

A vueltas con la noción de «acto legislativo» y sus consecuencias jurídicas en el Derecho de la Unión Europea*

*Considering the notion of «legislative act»
and its legal consequences in EU Law*

CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA

*Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NOCIÓN DE «ACTO LEGISLATIVO». 2.1. *Noción de «acto legislativo» en el Tratado Constitucional.* 2.2. *Noción de «acto legislativo» en el Tratado de Lisboa.* 2.2.1. *Definición basada exclusivamente en el procedimiento de adopción.* 2.2.2. *¿Cuándo estamos ante un procedimiento legislativo (especial)?* 2.2.3. *Vis expansiva del procedimiento legislativo ordinario.* 2.2.4. *Consideraciones sustantivas tras la definición formal.* 2.2.4.1. *Lógica en la previsión/exclusión de actos legislativos en el Tratado Constitucional, heredada por el Tratado de Lisboa.* 2.2.4.2. *Reparto de poderes y configuración de la naturaleza legislativa/no legislativa de los actos.* 2.2.4.3. *Consideraciones sustantivas en la jurisprudencia del TJUE.* 2.2.4.4. *Consideraciones sustantivas y artículos 203, 349 y 352 del TFUE.* 2.2.4.5. *Exclusión de los actos legislativos de la PESC.* 3. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER LEGISLATIVO DE UN ACTO. 3.1. *Mayor transparencia en el seno del Consejo y del Parlamento Europeo.* 3.2. *Implicación de los Parlamentos nacionales en la supervisión política*

* El presente trabajo es fruto fundamentalmente de la investigación llevada a cabo en el *Centre for European Legal Studies* de la Universidad de Cambridge, en el marco de una estancia que contó con la subvención de la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación (Programa «Salvador de Madariaga»). Quisiera aprovechar estas breves líneas para manifestar mi más sincero agradecimiento al Ministerio, por brindarme una oportunidad espléndida, y a las personas vinculadas al *CELS*, especialmente, a las profesoras Albertina Albers-Llorens y Alicia Hinarejos, por su cálida acogida.

de la subsidiariedad: el «sistema de alerta temprana». 3.3. Participación del Comité de las Regiones en el control judicial de la subsidiariedad. 3.4. Limitada legitimación de los particulares para la interposición del recurso de anulación. 3.5. Presunción a favor del poder de iniciativa de la Comisión. 3.6. Posible atribución a la Comisión de un poder normativo delegado: los actos delegados. 3.7. Posible concentración del recurso por incumplimiento y la sanción ante la falta de ejecución de la sentencia condenatoria. 3.8. ¿Operatividad de la «jurisprudencia Dictamen 1/94», sobre el alcance exclusivo de las competencias exteriores implícitas de la UE? 3.9. Una consecuencia que no es: papel reforzado del Parlamento Europeo en la celebración de acuerdos internacionales. 3.10. Último apunte: no todas las consecuencias concurren en el procedimiento presupuestario. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN. El Tratado de Lisboa ha introducido una nueva clasificación en el sistema de actos de Derecho derivado de la UE, que distingue entre medidas legislativas y no legislativas. De acuerdo con los Tratados, la diferencia radica en el procedimiento de adopción. En el trabajo se sostiene que, detrás de ese planteamiento formal, se esconden consideraciones sustantivas. Además, se determina cuándo puede considerarse que opera un procedimiento legislativo especial, del que, por tanto, resultan actos legislativos; la tesis defendida es que para estar ante un procedimiento legislativo especial es preciso que la base jurídica expresamente lo denomine así. A partir de ahí, se analizan las muy relevantes consecuencias jurídicas vinculadas a la naturaleza legislativa de los actos de Derecho derivado. A la vista de ellas, se valora si el nuevo sistema de actos de la UE ha ganado en transparencia y democracia.

ABSTRACT. The Lisbon Treaty has brought into the system of secondary EU law a new classification, distinguishing between legislative and non-legislative measures. According to the Treaties, the difference lays in the procedure followed for their adoption. In this contribution, the idea that this formal approach hides substantial considerations is sustained. The issue of when a special legislative procedure is at stake is also dealt with; the conclusion reached being that there is a special legislative procedure only when the legal basis explicitly uses this expression. The consequences resulting from the legislative nature of an act are next closely examined. In the light of them, the EU law progress in terms of transparency, and democracy is considered.

Palabras clave. acto delegado, acto legislativo, acto reglamentario, acuerdos internacionales, competencias exteriores implícitas, democracia, iniciativa de la Comisión, procedimiento de celebración de acuerdos internacionales en la UE (papel del Parlamento Europeo), procedimiento de revisión simplificado, procedimiento legislativo especial, procedimiento legislativo ordinario, procedimiento por incumplimiento, recurso de anulación (legitimación de los particulares), «sistema de alerta temprana», subsidiariedad, transparencia.

Key words. annulment action (privates' ius standi), Commission proposal, delegated act, democracy, «early warning system», implied powers, infringement proceedings, international agreements, legislative act, ordinary legislative procedure, procedure for conclusion of international agreements (EP role), regulatory act, simplified revision procedure, special legislative procedure, subsidiarity, transparency.

1. INTRODUCCIÓN

En la terminología propia del ordenamiento jurídico de la UE el «Derecho derivado» es la expresión con la que se alude al conjunto de medidas que adoptan las instituciones de la UE en el ejercicio de sus competencias normativas o administrativas. Tradicionalmente dichas medidas se han clasificado en actos típicos y actos atípicos, según se correspondieran o no con las figuras descritas en un precepto que siempre han contenido los Tratados. En el Tratado constitutivo de la CEE (Roma, 1957) era el artículo 189 el que mencionaba, señalando sus respectivos rasgos, al Reglamento, la Directiva, la Decisión, la Recomendación y el Dictamen. La definición de cada uno de estos instrumentos que recogía la citada disposición aludía a su valor vinculante o no vinculante y, en el caso de los primeros, a su alcance general o particular y a su carácter directamente aplicable o no.

Ciertamente se trataba de un sistema mucho más sofisticado que el de cualquier otra organización internacional existente o por venir, pero, sin duda también, poco acabado si comparado con los sistemas nacionales.

El Tratado de Lisboa ha modificado, por vez primera desde la fundación de las Comunidades Europeas, el sistema de actos de Derecho derivado. La revisión operada no tiene el alcance que habría tenido si el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, «Tratado Constitucional») hubiese llegado a entrar en vigor. Aun así, ha habido cambios: se ha introducido la noción de «acto legislativo»; se ha incorporado al sistema la figura de los actos delegados, que acompañan a los actos de ejecución como parte del también llamado «Derecho terciario»; y, las decisiones sin destinatario han pasado a configurarse como actos típicos, al quedar contempladas en el actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en lo sucesivo, TFUE). Todo ello por no hablar de la desaparición de los actos propios del antiguo «tercer pilar», fruto de la «despilarización» de la UE, con la consiguiente extensión a este ámbito de actuación de la Unión de las medidas previstas en el precepto del TFUE recién mencionado.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la noción de actos legislativos, para determinar, fundamentalmente, cómo se identifican (epígrafe 2) y qué consecuencias jurídicas llevan aparejadas (epígrafe 3). Concluiremos con un último epígrafe (4) en el que valoraremos si la introducción de esta categoría ha contribuido a una mejora del ordenamiento jurídico de la UE en términos de transparencia, rendición de cuentas y democracia, que fueron los principios inspiradores de la reforma.

Antes de adentrarnos en el análisis de los actos legislativos, permítasenos, sin embargo, alguna consideración adicional en esta sede introductoria.

Desde 1984, con el Proyecto de Tratado por el que se establece la Unión Europea («Proyecto de Spinelli¹»), se había intentado incorporar el Derecho comunitario una clasificación similar a la que existe, bien arraigada, en los sistemas jurídicos continentales, que distinguen las medidas adoptadas por las autoridades públicas según su función (legislativa, ejecutiva o administrativa).

Introducir un cierto orden en el sistema de actos de la UE no era un fin en sí mismo, sino que se concebía, antes bien, como un medio para objetivos de mayor calado: favorecer la comprensión del funcionamiento de la hoy UE por parte de la opinión pública (transparencia), aumentar así el control sobre las instituciones (rendición de cuentas) y asegurar la implicación del Parlamento Europeo en la emanación de medidas que impliquen elecciones políticas (democracia).

Los distintos intentos de revisar el Derecho derivado de la UE resultaron, todos ellos, baldíos. En el mejor de los casos se tradujeron en una declaración aneja a los Tratados, como fue el caso de la *Declaración núm. 16 relativa a la jerarquía de los actos comunitarios*, adoptada por la Conferencia intergubernamental que negoció el Tratado de Maastricht al mismo tiempo que éste; de acuerdo con ella:

«La Conferencia conviene en que la Conferencia intergubernamental que se convocará en 1996 estudie la medida en que sería posible revi-

-
1. Proyecto adoptado por el Parlamento Europeo (DOUE, núm. C 77, de 19.3.1984). Un exhaustivo comentario a este texto, que pretendía incorporar y reemplazar al Tratado CEE, pero que no tuvo eco entre los Estados miembros, que un año después optaron por la vía de la revisión de los Tratados existentes, se encuentra en: R. BIEBER, J. P. JACQUE y J. H. H. WEILER (coords.), *An Ever-Closer Union: A Critical Analysis of the Draft Treaty Establishing the European Union*, OPOCE, 1985; y, F. CAPOTORTI, M. HILF, F. JACOBS y J. P. JACQUE, *Le traité d'Union européenne. Commentaire du projet adopté par le Parlement européen*, Université de Bruxelles, 1985.

sar la clasificación de los actos comunitarios, con vistas a establecer una adecuada jerarquía entre las distintas categorías de normas²».

El Tratado Constitucional logró contemplar una nueva sistematización del Derecho derivado, que distinguía entre instrumentos legislativos, normativos no legislativos e individuales, pero no consiguió, en cambio, entrar en vigor³.

La noción de actos legislativos fue, sin embargo, rescatada por el Tratado de Lisboa, aunque, como veremos, no en los mismos términos. Los actos legislativos se definen ahora en virtud del procedimiento del que resultan. De conformidad con el artículo 289 (apartado 3) del TFUE:

«Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos».

Esta definición es más engañosa de lo que a primera vista pudiera parecer. Tomemos, por ejemplo, el artículo 103 (apartado 1) del TFUE, en materia de Derecho de la competencia, que proclama: «El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102». Algunos podrían sostener que esta disposición prevé un procedimiento legislativo especial, toda vez que atribuye el poder decisorio al Consejo con una previa participación del Parlamento Europeo. Otros (entre quienes nos encontramos) podrían discrepar de esta conclusión y

-
2. A propósito de esta Declaración y su falta de concreción en el Tratado de Ámsterdam, v. T. DIEDRICHSEN, «The System of Legal Acts in the History of Drafts and Proposals», en G. WINTER (ed.), *Sources and Categories of European Union Law*, Nomos, 1996, pp. 315-346; J. Díez-Hochleitner, «Tipología de los actos comunitarios y reforma de los procedimientos de adopción», en M. Oreja Aguirre (dir.) y F. Fonseca Morillo (coord.), *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, McGraw Hill, 1998, pp. 565-577; H. Gaudin, «Amsterdam: l' échec de la hiérarchie des norms», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1999-1, pp. 1-20; R. Kovar, «La déclaration num. 16 annexée au Traité sur l' Union européenne: chronique d' un échec annoncé?», *Cahiers de Droit Européen*, 1997, 1-2, pp. 3-13; P. Y. Monjal, «La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1996-4, pp. 6781-716; y, A. Tizzano, «La hiérarchie des normes communautaires», *Revue du Marché de l'Union Européenne*, 1997-3, pp. 219-213.
 3. Según C. M. Alves, «[e]n raison même de son intitulé, ce nouveau traité de révision des traités communautaires ne saurait ignorer le thème de la hiérarchie des normes» («La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution européenne: Révolution juridique ou sacrifice au nominalisme?», *Cahiers de Droit Européen*, 2004, pp. 691-726, p. 696).

defender que no se da tal procedimiento legislativo especial, porque el artículo 103 del TFUE no emplea esa expresión («procedimiento legislativo especial») al describir el procedimiento decisorio.

Determinar si una medida es o no un acto legislativo no es uno de esos estériles debates en los que a veces nos enzarzamos los académicos. Al contrario, como tendremos ocasión de comprobar, se trata de una cuestión con implicaciones jurídico-prácticas de primer orden.

2. NOCIÓN DE «ACTO LEGISLATIVO»

El Proyecto Spinelli antes mencionado pretendió introducir en el Derecho de la UE la figura de la «ley», entendida como el instrumento que habría de establecer las reglas aplicables a la acción común y que, en la medida de lo posible, tendría que limitarse a determinar los principios fundamentales rectores de dicha acción, dejando su ejecución en manos de la UE (en particular, de la Comisión) o de los Estados miembros. Las leyes se aprobarían, a propuesta de la Comisión, conjuntamente por el Consejo y el Parlamento, titulares del poder legislativo. El Proyecto daba incluso entrada a la noción de «ley orgánica», reservando a este instrumento la regulación de determinadas materias y exigiendo mayorías reforzadas en el Consejo y el Parlamento Europeo para su adopción⁴.

El antecedente más inmediato de la noción de «acto legislativo» del Tratado de Lisboa se encuentra, sin embargo, en el Tratado Constitucional. Como en tantos otros aspectos, fue éste el instrumento que los negociadores de Lisboa tuvieron presente.

2.1. NOCIÓN DE «ACTO LEGISLATIVO» EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

El fallido Tratado Constitucional disponía en su artículo I-33, bajo el título 'Actos jurídicos de la Unión':

«Las instituciones, para ejercer las competencias de la Unión, utilizarán los siguientes instrumentos jurídicos, de conformidad con la Parte III: la ley europea, la ley marco europea, el reglamento europeo, la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes⁵».

4. Arts. 34-39 del Proyecto.

5. Art. I-33 (apartado 1, párrafo 1º).

La ley europea y la ley marco europea eran definidas a continuación, siendo ambas descritas como actos legislativos:

«La ley europea es un *acto legislativo* de alcance general. Será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La ley marco europea es un *acto legislativo* que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios⁶».

Los demás instrumentos eran expresamente presentados como «actos no legislativos» (reglamentos europeos y decisiones europeas)⁷ o nada se decía al respecto sobre este punto (recomendaciones y dictámenes)⁸. Cabe destacar que, puesto que las decisiones europeas podían tener un alcance general o individual, la categoría de actos no legislativos incluía medidas de naturaleza normativa y administrativa; en realidad, era una categoría determinada por exclusión.

Según el artículo I-34, consagrado a los ‘Actos legislativos’, las leyes europeas y las leyes marco europeas habían de ser aprobadas siguiendo un procedimiento legislativo: ya fuera el procedimiento legislativo ordinario (que era único y que operaba en defecto de otra previsión), ya fuera un procedimiento legislativo especial (que podía tener varias expresiones y que operaba cuando estuviera expresamente previsto en los Tratados):

«1. Las leyes y leyes marco europeas serán adoptadas, a propuesta de la Comisión, conjuntamente por el Parlamento Eu-

6. Art. I-33 (apartado 1, párrafos 2º y 3º); énfasis añadidos.

7. «El reglamento europeo es un *acto no legislativo* de alcance general que tiene por objeto la ejecución de actos legislativos y de determinadas disposiciones de la Constitución. Podrá bien ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, o bien obligar al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios.

La decisión europea es un *acto no legislativo* obligatorio en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos» (art. I-33, apartado 1, párrafos 4º y 5º; énfasis añadidos).

8. «Las recomendaciones y los dictámenes no tendrán efecto vinculante» (artículo I-33, apartado 1, párrafo 6º). A. GIL IBÁÑEZ llama la atención sobre el hecho de que el adjetivo «europeo» limita su uso a los instrumentos vinculantes, como si las recomendaciones y los dictámenes no precisaran ser diferenciados de sus homónimos nacionales («Nueva tipología y jerarquía normativa en la Constitución Europea», *Noticias de la UE*, núm. 250, 2005, pp. 63-79, p. 71).

ropeo y el Consejo por el procedimiento legislativo ordinario contemplado en el artículo III-396. Si ambas instituciones no llegan a un acuerdo, el acto no se adoptará.

2. En los casos específicos previstos por la Constitución, las leyes y leyes marco europeas serán adoptadas por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o por éste con la participación del Parlamento Europeo, con arreglo a procedimientos legislativos especiales».

Como puede apreciarse, bajo el Tratado Constitucional los actos legislativos eran legislativos *per se* e inmediatamente reconocibles, pues el término «ley» (ley europea, ley marco europea) aparecía en el título mismo. Si habían sido fruto del procedimiento legislativo ordinario, la denominación de este procedimiento reforzaba la idea de estar frente a un acto legislativo. Por el contrario, cuando el procedimiento de adopción no era decisivo, en el sentido de que podía ser tanto legislativo como no legislativo (en la medida en que implicaba una propuesta de la Comisión, una decisión tomada por el Consejo o por el Parlamento Europeo, con la previa participación de la otra institución), la naturaleza del acto determinaba (aunque fuera irrelevante, dado que lo que realmente importaba era la naturaleza del acto y nada más) la naturaleza del procedimiento; así, si daba lugar a una ley europea o a una ley marco europea el procedimiento en cuestión era un «procedimiento legislativo especial» (en el sentido del artículo I-34, apartado 2), mientras que si generaba un reglamento europeo o una decisión europea no merecía tal consideración⁹. En un supuesto la situación llegaba más lejos, puesto que el acto adoptado no sólo determinaba la etiqueta que correspondía al procedimiento (legislativo o no legislativo), sino su propio contenido: el artículo III-291, relativo

9. Otro tanto sucedía en aquellos casos en los que el Tratado Constitucional contemplaba la adopción de «medidas» (sin mayores especificaciones) o permitía elegir entre leyes, leyes marco, reglamentos o decisiones y daba entrada a un procedimiento decisorio que podía ser tanto legislativo como no legislativo (artículos I-18 y III-424): el acto finalmente emanado determinaba la naturaleza del procedimiento puesto en marcha.

Sólo había una situación en la que sucedía lo contrario, es decir, en la que el procedimiento marcaba la naturaleza de la medida adoptada. Esto sucedía cuando el Tratado Constitucional preveía la aprobación de una «medida» (sin ulteriores detalles) y establecía un procedimiento decisorio que no podía ser legislativo (porque, por ejemplo, el Parlamento Europeo no intervenía –como sucedía en el art. III-196, apartado 2–). En estos casos, sólo podía recurrirse a un reglamento, una decisión o a un acto atípico.

a la asociación de los países y territorios de ultramar, permitía a la UE emanar leyes, leyes marco, reglamentos y decisiones, contemplando dos procedimientos decisorios distintos, uno para la adopción de leyes y leyes marco y otro para la adopción de reglamentos y decisiones¹⁰.

