento 806/2014, debe incardinarse en el contexto de las intervenciones previas que desarrolla el BCE, las autoridades nacionales o la propia JUR. Respecto al BCE, ya han sido analizadas las correcciones que puede aplicar en virtud del artículo 16, que son una suerte de respuesta anticipada a una situación de deterioro. Y lo mismo puede decirse con relación a las entidades bajo supervisión nacional, si bien en este punto, el artículo 27 de la Directiva 2014/59 regula dentro de la resolución un amplio espectro de instrumentos de actuación temprana (aplicar el plan de reestructuración, exigir la adopción de ciertas medidas, la destitución de miembros del órgano de dirección, el nombramiento de un administrador provisional, plan de reestructuración de deuda y requerir cambios empresariales o en las estructuras jurídicas u operativas).

En estas circunstancias resulta difícil hablar de una actuación temprana de la JUR, pese a la nomenclatura del artículo 13. En verdad, el apartado 2 se refiere a la «preparación de la resolución», una vez que se ha recibido la información pertinente del BCE y las autoridades nacionales. Por tanto, la actuación temprana de la JUR recogida en el artículo 13 va encaminada a facilitar una compra de la entidad, lo que haría innecesario poner en marcha el dispositivo de resolución.

C. El procedimiento de resolución

En la regulación del procedimiento de resolución, debemos diferenciar entre el supuesto de hecho, los instrumentos aplicables y el procedimiento de decisión propiamente dicho.

La adopción de medidas de resolución requiere que la JUR, en sesión ejecutiva, valore, a iniciativa propia o a solicitud de una autoridad nacional, si una entidad está en graves dificultades o probablemente vaya a estarlo, que no sea posible evitar esa situación de otra forma y que, por interés público, sea necesaria la resolución.

Respecto a la primera condición (las graves dificultades), el artículo 18.4 estipula las circunstancias que conducen a ese supuesto, bien por ser reales, bien por su probabilidad. Esas condiciones indican que la entidad ya no puede operar en el mercado financiero: ha perdido los requisitos para la autorización, tiene un activo inferior al pasivo, no puede hacer frente a sus deudas, o necesita ayuda financiera extraordinaria. La otra condición (necesidad por interés público) exige una relación proporcionada con los objetivos de toda resolución, que, como ya se ha expuesto, consisten básicamente en preservar la estabilidad del sistema financiero evitando el contagio, proteger los fondos públicos, y a los depositantes y restantes clientes.

La determinación de esas circunstancias no la acomete la JUR de manera aislada. En primer lugar, es necesaria «una valoración razonable, prudente y realista de su activo y pasivo» realizada por una persona independiente (art. 20). Después, en relación con las graves dificultades de la entidad, se hace precisa una evaluación del BCE, lo cual es perfectamente lógico, pues esta institución ha ido desarrollando la supervisión y conoce el estado del banco. También corresponde al BCE, ahora junto a las autoridades nacionales, valorar si no hay mecanismos alternativos.

Una vez que se ha estimado el supuesto de hecho, la JUR adopta un dispositivo de resolución en el que puede utilizar varios instrumentos. El de venta de negocio, que consiste en la transmisión a otra entidad del patrimonio del banco en resolución (art. 24). Se trata de una solución clásica, en la que un banco asume el riesgo quedándose con el negocio de la entidad desahuciada a cambio de asumir sus pérdidas. Otra vía es la venta de parte del patrimonio a una entidad puente (art. 25). Esta toma la forma de un «banco malo» para intentar asegurar la viabilidad de algunas partes o bien de toda la entidad, transformando más tarde en capital los activos problemáticos. Una tercera solución pasa por trocear la entidad y venderla a distintos postores (instrumento de segregación de activos, artículo 26). Y, finalmente, cabe la recapitalización interna de la entidad (art. 27).

Estas actividades pueden necesitar un sustento económico, para lo que se avía el Fondo de resolución. De acuerdo con el artículo 76 del Reglamento 806/2014, el Fondo puede utilizarse con la finalidad de garantizar activos o pasivos de las entidades, realizar préstamos, adquirir activos, o compensar a los accionistas si se produce un defecto en la evaluación. En cualquier caso, el Fondo nunca podrá ser utilizado para absorber pérdidas (art. 76.3).

