

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 21/ 1999

Sumario

Estudios

El Tratado de Amsterdam: valoración crítica desde el punto de vista del Consejo
D. Canga Fano

Citizens of the Union and the Union for the citizens: What does the Amsterdam Treaty bringt?
P. Dyrberg

El Tratado de Amsterdam y la Conferencia Intergubernamental de 1996 desde la óptica del Parlamento Europeo
J. J. Fernández Fernández

El principio de subsidiariedad: aportaciones del Tratado de Amsterdam
C. Gimeno Verdejo

Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam
C. F. Molina del Pozo

La negociación del Tratado de Amsterdam desde la perspectiva del Estado español: posiciones mantenidas y valoración
J. M. Muriel Palomino

Las reformas introducidas en el sistema judicial comunitario por el Tratado de Amsterdam
J. Palacio González

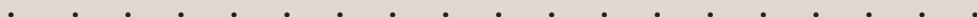
Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
C. Gimeno Verdejo y M.I. Rofes i Pujol

Crónica

Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea
B. Iñarritu

Instituto de Estudios Europeos



Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 21/1999

Dirección y Consejo de redacción:

Director: Nicolás Mariscal
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras
Secretario: Francisco Rodríguez
Consejo de redacción: Julio Arriola
 Iñigo Bullain
 José Ramón Canedo
 Félix Echevarría
 Carlos García Gallego
 Beatriz Iñarritu
 José Palacio

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 284

Distribución:

Editorial Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de Suscripción (2 números al año):

España. 3.000 ptas. o 18 euros (IVA incluido)
Extranjero. 32 dólares

NORMAS SOBRE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA
CUADERNOS EUROPEOS DE DEUSTO

1. *Al publicarse en nuestra revista* los artículos deberán tener una *extensión* entre 15 páginas como mínimo (6.930 palabras) y 30 como máximo (13.860).
2. El autor o autores indicarán el *título académico* con el que desean aparecer.
3. Debe incluirse al comienzo del artículo un breve *sumario* de éste, referente a sus epígrafes.
4. Adjúntese al texto escrito, el correspondiente *diskette*.

Gracias.

Publicación impresa en papel ecológico

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91

Fotocomposición: IPAR, S.Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 21/1999

Sumario

Estudios

- D. CANGA FANO, *El Tratado de Amsterdam: valoración crítica desde el punto de vista del Consejo* 11
- P. DYRBERG, *Citizens of the Union and the Union for the citizens: What does the Amsterdam Treaty bringt?* 29
- J. J. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *El Tratado de Amsterdam y la Conferencia Intergubernamental de 1996 desde la óptica del Parlamento Europeo* 53
- C. GIMENO VERDEJO, *El principio de subsidiariedad: aportaciones del Tratado de Amsterdam* 105
- C. F. MOLINA DEL POZO, *Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam* 125
- J. M. MURIEL PALOMINO, *La negociación del Tratado de Amsterdam desde la perspectiva del Estado español: posiciones mantenidas y valoración* 161
- J. PALACIO GONZÁLEZ, *Las reformas introducidas en el sistema judicial comunitario por el Tratado de Amsterdam* 191
- ### Jurisprudencia
- C. GIMENO VERDEJO y M.I. ROFES I PUJOL, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 215

Crónica

B. IÑARRITU, *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*

Estudios

El Tratado de Amsterdam: Valoración crítica desde el punto de vista del Consejo

Diego Canga Fano¹

Sumario: INTRODUCCIÓN.—1. LA PESC EN EL TÍTULO V (TUE).—2. LA JAI EN EL TÍTULO VI (TUE).—3. LAS DISPOSICIONES MATERIALES NUEVAS.—4. NOVEDADES INSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL CONSEJO.—5. MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO INTERNO DEL CONSEJO.

INTRODUCCIÓN

El Tratado de Amsterdam ha entrado en vigor el 1 de mayo de 1999, es decir, diecisiete meses después de su firma en Amsterdam el 2 de octubre de 1997. El acuerdo político sobre el contenido del Tratado se produjo durante el Consejo Europeo de Amsterdam el 16 y 17 de junio de 1997. Fue un Consejo Europeo largo, con negociaciones hasta bien entrada la noche, especialmente el segundo día en el que las cuestiones más espinosas fueron discutidas en profundidad. Entre el acuerdo político de mediados de junio y la firma del Tratado en octubre, el Consejo y sus instancias preparatorias, especialmente el Coreper, trabajaron intensivamente en la puesta a punto jurídico-lingüística del texto consensuado. No fue un trabajo fácil: a los malentendidos naturales que se producen en negociaciones complejas en varios idiomas, se añadieron peticiones de interpretaciones y aclaraciones de los diferentes Estados miembros, Comisión y Parlamento Europeo, que no encontraban su reflejo en el texto presentado por la entonces presidencia holandesa del Consejo. Estas dificultades se fueron resolviendo poco a poco hasta que el texto estuvo listo para su firma el 2 de octubre de 1997.

La ratificación del Tratado de Amsterdam ha sido menos problemática que la de su predecesor, el Tratado de Maastricht. Esto ha sido explicado en ocasiones, como la prueba del distinto nivel de ambición de am-

¹ Administrador Principal en el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea. Las opiniones expresadas en este artículo vinculan únicamente a su autor.

bos Tratados. En mi opinión, esto debe ser matizado. Ciertamente, ambos Tratados tienen sus diferencias. En principio, el Tratado de Maastricht se caracteriza por añadir competencias nuevas, como el capítulo sobre la Unión económica y monetaria, el Título V del Tratado de la Unión Europea (TUE) con las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común (PESC) o el Título VI (TUE), con las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (JAI) mientras que el Tratado de Amsterdam estaba principalmente concebido, no tanto para añadir nuevas competencias, sino más bien para estructurar mejor el entramado institucional de la Unión Europea para prepararla para la futura ampliación. La realidad, sin embargo, es mucho más compleja y así el Tratado de Maastricht tiene disposiciones institucionales muy importantes e, inversamente, el Tratado de Amsterdam añade competencias muy relevantes para los nuevos Títulos V y VI TUE, un capítulo nuevo sobre el empleo u otro sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, etc.

Es cierto que la cuestión esencial desde el punto de vista institucional que tenía que haberse decidido en el Tratado de Amsterdam, a saber, la reponderación de los votos en el Consejo y el tamaño de la Comisión, ha sido aplazada hasta la próxima Conferencia intergubernamental. No obstante, ello no debe, en mi opinión, hacer perder de vista los avances conseguidos en otros ámbitos. Una visión de conjunto del Tratado de Amsterdam merece una valoración más positiva de la que, creo que precipitadamente, ha recibido por una parte de la clase política y la doctrina.

En el presente artículo comentaremos² las principales novedades que el Tratado de Amsterdam aporta en particular para el Consejo de la Unión Europea, estructurando nuestro comentario en cinco capítulos: 1) la PESC en el Título V (TUE); 2) la JAI en el Título VI (TUE); 3) las disposiciones materiales nuevas; 4) novedades institucionales; 5) los cambios necesarios en el Reglamento interno del Consejo.

² Entre las publicaciones dedicadas al Tratado de Amsterdam destaca, *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*, Obra colectiva, Política exterior, Biblioteca nueva, Madrid 1998; J.C. Pirié y G. Maganza, «The Amsterdam Treaty: Overview and Institutional Aspects», *Fordham International Law Journal*, 1999, vol. 2; Varios autores, *Le Traité d'Amsterdam*, RTDE, n. 4-1997; K. Lenaerts y E. De Smitjer, «Le Traité d'Amsterdam», *Journal des tribunaux-Droit européen*, n. 45, février 1998, pp. 25 a 36; J.M. Favret, «Le Traité d'Amsterdam: une révision a minima de la "Charte constitutionnelle" de l'Union européenne», *CDE*, 5-6 1997, pp. 555-605; A. Duff, *The Treaty of Amsterdam*, Federal Trust, Londres, 1997; S. Langrish, «The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights», *ELRev*, 23, 1998, pp. 3-19; P. Manin, «The Treaty of Amsterdam», *The Columbia Journal of European Law*, 1/98, pp. 1-26; M. Petite, «Le Traité d'Amsterdam: ambition et réalisme», *Revue du marché unique européen*, n. 3, 1997, pp. 17-52.

1. LA PESC EN EL TÍTULO V (TUE)

Los objetivos de la PESC en el Tratado de Amsterdam³, Artículo 11 TUE (antiguo artículo J.1)⁴ no han variado de una forma sustancial respecto a lo que ya existía en el Tratado de Maastricht, exceptuando los aspectos de defensa y seguridad común que han sido reforzados en el nuevo Tratado. Así, el nuevo artículo 17 TUE (antiguo artículo J.7), completado con el Protocolo sobre el artículo J.7 (TUE), más la Declaración n.º 2 sobre la intensificación de la cooperación entre la UE y la UEO así como la Declaración n.º 3 relativa a la UEO, sientan las bases⁵ para que desde la entrada en vigor del nuevo Tratado, la UE vaya definiendo progresivamente una política de defensa común.⁶

Más novedosos, sin embargo, son los instrumentos de los que se dota la PESC y los actos por tanto que el Consejo Europeo y el Consejo podrán adoptar. Así, de conformidad con el Artículo 13 TUE (antiguo artículo J.2), el Consejo Europeo definirá **los principios y las orientaciones generales** de la PESC, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa. Asimismo, el Consejo Europeo determinará las **estrategias comunes** que la Unión deba aplicar en ámbitos en los que los Estados miembros tengan importantes intereses en común. Las estrategias comunes definirán sus objetivos y duración, así como los medios que deberán facilitar la Unión y los Estados miembros.⁷

³ Ver, A. Dashwood, «External relations provisions of the Amsterdam Treaty», *CMLReview*, 35, 1998, pp. 1019-1045; G. Maganza, «The Treaty of Amsterdam's changes to the Common Foreign and Security Policy Chapter and an overview of the opening enlargement process», *Fordham International Law Journal*, vol. 22, 1999, pp. 174-186.

⁴ Una de las principales novedades del Tratado de Amsterdam es la reenumeración de los artículos del TUE y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Esta iniciativa fue especialmente impulsada desde el Servicio Jurídico del Consejo para hacer los Tratados más lisibles para los ciudadanos. Curiosamente, las mayores críticas a este ejercicio emanaron de algunos sectores de la profesión jurídica (la Abogacía). Lo cierto es que, tras unos meses con algo de confusión, a la larga, esta novedad será mejor apreciada.

⁵ El pasado 10 de mayo el Consejo adoptó la decisión (1999/321/PESC), relativa a las modalidades prácticas de participación de todos los Estados miembros en las misiones a que se refiere el apartado 2 del artículo 17 del TUE en las que la Unión recurra a la UEO (DO n.º L 123 de 13.5.1999, p. 14).

⁶ En cualquier caso, el propio Tratado, en su artículo 17, apartado 5, anuncia que habrá una revisión a través de una Conferencia intergubernamental.

⁷ El Consejo Europeo de Viena del 11 y 12 de diciembre de 1998 ha acordado cuáles serán las próximas estrategias comunes: «El Consejo Europeo ha invitado al Consejo, de conformidad con las recomendaciones contenidas en su informe, a definir estrategias comunes sobre Rusia, Ucrania y la región mediterránea, teniendo especialmente en cuenta el Proceso de Barcelona y el Proceso de Paz de Oriente Medio, así como sobre los Balcanes occidentales quedando entendido que la primera estrategia común se referirá a Rusia. A la hora de definir otros temas para estrategias comunes, deberán tomarse también en consideración cues-

Por último, los otros instrumentos citados en el Artículo 12 TUE (antiguo artículo J.2), a saber, **acciones comunes, posiciones comunes** y la **cooperación sistemática** entre los Estados miembros, ya existen desde el Tratado de Maastricht, aunque ahora disponen de una definición más precisa sobre su alcance.

Uno de los elementos más destacados del Tratado de Amsterdam en el ámbito de la PESC y que mayor impacto tendrá para la actividad del Consejo es que el **Secretario General del Consejo, Alto Representante de la política exterior y de seguridad común**, asistirá al Consejo en cuestiones propias del ámbito de la política exterior y de seguridad común, en particular contribuyendo a la formulación, preparación y puesta en práctica de las decisiones políticas y, cuando proceda, en nombre del Consejo y a petición de la Presidencia, dirigiendo el diálogo político con terceros. El Consejo Europeo de Colonia del 3 y 4 de junio de 1999 ha designado al español Javier Solana Madariaga para ocupar el nuevo cargo de Secretario General del Consejo y Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común. En calidad de Secretario General adjunto del Consejo, ha designado al francés Pierre de Boissieu.

El Secretario General del Consejo, Alto Representante de la PESC, no estará solo en su trabajo. Además de los recursos humanos y materiales de los que dispone en la actualidad la Secretaría general del Consejo, el Tratado de Amsterdam ha previsto en la Declaración n.º 6, el establecimiento de una **Unidad de planificación de la política y de alerta rápida**. La propia Declaración prevé cuáles serán las tareas de dicha unidad⁸:

- a. observación y análisis de la evolución de la situación en ámbitos referentes a la PESC;
- b. elaboración de evaluaciones de los intereses de la Unión en materia de política exterior y de seguridad, y determinación de los ámbitos en los que la PESC podría centrarse en el futuro;
- c. presentación de, con la suficiente antelación, evaluaciones y alerta rápida en cuanto a los hechos o situaciones que pudieran tener repercusiones importantes para la política exterior y de seguridad de la Unión, incluidas las crisis políticas potenciales;
- d. elaboración, bien a petición del Consejo, de la Presidencia o por propia iniciativa, de documentos en los que se expongan de forma razonada opciones políticas, que se presentarán bajo la responsa-

iones temáticas». En el Consejo Europeo de Colonia del 3 y 4 de junio de 1999, se ha determinado una estrategia común de la Unión Europea para Rusia.

⁸ Veinte personas trabajarán en esta Unidad: quince provenientes de los Estados miembros, tres de la Secretaría general del Consejo, uno de la Comisión y otro de la UEO.

bilidad de la Presidencia como aportación a la formulación de la política en el seno del Consejo, y que podrán contener análisis, recomendaciones y estrategias para la PESC.

Las tareas nuevas del Consejo en materia de PESC y las consecuencias que esto supone para el personal de la Secretaría general del Consejo hizo que la Conferencia intergubernamental, en su declaración n.º 2, invitara al Consejo a que adoptara cuanto antes las disposiciones adecuadas para proceder a la **habilitación de seguridad del personal** de la Secretaría general del Consejo. Siguiendo esta invitación, el Consejo adoptó el 27 de abril de 1998, la decisión n.º 98/319/CE, relativa a las normas con arreglo a las cuales los funcionarios y agentes de la Secretaría General del Consejo podrán ser autorizados a tener acceso a información clasificada en poder del Consejo⁹.

Debe asimismo ponerse de relieve que, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la fórmula de la **troika** será modificada. En vez de estar formada por la actual presidencia del Consejo, acompañada de la anterior y la futura, la nueva fórmula de la troika es la de la actual presidencia, la futura presidencia y el Secretario General del Consejo. La Comisión estará plenamente asociada a las funciones de representación y ejecución de las decisiones de la Unión.

Otra novedad es que la figura de los **representantes especiales** de la Unión Europea, que ha sido utilizada con frecuencia durante la aplicación del Tratado de Maastricht, por ejemplo, para la crisis de los Grandes Lagos o el proceso de paz en Oriente Medio, encuentra un reflejo en la formulación del artículo 18, apartado 5, TUE que prevé que *«Siempre que lo considere necesario, el Consejo podrá designar un representante especial provisto de un mandato en relación con cuestiones políticas concretas»*.

Es preciso también destacar que, respecto a la toma de decisión en la PESC, el Tratado de Amsterdam introduce un elemento de flexibilidad con la llamada **«abstención constructiva»** regulada en el artículo 23, apartado 1, TUE. Según esta disposición, si un miembro del Consejo se abstuviera en una votación, podrá acompañar su abstención de una declaración formal según la cual no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión. En aras de la solidaridad mutua, el Estado miembro de que se trate se abstendrá de cualquier ac-

⁹ DO n.º L 140 de 12.5.1998, p. 12. Un recurso de anulación contra esta Decisión fue presentado por un funcionario de la Secretaría general del Consejo, que ha sido declarado inadmisibile por el Tribunal de primera instancia por auto de 22 de marzo de 1999, asunto T-105/98, Rainer Dumont du Voitel contra Consejo de la Unión Europea (aún no publicado en el Repertorio).

ción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión y los demás Estados miembros respetarán su posición. Con este mecanismo de «abstención constructiva» es de prever que las dificultades que deriven de la toma de decisión por unanimidad, que sigue siendo la regla en la PESC pese a que el nuevo Tratado permite más decisiones por mayoría cualificada, puedan ser reducidas. Pese a todo, el Tratado también contiene mecanismos, como el llamado «freno de emergencia» que atenúa considerablemente la flexibilidad antes citada. En efecto, en virtud del artículo 23, apartado 2, TUE *«Si un miembro del Consejo declara que, por motivos importantes y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que se deba adoptar por mayoría cualificada, no se procederá a la votación. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida al respecto por unanimidad.»*

Una de las cuestiones más controvertidas que se discutió durante la pasada CIG fue la de la atribución o no de la **personalidad jurídica a la Unión Europea**. Un trazo de este debate se encuentra en el artículo 24 TUE, que prevé el llamado «treaty making power», esto es, la capacidad de concluir acuerdos internacionales por parte de la Unión Europea. El artículo, que supone un avance y que permite clarificar las relaciones de la Unión Europea con Estados terceros u organizaciones internacionales, tiene sin embargo dos cautelas de relieve: en primer lugar, ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar que el acuerdo se les aplique provisionalmente y, en segundo lugar, la declaración n.º 4 adoptada por la Conferencia dispone que las disposiciones de este artículo 24 TUE y cualquier acuerdo resultante de las mismas, no llevarán implícito ningún traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión Europea.

Dos últimas cuestiones sobre el Consejo y la PESC en el Tratado de Amsterdam:

- en primer lugar, respecto a las **disposiciones presupuestarias** de la PESC, que fueron una fuente constante de problemas con el Parlamento Europeo (PE) durante la aplicación del Tratado de Maastricht, el nuevo TUE contiene en el artículo 28 el reflejo del acuerdo interinstitucional concluido con el PE en la materia. Quizás la cuestión más relevante de estas nuevas disposiciones, es que, con matices, hay una presunción de comunitarización de los gastos a menos que el Consejo decida otra cosa por unanimidad;
- en segundo lugar, el **Comité Político** seguirá teniendo, como hasta ahora, un papel central en la formulación de la PESC. Esto viene

reflejado en el artículo 26 TUE y en la declaración n.º 5 de la Conferencia que ha añadido un elemento de flexibilidad en la composición de dicho Comité al prever, en los casos urgentes, que pueda estar compuesto no sólo por los directores políticos, sino también por sus adjuntos.

2. LA JAI EN EL TÍTULO VI (TUE)

La principal novedad que aporta el Tratado de Amsterdam en este sector¹⁰ es la «comunitarización» de una parte de las materias que en el Tratado de Maastricht pertenecían al Título VI del TUE y que forman parte ahora del Tratado CE: se trata del nuevo título IV de la parte III del Tratado CE, a saber, los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. No obstante, aunque una parte sustancial del antiguo Título VI del TUE, haya pasado a formar parte del Tratado CE, el actual Título VI del TUE, esto es, las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, conserva materias muy importantes para la integración europea.

Al igual que en el Título V del TUE, en el Título VI el Consejo conserva un papel central en el proceso de toma de decisiones aunque, la Comisión ha extendido su derecho de iniciativa, el PE será consultado por el Consejo y no sólo por la presidencia como ocurría en el Tratado de Maastricht y el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha sido reforzado.

Por lo que se refiere al **objetivo** de la Unión en este campo, el artículo 29 TUE dispone que será «*ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.*»

El Tratado especifica a continuación cómo habrán de lograrse los objetivos a través de:

- una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32 TUE;

¹⁰ J. Monar, «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation», *ELRev*, n. 23, 1998, pp. 320-335.

- una mayor cooperación entre las autoridades judiciales en materia penal;
- la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en material penal.

Estos objetivos son mucho más precisos y desarrollados que los que figuraban en el Tratado de Maastricht. En particular, por lo que se refiere a Europol, sus misiones y poderes salen considerablemente reforzados por el Tratado de Amsterdam.

Si más precisos son los objetivos, más precisos son también los **instrumentos jurídicos** previstos para alcanzar esos objetivos. En efecto, el artículo 34 TUE enumera los tipos de actos que el Consejo, por unanimidad¹¹ y a la iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, podrá adoptar. Estos actos son: a) las posiciones comunes, b) las decisiones marco, c) las decisiones y d) los convenios.

Sobre estos cuatro instrumentos lo más novedoso son las **decisiones marco** que buscan aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Con un lenguaje parecido al previsto para las directivas, el Tratado prevé que las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. El Tratado añade que estas decisiones marco no tendrán efecto directo, precisión ésta que tiene su origen en el temor que tenían algunos Estados miembros a que el TJCE, por la vía de la interpretación, atribuyera a estos instrumentos efectos no deseados por los autores del Tratado.

Debe también destacarse, por lo que se refiere a la celebración de **convenios**, que éstos son adoptados por los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Dado que la práctica ha demostrado que la ratificación de un convenio por los quince parlamentos nacionales puede llevar mucho tiempo¹², el Tratado ha previsto que «*salvo que dispongan lo contrario, los convenios, una vez que hayan sido adoptados por la mitad de los Estados miembros como mínimo, entrarán en vigor para estos últimos.*» Esta norma agilizará sin duda la entrada en vigor de los convenios en materia de justicia y asuntos de interior.

Como se ha indicado con anterioridad, una de las principales novedades del Tratado de Amsterdam en cuestiones de justicia y asuntos de in-

¹¹ Las medidas de aplicación de las decisiones son adoptadas por mayoría cualificada, y las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes.

¹² Por ejemplo, el Convenio Europol, adoptado a través del acto del Consejo de 26 de julio de 1995 (DO C 316 de 27.11.1995, p. 1) ha entrado en vigor el 1 de octubre de 1998.

terior, es la de conferir mayor poder al **TJCE** para asegurar la aplicación e interpretación uniformes de las normas adoptadas. El detalle de esos nuevos poderes se encuentra en el artículo 35 TUE¹³. Por ceñirnos a la posición del Consejo en el marco del presente estudio, sólo destacaremos que el artículo 35, en su apartado 7, prevé, en ciertos casos, un papel para el Consejo de filtro previo a que un asunto sea examinado por el TJCE. En efecto, el TJCE será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de las posiciones comunes, decisiones marco, decisiones o convenios antes citados, siempre que dicho litigio no pueda ser resuelto por el Consejo en el plazo de seis meses a partir de su remisión al Consejo por uno de sus miembros.

El Tratado de Amsterdam lleva consigo la desaparición del llamado comité K4, aunque crea un **Comité de Coordinación**, previsto en el **artículo 36 TUE**, compuesto por altos funcionarios que, además de su función de coordinación, tendrá por misión formular dictámenes dirigidos al Consejo, a petición de éste o por iniciativa propia y contribuir (sin perjuicio del papel del Coreper) a la preparación de los trabajos del Consejo en este ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Al igual que para la PESC, el Tratado otorga el «treaty making power» a la Unión para celebrar acuerdos en la JAI. Igualmente, las disposiciones presupuestarias nuevas de la JAI, tienen muchas similitudes con lo acordado para la PESC.

El Tratado prevé también una serie de disposiciones sobre una **cooperación reforzada** (artículos 43 a 45 TUE), cuyo examen sobrepasa el alcance de este estudio¹⁴.

Otro de los elementos importantes del Tratado de Amsterdam en este campo, es la **integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea**. El Protocolo que regula esta materia prevé que a partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el acervo de Schengen, incluidas las decisiones que haya adoptado hasta la fecha el Comité ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen, será inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros signatarios de los acuerdos de Schengen (es decir, todos salvo Irlanda y el Reino Unido). Estos dos últimos Estados miembros, que no están vinculados por el acervo de Schengen, podrán solicitar en cualquier momento participar en algunas o en todas las disposiciones de dicho acervo. El Consejo decidirá sobre tal

¹³ El día de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el *DOCE* publicaba (DO L 114 de 1.5.1999 p. 56) la relación de las declaraciones de aceptación de la competencia del TJCE para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos contemplados en el artículo 35 TUE.

¹⁴ Ver C.D. Ehlermann, «Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam», *Revue du marché unique européen*, n. 3, 1997, pp. 53-90.

solicitud por unanimidad de los trece y del representante del Gobierno del Estado de que se trate.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo ha trabajado intensamente para dar efecto a tres disposiciones que se encuentran en el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, a saber:

- la ventilación de las bases jurídicas, es decir, para determinar las partes del acervo de Schengen cuya base jurídica quede determinada en el TCE o el TUE (artículo 3 del Protocolo)¹⁵;
- para la asociación de la República de Islandia y el Reino de Noruega a la ejecución del acervo de Schengen (artículo 6 del Protocolo)¹⁶;
- para integrar la Secretaría de Schengen en la Secretaría general del Consejo (artículo 7 del Protocolo)¹⁷.