Dado que más adelante volveremos sobre este punto, interesa destacar que cuando las bases jurídicas preveían la adopción de un instrumento legislativo y atribuían el poder decisorio al Consejo o (más raramente) al Parlamento, con la participación, más o menos intensa, de la otra institución, no calificaban el procedimiento decisorio como «legislativo especial¹¹». No hacía falta que lo hiciera. Puesto que la medida prevista era una ley europea o una ley marco europea, era evidente que se trataba de un procedimiento legislativo. Como ha escrito, J. C. PIRIS: «La introducción de los términos 'ley' y 'ley marco' en las distintas bases jurídicas, además de responder a un deseo de los euroentusiastas y a una realidad jurídica, permitirá determinar de inmediato los casos en que se atribuyen poderes legislativos a las instituciones¹²».

2.2. NOCIÓN DE «ACTO LEGISLATIVO» EN EL TRATADO DE LISBOA

2.2.1. Definición basada exclusivamente en el procedimiento de adopción

El Tratado de Lisboa abandonó la terminología «leyes europeas» y «leyes marco europeas» empleada por el Tratado Constitucional. Lo hizo deliberadamente, pues (al igual que los símbolos de la UE, el título «Constitución» o la expresión «Ministro de Asuntos Exteriores de

10. A tenor del art. III-296:

«El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y a la luz de los resultados alcanzados en el contexto de la asociación entre los países y territorios y la Unión, las leyes, leyes marco, reglamentos y decisiones europeos relativos a las modalidades y al procedimiento de asociación entre los países y territorios y la Unión. Dichas leyes y leyes marco se adoptarán previa consulta al Parlamento Europeo».

11. Por ejemplo, art. III-124 (apartado 1):

«Sin perjuicio de las demás disposiciones de la Constitución y dentro de las competencias que ésta atribuye a la Unión, una ley o ley marco europea del Consejo podrá establecer las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo».

12. *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, 2006, pp. 101-102.

la Unión») recordaba demasiado a la identidad de los Estados y la negociación del Tratado de Lisboa estuvo presidida precisamente por el deseo de evitar la impresión que pudiese haber causado el Tratado Constitucional de que la naturaleza de la UE estaba experimentando un cambio radical. La terminología «pseudonacional» (en expresión de L. MILLÁN MORO)¹³, fue, por consiguiente, rechazada. En ese espíritu, las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo (Bruselas, 21-22 junio 2007) expresamente declararon que las denominaciones «ley» y «ley marco» no deberían ser utilizada por el nuevo Tratado de revisión¹⁴. Al mismo tiempo, se decidió retener la distinción legislativo/no legislativo, así como sus consecuencias¹⁵.

En el escenario actual los actos legislativos (y, por exclusión, los no legislativos) se definen únicamente sobre la base del procedimiento conducente a su adopción. Tal y como recordábamos en la introducción al presente trabajo, de acuerdo con el artículo 289 (apartado 3) del TFUE:

«Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos».

El instrumento en sí mismo no es determinante. No existen actos *per se* legislativos (como era el caso, en el Tratado Constitucional, de las leyes europeas y las leyes marco europeas) o no legislativos (como los reglamentos y las decisiones europeos bajo ese mismo Tratado). En este sentido, todos los instrumentos vinculantes enumerados en el artículo 288 del TFUE pueden ser, legislativos o no legislativos, dependiendo del procedimiento seguido de cara a su aprobación¹⁶. De

13. «El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 401-438, p. 436.

14. Doc. 11177/1/07 REV 1, de 20.7.2007, p. 16.

15. *Ibid*, p. 22.

16. J. BAST ve una ventaja en esto: «Apart from avoiding a taboo language, this solution had the side-effect of restoring the power of the Union legislature to adopt decisions without a specified addressee, which is a useful option oddly absent under the Constitutional Treaty» («New Categories of Acts after The Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in EU Law», *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, pp. 885-928, p. 888; *id.*, «Legal Instruments and Judicial Protection», en A. VON BOGDANDY y J. BAST, eds., *Principles of European Constitutional Law*, Hart/Beck/Nomos, 2010, 2ª ed. rev., pp. 345-397, p. 390). De manera similar, también A. VON BOGDANDY, F. ARNDT y J. BAST, «Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis», *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 91-136, p. 106.

hecho, los únicos instrumentos cuya naturaleza no legislativa se proclama de manera expresa (si bien innecesaria) en los Tratados son los actos delegados; de los que el artículo 290 del TFUE comienza diciendo: «Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar *actos no legislativos* de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo¹⁷». Una afirmación, como decíamos, innecesaria, toda vez que el carácter no legislativo de los actos delegados se deriva del hecho de que su adopción (por la Comisión) claramente no sigue un procedimiento legislativo.

El artículo 289 (apartados 1 y 2) del TFUE deja claro que los procedimientos legislativos sólo pueden aplicarse para la emanación de reglamentos, directivas y decisiones:

«1. El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de *un reglamento, una directiva o una decisión*. Este procedimiento se define en el artículo 294.

2. En los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de *un reglamento, una directiva o una decisión*, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial¹⁸».

De conformidad con este precepto, la adopción de recomendaciones en aquellos ámbitos en los que las bases jurídicas prevén un procedimiento legislativo no podrá ser fruto de tal procedimiento. El artículo 292 del TFUE reconoce al Consejo una competencia general para aprobar recomendaciones, con dos únicas limitaciones: en aquellas materias en las que el Consejo actúa a propuesta de la Comisión o decide por unanimidad, ambos aspectos del procedimiento decisorio tendrán que ser respetados de cara a la adopción de recomendaciones; en lo demás (y ahí entra el papel reservado al Parlamento Europeo), aquél podrá ser ignorado:

«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

17. Apartado 1; énfasis añadido.

18. Énfasis añadidos.

que se requiere la unanimidad para la adopción de un acto de la Unión. La Comisión, así como el Banco Central Europeo, en los casos específicos previstos por los Tratados, adoptarán recomendaciones¹⁹».

En otro orden de consideraciones, dado que la naturaleza de la medida emanada depende del procedimiento del que resulta, para que una base jurídica sea polifacética, esto es, pueda generar instrumentos de distinta naturaleza, ha de prever la aplicación de sendos procedimientos: uno legislativo y otro no legislativo. Son aquí dignos de mención los artículos 203, 349 y 352 del TFUE. El primero, relativo a la asociación de países y territorios de ultramar, contempla, siguiendo la línea del Tratado Constitucional, dos procedimientos, que son distintos en su desarrollo²⁰. Los otros preceptos, sobre las regiones ultraperiféricas y la «cláusula de flexibilidad», respectivamente, disponen la aplicación de un mismo procedimiento, admitiendo que puede ser ora legislativo ora no legislativo²¹. Sin duda, resulta chocante, pero en

-
19. A la vista de esta habilitación general, resultan superfluas las previsiones, contenidas en otros preceptos, que atribuyen al Consejo el poder para adoptar recomendaciones en ámbitos materiales concretos (artículos 165, apartado 4, *in fine* y 166, apartado 4, también *in fine* –educación, formación profesional, juventud y deporte–; art. 167.5 *in fine* –cultura–; y, art. 168.6 –salud pública–).
20. «El Consejo, a la luz de los resultados alcanzados en el marco de la asociación de los países y territorios a la Unión y basándose en los principios contenidos en los Tratados, adoptará, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, las disposiciones relativas a las modalidades y el procedimiento para la asociación de los países y territorios a la Unión. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo». Para su correspondiente en el Tratado Constitucional, v. *supra* nota 10. Sobre la razón de ser de la naturaleza universal de la que se vino a dotar a esta previsión, v. J. B. LIISBERG, «The EU Constitutional Treaty and Its Distinction between Legislative and Non-Legislative Acts – Oranges into Apples?», *Jean Monnet Working Paper* 01/06, p. 25.
21. A tenor del art. 349 (párrafo 1º) del TFUE:
 «Teniendo en cuenta la situación estructural social y económica de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias (...), el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación de los Tratados en dichas regiones, incluidas las políticas comunes. Cuando el Consejo adopte dichas medidas específicas con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo».
 Por su parte, el art. 352 (apartado 1) del TFUE estipula:

el marco actual no hay otro modo de dotar de versatilidad a una base jurídica.

Otra manifestación de la distinta aproximación seguida por el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa en esta materia es el número de veces que los Tratados usan una fórmula indeterminada (como «medidas», «normas», «disposiciones», etc.) al referirse al tipo de instrumento que puede adoptarse. En el Tratado Constitucional la cifra era extremadamente reducida; muchas previsiones, en cambio, admitían la elección bien entre «leyes o leyes marco europeas²²», bien entre «reglamentos o decisiones europeos²³». En el Tratado de Lisboa casi ninguna de estas disposiciones especifica, siquiera en términos alternativos, la clase de medida que puede aprobarse, empleando, en su lugar, expresiones genéricas como las mencionadas antes entre paréntesis. No hay de qué sorprenderse. Como venimos insistiendo, en el régimen del Tratado Constitucional el instrumento era el elemento que determinaba la naturaleza legislativa o no legislativa de la competencia atribuida a la UE, por lo que cuando los redactores rechazaron imponer un tipo concreto de acto y decidieron dejar cierto margen de apreciación a las instituciones sólo pudieron hacerlo permitiendo la opción entre una ley o una ley marco (cuando la materia era idónea para un tratamiento legislativo) o admitiendo la elección entre un reglamento y una decisión (cuando no lo era); los instrumentos daban la pista de la naturaleza de la competencia, así que, de un modo u otro, debían ser mencionados²⁴. Bajo el Tratado de Lisboa el elemento

«Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo».

22. V., *ad exemplum*, artículos I-51.2, III-123, III-125.1, III-134, III-136.1, III-139, III-144, III-152, III-157.2, III-172.1, III-176, III-207, III-210.2, III-214.3, III-234.1, III-236.2.
23. V., también *ad exemplum*, III-159, III-160, III-166.3, III-183.2, III-231.3, III-240, III-253, III-260. Para comentarios críticos a esta alternativa, v. F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003, pp. 1041-1063, pp. 1056-1057.
24. A.WARD no parece darse cuenta de esto cuando, tras constatar que en el Tratado CE había muchas disposiciones que no aludían al tipo de instrumento que podía adoptarse para el desarrollo de determinadas políticas, considera que el Tratado Constitucional (en realidad, el Proyecto de Tratado Constitucional) era «infiniti-

identificador es el procedimiento decisorio; la previsión de un procedimiento legislativo o de uno no legislativo basta para determinar la naturaleza legislativa o no legislativa de la competencia atribuida a la UE; a partir de ahí, los redactores no tuvieron inconveniente en prever, genéricamente, la adopción de «medidas», «normas» o «disposiciones». La naturaleza jurídica de la competencia se manifiesta a través del procedimiento de adopción; por tanto, éste es el único aspecto que inevitablemente tiene que estar contemplado.

La situación presente (en la que la mayoría de las bases jurídica describen el instrumento al que pueden dar lugar a través de fórmulas indeterminadas²⁵) puede hacer aún más criticable la previsión, recogida en el artículo 292 del TFUE, que reconoce al Consejo una competencia general para aprobar recomendaciones y de la que dábamos cuenta poco antes.

Una disposición similar del Proyecto de Tratado Constitucional (luego recogida en el Tratado Constitucional) desató una dura crítica por parte de A. VON BOGDANDY, F. ARNDT y J. BAST²⁶. En un escenario en el que casi todas las bases jurídicas especificaban el instrumento(s) que podía emplearse, contemplando sólo medidas vinculantes, estos autores estimaban que era un acierto prever, como una alternativa general, el recurso a las recomendaciones. Lamentaban, sin embargo, que no se tuvieran que respetar para ello los procedimientos decisorios previstos en las distintas bases jurídicas, por cuanto suponía la exclusión del Parlamento Europeo. A su juicio, la situación distaba mucho de ser convincente: «if one takes recommendations seriously (and expects their addressees to do so), the horizontal order of competences must not be bypassed», concluían²⁷.

tely more rigorous», porque la mayor parte de sus bases jurídicas especificaban (incluso en terminos alternativos) el tipo de medida que cabía aprobar («The Draft EU Constitution and Private Party Access to Judicial Review of EU Measures», en T. TRIDIMAS y P. NEBBIA, eds., *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 1, Hart, 2004, pp. 209-221, p. 216).

25. En relación con el elevado número de preceptos en los que ahora se deja indeterminado el tipo de acto, v. A. MANGAS MARTÍN, «Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 18, 2009, 32 pp., pp. 17-21.
26. El art. 292 del TFUE y el art. I-35.2 del Tratado Constitucional tienen el mismo tenor literal, excepto por la mención a los «Tratados», que, bajo el Tratado Constitucional, se refería a la «Constitución».
27. «Legal Instruments in European Union Law...», *op. cit.*, pp. 113-114. En cualquier caso, cabe señalar que, con anterioridad al Tratado de Lisboa, era la Comi-

Ahora que la mayoría de las bases jurídicas utilizan una expresión abierta para aludir al instrumento al que cabe acudir (abarcando, así, las recomendaciones), la previsión del artículo 292 del TFUE es más intolerable aún, en particular, en los casos en que el procedimiento aplicable no es de carácter legislativo²⁸. El procedimiento, como denunciaban los autores referidos, será ignorado, con el agravante de que, en estos supuestos, no había realmente necesidad de atribuir al Consejo esta competencia general recomendatoria.

2.2.2. ¿Cuándo estamos ante un procedimiento legislativo (especial)?

Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica (legislativa o no legislativa) de los actos depende exclusivamente del procedimiento de adopción, resulta fundamental establecer el carácter legislativo de un determinado procedimiento decisorio. Como es por todos conocido, los Tratados prevén un procedimiento legislativo ordinario (que es único y que describe en todos sus detalles el artículo 294 del TFUE) y varios procedimientos legislativos especiales (que pueden presentar distintas versiones). El artículo 289 (apartado 2) del TFUE refleja la existencia de varios procedimientos legislativos especiales, al afirmar (pensamos que vale la pena reproducirlo):

«En los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial».

Dejando a un lado las diferentes reglas de votación en el Consejo y a quién corresponde la iniciativa, sobre el papel podrían existir cuatro tipos de procedimientos legislativos especiales, según quién (Consejo/Parlamento Europeo) es el autor de la medida adoptada y el grado de intervención (consulta/aprobación) concedido a la otra institución: (i) decisión adoptada por el Consejo previa consulta al Parlamento Europeo; (ii) decisión adoptada por el Consejo previa aprobación del Parlamento Europeo; (iii) decisión adoptada por el Parlamento Europeo previa consulta al Consejo; y, (iv) decisión adoptada por el Parlamento

sión la institución titular de un poder general para adoptar recomendaciones (v. art. 211 del Tratado CE).

28. Respecto de los procedimientos legislativos, ya hemos visto cuál es la razón a la que obedece el art. 292 del TFUE.

Europeo previa aprobación del Consejo. En la práctica, sin embargo, los Tratados no brindan ningún ejemplo del tipo (iii), por lo que el número de procedimientos legislativos especiales se reduce a tres: los correspondientes a los tipos (i), (ii) y (iv) de nuestra enumeración.

Establecer cuándo está en juego el procedimiento legislativo ordinario no plantea la menor duda, puesto que todas las bases jurídicas que lo contemplan utilizan esta expresión para referirse a él. Tomemos, por ejemplo, el artículo 18 del TFUE, que, tras declarar prohibidas las discriminaciones por razón de la nacionalidad, añade: «El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

No es tan evidente, por contra, cuándo estamos ante un procedimiento legislativo especial.

Dos interpretaciones resultan plausibles. Por un lado, cabe sostener que concurre un procedimiento legislativo especial cada vez que una base jurídica atribuye el poder decisorio al Consejo con la previa intervención del Parlamento Europeo o, viceversa, deja la decisión en manos del Parlamento Europeo con la participación del Consejo. Por otro lado, podría argumentarse que hay un procedimiento legislativo especial cuando, junto a esto, la base jurídica emplea la expresión «con arreglo al procedimiento legislativo especial».

Recuperando el ejemplo que poníamos al inicio de este trabajo, los reglamentos y las directivas en el ámbito del Derecho de la competencia contemplados en el artículo 103 del TFUE (que declara: «El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102») serían actos legislativos conforme a la primera interpretación, pero no conforme a la segunda.

Entre nosotros, R. ALONSO GARCÍA se ha pronunciado expresamente sobre el tema, acogiendo la segunda lectura²⁹. Esta interpretación es igualmente asumida por la doctrina extranjera, que no parece siquiera concebir otra³⁰. La mayoría de los autores no fundamentan, sin embargo, la tesis que suscriben, quizá porque la consideran obvia.

29. *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2ª ed., 2010, pp. 78 y 84.

30. Así, J. BAST, «New Categories of Acts...», *op. cit.*, pp. 893 y 896; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, pp. 257-258; J. C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge Uni-

Personalmente creemos también que para que un procedimiento legislativo especial sea tal cosa ha de ser calificado expresamente como tal por la base jurídica. Varios elementos sustentan esta lectura.

En primer lugar, el propio tenor literal del artículo 289 (apartado 2) del TFUE. Este precepto no dice que la adopción de un acto de Derecho derivado por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o viceversa, constituye un procedimiento legislativo especial. Lo que afirma es que esto es así «[e]n los casos específicos previstos por los Tratados». La situación habría sido completamente distinta si este precepto hubiese dispuesto: «La adopción, en los casos específicos previstos por los Tratados, de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial». Pero la expresión «en los casos específicos previstos por los Tratados» no se sitúa ahí, sino al principio de la frase, otorgándole otro significado.

En segundo lugar, la mayoría de las previsiones que, en nuestra interpretación restrictiva, no atribuyen un poder legislativo a la UE, cuando describen el procedimiento decisorio, declaran que la Comisión lo inicia presentando una propuesta. Esta mención no habría sido necesaria de haberse tratado de un procedimiento legislativo especial, ya que habría entrado en juego entonces la presunción a favor del poder de iniciativa de la Comisión, que establece el artículo 17 (apartado 2) del TUE con respecto a los actos legislativos.

Los artículos 349 y 352 del TFUE apoyan igualmente (sería el tercer elemento) esta misma lectura. Empezaremos por el segundo de estos preceptos, con el que probablemente estemos todos más familiarizados.

Tras describir cuándo puede operar (una acción de la UE es necesaria para alcanzar uno de sus objetivos, pero los Tratados no han previsto los poderes necesarios para su adopción), el primer apartado de esta disposición alude al procedimiento decisorio en los si-

versity Press, 2010, pp. 94 y 96; B. DE WITTE, «Legal Instruments and Law-Making in the Lisbon Treaty», en S. GRILLER y J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, 2008, pp. 79-108, p. 100. V. también E. BEST, quien incluye en su 'Table of non-legislative binding acts adopted directly on the basis of the TFEU' actos que, de acuerdo con la interpretación amplia (pero no con la estricta) de «procedimiento legislativo especial» serían legislativos («Legislative procedures after Lisbon: fewer, simpler, clearer?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, pp. 85-96, pp. 94-95).

guientes términos: «el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo», pero, seguidamente, de manera sorprendente, añade: «*Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo*³¹». Así pues, el artículo 352 del TFUE prevé un único procedimiento (hay propuesta de la Comisión, se requiere el consentimiento del Parlamento Europeo y la decisión final es tomada por el Consejo, actuando por unanimidad), admitiendo que puede ser, al mismo tiempo, un procedimiento legislativo especial o no. A la vista de esto, resulta claro que dejar la decisión en manos del Consejo con la participación del Parlamento Europeo no basta para tener un procedimiento legislativo especial.