En paralelo a la aprobación del dispositivo, la JUR está habilitada para ordenar la amortización o conversión del capital (art. 21). De acuerdo con su artículo 21.10, y en conexión con lo visto en los epígrafes I y II, la finalidad de la amortización/conversión es reforzar el capital de nivel 1 a costa del capital adicional 1 o el capital 2. Lo normal es que esta amortización/conversión sea una pieza que se inserta en los instrumentos de resolución. Sin embargo, el artículo 21.8 prevé su utilización como un instrumento autónomo, incluso si no se pone en marcha ningún mecanismo de resolución. Esto es así porque puede ocurrir que, dándose las condiciones para la amortización/conversión, sin embargo, no se cumpla el supuesto de hecho para aplicar un instrumento de resolución. En efecto, cabe la posibilidad que no sea viable o vaya a dejar de serlo por no atender los requisitos prudenciales consolidados, o bien necesita ayuda financiera extraordinaria, pero, sin embargo, la intervención carece del interés general que exige un dispositivo de resolución.

El dispositivo no despliega efectos de manera inmediata desde su aprobación por la JUR. En plazos brevísimos, de acuerdo con el artículo 18 del Reglamento 806/2014, la Comisión y el Consejo habrán de autorizarlo. Así sucede si en 24 horas la Comisión o el Consejo no presentan objeciones. Sin embargo, en ese mismo plazo la Comisión puede proponer al Consejo que rechace el dispositivo por carecer de interés público o que rechace o modifique el importe del Fondo. En otras 24 horas, el Consejo habrá de pronunciarse sobre las propuestas de la Comisión y, de asumirlas, la JUR habrá de modificar el dispositivo de acuerdo con las motivaciones recibidas.

D. La potestad de inspección

En los artículos 34, 35 y 36 del Reglamento 806/2014 se atribuye a la JUR las mismas potestades de inspección que se conceden al Consejo de supervisión del BCE. Lo dicho para este órgano vale para la Junta. Así las cosas, el requerimiento de información puede dirigirse a los entes supervisados, a su personal o a terceros con los que se hayan contratado funciones. La Junta también está habilitada para realizar «investigaciones generales», que abarcan una serie de

actuaciones encaminadas a obtener información: exigir la presentación de documentos, examen de libros y registros, requerimiento de explicaciones verbales o escritas y entrevistas. Finalmente, se prevén las «inspecciones in situ», que responden a la categoría clásica de un registro de un local profesional. Se ha de notificar previamente a la autoridad nacional competente, que asiste a la JUR en la inspección (en cambio, no tiene que ser notificada con antelación a la empresa afectada). La decisión de investigación habrá de ser autorizada previamente por la autoridad judicial, si así lo requiere el Derecho nacional. Esta ha de verificar la autenticidad de la decisión, su proporcionalidad y su motivación, pudiendo solicitar explicaciones adicionales. Sin embargo, no cabe examinar ni el expediente, ni la necesidad de la inspección.

E. La potestad sancionadora

La potestad sancionadora de la JUR se limita a dos supuestos muy concretos. El incumplimiento intencionado y negligente de los requerimientos de inspección, es decir, la negativa a aportar información, a que se practique un registro *in situ*, etc. Y el incumplimiento intencionado y negligente de las decisiones de la Junta previstas en el artículo 29, que no son sino aquellas órdenes que dicta la JUR en el ejercicio de un poder de sustitución. Fuera de estos supuestos, la JUR solo podrá «recomendar a las autoridades nacionales» que adopten sanciones.