Aunque hay otras disposiciones relevantes en el Tratado de Amsterdam en el campo de la justicia y asuntos de interior, por limitarnos a lo esencial, debe señalarse que el Tratado contiene un **Protocolo sobre asilo** a nacionales de los Estados miembros de la Unión europea. El Protocolo dispone que la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro sólo podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro en una serie de casos tan restrictivos que hacen extremadamente difícil que la figura del asilo respecto a nacionales de los Estados miembros sea posible.

¹⁵ El 20 de mayo de 1999, el Consejo adoptó dos Decisiones relativas a la determinación del acervo de Schengen a efectos de su incorporación a la Unión Europea y a la atribución de base jurídica para la incorporación del acervo de Schengen. La primera de estas Decisiones establece concretamente los elementos que constituyen el acervo de Schengen; para ello, determina todas las disposiciones y decisiones que o bien siguen teniendo fuerza jurídica vinculante, o bien no han sido sustituidas por disposiciones de Derecho comunitario u otros actos jurídicos, o bien no son competencia exclusiva de los Estados miembros. Tomando como base la definición del acervo de Schengen, la segunda Decisión atribuye a cada disposición base jurídica en los Tratados de la UE (Tratado CE o Tratado UE en su Título VI) para la incorporación del acervo de Schengen a la estructura de la UE. Estas Decisiones todavía no han sido publicadas en el *DOCE*. Ver comunicado de prensa 8286/99 Prensa 155. [N. de R. Publicadas posteriormente en el *DOCE* L 176 de 10 de julio de 1999].

¹⁶ El 18 de mayo de 1999 se ha firmado el acuerdo con Islandia y Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. El acuerdo todavía no ha sido publicado en el *DOCE*. Ver comunicado de prensa 8284/99 Prensa 153. [N. de R. Publicado posteriormente en el *DOCE* L 176 de 10 de julio de 1999].

¹⁷ Ver decisión 1999/307/CE del Consejo, de 1 de mayo de 1999, por la que se establecen las disposiciones para la integración de la Secretaría de Schengen en la Secretaría General del Consejo (DO L 119 de 7.5.1999, p. 49). Esta decisión ha sido contestada en justicia ante el Tribunal de Primera Instancia, asunto T-107/99, María Soledad García Retortillo contra Consejo de la Unión Europea, aún no publicado en el *DOCE*.

3. LAS DISPOSICIONES MATERIALES NUEVAS

Como se indicó al principio de este artículo, el Tratado de Amsterdam estaba destinado a introducir más bien novedades institucionales que materiales. Sin embargo, como también se ha señalado, el Tratado contiene diversas disposiciones materiales nuevas de gran interés, que brevemente comentaremos en las siguientes líneas.

El Tratado de Amsterdam ha reforzado la **dimensión social** de la construcción europea, añadiendo un título nuevo en el Tratado CE sobre el **empleo** (artículos 125 a 130 TCE) y reemplazado las antiguas disposiciones sobre la política social del Tratado de Roma y el Acta Unica Europea por las normas que habían sido adoptadas en Maastricht en el Protocolo sobre política social aplicable a catorce Estados miembros, sólo que esta vez con la aplicación igualmente al Reino Unido (artículos 136 a 145 TCE).

Otro de los ámbitos materiales nuevos, es la parte «comunitarizada» del antiguo Título VI TUE, es decir, los artículos 61 a 69 TCE sobre **visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas**. En este terreno, durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al PE. Después de este período de cinco años, el Tratado prevé que el derecho de iniciativa le corresponda sólo a la Comisión y una participación mayor del PE a través del procedimiento de codecisión. Debe indicarse que en esta materia las competencias del TJCE son particulares (cf. artículo 68 TCE): hay una restricción de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales pero hay también un elemento muy novedoso como la posibilidad de que haya «recursos en el interés de la ley», promovidos por el Consejo, la Comisión o un Estado miembro.

Por último, entre las disposiciones materiales nuevas, nos limitaremos a citar aquéllas de mayor relevancia:

- las disposiciones contra la discriminación (artículo 13 TCE, decisión del Consejo por unanimidad);
- cooperación aduanera (artículo 135 TCE: codecisión);
- nueva formulación de las disposiciones sobre salud pública (artículo 152 TCE: codecisión);
- nueva formulación de las disposiciones sobre protección de los consumidores (artículo 153 TCE: codecisión);
- disposiciones de lucha anti-fraude (artículo 280 TCE: codecisión);
- elaboración de estadísticas (artículo 285 TCE: codecisión);
- protección de datos personales (artículo 286 TCE: codecisión).

4. NOVEDADES INSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL CONSEJO

Debe señalarse, en primer lugar, que el Tratado de Amsterdam supone una considerable **simplificación de los procedimientos de toma de decisión** al reducirlos a tres¹⁸: el simple dictamen del PE, el dictamen conforme y el procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE. Respecto a este último, el nuevo procedimiento de codecisión pone en un auténtico pie de igualdad al Parlamento Europeo y al Consejo¹⁹.

En segundo lugar, respecto al **comité de representantes permanentes** (Coreper), que prepara los trabajos del Consejo y realiza las tareas que éste le confía, el Tratado ha previsto que podrá adoptar decisiones de procedimiento en los casos establecidos en el reglamento interno del Consejo. El comentario de la parte V de este artículo, examina con más detalle esta cuestión.

En tercer lugar, el nuevo apartado 2 del artículo 207 ha previsto que el Consejo estará asistido por una secretaría general, dirigida por un secretario general, alto representante de la PESC, al que asistirá a su vez un secretario general adjunto responsable de la gestión de la secretaría general. Como se indicó con anterioridad, en el Consejo Europeo de Colonia del 3 y 4 de junio de 1999, se ha llegado a un acuerdo para que ambos cargos sean ocupados, respectivamente, por el español Javier Solana Madariaga y el francés Pierre De Boissieu.

En cuarto lugar, por lo que se refiere al **acceso del público a los documentos** de las instituciones y, en particular, a los del Consejo, el Tratado dispone que el Consejo fijará en su reglamento interno las condiciones en las que el público tendrá acceso a dichos documentos. El Tratado añade que el Consejo debe definir 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. Dicha definición se encuentra en el nuevo artículo 6 del reglamento interno del Consejo. En cualquier caso, sigue diciendo el Tratado, 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. En la práctica, esto venía siendo así desde la adopción del antiguo reglamento interno del Consejo de diciembre de 1993, así como desde la adopción del código de conducta de 2 de octubre de 1995, sobre la publicidad de

¹⁸ Con la excepción del mantenimiento del procedimiento de cooperación para la Unión económica y monetaria.

¹⁹ Ver la declaración común sobre las modalidades prácticas del nuevo procedimiento de codecisión (DO C 148 de 28.5.1999 p. 1).

las actas y de las declaraciones en el acta cuando el Consejo actúa como legislador. El Tratado viene por tanto en definitiva a codificar la práctica en esta materia.

En quinto lugar, debe señalarse como muy importante desde el punto de vista institucional la adopción de los protocolos sobre la aplicación del principio de **subsidiariedad y de proporcionalidad** y del cometido de los **parlamentos nacionales**. Ambos protocolos son relevantes también para otras instituciones por lo que nos limitaremos sólo a citarlos en el presente estudio.

Por último, el sistema de **ponderación de los votos en el Consejo** no ha sido alterado²⁰. Como se indicó anteriormente, ésta era una de las cuestiones más importantes que debía resolver la Conferencia intergubernamental que dio lugar al Tratado de Amsterdam. No obstante, la complejidad de los diversos factores en presencia y las divergencias entre los puntos de vista de los «grandes» Estados miembros (que se consideran muy por debajo representados con la ponderación actual) y los «pequeños», para los que políticamente es difícil alterar el statu quo, ha hecho que la solución del problema haya sido aplazada.

El resultado al que ha llegado el Tratado de Amsterdam se encuentra reflejado en el Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea. Dicho Protocolo dispone, en su artículo 1, que *«En la fecha de entrada en vigor de la primera ampliación de la Unión... la Comisión comprenderá un nacional de cada uno de los Estados miembros, siempre que para esa fecha se haya modificado la ponderación de los votos en el Consejo de una manera aceptable para todos los Estados miembros, bien mediante una nueva ponderación de los votos o bien mediante una doble mayoría, teniendo en cuenta todos los aspectos pertinentes, en especial la compensación a aquellos Estados miembros que renuncien a la posibilidad de designar un segundo miembro de la Comisión»*. El artículo 2 dice que *«Al menos un año antes de que el número de Estados miembros de la Unión Europea exceda de veinte, se convocará una conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros con el fin de efectuar una revisión global de las disposiciones de los Tratados sobre la composición y el funcionamiento de las instituciones»*. Para ser completos sobre este asunto, hay que citar también la declaración 50 adoptada por la Conferencia, en la que se acuerda que *«hasta la entrada en vigor de la primera ampliación, se pro-*

²⁰ A. Mangas Martín, «La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3/98, p. 7; A. Stubbs, «Institutional change and the enlargement of the European Union», *Agenda 2000: Herausforderungen an die Europäische Union und an Deutschland*, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Nomos, Baden Baden 1998-99, pp. 169-191.

rrogará la Decisión del Consejo de 29 de marzo de 1994 “Compromiso de Ioannina” y que, antes de esa fecha, se encontrará una solución al caso especial de España».

Los preparativos de esta futura Conferencia intergubernamental están en marcha y el reciente Consejo Europeo de Colonia del 3 y 4 de junio de 1999 dedica tres apartados de sus conclusiones (52 a 54) a esta cuestión. En Colonia los Jefes de Estado o de Gobierno han convenido que el cometido de dicha Conferencia abarque los temas siguientes:

- magnitud y composición de la Comisión Europea;
- ponderación de votos en el Consejo (nueva ponderación, introducción de una doble mayoría, umbral para decisiones por mayoría cualificada);
- cuestión de la posible extensión del sistema de votación por mayoría cualificada en el Consejo.

Podrían tratarse además otras modificaciones necesarias de los Tratados, en tanto en cuanto resulten pertinentes respecto de las instituciones europeas en relación con la citada temática y a efectos de la puesta en práctica del Tratado de Amsterdam.

5. MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO INTERNO DEL CONSEJO

El Tratado de Amsterdam ha hecho necesario modificar en varios puntos el Reglamento interno del Consejo (RIC). El Consejo ha adoptado su nuevo Reglamento interno el 31 de mayo de 1999, y su aplicación es a partir del 1 de junio de 1999.²¹

La primera cuestión que se debe poner de relieve es que, siguiendo la tónica del Tratado de Amsterdam, que dispone en el artículo 1 TUE que el Tratado constituye una nueva etapa ... en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible, el nuevo RIC es aún más «transparentista» que su predecesor. Para dar efecto a lo previsto en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 207 TCE, el Consejo ha definido en el artículo 6 RIC, los casos en que el Consejo actúa en su capacidad legislativa²². En estos casos

²¹ Ver Decisión del Consejo 1999/385/CE, CECA, Euratom, de 31 de mayo de 1999, por la que se adopta su Reglamento interno (DO n.º L 147 de 12.6.1999, p. 13).

²² «Artículo 6

Casos en que el Consejo actúa en su capacidad legislativa:

El Consejo actúa en su capacidad legislativa según lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 207 del Tratado CE cuando adopta normas jurídicamente vinculantes en o para los Estados miembros, mediante reglamentos, directivas, decisiones marco o deci-

se harán públicos los resultados de las votaciones y las explicaciones de voto de los miembros del Consejo, así como las declaraciones consignadas en el acta del Consejo y los puntos de dicha acta relativos a la adopción de actos legislativos. Igualmente, los resultados de las votaciones y las explicaciones de voto se harán también públicos cuando el Consejo adopte una posición común en los procedimientos de codecisión o cooperación. La misma regla se aplicará para las votaciones y las explicaciones de voto de los miembros del Consejo o sus representantes en el Comité de Conciliación del procedimiento de codecisión. El nuevo artículo 7 RIC contiene también otros supuestos en que, si bien la publicidad de las deliberaciones no será automática, como ocurre en los casos en que el Consejo actúa en su capacidad legislativa, la publicidad será considerablemente facilitada.

Por lo que se refiere a la publicación de los actos en el Diario Oficial, el nuevo artículo 15 RIC prevé en definitiva cuatro hipótesis: en primer lugar, una larga serie de actos de publicación automática; en segundo lugar, una serie de actos de publicación «cuasi-automática» (los actos se publican salvo decisión contraria del Consejo o del Coreper); en tercer lugar, una publicación por unanimidad caso por caso de una serie de instrumentos de la PESC y, por último, una publicación caso por caso de una serie de actos de aplicación de actos de base PESC, dependiendo de la eventual publicación del acto de base.

Aunque estas nuevas normas sobre publicación en el Diario Oficial son también más «transparentistas» que las anteriores, debe ponerse de relieve que tampoco aportan una gran novedad respecto a la práctica de los últimos años del Consejo en las que es extremadamente raro encontrar actos que no hayan sido publicados en el Diario Oficial.

Por último, para acabar con el aspecto «transparencia», el artículo 8 RIC, de conformidad con el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 207 TCE, dispone que las modalidades según las cuales el público tendrá acceso a los documentos del Consejo serán aprobadas por éste. En una declaración al acta del Consejo, hecha pública en el momento de la adopción del RIC, el Consejo ha precisado a este respecto que, mientras el Parlamento Europeo y el Consejo no adopten los principios generales y límites contemplados en el apartado 2 del artículo 255 TCE, seguirá en vigor la Decisión 93/731/CE sobre el acceso del público a los documentos del Consejo.

siones, 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 resolucio-

Otro de los ámbitos en los que el RIC da aplicación a lo previsto en el Tratado, se refiere a la adopción por el **Coreper de las decisiones de procedimiento**. Debe ponerse de relieve que:

- a las decisiones de procedimiento que el Coreper podrá adoptar son exclusivamente las que figuran en el artículo 17, apartado 4, RIC;
- b para adoptar una decisión de procedimiento por el Coreper es preciso que el punto correspondiente se haya incluido en el orden del día provisional al menos tres días laborables antes de la reunión. Se precisará la unanimidad del Coreper para establecer excepciones a dicho plazo;
- c por último, una declaración al acta del Consejo adoptada en el momento de la aprobación del RIC, dispone que *«Si un miembro del Consejo considera que un proyecto de decisión de procedimiento para adopción del Coreper con arreglo al apartado 4 del artículo 17 suscita una cuestión de fondo, se someterá al Consejo el proyecto de decisión en cuestión.»*

Pese a las cautelas y condiciones aquí indicadas, es indudable que la adopción de decisiones de procedimiento por el Coreper contribuirá a agilizar y reducir la toma de decisiones en el Consejo.

El tercer gran ámbito de novedades del RIC se refiere a las consecuencias que hay que sacar de la **ausencia de participación de algunos miembros del Consejo en el derecho de voto**. En efecto, ya el Tratado de Maastricht contenía algunos elementos de cooperación reforzada, como la Unión Económica y Monetaria o el Protocolo y el Acuerdo social anejo aplicable sólo a catorce Estados miembros. El Tratado de Amsterdam añade disposiciones específicas de cooperación reforzada, así como materias que no serán de aplicación en todos los Estados miembros como el acervo de Schengen. Cuando se modificó el RIC para tener en cuenta las novedades del Tratado de Amsterdam, se ha considerado necesario reflejar las consecuencias procedimentales de la ausencia de participación en el voto a fin de que un miembro del Consejo que no participe en una determinada decisión, no pueda al mismo tiempo utilizar los derechos que le otorga el RIC para impedir u obstaculizar el trabajo de los que sí voten. Para ello, en el anexo I del RIC, se ha previsto que, en la aplicación de las disposiciones citadas en dicho anexo, y por lo que respecta a las decisiones sobre las cuales, en aplicación de los tratados, algunos miembros del Consejo o del Coreper no pueden participar en las votaciones, no se tendrá en cuenta el voto de dichos miembros.

Por último, hay varias novedades en el RIC de las que nos limitaremos a citar las más relevantes:

- por ejemplo, el RIC contiene precisiones de forma y de publicación de los nuevos tipos de instrumentos creados por el Tratado de Amsterdam como las estrategias comunes o las decisiones marco;
- se ha modificado el artículo sobre el orden del día del Consejo para tener en cuenta el respeto de los plazos previstos en el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea;
- se refleja en el RIC el hecho de que la Unión Europea pueda concluir acuerdos internacionales;
- en consonancia con la preocupación expresada durante la pasada CIG para mejorar la calidad de la redacción de los actos comunitarios, el RIC encarga al Servicio jurídico del Consejo de verificar, con la suficiente antelación, la calidad de la redacción de las propuestas y proyectos de actos y de formular sugerencias en materia de redacción dirigidas al Consejo y a sus órganos;
- finalmente, dado que el Tratado de Amsterdam ha creado la figura del secretario general adjunto del Consejo, varios artículos del RIC contienen una referencia al mismo.

Bruselas, 22 de junio de 1999

Citizens of the Union and the Union for the citizens: What does the Amsterdam Treaty bring?

Peter Dyrberg¹

Sumario: INTRODUCTION: MAASTRICHT AND POST-MAASTRICHT.—THE LANGUAGE REGIME.—TRANSPARENCY: PUBLIC ACCESS AND REASONING.—CONCLUDING REMARKS.

INTRODUCTION: MAASTRICHT AND POST-MAASTRICHT

The Maastricht Treaty introduced the notion of citizenship of the Union, following a proposal from the Spanish government. All citizens of the Member States were also to be citizens of the Union. The provisions on the citizenship were not inserted into the part of the Treaty on the Union concerning the Union; the provisions found their way into the EC Treaty as Chapter 2 (Articles 8 to 8e (Articles 17 to 22 in the new numbering)). Although the Union has no legal personality, the term «citizenship of the Union» was retained².

The introduction of Union citizenship was welcomed with much enthusiasm. The introduction was considered to be an innovative and qualitative step further towards the construction of Europe. Citizens of the Member States would not longer be subject to Community law only because they were engaged in some kind of economic activity, be it as worker or provider of services. The citizenship added a new dimension to the integration efforts by creating a non-economic link between the Union and the citizens. There is probably no doubt that the introduction of the citizenship may have great symbolic and political value, maybe

¹ Head of the European Ombudsman's Brussels Antenna. As from 1 August 1999, Director of the Legal Service of the EFTA Surveillance Authority. The opinions expressed are strictly personal.

² Araceli MANGAS MARTIN: «La ciudadanía de la Unión Europea», in *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993. For the importance of the choice on treaty, see also Diego LIÑAN NOGUERAS: «La ciudadanía de la Unión Europea», in *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, directed by Gil Carlos Rodríguez Iglesias and Diego Liñán Nogueras, Madrid, 1993.

even emotional to the extent that citizens identify with it. And now that European citizenship is there, it is bound to remain part of the European construction and to be expanded upon. The notion probably also holds out a promise for the future of the Union; a promise that the Union is also for ordinary citizens. Thus, the advent of the Maastricht Treaty was positive on that account.

However, it was also quickly observed that in legal terms, the citizenship introduced had limited scope. The Amsterdam Treaty has not changed this. The contribution of the Amsterdam Treaty to the citizenship of the Union is even more limited than that of the first provisions which created the citizenship. And as a number of citizens, at least in some Member States, had been reserved towards the idea of a Union citizenship, fearing that it would endanger their national citizenship, the Amsterdam Treaty added a line to the effect that «Citizenship shall complement and not replace national citizenship»³.

Basically, the citizenship introduced by the Maastricht Treaty contains the following facets:

- a right to move and reside freely within the territory of the Union,
- a right to vote in and stand for municipal and European elections in another Member State,
- a right to diplomatic and consular protection by other Member States in third countries,
- a right to petition the Parliament and to apply to the Ombudsman.

The first right is «subject to the limitations and conditions laid down in this Treaty and by the measures adopted to give it effect». Thus, the right hardly adds anything to the existing situation. The Court of Justice has consequently not made much use of the provision in its case law. However, in one ruling it has slightly extended the scope of existing provisions and chosen to do this by referring to the citizenship⁴.

The second right seems to point to something fundamental. Citizenship is normally associated with political rights, the right to vote in and stand for election to a public office. However, some Member

³ For the work on citizenship of the Intergovernmental Conference which lead to the Amsterdam Treaty, see María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO: «Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: De Maastricht a Amsterdam», in *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1998, p. 261.

⁴ Judgment of 12 May 1998 in case C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691. The Court has also referred to the citizenship provisions as an additional supporting argument for results which it has reached on the basis of other Treaty provisions, see judgment of 24 November 1998 in case C-274/96, *Bickel and Franz*, not yet reported but available on the Court's web-site through <http://europa.eu.int>.

States have already dissociated municipal elections from the question of citizenship, as they grant the rights to any foreigner, once he has been residing on their territory for a certain period. The rights concerning municipal elections have been implemented through Council Directive 94/80 and as concerns the right to vote and stand for elections to the European Parliament in a Member State, of which one is not citizen, the implementing act is Council Directive 93/109⁵. If one is a supporter of European integration, the reading of these acts may be a bit saddening and in any case, revealing of the problems that European integration faces. In both acts there are derogations to accommodate Member States in which there are a large number of Union citizens who are not nationals of the Member State in which they reside; in such States, the right to vote and to stand for election for the «foreign» Union citizens may be submitted to restrictions. Thus, Union citizens are equal, but if the «foreign» Union citizens are too numerous, they have to be made less equal⁶.

Concerning the third right, the implementing modalities have been laid down by Decision 95/553⁷. The right is obviously important if one is in need of it. However, learned observers have remarked that the right hardly goes beyond what the citizens would have been entitled to on the basis of classical instruments of international law, concluded between the Member States⁸. And in any case, one may fear that the right is indifferent to the vast majority of citizens, who will never be in need of it⁹.

The right to petition the European Parliament and to apply to the European Ombudsman shows that the Union became aware of the need to ensure in a modern society that public authorities are also subject to extra-judicial redress and control mechanisms. There are no implementing provisions of the right to petition the Parliament apart from what can be

⁵ Respectively OJ 1994 L 368/38 and OJ 1993 L 329/34.

⁶ For literature on the election rights, see, *inter alia*, Hans-Claudius TASCHNER: «Droit de vote et d'éligibilité pour les citoyens de l'Union européenne», in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, p. 13; Massimo SILVESTRO: «Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et au Parlement européen», in *European Citizenship*, edited by E. A. Marias, Maastricht, 1994.

⁷ OJ 1995 L 314/73.

⁸ So Joseph WEILER: «European Citizenship - Identity and Differentity», in *European Citizenship - An Institutional Challenge*, edited by Massimo La Torre, Florence, 1998, and «Les droits des citoyens européens», in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, p. 35, at p. 39.

⁹ For legal literature on this specific right, see, *inter alia*, Joseph WEYLAND: «La protection diplomatique et consulaire des citoyens de l'Union européenne», in *European Citizenship*, edited by E.A. Marias, Maastricht, 1994, and Diego LIÑÁN NOGUERAS, loc. cit.

found in the Parliament's Rules of Procedure. The Statute of the Ombudsman has been enacted by Parliament Decision 94/262¹⁰.

In the literature, there has been discontent with the fact that more flesh was not given to the notion of citizenship¹¹. However, there seems to have been limited common ground on the question what that flesh should be. In the absence of provisions to comment upon, quite a considerable part of the literature has devoted itself to questions such as, what are the promises which the notion of citizenship implies and whether the notion will foster European integration; these are questions which bear a heavy link to disciplines of political science such as integration theory and political philosophy. The intellectual debate did not make much impact on the final Amsterdam Treaty. In fact, the Treaty only added one substantial right to the aforementioned ones:

—a right to receive from the Community institutions a reply to a written submission in the language of the citizen concerned.

However, there is a cluster of elements which Maastricht fostered, or were brought about in the events following Maastricht, and which bear a close link to citizenship. It is known that the ratification procedure of the Treaty ran into severe problems in a number of Member States, of which

¹⁰ OJ 1994 L 113/15. For literature on the right to petition or the Ombudsman, see, *inter alia*, Katja HEEDE: «Enhancing the Accountability of Community Institutions and Bodies: The Role of the European Ombudsman», in *European Public Law*, 1997, p. 587; Ricardo GOSALBO BONO: «Le Médiateur», in *Répertoire communautaire Dalloz*, Paris, 1995; Konstatinos MAGLIAVERAS: «Best Intentions but Empty Words», in *European Law Review*, 1995, p. 403; ASTERIS PLIAKOS: «Le Médiateur de l'Union européenne», in *Cahiers de droit européen*, 1994, p. 578; Ignacio HUARTE-MENDICOA: «El Estatuto del Defensor del Pueblo», in *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993; and Asteris PLIAKOS: «Les conditions d'exercice du droit de pétition», in *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 317.