Otro tanto sucede con el artículo 349 del TFUE, sobre las regiones ultraperiféricas. De acuerdo con esta disposición, «el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación de los Tratados en dichas regiones». El precepto continua diciendo: «*Cuando el Consejo adopte dichas medidas específicas con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo*³²». De nuevo, tenemos extrañamente un procedimiento decisorio (que incluye una propuesta de la Comisión, la consulta al Parlamento Europeo y la decisión final del Consejo) que puede ser calificado, según el caso, como legislativo especial o no.

Estos dos artículos avalan la tesis de que el procedimiento decisorio no es en sí mismo decisivo para tener un procedimiento legislativo especial y que es preciso que la base jurídica incluya las palabras «con arreglo a un procedimiento legislativo especial» (o similares) para estar frente a uno. Pero plantean también otras cuestiones no menos interesantes, como: ¿existe algún criterio que determine el procedimiento al que recurrir en el marco de los artículos 349 y 352 del TFUE o la decisión es absolutamente caprichosa? ¿Puede determinarse sobre la base de las consecuencias vinculadas al carácter de un tipo de acto u otro? ¿Debería depender de su contenido sustantivo? Volveremos sobre este punto más adelante³³.

31. Énfasis añadido.

32. Énfasis añadido.

33. V. epígrafe 2.2.4.4, *infra*.

Recuperando el hilo de nuestro discurso, es oportuno destacar igualmente que todas las previsiones del TFUE que no utilizan la etiqueta «procedimiento legislativo especial», pese a que dejan el poder decisorio en manos del Consejo con la previa intervención del Parlamento Europeo o viceversa, se vinculan, sin excepciones, con previsiones del Tratado Constitucional que no preveían la adopción de leyes europeas o de leyes marco europeas. Ello significa que la omisión de las palabras «con arreglo a un procedimiento legislativo especial» no fue accidental, sino intencionada. El Tratado Constitucional no contemplaba la aprobación de actos legislativos en ninguna de dichas bases jurídicas y los redactores del Tratado de Lisboa siguieron exactamente la misma senda³⁴.

Finalmente, la práctica viene también a corroborar la misma conclusión. Las medidas aprobadas en el marco de las previsiones anteriormente referidas se publican en el Diario Oficial bajo el encabezamiento «Actos no legislativos³⁵».

Todos los aspectos destacados en los párrafos anteriores son relevantes a efectos interpretativos. Según la ‘Regla general de interpretación’ contenida en el artículo 31 de la Convención sobre el Derecho de los tratados (Viena, 1969), las previsiones de un tratado deben in-

34. Las disposiciones del TFUE que reconocen un poder decisorio al Consejo con la previa consulta al Parlamento Europeo, sin etiquetarlo como «procedimiento legislativo especial» son (entre paréntesis se incluyen los artículos correspondientes del Tratado Constitucional) los artículos: 74 (III-263), 78.3 (III-266.3), 81.3 (III-269.3), 95.3 (III-240.3), 103.1 (III-163.1), 109 (III-169), 125.2 (III-183.2), 126.14 *in fine* (III-184.13 *in fine*), 128.2 (III-186.2), 129.4 (III-187.4), 140.2 (III-198.2), 148.2 (III-206.2), 150 (III-208), 153.2 *in fine* (III-210.3 *in fine*), 160 (III-217), 188 (III-253), 192.2 *in fine* (III-234.2 *in fine*), 246 (III-348.2), 286.2 (III-385.2), 322.2 (III-412.2), 332 (III-421), 333.2 (III-422.2), 349 (III-424).

Las previsiones del TFUE que confían la decisión al Consejo con la aprobación del Parlamento Europeo sin denominarlo «procedimiento legislativo especial» son los artículos (de nuevo incluimos la referencia a los preceptos correspondientes del Tratado Constitucional): 82.2.d) (III-270.2.d)), 83.1 *in fine* (III-271.1 *in fine*), 329.2 (III-419.1), 352 (I-18). El TUE proporciona dos ejemplos adicionales: artículos 7.1 (I-59.1), 49 (I-58).

Obsérvese que, como sucedía con el Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa no brinda ningún ejemplo de procedimiento no calificado como legislativo en el que el Parlamento Europeo resulte ser el autor formal del acto.

35. Véanse, a título ejemplificativo: el *Reglamento 1183/2011* (DOUE, núm. L 302, de 19.11.2011), la *Directiva 2011/85* (DOUE, núm. L 306, de 23.11.2011), la *Decisión 2010/405* (DOUE, núm. L 189, de 22.7.2010), la *Decisión 2011/167* (DOUE, núm. L 76, de 22.3.2011), la *Decisión 2012/60* (DOUE, núm. L 30, de 2.2.2012) o la *Decisión 2012/125* (DOUE, núm. L 55, de 29.2.2012).

interpretarse conforme, *inter alia*, a sus términos, en el contexto de éstos; habrá de tenerse en cuenta asimismo la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado³⁶. En el caso que nos ocupa los *términos* que han de considerarse son los del artículo 289 (apartado 2) del TFUE, que ya hemos examinado. El *contexto* de dicha disposición comprende indiscutiblemente los artículos 349 y 352 del TFUE, que no pueden obviarse a la hora de establecer el sentido del artículo 289 (apartado 2) del TFUE o de cualquier base jurídica del Tratado; abarca igualmente todas las bases jurídicas que contemplan una propuesta de la Comisión, una previsión que habría sido innecesaria de haberse tratado de un procedimiento legislativo especial. La *práctica seguida en la aplicación*, más concretamente, la práctica seguida en la publicación, apunta también hacia una lectura estricta de la noción de «procedimiento legislativo especial». Por último, los *trabajos preparatorios* (el Tratado Constitucional merecen ser visto como parte de los trabajos preparatorios de los actuales TUE y TFUE) permiten confirmar esta interpretación, tal y como establece el artículo 32 de la misma Convención de Viena, al referirse a los 'Medios de interpretación complementarios'³⁷.

En conclusión de todo ello, los reglamentos y las directivas basados en el artículo 103 del TFUE han de catalogarse no como actos legislativos, sino como «actos reglamentarios», en el sentido que da el Tribunal de Justicia de la UE (en lo sucesivo, TJUE) a esta expresión en el marco del artículo 263 del TFUE³⁸.

2.2.3. *Vis expansiva del procedimiento legislativo ordinario*

Es por todos conocido que el procedimiento legislativo ordinario ha ido ganando progresivamente terreno en los Tratados, en detrimento de otros procedimientos decisorios. Tal expansión no puede ser sino celebrada desde postulados democráticos, por cuanto supone la

36. Conviene destacar que el TJUE ha aplicado reiteradamente el art. 31 de la Convención de Viena de 1969 a la interpretación de los Tratados (Dictamen 1/91, *Acuerdo EEE*, de 14.12.1991, f.j. 14; STJ de 1.7.1993, as. *Metalsa*, C-312/91, f.j. 12; y, STJ de 20.11.2001, as. *Jany*, C-268/99, f.j. 35.); aunque no siempre mencionando expresamente el precepto vienés (así, STJ de 3.10.2013, as. *Inuit*, C-583/11 P, f.j. 50).

37. De hecho, en aplicación del método histórico de interpretación, el TJUE ha recurrido a los documentos de la Convención Europea que adoptó el Proyecto de Tratado Constitucional (Auto TG de 6.9.2011, as. *Inuit*, T-18/10, ff.jj. 40 y 49; y, STJ de 3.10.2013, en el mismo asunto, C-583/11 P, f.j. 59).

38. Sobre el concepto de «acto reglamentario» a los efectos del art. 263 del TFUE, v. *infra* epígrafe 3.4.

equiparación del Parlamento Europeo con el Consejo como autoridad legislativa.

El Tratado de Lisboa ha querido favorecer esta tendencia y para ello ha previsto que el procedimiento legislativo ordinario pueda seguir avanzando sin necesidad de recurrir al procedimiento de revisión ordinario de los Tratados. En efecto, el artículo 48 (apartado 7, párrafo 2º) del TUE permite sustituir el procedimiento legislativo especial (cuando el Consejo es la institución decisora) por el procedimiento legislativo ordinario, a través de un «procedimiento simplificado de revisión», aplicable con carácter general³⁹:

«Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponga que el Consejo adopte actos legislativos con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice a adoptar dichos actos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario⁴⁰».

Cualquier iniciativa tomada por el Consejo Europeo en este sentido se transmitirá a los Parlamentos nacionales. De no haber oposición por su parte, el Consejo Europeo podrá, por unanimidad y con la aprobación del Parlamento Europeo, adoptar la decisión que hará efectivo el cambio. Si, por el contrario, alguno de los Parlamentos nacionales manifestara su oposición, dicha decisión no podría tomarse⁴¹.

Esta «pasarela» (calificada también por M. URREA CORRES como una «atribución competencial de 'autorreforma'» a favor de las institu-

39. Junto a este procedimiento, los Tratados contienen, ya para ámbitos específicos, «pasarelas» autónomas; así: artículos 81 (apartado 3), 153 (apartado 2), 192 (apartado 2) y 333 del TFUE.

40. Esta previsión permite igualmente pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada como regla de votación en el Consejo. Ambas modificaciones tienen en común, como ha destacado B. DE WITTE, la profundización en la integración, al suavizar los rasgos más intergubernamentales del proceso decisorio en el seno de la UE («Treaty Revision Procedures after Lisbon», en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY, eds., *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 107-127, pp. 122-123).

41. M. URREA CORRES ha destacado que el procedimiento diseñado, aligerado con respecto al procedimiento ordinario y no sometido al proceso de ratificación, es, con todo, «extraordinariamente rígido» («Los procedimientos de reforma de los Tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 13, 2007, p. 43, p. 27).

La decisión del Tribunal Constitucional alemán condicionando el voto favorable del representante de este país en el Consejo Europeo a la aprobación expresa de las Cámaras lo dota aún de mayor rigidez (Sentencia Tratado de Lisboa, BVerfG, 2 be 2/08, de 30.6.2009, apdo. 319).

ciones comunitarias)⁴² merece dos comentarios en relación con el tema que en esta sede nos ocupa. En primer lugar, hay que resaltar que es unidireccional y únicamente puede ser usada para pasar de un procedimiento legislativo especial al procedimiento legislativo ordinario. Su diseño en estos términos, ha señalado A. MANGAS MARTÍN, abunda en la idea de que «este procedimiento es una excepción respecto al ordinario, en el sentido de que su utilización obedece a una etapa, a que es algo temporal, que debe evolucionar hacia el procedimiento de mayor participación democrática»⁴³. Desde luego, la práctica de los sucesivos Tratados de revisión apunta en esa dirección.

En segundo lugar, el artículo 48 (apartado 7) del TUE tampoco cubre la transformación de un procedimiento no legislativo en uno legislativo, ordinario o especial⁴⁴. Aunque, desde una perspectiva teórica, la posibilidad de facilitar semejante mutación resulte atractiva, no es posible obviar un dato sobre el que nos detendremos en el siguiente epígrafe, y es que la gran mayoría de los casos que han quedado al margen de los procedimientos legislativos no se prestan a una acción de tal naturaleza por parte de la UE. La certeza de que el transcurso del tiempo no cambiará el carácter de los poderes atribuidos a ésta quizá explique, al menos en parte, porqué esta evolución ha quedado al margen del artículo 48 (apartado 7) del TUE.

2.2.4. Consideraciones sustantivas tras la definición formal

Según venimos insistiendo, los Tratados acogen una definición de la noción de «acto legislativo» basada en criterios estrictamente formales. Pero esto, a nuestro juicio, es una pura apariencia, en el sentido de que la elección del tipo de procedimiento aplicable en cada base jurídica habría venido determinada, en lo fundamental, por consideraciones sustantivas. Expresado de otro modo, el elemento que, por lo general, habrían tenido en cuenta los negociadores del Tratado de Lisboa es

42. «La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas: una incógnita que condiciona el proceso de integración de la Unión», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, 2008, pp. 687-703, p. 692; *id.*, «Los procedimientos de reforma...», *op. cit.*, p. 25.

43. «Algunos aspectos del Derecho derivado...», *op. cit.*, p. 11.

44. Como ha apuntado M. DOUGAN, no podría usarse esta vía para reforzar el papel del Parlamento Europeo en la PESC, un ámbito en el que no interviene en la toma de decisiones («The Convention's Draft Constitutional Treaty: Bringing Europe Closer to Its Lawyers?», *European Law Review*, 2003, pp. 763-793, p. 772).

cuánto se presta el tema abordado en cada base jurídica para ser objeto de un tratamiento legislativo, porque, por ejemplo, deja espacio para las opciones políticas o afecta a los derechos fundamentales.

Cuando decimos el Tratado de Lisboa, nos referimos, en realidad, al Tratado Constitucional, ya que aquél se limitó a seguir la estela marcada por éste, sustituyendo las alusiones del Tratado Constitucional a la ley/ley marco europea por la previsión de un procedimiento legislativo y evitando calificar como «legislativos» los procedimientos decisorios descritos en disposiciones en las que aquél contemplaba la adopción de reglamentos o decisiones europeas.

La pregunta acerca de si existe alguna lógica detrás de la configuración como legislativos o no legislativos de los procedimientos decisorios en los actuales Tratados debe, por tanto, formularse en relación con el Tratado Constitucional.

2.2.4.1. *Lógica en la previsión/exclusión de actos legislativos en el Tratado Constitucional, heredada por el Tratado de Lisboa*

A juzgar por el *Informe final del Grupo IX 'Simplificación'*, que su Presidente, G. AMATO, presentó a los miembros de la Convención, sí habría habido un criterio a la hora de prever la actuación de la UE mediante instrumentos legislativo o no legislativos, según los casos. En dicho documento puede leerse:

«Por último, el Grupo llama la atención sobre el hecho de que en algunos casos las instituciones adoptan directamente, sobre la base del Tratado, actos que no son actos legislativos. Se trata en particular de:

- medidas de organización interna, por ejemplo los reglamentos internos de las instituciones o la fijación de las retribuciones, los complementos salariales y las pensiones de los miembros de la Comisión y del Tribunal de Justicia, o de la fijación de las condiciones de contratación y de las retribuciones, complementos salariales y pensiones de los miembros del Tribunal de Cuentas, etc.
- nombramientos, por ejemplo el nombramiento de los miembros del Comité Económico y Social o del Comité de las Regiones.
- casos en que las instituciones actúan como autoridad técnica, por ejemplo, las medidas que la Comisión adopta en el ámbito de la competencia y del control de las ayudas públicas, o determinadas funciones atribuidas al BCE.

- casos en que las instituciones ejercen funciones ejecutivas y desarrollan con detalle las opciones políticas ya expresadas en el Tratado en un ámbito determinado.

El Grupo sugiere que los actos de estas características que adopten las instituciones tengan la forma de decisión o de reglamento⁴⁵».

La doctrina, sin embargo, fue claramente crítica con los resultados del Tratado Constitucional en este punto, calificándolos de «rather arbitrary», «questionable», «not convincing», «not clear», «opportunistic» o, incluso, «a bit of a mockery⁴⁶». En opinión de muchos autores, la decisión no habría estado guiada por la sensibilidad de la materia de que se tratara, sino por el procedimiento. De modo que la opción a favor del reglamento o la decisión (en lugar de la ley o la ley marco) habría obedecido al deseo de excluir al Parlamento Europeo del *decision-making*. Su reproche era, pues, que no habrían sido la naturaleza de la competencia, la sensibilidad de tema o el margen de apreciación dejado a las instituciones los factores que habrían determinado el instrumento y, por ende, el procedimiento, sino exactamente lo contrario: el procedimiento habría sido el elemento condicionante de la elección del instrumento (evitando el empleo de leyes europeas o de leyes marco europeas en áreas en las que los Estados miembros, a través de su presencia en el Consejo, habían querido mantener el control⁴⁷).

Algunos añadían que la exclusión de ciertas materias del ámbito de la reserva de ley europea habría venido motivada asimismo por la intención de evitar el mayor escrutinio público y la participación de los Parlamentos nacionales, que llevaba aparejados esta figura⁴⁸.

45. CONV 424/02, de 29.11.2002, pp. 12-13.

46. J. BAST, «Legal Instruments...», *op. cit.*, pp. 393 y 394; *id.*, «New Categories of Acts...», *op. cit.*, pp. 896 y 898; A. VON BOGDANDY y J. BAST, «La loi européenne: promise and pretence», en D. CURTIN, A. E. KELLERMANN y S. BLOCKMANS (eds.), *The EU Constitution: The Best Way Forward?*, TMC Asser Press, 2005, pp. 171-179, pp. 178-179; M. DOUGAN, «The Convention's Draft Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 784; K. LENAERTS, «A Unified Set of Instruments», *European Constitutional Law Review*, 2005, pp. 57-61, p. 61; B. DE WITTE, «Legal Instruments and Law-Making...», *op. cit.*, p. 101.

47. K. LENAERTS y M. DESOMER, «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 744-765, p. 754; E. NIETO-GARRIDO e I. MARTIN DELGADO, *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart, 2007, p. 21.

48. J. BAST, «New Categories of Acts...», *op. cit.*, p. 897; *id.*, «Legal instruments...», *op. cit.*, p. 393.

La doctrina expresó, así, su asombro ante la exclusión de los actos legislativos de ámbitos concretos, como el Derecho de la competencia (artículo III-163), las ayudas públicas (artículo III-169), la cooperación administrativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo III-263), las reglas relativas a las lenguas de las instituciones de la UE (artículo III-433) o las que establecen los límites y las condiciones bajo las cuales el Banco Central Europeo puede imponer sanciones a las empresas (artículo III-190)⁴⁹. Sin adentrarse en detalles, J. B. LIISBERG, por su parte, manifestó también sus dudas acerca de si, a la inversa, todas las bases jurídicas concebidas como legislativas merecían realmente dicho tratamiento⁵⁰.

Este mismo autor mostró, de manera concienzuda, que apenas sí hubo debate sobre estas cuestiones en el seno de la Convención Europea o de la Conferencia intergubernamental que la siguió⁵¹.