El artículo 38.3 establece como multa un porcentaje del volumen de negocios neto anual, fijando umbrales según el tipo de infracción, si bien el apartado 7 estipula que no podrá superar el 1 %, salvo que el ente se haya lucrado o evitado pérdidas, circunstancia en el que la multa habrá de ser equivalente como mínimo al beneficio obtenido. En cualquier caso, la cuantía definitiva se determina a través de unos coeficientes ligados a factores agravantes y atenuantes. Algunos de los agravantes encajan en la dinámica sancionadora clásica: intencionalidad, reiteración o duración. Otros son propios de la actividad de resolución: que la infracción haya puesto de manifiesto debilidades sistémicas, que no se hayan adoptado medidas correctoras o que no haya existido cooperación. Entre las medidas atenuantes se encuentran también la duración (menos de diez días laborables), la adopción de medidas para impedir la infracción durante su comisión o en el futuro y dar a conocer a la Junta «rápida, efectiva y completamente» la infracción.

Además, para poner fin a las infracciones relativas a las potestades de inspección, la Junta puede imponer «multas coercitivas», tal y como recoge el

artículo 39. Se imponen por día de demora y equivaldrá al 0,1 % «del volumen de negocios diario medio del ejercicio precedente».

El Reglamento 806/2014 también delinea los elementos esenciales del procedimiento sancionador en los artículos 40 y 41. La persona física o jurídica sujeta al procedimiento tendrá derecho a conocer el expediente y realizar alegaciones frente a las conclusiones de la Junta. Las multas, que tienen naturaleza administrativa, serán publicadas salvo que ponga en peligro la resolución del ente y su ejecución corresponderá a los Estados miembros.

3. **La Junta Única de Resolución Bancaria**

La diferencia de la resolución bancaria respecto a la supervisión bancaria radica en la institución que la desempeña. La supervisión, como se ha analizado, corresponde al BCE, y dentro de él, a un órgano particular, el Consejo de Supervisión. En cambio, en la resolución se ha optado por atribuir las funciones a una entidad distinta del BCE, concretamente una agencia de la Unión (art. 42 Reglamento 806/2014).

Las agencias de la Unión tienen una larga historia tras de sí. Se trata de creaciones institucionales para supuestos en los que se considera necesaria la armonización en la ejecución del derecho de la Unión. Sin duda, esta característica es propia de la JUR, pero desde luego no es posible trasladar sin más el esquema común. La JUR es una agencia con principios de funcionamiento más propios de una institución de la Unión. No en vano, encontraremos un paralelismo casi absoluto entre los principios constitucionales que articulan la JUR y los del BCE.

A. Estructura y composición

La JUR está integrada por tantas personas como Estados participantes, que las nombran. A estos se añaden otros cinco miembros, entre ellos el titular de la presidencia y el de la vicepresidencia (art. 43), cuyo nombramiento, como en el caso del Consejo de Supervisión, quiere conjugar capacidad técnica y equilibrio institucional. La meritocracia se evalúa en un procedimiento de selección abierto (art. 56.5), dirigido por la Comisión, que, oída la Junta, realizará una propuesta al Parlamento. La Cámara, en su caso, la aprobará, correspondiendo el nombramiento de esos cinco miembros al Consejo, por mayoría cualificada. El mandato será por cinco años no renovables, incompatible con otro cargo «a nivel nacional, de la Unión o internacional» (art. 56.5).

Estos cinco miembros componen las sesiones ejecutivas de la Junta. De acuerdo con el artículo 54, a la sesión ejecutiva le corresponde preparar las decisiones del plenario y adoptar el resto de las decisiones necesarias para la aplicación del Reglamento 806/2014. Conviene subrayar que, como ya se ha analizado, la sesión ejecutiva adopta el dispositivo de resolución (salvo que, en el plazo de tres horas un miembro del plenario convoque a esta formación, artículo 50.2). Se le atribuye esta función en atención a los brevísimos plazos que han de cumplirse. No obstante, en virtud del artículo 53, en las deliberaciones y decisiones de la sesión ejecutiva participará también el miembro de la JUR del Estado o Estados en los que se asienta la entidad o grupo a liquidar. El artículo 55 determina que las decisiones se adopten por consenso, pero si no es posible alcanzarlo, bastará la mayoría simple.