¹¹ As for literature on citizenship, apart from the one quoted in previous notes, see, *inter alia*, David O'KEEFE and Antonio BAVASSO: «Fundamental Rights and the European Citizen», in *European Citizenship - An Institutional Challenge*, edited by Massimo La Torre, Florence, 1998; Jo SHAW: «The Interpretation of European Union Citizenship», in *Modern Law Review*, 1998, p. 293; Jo SHAW: «The Many Past and Futures of Citizenship in the European Union», in *European Law Review*, 1997, p. 554; Antje WIENER, «Assessing the Constructive Potential of Union Citizenship - A Socio-Historical Perspective», published on 23 September 1997 and available at the site of European Integration Online Papers, <http://eiop.or.at/eiop/>; Wolfgang STREECK: «Citizenship under Regime Competition: The Case of the "European Work Councils"», published on 10 April 1997 and available at <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/>; Carlos CLOSA: «Citizenship of the Union and Nationality of Member States», in *Common Market Law Review*, 1995, p. 487; Siofra O'LEARY: «The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law», in *Common Market Law Review*, 1995, p. 519; and Robert KOVAR and Denys SIMON: «La citoyenneté européenne», in *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 285.

the most outstanding and dramatic probably was the Danish population's rejection of the Treaty in the first referendum held on the Treaty. Thus, the people exercised their democratic right of being in disagreement with their politicians. It was widely believed that these problems reflected popular discontent with the European construction and that this discontent was nurtured by the remoteness and opaqueness of the institutions which were meant to be at the core of building Europe. It was held that what people wanted was not necessarily no Union, but a more open and transparent Union, in which the authorities were accountable, service-minded and citizen-friendly. The Amsterdam Treaty brings a whole new Article on an issue which is at the core of this transparency movement, namely public access.

Against this background, this paper will mainly focus on the language regime of the Union and on public access to documents.

THE LANGUAGE REGIME

The language regime of the institutions was barely regulated in the Treaties until the Treaty of Amsterdam. Article 248 EC Treaty (Article 314 in the new numbering) only provides that the Treaty is authentic in the twelve official languages (Irish Gaelic included), as does Article S in the Treaty on the European Union (Article 53 in the new numbering). The language regime as such is established by Regulation 1/58 and the contribution of Amsterdam is quite limited. The Treaty inserts into the provisions on citizenship a new paragraph in Article 8d (Article 21 in the new numbering) which reads as follows:

«Every citizen of the Union may write to any of the institutions or bodies referred to in this Article or in Article 4 in one of the languages mentioned in Article 248 and have an answer in the same language.»

This provision does not add much to the existing regime, enacted by Regulation 1/58, apart from the constitutional anchorage it now has.

One may wonder whether the language regime of the Union is worth commenting upon. My assumption is that the regime may come under fire in the future, and actually, under double fire. In the first place, it is known that in a number of Member States, there exist official languages beyond the twelve in which the Treaties officially exist. It cannot be excluded that speakers of these other languages will undertake efforts to have material, emanating from the institutions, translated into their languages. Actually, in the past, such efforts have been undertaken, and with the growing

tendency to assert local, regional or national particularities, it seems unlikely that these efforts will diminish¹².

On the other hand, it is also known that a large part of the administrative costs of the Union institutions goes to translation and interpretation. For a number of years now, the institutions have been under pressure to limit their administrative costs, and the Community budgetary authority has, at least until recently, been of the opinion that administrative costs should in principle not be allowed to increase¹³. At a moment in the mid-90s, the budgetary committee of the European Parliament went so far as to consider the abolition of the translation of the debates of the Parliament. Seen from a budgetary point of view, such thoughts may seem understandable, as it is indeed doubtful how many citizens may feel inclined to read the debates. However, one is on a dangerous road if one accepts such kind of thoughts¹⁴.

Moreover, one should remember that the coming enlargements will further add to the number of languages which could be official languages of the Union. From many sides, it is put forward that it will not be manageable to have institutions with 15 to 20 official languages¹⁵. The enlargements also add to the number of language families of the Union; at present, there are no Slavic languages amongst the official languages. The linguistic complexity will thus be augmented.

Against this background, it is believed that it is worthwhile to have a closer look at the language regime of the institutions. Below, the current rules included the provision of the Amsterdam Treaty are examined. Thereafter follow some comments on whether it is feasible to maintain the regime.

The current rules. Regulation 1/58 has been enacted on the basis of Article 217 EC Treaty (Article 290 in the new numbering)¹⁶. The provision

¹² See for instance the European Parliament's resolution on the use of the Catalan language, OJ 1991 C 19/42. In this Resolution, the Parliament invites the Council and the Commission to undertake efforts, inter alia, with a view to publish the Treaties and the most important documents in Catalan and to disseminate all available public information material also in Catalan.

¹³ It remains to be seen whether the work undertaken by the Committee of the Five Wise Men will have any impact in this policy orientation. One of the conclusions in the first report submitted on 15 March 1999 by the Five was that the Commission's problems to some extent were caused by under-staffing.

¹⁴ Parliament has normally been considered to be a strong supporter of the equality of languages, see for instance its Resolution on the use of the official languages in the institutions of the European Union, OJ 1995 C 43/91.

¹⁵ See for instance, David ORDÓÑEZ SOLÍS: «Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo», in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, p. 593, at p. 617.

¹⁶ Regulation 1/58 is published in OJ 1958 L 17/385 and has successively been amended. The EURATOM Treaty contains a provision like the one in the EC Treaty, Art 190, under

states that the Council shall determine the language rules unanimously and without prejudice to the rules thereupon laid down in the Rules of Procedure of the Court of Justice¹⁷. According to Article 1 of the Regulation, the «official and the working languages of the institutions» are Spanish, Danish, German, Greek, English, French, Italian, Dutch, Portuguese, Swedish and Finnish. Thus, there are eleven languages.

The Regulation lays down as a general principle that the language follows the non-Community institution actor in the communication; according to Article 2, documents which a Member State or a person subject to the jurisdiction of a Member State sends to the institutions may be drafted in any one of the eleven languages selected by the sender. The reply of the institution concerned has to be drafted in the same language. It is this provision which has been given, in part, constitutional weight by the Amsterdam Treaty. According to Article 3, documents which an institution sends to a Member State or to a person subject to the jurisdiction of a Member State shall be drafted in the language of that State.

According to Articles 4 and 5, regulations and other documents of general application shall be drafted in the eleven official languages and the Official Journal shall be published in the same languages. An institution may stipulate in its rules of procedures which of the languages are to be used in specific cases. To my knowledge, no institution has made use of this faculty.

Institutional coverage of the current rules. The new paragraph in Article 8d covers the Parliament, the Council, the Commission, the Court of Justice, the Court of Auditors, the Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the Ombudsman. Thus, citizens do not appear to have a constitutionally anchored right to address for instance the European Central Bank and the European Investment bank in their own language. The scope of Regulation 1/58 must be assumed to be even more limited. The Regulation refers to the «institutions of the Community», which may be understood as a reference to the institutions which Article 4

which the Council has enacted equally a Regulation 1/58, OJ 1958 L 17/401. Questions as to language regime has apparently not attracted the attention of the founding fathers of the Coal and Steel Community, nor the legislator.

¹⁷ The Rules of Procedure of the Court lay down detailed rules on the language in which proceedings shall be conducted. These language rules are normally examined by the legal literature which deals with the Court and therefore shall not be examined here, see for instance, José PALACIO GONZÁLEZ: *El Sistema Judicial Comunitario*, Bilbao 1996, at p. 110. Here it shall just be mentioned that the rules also provide for Irish as a language of procedure and that the Rules of Procedure of the Court also require unanimous approval of the Council. As concerns the non-judicial side of the Court's activities, it must be assumed that Regulation 1/58 applies.

EC Treaty enumerates at any given moment (Article 7 in the new numbering). Thus, it must be assumed that the Regulation does not apply to the Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the Ombudsman to which thus only Article 8d applies. The Regulation does neither apply to the decentralized agencies which have been created over the years. This assumption seems confirmed by the fact that the Council in establishing the Trade Mark Office in Alicante departed from the normal language regime without modifying Regulation 1/58¹⁸. Article 115 of the founding Regulation lays down a special language regime for the Office, the main principle of which is that the Office has five languages, Spanish, German, English, French and Italian. Furthermore, in the case of the Plant Variety Office, the Council explicitly provided that Regulation 1/58 should apply to it¹⁹.

However, no matter whether Regulation 1/58 applies or not, it appears that all Community authorities attempt to comply with the principle set out in the Regulation; for instance, the European Ombudsman Office has ever since its creation received complaints in the eleven official languages and the Office's website also exists in all the eleven languages²⁰. One may wonder whether this practice of the Community authorities may find a constitutional anchorage in Article 6 EC Treaty (Article 12 in the new numbering).

The language coverage of the current rules. It shall be pointed out that Regulation 1/58 only recognizes eleven official and working languages while the Treaty recognizes twelve, as Irish is included (the Treaty languages). The new paragraph in Article 8d concerns the Treaty languages. Thus, after the coming into force of the Treaty of Amsterdam, the authorities covered by Article 8d will have to be able to be operational in Irish.

Official language/working language. Regulation 1/58 presupposes a distinction between official languages and working languages, which the Regulation then in turn appears to make superfluous, as all the eleven languages are both official and working languages. However, in practice, the distinction is relevant. The general trend in the Community authorities is that the working language is French and/or English. There may be deviations from this general trend; for instance, at the Commission,

¹⁸ Regulation 40/94 on the Community Trade Mark, OJ 1994 L 11/1. The legality of the language provision was challenged, but the action was held inadmissible, see judgment of 28 March 1996 in case C-270/95 P, *Christina Kik v Council and Commission* [1996] ECR I-1987.

¹⁹ Art 14 of Regulation 2100/94 on Community Plant Variety Rights, OJ 1994 L 227/1.

²⁰ The implementing provisions adopted by the Ombudsman provide that complaints may be lodged in any of the official languages.

documents submitted for deliberation by the College of Commissioners are drafted in French, English and German, and the Parliament's Rules of Procedure provide that all documents shall be drafted in all the official languages. French is (still?) more extensively used as a working language than English, and this is sometimes reflected in the recruitment procedures of the Community authorities. However, there is reality in the provision of Regulation 1/58 on working languages to the extent that incoming submissions are processed without translation into one of the unofficial working languages.

Which documents are covered by the current rules? Article 8d provides that the citizen may write in any of the Treaty languages and have a reply in the same language. «Write» means probably to address the institution in any verbal way which is not oral. Thus, the citizen may address the institution concerned by letter, fax, cable or e-mail. Regulation 1/58 uses the term «documents». There seems to be no compelling reasons for not including in the term «documents» communication by electronic means and thus, e-mails and other electronic documents may request an answer in the language of the citizen²¹.

One may wonder whether Article 8d and Regulation 1/58 are meant to cover all written communication between the citizen and the Community authorities concerned. Given the drafting of the provisions, one may be tempted to answer that question in the affirmative. However, it may be questionable whether such an answer is reasonable in practical terms. For their mere functioning, the institutions engage in a high number of relations governed by private law, such as rent contracts, service contracts, provision of goods, etc. Often the conclusion of such contracts will be preceded by a public tender. One may wonder whether the authority concerned should be barred from conducting such interaction in one of the unofficial working languages of the authority, that is English or French. Tendering document may be quite voluminous, very often including numerous annexes of technical and commercial specifications. Should the authority concerned be obliged to provide these documents in any official language in which it is addressed or should the actual or potential contractor be obliged to accept the documents in one of the unofficial working languages? Should the authority, and in last resort, the tax-payers, pay for the translation costs or should the contractor concerned be left to sort out any language problems himself?

²¹ The development of new information technologies may require the adoption of specific language provisions. The web-sites of the main institutions appear to exist in the official languages. However, to my knowledge the web-sites of other Community authorities do not exist in all the official languages.

In approaching these questions, it shall be observed that Article 8d only concerns natural persons and not legal persons. One may thus argue that Article 8d does not confer a right upon the citizen when he acts on behalf of a legal person. As most contractors will be legal persons, there would thus be no language problem under Article 8d. Apart from the fact that this kind of reasoning would lead, at least theoretically, to an unfair competition situation between legal and natural persons, it leaves unanswered the question whether the legal person would have any right under Regulation 1/58. Faced with this problem, one could argue that Regulation 1/58 just provides that documents may be submitted in any of the official languages and that the institution has to draft its **reply** in the same language. Thus, the provision should not cover documents annexed to the reply. Whether this is an adequate reading of the Regulation is in my view doubtful, in case the annexes also have been established by the institution concerned. In any case, it still permits the contractor to submit his documents in his own language and thus impose the translation costs on the authority concerned.

One way out of this problematic could be to consider that the language rules concern only the situation where the public authority is approached as such. Thus, when the Community authority acts with a view to enter into contractual relationships governed by private law, it should not be bound by the rules. In favour of such a consideration, one may argue that the purpose of the language provisions is to give the citizens equal access to the Community administration and not to rule out some competitive advantage which a contractor may have because his language coincides with the one in which tendering and contract documents are drafted. One may also advance, in support of this, that a possible contract would be governed by the law of a national legal system and, therefore, it would be most adequate that documents are drafted in the language of that national legal system. Furthermore, if one considers that Regulation 1/58 should not apply, this should not imply that the Community authorities had a completely arbitrary choice of language. The authorities should still be obliged to justify their choice in accordance with principles of good administration.

However, it must be conceded that this reasoning as well as others exposed above may perhaps be challenged by a contractor by referring to the prohibition on grounds of nationality, enshrined in Article 6 EC Treaty, which Community authorities are also bound to respect. Language discrimination may amount to indirect discrimination and all things being equal, it must be assumed that a Swedish contractor, receiving a pile of tendering documents in French, will be in a less favourable situation than the French contractor who receives the same

pile. If such a challenge were successful, it could be that the language regime of the Trade Mark Office mentioned above may equally fall.

Case law. To my knowledge, there has so far not been any final ruling of the Community Courts by which a measure adopted by a Community authority is annulled because it is in breach of Regulation 1/58. However, in a number of cases, the Regulation has been invoked and, in one case, it appears that the Court of First Instance considered that a breach of the Regulation in combination with a breach of a provision of the Rules of Procedure of Commission could lead to annulment; however, the Court of Justice in appeal did not consider the Regulation but based its result entirely on the provision in the Rules of Procedure²².

In another case, the German government invoked the Regulation against the Commission. The case concerned the Standing Committee for Construction; one of the numerous committees which are created by Community legislation, which are composed of national civil servants and through which the Commission has to go before it can adopt measures. The Rules of Procedure of the Committee provided that documents to be dealt with at a Committee meeting had to be sent within a given time limit before the meeting. However, the Commission had only sent an English version within the time limit to the German representatives, while the German version had been sent outside the time limit. The Court observed that sending the English version within the time limit clearly was a failure to comply with Regulation 1/58. Thereafter, the Court annulled the contested measure on the grounds that it had been adopted in breach of a number of the provisions of the Rules of Procedure of the Committee²³.

In two competition cases, *Europemballage and Continental Can* and *Finnboard*, companies established outside the territory of the

²² Respectively judgment of the Court of First Instance of 27 February 1992 in joined cases T-79/89 and others, *BASF v Commission*, by which the Court of First Instance eventually considered the challenged measure non-existing, [1992] ECR II-315, at paragraph 58, and judgment of the Court of Justice of 15 June 1994 in case C-137/92 P, *BASF v Commission* [1994] ECR I-2555. In its judgment the Court of Justice found that it constituted a breach of the then Rules of Procedure of the Commission that a measure had not been adopted by the Commission in all the language versions in which it would be authentic. The Court's case law leaves very little room for modification of acts once adopted—in principle only simple corrections of spelling and grammar may be made after the formal adoption, see judgment of 23 February 1988 in case 131/86, *United Kingdom v Council* («Battery Hens») [1988] ECR 905. It is not uncommon that inconsistencies in the original are detected under translation work which may therefore lead to changes in the original. Thus, independently of any Rules of Procedure, it seems wise that acts are adopted in the languages in which they will be authentic.

²³ Judgment of 10 February 1998 in case C-263/95, *Germany v Commission* [1998] ECR I-441.

Community had invoked the Regulation. In *Europemballage and Continental Can*, the Court of Justice observed that the companies had their headquarters outside the Community and thus were not subject to the jurisdiction of a Member State. The choice of language had then to be based on what relations the companies had with one or another Member State of the Community. The Court then observed that one of them had a branch office in Brussels and had used the French language under the preceding administrative procedure; the language used by the Commission in the contested decision. On these grounds, the Court found that the companies could not challenge the language used²⁴. In *Finnboard*, the Court of First Instance found it justified in a similar situation that the Commission had used the English language as the company concerned communicated with its branch offices within the Community in that language²⁵. Both decisions appear fair; if the companies had not objected to the language chosen by the Commission in the preceding administrative procedure, there seems to be no reason why they should be successful in challenging the Commission decision, drafted in the same language. Both rulings are interesting in that it appears that the Community authority is not completely free to take whatever language it wants in case Regulation 1/58 does not apply, and in that it seems taken for granted that violation of Regulation 1/58, in case established, could possibly lead to annulment. However, in another competition case, where the Court of Justice had established a breach of Regulation 1/58, it did not annul for that reason, as the failure had not had any damaging effects²⁶. The fact that an adopted measure is communicated to a citizen in languages other than his own, if done so in addition to his language, can of course not affect the validity of the measure²⁷.

Furthermore, the Court of First Instance has held that it was justified that the Commission had communicated annexes, which did not emanate from the Commission, to a company without translation²⁸.

Shall the existing regime be maintained? After this examination of the current rules, the question can be addressed whether the existing

²⁴ Judgment of 21 February 1973 in case 6/72, *Continental Can and Europemballage v Commission* [1972] ECR 215.

²⁵ Judgment of 14 May 1998 in case T-338/94, *Finnboard v Commission* [1998] ECR II-1617.

²⁶ Judgment of 15 August 1970 in case 41/69, *ACP Chemiefarma v Commission* [1970] ECR 661.

²⁷ Judgment of 16 December 1975 in joined cases 40-48/73 and others, *Suiker Unie v Commission* [1975] ECR 1663.

²⁸ Judgment of 6 April 1995 in case T-148/89, *Tréfilunion v Commission* [1995] ECR II-1063.

regime should be maintained. It is clear that the present regime presents a number of short-comings and leaves room for some interpretation doubts. These will have to be overcome by the administrative practice of the Community authorities, the Community Courts, the Community legislator and/or the Ombudsman. Of the shortcomings, the most serious one, in my view, is probably that the citizens do not have a formal right to address a number of Community authorities in their own language. Even if this is remedied in practice by the authorities' efforts to comply with the general principle of Regulation 1/58, it would be best that the citizen had a clearly stated right, in particular when one takes into account the cost saving winds which are blowing at present. This is not said in order to disapprove of cost saving measures in general; public authorities spend public money and should obviously seek to reduce their costs. However, reducing translation costs is hardly the way to bring the Union closer to its citizens. Authorities, which cannot speak the language of the citizens, will rightly be perceived as alienating and illegitimate. Therefore, one should not embark on reducing the number of official languages. No matter how many States join the Union, the citizens must be able to read texts and to communicate with the authorities in their own language. On the contrary, there would be no harm done in limiting the number of working languages, as long as the Community authorities ensure that there is equal access to employment for all citizens of the Union, for instance by providing for the necessary language courses for civil servants hired.

TRANSPARENCY: PUBLIC ACCESS AND REASONING

In the transparency debate since the Maastricht Treaty, transparency has become a term with many facets. Basically it covers any measure which aims at enabling citizens to know what is happening in public institutions. The transparency debate covers issues such as information policy, open decision-making procedures, reasoning, freedom of expression of civil servants, public access to documents, drafting of understandable texts and codification and simplification of acts in force²⁹. Transparency is closely linked to the desire of having an accountable administration. Given the events of March 1999 related to the Commission —when the

²⁹ On the last mentioned issues, see, inter alia, David ORDOÑEZ SOLÍS, loc. cit.; Christian TIMMERMANS: «How can one improve the quality of Community legislation», in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1229, and STEFANIA DRAGONE: «La codification communautaire: techniques et procédures», in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, p. 77.

entire Commission resigned— there is reason to believe that transparency will not lose its topicality in the first coming future, although the accent in the debate may be shifted to some extent.

The desire for transparency is also reflected in the Amsterdam Treaty; amongst others, Article A in the Treaty on the Union (Article 1 in the new numbering) is amended to the effect that decisions shall not only be taken as closely as possible to citizens, but also as openly as possible. Furthermore, the Treaty has provided a whole Article on public access to documents.

The following will mainly focus on public access to documents; thereafter there will be some short comments concerning reasoning. Public access is subject which has received quite some attention in legal literature³⁰; reasoning from a transparency point of view has received less. However, before going into these two aspects of transparency, it is worthwhile ascertaining where the struggle for transparency «ideologically» belongs.

Where does the struggle for transparency belong «ideologically»? In approaching this question, one should firstly make the caveat that the intention is not to put all transparency fighters on a common denominator. The motives for which one person or another joins the movement for transparency lie in principle fully in the personal domain of the person concerned and may vary considerably, for instance from political to emotional ones. The intention is to try to distillate the intellectual

³⁰ As for legal literature on public access to documents, see, *inter alia*, Ulf ÖBERG: «Public access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?», available at <http://eiop.or.at/eiop>; Agustí CERILLO I MARTÍNEZ: *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente*, Valencia, 1998; Inger ÖSTERDAHL: «Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union», in *European Law Review*, 1998, p. 336; Hans RAGNEMALM: «Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union Européenne aux documents détenus par les institutions communautaires», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, 1998, p. 809; Veerle DECKMYN and Ian THOMSON (editors): *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998; Case note by Edoardo CHITI on case T-105/95, *WWF UK v. Commission*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 189; Fredrik SEJERSTED: *Innsyn og Integrasjon*, Oslo, 1997; Peter DYRBERG: «El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias», in *Revista de derecho comunitario europeo 1997*, p. 377; Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILLA: «El acceso público a los documentos del Consejo de la Unión Europea: Últimos desarrollos», in *Gaceta Jurídica de la C.E.*, 1997, B-120, p. 5; Frédérique LAFAY: «L'accès aux documents du Conseil de l'Union: Contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 37; K. A. ARMSTRONG: «Citizenship of the Union», in *Modern Law Review*, 1996, p. 582; Saverio DE BELLIS: «L'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio dell'Unione Europea», in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 803; and Case note by Patrick TWOMEY on case T-194/94, *John Carvel and the Guardian v. Council*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 831.

ramifications and background to the whole idea that transparency is a plus. In doing so, a reasonable starting point is the agenda of the transparency debate. As stated above, the agenda covers issues as public access to documents, understandable texts, open decision-making procedures. These issues have in common that the activities or the outcome of the activities of public authorities should be visible and accessible. And for whom? Evidently, not for the small number of people who populate public authorities and which presumably know the activities, but for the public, for the citizens. They are the ones who, in last resort, have to decide on the functioning of public authorities and to pay for them. Consequently, they also have a right to know, and if they do not know, how should they make well-informed decisions about public authorities? The struggle for transparency is thus closely linked to a quest for a better working democracy, in which decisions are to be taken on a rational and informed basis. Some people may object to this on the ground that the essence of democracy is decision by majority vote and that citizens should trust their elected politicians. Advocates of transparency will agree that these are important features of a democracy. However, while the features may be constituting elements of democracy, they are not enough. Democracy is also enlightened and rational debate, ability to listen to others—including those who may be in minority—and respect for the authority, not just because it is authority, but also because its actions are understood and appear to be justified. Transparency fighters are normally staunch believers in democracy.

- Given the transparency agenda, it is clear that transparency people loathe
- decision making in corridors or behind closed doors,
- incomprehensible and bureaucratic texts emanating from authorities,
- elitist attitudes like «these things are too complicated to explain to the people»

And if such phenomena may have a justified existence in some areas of life, they should nonetheless be restricted to the unavoidable minimum. In the Union, it has for decades been clear that the Union is more than a classical international organization, but a number of working practices still stem from diplomatic traditions developed for classical international negotiations, such as secrecy and closed doors. To this, the Union has added myriad comitology committees, of which one does not even know the exact number. Transparency people find it unacceptable that rules governing citizens' lives should be made under such conditions. To the extent that the struggle for transparency thus rejects the extended use of working practices, developed for traditional international cooperation, and

wants to bring in the practices of democracies, this struggle has politically federalizing potential.

In a broader international perspective, the struggle for transparency in the Union is part of the movement, which can be observed in most countries, to enhance the accountability of public administration. This is not to say that one should do away with public administration. On the contrary, the premise seems to be that public authorities are here to stay. The question is how to improve them in terms of accountability and citizen-friendliness.