Sin cuestionar este dato, lo cierto es que, en nuestra opinión, en términos generales el resultado se tenía en pie, al menos por lo que hace a las *actuaciones no legislativas*. Por supuesto había excepciones, pero, dejando a un lado el siempre particular ámbito de la PÉSC⁵², la elección de este de tipo de actuaciones se producía principalmente en cinco casos, en los que, creemos, la actividad legislativa no habría resultado (ni entonces ni ahora) apropiada⁵³:

49. J. BAST, «New Categories of Acts...», *op. cit.*, pp. 896-897; *id.*, «Legal Instruments...», *op. cit.*, p. 393; A. VON BOGDANDY y J. BAST, «La loi européenne...», *op. cit.*, p. 178; M. DOUGAN, «The Convention's Draft Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 784; K. LENAERTS, «A Unified Set...», *op. cit.*, p. 61; K. LENAERTS y M. DESOMER, «Towards a Hierarchy of Legal Acts...», *op. cit.*, p. 754; J. B. LIISBERG, «The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*, pp. 27-32; J. MONAR, «Transparency in the Exercise of Power in the 'Constitutionalized' Union: The Problem of Diffused Leadership and Responsibility», en D. CURTIN, A. E. KELLERMANN y S. BLOCKMANS, *The EU Constitution... op. cit.*, pp. 209-220, p. 211; B. DE WITTE, «Legal Instruments and Law-Making...», *op. cit.*, pp. 100-101; *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 6ª ed., 2011, p. 85.

50. «The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 27.

51. «The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*

52. La PÉSC era, por cierto, el único ámbito en el que la acción legislativa quedaba abiertamente descartada. El art. I-40 (apartado 6), titulado 'Disposiciones particulares relativas a la política exterior y de seguridad común', estipulaba *in fine*: «Las leyes y las leyes marco europeas no se utilizarán en esta materia». En las demás materias el rechazo a la actuación legislativa de la UE se efectuaba a través de la previsión de que las medidas susceptibles de ser adoptadas eran los reglamentos o las decisiones europeas.

53. Ofrecemos en nota a pie de página la referencia a los preceptos del TUE o del TFUE equivalentes a los artículos del Tratado Constitucional mencionados, a

- i) *decisiones relativas a situaciones muy concretas*: tales como la reacción a la solicitud de un Estado europeo de incorporarse a la UE (artículo I-58)⁵⁴, la decisión por la que se establece que Estados miembros «sometidos a una excepción» reúnen las condiciones necesarias y pueden acceder a la tercera fase de la UEM (artículo III-198.2⁵⁵) o las medidas provisionales aprobadas a favor de un Estados miembro enfrentado a un situación de emergencia como consecuencia de la afluencia masiva de nacionales de terceros países (artículo III-266.3⁵⁶);
- ii) *decisiones de procedimiento*: cabría mencionar aquí, como botón de muestra, la decisión de extender el procedimiento legislativo ordinario a ámbitos en los que, en principio, resultaba de aplicación un procedimiento legislativo especial (artículos III-210.3, III-234.2, III-269.3, III-422.2⁵⁷), la autorización para poner en marcha una cooperación reforzada (artículo III-419.1⁵⁸) o para permitir la incorporación de un nuevo Estado miembro que inicialmente había permanecido ajeno a ella (artículo III-420.1⁵⁹);
- iii) *decisiones institucionales*: pensemos en el nombramiento de los miembros de algunas instituciones (artículos III-348.2, III-357, III-385.2⁶⁰) o en la creación de ciertos comités u otras estructuras similares (artículos III-208, III-217, III-253⁶¹);
- iv) *decisiones para la aplicación de principios o prohibiciones contenidos en los Tratados o en otro lugar*: se pueden enunciar aquí las decisiones por las que se aplica la previsión de que las empresas públicas están sometidas a las reglas del Derecho de la competencia (artículo III-166.3⁶²), los reglamentos acerca de las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado que pueden quedar exentas del procedimiento de notificación generalmente previsto en este campo (artículo

título de ejemplo, en el texto principal, pues la consideraciones que siguen son extensibles al Tratado de Lisboa.

54. Hoy art. 49 del TUE.

55. Hoy art. 140.2 del TFUE.

56. Hoy art. 78.3 del TFUE.

57. Hoy, respectivamente, arts. 153.2, 192.2, 81.3 y 333.2 del TFUE.

58. Hoy art. 329.1 del TFUE.

59. Hoy art. 331.1 del TFUE.

60. Hoy, respectivamente, artículos 246, 255 y 286.2 del TFUE.

61. Hoy, respectivamente, artículos 150, 60 y 187-188 del TFUE.

62. Hoy art. 106.3 del TFUE.

lo III-168.4⁶³) o las medidas que garantizan la aplicación de la prohibición que pesa sobre los transportistas de no discriminar en razón del Estado miembro de origen o destino de los productos transportados (artículo III-240.3⁶⁴);

- v) *decisiones que no implican opciones políticas o son puramente técnicas*: así, las medidas de armonización de las denominaciones y las especificaciones técnicas de las monedas de euro (artículo III-186.2⁶⁵), aquellas por las que se establecen los procedimientos que seguirán los Estados para efectuar una evaluación objetiva de la aplicación por su parte de las políticas en la UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo III-260⁶⁶), o aquellas que fijan los métodos y procedimientos con arreglo a los cuales deberán ponerse a disposición de la Comisión los ingresos presupuestarios previstos y las reglas aplicables para hacer frente a las eventuales necesidades de tesorería (artículo III-412.2⁶⁷).

Hay, con todo, previsiones del Tratado Constitucional (y del Tratado de Lisboa) cuya configuración no legislativa no nos termina de encajar⁶⁸. Son dos los ámbitos en los que cabe echar particularmente de menos la previsión de una actuación legislativa de la UE: el Derecho de la competencia y las ayudas públicas.

Por lo que se refiere al primer sector, si bien las prohibiciones y, por tanto, la parte más importante de la regulación sustantiva, se contienen en los Tratados⁶⁹, a nadie se le escapa que la normativa aprobada por la UE *ex* artículo III-163 del Tratado Constitucional o artículo 103 del TFUE puede abordar temas susceptibles de un tratamiento legislativo, tales como la definición de las funciones respectivas de la

63. Hoy art. 108.4 del TFUE.

64. Hoy art. 95.3 del TFUE.

65. Hoy art. 128.2 del TFUE.

66. Hoy art. 70 del TFUE.

67. Hoy art. 322.2 del TFUE.

68. De todas formas, conviene no olvidar que antes del Tratado de Lisboa muchos autores criticaron que el procedimiento de codecisión se aplicara sin tomar en consideración la naturaleza y el contenido de los actos. V., en la doctrina más reciente, M. F. PORTINCASA, «The Extension of Ordinary Legislative Procedure and the Special Legislative Procedures», en M. DONY y L. S. ROSSI (eds.), *Démocratie, coherence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 37-58, pp. 38 y 41.

69. Arts. III-161 y III-162 del Tratado Constitucional; y, artículos 101 y 102 del TFUE.

Comisión y del TJUE en la aplicación de sus previsiones o la determinación de la relación entre el Derecho de la competencia de los Estados miembros y el de la UE.

Otro tanto cabe decir de ciertos aspectos de las ayudas de Estado: ¿acaso la decisión acerca de las categorías de ayudas públicas que escapan al procedimiento de notificación previsto en el artículo inmediatamente anterior no implica una opción política que bien podría contenerse en una ley (en el Tratado Constitucional⁷⁰) o resultar de un procedimiento legislativo (en el régimen de Lisboa⁷¹)?

Aunque por parte de la doctrina los tiros no hayan apuntado prácticamente en esa dirección, hemos de confesar que también nos suscita dudas la fundamentación del fenómeno contrario, esto es, la configuración de determinadas bases jurídicas como ámbitos de actuación legislativa de la UE. En primer lugar, ¿merecían y merecen el tratamiento legislativo que el Tratado Constitucional y Lisboa les dispensan sin excepciones los ámbitos de competencias complementarias de la Unión⁷²?

Tampoco terminamos de entender que el procedimiento aplicable a la aprobación del presupuesto anual de la UE merezca el tratamiento de procedimiento legislativo especial que le atribuye el artículo 314 del TFUE. Compartimos las reflexiones de A. MANGAS MARTÍN, cuando subraya el parecido del procedimiento presupuestario con el procedimiento legislativo ordinario por la paritaria participación del Parlamento Europeo que se da en él y su gran diferencia con respecto a los otros modelos de procedimientos especiales basados en el predominio de una institución sobre otra⁷³. Pero es que, además, como observaremos más adelante, no todas las consecuencias jurídicas vinculadas al carácter legislativo de las medidas de la UE son extensibles al presupuesto⁷⁴. Probablemente habría sido más correcto haber evitado la etiqueta de «procedimiento legislativo especial» y haber optado, en su

70. Art. III-369.

71. Art. 109 del TFUE.

72. V. la lista incluida en el art. 6 del TFUE de ámbitos en los que la UE dispone de competencias para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros y las correspondientes bases jurídicas (artículos 165 y 166 –educación, formación profesional, juventud y deporte–; 167 –cultura–; 168 –salud humana–; 173 –industria–; 195 –turismo–; 196 –protección civil–; y, 197 –cooperación administrativa–). Todas ellas prevén el procedimiento legislativo ordinario.

73. «Algunos aspectos del Derecho derivado...», *op. cit.*, p. 10.

74. V. *infra* epígrafe 3.10.

lugar, por reconocer en esta disposición los efectos (vinculados, por ejemplo, con la transparencia que ha de presidir su tramitación en el Consejo y el Parlamento Europeo) que los negociadores deseaban que operaran en esta sede.

2.2.4.2. *Reparto de poderes y configuración de la naturaleza legislativa/no legislativa de los actos*

En pura lógica, las consideraciones de reparto de poder horizontal (entre las instituciones de la UE) o vertical (entre ésta y los Estados miembros) no habrían tenido que influir (si es que lo hicieron) en la clasificación de las bases jurídicas como no legislativas cuando lo que los negociadores perseguían era evitar el reforzamiento de papel del Parlamento Europeo o mantener la unanimidad como regla de votación en el Consejo. La existencia de procedimientos legislativos especiales en los que el Parlamento puede intervenir simplemente a título consultivo y/o el Consejo se pronuncia por unanimidad bien habría permitido derivar hacia ese modelo de procedimiento legislativo aquellos casos.

Donde ya no existía una alternativa al procedimiento no legislativo era cuando los Estados no estaban dispuestos a conceder ni siquiera una función consultiva al Parlamento Europeo. A lo mejor esto es lo que explica que la regulación del régimen lingüístico de las instituciones de la UE se concibiera como una competencia no legislativa. En realidad, el procedimiento previsto en el actual 342 del TFUE es probablemente el más extremo de los contemplados para la aprobación de instrumentos de Derecho derivado: la decisión queda en manos del Consejo, que actúa totalmente en solitario (no hay propuesta de, ni consulta a otra institución) y por unanimidad.

Tampoco habría existido una alternativa (esta vez) al procedimiento legislativo cuando no se quería renunciar a la codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo. Aparentemente éste fue el motivo por el que en todos los ámbitos de competencias complementarias el Tratado Constitucional previó la posible aprobación por la UE de leyes o leyes marco europeas y el Tratado de Lisboa la vigencia del procedimiento legislativo ordinario⁷⁵.

75. V., en este sentido, T. BLANCHET, «Les instruments juridiques de l'Union et la rédaction des bases juridiques: situation actuelle et rationalisation dans la Constitution», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, pp. 329-343, p. 343.

2.2.4.3. Consideraciones sustantivas en la jurisprudencia del TJUE

La concepción de que los actos legislativos tienen un elemento material que los identifica está también presente en la jurisprudencia del TJUE relativa a los actos de ejecución.

Insistiendo en que compete al legislador establecer los elementos esenciales de la regulación de una materia (algo que ahora consagran expresamente los Tratados como límite al alcance de los actos delegados⁷⁶), el Tribunal ha proclamado recientemente que tienen tal carácter «las disposiciones cuya adopción hace necesarias *elecciones políticas comprendidas en las responsabilidades propias del legislador de la Unión*⁷⁷». En ese mismo pronunciamiento ha identificado dos circunstancias que requieren «elecciones políticas»: por un lado, la adopción de normas que implican «una ponderación de los intereses divergentes en liza sobre la base de apreciaciones múltiples»; por el otro, aquellas que «afectan de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que hace necesaria la intervención del legislador de la Unión⁷⁸».

2.2.4.4. Consideraciones sustantivas y artículos 203, 349 y 352 del TFUE

Estas consideraciones sustantivas son las que deben guiar la elección del legislador en el marco de las tres «hybrid Treaty provisions» (en palabras de J. BAST⁷⁹) que mencionábamos antes: el artículo 207 del TFUE, relativo a la asociación de países y territorios de ultramar; el artículo 349 del TFUE, sobre las regiones ultraperiféricas; y, el artículo 352 también del TFUE, que contiene la llamada «cláusula de flexibilidad». Estos preceptos, recordémoslo, contemplan, al mismo tiempo, un procedimiento legislativo y uno no legislativo; a veces, incluso, idénticos en su desarrollo (artículos 349 y 352 del TFUE).

Resulta evidente que la elección acerca de cuál de los dos procedimientos activar no puede depender del mero capricho de las instituciones implicadas en la toma de decisiones (contravendría el *rule of law*), ni tampoco venir determinada por los efectos que se derivan de la naturaleza de la medida que se pretende aprobar (los efectos son

76. Art. 290 del TFUE.

77. STJ de 5.9.2012, as. *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-355/10), f.j. 65; énfasis añadido.

78. Ff.jj. 76 y 77.

79. «New Categories of Acts...», *op. cit.*, p. 895.

consecuencias, no *prius*⁸⁰). La decisión sólo puede depender del contenido de aquélla. Una medida de alcance general, que, además, contenga las orientaciones fundamentales de la política de la UE o aborde un asunto sensible en términos de derechos humanos o encierre elecciones políticas tendrá que ser necesariamente legislativa y ése será el procedimiento que habrá de seguirse⁸¹.

Estamos convencidos de que, como en tantos otros ámbitos (pensemos, por ejemplo, en la elección de la base jurídica que corresponde a los actos de Derecho derivado o en la determinación de qué aspectos merecen la consideración de «elementos esenciales» a los efectos de la distinción entre el Derecho derivado y el Derecho terciario, abordada en el epígrafe anterior), el TJUE proclamará que la decisión acerca del procedimiento que corresponde activar en estos casos y, por consiguiente, del carácter del acto resultante no podrá depender exclusivamente de la apreciación del legislador, sino que deberá basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. A tales efectos, el contenido de la medida proyectada será determinante.

2.2.4.5. Exclusión de los actos legislativos de la PESC

La tesis de que la noción de «acto legislativo» encierra un contenido sustantivo ha sido planteada de manera muy convincente por P. EECKHOUT, en referencia a los actos de la PESC⁸².

Este autor defiende tal planteamiento a partir de la constatación de que, de no ser así, la exclusión de los actos legislativos de la PESC (proclamada en dos ocasiones por los Tratados⁸³) resultaría redundante, por cuanto se desprendería del propio procedimiento establecido para la adopción de decisiones en este campo, que el TUE no califica como legislativo, ni podría hacerlo, dada la exclusión del Parlamento

80. J. BAST tiene en cuenta dos de las consecuencias vinculadas al carácter legislativo (las relativas al escrutinio público) para conceder prioridad a la acción legislativa en las disposiciones mencionadas; en este sentido, estima que «it would require clear and convincing reasons for the Council to decide to avoid the legal regime of legislative acts. In any case these reasons must be stated in the act's preamble» («New Categories of Acts...», *op. cit.*, p. 895). Pero quizá a día de hoy, con la jurisprudencia *Inuit* en la mano, este planteamiento no resulte ya tan evidente; desde luego, desde la perspectiva del *ius standi* de los particulares, es más interesante la consideración de los actos como reglamentarios que como legislativos.

81. V. A. MANGAS MARTÍN, «Algunos aspectos del Derecho derivado...», *op. cit.*, pp. 6-7.

82. *EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2011, 2ª ed., pp. 478-483.

83. Arts. 24.1 y 31.1 del TUE.

Europeo. Fundándose en los principios democráticos de la UE y en el principio del *rule of law*, P. EECKHOUT concluye que «the exclusion of legislative acts for the conduct of the CFSP is to be understood as an exclusion of general normative action producing legal effects in relation to third parties»; una actuación semejante no sería aceptable, argumenta, en un ámbito en el que el Parlamento Europeo no tiene una voz directa y el TJUE tampoco puede controlar la legalidad de las medidas adoptadas.

La lectura que propone el profesor belga es más restrictiva que la que acoge el TJUE, pero se explica por las especificidades que presenta la PESD y en las que aquél basa precisamente su interpretación. En el resto de los sectores de actuación de la UE no sería posible pretender que en aquellos ámbitos que han quedado al margen de la acción legislativa de la Unión ésta no podrá aprobar medidas con efectos para terceros; no habría argumentos para ello.

3. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER LEGISLATIVO DE UN ACTO

El Tratado de Lisboa atribuye importantes consecuencias a la naturaleza legislativa o no legislativa de los actos de Derecho derivado⁸⁴. Esta es la razón por la que, según anticipamos desde un principio, determinar cuándo nos encontramos frente a un acto legislativo, lejos de ser un mero ejercicio teórico, es una cuestión de gran trascendencia práctico-jurídica.

Como han apuntado algunos autores, los términos «acto legislativo» o «capacidad legislativa» no constituyen una verdadera innovación, dado que estaban ya presentes en los Tratados desde la reforma de Ámsterdam. Estas nociones se podían encontrar, en particular, en el artículo 207 (apartado 3) del Tratado CE, en el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la UE, en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y en el Reglamento interno del Consejo. Todos estos precedentes se vinculaban principalmente con el escrutinio público, puesto que lo que perseguían era, por un lado, una mayor transparencia en el Consejo (tanto desde el punto de vista del acceso a sus documentos, como desde el punto de vista de la publicidad de algunos aspectos de sus deliberaciones) y, por el otro, posibilitar la implicación de los Parlamentos nacionales (enviando las propuestas de la Comisión con la suficiente

84. Insiste en ello R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la UE*, op. cit., pp. 85-87.

antelación al Consejo para que los Gobiernos pudieran remitirlas a las cámaras legislativa nacionales y estableciendo que desde la transmisión de las propuestas por parte de la Comisión hasta su inclusión en el orden del día del Consejo debían transcurrir al menos seis semanas).

Estas dos consecuencias siguen hoy estando presentes, pero a ellas el Tratado de Lisboa ha venido a añadir otras. Todas serán analizadas seguidamente.

Señalemos, con carácter previo, que, salvo el mecanismo de «tarjeta roja» (de aplicación únicamente en el marco del procedimiento legislativo ordinario), los restantes efectos se producen para los actos legislativos cualquiera que sea el tipo concreto de procedimiento legislativo del que resulten. Considerando que la elección entre un procedimiento legislativo ordinario y uno especial no responde a razones vinculadas con la materia (sino de reparto de poder), este tratamiento igualitario merece ser celebrado, al menos desde un óptica sustantiva.