¿Qué le queda entonces al plenario de la JUR? Las funciones que le atribuye el artículo 50 podrían agruparse en tres tipos. El primero se refiere a aquellas tareas destinadas a organizar el trabajo de la JUR (prevención y gestión de conflictos entre sus miembros, adopción del reglamento interno, gestión del personal, creación y modificación de estructura, y cooperación con otras instituciones). Un segundo grupo recoge las que conforman el funcionamiento general de la JUR (diseño del programa de trabajo, aprobación y control del presupuesto o aprobación de la gestión del presidente). Y un tercer elenco incluye funciones ejecutivas. Entre ellas destacan la utilización del Fondo cuando supere los cinco mil millones, la necesidad de recaudar aportaciones *ex post*, préstamos voluntarios, recursos financieros alternativos, o mutualización de los mecanismos nacionales de financiación.

La mayoría simple es el mecanismo ordinario de toma de decisiones en la sesión plenaria (art. 52). Sin embargo, cuando se trata de disponer sobre el Fondo por encima de los 5 mil millones de euros, la mayoría debe representar a su vez el 30 % de las aportaciones. La mayoría asciende a 2/3 de los votos y el 50 % de las aportaciones (tras ocho años el 30 %) en aquellas decisiones que suponen un incremento de gasto, por ejemplo, la recaudación de aportaciones *ex post*, los préstamos voluntarios, o la opción por recursos de financiación alternativos.

B. Los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de la JUR

La independencia y competencia técnica de los miembros de la JUR y de las autoridades nacionales define el estatus constitucional de la función. Se refuerza la independencia de los miembros de la sesión ejecutiva (no olvide-

mos que los plenarios son designados por la correspondiente autoridad nacional). Al igual que ocurre con el BCE, la independencia, en el artículo 47 del Reglamento 806/2014, se materializa en la proscripción de recibir instrucciones o ser influidos por parte de cualquier institución de la Unión o de los Estados miembros. Además, los miembros de la sesión ejecutiva tienen dedicación exclusiva.

La capacidad técnica es un requisito necesario para la selección de los miembros de la sesión ejecutiva, tal y como se ha expuesto con anterioridad. Asimismo, la intervención institucional de la Comisión, el Parlamento y el Consejo muestra que la extracción tiene también un marchamo de legitimidad política. La participación de las instituciones ha de aportar no solo una valoración de la capacidad profesional, sino también una evaluación de la experiencia para desempeñar un cargo tan relevante.

El MUR, y dentro de ella la JUR, de conformidad con la división de funciones ya expuesta, tiene reservada la de resolución bancaria. Ninguna otra institución u órgano puede desempeñar esa tarea. Del mismo modo, la JUR no recibe otro tipo de atribuciones. Al igual que vimos al estudiar la posición constitucional del BCE en la política monetaria, la reserva de función implica de forma necesaria la autonomía organizativa para ejecutar su función sin injerencias. Así, la JUR goza de personalidad y capacidad jurídica, que se extiende al tráfico jurídico en los Estados miembros (art. 42). Por lo demás, se ha señalado que la sesión plenaria aprueba el presupuesto, organiza el personal y se dota de su reglamento interno.

El control político de la JUR se articula del mismo modo que el del Consejo de Supervisión. Según el artículo 47, el punto de partida es el informe anual que ha de presentar al Parlamento, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Cuentas Europeo. En los dos primeros casos, además, se expone públicamente con el correspondiente debate. Se añaden otros instrumentos, como las audiencias, sean en el Parlamento o el Consejo. Las preguntas orales o escritas de estas dos instituciones. Y las conversaciones orales confidenciales, que, como ya vimos, sirven para preservar el necesario secreto de cierta información.

También en la resolución se inserta un control de los Parlamentos nacionales (art. 46). Reciben el informe anual y pueden realizar observaciones que la Junta ha de responder por escrito o de forma oral. Fuera del contexto del informe, el Parlamento nacional tiene la facultad de presentar preguntas u observaciones que se contestarán por escrito. Y, finalmente, la presidencia de la JUR puede acudir a la Cámara nacional para un intercambio de puntos de vista con relación a las resoluciones acometidas en su Estado miembro.