Public access to documents is an issue which is particularly dear to transparency people. This is so because it is held to be a core element of transparency. The reasons for this may be summarized as this: In ancient democratic societies —if that term can be rightly used— decision-making was public and documents were scarce or non-existing. In the parliamentary democracies as they came about during the 19th century, there were normally provisions to ensure that the dealings and doings of the democratically elected body was public and that court hearings were public. The executive branch of governance was tiny and parliaments were supposedly to a larger extent than nowadays in control of public decision-making. In modern societies, the public sector is overwhelming and in spite of stated efforts to make it stop growing, let alone reducing it, there are no convincing signs in sight that this will happen. Furthermore, it seems to be increasingly common ground that national parliaments cannot fully assume the role of monitoring the Executive as they are supposed to do in the ideology of parliamentary democratism.

Public access comes here to the fore as one, albeit limited, element by which the accountability of public authorities may be enhanced. Public access to documents entitles any citizen to have access to the documents in the authorities' possession. He may make them public and thus attempt to create a public debate on the functioning of the authorities concerned. Thereby it is also said that public access to documents facilitates the enlightened and well-informed debate in society. As documents are the basis on which civil servants work, public access may induce the servants to develop a culture of openness.

Furthermore, public access to documents may be an instrument in the fight against fraud and corruption. Public access will of course in itself not do away with fraud and corruption, and even less, will it be able to repress it. For that, efficient criminal law and prosecution is needed. However, fraud and corruption, to some extent, comes about because a human cannot resist the temptation to commit it. If the chances of getting away with it are high, because the risks of discovery are low, it may be more difficult to resist that temptation. Public access creates an

environment where fraud and corruption is more risky than in one where secrecy prevails.

People sometimes object to the principle of public access because it is supposedly at odds with efficiency and because the exercise of power is thought to require secrecy³¹. While there may sometimes be need for confidentiality on these grounds, public access promoters cannot agree with the generality of that statement. On the contrary, it is held that the fact that civil servants know that their files at any moment may be subject to a «review» by the public, induces them to keep the files in good order.

Sometimes it seems that people believe that public access to documents means that any document that a public authority holds is public and therefore public access should be at odds with the need to protect private data on individuals. This belief is wrong as any public access regime of course will have to provide for exceptions to the general rule of access, be it on grounds of public or private interest. Public access to documents is not created to enable people to pry into the illness of which their neighbours may suffer.

Finally, it must not be omitted that public access to documents is judicially enforceable. Although public access to documents hardly fulfills its function in a concrete case where the citizen has to go to court to get the access requested, because of the time involved, the fact that the right to access is judicially enforceable allows for test cases to be brought, by which it can be clarified with which standards the authorities have to comply.

Whether public access to documents will fully fulfill the function it is called on to play depends on the quality of the rules enacting public access.

The current rules on public access. In the Union, one of the most tangible results that Maastricht and the post-Maastricht events brought about was public access to documents. In December 1993 the Commission and the Council adopted a Common Code on access to their documents and this Code was subsequently enacted by a Decision in each of the two institutions³². Further to an own initiative inquiry by the European Ombudsman, all other Community authorities except the Court of Justice have adopted rules similar to the ones in force at the Commission and the Council³³.

³¹ See for instance, Fabrice BELAICH: «Les obligations de la Commission en matière de transparence - À propos de l'arrêt WWF», in *Revue du Marché Commun*, 1998, p. 710.

³² Respectively OJ 1993 L 340/43 and OJ 1994 L 46/58. The Council Decision has later been modified by Decision 96/705, OJ 1996 L 325/19. The Code of Conduct is published in OJ 1993 L 340/41.

³³ The inquiry is reported in the Ombudsman's Annual Report for 1996 (under heading 3.6), OJ 1997 C 272/1. The Ombudsman subsequently made a special report to the

The rules have sparked off quite some litigation before the Community Courts. The litigation was partly due to the fact that the servants of the two institutions, having lived under the veil of secrecy for decades, had problems in adapting to the new regime³⁴; their legal services even went so far as to argue that the decisions taken under the rules enacted should not be subject to judicial review; an allegation that the Court of First Instance has persistently overruled. In most of the cases so far, the Court of First Instance has overruled the refusal to give access on the ground that the refusal was insufficiently reasoned and thus implied a violation of the obligation to state reasons³⁵. In so far as the a culture of openness starts penetrating the institutions and the servants become more acquainted with reasoning properly possible refusals to give access, there is hope that litigation may diminish.

The new Treaty provision. The current rules will without any doubt be replaced within a foreseeable future, as the Amsterdam Treaty inserted a provision on the right to access to documents as Article 191a in the EC Treaty (Article 255 in the new numbering). In the intergovernmental conference, it was proposed to make the right to access to documents a part of the citizenship provisions. However, as it can be seen, the conference

Parliament on the outcome of the inquiry, OJ 1998 C 44/9, which resulted in a resolution adopted by the Parliament, OJ 1998 C 292/170.

³⁴ In its first report on the functioning of the public access regime, the Commission openly recognized that there was still an under-developed culture of openness amongst Commission staff.

³⁵ To my knowledge, there have so far been the following rulings which concern the rules adopted by the Council and the Commission; firstly, a judgment of the Court of Justice of 30 April 1996 in case C-58/94, *Netherlands v. Council*, [1996] ECR I-2169. The case concerned the legal basis for the adoption of the Council's rules, which is the Rules of Procedure. The Court upheld this legal basis. Secondly, there are the following judgments of the Court of First Instance which all concern refusals to access to documents under the adopted rules: Judgment of 17 June 1998 in case T-174/95, *Svenska Journalistförbundet (Tidningen Journalisten) v. Council*, [1998] ECR II-2289; judgment of 19 March 1998 in case T-83/96, *Van der Wal v. Commission* [1998] ECR II-545 (this judgment has been appealed, cases C-198/98 P and 174/98 P); judgment of 6 February 1998 in case T-124/96, *Interporc Im- und Export GmbH v. Commission* [1998] ECR II-231; judgment of 5 March 1997 in case T-105/95, *WWF UK (World Wide Fund for Nature) v. Commission* [1997] ECR II-313; and judgment of 19 October 1995 in case T-194/94, *John Carvel and the Guardian v. Council* [1995] ECR II-2765. Moreover, it should be noticed that the President of the Court of First Instance by order of 3 March 1998 dismissed an application for interim measures in an action lodged against a Council refusal to grant access. Apart from the case *Van der Wal*, the Court of First Instance has annulled all the challenged decisions to refuse access. Concerning pending cases, there are to my knowledge the following: case T-188/97, *Rothmans v. Commission*; case T-281/97, *Milk Product Holdings and others v. Council*; case T-309/97, *The Bavarian Lager Company v. Commission*; case T-14/98, *Hautala v. Council*; and case T-610/97, *Norup Carlsen and others v. Council*. In this last case, Parliament has intervened to support the Council's refusal to disclose 20 years old legal opinions.

finally considered that the right to access had its place after the provisions on reasoning and publication of Community acts. Article 191a provides:

«1. Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having their registered office in a Member State, shall have a right of access to European Parliament, Council and Commission documents, subject to the principles and conditions to be defined in accordance with paragraphs 2 and 3.

2. General principles and limits on grounds of public and private interest governing this right of access to documents shall be determined by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 189b within two years of the entry into force of the Treaty of Amsterdam [Article 251 in the new numbering].

3. Each institution referred to above shall elaborate in its own Rules of Procedure specific provisions regarding access to its documents.»

Thus, given that the current rules are bound to be replaced, the following shall focus firstly on the questions that the new provision in the Treaty leaves unanswered and secondly, on the shortcomings in the present rules, which hopefully will be remedied in the rules to be adopted.

Firstly, the new provision begs the question of what shall happen to public access rules in other Community authorities than the ones mentioned. The current rules of each individual authority have been adopted on the basis of its powers to establish its internal rules for its own functioning. The question is thus whether the other authorities can uphold their rules or take over the ones to be adopted by the Council and the Parliament on this legal basis. The drafting of the new provision does not appear to intend to regulate exhaustively public access within the Union. There is thus no grounds for interpreting it *ex contrario* to the effect that other authorities should not be entitled to establish their own public access rules. These authorities must therefore consequently be entitled to use the current legal basis for doing so³⁶.

³⁶ In the abovementioned case *Netherlands v Council*, the Court was confronted with the question of the legal basis for the Council's rules. The Court found that the Council's internal rules as laid down in its Rules of Procedure provided sufficient bases. In doing so, it declared:

«So long as the Community legislature has not adopted general rules on the right of public access to documents held by the Community institutions, the institutions must take measures as to the processing of such requests by virtue of their power of internal organization, which authorizes them to take appropriate measures in order to ensure their internal operation in conformity with the interests of good administration.»

One may wonder whether the rules to be adopted under Article 191a EC Treaty should be considered as general rules with the consequence that rules for other authorities cannot any

Secondly, the provision raises the question what is meant by European Parliament, Council and Commission documents. Declaration 35 to the Amsterdam Treaty sheds light over this question. The Declaration reads:

«The Conference agrees that the principles and conditions referred to in Article 191a (1) of the Treaty establishing the European Community will allow a Member State to request the Commission or the Council not to communicate to third parties a document originating from that State without its prior agreement.»

The assumption behind this statement appears to be that the documents covered by the rules to be enacted may be documents originating in the institutions as well as documents originating outside the institutions. Thus, legally it should be possible to make the rules cover all documents of which the institutions are in possession.

Thirdly, it shall be observed that the new Article 191a has also been made applicable to the 2nd and 3rd pillars of the Union. On the contrary, the EURATOM and ECSC Treaties do not know of a provision like Article 191a EC Treaty. Documents relating to these two Treaties may thus be kept outside the scope of the rules to be enacted. However, Declaration 41 to the Amsterdam Treaty provides that the Commission, the Council and the Parliament shall «draw guidance» from the provisions on public access in the EC Treaty, when they act within the EURATOM and ECSC Treaties. What the terms «draw guidance» will imply, remains to be seen.

As stated above, the present rules present a number of shortcomings, of which the major ones are:

Concerning the scope of the public access regime, the present rules only cover documents which have been established by the institution to which the request for access is addressed; in short, incoming mail is excluded from the regime. Thus, for instance, if a citizen addresses the Commission to have access to documents on a given matter, he cannot have access to the documents which lay in the Commission's file and which may for instance emanate from the Council or a Member State; to obtain access to those documents, he will have to address the Council or the Member State concerned. This is normally considered to be quite a serious obstacle to the *effet utile* of a public access regime, as it becomes difficult to compare the institution's output with the input it had. Two simple examples will show the importance of having access to incoming mail; a person wants to make a research into the question to which extent

longer be established on the basis of internal Rules of Procedure. In my view, that would be a wrong conclusion to draw, amongst other, because the Court did not envisage the current situation and as stated in the text, Article 191a cannot be considered exhaustive.

the Commission in its decisions within a given field reply to the relevant arguments put forward by the citizens concerned. If the person does not have access to the incoming mail, in which the arguments have been put forward, that research is hindered. Another person may want to compare the Commission's decision not to pursue a matter with the information provided on that same matter. Here again the obtention of knowledge is hindered. The new provision in the Amsterdam Treaty makes it legally possible to overcome such obstacles. To the extent Member States do not feel confident with the idea that Community authorities can give access to their documents, mechanisms can be found to appease such insecurity.

Under the present rules, there is no obligation for the institutions to establish a register of their documents. As it is obviously difficult to request access to documents of which one ignores the existence, this is also a serious shortcoming³⁷.

As stated above, there must be exceptions to the general right of access in any public access regime, be it on grounds of public or private interest such as defence or health. The more general the exceptions, the more unpredictable is the outcome of a request for access for the user. The exceptions in the present rules are coined in very general terms and thus the potential utility for the classical users of public access regimes such as researchers and journalists is diminished³⁸.

Moreover, the time limits for granting access are, seen from the user's view, excessively long; in the worse case, it may take 2 to 3 months to get the requested document. Of course, these time limits may appear short for the servants who have to prepare a stand on the request, which may, for instance, need to be translated. However, time limits as the current ones may imply that the attractiveness of the regime to journalists may fully vanish.

Under the current rules, the decision-making is highly centralized. There is thus no responsibility for the individual servant to take a stand on a request for public access. A request for access is processed through the internal administrative channels until it reaches the desk of a Director General or a Secretary General. This adds to the time taken for dealing with the request. Thus, the possibilities for delegating decision powers should be explored and, at least, measures should be taken to make known to servants which documents have already been put in the public

³⁷ The Council has however taken the valuable initiative to create a register and to put it on its web-site.

³⁸ The journalistic profession has a strong interest in proper public access rules, which is high-lighted by the declaration made on 26 and 27 April 1996 by the European Federation of Journalists, in which the Federation amongst other asks the Council to ensure public access to all documents from Council committees.

domain; for instance, if the Secretary General of the Commission has once in one case decided that the Commission's internal Manual of Operational Procedures is a document which may be given out, it seems odd for another citizen, who subsequently applies for the same document, that he has to wait weeks to have it.

It shall also be mentioned that under the current rules, it is fully unclear whether documents relating to comitology committees come under the rules. The current situation is that neither the Commission nor the Council consider that comitology documents come under their respective rules. The question whether comitology documents may come under the Commission's current rules is pending before the Court of First Instance in the above mentioned case *Rothmans*.

Finally, as with the language regime, new information and computer technologies may require regulation also under the heading of public access. Huge amounts of information are stored in the computers of public authorities. This gives the possibility for generating an infinite number of documents. Should the citizens be entitled to ask the public authorities for such «potential documents» which can easily be generated on the basis of existing information stored electronically? This is most probably a question one cannot expect to be regulated in the forthcoming rules, as one will probably first have to gain experience. However, it is a question which is likely not to lose its relevance.

Reasoning from a transparency point of view. In all modern legal orders, it is taken for granted that the administration has to reason the decisions it takes vis-a-vis the citizens. In some legal orders, the obligation to state reasons may be modelled so that it only applies to specific individual decisions while in others, general measures may be covered by the obligation, too. The obligation may be confined to decisions which adversely affect the citizen concerned or it may concern all decisions. The considerations underlying the imposition of the obligation may focus on that it should enable the citizen to decide whether he wants to challenge the decision or on that it should facilitate judicial control. The considerations are not contrary; they stress different but related functions of the reasoning. However, a reasoning drafted so that it will resist judicial challenge may be drafted in such an unintelligible way that it almost invites the citizen concerned to challenge it. The reason will most often be that in drafting, the drafter is so concerned with the possibility of judicial review that he drafts his decision, thinking of another professionally trained person, the judge, as his addressee. And the unfortunate outcome is that the direct addressee, the citizen, gets a decision that he can barely understand. This is not to say that it is wrong that public servants think about the risk of judicial review when drafting. On the contrary, the obligation to state

reasons is also there to help servants take the right decisions, that is decisions which can resist challenge. The considerations underlying the obligation to state reasons have as common denominator that they are legality focused and can be viewed as an extension of the rights to defence; reasoning is imposed to facilitate judicial review or to facilitate a decision whether judicial review should be applied for.

Reasoning from a transparency point of view stresses the importance of communication between the authorities and the citizens. That implies in the first place that authorities should not limit themselves just to reason decisions for which an obligation to state reasons has been laid down. All the communication should be reasoned, thus making it possible for the citizens to abide with the authorities' measures, not only because they emanate from an authority, but also because he/she understands them. An attitude from the authorities' side that «citizens should just do as we tell them to do» is hardly the way to enhance the relations between citizens and public authorities. Furthermore, servants normally become specialists in their fields, as they deal over many years with many cases of similar nature. What may appear to them as sufficient reasoning, may be insufficient for the citizen concerned, for whom the case may be unique. Finally, in a large number of areas, authorities are vested with wide discretionary powers, the exercise of which is subject to judicial review only to a limited extent. The servants, knowing that their decisions may hardly be challenged successfully, may then be even more scarce on reasoning. Reasoning of the kind «this is so because we have wide discretionary powers to decide so» is neither the way towards a better understanding between citizens and public authorities. On the contrary, the more the action of the authorities is in reality scarcely controlled, the more they should be obliged to reason, not only in relation to legal guarantees, but also as to the elements which fall within the discretion³⁹.

The obligation to state reasons may therefore be enriched by viewing it not only in terms of rights of defence but also in terms of transparency.

CONCLUDING REMARKS

This paper bears the title «Citizens of the Union and the Union for the citizens». The title reflects that citizenship and efforts for transparency

³⁹ Similar thoughts have been nurtured by the Court of Justice. The Court has declared that where the Commission has a power of appraisal, respect for the rights guaranteed by the Community legal order in administrative procedures is of even more fundamental importance, see judgment of 21 November 1991 in case 269/90, *Technische Universität München* [1991] ECR I-5469.

and accountability are issues which are closely linked. Citizens cannot be expected to identify with a construction if the institutions of this construction are perceived to be byzantine and obscure. I put «perceived to be» because I do not think that the Union institutions are that bad as they sometimes are made out to be. On the other hand, and as the previous pages have hopefully shown, there is definitely room for improvements. I do not believe either that the improvements, if made, would automatically make citizens embrace the Union more warmly. The improvements may be a limited, albeit necessary, but far from sufficient element for reaching that result. Whether the citizens of the Union one day will really feel as such depends on factors, which lay beyond the scope of this paper.

El Tratado de Amsterdam y la Conferencia Intergubernamental de 1996 desde la óptica del Parlamento Europeo

José Javier Fernández Fernández¹

Funcionario de la División de Asuntos Internacionales
e Institucionales de la Dirección General de Estudios,
Coordinador de la «Task Force CIG 1996» del Parlamento Europeo

Sumario: INTRODUCCIÓN.—I. LA AGENDA DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 1996, SU MANDATO Y LA ASOCIACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO.—II. LAS APORTACIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM EN RELACIÓN CON UNA UNIÓN MÁS PRÓXIMA A LOS CIUDADANOS Y LOS PUNTOS DE VISTA DEL PE.—1. **Ciudadanía europea y derechos fundamentales.**—2. **Cooperación en materia de justicia y de asuntos de interior.**—3. **Empleo y política social.**—4. **Regiones ultra periféricas y territorios de ultramar.**—5. **Medio ambiente.**—6. **Subsidiariedad.**—7. **Transparencia y simplificación.**—III. LAS APORTACIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM EN RELACIÓN CON LAS INSTITUCIONES EN EL SENO DE UNA UNIÓN MÁS DEMOCRÁTICA Y MÁS EFICAZ Y LAS DEMANDAS DEL PARLAMENTO EUROPEO.—1. **Parlamento Europeo.**—2. **Parlamentos nacionales.**—3. **Consejo.**—4. **Comisión.**—5. **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**—6. **Tribunal de Cuentas.**—7. **Lucha contra el fraude.**—8. **Integración diferenciada y flexibilidad.**—9. **Otros órganos.**—1) *Comité de las Regiones.*—2) *Comité Económico y Social.*—10. **Cuestiones diversas.**—A. Jerarquía de normas.—B. El Tratado de Amsterdam, el sistema de recursos propios y los procedimientos presupuestarios en relación con el Parlamento Europeo.—C. Nuevas políticas.—D. Unión Económica y Monetaria.—IV. LA CONTRIBUCIÓN DEL TRATADO DE AMSTERDAM AL REFUERZO DE LA CAPACIDAD EXTERIOR DE LA UNIÓN A LA LUZ DE LAS PROPUESTAS DEL PE.—1. **PESC: La Política Exterior y de Seguridad Común.**—2. **Las Relaciones Económicas Exteriores.**—3. **Política de Defensa y Unión Europea Occidental (UEO).**—V. CONCLUSIONES.

¹ El presente artículo representa únicamente los puntos de vista de su autor, y no compromete al Parlamento Europeo en cuanto Institución.

INTRODUCCIÓN

Durante la Conferencia Intergubernamental de 1996 que precedió a la firma del Tratado de Amsterdam, el Parlamento Europeo, al fin y al cabo legítimo representante de los pueblos de los Estados miembros reunidos en la Comunidad, trató en todo momento de hacer oír su voz en las instancias gubernamentales y diplomáticas en las que se negoció el nuevo Tratado. Para ello, formuló toda una serie de prioridades, recogidas básicamente en sus Resoluciones de iniciativa de 17 de mayo de 1995 (ponentes los Sres. Bourlanges/Martin; DO C 151 de 19 de junio), de 13 de marzo de 1996 (ponentes las Sras. Dury/Maij-Weggen; DO C 96 de 1 de abril), y de 16 de enero, 13 de marzo, 29 de mayo y 11 de junio de 1997. Además, tomó una primera posición sobre el nuevo Tratado en su resolución de 26 de junio de 1997 y, sobre todo, en su resolución de 19 de noviembre de 1997 (ponentes los Sres. Méndez de Vigo/Tsatsos; DO C 371 de 8 de diciembre)². El Consejo Europeo de Amsterdam celebrado los días 16 y 17 de junio de 1997 alcanzó finalmente un acuerdo sobre el último Proyecto de Tratado presentado por la Presidencia neerlandesa el cual, después de revisado y armonizado, se firmó como Tratado de Amsterdam el día 2 de octubre siguiente. Una vez ratificado por todos los Estados miembros y sus Parlamentos, el nuevo Tratado entró en vigor el día 1 de mayo de 1999. Conviene, por tanto, comenzar por recordar una vez más que el Tratado de Amsterdam consta de un total de 15 artículos —agrupados en Tres Partes—, un Anexo —que comprende los cuadros de equivalencias entre las disposiciones antiguas y las nuevamente numeradas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea—, 13 Protocolos³, un Acta Final, 51 Declaracio-

² Cfr. *Libro blanco sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996. Volumen I: Textos Oficiales de las Instituciones de la Unión Europea. Volumen II: Relación de posiciones de los Estados Miembros sobre la CIG de 1996. Volumen III: Fichas Temáticas sobre la Conferencia Intergubernamental*. Coordinado por Fernández Fernández, José Javier. Parlamento Europeo. Dirección General de Estudios/ Grupo de Trabajo sobre la CIG de 1996. Serie Política (W- 18). Luxemburgo, 1996.

³ Un Protocolo anejo al TUE (sobre el artículo J.7); cuatro Protocolos anejos al TUE y al Tratado constitutivo de la CE (sobre integración del acervo de Schengen en el marco de la UE, sobre la aplicación de ciertos aspectos del artículo 7 A del TCE al Reino Unido e Irlanda, sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, y sobre la disposición de Dinamarca); cinco Protocolos más anejos sólo al Tratado CE (sobre asilo a nacionales de los Estados miembros, sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sobre cruce de fronteras exteriores, sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, y sobre la protección y el bienestar de los animales); y tres Protocolos más anejos al TUE, al TCE, al TCEEA y al TCECA (sobre las instituciones de la Unión en la perspectiva de la ampliación, sobre la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados organismos y servicios de

nes adoptadas por la Conferencia y anejas a dicha Acta Final, y 8 Declaraciones más de las que la Conferencia tomó nota y que se incorporaron también como anexo al Acta final⁴. De las tres partes citadas, la Primera está integrada por cinco artículos y contiene las modificaciones sustantivas operadas por el Tratado de Amsterdam. La Segunda Parte, que incluye los artículos 6 a 11, se refiere a la simplificación. Por último, la Tercera Parte contiene las disposiciones generales y finales. A la hora de examinar el nuevo Tratado desde la óptica del Parlamento Europeo, lo haremos por tanto a la luz de las prioridades que éste expresó en sus indicadas resoluciones de iniciativa, clasificadas por materias conforme al mandato de la CIG conferido por el Consejo Europeo de Turín de 19 de marzo de 1996⁵.

I. LA AGENDA DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 1996, SU MANDATO Y LA ASOCIACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

La celebración de la CIG de 1996 fue prevista en el Tratado de la Unión Europea (artículo N, apartado 2) y tenía por objeto una primera revisión del Tratado de Maastricht. El alcance de ésta se fue determinando en diversos actos y documentos de distinta naturaleza jurídica y política, que agruparemos en tres categorías:

1. En primer lugar, la revisión debía de llevarse a cabo sobre la base de ciertas disposiciones del propio **Tratado de la Unión Europea**. Esencialmente, se trataba de los Artículos A y B, en relación con los principios generales para la revisión y la propia estructura en pilares de la Unión; el Artículo N (apartado 2); el Artículo 189 B, (apartado 8), relativo a la revisión del procedimiento de codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo; los Ar-

las Comunidades Europeas y de Europol, y sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea).

⁴ Además, y con ocasión de la firma del Tratado de Amsterdam el 2 de octubre de 1997, Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Austria y los Países Bajos presentaron también una serie de Declaraciones relativas al artículo K.7 del TUE modificado por el Tratado de Amsterdam.

⁵ Para un examen más detallado del conjunto de las disposiciones del nuevo Tratado *vid. Die Europäische Union nach Amsterdam. Analysen und Stellungnahmen zum neuen EU-Vertrag*. Jopp, Mathias; Maurer, Andreas; Schmuck, Otto (Hrsg). Europa Union Verlag. Analysen 13. Institut für Europäische Politik, Bonn 1998. Igualmente, Sorasio, Denise: «Union Européenne (Traité d'Amsterdam)», *Rép. Communautaire Dalloz, mai 1998*. También, Fernández Fernández, José Javier: «Nota a la atención del Presidente y del Secretario General sobre las prioridades del Parlamento Europeo en relación con la CIG y el nuevo Tratado de Amsterdam: relación y primera evaluación de resultados». *Parlamento Europeo. Grupo de Trabajo sobre la CIG 1996*. Estrasburgo, 15 de julio de 1997, 44 págs.

títulos J. 4 y J. 10, en relación con la revisión de las disposiciones relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC); la Declaración (número 1) sobre protección civil, energía y turismo; y la Declaración (número 16) sobre clasificación y jerarquía de los actos comunitarios.