Frente a este escenario y de manera ciertamente provocadora, A. H. TÜRK ha sugerido no extender las consecuencias jurídicas previstas para los actos legislativos a las medidas emanadas a través de un procedimiento legislativo especial que prevé la simple consulta al Parlamento Europeo, ya que, por la debilidad del papel que desempeña esta institución, no merecerían ser tratadas como legislativas⁸⁵. Sin llegar tan lejos, algo diremos nosotros en un sentido similar en sede de conclusiones⁸⁶.

3.1. MAYOR TRANSPARENCIA EN EL SENO DEL CONSEJO Y DEL PARLAMENTO EUROPEO

Según apuntábamos poco antes, fue el Tratado de Ámsterdam, de 1996, el primero en vincular la actuación legislativa del Consejo con la necesidad de introducir mayores dosis de transparencia en su funcionamiento. Los medios previstos para lograr dicha apertura fueron dos: el acceso del público a los documentos de esta institución; y, la publicidad de ciertos aspectos de sus deliberaciones, como eran los resultados de las votaciones, las explicaciones de voto y las declaraciones inscritas en el acta, que escapaban así a la regla general del secreto. En

85. «Lawmaking after Lisbon», en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon, op. cit.*, pp. 62-84, pp. 69 y 71-73 (de manera similar en «The Concept of 'Legislative Act' in the Constitutional Treaty», *German Law Journal*, vol. 6, pp. 1555-1570, pp. 1561-1565).

86. V. epígrafe 4.

ambos supuestos se dejaba en manos del Consejo determinar los casos en que debía considerarse que actuaba en su capacidad legislativa. El artículo 207 (apartado 3, párrafo 2º) del Tratado CE disponía, más exactamente:

«A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 255 [en virtud del cual el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión incluirían en sus respectivos reglamentos internos disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos], el Consejo fijará en dicho reglamento las condiciones en las que el público tendrá acceso a los documentos del Consejo. A efectos del presente apartado, *el Consejo definirá los casos en los que deba considerarse que actúa en su capacidad legislativa a fin de permitir un mayor acceso a los documentos en esos casos, sin menoscabo de la eficacia de su proceso de toma de decisiones. En cualquier caso, cuando el Consejo actúe en su capacidad legislativa, se harán públicos los resultados de las votaciones y las explicaciones de voto, así como las declaraciones en el acta*⁸⁷».

El Tratado de Lisboa ha seguido conectando el carácter legislativo de la actuación del Consejo con la transparencia, con dos diferencias notables con respecto al régimen anterior. Por un lado, la determinación del carácter legislativo de su actuación ya no se confía al Consejo, sino que ahora, como bien sabemos, viene determinada por los Tratados. Si se compara la definición que hoy establecen éstos con la que venía manejando el Consejo en su Reglamento interno, sorprende descubrir que la actual es más limitada. Y es que el Consejo había acogido una definición realmente amplia, de acuerdo con la cual toda deliberación conducente a la adopción de un acto vinculante en o para los Estados miembros merecía el marchamo de actuación legislativa, sin importar el procedimiento del que hubiese resultado⁸⁸. Sin dejar de la-

87. Énfasis todos añadidos.

88. Según el Reglamento interno del Consejo (artículo 6 del Reglamento de 1999 – *Decisión 1999/385*– y artículos 7 de los Reglamentos de 2000, 2002, 2004 y 2006 –*Decisiones 2000/396, 2002/682, 2004/338 y 2006/683*–):

«El Consejo actúan en su capacidad legislativa según lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 207 del Tratado CE cuando adopta normas jurídicamente vinculantes en o para los Estados miembros, mediante reglamentos, directivas, decisiones marco o decisiones, con arreglo a las disposiciones correspondientes de los Tratados, con excepción de las deliberaciones que conduzcan a la adopción de medidas de orden interno, actos administrativos o presupuestarios, actos relativos a las relaciones interinstitucionales o internacionales, o actos no vinculantes (tales como conclusiones, recomendaciones o resoluciones)».

mentar el retroceso que, de este modo, se ha producido en términos de transparencia, aporta cierto consuelo recordar que los supuestos comprendidos en la definición actual son básicamente aquellos en los que el Consejo puede llevar a cabo verdaderas opciones legislativas (es ahí donde el escrutinio público resulta especialmente necesario) y saber que el Consejo ha mantenido, por voluntad propia, la publicidad de aquellas actuaciones que antes cabía calificar de legislativas y hoy han perdido este adjetivo. En esto último nos detendremos un poco más adelante, en este mismo epígrafe.

El segundo cambio reseñable con respecto a la situación anterior a Lisboa es que los instrumentos para la apertura contemplados ya no son el acceso del público a los documentos y la publicidad de ciertos aspectos de las deliberaciones, sino el acceso del público a los documentos y la publicidad de las reuniones del Consejo. El carácter público de las sesiones del Consejo se había venido contemplando, desde 2002, en su Reglamento interno (por lo que su reconocimiento estaba al albur de dicha institución) y se preveía, fundamentalmente, para ciertas deliberaciones sobre actos legislativos que debían adoptarse por codecisión⁸⁹. El artículo 16 (apartado 8) del TUE y el artículo 15 (apartado 2) del TFUE, que lo reitera, no establecen hoy limitaciones, ni en relación con las deliberaciones, ni en relación con el procedimiento que haya alumbrado el acto legislativo; según se lee en la primera de estas disposiciones:

«El Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo (...)»⁹⁰.

La apertura al público de las sesiones lleva aparejada la publicidad de los documentos presentados al Consejo cuando haya de deliberar y votar sobre un proyecto de acto legislativo, así como de los elementos

Obsérvese que, exceptuando la referida a los actos presupuestarios (que hoy serían legislativos), las demás excepciones mencionadas en esta definición seguirían sin merecer en la actualidad el apelativo de actuaciones legislativas.

89. V. art. 8 de los Reglamentos internos del Consejo de 2002, 2004 y 2006 (*cit. supra*). Para un comentario, v. C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «La transparencia en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005, pp. 169-193, pp. 185-187.

90. El art. 15 (apartado 2) del TFUE retoma la misma idea:
«Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo».
El art. 5 (apartado 1) del Reglamento interno del Consejo actualmente vigente (*Decisión 2009/937*) insiste una tercera vez:
«El Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. En los demás casos, las sesiones del Consejo no serán públicas salvo en los casos considerados en el art. 8».

del acta que se refieran a esa parte del orden del día⁹¹. Se dan a conocer, de este modo, los resultados de las votaciones, las explicaciones de voto y las declaraciones inscritas en el acta, que eran los aspectos de las deliberaciones cuya publicidad, como hemos comprobado, venía contemplando el Tratado CE desde el Tratado de Ámsterdam cuando el Consejo operara en el ejercicio de su capacidad legislativa.

La extensión de la publicidad de las reuniones del Consejo a todas las deliberaciones legislativas (completada por la previsión de su Reglamento interno, según la cual serán también públicas las primeras deliberaciones del Consejo sobre propuestas no legislativas importantes⁹²) se enfrenta a la proliferación de los llamados «trílogos» o «triálogos», esos diálogos informales a tres bandas mantenidos entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, que permiten que los procedimientos decisorios se desenvuelvan con una enorme agilidad, pero que, como ha denunciado P. CRAIG, escapan a las reglas de las reuniones más formalizadas (incluidas las relativas a su apertura al público⁹³).

Hay un último aspecto en relación con la publicidad de las actuaciones legislativas que quisiéramos mencionar y que tiene que ver con la segunda vía prevista en los Tratados para favorecer la apertura al pú-

91. Art. 7 (apartado 2) del Reglamento interno del Consejo.

92. Art. 8 (apartado 1) del Reglamento interno del Consejo, que acoge los supuestos de actuaciones que, bajo los Reglamentos anteriores, eran consideradas legislativas. Mientras que con anterioridad el Reglamento disponía: «Será pública la primera deliberación del Consejo sobre nuevas propuestas legislativas importantes aunque no hayan de adoptarse por el procedimiento de codecisión» (v., *ad exemplum*, art. 8.2 de la *Decisión 2006/683*), en la actualidad el art. 8.1 del Reglamento de 2009 declara: «Cuando se someta al Consejo una propuesta no legislativa relativa a la adopción de normas jurídicamente vinculantes en los Estados miembros o para los Estados miembros, mediante reglamentos, directivas o decisiones con arreglo a las disposiciones correspondientes de los Tratados, con excepción de medidas de orden interno, actos administrativos o presupuestarios, actos sobre relaciones interinstitucionales o internacionales, o actos no vinculantes (como conclusiones, recomendaciones o resoluciones) será pública la primera deliberación del Consejo sobre nuevas propuestas importantes. (...)». Se corrige así la limitación de la noción de actuación legislativa del Consejo a la que antes hacíamos mención en el texto principal (en este mismo sentido, v. J. B. LIISBERG, «The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*, pp. 34-35).

93. V. P. CRAIG, *The Lisbon Treaty...*, *op. cit.*, p. 39. A propósito de los «trílogos», v., especialmente, M. GÓMEZ-LEAL PÉREZ, «Le Parlement en tant que co-législateur: l'évolution de la pratique institutionnelle», *Revue des Affaires Européennes*, 2012, núm. 1, pp. 17-41; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 174-176; y, D. TOSHKOV y A. RASMUSSEN, «Time to Decide: The Effect of Early Agreements on Legislative Duration in the EU», *European Integration online Papers*, vol. 16, 2012, 20 pp.

blico de las instituciones de la UE: el acceso a los documentos. Mientras que el Tratado de Ámsterdam declaraba que en los casos en los que el Consejo actuara en su capacidad legislativa permitiría «un mayor acceso a los documentos⁹⁴», el Tratado de Lisboa utiliza un lenguaje más incisivo, al disponer que «[e]l Parlamento Europeo y el Consejo *garantizarán la publicidad* de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo⁹⁵». No obstante, este cambio en la literalidad de los Tratados no ha tenido una traducción práctica: la normativa reguladora de esta materia no ha experimentado cambio alguno⁹⁶.

3.2. IMPLICACIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN LA SUPERVISIÓN POLÍTICA DE LA SUBSIDIARIEDAD: EL «SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA»

El Tratado de Lisboa ha venido a reforzar el papel de los Parlamentos nacionales con respecto a los actos legislativos a través del denominado «sistema de alerta temprana⁹⁷». No se trata ya sólo de que las propuestas legislativas de la Comisión se remitan al Gobierno de cada Estados miembro con la suficiente antelación para que éste «pueda velar por que su Parlamento nacional las reciba convenientemente» y de que tenga que transcurrir un determinado tiempo entre el momento en que la Comisión transmita al Consejo una propuesta legislativa hasta su tratamiento en el seno de esta institución⁹⁸, sino que los Parlamentos nacionales (que recibirán directamente de su autor los proyectos de actos legislativos) pueden ahora entrar a enjuiciar su conformidad con el principio de subsidiariedad, dando traslado de su opinión, también directamente, a dicho autor. La participación de los Parlamentos nacionales en el control político de la conformidad de una iniciativa legislativa con el principio de subsidiariedad se explica

94. Art. 207 (apartado 3) del Tratado CE.

95. Énfasis añadido.

96. *Reglamento 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DOUE, núm. L 145, de 31.5.2001).*

97. J. B. LIISBERG ha reclamado la extensión del ámbito de aplicación de este nuevo mecanismo a los actos delegados en consideración a su naturaleza materialmente legislativa («The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 36). Al respecto, v. G. GARZÓN CLARIANA, «Los actos delegados en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 721-759, pp. 751-753.

98. *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, en su versión anterior al Tratado de Lisboa.

por la *preemption* que la actuación de la UE provocaría y que supondría el desplazamiento, entre otras instancias, de los Parlamentos nacionales, que no podrían ya legislar sobre esas materias (salvo en ejecución del Derecho de la UE⁹⁹). Siendo así, parece lógico que éstos tengan la posibilidad objetar dicha actuación si consideran que no se dan las condiciones de las que depende el ejercicio por parte de la UE de sus competencias compartidas. Como ha escrito L. S. ROSSI, «the control on subsidiarity has now been conferred on the sole subjects –the national parliaments– which have the real interest in using it¹⁰⁰». Todo ello sin perjuicio de que pueda haber materias objeto de un tratamiento legislativo en los Estados miembros que no tengan la consideración de legislativas a efectos de la UE.

No pretendemos describir en esta sede el funcionamiento del «sistema de alerta temprana», sobre el que, por lo demás, tanto ya se ha escrito¹⁰¹. Nuestra intención es destacar algún aspecto de particular relevancia a nuestros efectos.

-
99. A. CYGAN ha destacado que la posición del Parlamento Europeo, por un lado, y la de los Parlamentos nacionales, por el otro, es fácil que sean divergentes. Sería extraño que aquél, que ha visto reforzados notablemente sus poderes legislativos en el seno de la UE, aceptara renunciar a ellos, compartiendo con las Cámaras nacionales una interpretación extensiva de la subsidiariedad («‘Collective’ Subsidiarity Monitoring by National Parliaments after Lisbon: The Operation of the Early Warning Mechanism», en M. TRYBUS y L. RUBINI, eds., *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, EE, 2012, p. 55-73, p. 69).
100. «Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation Competences between EU and Member States?», en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, op. cit., pp. 85-106, p. 97.
101. Entre otros, C. ARES CASTRO-CONDE, «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 136, 2007, pp. 213-250; E. ÁLVAREZ CONDE y A. LÓPEZ DE LOS MOZOS-MADROÑERO, «Los parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana», *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, pp. 149-188; Ph. KIIVER, *The Early Warning System for The Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge, 2012; J. LASO PÉREZ, «Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad», en F. ALDECOA, L. N. GONZÁLEZ ALONSO y M. GUZMÁN ZAPATER (coords.), *La Presidencia española de la Unión Europea de 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, núm. 38, 2009, pp. 81-97; A. MANGAS MARTÍN, «El control del principio de subsidiariedad», en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, BOE, 2005, pp. 53-79; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y L. ORTIZ BLANCO (eds.), *The Role of National Parliaments in the European Union*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2010; P. SCHMIDT, *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty*, Comisión Europea, 2013; M. SOBRIDO PRIETO, «El mecanismo

Lo primero que habría que resaltar es que se aplica de manera casi exclusiva con respecto a los proyectos de actos legislativos. La única excepción a la regla serían las propuestas de la Comisión en el marco del artículo 352 del TFUE, que, tengan o no carácter legislativo (ya hemos visto que esta disposición pueda alumbrar actos de una u otra naturaleza), deberán someterse al escrutinio de los Parlamentos nacionales por esta vía. De nuevo, dado el alcance de este precepto, que permite la actuación de la UE en ámbitos materiales para los que no cuenta con una competencia *ad hoc* reconocida, parece que tiene todo el sentido que las Cámaras legislativas de los Estados miembros se pronuncien sobre la conformidad de las propuestas de la Comisión *ex* artículo 352 del TFUE con el principio de subsidiariedad¹⁰².

Las Cámaras nacionales no tienen un papel constructivo, que les permita opinar sobre la sustancia del proyecto que reciben y sugerir modificaciones. Su función es estrictamente negativa, en el sentido de que sólo se les permite criticar los proyectos que les llegan, reprochándoles su falta de conformidad con el principio de subsidiariedad. Se trata, no lo olvidemos, de evitar la «ocupación del campo» cuando no haya motivos para ello.

Así como la decisión acerca de si configurar la competencia de la UE como legislativa o no legislativa pudo estar inspirada por factores sustantivos¹⁰³, la opción, en el primer caso, entre el procedimiento legislativo ordinario y un procedimiento legislativo especial parece claro que dependió, en gran medida, de elementos extra-jurídicos (en particular, del papel que los Estados estuvieron dispuestos a reconocer

de alerta en el Tratado de Lisboa», en A. OLESTI RAYO (coord.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autònomic, 2010, pp. 31-56. A propósito de la aplicación en nuestro país de este mecanismo, v. E. ARANDA HERNÁNDEZ, «La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013, pp. 101-153; y, M. PALOMARES AMAT, «La participación del Parlamento de Cataluña en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 19-58.

102. Pese a que, en un primer momento, S.WEATHERILL argumentara que la intervención de los Parlamentos nacionales no se vinculaba con el principio de subsidiariedad, sino que éstos debían comprobar que concurrían las condiciones para la aplicación del art. 352 del TFUE («Competence Creep and Competence Control», *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 1-55, p. 52), hoy parece claro que el papel de las Cámaras legislativas se limita, también en el marco de esta disposición, a la supervisión de la subsidiariedad.

103. V. *supra* epígrafes 2.2.4.1 y 2.2.4.2.

al Parlamento Europeo)¹⁰⁴. En estas condiciones, no creemos que esté justificada, por razón de la materia, la distinción entre los denominados mecanismos de «tarjeta amarilla» y «tarjeta roja», aplicable este último en el marco del procedimiento legislativo ordinario y que permite al Consejo y al Parlamento Europeo desestimar unilateralmente la propuesta de la Comisión cuando la consideren incompatible con el principio de subsidiariedad¹⁰⁵.

Dado que antes hemos aludido a los «trílogos» mantenidos por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, para manifestar que afectaban negativamente a la transparencia, ahora nos corresponde reconocerles una virtud por lo que se refiere a la implicación de los Parlamentos nacionales en la supervisión del principio de subsidiariedad. Y es que la rápida consecución de un acuerdo entre las instituciones implicadas en la toma de decisiones (lo normal es que el procedimiento legislativo ordinario se sustancie en primera lectura) hace que, por lo general, la propuesta legislativa de la Comisión sobre la que se pronunciaron las Cámaras de los Estados miembros se convierta en el acto finalmente adoptado. De este modo, las preocupaciones por que los Parlamentos nacionales opinen sobre un proyecto que posteriormente, a lo largo del procedimiento, experimenta

104. Escaparían a esta apreciación los materias en las que se contempló un procedimiento legislativo especial que confía el poder decisorio al Parlamento Europeo, todas ellas vinculadas con el funcionamiento de esta institución y en las que la codecisión no parecía, desde un punto de vista sustantivo, oportuna (artículo 223.2 del TFUE, sobre el estatuto y las condiciones generales de ejercicio de sus funciones por parte de los miembros del Parlamento Europeo; 226 del TFUE, acerca de las modalidades de ejercicio del derecho de investigación; y, 228.4 del TFUE, relativo al Estatuto y las condiciones de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo).

105. Art. 7 (apartado 3) del *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, que constituye una aportación del Tratado de Lisboa con respecto al Tratado Constitucional. Para una dura crítica a la posibilidad de que los colegisladores puedan vetar la propuesta de la Comisión, v. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en *id.* (coord.), *El Tratado de Lisboa...*, *op. cit.*, pp. 273-294, pp. 287-288.