La JUR está sometida al Derecho de la Unión, tal y como confirma el artículo 44 del Reglamento 806/2014. El precepto remacha una obviedad, pero sirve para reequilibrar el principio de autonomía: la JUR se desenvuelve discrecionalmente dentro de los márgenes que le da el ordenamiento. Por otro lado, el control jurídico va a ocupar un lugar central en la medida en que, por su propia naturaleza, las decisiones sobre resolución afectarán, al menos, a los accionistas de la entidad.

El Tribunal de Justicia desempeña el control de legalidad previsto en el artículo 263 TFUE y así lo recuerda el artículo 86 del Reglamento. No obstante, al igual que en la supervisión bancaria, se abre un control previo por un órgano especializado, el Panel de Recurso (art. 85). Está compuesto por cinco miembros, con experiencia contrastada en materia de resolución. Son nacionales de los Estados miembros («procedentes de los Estados miembros»), si bien no pueden surgir de órganos de la Unión o nacionales que desempeñen funciones de supervisión. La Junta los nombra por cinco años prorrogables otros cinco y deben actuar con independencia («no obedecerán instrucción alguna»).

La labor del Panel es asesorar «sobre la legalidad del ejercicio por parte de la Junta de los poderes que tiene atribuidos» (art. 85.2), pero sus actuaciones van más allá del mero asesoramiento, no en vano se estructuran con la forma clásica de un procedimiento contradictorio y su decisión vincula a la Junta, que adoptará una decisión modificada (art. 85.8). Por tanto, realmente estamos ante un control de legalidad, aunque sus efectos no son la anulación de la decisión, sino que fuerza a un cambio de sus términos. No obstante, su control no se extiende a toda decisión de la Junta. De acuerdo con el apartado 3, evalúa aquellas encaminadas a intervenir la entidad (arts. 10.10 y 11), requisitos mínimos de fondos propios y pasivos elegibles (art. 12.1), las sanciones, la contribución de los entes al Fondo (art. 65.3), las aportaciones ex post (art. 71) y lo relativo al acceso a los documentos (art. 90).

El procedimiento comienza con un recurso que podrá interponer la autoridad nacional de resolución y toda persona física o jurídica que sea destinataria «o que le afecten directa y personalmente». Como vemos, el apartado 3 cambia la locución típica del derecho de la Unión, recogida en el artículo 263 TFUE, que dispone la afectación directa e individual. Sin embargo, cabe pensar que «individual» o «personalmente» son conceptos sinónimos. Se interpone en el plazo de seis semanas desde la notificación o la toma de conocimiento y debe estar fundado. No suspende el acto, pero el Panel puede ejercer tal potestad. El Panel debe decidir en el plazo de un mes, con una previa resolución de admisión y audiencia a las partes, decisión que es revisable ante el Tribunal de Justicia.

4. **La financiación de la resolución bancaria**

¿Quién ha de asumir los costes de una crisis bancaria? Este fue uno de los principales dilemas político-constitucionales surgidos en la crisis financiera de 2008. Cabría defender que en el marco de la economía capitalista la respuesta es sencilla: deben ser los accionistas y los depositantes los que paguen con sus ahorros la debacle de un banco. Pero ya hemos visto que esta circunstancia, además de una crisis de legitimidad para el Estado, puede provocarle al propio Estado un problema de pura viabilidad si la entidad tiene carácter sistémico. Estos elementos hicieron que la mayoría de las quiebras se reordenaran con el uso de dinero público. En términos generales se entendió que esta solución, fruto de las urgencias, era profundamente injusta, dado que repercutía sobre la Hacienda pública la mala gestión de entidades privadas.

A modo de lección aprendida, se ha diseñado un sistema en el que las propias entidades bancarias han de generar los recursos necesarios para constituir fondos que se activarán en casos de resolución. Solo excepcionalmente se recurrirá a la financiación mediante dinero público. El «Sistema europeo de mecanismos de financiación» se corresponde con la división de funciones en la resolución que ya hemos señalado. Según el artículo 99 de la Directiva 2014/59 han de existir mecanismos nacionales de financiación (que se pueden prestar dinero y mutualizar pagos de entidades transfronterizas). Junto a ellos, existe el Fondo de resolución que es propiedad de la JUR (art. 67 Reglamento 806/2014).