2. En segundo lugar, el alcance de la revisión se derivaba también de las **consecuencias institucionales de la cuarta adhesión y de la previsión de la nueva ampliación de la Unión a los Peco's, Chipre y Malta**, tal y como se convino en sucesivos Consejos Europeos⁶. Concretamente, el Consejo Europeo de Madrid (15 y 16 de diciembre de 1995), tras acoger con gran interés el Informe presentado por el Grupo de Reflexión, decidió que la CIG debería examinar las disposiciones del Tratado de la Unión para las que se preveía una revisión explícita en el propio Tratado, así como las cuestiones cuyo tratamiento por la Conferencia había sido acordado en las conclusiones de los Consejos Europeos de Bruselas y de Corfú, y en las declaraciones adoptadas con ocasión de acuerdos interinstitucionales. Además, acordó que el procedimiento formal de revisión previsto en el Artículo N del Tratado sería realizado lo más rápidamente posible para permitir la apertura solemne de la Conferencia el 29 de marzo en Turín. Finalmente, el Consejo Europeo de Turín (29 de marzo de 1996) esta-

⁶ Por un lado, el Consejo Europeo de Bruselas (10 y 11 de diciembre de 1993) estableció que la CIG de 1996 debía iniciar, además del examen de la función legislativa del Parlamento Europeo y los otros puntos previstos en el TUE, el examen de las cuestiones relativas al número de miembros de la Comisión y a la ponderación de votos de los Estados miembros en el seno del Consejo. La Conferencia debía examinar asimismo las medidas necesarias para facilitar los trabajos de las instituciones y garantizar su funcionamiento eficaz. Posteriormente, el Consejo Europeo de Corfú (24 y 25 de junio de 1994) confirmó el «Compromiso de Ioannina» y acordó la creación de un «Grupo de Reflexión» para preparar la Conferencia Intergubernamental de 1996, formado por representantes de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y el Presidente de la Comisión. Este Grupo estuvo presidido por una persona designada por el Gobierno español (Carlos WESTENDORP), y comenzó sus trabajos en junio de 1995. Dos representantes del Parlamento Europeo participaron muy activamente también en los trabajos del Grupo (la Sra. GUILGOU/PSE y el Sr. BROK/PPE). El Grupo también mantuvo cambios de impresiones con las demás instituciones y órganos de la Unión Europea, examinando y elaborando ideas sobre las disposiciones del TUE que requerían una revisión. Además, debía preparar opciones sobre las cuestiones institucionales expuestas en las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas y en el Compromiso de Ioannina (número de votos, techo para la obtención de la mayoría cualificada, número de miembros de la Comisión, y otras medidas que garanticen y faciliten el trabajo de las Instituciones en la perspectiva de la ampliación). Así lo hizo dicho Grupo, el cual presentó su Informe al Consejo Europeo de Madrid con fecha 5 de diciembre de 1995.

bleció el **Mandato de la CIG**, al decidir que la Conferencia, a la luz del informe elaborado por el Grupo de Reflexión y sin perjuicio de otras cuestiones que pudieran plantearse durante la misma, debería centrarse fundamentalmente en tres ámbitos: **una Unión más próxima a sus ciudadanos; las instituciones en una unión más democrática y eficaz; y el refuerzo de la capacidad de actuación externa de la Unión**. Además, el Consejo Europeo invitó a la Conferencia a que adoptara una visión general y coherente a lo largo de sus trabajos, recordando que el objetivo de la misma era satisfacer las necesidades y expectativas de los ciudadanos europeos, adelantar la construcción europea y preparar a la Unión para su futura ampliación.

3. En tercer lugar, el alcance de la revisión de los Tratados derivaba también de una serie de **acuerdos interinstitucionales**, de entre los cuales destacan la Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad adoptada en Luxemburgo el 25 de octubre de 1993; el Acuerdo interinstitucional de 29 de octubre de 1993 sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario, que contenía el cuadro de las previsiones financieras para el período 1993/99 y cuyo objeto era poner en práctica la disciplina presupuestaria y mejorar el desarrollo del procedimiento presupuestario anual y la cooperación interinstitucional en el ámbito presupuestario; y el «Modus vivendi» entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 20 de diciembre de 1994 sobre la comitología, destinado a resolver el problema de las medidas de ejecución de los actos aprobados según el procedimiento de codecisión, cuando se confían dichas medidas a la Comisión.

Por otro lado, el Consejo Europeo de Turín confirmó el acuerdo alcanzado por los Ministros de Asuntos Exteriores el 26 de marzo de 1996 sobre la asociación del Parlamento Europeo a los trabajos de la CIG. Para garantizar esta asociación, los Ministros de Asuntos Exteriores convinieron una serie de modalidades definitivas. En primer lugar, se dispuso que las sesiones del Consejo Europeo en las que se tratase el tema de la CIG comenzarían, como de costumbre, con un cambio de impresiones con el Presidente del PE sobre los temas del orden del día. Por otra parte, al inicio de las sesiones ministeriales de la CIG, se mantendría asimismo un cambio de impresiones sobre los puntos consignados en el orden del día con el Presidente del PE, que podría estar asistido de representantes de su Institución. En tercer lugar, una vez al mes y siempre que los representantes de los Ministros lo considerasen oportuno de común acuerdo, la Presidencia organizaría una reunión de trabajo

con ocasión de las reuniones del Coreper, con el fin de fomentar un cambio de impresiones pormenorizado con los representantes del PE. Además, la Presidencia informaría periódicamente al PE verbalmente o por escrito. Igualmente, informaría a los Parlamentos nacionales a través de la Conferencia de órganos especializados en asuntos comunitarios (COSAC). En quinto lugar, se dispuso que la asociación del PE comenzara con la invitación a su Presidente y a dos representantes a la apertura de la CIG el 29 de marzo de 1996 en Turín, como así lo hicieron. Por último, la Presidencia garantizaría el buen funcionamiento de la CIG y de la asociación del PE recordando el carácter intergubernamental de la Conferencia, las respectivas competencias de cada parte y la necesidad de que existiera una cooperación estrecha caracterizada por la confianza entre las instituciones. En definitiva, aunque tales disposiciones suponían un cierto avance en relación con la situación anterior, lo cierto es que finalmente se oficializó un enfoque restrictivo de la asociación del PE, al que le fue rehusado expresamente el estatuto de observador.

II. LAS APORTACIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM EN RELACIÓN CON UNA UNIÓN MÁS PRÓXIMA A LOS CIUDADANOS Y LOS PUNTOS DE VISTA DEL PE

1. En materia de **ciudadanía europea y derechos fundamentales**⁷, la primera de las demandas del PE era la de introducir en el Tratado un nuevo Capítulo sobre los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión, pero en cambio las nuevas disposiciones siguen estando dispersas a lo largo del articulado del nuevo Tratado.

1.1. En primer lugar, el Tratado de Amsterdam incluye ciertas disposiciones sobre *derechos fundamentales y no discriminación*. En concreto, el nuevo artículo F.1 del TUE —artículo 7 de la versión consolidada— prevé las acciones a adoptar para el caso de infracción por un Estado miembro de los principios básicos generales en los que se basa la Unión, principios introducidos en el nuevo Tratado tras la modificación parcial del artículo F del TUE (actual 6 de la versión consolidada), que fija como tales explícitamente en su nuevo párrafo 1 los de la libertad, la de-

⁷ Para un análisis detallado de las nuevas disposiciones del Tratado de Amsterdam en esta materia, *vid.* Blázquez Peinado, María Dolores: «Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo. Especial Tratado de Amsterdam. Enero-Junio 1998*, pp. 261 a 280.

mocracia, el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales, y del Estado de Derecho. En nuestra opinión, se trata de una notable aportación del nuevo Tratado, que es coherente con lo que la Unión predica de sí misma, pues constituyendo la promoción de la democracia y de los derechos humanos uno de los objetivos de la propia Unión y de su política exterior y de seguridad común, lógico parece que si la Unión se exige el respeto de los mismos a sí misma y a sus Estados miembros, «a fortiori» deberá exigir dicho respeto tanto a los Estados candidatos a la adhesión como a la hora de celebrar acuerdos con países terceros (y éste debe ser, y no otro, el sentido de las cláusulas democráticas que el PE exige para todos ellos de forma inequívoca y sin dobles raseros). Por otro lado, la fórmula decidida en relación con los Estados miembros y con los candidatos puede considerarse satisfactoria tanto respecto de los principios básicos y la modalidad de voto (unanimidad en el Consejo Europeo y VMC en el Consejo de la Unión), como del papel del PE (dictamen conforme). Por desgracia, nada se dice en el nuevo Tratado del control judicial de la suspensión ejecutada sobre la base del citado artículo 7, que el PE desearía que estuviera supeditada al control del Tribunal de Justicia y que en ningún caso afectase a los derechos de los ciudadanos de la Unión. De hecho, el Parlamento Europeo sostuvo también durante la CIG la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 —cuestión sobre la que la divergencia de puntos de vista en el seno del Consejo aumentó tras el Dictamen emitido al respecto por el TJCE—, pero también que la protección por éste sería una alternativa aceptable. Al final, y en relación con el compromiso de la Unión de respetar los derechos fundamentales garantizados en el citado Convenio, el nuevo Tratado incluye únicamente la Declaración núm. 1 al Acta Final sobre la abolición de la pena de muerte. Es cierto que el PE había pedido además el acceso directo al Tribunal de los particulares en los casos de violación de derechos fundamentales por un acto que emane de una institución de la Unión, lo cual se ha logrado en parte con el nuevo artículo L del TUE —46 del texto consolidado— que abarca también al tercer pilar, pero no a la PESC. Sin embargo, creemos que la disyuntiva de fondo sigue sin resolver.

El Parlamento Europeo había pedido también a la CIG la ampliación de los derechos socioeconómicos de los ciudadanos europeos y la inclusión en el Tratado de una serie de ellos entre los que se contaban los derechos sociales fundamentales; el derecho a los servicios públicos; el derecho a un medio ambiente sano; el derecho a la identidad cultural; y el derecho a la protección de las tradiciones religiosas. Por

su parte, el nuevo Tratado incluye ahora un nuevo cuarto considerando al Preámbulo del TUE en el que se reafirma el compromiso de la Unión con los *derechos sociales fundamentales* definidos en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. En cambio, no se han tenido en cuenta las otras demandas del PE como la de incluir el derecho a los servicios públicos entre los derechos de los ciudadanos de la Unión (art. 8 del TCE y 17 del texto consolidado) —probablemente por temor a sus repercusiones sobre la política de la libre competencia—, ni la del derecho a un medio ambiente sano —seguramente por miedo a posibles responsabilidades económicas.

En materia de *no discriminación*, se inserta un nuevo artículo 6 A en el Tratado CE (artículo 13 del texto consolidado) que recoge la posibilidad de que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa *consulta* al PE, adopte medidas para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, de religión o convicciones, de discapacidad, edad u orientación sexual. Desgraciadamente, y en contra de los deseos del PE, esta cláusula no está dotada de efecto directo, a diferencia de la contenida en el artículo 6 TCE —artículo 12 consolidado— relativo a la nacionalidad. Además, su vigencia práctica queda subordinada a la unanimidad del Consejo para la adopción de la legislación derivada, y se otorga al PE sólo la simple consulta en vez de la codecisión para las medidas legislativas de aplicación como hubiera deseado aquél, y como se le reconoce de hecho en el nuevo Tratado en relación con la nacionalidad, que antes se basaba en el procedimiento de cooperación. En materia de *igualdad entre el hombre y la mujer*, el Tratado de Amsterdam completa, en primer lugar, el artículo 2 del TCE —también artículo 2 consolidado—, a fin de introducir aquélla entre los fines de la Comunidad. De igual modo, se completa el artículo 3 del TCE —también artículo 3 consolidado— con la inclusión de un nuevo apartado 2 al párrafo e) que fija el objetivo de eliminar las desigualdades y de promover la igualdad entre el hombre y la mujer en la realización de los fines de la Comunidad. Justo es reconocer, pues, que se han introducido en el Tratado modificaciones importantes. Sin embargo, la reforma del artículo 119 del TCE —artículo 141 consolidado— aunque incluye ahora el principio de igualdad de retribuciones, la *codecisión* del PE para las medidas legislativas derivadas del mismo, y la posibilidad de que los Estados mantengan o adopten medidas concretas de apoyo al sexo menos representado, no complace totalmente y queda por debajo de las expectativas del PE. Este reclamaba, en efecto, una política de igualdad de oportunidades más decidida y amplia, y no

limitada únicamente al campo de la política social. Por último, un avance importante tanto en el plano material como en el procedimental, se ha producido en relación con la protección de las personas físicas, al tratar del *tratamiento y la libre circulación de los datos personales*, al insertarse un nuevo artículo 213 B del TCE —artículo 286 consolidado—, que reconoce dicha protección respecto de las instituciones y organismos de la Comunidad a partir del 1 de enero de 1999. Con anterioridad a esa fecha, se preveía la creación por *codecisión* de un organismo de vigilancia independiente.

1.2 En segundo lugar, el Tratado de Amsterdam modifica ciertas disposiciones en materia de *ciudadanía de la Unión* introducidas en su día por el Tratado de Maastricht. Por un lado, se completa el artículo 8 del TCE (17 TCE actual), para dejar claro que la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. Por otro, se modifica el apartado 2 del artículo 8 A del TCE (18 consolidado), a fin de sustituir el anterior dictamen conforme preceptivo del PE por el procedimiento de *codecisión* cuando el Consejo —que seguirá pronunciándose por unanimidad— adopte disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión. Además, se añade un nuevo tercer párrafo al artículo 8 D del TCE (artículo 21 consolidado) para reconocer el derecho de los ciudadanos a *dirigirse y a obtener contestación de las instituciones u organismos de la Unión en cualquiera de las doce lenguas* de los Tratados. Por lo demás, se ha añadido un nuevo considerando tras el octavo del Preámbulo del TCE a fin de incluir la decisión de promover en beneficio de los pueblos de la Unión un *amplio acceso a la educación y a su continua actualización*. En materia de *cultura*, se modifica el apartado 4 del artículo 128 del TCE (artículo 151 consolidado) para incluir el compromiso de la Unión de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas, si bien el PE habría deseado además la extensión del VMC a éste ámbito. Por último, se abordó también durante la CIG la cuestión de las *actividades de servicio voluntario*, pero no se llegó a acordar la creación de un cuerpo de paz voluntario europeo como había propuesto el PE.

En definitiva, a pesar de los avances obtenidos, no se ha introducido de hecho en el Tratado un capítulo único sobre la ciudadanía europea como pidió en su día el PE, de modo que los derechos de los ciudadanos de la Unión siguen estando dispersos en diversas partes del nuevo Tratado, que no incluye tampoco la carta específica de los derechos fundamentales de la Unión demandada por aquél. Por otra parte, se ha consagrado la idea de la no sustitución de la ciudadanía nacional por la ciudadanía de la UE, lo que no añade nada nuevo, pero en cambio no se

ha reforzado significativamente el concepto de esta última. Además, se mantiene el *statu quo* anterior en lo que se refiere a la exigencia de la unanimidad en el Consejo para completar los derechos de los ciudadanos europeos (artículo 8 E del TCE y 22 consolidado). Más grave aún parece el que no se haya obtenido tampoco la atribución de efecto directo al artículo 8 A del TCE —18 consolidado— como pedía el PE, y el que de hecho la realización plena de la libre circulación de personas haya sido sometida a plazo. Además, no se ha producido ni la ampliación del derecho de petición, ni la mejora de las disposiciones del Tratado para el desarrollo de los partidos políticos europeos, ni la ampliación del derecho de voto y a presentarse como candidato en las elecciones regionales. Por último, no se ha producido tampoco el reconocimiento pleno de los derechos de los ciudadanos de terceros países que residen legalmente en la Unión: el PE pedía para ellos el reconocimiento en el Tratado del respeto de los derechos humanos, el principio de igualdad de trato, y el de no discriminación en materia de derechos sociales, económicos y culturales.

2. En lo relativo a la **Cooperación en materia de Justicia y de Asuntos de Interior** (CJAI), el nuevo Tratado de Amsterdam modifica formal y materialmente el texto de numerosas disposiciones del anterior Título VI del TUE (y también Título VI de la versión consolidada) firmado en Maastricht⁸. La estructura del nuevo Tratado presenta una doble vertiente. Por un lado, un nuevo Título III bis del TCE (Título IV TCE consolidado) sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, que agrupa todo lo relacionado con la libre circulación de personas dentro del pilar comunitario. Por otro, una serie de medidas de refuerzo del tercer pilar (sobre cooperación policial y judicial en materia penal) que continúan formando parte del reestructurado Título VI del TUE (Título VI también del TUE consolidado). En líneas generales, nos parece que se trata de un avance importante, aunque limitado en vista de las expectativas despertadas a lo largo de la CIG. Concretamente, la comunitarización que se demandaba ha quedado desvirtuada, tanto por haberse sometido al plazo excesivamente largo de cinco años las medidas a adoptar, como por la falta de automatismo posterior para el trasvase de la unanimidad a la VMC y de la generalización de la codecisión, como por la preeminencia excesiva (unanimidad) que el Consejo se ha arrogado, bien indicativa de la pervivencia

⁸ Para un análisis detallado de las nuevas disposiciones del Tratado de Amsterdam en esta materia, *vid.* Valle Gálvez, Alejandro: «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo. Especial Tratado de Amsterdam. Enero-Junio 1998*, pp. 41 a 78.

de espíritu intergubernamental. Además, aunque se considere al fin y a la postre positiva la escalonada transferencia al pilar comunitario de las políticas de asilo, de inmigración, de visados, de las disposiciones que regulan el cruce de las fronteras interiores y exteriores y de la cooperación judicial en materia civil, sigue pareciéndonos lamentable la existencia de numerosas excepciones y cláusulas limitativas en el nuevo Tratado. Por otra parte, continúan en el tercer pilar después de Amsterdam un determinado número de ámbitos que el PE hubiera deseado comunitarizar, especialmente la lucha contra el narcotráfico y la lucha contra el fraude internacional y la delincuencia organizada, así como la cooperación judicial en materia penal. Por lo menos, nos parece que se han dado ciertos pasos con el nuevo artículo K.4, que prevé la adopción progresiva de normas mínimas para la homogeneización de ciertos delitos y penas sobre delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de drogas. Por último, es de estimar la importante comunitarización operada en la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Comunidad y sobre la cooperación aduanera, bien que sea de lamentar el que sus aspectos policiales y penales sigan en el Título VI del TUE, y por tanto en el pilar estrictamente intergubernamental.

2.1 Concretamente, y en relación con los *objetivos generales de la Unión*, se modifica el cuarto guión del artículo B del TUE (artículo 2 consolidado), para incluir entre aquellos objetivos el mantenimiento y desarrollo de la Unión como una zona de libertad, de seguridad y de justicia, en la que se garantice la libre circulación de personas conjuntamente con las medidas adecuadas relativas a los controles en las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y lucha contra la delincuencia.

2.2. Por un lado, por lo que se refiere al papel del PE, el *nuevo Título III bis del TCE sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas* (Título IV consolidado), no constituye precisamente ninguna panacea. Dicho Título prevé el establecimiento progresivo de una zona de libertad, seguridad y justicia que implica la adopción por el Consejo en un plazo de cinco años de las medidas destinadas, en primer lugar, a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con las medidas conexas relativas a las fronteras exteriores, controles, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia. Se prevé, igualmente, la adopción por el Consejo de otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración, la protección de los derechos de los nacionales de terceros países, la cooperación judicial en materia civil, la cooperación administrativa, así como en materia judicial penal en relación con la prevención y lucha contra la delincuencia dentro de la Unión. Sin embargo, en materia de procedimiento, el nuevo artículo 73 O del TCE (artículo 67 consolidado) prevé durante un período transi-

torio de cinco años la co-iniciativa de la Comisión o de los Estados miembros, la *consulta al PE* y la unanimidad en el Consejo. Pasado dicho período de cinco años, la Comisión dispondrá de derecho exclusivo de iniciativa, a la vez que corresponderá al Consejo decidir por unanimidad, y tras consulta al PE, la eventual extensión de la codecisión a todos o parte de los ámbitos del presente Título,⁹ así como adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia. Como excepción al plazo general de cinco años, se adoptarán por VMC, a propuesta de la Comisión y tras *consulta al PE*, la lista de terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior o estén exentos, y el modelo uniforme de visado (en ambos casos a partir de la entrada en vigor del Tratado), así como los procedimientos y condiciones para la expedición de visados y las normas para un visado uniforme (transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Tratado). En nuestra opinión, es de lamentar el mantenimiento de la unanimidad en el Consejo, aunque se ha asentado a la vez la idea del paso progresivo de la unanimidad/ co-iniciativa hacia la VMC/monopolio de iniciativa de la Comisión. Además, y por lo que se refiere al papel del PE, nos parece lamentable el que no se le haya concedido la codecisión para los actos legislativos, sino sólo la simple consulta. Como se dijo, el trasvase de la consulta a la codecisión se somete a un plazo excesivamente largo (cinco años) no automático (sino dejado a la discrecionalidad del Consejo por unanimidad), sin que tampoco se prevea de forma paralela el trasvase de la unanimidad a la VMC. Además, en relación con el Tribunal de Justicia, el nuevo artículo 73 P del TCE (artículo 68 consolidado), limita la aplicación de las cuestiones prejudiciales en estas materias únicamente a los casos en los que el órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, considere necesaria una decisión para poder dictaminar. Por otra parte, el Tribunal de Justicia no tendrá competencia respecto de las medidas nacionales adoptadas sobre cruce de fronteras por razones de mantenimiento del orden público y de la seguridad interior. Por último, se admite la posibilidad de acudir al Tribunal en interpretación de este Título III bis del TCE o de las medidas de desarrollo del mismo, pero el fallo del Tribunal no se aplicará a las sentencias de los tribunales internos que tengan ya la consideración de «cosa juzgada». En resumen, aunque parece positiva la extensión de las competencias del TJCE a las

⁹ En la Declaración núm. 21 anexa al Acta Final sobre este artículo 73 O TCE, introducida a petición de Alemania, el Consejo se obliga a examinar y preparar tal decisión antes del transcurso del plazo de cinco años, con el fin de adoptar y aplicar la decisión de forma inmediata una vez transcurrido dicho período.

materias de la antigua CJAI transferidas al ámbito comunitario, lo cierto es que el nuevo Título IV del TCE contiene un recorte inaceptable de tales competencias en relación con las que dispone esta institución en el pilar comunitario (artículo 177 TCE —234 consolidado—), con un riesgo evidente de fractura en la interpretación uniforme del derecho comunitario. Para evitarlo, el PE había pedido lisa y llanamente el control judicial pleno de aquél sobre todas las materias transferidas, lo que por cierto no se ha producido tampoco en relación con el levantamiento de los controles en las fronteras internas. En fin, para preservar las respectivas posiciones del Reino Unido, de Irlanda y de Dinamarca, el nuevo artículo 73 Q del TCE —artículo 69 consolidado— supedita la aplicación del nuevo Título III bis a a sendos Protocolos Y y Z, sin perjuicio del X» («sic» en la fórmula inicial aprobada en el Consejo Europeo de Amsterdam de los que lo menos que puede decirse es que no constituyen precisamente ejemplos de simplificación).