Evidentemente, si el mecanismo de «tarjeta roja» se extendiera a los supuestos en que opera un procedimiento legislativo especial, la posibilidad de desestimar la propuesta de la Comisión, caso de que ésta decidiera mantenerla, se circunscribiría a la institución (Consejo o Parlamento Europeo) titular del poder decisorio (*cf.* J. LASO PÉREZ, «Parlamentos nacionales...», *op. cit.*, p. 92).

cambios¹⁰⁶ no deberían ser demasiado graves (aunque no cabe negarles su fundamentación)¹⁰⁷.

3.3. PARTICIPACIÓN DEL COMITÉ DE LAS REGIONES EN EL CONTROL JUDICIAL DE LA SUBSIDIARIEDAD

Continuando con el control del respeto del principio de subsidiariedad, conviene apuntar, más someramente, que el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* reconoce al Comité de las Regiones legitimación para interponer un recurso de anulación por violación del primero de estos principios, pero sólo contra los actos legislativos para cuya adopción tuvo que ser consultado. A tenor del artículo 8 (párrafo 2º) del citado Protocolo:

«De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo [artículo 263 del TFUE], el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra *actos legislativos* para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta¹⁰⁸».

Estamos ante otra aportación del Tratado de Lisboa, que engarza con la previsión según la cual en la apreciación del llamado «test de la subsidiariedad», de cuya superación depende la puesta en práctica por la UE de sus competencias compartidas, habrá que considerar que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados por los Estados miembros «ni a nivel central ni a nivel regional o local¹⁰⁹». El Comité de las Regiones, integrado por representantes de los entes regionales y locales¹¹⁰, podrá así activar el control judicial del respeto del citado principio, obviando las reglas de las que, en el régimen ge-

106. M. DOUGAN, «The Convention's Draft Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 768. Sobre la modificación de la propuesta y su articulación en el sistema de alerta temprana, v. E. ARANDA ÁLVAREZ, «La alerta temprana en el procedimiento legislativo...», *op. cit.*, pp. 121-122.

107. Para una valoración negativa de la incidencia de los «trílogos» en el papel de los Parlamentos nacionales a través del sistema de alerta temprana, v. R. CORBETT, «The Evolving Roles of the European Parliament and of National Parliaments», en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, *op. cit.*, pp. 248-261, p. 260.

108. Énfasis añadido. Sobre la opinión del Comité de las Regiones acerca de esta nueva previsión, v. A. BIONDI, «Subsidiarity in the Courtroom», en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, *op. cit.*, pp. 213-227, p. 222.

109. Art. 5 (apartado 3, párrafo 1º) del TUE; énfasis añadido.

110. Art. 300 (apartado 3) del TFUE.

neral, depende su *ius standi* ante el TJUE en el marco del recurso de anulación¹¹¹.

La limitación del objeto del recurso a los actos para cuya aprobación fue preceptivo recabar su dictamen puede explicarse por el hecho de que esta circunstancia se produce en aquellas materias en las que los entes infraestatales tienen, en general, atribuidas competencias en los distintos Estados miembros y, en las que, por tanto, tienen un especial interés para velar por el respeto del principio que nos ocupa. Por su parte, la referencia al carácter legislativo de tales actos es casi gratuita, ya que, salvo una (artículo 148 del TFUE, sobre las orientaciones en materia de política de empleo), todas las demás bases jurídicas que prescriben la consulta al Comité de las Regiones, lo hacen en el marco del procedimiento legislativo ordinario.

3.4. LIMITADA LEGITIMACIÓN DE LOS PARTICULARES PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Como es bien sabido, el Tratado de Lisboa modificó en varios aspectos la regulación del recurso de anulación. En lo relativo al *ius standi* de los particulares, quiso resolver el problema en términos de tutela judicial efectiva que, lo reconociera o no el TJUE, se había puesto de manifiesto en los asuntos *Jégo-Quééré* y *Unión de Pequeños Agricultores*¹¹².

111. Recordemos que, de acuerdo con el art. 263 (párrafo 3º) del TFUE, el Comité de las Regiones puede interponer recurso de anulación para actuar en defensa de sus prerrogativas. El reconocimiento de un *ius standi* al Comité de las Regiones para activar esta vía de acceso al TJUE, en las condiciones generales y particulares que hemos visto, supone, como ha observado P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «el fin de la igualdad» que tradicionalmente había existido entre este órgano y el Comité Económico y Social («El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, coord., *El Tratado de Lisboa...*, op. cit., pp. 205-225, p. 218). Sobre la negativa a atender la reivindicación del Comité de las Regiones de contar con un derecho de acceso al TJUE para denunciar posibles violaciones del principio de subsidiariedad en anteriores Conferencias intergubernamentales, v. M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones», *ibid.*, p. 299-301.

112. Para el asunto *Jégo-Quééré*, v. STPI de 3.5.2002, T-177/01; y STJ de 1.4.2004, C-263/02 P. En cuanto a *Unión de Pequeños Agricultores*, v. STJ de 25.7.2002, C-50/00P; y conclusiones del Abogado General F. JACOBS presentadas el 21.3.2002. Este último ha llamado la atención sobre el hecho de que los cambios en el tema analizado se produjeron pese a que durante los trabajos de la Convención Europea el TJUE había manifestado que no los consideraba necesarios: «The saga is perhaps unique in the history of the European Com-

De conformidad con el artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE, los particulares pueden ahora impugnar ante el TJUE: (i) las decisiones de las que sean destinatarios, (ii) los actos reglamentarios *self-executing* que les afecten directamente, y, (iii) los restantes tipos de actos en la medida en que les afecten de manera directa e individual¹¹³.

En estas condiciones, la posición de las personas físicas o jurídicas frente a los actos legislativos en el marco del recurso de anulación está en función de si éstos quedan o no comprendidos dentro de la noción de «acto reglamentario». De estarlo, habría que distinguir según sean *self-executing* (entrarían en la situación (ii) y, por tanto, la legitimación de los particulares dependería sólo de su afectación directa) o *non self-executing* (pertencerían, entonces, al supuesto (iii) y se exigiría la concurrencia en los particulares del doble requisito de la afectación directa e individual). Si, por el contrario, el concepto de «acto reglamentario» no abarcara los actos legislativos, éstos caerían indefectiblemente dentro de la situación (iii).

Los Tratados no brindan una definición del concepto de «acto reglamentario», introducido por el Tratado de Lisboa y usado sólo en el marco del artículo 263 del TFUE¹¹⁴. Era, pues, previsible que, más pronto que tarde, el TJUE tendría que interpretar esta noción. Antes de que hubiesen transcurrido dos años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal General emitió su primer y muy esperado pronunciamiento¹¹⁵, que fue seguido, poco después, por otro, en el que se refería, de manera bastante audaz, a «la jurisprudencia», en alusión a su previa (¡y única!) resolución¹¹⁶.

Sobre la base de una interpretación literal, histórica y teleológica del párrafo 4º del artículo 263 del TFUE, el Tribunal General vino a concluir que el concepto de «acto reglamentario» allí empleado «incluye cualquier acto de alcance general a excepción de los actos legislativos¹¹⁷».

munity», escribe este autor, «in that the Court's view was overridden» («The Lisbon Treaty and the Court of Justice», en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY, eds., *EU Law after Lisbon*, op. cit., pp. 197-212, p. 200).

113. El tenor literal de esta disposición es:

«Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

114. El Tratado de Lisboa siguió aquí al pie de la letra las previsiones del Tratado Constitucional (art. III-365, apartado 4).

115. Auto TG de 6.9.2011, as. *Inuit* (T-18/10).

116. STG de 25.10.2011, as. *Microban* (T-262/10), f.j. 21.

117. Auto, as. *Inuit*, cit., f.j. 56; y, STG, as. *Microban*, cit., f.j. 21.

Dicha interpretación, que define los actos reglamentarios en función de una característica positiva (su alcance general) y una característica negativa (no constituyen actos legislativos), ha sido recientemente convalidada por el TJ¹¹⁸.

Entrar en este momento en detalles nos desviaría de nuestro propósito principal, pero sí queremos subrayar que, al construir el TJUE la noción de «acto reglamentario» por oposición a la noción de «acto legislativo», ha generado una nueva consecuencia vinculada a la naturaleza jurídica de los actos de Derecho derivado. En efecto, frente a una medida legislativa, los particulares sólo podrán presentar recurso de anulación ante el TJUE si demuestran su afectación directa e individual; frente a una medida reglamentaria, habrá que ver, antes que nada, si reclama o no medidas de ejecución, pues si no lo hace la legitimación de los particulares depende sólo de su afectación directa, mientras que si lo hace, los requisitos vuelven a ser los de la afectación directa e individual.

Si el TJUE hubiese seguido la interpretación sugerida por muchos comentaristas, según la cual la noción de «acto reglamentario» incluye todo acto de alcance general, sea o no legislativo¹¹⁹, la naturaleza legislativa habría sido irrelevante: cualquier medida normativa que no conllevara medidas de ejecución habría recibido el mismo tratamiento desde el punto de vista del *ius standi* de los particulares.

3.5. PRESUNCIÓN A FAVOR DEL PODER DE INICIATIVA DE LA COMISIÓN

Los actos legislativos se adoptan, en principio, a partir de una propuesta de la Comisión. El artículo 17 (apartado 2) del TUE es claro al disponer:

«Los *actos legislativos* de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. (...)»¹²⁰.

118. STJ de 3.10.2013, as. *Inuit*, C-583/11 P, ff.jj. 50-61. La Abogado General J. KOKOTT consideró también que el Tribunal General había interpretado correctamente la expresión «acto reglamentario» (Conclusiones presentadas el 17.1.2013, punto 47).

119. J. BAST, «New Categories of Acts...», *op. cit.*, pp. 904-907; M. DOUGAN, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts», *Common Market Law Review*, 2008, pp. 617-703, pp. 677-679; o, F. JACOBS, «The Lisbon Treaty and the Court of Justice», *op. cit.*, p. 201.

120. Énfasis añadido.

Esta previsión general excluye la necesidad de que los Tratados establezcan en cada caso qué institución iniciará el proceso decisorio. Si un procedimiento legislativo resulta de aplicación y la base jurídica omite toda referencia a este aspecto particular, corresponderá a la Comisión la tarea de presentar la propuesta. A la luz de esta disposición, la mayoría de los preceptos que prevén la aplicación de un procedimiento legislativo (ordinario o especial) no mencionan el órgano del que ha de provenir la iniciativa. De hecho, sólo lo especifican en los casos excepcionales, cuando la iniciativa no pertenece a la Comisión. El artículo 17.2 del TUE ya anticipa esta circunstancia («excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa», dice); el artículo 289 (apartado 4) del TFUE entra en más detalles:

«En los casos específicos previstos por los Tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones».

Como ha advertido la doctrina, a diferencia de cuanto acontece con los actos legislativos, no existe una presunción general de que los actos no legislativos hayan de ser adoptados a propuesta de la Comisión o de alguna otra entidad. Cada base jurídica tiene, por tanto, que identificar, caso por caso, la institución o el órgano facultado para presentar una iniciativa de cara a la aprobación de un acto de estas características¹²¹.

3.6. POSIBLE ATRIBUCIÓN A LA COMISIÓN DE UN PODER NORMATIVO DELEGADO: LOS ACTOS DELEGADOS

Siguiendo con los efectos derivados del carácter legislativo de un acto, hay que referir que sólo los actos legislativos pueden dar lugar a actos delegados. El artículo 290 del TFUE empieza precisamente subrayando esta circunstancia:

«Un *acto legislativo* podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del *acto legislativo*¹²²».

121. *Wyatt and Dashwood's European Union Law, op. cit.*, p. 84.

122. Énfasis añadidos.

La referencia al «acto legislativo» del que traen causa los actos delegados se repite con cierta insistencia a lo largo del precepto: «los actos legislativos delimitarán de forma expresa los objetivos, (...)», «la regulación de los elementos esenciales de un ámbito estará reservada al acto legislativo», «los actos legislativos fijarán de forma expresa las condiciones a las que estará sujeta la delegación», «el acto delegado no podrá entrar en vigor si el Parlamento Europeo o el Consejo han formulado objeciones en el plazo fijado en el acto legislativo».

La figura de los actos delegados es otra «novedad» del Tratado de Lisboa. Con ellos se pretende aunar la legitimidad democrática (resultante de la participación del Parlamento Europeo en la adopción del acto legislativo, que contiene los elementos esenciales de la regulación) con la flexibilidad y la eficacia (derivada de la atribución a la Comisión del poder de adoptar, en solitario y, por ende, de manera más ágil, actos que completen o modifiquen los elementos no esenciales del acto legislativo¹²³).

Se trata, en este caso, de una novedad relativa, pues, antes de Lisboa, el poder de ejecución normativa de la Comisión incluía la posibilidad de que ésta, sometida al «procedimiento de reglamentación con control» de la comitología, pudiese adoptar actos de alcance general que tuviesen por objeto modificar los elementos igualmente no esenciales de un acto adoptado por codecisión o completarlo mediante la adición de nuevos elementos no esenciales¹²⁴. La aportación del

-
123. Sobre la figura de los actos delegados, monográficamente, v.: C. BLUMANN, «À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les 'nouveaux' actes délégués», en *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 127-144; Th. CHRISTIANSEN y M. DOBBELS, «Non-Legislative Rule-Making after the Lisbon Treaty: Implementing the New System of Comitology and Delegated Acts», *European Law Journal*, 2013, pp. 42-56; P. CRAIG, «Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation», *European Law Review*, 2011, pp. 671-687; B. DRIESSEN, «Delegated Legislation after the Treaty of Lisbon: An Analysis of Article 290 TFEU», *European Law Review*, 2010-6, pp. 837-848; G. GARZÓN CLARIANA, «Los actos delegados...», *op. cit.*; H. HOFMANN, «Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality», *European Law Journal*, 2009, pp. 482-505; P. PONZANO, «'Executive' and 'Delegated' Acts: The Situation after the Lisbon Treaty», en S. GRILLER y J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty...*, *op. cit.*, pp. 135-141; S. PEERS y M. COSTA, «Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon», *European Law Journal*, 2012, pp. 427-460; y, Z. XHAFERRI, «Delegated Acts, Implementing Acts, and Institutional Balance Implications Post-Lisbon», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, núm. 4, pp. 557-575.
124. Art. 1 de la Decisión 2006/512 (DOUE, núm. L 200, de 22.7.2006), que modificó la Decisión 1999/468 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión («comitología») (DOUE, núm. L 184, de 17.7.1999).

Tratado de Lisboa (presente en el Tratado Constitucional¹²⁵) consistió, precisamente, en separar este aspecto de la facultad de ejecución de la Comisión (que fue llevado al concepto de «actos delegados», del artículo 290 del TFUE¹²⁶) del otro aspecto consistente en aplicar o ejecutar a escala de la UE un acto vinculante, detallando o precisando el régimen establecido en el acto de base (que se mantuvo dentro de la noción de «acto de ejecución», del artículo 291 del TFUE).

En la medida en que son los titulares del poder legislativo (Consejo y Parlamento Europeo) quienes, renunciando a la exhaustividad en la regulación, delegan en la Comisión la adopción de medidas cuasilegislativas, que completan o modifican elementos no esenciales del acto legislativo¹²⁷, son también ellos quienes establecen las condiciones a las que queda sujeta la delegación (objetivos, contenido, alcance y duración) y quienes supervisan la actuación subsiguiente de la Comisión (con la posibilidad de revocar la delegación o formular objeciones al acto delegado que impidan su entrada en vigor). Según ha observado el Abogado General J. JÄÄSKINEN, «el artículo 290 supedita la delegación a estrictas condiciones, a fin de preservar la responsabilidad democrática en la actividad normativa de la UE¹²⁸».

Por lo que respecta al alcance de los actos delegados y, más concretamente, al límite material que los «elementos esenciales» de un régimen constituyen para su contenido, el TJUE ha identificado como tales, ya lo sabemos, aquellas disposiciones «cuya adopción hace necesarias elecciones políticas comprendidas en las responsabilidades propias del legislador¹²⁹». Tal resultaría ser el caso de las que implican una ponderación de intereses divergentes en liza o afectan a los derechos fundamentales¹³⁰.

125. Arts. I-36 y I-37.

126. Al introducirse por Lisboa la categoría de acto legislativo, el ámbito material de aplicación de los actos delegados se extendió del procedimiento de codecisión previsto por la «Decisión comitología» a cualquier procedimiento legislativo. Esta novedad ha sido particularmente destacada por la Comisión (*Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. Aplicación del art. 290 del Tratado de Funcionamiento de la UE* (COM(2009)673 final, de 9.12.2009, p. 3).

127. Como ha escrito, de forma muy gráfica, A. SÁNCHEZ LEGIDO, «dentro de lo que es suyo, el [Legislativo] puede pedir al [Ejecutivo] que adopte *actos delegados*» («La transición del sistema institucional de la Unión Europea a la reforma de Lisboa», en J. M. SOBRINO HEREDIA, dir., *El desarrollo del Tratado de Lisboa: Un balance de la Presidencia española*, Colección Escuela Diplomática, núm. 17, 2011, pp. 29-64, p. 56).

128. Conclusiones presentadas el 12.9.2013, as. *Reino Unido c. Consejo y Parlamento Europeo* (C-270/12), punto 76.

129. STJ de 5.9.2012, as. *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-355/10), f.j. 65.

130. *Ibid.*, ff.jj. 76-78.

A diferencia de los actos delegados, los actos de ejecución no se vinculan con los actos legislativos, sino con cualquier acto jurídicamente vinculante de la UE que reclame condiciones uniformes de ejecución (artículo 291 del TFUE); en este sentido, como ha puesto de manifiesto entre nosotros J. D. JANER TORRENS, los actos delegados son susceptibles de ser ejecutados por la Comisión sobre la base del referido precepto¹³¹. En el seno de la UE, los poderes de ejecución se atribuyen normalmente a dicha institución, que, en el desempeño de esta tarea, actúa bajo el control de los Estados miembros, ejercido a través de los comités de la «comitología¹³²». El control estatal se explica en atención al hecho de que la ejecución por la Comisión supone una excepción a la norma fundamental, consagrada en artículo 291 (apartado 1) del TFUE, de que la ejecución de los actos de la UE es competencia de los Estados miembros.

El TJUE ha delimitado recientemente las figuras de los actos delegados y los actos de ejecución y se ha pronunciado sobre el alcance del control jurisdiccional que puede ejercer en este punto¹³³. En cuanto a lo primero, el Tribunal ha declarado que, mientras la atribución de un poder delegado *ex* artículo 290 del TFUE implica «la adopción de normas que se encuadran dentro del marco reglamentario definido por el acto legislativo de base», cuando se confiere a la Comisión sobre la base del artículo 291 del TFUE un poder de ejecución, «ésta debe precisar el contenido de un acto legislativo, para asegurar su aplicación en condiciones uniformes en todos los Estados miembros¹³⁴». Es la idea ya manifestada por la doctrina y de la que se ha

131. «Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estado: La nueva regulación sobre la comitología», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 42, 2012, pp. 9-24, p. 14. Para una valoración de las implicaciones de esta posibilidad, v. P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, *op. cit.*, p. 274.