El Fondo de resolución y los fondos nacionales se nutren y operan del mismo modo. Por ello, nos vamos a centrar en el primero. El Fondo, en un proceso de 8 años, ha de alcanzar un nivel determinado, a saber, «el 1 % del importe de los depósitos con cobertura de todas las entidades de crédito autorizadas en todos los Estados miembros participantes». Para lograr ese estadio, se alimenta de aportaciones «ex ante» de las entidades bancarias, calculadas anualmente a tanto alzado sobre el importe de los pasivos y otra parte ajustada a su riesgo (sin que la aportación anual pueda superar el 12,5 % de ese 1 %). Si cuando se utiliza el Fondo, su nivel no es suficiente, podrán requerirse «aportaciones ex post extraordinarias», que en cualquier caso no podrá superar el triple de la aportación anual ordinaria (art. 71).

Puede ocurrir que los fondos no sean suficientes, ni siquiera con las aportaciones extraordinarias. Se habilita entonces el recurso a fondos de terceros (art. 73 Reglamento 806/2014; 105 Directiva 2014/59). En este sentido es oportuno recordar la modificación en marcha del Tratado MEDE, que incluirá en el artículo 18 bis la posibilidad de que esa organización aporte al Fondo de resolución un mecanismo de respaldo.

VI. MEMENTO

– El mercado bancario cumple esencialmente tres funciones: crea instrumentos de pago, concede préstamos y coordina la información sobre el riesgo de las operaciones de crédito. Su dimensión constitucional surge en tanto que no es posible construir un Estado constitucional sin un mercado financiero. A su vez, los fallos de ese mercado pueden tener graves consecuencias para el Estado.

– La normativa europea intenta atajar los riesgos de la actividad bancaria exigiendo a las entidades un nivel de fondos propios compuesto de un capital que permita reabsorber los desperfectos que cause la materialización, en su caso, de esas incertidumbres. También se marca una ratio de liquidez y apalancamiento para asegurar la devolución del dinero a los clientes. Además, se establecen obligaciones de información sobre la gestión del crédito y se imponen exigencias relativas a la organización de la entidad bancaria.

– La dimensión de los riesgos explica que, para operar en el mercado financiero, sea necesaria una autorización previa y luego una supervisión permanente, además de una resolución común si alguna de las entidades en crisis entraña riesgos sistémicos. El control de entrada al mercado mediante la pertinente autorización permite la libre prestación de servicios bancarios y de establecimiento en todo el territorio de la Unión.

– La supervisión en la zona euro la desempeña el BCE y las autoridades nacionales. Al primero le corresponde el control de las entidades significativas (que son la mayoría). el BCE cuenta con potestades de inspección (requerimiento de investigación e investigación in situ), potestades de corrección (a través del cuales el BCE toma el control de la entidad imponiendo un plan de reestructuración) y potestad sancionadora.

– Se establece una estricta separación dentro del BCE entre los órganos encargados de la política monetaria y la supervisión. Para ello, se crea un Consejo de Supervisión, compuesto por personas ajenas a los restantes órganos del BCE. La actividad de supervisión está sometida al control político del Consejo, el Parlamento europeo y los parlamentos nacionales. En los dos primeros casos, ese control se desarrolla mediante el debate en torno al informe anual, las audiencias, preguntas y conversaciones orales confidenciales. La labor del Consejo de Supervisión también está sujeta al control jurídico del Tribunal de Justicia, si bien, en este caso se instaura un control previo, también jurídico, a través del llamado Comité Administrativo de Revisión.

– Cuando una entidad con problemas no logra reestructurarse según los patrones marcados por el BCE, entonces se entra en la fase de resolución. La

resolución se organiza a través del Mecanismo Único de Resolución Bancaria, que divide las funciones, entre la Junta Única de Resolución y las autoridades nacionales, siendo la frontera divisoria las entidades significativas.