2.3. Por otro lado, el Tratado de Amsterdam reestructura también el *Título VI del TUE* (también Título VI consolidado), que incluye ahora únicamente ciertas *disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*. En primer lugar, el nuevo artículo K.1 del TUE —artículo 29 consolidado— prevé el desarrollo de una acción común en los ámbitos de la cooperación policial y judicial penal, así como la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. La acción común en el ámbito de la cooperación policial se regula en el artículo siguiente, que incluye una relación detallada de las actividades a llevar a cabo disponiéndose a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), a cuyo efecto deberán adoptarse una serie de medidas en un plazo de cinco años. Por su parte, el nuevo artículo K.3 del TUE —artículo 31 consolidado— prevé el alcance de la acción común sobre cooperación judicial en materia penal, que incluye entre otras la simplificación de la extradición entre Estados miembros y la adopción progresiva de normas mínimas sobre los elementos constitutivos del delito y sobre las penas en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de drogas. En nuestra opinión, aunque se trata de un avance importante, resulta insuficiente, y por ello el PE había pedido la aplicación progresiva de procedimientos comunitarios también para la cooperación policial. En todo caso, el PE insiste ahora en que se adopten rápidamente al menos decisiones sobre un enfoque común reforzado en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada e internacional. Como instrumentos para la acción común en estos ámbitos y en materia de procedimiento, el nuevo artículo K.6 del TUE —artículo 34 consolidado— prevé la adopción por unanimidad por parte del Consejo, tras co-iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, de posiciones comunes para definir la actitud de la Unión so-

bre un asunto concreto; de decisiones marco, que serán vinculantes para los Estados miembros en cuanto a los resultados pero sin tener efecto directo, para la aproximación de las legislaciones y normas reglamentarias de los Estados miembros; de decisiones con cualquier otro fin coherente con estos objetivos excepto la aproximación de legislaciones y normas; estas decisiones serán también vinculantes pero sin tener efecto directo; y la celebración de convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus normas constitucionales internas. En el plano normativo se ha producido, pues, una indudable mejora comparativa con la introducción de estas tres nuevas clases de instrumentos jurídicos: decisiones, decisiones-marco y convenios. Con ello se satisface la demanda del PE de adopción de directivas en este campo, aunque sólo de forma limitada al no estar revestidas de efecto directo. Sin embargo, al tratar del papel del Parlamento Europeo, el nuevo artículo K.11 del TUE —artículo 39 actual— se limita a reconocerle el *derecho de consulta* en relación con las decisiones marco, las decisiones y los convenios, pero dentro del plazo que le fije el Consejo, que no podrá ser inferior a tres meses. Además, se le reconoce un *derecho de información* por parte de la Presidencia y la Comisión, así como el *derecho a formular preguntas o recomendaciones al Consejo* y a celebrar un *debate anual* sobre los progresos realizados en relación con estos temas. Por tanto, el PE no obtiene la co-decisión que había pedido para los casos de VMC o para los actos legislativos en materia CJAI, sino a duras penas un derecho de consulta sometido a plazo, condición que en nuestra opinión denota una clara falta de confianza en la Institución y que resulta casi ofensiva si se considera el tiempo empleado en lograr decisiones por unanimidad, que es la regla en el seno del Consejo en la materia que nos ocupa.

En relación con el papel del Tribunal de Justicia, el nuevo artículo K.7 del TUE —artículo 35 del texto consolidado— reconoce en principio la competencia prejudicial del TJCE sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de los convenios celebrados conforme a este Título VI, así como sobre la validez e interpretación de las medidas de aplicación (apartado 1). Sin embargo, condiciona en el apartado 2 siguiente dicha competencia a su aceptación expresa por parte de los Estados miembros. Además, la competencia del Tribunal no afectará a las responsabilidades de los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público o de la seguridad interior. Sí tiene competencia en cambio en los litigios entre Estados miembros sobre la interpretación o aplicación de los convenios celebrados en esta materia, así como de los restantes acuerdos adoptados (aunque en este último caso, sólo si el Consejo no puede resolverlo en un plazo de seis meses). En nuestra opinión, la redacción de este artículo supone un pequeño paso

adelante —aunque muy tímido— para la extensión de las competencias del Tribunal y un primer intento de control por parte de éste de la validez e interpretación de los actos adoptados en este tercer pilar. Sin embargo, el PE sigue insistiendo en la necesidad de que se mejore la protección jurídica de los ciudadanos y de que, en particular, se pueda recurrir normalmente al TJCE en el marco del procedimiento prejudicial.

En fin, el nuevo artículo K.14 del TUE —artículo 42 del TUE consolidado— deja abierta la posibilidad de que por unanimidad pueda decidir el Consejo, a co-iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro y previa *consulta al PE*, el trasvase de la cooperación policial y judicial en materia penal al ámbito semi-comunitario constituido por el nuevo Título III bis TCE relativo a la libre circulación de personas, asilo e inmigración. Así pues, se mantiene el procedimiento de la pasarela del antiguo artículo K.9 TUE, cuya redacción se mejora para introducir en concreto y sólo el derecho de consulta del PE. Mención aparte merece la integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea mediante un Protocolo que faculta a los trece Estados miembros signatarios de Schengen (todos menos Irlanda y el Reino Unido) a establecer entre sí una cooperación más estrecha en la aplicación del acervo de Schengen, y dentro del marco institucional y jurídico de la UE. Dicho acervo pasa a ser aplicable sin demora a los trece Estados, debiendo el Consejo adoptar por unanimidad las medidas necesarias para ello. El Tribunal de Justicia pasa a tener competencia plena, con excepción de las medidas de orden público y seguridad interna. En nuestra opinión, es de lamentar especialmente el que se deje a la unanimidad del Consejo la adopción de las medidas de inserción del acervo de Schengen dentro del marco institucional y jurídico comunitario, aun cuando se contemple la posibilidad de que en caso de bloqueo el Protocolo de Schengen pueda funcionar «a trece». Además, *no hay referencia alguna al papel del PE*, que por lo que se refiere a los actos legislativos no podría ser otro que el de la codecisión.

3. Empleo y política social

3.1. Algunas de las mayores aportaciones del Tratado de Amsterdam se han producido en materia de empleo. En primer lugar, la expresa inclusión de la promoción de un alto nivel de empleo y de protección social entre los objetivos generales y las misiones de la Unión, junto con el logro de un alto grado de competitividad, constituyen sendos hitos en el proceso de integración europea. Sin embargo, nos parece especialmente de lamentar el que para su ejecución se haya previsto únicamente el nuevo y limitado instrumento del fomento de la coordinación de las políticas

de empleo de los Estados miembros, el que no se haya tomado en cuenta la demanda del PE de incluir un nivel elevado de empleo entre los «principios rectores» con vistas a la UEM —artículo 3 A, apartado 3 del TCE y artículo 4 consolidado—, y que lo limitado de los fondos presupuestarios asignados pueda convertir en letra muerta las nuevas disposiciones.

3.2. En todo caso, nos parece muy importante la *inserción de un nuevo Título VI bis en el TCE —Título VIII consolidado— sobre el empleo*. Por un lado, la Comunidad y los Estados miembros se comprometen a «esforzarse» en desarrollar una estrategia coordinada para el empleo. Los Estados miembros, que conservan su exclusiva competencia en esta materia, deben sin embargo compatibilizar sus políticas de empleo con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y la Comunidad definidas conforme al procedimiento del artículo 103, párrafo 2 —artículo 99 TCE consolidado—, así como considerar el fomento del empleo como un asunto de interés común. Por su parte, la Comunidad debe respetar las competencias de los Estados Miembros y fomentar la cooperación entre ellos, complementándola si es preciso y teniendo en todo caso en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo al formular y aplicar las políticas comunitarias. En nuestra opinión, la inclusión del nuevo título sobre el empleo, finalmente logrado a pesar de las «reservas» e incluso negativas iniciales por parte de determinados «grandes» (Alemania y Francia), constituye uno de los grandes logros de la CIG. Sin embargo, los efectos prácticos de dicho Título parecen limitados, dada la falta de concreción de los principios específicos que deben regir la política de empleo, así como por basarse la acción de la Comunidad y de los Estados miembros únicamente en esforzarse en el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo, mientras que los Estados miembros conservan una competencia exclusiva en la materia. En todo caso, constituye un logro importante el que estos últimos deban compatibilizar sus políticas de empleo con las orientaciones generales de las políticas económicas de la Comunidad y de sus miembros, así como considerar el fomento del empleo como un asunto de interés común. Igualmente es de celebrar la necesidad de que los Estados miembros tengan en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo al formular y aplicar las políticas comunitarias, aunque el PE había formulado esta demanda en términos más contundentes al pedir que el empleo se encuentre «en el centro» de todas las políticas comunitarias, incluida la UEM. Por último, las nuevas disposiciones no sólo preservan la competencia exclusiva de los Estados, y no incluyen tampoco grandes previsiones ni programas financieros, sino que no se prevén tampoco sanciones en caso de incumplimiento.

En materia de procedimiento, el nuevo artículo 109 Q del TCE —artículo 128 TCE consolidado— dispone que corresponde al Consejo Euro-

peo examinar un Informe anual conjunto elaborado por la Comisión y el Consejo sobre la situación del empleo en la Comunidad y adoptar conclusiones al respecto. Sobre la base de estas últimas, a propuesta de la Comisión y previa *consulta* al PE, al CES, al Comité de las Regiones y al nuevo Comité de Empleo, el Consejo de la Unión debe elaborar por VMC orientaciones anuales sobre el empleo que los Estados miembros deben tener en cuenta. Por otra parte, el nuevo artículo 109 R del TCE —artículo 129 consolidado—, prevé la adopción por el Consejo, en *codecisión* con el PE y previa consulta al CES y al Comité de Empleo, de medidas incentivadoras de fomento de la cooperación entre los Estados miembros, y de apoyo a la actuación de éstos en materia de empleo (básicamente intercambios de información y prácticas, análisis y asesoramiento, y proyectos piloto). Ahora bien, tales medidas no incluirán armonización alguna de la legislación y reglamentación de los Estados miembros. Con ello, el PE ha visto aceptada su demanda de VMC en el Consejo, pero no así sus propuestas respecto de sus propias competencias: el PE había pedido el VMC y la *codecisión generalizada* y únicamente se ha obtenido la *consulta* y, excepcionalmente, la *codecisión* en los casos indicados. Por otro lado, nos parece también positivo el que, tal como deseaba el PE, el nuevo Tratado prevea la creación por el Consejo, previa *consulta al PE* —pero no en *codecisión* con éste, lamentablemente—, de un Comité de Empleo de carácter consultivo compuesto por dos miembros de los Estados miembros y de la Comisión y con la misión de supervisar la situación del empleo y las políticas de empleo de los Estados miembros y de la Comunidad.

3.3. Además, el Tratado de Amsterdam contiene nuevas disposiciones en materia de *política social*. En primer lugar, se deroga el anterior Protocolo núm. 14 sobre la política social del TCE, así como el Acuerdo sobre la política social anexo a dicho Protocolo, cuyas disposiciones, ampliadas, pasan a integrarse en los artículos 117 y siguientes del Tratado. Constituye ello, en nuestra opinión, un gran éxito de la CIG, que da así mayor coherencia y unidad a la política social de la Comunidad. En cambio, no ha prosperado la demanda del PE de incluir en el Tratado los principios esenciales de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales —a la que únicamente se hace alusión en este artículo 117—, como tampoco su propuesta de que la Comisión presente un calendario y un conjunto de medidas dirigidas a la realización de la Unión Social. Además, no se ha plasmado en el Tratado como pidió el PE la obligación de la UE de desarrollar una política destinada a acabar con la injusticia social, la exclusión, la discriminación y la pobreza, y a emprender incluso acciones directas de lucha contra la exclusión social. Por otra parte, el nuevo artículo 118 del TCE —137 consolidado— prevé la adopción de directivas por el Consejo, en *codecisión* con el PE y previa consulta al

CES, para establecer disposiciones mínimas destinadas a apoyar y completar la acción de los Estados miembros en ciertos ámbitos: salud y seguridad de los trabajadores, condiciones de trabajo, información y consulta a los trabajadores, integración de las personas excluidas del mercado laboral, igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre sexos. En cambio, se reserva a la unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión y tras *consulta* al PE y al CES, la aprobación de dichas disposiciones mínimas en otra serie de ámbitos: seguridad social y protección social de los trabajadores, protección de éstos en caso de rescisión de contrato, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios, condiciones de empleo de los nacionales de terceros países residentes, y contribuciones financieras para el fomento y creación de empleo. Además, se exceptúan de cuanto antecede las remuneraciones, el derecho de asociación, el derecho de huelga, y el de cierre patronal. Por tanto, dado que respecto de los actos legislativos el PE había pedido la VMC y la *co-decisión* generalizados, ha de saludarse la extensión de una y otra a las disposiciones mínimas a adoptar en los ámbitos indicados, aunque es de lamentar que no incluyan las medidas en favor de la tercera edad y de los minusválidos. En cambio, tanto la unanimidad como la consulta han sido mantenidas para otra más numerosa serie de casos —en los que no se altera lo estipulado en el antiguo Acuerdo sobre la política social—, al tiempo que persisten otras importantes excepciones.

Por otro lado, el nuevo Tratado pide a la Comisión fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario y consultar a éstos antes de presentar propuestas sobre política social. Esta consulta no podrá exceder en principio de nueve meses prorrogables de común acuerdo, y podrá culminar en el establecimiento de relaciones convencionales e incluso de acuerdos, cuya aplicación se realizará sobre la base de una decisión del Consejo adoptada por VMC y a propuesta de la Comisión, salvo en los casos antes citados en los que se exigirá la unanimidad en el Consejo. En nuestra opinión, se ha producido también aquí un cierto éxito, en la medida en que el inicio de la coordinación de los esfuerzos de gobiernos e interlocutores sociales se ha visto plasmada en el nuevo Tratado. Sin embargo, el PE sigue insistiendo en ser informado regularmente sobre las negociaciones entre los interlocutores sociales y que cuando tales acuerdos se apliquen por decisión del Consejo, se sometan al dictamen conforme del PE. Por otra parte, el nuevo artículo 119 TCE —artículo 141 consolidado— establece la adopción por el Consejo, en *co-decisión* con el PE y tras consulta al CES, de las medidas necesarias para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Como ya se dijo, este artículo supone un avance notable en materia

de empleo, en la medida que introduce una nueva base jurídica que se basa en la VMC y en la codecisión. Sin embargo, no abarca todos los aspectos de la política de igualdad en la forma deseada por el PE.

4. Regiones ultra periféricas y territorios de ultramar

En esta materia, el nuevo Tratado de Amsterdam especifica que sus disposiciones se aplican también a los departamentos franceses de Ultramar, a las Azores, Madeira y las islas Canarias. Además, se reserva al Consejo la facultad de decidir por VMC, a propuesta de la Comisión y previa *consulta* al PE, las medidas específicas de aplicación del TCE en tales regiones, aunque sin poner en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico comunitario, incluido el mercado interior y las políticas comunes. Por otra parte, y en relación con las regiones insulares, se modifica el segundo párrafo del artículo 130 A del TCE —artículo 158 actual— en relación con la cohesión económica y social a fin de incluir también a las islas en el compromiso de la Comunidad de reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas. Por último, se incluye la Declaración núm. 36 sobre los Países y Territorios de Ultramar, en la que se invita a revisar el régimen de asociación con los mismos de aquí a febrero del año 2000 con el cuádruple objetivo de fomentar un desarrollo económico y social más eficaz en los PTU, desarrollar las relaciones económicas de éstos con la UE, tener más en cuenta la diversidad y especificidad de cada uno de ellos, y mejorar la eficacia del instrumento financiero. Desde la óptica del PE, se trata de una serie de decisiones con las que se atiende la propuesta del PE de que dichas regiones y territorios sean objeto de un tratamiento jurídico diferenciado y específico. Ahora bien, aunque se prevé la VMC para la adopción de las medidas específicas en relación con éstas regiones, no nos parece en cambio aceptable otorgar únicamente al PE un derecho de consulta, cuando como ya se ha dicho repetidamente, lo que pretende dicha Institución es la codecisión para todos los actos legislativos.

5. Medio ambiente

En este ámbito, el Tratado de Amsterdam ha satisfecho las demandas del PE de incluir al medio ambiente entre los objetivos y las misiones de la Unión, así como la integración específica de la protección del medio ambiente en la definición y realización de las políticas y acciones de la Comunidad, si bien esta declaración genérica no va acompañada de la re-

forma concreta de los Artículos 130 U (1), 130 A y 130 B (3) del TCE —artículos 177, 158 y 159 TCE del texto consolidado—, que había sido propuesta por el PE. Además, tampoco se ha obtenido el refuerzo real de los informes de impacto medioambiental pedido por el PE en relación con el artículo 130 R (2) —artículo 134 consolidado—, más allá del limitado alcance de la Declaración núm. 12. En cuanto al proceso de toma de decisiones, no existe ningún motivo de satisfacción, ni con respecto al procedimiento a seguir (el PE pedía la codecisión, que no ha obtenido), ni sobre la extensión del VMC (el PE abogaba en favor del abandono de la unanimidad para el Artículo 130 S —artículo 175 del TCE consolidado— que tampoco ha logrado). Además, el PE se había pronunciado también en favor de la posibilidad de introducir disposiciones nacionales más rigurosas en materia de medio ambiente, lo que se ha logrado modificando al efecto el artículo 100 A —actual artículo 95 TCE— y concediendo a la Comisión un plazo de seis meses para confirmar la adecuación de tales normas a las reglas del mercado interior, a fin de preservar éste. Sobre la propuesta del Parlamento de incluir en el TCE un nuevo título relativo al bienestar de los animales, se ha optado finalmente por la inclusión de un Protocolo sobre su protección y bienestar, el cual dispone que al formular y aplicar las políticas comunes, la Comunidad y los Estados miembros deberán garantizar que se tiene plenamente en cuenta el bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones internas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en concreto, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional. Sin lugar a dudas, con tan oportuna y cuidada redacción las tesis españolas han obtenido en este punto un preciado triunfo.

6. Subsidiariedad

Sobre la base de las conclusiones del Consejo Europeo de Birmingham de 16 de octubre de 1992 y el enfoque global en la aplicación de dicho principio de subsidiariedad adoptado por el Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992, el Tratado de Amsterdam ha agregado al TCE un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. A la vista de ello, puede decirse que han prosperado finalmente las demandas del PE favorables a la no modificación del Artículo 3 B del TCE —artículo 5 consolidado—, y a la inclusión únicamente de un nuevo protocolo redactado en los términos de Birmingham y de Edimburgo y con pleno respeto al Acuerdo interinstitucional de 28 de octubre de 1993, que adquieren así valor jurídico; en contra del control de la subsidiariedad por la COSAC o por los Parlamentos nacionales; en favor de mantener el Artículo 235 TCE —actual

artículo 308—; y en contra de la inclusión en el Tratado de una lista fija de competencias de la Unión y de los Estados miembros, de los derechos regionales, y de las «sunset clauses».

7. Transparencia y simplificación

En este ámbito, el Tratado de Amsterdam modifica, en primer lugar, el segundo párrafo del artículo A del TUE —artículo 1 consolidado— para destacar que las decisiones de la Unión deberán ser tomadas *lo más cerca posible de los ciudadanos y también de la manera lo más abiertamente posible*. Además, se añade un nuevo artículo 191 A del TCE —artículo 255 consolidado— que establece el derecho de acceso de los ciudadanos de la Unión y de las personas físicas y jurídicas que residen dentro de ésta, a los documentos del PE, del Consejo y de la Comisión. Conforme a dicho artículo 255, corresponde al Consejo establecer, en el plazo de dos años y en *codecisión con el PE*, los principios generales y los límites de tal derecho de acceso, límites a establecer por motivos de interés público o privado. En cambio, se deja a los reglamentos internos de cada institución el establecimiento de disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos. Por cierto, la Declaración núm. 35 sobre el apartado 1 de este artículo 191 A del TCE faculta además a los Estados miembros para pedir a la Comisión o al Consejo la no comunicación a terceros de un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo. Por otro lado, un nuevo párrafo del apartado 3 del artículo 151 del TCE —artículo 207 consolidado— prevé la forma de aplicar el nuevo artículo 191 A (3) disponiendo que el Consejo fijará en su Reglamento interno las condiciones de acceso público a sus documentos y definirá los casos en que actúa en su capacidad legislativa, en cuyo caso deberá el Consejo hacer públicos los resultados de las votaciones, las explicaciones de voto, y las declaraciones en el acta. En nuestra opinión, la introducción de la transparencia y la apertura de los procedimientos de las Instituciones como principios de la Unión Europea, así como la inclusión en el Tratado del principio de acceso a los documentos de las instituciones, constituyen hitos importantes en la tarea de acercar la Unión a sus ciudadanos. Igualmente, constituye también un paso en la buena dirección el que sea el Consejo, en *codecisión con el PE*, el que deba establecer los principios generales y los límites a tal derecho de acceso. En cambio, es de lamentar el que las medidas de aplicación se dejen a la reglamentación interna de las instituciones, algo a lo que se había opuesto expresamente el PE. Además, aunque supone un avance importante respecto de la situación actual, la apertura de las reuniones del Consejo prevista no responde totalmente, ni mucho menos, a la demanda del PE.

Este, en efecto, había pedido como órgano legislativo, sus deliberaciones sean públicas y su orden del día imperativo, salvo excepción debidamente motivada, aprobada por mayoría de dos tercios y comunicada al PE con las razones que justifiquen esta decisión. En fin, en materia de simplificación y en vista de la estructura y redacción del nuevo Tratado, creemos que lo menos que puede decirse es que el éste sigue siendo más incomprensible y confuso que nunca para el ciudadano medio: justo lo contrario de lo que se proclamaba a bombo y platillo al inicio de la CIG.

III. LAS APORTACIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM EN RELACIÓN CON LAS INSTITUCIONES EN EL SENO DE UNA UNIÓN MÁS DEMOCRÁTICA Y MÁS EFICAZ Y LAS DEMANDAS DEL PE¹⁰

El nuevo Tratado de Amsterdam contiene ciertas disposiciones sobre las Instituciones de la Unión, cuyo agrupamiento en diversos artículos, protocolos y declaraciones no basta para ocultar los magros e insignificantes resultados obtenidos. Por un lado, el Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea establece en su artículo 1 que en la fecha de entrada en vigor de la primera ampliación la Comisión incluirá un nacional de cada uno de los Estados miembros, siempre que para esa fecha se haya modificado la ponderación de los votos en el Consejo, bien mediante una nueva ponderación de los votos o bien mediante una doble mayoría, teniendo en cuenta en especial la compensación a aquellos Estados miembros que renuncien a la posibilidad de designar un segundo miembro de la Comisión. Por otro, el artículo 2 de dicho Protocolo dispone la convocatoria de una nueva Conferencia Intergubernamental al menos un año antes de que el número de Estados miembros de la Unión exceda de veinte, con el fin de efectuar una revisión global de los Tratados sobre la composición y el funcionamiento de las instituciones¹¹.

En nuestra opinión, el citado Protocolo constituye en realidad una declaración de impotencia en relación con dos de los temas institucionales capitales de la CIG (composición de la Comisión y ponderación de votos en el Consejo) que, de acuerdo con lo decidido en los sucesivos

¹⁰ Para un análisis detallado de las nuevas disposiciones institucionales del Tratado de Amsterdam, *vid.* Mangas Martín, Araceli: «La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo. Especial Tratado de Amsterdam. Enero-Junio 1998*, pp. 7 a 40.

¹¹ La Declaración núm. 50 sobre dicho Protocolo establece además que hasta la entrada en vigor de la primera ampliación se prorrogará la Decisión del Consejo de 29 de marzo de 1994 Compromiso de Ioannina, y que para esa fecha se encontrará una solución al caso especial de España.

Consejos Europeos de Bruselas, de Corfú, de Cannes, de Madrid y de Turín, debían haber quedado resueltos en el nuevo Tratado en la perspectiva de la ampliación. Ya durante la CIG el Parlamento Europeo reiteró que el haber dejado desde el principio de ésta la solución a éstos y algunos otros temas igualmente delicados (como el paso de la unanimidad a la VMC) para los momentos finales de la Conferencia, constituía una táctica nefasta, ya que la solución a tan sensibles cuestiones quedaba así al albur de los intereses nacionales y electorales de los participantes. Así sucedió finalmente, lo que contribuyó en gran medida al fracaso de la CIG, ya que la mejora de la legitimidad democrática y de la eficacia de las instituciones de la Unión en la perspectiva de la ampliación constituía precisamente una de sus principales razones de ser, y no la simple convocatoria de una nueva CIG en un futuro más o menos próximo¹².

1. Parlamento Europeo

Por lo que se refiere a esta institución, el Tratado de Amsterdam incluye disposiciones sobre los procedimientos legislativos, sobre la simplificación del procedimiento de codecisión, y sobre la organización y composición del PE. En cuanto a los procedimientos legislativos, se detallan, en primer lugar, los casos a los que se aplicará en lo sucesivo el procedimiento de *dictamen conforme*, que el nuevo Tratado (artículo F.1 del TUE —artículo 7 del texto consolidado—) extiende únicamente a las sanciones en el caso de una violación grave y persistente de los derechos fundamentales por parte de un Estado miembro.¹³ Así pues, el balance es

¹² En todo caso, la Conferencia tomó nota de la Declaración núm. 6 de Bélgica, Francia e Italia relativa al citado Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación de la UE, en la que estos países hacen constar que el nuevo Tratado de Amsterdam no responde a la necesidad de realizar avances sustanciales para el fortalecimiento de las instituciones, considerando que dicho fortalecimiento es una condición indispensable para la conclusión de las primeras negociaciones de adhesión. Además, estos tres países se declaran dispuestos a sacar todas las conclusiones adecuadas del Protocolo en lo relativo a la composición de la Comisión y la ponderación de los votos, considerando que una extensión significativa del recurso al VMC forma parte de los elementos pertinentes que convendrá tener en cuenta. El PE ha mostrado su apoyo expreso a esta Declaración el 19 de noviembre de 1997.