132. Aunque no esté así previsto en los Tratados, en la práctica la Comisión consulta a grupos de expertos nacionales durante la preparación de los actos delegados; de hecho, en el apartado 15 del *Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión* ésta se compromete a facilitar al Parlamento toda la información y documentación sobre sus reuniones con los expertos nacionales, en el marco de sus trabajos para la preparación de los actos delegados. Esta práctica conduce a Z. XHAFERRI a cuestionar que la Comisión haya alcanzado el objetivo de potenciar su papel como «non-legislative rule-maker» al margen de los formales mecanismos de control de los Estados miembros («Delegated acts...», *op. cit.*, pp. 570-571).

133. STJ de 18.3.2014, as. *Comisión c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-427/12).

134. Ff.jj. 38 y 39. No podemos dejar de lamentar la utilización de la expresión «marco reglamentario» para referirse a la regulación contenida en el acto legislativo que contiene la delegación y la alusión a los «actos legislativos» como

hecho eco también el Abogado General N. JÄÄKINEN al aseverar: «estoy de acuerdo con los autores que ven el objetivo de las facultades de ejecución del artículo 291 TFUE en permitir que se dote de un contenido normativo más detallado al acto que se ha de ejecutar, a fin de facilitar su aplicación. Se trata de un objetivo muy distinto del de las medidas adoptadas en virtud de una delegación con arreglo al artículo 290, a saber, liberar al legislador de la Unión de la necesidad de modificar o complementar elementos no esenciales de un acto legislativo, a la vez que se le reserva la decisión acerca de los aspectos esenciales en ese campo¹³⁵».

En cuanto al alcance del control jurisdiccional, dada la facultad de apreciación de las instituciones de la UE a la hora optar por un acto delegado o por un acto de ejecución, el TJUE habrá de limitarse a condenar los errores manifiestos de apreciación¹³⁶.

Terminemos dejando constancia de una obviedad: que tanto los actos delegados como los actos de ejecución son instrumentos no legislativos. Los primeros (que, por definición, tienen alcance general) y los segundos (en la medida en que también lo tengan) constituirán «actos reglamentarios», a los efectos del artículo 263 del TFUE¹³⁷.

3.7. POSIBLE CONCENTRACIÓN DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO Y LA SANCIÓN ANTE LA FALTA DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

Cuando el artículo 260 del TFUE regula el procedimiento que se puede entablar por parte de la Comisión contra un Estado que, habiendo sido condenado por el TJUE, no adopta las medidas necesarias para la ejecución de tal sentencia, dedica un tratamiento especial al supuesto en el que el incumplimiento inicial hubiese consistido específi-

origen de los actos de ejecución (que, insistimos, pueden venir a especificar el régimen contenido en cualquier acto vinculante de la UE, legislativo o no). Es más que probable que la distinción establecida por el TJUE siga sin satisfacer las dudas manifestada por P. CRAIG en cuanto a la división actos delegados/ actos de ejecución («Delegated Acts...», *op. cit.*, pp. 671-687, pp. 672-674).

135. Conclusiones cit. en nota 128, punto 77.

136. F.j. 40.

137. Más allá de que sea proclamado por el art. 290 (apartado 1) del TFUE, el alcance general de los actos delegados se desprende de la circunstancia de que completan o modifican la regulación contenida en un acto legislativo. En cambio, los actos de ejecución pueden ser medidas normativas o adoptar la forma de decisiones administrativas individuales (STJ de 23.2.2006, as. *Comisión c. Parlamento Europeo*, C-122/04, f.j. 37 y jurisprudencia allí citada; igualmente, *Comunicación 'Aplicación del art. 290'*, cit. en nota 126, p. 4).

camente en no informar a la Comisión de las medidas aprobadas por el Estado en cuestión para la transposición de una directiva legislativa. Con arreglo al artículo 260 (apartado 3) del TFUE:

«Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva *adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo*, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia»¹³⁸.

Son muchos los interrogantes que suscita esta previsión, procedente del Tratado de Lisboa (y, antes, del Tratado Constitucional¹³⁹). El primero es si la circunstancia que determina la imposición de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva es la falta de transposición de una directiva o la inejecución de un pronunciamiento judicial constatando tal incumplimiento¹⁴⁰.

Sea como fuere, a los efectos de la presente contribución, interesa destacar que este procedimiento se aplica únicamente con respecto a directivas adoptadas con arreglo a un procedimiento legislativo. Como ha constatado la Comisión: «Tratándose de la no transposición de las directivas no legislativas, el recurso al artículo 260, apartado 3, no es posible. Por lo tanto, la Comisión deberá seguir recurriendo al Tribunal, primero en virtud de un procedimiento con arreglo al artículo 258, seguido, en caso de no ejecución de una sentencia por incumplimiento, por un segundo recurso ante el Tribunal, en virtud del artículo 260, apartado 2»¹⁴¹.

138. Énfasis añadido.

139. Art. III-362 (apartado 3).

140. La doctrina mantiene opiniones dispares (L. PRETE y B. SMULDERS, «The Coming of Age of Infringement Proceedings», *Common Market Law Review*, 2010, pp. 9-61; S. PEERS, «Sanctions for Infringement of EU Law after the Treaty of Lisbon», *European Public Law*, 2012, pp. 33-64; P. WENNERAS, «Sanctions against Member States under Article 260 TFEU: Alive, But Not Kicking», *Common Market Law Review*, 2012, pp. 145-176).

141. Comunicación de la Comisión. «Aplicación del artículo 260, apartado 3, del TFUE» (DOUE, núm. C 12, de 15.1.2011), punto 18.

3.8. ¿OPERATIVIDAD DE LA «JURISPRUDENCIA DICTAMEN 1/94», SOBRE EL ALCANCE EXCLUSIVO DE LAS COMPETENCIAS EXTERIORES IMPLÍCITAS DE LA UE?

Aunque no estamos seguros de que el TJUE vaya a admitir esta consecuencia, ateniéndonos al *dictum* de los Tratados, la naturaleza legislativa de un acto adoptado *ad intra* y que prevea la celebración por la UE de un acuerdo internacional en ámbitos en los que la UE no tiene expresamente reconocido un *treaty-making power* provocaría que las competencias convencionales implícitas aquélla en tales ámbitos tuvieran un alcance exclusivo.

En el seno de la Convención Europea, el Grupo de Trabajo VII 'Acción Exterior' estimó que explicitar en los Tratados la jurisprudencia del TJUE relativa a las competencias exteriores implícitas de la CE clarificaría el sistema y facilitaría la acción de la UE en un mundo globalizado¹⁴². Aparentemente esta planteamiento fue compartido, primero, por la Convención Europea y, después, por las Conferencias intergubernamentales de 2004 y 2009, ya que en el Tratado Constitucional y en el Tratado de Lisboa pueden encontrarse sendas previsiones sobre este tema.

Centrándonos en el Tratado de Lisboa, las previsiones en cuestión son los artículos 3 (apartado 2) y 216 (apartado 1) del TFUE. El segundo se refiere a la existencia de competencias convencionales implícitas de la UE, mientras que el primero se centra en su alcance exclusivo.

A través de una compleja jurisprudencia, el TJUE ha identificado tres situaciones en las que cabe afirmar que la UE goza de competencias implícitas para celebrar un acuerdo internacional en un ámbito en el que los Tratados le atribuyen una competencia *ad intra*, es decir, una competencia para adoptar instrumentos de Derecho derivado: (i) cuando el acuerdo se refiere a una materia en la que la UE ya ha promulgado actos internos («doctrina AETR»); (ii) cuando la conclusión del acuerdo internacional resulta necesaria para la consecución de uno de los objetivos de la UE («jurisprudencia Dictamen 1/76»); y, (iii) cuando la conclusión del acuerdo internacional está prevista en una medida interna («jurisprudencia Dictamen 1/94»).

El Tribunal sostenía, lo que le ha valido muchas críticas, que en cualquiera de estas tres situaciones la competencia convencional (implícita) de la UE, amén de existir, tenía un carácter exclusivo.

142. Informe final del Grupo VII 'Acción Exterior' (CONV 459/02, de 16.12.2002), pp. 15-16.

La situación que en este momento reclama nuestra atención es la tercera (iii), que fue planteada, por vez primera, por el TJUE en el Dictamen 1/94, en los siguientes términos:

«Desde el momento en que la Comunidad ha incluido en sus actos legislativos internos cláusulas relativas al trato que ha de otorgarse a los nacionales de países terceros o ha conferido expresamente a sus Instituciones competencia para negociar con los países terceros, adquiere una competencia externa exclusiva en la medida cubierta por dichos actos¹⁴³».

Como puede apreciarse, al configurar este tercer escenario, el Tribunal utilizó la expresión «actos legislativos internos»: la Comunidad tendrá una competencia convencional y ésta será de alcance exclusivo desde el momento en que un acto legislativo, directa o indirectamente, le atribuya tal competencia. El empleo de la expresión «acto legislativo» no resulta sorprendente; de hecho, el TJUE la había utilizado antes y lo siguió haciendo después, refiriéndose con ello a instrumentos vinculantes dotados de un alcance general¹⁴⁴.

Al codificar esta jurisprudencia en los Tratados, los negociadores fueron plenamente conscientes de que no podían conservar la expresión «acto legislativo», que había adquirido un significado distinto en el Tratado de Lisboa. En el artículo 216 (apartado 1) del TFUE sustituyeron entonces esas palabras por «acto jurídicamente vinculante»:

«La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un *acto jurídicamente vinculante* de la Unión, o bien puede afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas¹⁴⁵».

143. Dictamen 1/94 (*Acuerdo OMC*), de 15.11.1994, f.j. 95. Citado en posteriores pronunciamientos: Dictamen 2/92, de 24.3.1995, f.j. 33; STJ de 5.11.2002, as. *Comisión c. Alemania* ('Cielos abiertos'), C-476/98, f.j. 109; casi todas las sentencias en los demás asuntos 'Cielos abiertos' (*Comisión c. Dinamarca*, C-467/98, f.j. 83; *Comisión c. Suecia*, C-468/98, f.j. 79; *Comisión c. Finlandia*, C-469/98, f.j. 83; *Comisión c. Bélgica*, C-471/98, f.j. 96; *Comisión c. Luxemburgo*, C-472/98, f.j. 89; y, *Comisión c. Austria*, C-475/98, f.j. 98); y, Dictamen 1/03 (*Convenio de Lugano*), de 7.2.2006, f.j. 83.

144. A. TÜRK ofrece varios ejemplos (*The Concept of Legislation in European Community Law: A Comparative Perspective*, Kluwer, 2006, p. 3).

145. Énfasis añadido.

Pero esa misma operación no se llevó a cabo en el artículo 3 (apartado 2) del TFUE, donde se mantiene la expresión «acto legislativo» cuando se contemplan las situaciones en las que la UE tiene unas competencias exteriores implícitas de alcance exclusivo. Tras enumerar en el apartado 1 los ámbitos en los que las competencias de la UE tienen tal alcance en cualquier dimensión, el apartado 2 de dicho precepto completa la descripción contemplando tres situaciones, aplicables a cualquier materia, en las que el *treaty-making power* de la UE es igualmente exclusivo:

«La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un *acto legislativo* de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas¹⁴⁶».

¿Un descuido de los redactores del Tratado de Lisboa al ocuparse de este punto concreto? De ser así, el descuido se produjo dos veces, pues el Tratado Constitucional también hablaba de «un acto jurídicamente vinculante de la Unión» en el marco del artículo III-323 (correspondiente al actual artículo 216 del TFUE) y de «un acto legislativo de la Unión» en el artículo I-13 (correspondiente al actual artículo 3 del TFUE). ¿Acaso mantuvieron la expresión «acto legislativo» deliberadamente, en un intento de recuperar por la puerta de atrás alguna de las competencias de las que los Estados miembros habrían quedado desposeídos de acuerdo con la jurisprudencia? ¡Quién sabe! Todo lo más que podemos decir es que los Estados miembros toleran de manera bastante pacífica la existencia de una competencia convencional de la UE, pero les resulta mucho más arduo aceptar su alcance exclusivo (por ser éste el factor determinante de su exclusión). Dicho de otro (y estamos especulando) los Estados podrían haber accedido a adaptar la expresión presente en la jurisprudencia en el marco del artículo 216 (apartado 1) del TFUE, pero puede que no resistieran la tentación de dejar fuera de este proceso de adaptación el artículo 3 (apartado 2) del TFUE, donde la mención al «acto legislativo de la Unión» (que no levantaba sospechas, pues, en la medida en que estaba presente en la jurisprudencia del TJUE, sonaba familiar) fue ávidamente mantenida¹⁴⁷.

146. Énfasis añadido.

147. No es la primera vez que los Estados miembros, como «señores de los Tratados», codifican la doctrina del TJUE. Los derechos fundamentales como prin-

Por supuesto, uno podría objetar que la «jurisprudencia Dictamen 1/76», que para los Estados miembros puede ser igual de intolerable que la «jurisprudencia Dictamen 1/94»¹⁴⁸, no sufrió ningún recorte¹⁴⁹. Lo cual es cierto, pero (y seguimos con la especulación), mientras no había forma de cambiar la «jurisprudencia Dictamen 1/76» sin levantar sospechas, limitar la «jurisprudencia Dictamen 1/94», en la vertiente del alcance exclusivo, era algo que podía hacerse fácilmente: estando, sin más, a las palabras del TJUE.

cipios generales del Derecho de la UE, el principio de proporcionalidad o la legitimación activa y pasiva del Parlamento Europeo en el recurso de anulación fueron también llevados, inmutados, a los Tratados. Por supuesto, podría aducirse que la jurisprudencia sobre las competencias exteriores implícitas de la UE es, con diferencia, la más compleja de todas las existentes y que, por tanto, era difícil ponerla negro sobre blanco, pero sería muy inocente perder de vista que ninguno de los principios a los que empezábamos aludiendo en esta nota tenía efectos limitadores para los Estados miembros, mientras que, en el caso de la doctrina que estamos examinando, sí que se ven negativamente afectados por ella. No ayuda, desde luego, a disipar la sospecha recordar la negativa del efecto directo a las decisiones y las decisiones marco del tercer pilar, que quedó expresamente recogida en el TUE con el Tratado de Ámsterdam. Tratándose de nuevos instrumentos, no puede decirse que, al actuar así, los Estados miembros cambiaran la jurisprudencia del TJUE, pero es más que evidente que lo que pretendieron fue evitar *ex ante* cualquier posible tentación que pudiera sentir el Tribunal de extenderles su doctrina acerca del efecto directo de las directivas y las decisiones.

I. GOVAERE ha defendido, en relación, más en general, con la elaboración de un catálogo de competencias de la UE que ««[t]he underlying logic appears to be that in so doing not only would transparency be increased but also the key control over the attribution of competence would once again be placed more strongly in the hands of the Member States» («Multi-faceted Single Legal Personality and a Hidden Horizontal Pillar: EU External Relations Post-Lisbon», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2010-2011, pp. 87-111, pp. 93-94).

148. También la doctrina ha criticado el alcance exclusivo de las competencias exteriores de la UE en el caso de la «necesidad» de la celebración del acuerdo para permitirle ejercer su competencia interna. V., en particular, P. EECKHOUT, *EU External Relations... op. cit.*, esp. pp. 76-82, 102-105 y 118.

Por lo que atañe a la «jurisprudencia Dictamen 1/94», R. SCHÜTZE la ha explicado en términos de *preemption*; sería, más específicamente, un caso de «express pre-emption» («Parallel External Power in the European Community: From 'Cubist' Perspectives Towards 'Naturalist' Constitutional Principles?», *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 225-274, pp. 264-265). P. EECKHOUT recurre también a la doctrina de la *preemption* legislativa para explicar los poderes implícitos exclusivos de la UE (*ibid.*, p. 119).

149. Para una comparación entre la jurisprudencia del TJUE y el art. 3 (apartado 2) del TFUE, v., en particular, R. SCHÜTZE, «Parallel External Power in the European Community...», *op. cit.*, pp. 201-203.

En cualquier caso, lo importante no es si la presencia de la expresión «acto legislativo» en el artículo 3 (apartado 2) del TFUE fue deliberada o no, sino cómo reaccionará el Tribunal de Luxemburgo ante esto. Si respetara la definición contenida en los Tratados, una nueva consecuencia derivada de la naturaleza legislativa de una medida *ad intra* podría incorporarse a la lista: en los ámbitos en los que la UE carece de un *treaty-making power* expreso, si la conclusión de un acuerdo internacional por parte de la UE con terceros está prevista en un acto legislativo, aquélla no sólo será competente, sino que lo será con carácter exclusivo. Al contrario, si la conclusión del acuerdo internacional se contempla en un acto no legislativo, la UE compartirá su competencia con los Estados miembros.

Pese a la nitidez de la definición de esta noción ofrecida por los Tratados, el TJUE puede que desee atenerse a su jurisprudencia previa, en la que los casos de competencias exteriores implícitas de la UE coincidían con los casos en los que las competencias exteriores implícitas eran exclusivas, acogiendo una interpretación específica de los términos «acto legislativo» en el ámbito del artículo 3 (apartado 2) del TFUE. En la medida en que los negociadores pretendieron consagrar la jurisprudencia del Tribunal, éste podría sentirse libre para atribuir a tales palabras el significado que tenía en mente al emitir el Dictamen 1/94 (y durante todo el tiempo que medió hasta que el Tratado de Lisboa introdujera la distinción acto legislativo/no legislativo en el sistema jurídico de la UE¹⁵⁰).

Obrando así el TJUE evitaría el problema que suscitan los instrumentos de Derecho derivado adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que contemplaban, directa o indirectamente, la futura celebración de un acuerdo internacional por parte de la UE. La correspondencia de dichos actos con la actual distinción entre actos legislativos y actos no legislativos sería obvia en el caso de los instrumentos aprobados siguiendo el procedimiento de codecisión (que pueden ser fácilmente catalogados como actos legislativos¹⁵¹) o en el caso de los actos de ejecución (cuya naturaleza no legislativa es patente¹⁵²), pero no si resultara de aplicación otro procedimiento. Un pro-

150. Entre quienes también han pronosticado que el TJUE no se atendrá, en este punto, a la literalidad del TFUE, v. P. CRAIG, *The Lisbon Treaty...*, *op. cit.*, p. 400; P. ECKHOUT, *EU External Relations...*, *op. cit.*, p. 113; o, J. B. LIISBERG, «The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 41.

151. Eso hizo el TG, en el asunto *Inuit*, en relación con el Reglamento impugnado (T-18/10, f.j. 61).

152. En el asunto *Microban* el TG no tuvo la menor dificultad en concluir que la Decisión impugnada, que había sido emanada por la Comisión en el ejercicio de sus

blema como éste, de Derecho transitorio, no se suscitaría si el TJUE mantuviera la idea de «actos jurídicamente vinculantes» (que se esconde bajo la expresión «actos legislativos»), dado que los instrumentos jurídicamente vinculantes de entonces y de ahora son los mismos.