– El objetivo primordial de la resolución es que se realice cargando los costes a los accionistas, sin que afecte a los depositantes y sin necesidad de recurrir a inyecciones de dinero público. Con esta finalidad, la JUR aprueba un plan de resolución para cada entidad bancaria en el que se evalúan las condiciones para que la resolución se desarrolle en esos términos. A su vez, puede desplegar una acción temprana destinada a facilitar la venta de la entidad. La resolución se hace inevitable cuando la entidad está en graves dificultades y es necesaria en atención al interés público. Entonces, la JUR puede decidir que el banco en crisis se venda a otra entidad; que se cree una entidad puente que asuma los activos más problemáticos (banco malo); trocear la entidad y vendarla a diversos bancos; e incluso la recapitalización. El sustento económico de estas operaciones se logra con el Fondo de resolución. Este se nutre, primero, con las aportaciones de los propios bancos. Y, luego, si no es suficiente, a través de un préstamo del MEDE.

– La JUR es una agencia de la Unión a la que se le reserva la función de resolución, garantizándosele los medios para desempañarla con autonomía e independencia (aunque las otras instituciones participan en la designación de los cinco miembros que componen la sesión ejecutiva). Su actuación está sometida a control político por el Parlamento europeo, el Consejo y los parlamentos nacionales con los mismos instrumentos que se controla al Consejo de supervisión. Igualmente, se articula un control jurídico previo al del Tribunal de Justicia, que desempeña el panel de recurso.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Carletti, E. y Leonello, A., «Regulatory Reforms in the European Banking Sector», en Thorsten Beck y Barbara Casu (ed.), *The Palgrave Handbook of European Banking, Palgrave Macmillan*, Londres, 2016, pp. 323-344.

Esteban Ríos, J., *El Mecanismo Único de Supervisión: oportunidad, configuración y problemas planteados*, Madrid, BOE, 2021.

González García, J. V., «Mecanismo Único de Resolución Bancaria. Aspectos Institucionales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014, pp. 283-291.

Crockett, A., «What financial system for the 21st century? Per Jacobsson Lecture, Basel, June 26, 2011», accessible en https://www.bis.org/events/agm2011/sp110626.pdf (consultado 4.6.2022).

HALDANE, A. y NEUMANN, T., «Complexity in Regulation», en Thorsten Beck y Barbara Casu (ed.), *The Palgrave Handbook of European Banking, Palgrave Macmillan*, Londres, 2016, pp. 323-346.

THE HIGH-LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU., *Informe Larosière*, 2005, accessible en https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf (consultado 4.6.22).

PRENDES VALLE, M., «El mecanismo de resolución bancaria: ¿procedimiento singular o expropiación forzosa?», tesis doctoral, accesible en https://eprints.ucm.es/id/eprint/69713/1/T42976.pdf (consultado 4.6.22).

En esta publicación se ofrece una exposición razonada de los principales elementos y problemas de la Constitución económica de la Unión Europea, una materia cuyo análisis quizá no ha recibido la atención específica que merece.

Una de las transformaciones constitucionales operadas por la integración europea es la pérdida de protagonismo normativo de parte sustancial de las Constituciones económicas nacionales. No obstante, la crisis financiera de 2008 y la pandemia de 2020 han proporcionado una nueva imagen de la Constitución económica de la Unión: la imagen de una Unión que no solo restringe, sino que, llegado el caso, también puede fortalecer las posibilidades de intervención económica y social de los Estados miembros.

La obra se estructura en tres partes, cada una compuesta de cuatro o cinco capítulos. En la parte primera se abordan las cuatro dimensiones de la integración europea: la integración política, económica, jurídica y presupuestaria. La parte segunda expone el marco de la actividad económica e incluye las normas que regulan el mercado interior y garantizan la libre competencia, así como las libertades económicas fundamentales. La parte tercera analiza la unión económica, monetaria y bancaria, destacando la relevancia de las crisis económicas como factor de integración desde los años 70 al COVID-19.

Cofinanciado por
la Unión Europea