3.9. UNA CONSECUENCIA QUE NO ES: PAPEL REFORZADO DEL PARLAMENTO EUROPEO EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Permítasenos la licencia de, en el repaso que estamos llevando a cabo de los efectos jurídicos derivados de la naturaleza legislativa de la competencia atribuida a la UE, abordemos ahora una cuestión que no puede presentarse como tal. Lo hacemos desde el entendimiento de que resulta oportuno poner de manifiesto precisamente dicha circunstancia. Esta «no consecuencia» tiene que ver con el papel que corresponde al Parlamento Europeo en el proceso de celebración de acuerdos internacionales por parte de la Unión.

Dejando a un lado los acuerdos internacionales de la PESC (en los que el Parlamento Europeo no interviene), en los restantes ámbitos de actuación de la UE el papel de esta institución en la fase intermedia del proceso de celebración de acuerdos con terceros puede presentar una doble modalidad: consulta previa a la manifestación del consentimiento de la UE en obligarse o necesidad de recabar su aprobación de cara a ese trámite final.

La consulta al Parlamento Europeo constituye la norma. Los casos en los que se precisa su aprobación (y en los que, por ende, aquél puede frustrar la conclusión del acuerdo) aparecen relacionados en una lista que contiene el artículo 218 (apartado 6, letra *a*) del TFUE. El último inciso de dicha enumeración alude a los «acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario o, si se requiere la aprobación del Parlamento Europeo, el procedimiento legislativo especial». No basta, nótese bien, con que el acuerdo se refiera a un ámbito en el que opera un procedimiento legislativo, debe tratarse, más específicamente, de un procedimiento legislativo ordinario o de un procedimiento legislativo especial que prescriba la aprobación del Parlamento Europeo.

Visto así, no parece que el elemento desencadenante del papel reforzado del Parlamento Europeo en el proceso de celebración de acuerdos internacionales por parte de la UE sea la *naturaleza legislativa* del

poderes de ejecución, debía ser considerada como un acto reglamentario (por tanto, no legislativo) (T-262/10, f.j. 25).

procedimiento decisorio aplicable *ad intra*, sino el *carácter decisivo* de la intervención de aquél en la adopción de los actos de Derecho derivado.

Expuesto en otros términos, a través del artículo 218 (apartado 6, letra *a*)) del TFUE, los Tratados habrían pretendido establecer un paralelismo entre el papel que el Parlamento Europeo desempeña en el ámbito interno y el que juega en el ámbito externo: si tiene una voz determinante en la aprobación de actos de Derecho derivado en un ámbito, entonces le corresponde una función igualmente determinante en la conclusión de acuerdos internacionales relativos a esas mismas materias¹⁵³.

Destacando el hecho de que «Parliament will indeed *not* enjoy the power of co-conclusion in areas in which the ‘ordinary legislative procedure’ applies», R. SCHÜTZE ha afirmado que el paralelismo no es completo¹⁵⁴. Más allá de esta circunstancia (innegable), podría, en la misma línea, alegarse que la previsión ahora examinada no cubre dos situaciones en las que el Parlamento Europeo juega, sin duda, un papel clave: *(i)* los casos en los que, por más que se exija el consentimiento del Parlamento Europeo para la adopción del acto por el Consejo, el procedimiento decisorio no es calificado de «procedimiento legislativo especial»; y, *(ii)* los supuestos de procedimientos legislativos especiales en los que el poder decisorio queda en manos del Parlamento Europeo. En ambas situaciones éste posee, en efecto, una voz decisiva de cara a la adopción de las medidas *ad intra* y, sin embargo, simplemente tendría que ser consultado para la celebración de un acuerdo internacional concerniente a tales materias.

Siendo esto cierto, no pensamos, sin embargo, que contradiga la idea del paralelismo que, a nuestro juicio, el Tratado de Lisboa ha buscado establecer entre los dos planos de la acción de la UE. Existe un dato fundamental a estos efectos: que ninguna de las bases jurídicas que, exigiendo la aprobación del Parlamento Europeo, omiten la etiqueta «procedimiento legislativo especial», ni de aquellas que atribuyen el poder decisorio al Parlamento Europeo puede, en función de su objeto, dar lugar a acuerdos internacionales¹⁵⁵.

153. M. CREMONA ha observado que la expresión «covering a field» (correspondiente, en la versión inglesa del TFUE, a la expresión «que se refieran a ámbitos») es «potentially wider than the legal base of an agreement» («The Union’s External Action: Constitutional Perspectives», en G. AMATO, H. BRIBOSIA y B. DE WITTE, eds., *Genèse et destine de la Constitution européenne/Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruylant, 2007, pp. 1173-1217, p. 1192).

154. V., más en detalle, *European Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 210-211.

155. Obviando el muy peculiar art. 352 del TFEU, las bases jurídicas que exigen la aprobación del Parlamento Europeo sin tildar el procedimiento decisorio de

3.10. ÚLTIMO APUNTE: NO TODAS LAS CONSECUENCIAS CON- CURREN EN EL PROCEDIMIENTO PRESUPUESTARIO

Tras haber repasado los efectos jurídicos vinculados al carácter legislativo de los actos de la UE, es preciso señalar que es posible que éstos no operen siempre. El caso que tenemos en mente es el del presupuesto general de la UE.

Constituye un acto legislativo, toda vez en que (pese a las perplejidades que pueda alimentar) es fruto de un procedimiento legislativo especial¹⁵⁶. Y, sin embargo, se nos antoja muy complicado defender aquí la vigencia del principio de subsidiariedad (y, por tanto, de los mecanismos políticos y judiciales diseñados para garantizar su observancia); tampoco es fácil imaginar que la Comisión reciba una delegación de poderes al amparo del artículo 290 del TFUE; y, no vemos la forma en que el presupuesto pueda estar en el origen de una competencia convencional implícita y exclusiva de la UE. Volvemos a cuanto sosteníamos antes: quizá lo más oportuno hubiese sido no haber adherido la etiqueta de «procedimiento legislativo especial» al artículo 314 del TFUE y, en su lugar, haber introducido en este precepto las virtualidades de los actos legislativos que se desearan extender al presupuesto o a su tramitación. A lo mejor resulta que lo único que se pretendió fue extender a su tramitación en el Consejo el régimen de publicidad propio de los actos legislativos y que la clasificación como procedimiento legislativo especial fue una «sobreacción» a la situa-

«legislativo» prevén decisiones puramente procesales o instrumentales (artículo 329 del TFUE, relativo a la autorización para poner en marcha una cooperación reforzada; art. 82.2 del TFUE, que se refiere a la decisión que identifique otros elementos del proceso penal –distintos de los ya contemplados– en los que el Consejo y el Parlamento podrían establecer normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales; y, art. 83.1 del TFUE, que alude a la decisión que determine otros ámbitos delictivos –diferentes a los ya previstos– en los que esas mismas instituciones podrían establecer también normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones) o contemplan situaciones individuales (arts. 7.1 y 49 del TUE, dedicados, respectivamente, a la constatación de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores de la UE y a la reacción ante una solicitud de adhesión a la UE).

Por lo que respecta a la incapacidad de las previsiones en las que se aplica un procedimiento legislativo especial en el que el poder decisorio queda en manos del Parlamento Europeo, téngase en cuenta que todas ellas se refieren a aspectos institucionales (v. nota 104).

156. V. epígrafe 2.2.4.1.

ción anterior, en la que las deliberaciones sobre los «actos presupuestarios» escapaban a la publicidad en el Consejo por haber sido excluidos de los supuestos en los que el Consejo entendía que actuaba en su capacidad legislativa¹⁵⁷.

4. CONCLUSIONES

A diferencia del Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa no creó nuevos tipos de actos de Derecho derivado. Los instrumentos tradicionales siguen existiendo e, incluso, mantienen su denominación clásica. Lo que sí hizo el Tratado de Lisboa fue incorporar al sistema existente una nueva clasificación, que distingue entre medida legislativas y no legislativas.

En su valoración acerca del sistema de actos que el Tratado Constitucional pretendía establecer, J. B. LISBERG terminaba concluyendo: «The new distinction between legislative and non-legislative act, it seems, is basically a harmless ornament in the European construction, the added value and beauty of which mainly depend on the eyes of the beholder¹⁵⁸».

Recordando cuanto decíamos al inicio de esta contribución, en el sentido de que la reforma del sistema de actos de Derecho derivado en la UE no se ha concebido como un fin en sí misma, sino, antes bien, como un medio para favorecer la comprensión por parte de la ciudadanía (transparencia), aumentar el control sobre las instituciones (rendición de cuentas) y asegurar la implicación del Parlamento Europeo en la emanación de medidas que impliquen elecciones políticas (democracia), nos proponemos concluir esta contribución reflexionando acerca de si, al calor de las nuevas categorías legislativo/no legislativo, se han producido en el Derecho de la UE avances en las tres líneas apuntadas. De ser así, el «harmless ornament» del que habla J. B. LISBERG puede que haya contribuido, continuando con el símil, a que la habitación, en su conjunto, resulte más bonita.

Con respecto a la *transparencia* entendida como apertura de los debates que se desarrollan en el seno de las instituciones y de acceso a sus documentos, ha habido algún progreso, sobre todo, por lo que se refiere al primero de esos aspectos: en teoría (porque la práctica de los «trílogos» lo distorsiona todo), la totalidad de los debates vinculados con los actos legislativos en el Consejo y el Parlamento Europeo han

157. V. nota 88.

158. «The EU Constitutional Treaty...», *op. cit.*, p. 45.

de ser públicos. La intervención de los Parlamentos nacionales a través del «sistema de alerta temprana» contribuye también a un mayor escrutinio público.

Si la transparencia se plantea en términos de claridad del sistema y facilidad para su comprensión, habría que concluir que el Tratado de Lisboa ha aportado más bien poco. De este juicio crítico se salvarían los actos delegados, cuya naturaleza y cuya subordinación jerárquica al acto legislativo al que deben su existencia se manifiesta en el mismo título (a través del adjetivo «delegado») y que son adoptados siempre por la Comisión, siguiendo el mismo procedimiento (la Comisión decide por sí sola, aunque bajo la supervisión del Consejo y del Parlamento Europeo). A los actos de ejecución, por su lado, hay que reconocerles que, pese al desconcierto que pueda provocar su autoría alternativa por la Comisión (la regla) o el Consejo (la excepción), al menos la presencia en su denominación de las palabras «de ejecución» revela inmediatamente su naturaleza y su subordinación al acto al que proveen de una ejecución uniforme. En cambio, la situación con respecto a los actos que se fundan directamente en los Tratados es de una confusión extrema; a los problemas que arrastraba de antes el Derecho de la UE¹⁵⁹, Lisboa ha añadido alguno más. Para empezar, procedimientos idénticos desde el punto de vista de su desarrollo pueden arrojar actos legislativos y no legislativos (según hayan sido aquéllos calificados por los Tratados), al tiempo que procedimientos materialmente distintos pueden generar medidas igualmente legislativas (si ambos procedimientos llevan la etiqueta de «legislativos») o no legislativas (si ninguno de los procedimientos la tiene). Pero lo más perturbador es que hay importantes consecuencias jurídicas que se vinculan al carácter legislativo de los actos de Derecho derivado y, sin embargo, éste no es detectable a primera vista¹⁶⁰. En el Tratado Constitucional no existía tal problema, porque las palabras «ley europea» y «ley marco europea» revelaban de inmediato la naturaleza de la medida en cuestión. Algunos han sostenido que el empleo de estas expresiones es

159. Nos remitimos aquí al diagnóstico de J. Díez-Hochleitner, «La tipología de los actos comunitarios...», *op. cit.*

160. En la actualidad, obviando los actos adoptados conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo (cuyo carácter legislativo puede ser determinado, por parte de un lector especialista, por la mención en sus respectivos títulos de las dos instituciones), no es posible adivinar la naturaleza legislativa/no legislativa de una medida aprobada, pongamos el caso, por el Consejo sin examinar su contenido (el preámbulo afirmará si fue fruto de un procedimiento legislativo especial u omitirá tal referencia) o la sección (Actos legislativos/Actos no legislativos) del Diario Oficial donde ha sido publicada.

inadecuado por las expectativas que generan¹⁶¹, pero a lo mejor cabría pensar en otra fórmula más neutra para reflejar el carácter legislativo de una determinada medida; por ejemplo, la inserción en su título del adjetivo «legislativo/a». Igual que hay «reglamentos delegados» o «decisiones de ejecución», ¿por qué no podría haber «reglamentos legislativos» o «directivas legislativas» o «decisiones legislativas¹⁶²»?

El segundo *leitmotiv* de la reforma del Derecho derivado era favorecer el control sobre las instituciones (*rendición de cuentas*). Los avances en este ámbito dependerán del grado de efectividad de la apertura al público de las instituciones. De lo que no hay duda es de que hoy existe un mayor control sobre el respeto del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones legislativas de la UE a cargo de los Parlamentos nacionales y del Comité de las Regiones, pero esto nada tiene que ver la *accountability*, sino con la defensa de ámbitos de competencia considerados como propios.

Donde nuestra valoración es más positiva es en relación con el tercer aspecto reseñado: la implicación del Parlamento Europeo en la emanación de medidas que impliquen elecciones políticas (*democracia*). Es innegable que el Tratado de Lisboa sigue la tendencia de los tratados de revisión anteriores de reforzar la posición del Parlamento Europeo en el proceso decisorio, a través fundamentalmente de la extensión del procedimiento legislativo ordinario a nuevos ámbitos materiales; se simplifica incluso el procedimiento que permitiría su ulterior progresión. Se podría argumentar que esto no es un mérito de la clasificación actos legislativos/actos no legislativos incorporada al Derecho derivado, dado que no existe correlación alguna entre el tipo de procedimiento y la entidad del papel que desempeña en él el Parlamento Europeo (hay procedimientos legislativos en los que interviene a título puramente consultivo, mientras que hay procedimientos no legislativos que reclaman su aprobación). Ahora bien, de alguna forma, Lisboa sienta una doble presunción: por un lado, la adopción de medidas que conlleven opciones políticas o que afecten a temas sensibles desde el punto de vista de los derechos humanos reclama un trata-

161. V. A. VON BOGDANDY y J. BAST, «La loi européenne...», *op. cit.*

162. Sobre la inclusión de posibles «etiquetas» en los títulos de los actos de Derecho derivado para poner de manifiesto su naturaleza, v. B. DE WITTE, «Legal Instruments and Law-Making...», *op. cit.*, pp. 94-95; G. DI FEDERICO, «The Distinction between Legislative and Non-Legislative Acts in the Constitutional Treaty and Its Possible Impact on *Locus Standi* and Non-Contractual Liability», en M. DONY y L. S. ROSSI (eds.), *Démocratie, cohérence et transparence...*, *op. cit.*, pp. 13-36, pp. 34-35; y A. H. TÜRK, «Lawmaking after Lisbon», *op. cit.*, p. 71.

miento legislativo (un planteamiento en el que abunda la jurisprudencia del TJUE y que, más allá de ciertos *wrong cases*, se diría que guió la actuación de la Convención Europea y las Conferencias intergubernamentales de 2004 y 2007 en esta materia); y, por el otro, la concepción, avalada incluso por el adjetivo «ordinario» presente en su denominación, de que el procedimiento legislativo ordinario es el procedimiento legislativo de Derecho común, el que opera salvo previsión en sentido contrario.

Cabría añadir que la introducción de la figura de los actos legislativos ha traído aparejados otros cambios positivos desde el punto de vista democrático. Muchos mencionarían en este punto el «sistema de alerta temprana»; pero su concepción en estos términos nos suscita, como a J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES¹⁶³, numerosas dudas. Hay algo que es evidente: lo único que pueden hacer los Parlamentos nacionales es intentar frustrar la aprobación de un acto legislativo por parte de la UE cuando consideren que no se dan las condiciones para la actuación de ésta; ahora bien, sin entrar en otras disquisiciones, ¿el tratamiento de un tema a nivel estatal es necesariamente más satisfactorio en términos democráticos que su tratamiento por la UE? Cuestión distinta (y éste sí que es un mérito que le reconocemos al nuevo mecanismo) es que haya podido contribuir a la sensibilización de las Cámaras legislativas nacionales hacia los temas europeos, incitándolas a un ejercicio más activo de los poderes que tengan atribuidos en los sistemas nacionales¹⁶⁴.

Finalizamos tratando de otra de las consecuencias vinculadas, por obra del TJUE, al carácter legislativo de los actos de la UE, como es la práctica imposibilidad de que los particulares puedan interponer recurso de anulación contra ellos. La restricción que esto supone al derecho a la tutela judicial efectiva de las personas afectadas directa (aunque no individualmente) por un acto legislativo, en particular, cuando es *self-executing* se puede justificar desde postulados de legitimidad democrática, con el argumento de que los instrumentos aprobados por las asambleas parlamentarias merecen un especial blindaje frente a su impugnación por los particulares. Ahora bien, si son argumentos democráticos los que se manejan en la justificación teórica, deberían ser igualmente elementos democráticos los que se utilizaran

163. «La nueva regulación del regimen de competencias...», *op. cit.*, p. 282.

164. Para un balance de la práctica parlamentaria españolas con respecto al sistema de alerta temprana, v. E. ARANDA ÁLVAREZ, «La alerta temprana en el procedimiento legislativo...», *op. cit.*, p. 141.

en la construcción de las categorías contempladas en el artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE. En este sentido, en la medida en que la configuración de los actos como legislativos no depende de la relevancia del papel del Parlamento Europeo (hay procedimientos legislativos en los que interviene como mero órgano de consulta), la construcción de la noción de «acto reglamentario» por oposición a la de acto legislativo puede dejar fuera medidas con un débil respaldo democrático directo; ¿merecen entonces el blindaje? A la inversa, actos que fueron adoptados con la aprobación del Parlamento Europeo, pero a través de un procedimiento no legislativo, serán considerados, a la luz de la jurisprudencia *Inuit*, actos reglamentarios, atacables por las personas afectadas por ellos, pese a que, a lo mejor (no ocultamos en este punto nuestras dudas), la intervención del Parlamento Europeo las hacía acreedoras de una mayor preservación. Dada su relevancia, el tema merece, desde luego, una reflexión¹⁶⁵...

165. A. ARNULL ha reclamado la necesidad de considerar, más allá de su proceso de producción, la sustancia de las medidas y sugiere que por acto reglamentario se entienda «an act that makes detailed arrangements for giving effect to broad policy objectives laid down elsewhere at a higher level of generality» («The European Court of Justice after Lisbon», en M. TRYBUS y L. RUBINI, eds., *The Treaty of Lisbon...*, *op. cit.*, pp. 34-54, pp. 45-46).