¹³ Los otros casos de aplicación ya existentes del procedimiento de dictamen conforme incluyen los artículos O TUE —artículo 49 del TUE consolidado— sobre el procedimiento de adhesión; 130 D TCE —artículo 161 consolidado— sobre los Fondos estructurales y de Cohesión; 138, 3 TCE —artículo 190 consolidado— sobre el procedimiento electoral uniforme; y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 228 TCE —artículo 300 consolidado— sobre los acuerdos de asociación, los acuerdos que creen un marco institucional específico, los acuerdos que tengan implicaciones presupuestarias importantes para la Comunidad y los que impliquen modificación de un acto adoptado en codecisión.

claramente negativo. Salvo en el caso mencionado, se ha decidido el mantenimiento del *statu quo*, algo que no puede complacer al PE que había pedido expresamente la ampliación del dictamen conforme para los acuerdos internacionales del Artículo 228 TCE —artículo 300 consolidado—, en materia de recursos propios, en relación con el Artículo 235 TCE —artículo 308 consolidado— y, sobre todo, para la revisión de los Tratados.

Por otra parte, se *extiende* la aplicación del *procedimiento de codecisión* a veinticuatro nuevos casos. De ellos ocho se refieren a nuevas disposiciones: medidas incentivadoras del empleo (artículo 109 R del TCE —artículo 129 del texto consolidado—); igualdad de oportunidades y de trato en la política social (artículo 119 TCE —artículo 141 consolidado—); en materia de salud pública, para establecer requisitos mínimos de calidad y seguridad de órganos, así como medidas veterinarias y fitosanitarias para proteger la salud (artículo 129 TCE —artículo 152 consolidado—); principios generales de transparencia (artículo 191 A TCE —artículo 255 consolidado—); lucha contra el fraude contra los intereses financieros de la Comunidad (artículo 209 A TCE —artículo 280 consolidado—); cooperación aduanera (nuevo artículo 116 TCE —artículo 135 consolidado—); estadísticas (artículo 213 A TCE —artículo 285 consolidado—); y establecimiento de una autoridad consultiva independiente para la protección de datos (artículo 213 B —artículo 286 consolidado—). Otros 16 casos más se refieren a disposiciones ya existentes en el Tratado y a las que antes se aplicaban otros diversos procedimientos.¹⁴ En

¹⁴ Estos 16 casos de disposiciones existentes en el TCE —y sus procedimientos anteriores— son los siguientes:

Artículo 6 —12 consolidado—: Normas para prohibir la discriminación basada en la nacionalidad (antes cooperación); Apartado 2 del artículo 8 A —18 consolidado—: Disposiciones para facilitar el ejercicio del derecho de los ciudadanos a trasladarse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (antes dictamen conforme, pero exige además unanimidad en el Consejo); Artículo 51—42 consolidado—: Mercado interior (antes consulta, pero exige además unanimidad en el Consejo); normas de seguridad social para los trabajadores migrantes comunitarios; Apartado 2 del artículo 56 —46 consolidado—: Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al trato especial a los extranjeros (derecho de establecimiento); Apartado 2 del artículo 57 (pero exige además unanimidad en el Consejo) —artículo 47 consolidado—: Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas previstas en los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas (antes consulta); Modificación de los principios legales vigentes relativos al régimen de las profesiones relacionadas con la formación y las condiciones de acceso de las personas físicas (antes consulta); Apartado 1 del artículo 75 —71 consolidado—: Política de transportes (antes cooperación); Normas comunes aplicables al transporte internacional con destino a un Estado miembro o procedente de él o que cruce el territorio de uno o más Estados miembros; condiciones para que los transportistas no residentes puedan prestar servicios de transporte en un Estado miembro; medidas para la mejora de la seguridad del transporte; Artículo 84 TCE —80 consolidado—: Política de transportes (antes cooperación); Transporte marítimo y aéreo; Artículo 118 TCE —137 consolidado—: disposiciones

nuestra opinión, y a pesar de los logros obtenidos, para el PE se trata en realidad sólo de una victoria aparente, puesto que pedía la codecisión para todos los actos legislativos con independencia del procedimiento de votación en el Consejo (unanimidad o VMC), y sólo se han podido obtener para algunos de ellos, de los que sólo unos pocos son verdaderamente decisivos. Por este motivo, el PE sigue demandando la extensión expresa del procedimiento de codecisión a las materias legislativas a las que aún no se aplica: se trata, en concreto, del nuevo Título IV TCE (antiguo III bis), de la política agrícola, de pesca, fiscal, de la competencia, estructural, de turismo, de los recursos hidráulicos, de la aproximación de legislaciones del artículo 94 TCE —antiguo 100—, así como a los actos legislativos en el tercer pilar. Las propuestas de la Comisión (basadas sobre la idea del ámbito legislativo) fueron bien acogidas en un primer momento por numerosos Estados miembros, pero a última hora se impuso el restrictivo enfoque caso por caso. Es de reseñar, por último, que en cuatro casos especialmente importantes para la ciudadanía europea, el procedimiento de codecisión coexiste con la unanimidad en el Consejo: apartado 2 del artículo 18 TCE —antiguo 8 A—; y de los artículos 42 TCE —antiguo 51—, 47 TCE —antiguo 57— y 151 TCE —antiguo 128—.

En cuanto a la *simplificación del procedimiento de codecisión*, aquí sí que ha existido una reforma de indudable envergadura. En efecto, el Tratado de Amsterdam ha modificado el artículo 189 B del TCE —251 consolidado— a fin de aligerarlo mediante la aprobación definitiva del texto al final de la primera lectura si el Consejo y el PE están de acuerdo en un texto idéntico, mediante la simplificación de la segunda lectura y la supresión de la fase de intención de rechazo, y sobre todo mediante la eliminación de la tercera lectura. En la práctica, ello significa una simplificación notable de dicho procedimiento, y uno de los pocos logros verdaderamente decisivos para el PE obtenidos durante la CIG¹⁵. Con ello,

sociales mínimas en una serie de ámbitos; Artículo 119 TCE —141 consolidado—: medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades (antes cooperación); Artículo 125 TCE —148 consolidado—: Aplicación de decisiones relacionadas con el Fondo Social Europeo (antes cooperación); Apartado 4 del artículo 127 TCE —artículo 150 consolidado—: Formación profesional (antes cooperación); Medidas para alcanzar los objetivos del artículo 127; Tercer párrafo del artículo 129 D TCE —156 consolidado—: Otras medidas (RTE) (antes cooperación); Artículo 130 E TCE —162 consolidado—: Aplicación de decisiones FEDER (antes cooperación); Segundo párrafo del artículo 130 O TCE —172 consolidado—: Adopción de las medidas que citan los artículos 130 K e I - investigación (antes cooperación); Apartado 1 del artículo 130 S TCE —175 consolidado—: Medio ambiente (antes cooperación); Acción comunitaria para alcanzar los objetivos del artículo 130 R; Artículo 130 W TCE —179 consolidado—: Cooperación al desarrollo (antes cooperación).

¹⁵ La Declaración núm. 34 aneja al Acta Final sobre el respeto de plazos en el procedimiento de codecisión insta a las tres instituciones afectadas a garantizar un funcionamiento lo

el PE adquiere realmente la condición de co-legislador, en pie de igualdad con el Consejo en el plano procedimental¹⁶. Sin embargo, el Tratado de Amsterdam, al no haberlo pedido el PE, no ha otorgado a éste un verdadero derecho de iniciativa legislativa, si bien ciertos Estados miembros se han mostrado a favor de que la Comisión dé respuesta a las propuestas de iniciativa de aquél. En cambio, sí se decidió en Amsterdam la reducción a tres de los procedimientos legislativos (codecisión, consulta y dictamen conforme), lo que implica la práctica eliminación del procedimiento de cooperación, que sigue subsistiendo sólo para la UEM. En cuanto al procedimiento de consulta, solamente Italia, Austria, Portugal y Finlandia se mostraron partidarios de la eventual re-consulta al PE. Asimismo, en materia de comitología, la mayor parte de los Estados miembros se han declarado partidarios de que las competencias del PE sean las contenidas en el «modus vivendi» actual, pero contrarios a su posible inclusión en una Declaración, lo que en todo caso es insatisfactorio para el PE. Además, tampoco ha prosperado la concesión al PE de un derecho de control a posteriori en esta materia, ni se ha obtenido tampoco el refuerzo de las posibilidades de acceso del PE al Tribunal de Justicia, que el PE había pedido que fuera en iguales condiciones que Consejo y Comisión.

Respecto de la organización y composición del PE, el Tratado de Amsterdam conlleva importantes novedades. Así, en cuanto a la *organización y composición* del PE, se ha modificado en primer lugar el artículo 137 del TCE —189 del texto consolidado— para fijar en un máximo de 700 el número de miembros de dicha institución. Además, se ha insertado el texto de los artículos 1, 2, y apartado 1 del artículo 3 del Acta de 20 de septiembre de 1976 relativa a la elección de los representantes del PE por sufragio universal directo como nuevos apartados 1, 2 y 3 del artículo 138 del TCE —190 del texto consolidado—, que disponen la elección por sufragio universal directo de los miembros del PE, el número de representantes a elegir en cada Estado miembro y el período de cinco años de duración del mandato. En realidad, se trata precisamente del *umbral máximo fijado por el propio PE*, que ha sido seguido en este punto por los Estados miembros. En cuanto al número de escaños por país, la falta de concreción sobre el nuevo tope máximo por país, obedece una vez más a la división de puntos de vista entre los Estados favorables al mantenimiento de la fórmula actual y los que desean un equilibrio esca-

más expedito posible del mismo y a respetar los plazos fijados, cuya prórroga se limitará a los casos estrictamente necesarios. En ningún caso debería ser superior a nueve meses el período entre la segunda lectura del PE y el resultado del Comité de Conciliación.

¹⁶ Para un estudio más detallado sobre el tema *vid.* Loreto Gil-Robles Casanueva/ J. Javier Fernández Fernández: *El nuevo procedimiento de codecisión tras el Tratado de Amsterdam*. Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo. Octubre 1997. Serie Política (W-34).

ño/población. Sin embargo, donde el Parlamento Europeo ha obtenido un verdadero éxito, en buena parte debido a la constancia de su Presidente D. José María Gil-Robles, ha sido en relación con el *estatuto de sus diputados*. En efecto, el nuevo apartado 4 del mismo artículo 138 del TCE dispone ahora que el PE deberá establecer el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones de sus miembros, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo, por unanimidad. Hay que señalar que lo que el PE había pedido es que su Estatuto fuera aprobado por la mayoría del Parlamento, previo dictamen de la Comisión y con aprobación del Consejo por VMC. Se ha mantenido también aquí, sin embargo, la exigencia de unanimidad en el seno del Consejo, lo que implica importantes consecuencias. En efecto, ya el día 3 de diciembre de 1998 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre el proyecto de estatuto de sus diputados (A4-426/98) que fija los derechos y obligaciones de los mismos. Desde el punto de vista del PE, este estatuto debería entrar en vigor lo antes posible, dado que la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam proporciona ya la base jurídica para su aprobación. Sin embargo, aunque el Presidente del PE presentó ya dicha Resolución al Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998, y el Consejo de Asuntos Generales de 3 y 4 de marzo de 1999 otorgó mandato para alcanzar un compromiso sobre el proyecto de Estatuto, el proyecto finalmente acordado por el Consejo de Asuntos Generales de 26 de abril no respondía a las expectativas del PE en ciertos puntos. Ante ello, el PE aprobó una nueva Resolución el día 5 de mayo siguiente (doc A4-267/99) confirmando la anteriormente citada, y constatando la persistencia de divergencias fundamentales con el Consejo (especialmente sobre los criterios de determinación de la asignación parlamentaria, el régimen de pensiones, el desembolso de los gastos efectivamente producidos y el procedimiento de revisión del estatuto). En la actualidad prosiguen los contactos con el Consejo para obtener la aprobación del Estatuto por unanimidad.

En materia de procedimiento electoral uniforme, el nuevo párrafo primero del apartado 3 del artículo 138 del TCE —apartado 4 del artículo 190 del texto consolidado— establece ahora que el PE deberá formular una propuesta encaminada a hacer posible su elección por sufragio universal según un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o según principios comunes a todos ellos. En realidad, nada nuevo ha obtenido en Amsterdam el PE, puesto que había pedido la codecisión para el *procedimiento electoral uniforme*, y lo único que se le ha reconocido es una iniciativa de la que ya disponía. Sin embargo, al dejarse de lado la idea de establecimiento a ultranza de dicho procedimiento sobre la base exclusivamente del sistema proporcional, se ha posibilitado la

aprobación de aquél. En efecto, el Tratado de Amsterdam ha introducido el concepto de «principios comunes a todos los Estados miembros», siguiendo así la orientación indicada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 10 de marzo de 1993 (DO C 115 de 26 de abril), en la que no se proponía explícitamente un procedimiento electoral uniforme sino sólo líneas directrices generales. Hay que añadir que a ello contribuyó de forma notable la propuesta de 22 de octubre de 1996 presentada por el Gobierno alemán durante la CIG, que recogía ya los elementos esenciales de la Resolución citada. En vista de ello, el Parlamento Europeo ha aprobado recientemente una resolución sobre la elaboración de un proyecto de procedimiento electoral uniforme fundado en principios comunes para la elección de los diputados al Parlamento Europeo (A4-212/98) el día 15 de julio de 1998, al cual va anejo un proyecto de acto con vistas a permitir la elección por sufragio universal directo de los diputados al Parlamento Europeo según principios comunes a todos los Estados miembros. Actualmente, existe ya un consenso bastante amplio entre los distintos Estados miembros en cuanto a la determinación de toda una serie de principios comunes. Por otra parte, el Reino Unido ha establecido finalmente un sistema de votación proporcional de tipo regional para las elecciones al Parlamento Europeo de 13 de junio de 1999. Todo ello debería permitir la adopción definitiva por el Consejo de la Unión de un procedimiento electoral basado en principios comunes, antes en todo caso de que se lleven a cabo las futuras ampliaciones.

Por último, en relación con la sede del PE se ha agregado al Tratado de Amsterdam un Protocolo sobre la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados organismos y servicios de las Comunidades Europeas y de Europol que prevé que el Parlamento Europeo tendrá su sede en Estrasburgo, donde se celebrarán los 12 períodos parciales de sesiones plenarias mensuales, incluida la sesión presupuestaria. Los períodos parciales de sesiones plenarias adicionales se celebrarán en Bruselas. Las comisiones del Parlamento Europeo se reunirán en Bruselas. La Secretaría General del Parlamento Europeo y sus servicios seguirán en Luxemburgo. En nuestra opinión, no puede sino lamentarse la introducción en el Tratado del mencionado Protocolo, que ignora en definitiva el derecho del PE a decidir por sí mismo su propia sede.

2. Parlamentos nacionales

El Tratado de Amsterdam incluye también un Protocolo anejo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, algo que el propio PE había pedido. Por un lado, se prevé en dicho Protocolo una mayor *información a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros* y,

en este sentido, el contenido del Protocolo se ajusta a las demandas del PE: envío de todos los documentos de consulta de la Comisión (Libros Verdes, Blancos y Comunicaciones); información previa a las reuniones del Consejo, y establecimiento de un período mínimo entre la recepción de las propuestas legislativas de la Comisión en todas las lenguas y su inclusión en el orden del día del Consejo. Además, el nuevo Protocolo contiene ciertas disposiciones sobre la *Conferencia de Organos Especializados en Asuntos Comunitarios* (COSAC). Esta podrá dirigir a las instituciones de la Unión Europea cualquier contribución que juzgue conveniente, basándose, en particular, en los proyectos de textos jurídicos que los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros decidan de común acuerdo presentarle. En concreto, podrá estudiar cualquier propuesta o iniciativa legislativa relacionada con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que pueda tener consecuencias directas en los derechos y libertades de las personas, de lo cual deberán ser *informados* el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. La COSAC podrá presentar ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente sobre las actividades legislativas de la Unión, en particular respecto de la aplicación del principio de subsidiariedad, el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, así como de cuestiones relativas a los derechos fundamentales. En todo caso, las aportaciones de COSAC no serán obligatorias para los Parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición. Desde la óptica del PE, las nuevas aportaciones del Tratado de Amsterdam son bienvenidas, pues no se ha producido la creación de nuevas instituciones y órganos, y las propuestas de creación de una segunda Cámara para los Parlamentos nacionales y de un alto consejo consultivo de los mismos han sido unánimemente rechazadas. Tampoco se ha producido la institucionalización de la COSAC en el Tratado, ni se ha incluido en el mismo el papel de las «*assises*». Es evidente, sin embargo, que se ha producido un innegable refuerzo del papel de la COSAC en el plano político, que no jurídico, al serle reconocidas facultades de presentación de iniciativas y propuestas y de información a las tres grandes instituciones.

3. Consejo

El nuevo Tratado de Amsterdam no contiene en absoluto aportaciones sustanciales en relación con la situación anterior: se refiere únicamente al voto por mayoría cualificada y a ciertas modificaciones del artículo 151 del TCE —artículo 207 actual—, en relación con el Coreper, el Secretario General adjunto y la aplicación de la transparencia, a la que ya se hizo alusión. Concretamente, se modifica el párrafo 1 de dicho artículo por el que se faculta al Coreper para adoptar decisiones en materia

de procedimiento en los casos establecidos en el reglamento interno del Consejo. Además, se modifica el párrafo 2 para introducir la figura del Secretario General adjunto del Consejo, que asiste al Secretario general y que es el responsable del funcionamiento de la Secretaría General. Por su parte, el Secretario General es designado como Alto Representante de la PESC. Por lo que se refiere en concreto a la *extensión del ámbito de aplicación del voto por mayoría cualificada* (VMC), baste con señalar que el nuevo Tratado abarca dieciséis nuevos casos, de los que once son nuevas disposiciones¹⁷, mientras que otros cinco casos más afectan a disposiciones ya existentes en el Tratado¹⁸. Es también de destacar el que, más allá de los supuestos contemplados por el PE (modificaciones del Tratado, Artículo 235 TCE —208 consolidado—, adhesiones, decisiones sobre los recursos propios, procedimientos electorales), todos los Estados miembros invocaban otros diversos casos específicos en los que debía de mantenerse el principio de la unanimidad¹⁹. Por su parte, el propio Parlamento Europeo se mostraba de acuerdo en mantener el principio de la unanimidad en una serie de supuestos de carácter constitucional (modificaciones del Tratado, Artículo 235 TCE —208 consolidado—, adhesiones, decisiones sobre los recursos propios, procedimientos electorales). En fin, en nuestra opinión los resultados obtenidos en materia de extensión del VMC y de paso de la unanimidad a la VMC son sumamente limitados y constituyen otra de las grandes carencias del nuevo Tratado. De los 19 artículos del primer pilar (de entre un total de 48 que preveían la unanimidad) cuyo trasvase hacia la VMC se evocaba al inicio de la CIG, sólo 11 aparecían ya en el proyecto de Tratado de 12 de junio y sólo

¹⁷ Artículo 109 Q del TCE —128 actual—: Directrices sobre empleo; Artículo 109 R del TCE —129 actual—: Medidas incentivadoras; Artículo 118 (2) TCE —137 actual—: Exclusión social; Artículo 119 (3) TCE —141 actual—: Igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres; Artículo 129 (4) TCE —152 actual—: Salud pública; Artículo 191 A TCE —255 actual—: Transparencia; Artículo 209 A TCE —actual 280—: Lucha contra el fraude; Artículo 213 A TCE —285 actual—: Estadísticas; Artículo 213 B TCE —artículo 286 actual—: Establecimiento de una autoridad consultiva independiente para la protección de datos; Artículo 227(2) TCE —actual 299—: Regiones ultra periféricas; Artículo 116 TCE —actual 135—: Cooperación aduanera.

¹⁸ Artículo 45(3) TCE —derogado—: Ayudas compensatorias por importaciones de materias primas; Artículo 56 (2) TCE —actual 46—: Coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas previstas para un trato especial a los nacionales extranjeros (derecho de establecimiento); Artículo 130 I (1) TCE —166 actual—: Adopción del programa marco de investigación; Artículo 130 I (2) TCE —también actual artículo 166—: Adaptación o ajuste del programa marco de investigación; Artículo 130 O TCE —actual 172—: Creación de empresas comunes en materia de I + D.

¹⁹ Cfr. Fernández Fernández, José Javier: «Summary of the positions of the Member States and the European Parliament on the 1996 Intergovernmental Conference. *European Parliament: Task-Force on the 1996 IGC. Luxembourg, 12 May 1997* (JF/bo/290/97).

los 5 citados fueron finalmente transferidos por el Consejo Europeo de Amsterdam. Para el PE se trataba de un tema capital, y por ello había denunciado el que se dedicara excesivo tiempo a tratar de la flexibilidad —que es sólo una solución de recambio— y se dejara para la fase final la verdadera discusión sobre la VMC. Sin embargo, los nimios resultados obtenidos confirman de nuevo el triunfo de los intereses nacionales sobre los generales de la Unión. No debe sorprender, pues, el que no prosperara finalmente la idea de la «carga de la prueba» propuesta por la Comisión para que cada Estado miembro justificara sus exigencias de unanimidad.

Por otra parte, la falta de resultados del Consejo Europeo de Amsterdam en relación con la ponderación de votos en el seno del Consejo constituye otro de los grandes fracasos sin paliativos de la CIG, que fue convocada precisamente para resolver éste y otros capitales temas antes de la ampliación de la Unión. Teóricamente podría producirse aquella antes de la fecha de la primera ampliación de la Unión mediante una nueva ponderación de los votos o por mayoría dual, y teniendo en cuenta en especial la compensación a aquellos Estados miembros que renuncien a la posibilidad de designar un nuevo Comisario. Así lo dispone el ya citado artículo 1 del Protocolo sobre las Instituciones en la perspectiva de la ampliación de la UE. En definitiva, lo que se ha producido es la incorporación al Tratado de una solución de compromiso entre los puntos de vista de los «grandes» y «pequeños» Estados miembros: a grandes rasgos, los pequeños preferirían mantener el sistema actual de la extrapolación —vinculando la nueva ponderación en todo caso a la disminución del número de Comisarios de los «grandes», y en ocasiones a la VMC—, mientras que estos últimos son favorables a una nueva ponderación. Por si fuera poco, en este último caso las posiciones están también divididas sobre la introducción de una doble mayoría de Estados/población respecto a la cual el PE había demandado su clarificación (ya se trate de votos y población, o de población y número de Estados miembros), así como la de los umbrales a aplicar. Por otra parte, y en lo relativo al *umbral para la toma de decisiones por mayoría cualificada* no se produjo tampoco ningún avance en Amsterdam, pues aunque el PE pidió en su día la reducción del umbral actual (71%) para la obtención de la mayoría cualificada en el seno del Consejo, la realidad es que casi todos los Estados miembros se han opuesto a ello.

4. Comisión

El nuevo Tratado de Amsterdam tampoco ha modificado sustancialmente el equilibrio institucional por lo que se refiere a las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea. De hecho, el nuevo Tratado contiene sólo un escaso número de nuevas disposiciones en rela-

ción con la Comisión, mínimas para lo que estaba realmente en juego. Por un lado, y en relación con los *nombramientos de los miembros de la Comisión*, se modifican los dos primeros párrafos del artículo 158 del TCE —artículo 214 consolidado— para establecer que corresponde a los gobiernos de los Estados miembros proponer de común acuerdo al *Presidente de la Comisión*, cuyo nombramiento deberá de ser *aprobado* por el PE. Por otra parte, corresponderá a dichos gobiernos, de común acuerdo con el Presidente designado, designar a las demás personalidades a las que se propongan nombrar miembros de la Comisión. Por tanto, constituye un éxito indudable el que el nombramiento del Presidente de la Comisión deba de ser aprobado por el PE tras designación de la personalidad adecuada por el Consejo, pero es de recordar que el PE deseaba en realidad elegir al Presidente de la Comisión directamente, a partir de una lista propuesta por el Consejo Europeo, lo que no se ha logrado. De igual modo, es de celebrar el refuerzo de las competencias del Presidente de la Comisión, al añadirse un nuevo primer párrafo al artículo 163 del TCE —219 consolidado— según el cual la Comisión ejercerá sus funciones bajo la dirección política de su Presidente²⁰. En cambio, hay que lamentar el que no se haya satisfecho la demanda del PE de disponer de un derecho de censura individual sobre los Comisarios. Por otro lado, en la Declaración núm. 31 relativa a la Decisión del Consejo de 13 de julio de 1987, se invita a la Comisión a presentar al Consejo antes de finales de 1998 una propuesta de modificación de la Decisión del Consejo citada por la que se establecen las modalidades de ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (*comitología*), espinosa cuestión actualmente en fase de discusión. Por su parte, el PE ha pedido a la Comisión que la nueva propuesta preserve la asociación de aquél a la elaboración y puesta a punto del texto final, que deberá recibir su aprobación. En definitiva, aunque la Comisión ha obtenido poco de la CIG en líneas generales, es de agradecer el que finalmente no se haya visto afectado el mantenimiento de su papel e independencia, ni su derecho de iniciativa exclusivo en el primer pilar. A ello hay que unir ahora además la co-iniciativa lograda para las materias comunitarizadas del tercer pilar, así

²⁰ La Declaración núm. 32 sobre la organización y el funcionamiento de la Comisión toma nota de que la Comisión tiene intención de preparar a su debido tiempo la reorganización de las funciones en el colegio que entrará en funciones en 2000, a fin de garantizar una división óptima entre carteras tradicionales y funciones específicas, considerando que el Presidente de la Comisión deberá gozar de amplia libertad para conferir funciones dentro del colegio, así como en cualquier reorganización de dichas funciones durante un mandato de la Comisión. Además, se toma nota también de que la Comisión tiene la intención de emprender simultáneamente la reorganización correspondiente de sus departamentos, y propone en particular que las relaciones exteriores sean responsabilidad de un vicepresidente.

como para lo que resta de éste. Igualmente, se ha evitado la inserción de «sunset clauses» en el Tratado, algo a lo que también se oponía el PE. En cambio, la falta de resultados sobre la reducción del número de Comisarios ha constituido otro estrepitoso fracaso de la CIG, que fue precisamente convocada para resolver, entre otras, esta importante cuestión. El mencionado Protocolo sobre las Instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea, prevé la convocatoria de una nueva CIG al menos un año antes de que el número de miembros de la UE exceda de 20. Mientras tanto, y a partir de la primera ampliación, cada Estado dispondrá de un Comisario a condición de que se haya modificado la ponderación de los votos en el Consejo. En fin, nos parece también de lamentar el que no se haya producido un aumento de las competencias ejecutivas de la Comisión como deseaba el PE.

5. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tratado de Amsterdam ha modificado el artículo L del TUE —artículo 46 consolidado— a fin de extender la competencia del TJCE a las disposiciones del Título VI del TUE sobre cooperación policial y judicial en materia penal. La jurisprudencia del Tribunal se ha extendido además a las disposiciones sobre la cooperación reforzada. Además, su competencia alcanza ahora a los actos de las instituciones relacionados con el respeto de los derechos fundamentales por la Unión, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al TUE. Por nuestra parte consideramos que, aunque el propio Tribunal de Justicia prefería dejar a su Reglamento interno la mayor parte de las modificaciones que le afectan en vez de introducir numerosas revisiones en el nuevo Tratado, habría sido oportuno incluir al menos, como deseaba el PE, la designación del Presidente por el conjunto de los miembros del Tribunal, la fijación de un número de Jueces igual al número de Estados miembros, la introducción de un mandato no renovable de 9 años, y la flexibilización del funcionamiento interno del Tribunal. Por lo que se refiere a la ampliación de las competencias en materia PESC, CJI y Schengen, los indiscutibles avances operados con respecto a la situación anterior no ocultan en nuestra opinión la existencia de numerosas lagunas y carencias, ya comentadas en sus correspondientes epígrafes, a los que nos remitimos, e indicativas en general de una cierta desconfianza hacia el Tribunal. Por lo demás, la demanda del PE de ampliar las posibilidades de someter asuntos al Tribunal de Justicia al propio PE, al Tribunal de Cuentas, al CES, al Comité de las Regiones y a la BEI cuando sus derechos se vieran afectados, fue satisfecha mínima-

mente y sólo por lo que se refiere al Tribunal de Cuentas. Es de celebrar, en cambio, el que no hayan prosperado otras demandas presentadas en la CIG en relación con el Tribunal y a las que se oponía el PE: se trataba básicamente de la posibilidad de limitar el efecto retroactivo de las sentencias, de limitar la responsabilidad de los Estados miembros, de efectuar un recurso de apelación interno, y del control del Consejo sobre el TJCE.

6. Tribunal de Cuentas

El nuevo Tratado incluye, en primer lugar, la modificación del artículo E del TUE —artículo 5 consolidado— a fin de incluir al Tribunal de Cuentas junto a las demás instituciones de la Unión a la hora de exigir a todas ellas un correcto ejercicio de sus competencias. Además, se modifica también el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 188 C del TCE —artículo 248 consolidado— con el fin de establecer la publicación en el *DOCE* de la *declaración sobre la fiabilidad de las cuentas y la regularidad y legalidad de las operaciones* correspondientes que el Tribunal debe presentar al PE y al Consejo. Igualmente, se modifica también el apartado 1 del artículo 206 del TCE —276 consolidado— a fin de incluir la *declaración de fiabilidad* entre los documentos que debe examinar el PE antes de aprobar, a recomendación del Consejo por VMC, la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto. En definitiva, como pedía el PE con el Tratado de Amsterdam se ha mantenido el número actual de Miembros del Tribunal y se ha producido un refuerzo de sus competencias, extendiendo sus poderes de control sobre todos los fondos comunitarios gestionados por los organismos externos, incluido el BEI. Además, se reconoce ahora al Tribunal de Cuentas la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 173 —actual 230 TCE—. En cambio, no se ha recogido expresamente la demanda del PE de creación de una obligación de cooperación de las administraciones y de los Tribunales de Cuentas nacionales con el Tribunal de Cuentas Europeo.

7. Lucha contra el fraude

En relación con la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Comunidad, el Tratado de Amsterdam incluye la modificación del artículo 209 A del TCE —280 consolidado—, al que se añade un apartado 1 para recoger el compromiso de la Comunidad y de los Es-

tados miembros de combatir aquél mediante medidas disuasorias y eficaces. Para ello, el Consejo debe adoptar en *codecisión* con el PE y previa consulta al Tribunal de Cuentas las medidas necesarias que ofrezcan una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros, aunque no podrán afectar a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia. Además, la Comisión deberá presentar anualmente al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre las medidas adoptadas. En nuestra opinión, se trata sin lugar a dudas de un avance notable, particularmente por lo que se refiere a la extensión de la *codecisión*. Hay que recordar, sin embargo, que el PE había propuesto la definición de una base jurídica específica contra el fraude a los intereses financieros de la Comunidad —lo que se ha logrado—, pero que previera el establecimiento de un núcleo de disposiciones comunes en materia de derecho material y procesal penal —algo que ha sido expresamente exceptuado. Además, no ha podido lograrse tampoco la inclusión de toda extensión al fraude contra los intereses económicos de la UE en general. Por otro lado, se han reforzado de hecho las competencias del Tribunal de Cuentas en lo que respecta a la lucha contra el fraude, pero no se ha producido la ampliación del papel del PE en el control administrativo de la lucha contra el mismo, tal y como aquél deseaba. Tampoco ha prosperado la propuesta de atribución a la Comisión de competencia directa en la lucha contra el fraude, ni tampoco la de atribuir carácter vinculante a las observaciones del PE anexas a la decisión de aprobación de la gestión presupuestaria.

8. Integración diferenciada y flexibilidad²¹

El nuevo Tratado de Amsterdam contiene también importantes innovaciones en relación con el tema de la denominada flexibilidad. En primer lugar, incluye una serie de *cláusulas generales* como nuevo Título VI bis del TUE —Título VII del texto consolidado— relativo a las disposiciones sobre una cooperación reforzada. En segundo lugar, incluye también una serie de *cláusulas específicas del TCE*, así como en relación con la *cooperación policial y judicial penal*. Dentro de las *cláusulas generales*, que se incluyen como *nuevo Título VI bis en las Disposiciones Comunes del TUE*, se dispone en el nuevo artículo K.15 del TUE

²¹ Para un análisis detallado de las nuevas disposiciones del Tratado de Amsterdam en esta materia, *vid.* Martín y Pérez de Nanclares, José: «La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo. Especial Tratado de Amsterdam. Enero-Junio 1998*, pp. 205 a 232.

—artículo 43 consolidado— que los Estados miembros que tengan la intención de instituir una cooperación más estrecha entre sí podrán hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en los Tratados siempre que esa cooperación respete una serie de **principios**²². En cuanto al *papel del PE*, el nuevo artículo K.17 TUE —45 consolidado— dispone únicamente que el Consejo y la Comisión *informarán periódicamente* al Parlamento Europeo del desarrollo de la cooperación más estrecha establecida sobre las bases que anteceden. Por otra parte, el Tratado de Amsterdam introduce un nuevo artículo 5 A al TCE —11 consolidado— que incluye ciertas *cláusulas específicas en relación con el TCE*. Este nuevo artículo establece que se podrá autorizar a los Estados miembros que se propongan instituir entre sí una cooperación más estrecha a hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos por el Tratado TCE siempre que la cooperación que se proponga cumpla una serie de requisitos²³. En materia de procedimiento, corresponde al Consejo conceder dicha autorización por VMC, a propuesta de la Comisión y previa *consulta* al Parlamento Europeo. En términos generales, pues, las cláusulas acordadas consagran —como pretendía el PE— el rechazo de una Europa a la carta, así como la obligatoriedad de mantener el acervo comunitario, el marco institucional único y de concebir la integración diferenciada como último recurso y en condiciones idénticas o similares a las fijadas en su día por el Grupo de Reflexión. Por otra parte, y por lo que se refiere al mecanismo de puesta en práctica de la integración diferenciada, la fórmula decidida satisface parcialmente las demandas del PE al preverse la propuesta de

²² En particular, es preciso que dicha cooperación: a) pretenda impulsar los objetivos de la Unión, así como proteger y servir sus intereses; b) respete los principios de los Tratados y el marco institucional único de la Unión; c) se use sólo como último recurso cuando no se hayan podido alcanzar los objetivos de los Tratados por medio de los procedimientos pertinentes establecidos en los mismos; d) implique al menos a una mayoría de los Estados miembros; e) no afecte al acervo comunitario ni a las medidas adoptadas a tenor de las demás disposiciones de los Tratados; f) no afecte a las competencias, derechos, obligaciones e intereses de los Estados miembros que no participen en ella; g) esté abierto a todos los Estados miembros y permita a dichos Estados participar en la cooperación en cualquier momento, siempre que acaten la decisión de base y las decisiones tomadas en ese contexto; h) cumpla los criterios adicionales específicos previstos en el artículo 5 A del TCE —actual 11— y en el artículo K.12 del TUE —40 consolidado—, según el ámbito de que se trate, y esté autorizada por el Consejo con arreglo a los procedimientos establecidos en ellos.

²³ Y en particular: a) no se refiera a ámbitos que sean de exclusiva competencia de la Comunidad; b) no afecte a las políticas, acciones o programas comunitarios; c) no se refiera a la ciudadanía de la Unión ni establezca una discriminación entre nacionales de los Estados miembros; d) permanezca dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el presente Tratado; y e) no constituya una discriminación ni una restricción del comercio entre los Estados miembros ni falsee las condiciones de competencia entre ellos.

la Comisión y el VMC en el Consejo tanto para la concesión de la autorización, como para las medidas de aplicación, tal y como había pedido aquél (si bien el nuevo Tratado preserva la decisión del Consejo Europeo por unanimidad para los casos de interés vital —que presumiblemente serán casi todos—). En cambio, es de lamentar el que se haya previsto *únicamente la consulta del PE* y no el dictamen conforme como aquél deseaba. Igualmente, y como deseaba el PE, se mantiene el carácter indivisible del PE, de la Comisión y del TJCE, y por tanto la imposibilidad de restringir la votación en el PE sobre los asuntos sometidos a un procedimiento de cooperación reforzada a los diputados de los Estados miembros participantes. En cuanto a los principios presupuestarios, se ha consagrado la asunción de los gastos administrativos generales por parte del presupuesto de la Comunidad como deseaba el PE, pero no sus otras dos demandas para la financiación de las acciones ejecutadas en el marco del procedimiento de cooperación reforzada, esto es: la aprobación de estos créditos por parte del Consejo y del PE (en codecisión), y la aprobación por el Consejo (por VMC de los Estados miembros afectados) de los ingresos procedentes de una mayor contribución de estos Estados miembros sobre la base de su PNB. En definitiva, lo que quiere el PE es que la integración presupuestaria de las incidencias financieras derivadas de la cooperación reforzada respete la regla de la unidad del presupuesto comunitario y que no altere las reglas presupuestarias ni el funcionamiento de los demás dispositivos financieros en vigor.

Por lo que se refiere a las *cláusulas específicas del Título VI del TUE* —Título VI también del texto consolidado—, esta posibilidad se halla comprendida en el nuevo artículo K.12 del TUE —40 consolidado— respecto de las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. La cooperación más estrecha o flexibilidad podrá autorizarse en este caso siempre que la propuesta respete las competencias de la CE y los objetivos de dicho Título VI, por un lado, y por otro, siempre que tenga por objeto permitir a la Unión una evolución más rápida hacia un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. El procedimiento es también complejo e implica la autorización por VMC por el Consejo (mínimo 62 votos a favor que representen a 10 Estados miembros), a solicitud de los Estados miembros interesados, previo dictamen de la Comisión, y con remisión también de la solicitud de dichos Estados miembros al PE. En definitiva, se trata de un procedimiento complicado y nada flexible que, además de reservar un papel sensiblemente inferior a la Comisión en relación con lo previsto respecto del TCE, presenta la grave carencia de *ignorar de hecho el papel del PE*, excepción hecha de un derecho mínimo de información.

9. Otros órganos

1) *Comité de las Regiones*

El Tratado de Amsterdam incluye varias disposiciones sobre el mismo. En primer lugar, se deroga el anterior Protocolo núm. 16. Además, se modifica el párrafo tercero del artículo 198 A del TCE —263 consolidado— para precisar que ningún miembro del Comité podrá ser simultáneamente miembro del PE.

Por otro lado, se ha modificado el párrafo primero del artículo 198 C del TCE —264 consolidado— para incluir entre los casos potestativos de consulta del Comité por parte de la Comisión o del Consejo aquellos que afecten a la cooperación transfronteriza. Asimismo, su nuevo párrafo 4 dispone que el Comité de las Regiones podrá ser *consultado* por el Parlamento Europeo. Por tanto, se han extendido las competencias consultivas del Comité y, sobre todo, éste podrá en lo sucesivo ser consultado también por el PE. Además, tal y como deseaba este último, se ha otorgado autonomía administrativa al Comité de las Regiones frente al CES, así como frente al Consejo a la hora de establecer su propio reglamento interno. Sin embargo, no se ha otorgado a dicho órgano el estatuto de Institución que perseguía, y en materia jurisdiccional no se ha obtenido su derecho de acceso al TJCE como sostenía también el PE.

2) *Comité Económico y Social*

Por otra parte, se ha añadido un cuarto párrafo al nuevo artículo 198 del TCE —262 consolidado— conforme al cual el Parlamento Europeo podrá consultar al CES sobre una serie de cuestiones. Este último ha visto también aumentadas sus competencias consultivas en Amsterdam y podrá en el futuro ser *consultado* por el PE, tal y como deseaba éste, pero tampoco este órgano ha obtenido como deseaba el estatuto de Institución. Además, no ha visto aumentado su grado de autonomía ni ha obtenido el derecho de acceso al TJCE como defendía el PE.

10. Cuestiones diversas

A. *Jerarquía de normas*

En materia normativa, las discusiones en el seno de la CIG se han centrado sobre todo en la cuestión de la calidad de la legislación, más que sobre la necesidad de una nueva jerarquía en sentido estricto. Al final, se impuso la opinión mayoritaria de que la calidad de la legislación

debe asentarse en un Acuerdo interinstitucional, y no en el Tratado, y se añadió a éste únicamente la Declaración núm. 39 sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria. En ella, se recoge la necesidad de que el PE, el Consejo y la Comisión establezcan de común acuerdo directrices para mejorar la calidad de redacción de dicha legislación y aplicar dichas directrices en sus trabajos legislativos, así como hacer todo lo posible para acelerar la codificación de los textos legislativos. Es de lamentar, pues, la falta de concreción de los resultados obtenidos, que se alejan notablemente de la demanda principal y originaria del PE, el cual no sólo pedía mayor calidad legislativa sino, sobre todo, una nueva jerarquía normativa.

B. *El Tratado de Amsterdam, el sistema de recursos propios y los procedimientos presupuestarios en relación con el Parlamento Europeo*

En este ámbito, el fracaso de la CIG y el rechazo de los puntos de vista del PE ha sido total. En efecto, ni se ha llevado a cabo la simplificación de los procedimientos presupuestarios exigida por el PE, ni mucho menos se ha obtenido la ampliación de la codecisión en materia presupuestaria y el aumento del papel del PE. Lo que se ha hecho es mantener simplemente el *statu quo* actual. Y no sólo eso, sino que otro fracaso total similar se ha producido en cuanto a las pretensiones del PE de lograr la extensión de su dictamen conforme a los recursos propios, el establecimiento de un quinto recurso de financiación y la inserción de programas plurianuales en el Tratado. Además, y concretamente en materia de presupuesto, el fracaso de la CIG ha sido también total desde la óptica del PE, puesto que no ha prosperado la demanda de esta Institución de eliminar la distinción entre los gastos obligatorios y los no obligatorios y en favor de un presupuesto único. Todo ello parece indicativo de una cierta desconfianza hacia el PE, que en el ámbito presupuestario —incluido el Fondo Europeo de Desarrollo— sólo pide una relación paritaria, funcional y democrática entre las dos ramas de la autoridad presupuestaria.

C. *Nuevas políticas*

En materia de *salud pública*, el Tratado de Amsterdam incluye la modificación del artículo 129 del TCE —artículo 152 consolidado—, conforme al cual deberá garantizarse un alto nivel de protección de la salud humana al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad. En cuanto al procedimiento, el mismo artículo prevé que el Consejo, *en codecisión* con el PE y tras consultar al CES y al Comité de

las Regiones, adopte medidas para establecer altos niveles de calidad y seguridad de órganos y sustancias de origen humano (respetando las disposiciones nacionales en materia de donación de órganos o de sangre), medidas veterinarias y fitosanitarias para proteger la salud pública, así como medidas de fomento para la protección y mejora de la salud humana. Además, el Consejo puede adoptar también por VMC y a propuesta de la Comisión recomendaciones con el mismo fin. Desde la óptica del PE, la modificación operada es bienvenida, en la medida en que ha creado una nueva base jurídica que prevé la armonización —en codecisión— de los ámbitos veterinarios y fitosanitarios que tienen una incidencia directa sobre la salud. Si acaso, es de lamentar el que, después de tantas demandas infructuosas del PE, haya sido necesario esperar al desenlace de la «crisis de las vacas locas» para llegar a tan razonable resultado. En cuanto a la *protección de los consumidores*, el Tratado de Amsterdam modifica el artículo 129 A del TCE —artículo 153 de la versión consolidada— a fin de establecer la obligación de la Comunidad de contribuir a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como el derecho de éstos a la información, educación y organización para la salvaguarda de sus intereses. Además, se establece la necesidad de tener en cuenta los requisitos de la protección de los consumidores a la hora de definir y ejecutar otras medidas y políticas comunitarias. Para ello, se prevé la adopción por el Consejo *en codecisión* con el PE y previa consulta al CES, de medidas que apoyen, complementen y supervisen la política al respecto de los Estados miembros. Estos últimos podrán de todos modos adoptar medidas de mayor protección compatibles con el Tratado, las cuales deberán ser notificadas a la Comisión. Es también de celebrar, pues, el refuerzo de la protección de los consumidores operado en el nuevo Tratado, que confiere al PE el importante procedimiento de la codecisión. Con la nueva redacción dada al artículo 129 A parece consagrarse además, como deseaba el PE, no sólo la protección de los intereses económicos de los consumidores, sino también su derecho de acceso a la justicia. Empero, es de notar que para el PE esta política debería devenir en última instancia una política común de la UE, algo que dista mucho de haberse conseguido.

En materia de *cooperación aduanera*, se incluye un nuevo artículo del TCE que prevé la adopción *en codecisión* de medidas destinadas a fortalecer la cooperación aduanera entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión, si bien éstas no podrán afectar a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia. Además, se incluye un nuevo artículo 213 A del TCE —artículo 285 de la versión consolidada— en materia de *estadísticas*, que faculta al Consejo para adoptar *en codecisión* también con el PE medidas para la elabo-

ración de estadísticas imparciales, fiables, objetivas, independientes científicamente, rentables, ajustadas al secreto estadístico, y no demasiado costosas, cuando aquéllas sean necesarias para la realización de las actividades de la Comunidad. En ambos casos, naturalmente, hay que celebrar la concesión al PE del mismo poder de codecisión que tan en falta se echa en otros temas mucho más importantes. En especial, nos parece de lamentar el que no se hayan obtenido en Amsterdam, como demandaba el PE, las nuevas políticas comunes de la energía, del turismo y de la protección civil, así como el mantenimiento de la unanimidad para el Artículo 235 —308 consolidado— y la no ampliación del papel del PE en relación con el mismo. Por lo demás, sólo en parte puede complacer la introducción en el Tratado de la Declaración sobre el deporte, cuando lo que en realidad el PE había pedido eran disposiciones mucho más precisas. Hay que constatar también que no se ha producido la inclusión en el Tratado de un título separado para la pesca que prevea la aplicación del *dictamen conforme* a todos los acuerdos internacionales como deseaba el PE, el cual se ha opuesto en particular durante la CIG a las pretensiones británicas en materia de cuota hopping. En lo sustancial, no se ha producido tampoco el refuerzo de la cohesión económica y social con excepción de lo ya indicado al tratar de las regiones ultraperiféricas y los territorios de ultramar. Sobre todo, es de lamentar que la demanda del PE de introducir la *codecisión* para el artículo 130 D TCE relativo a los fondos estructurales no haya prosperado, de forma que continúa siendo de aplicación el procedimiento de *dictamen conforme*. En cuanto a los servicios de interés económico general, se introduce un nuevo artículo 7 D del TCE —artículo 16 de la versión consolidada— a fin de que, sin perjuicio de las normas existentes en materia de libre competencia y ayudas de Estado, la Comunidad y los Estados miembros aseguren el funcionamiento de dichos servicios con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. Sin embargo, ello no basta para satisfacer totalmente al PE, que había ido más lejos al demandar la inclusión en el Tratado de una Carta europea de los servicios públicos.

D. Unión económica y monetaria

Aunque existía un acuerdo unánime de no debatir durante la CIG las cuestiones relacionadas con la UEM, lo cierto es que en la práctica ésta ha estado presente en el ánimo de los negociadores a lo largo de la misma. Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que el acuerdo de última hora sobre el empleo y el Pacto de Estabilidad para la UEM no sólo acabó robando el protagonismo debido a la reforma en profundidad del Tratado, sino que se convirtió además en el éxito por excelencia del últi-

mo Consejo Europeo de Amsterdam. En fin, lo cierto es que se mantiene el procedimiento de cooperación para la UEM, y que no se ha concedido al PE la extensión de la consulta al mismo como pedía, en particular por lo que se refiere al indispensable control democrático de la UEM.

IV. LA CONTRIBUCIÓN DEL TRATADO DE AMSTERDAM AL REFUERZO DE LA CAPACIDAD EXTERIOR DE LA UNIÓN A LA LUZ DE LAS PROPUESTAS DEL PE²⁴

1. PESC: La política exterior y de seguridad común

El nuevo Tratado de Amsterdam se ocupa también del tema de una política exterior coherente y eficaz para la Unión Europea, sin embargo, como ya hemos indicado en otro lugar, el conjunto de nuevas disposiciones no ha conferido en realidad a la PESC nada más que algunas nuevas potencialidades, sometidas como siempre a la condición suspensiva de la voluntad política de los Estados miembros, y a su trasunto en la esfera institucional: el recurso o no por parte del Consejo al voto por unanimidad. En primer lugar, no creemos que el nuevo Tratado haya contribuido en mucho a dotar a la nueva PESC de más coherencia. Más allá de la nueva y genérica obligación del Consejo y de la Comisión de cooperar a fin de garantizar la coherencia del conjunto de la acción exterior de la Unión, seguimos pensando que la mejor manera de conferir verdadera coherencia al conjunto de ésta hubiera sido integrar la PESC en el pilar comunitario como pidió en su día el PE, agrupando además, como deseaba éste, en un único capítulo del Tratado todas las disposiciones relativas a los distintos aspectos de la política exterior (esto es, la política comercial, de desarrollo —incluido el FED—, la ayuda humanitaria y la propia PESC— incluidas la política de derechos humanos y la futura política común de defensa), y dotando a la Unión de una personalidad jurídica internacional (esto es, para las tres Comunidades y para la propia UE). Además, el PE pidió también de forma infructuosa a la CIG la creación de una representación diplomática de la Unión en los terceros países en que la representación diplomática de los Estados miembros es inferior a cuatro. En segundo lugar, es cierto que los objetivos de la PESC han sido ligeramente ampliados e incluyen ahora también el derecho de los Estados miembros a la legítima defensa en los términos del artículo 51 de la

²⁴ Para un análisis detallado de las nuevas disposiciones del Tratado de Amsterdam en materia PESC, *vid.* Fernández Fernández, José Javier: «El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: Análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo. Especial Tratado de Amsterdam. Enero-Junio 1998*, pp. 79 a 111.

Carta de las Naciones Unidas, así como el principio de la inviolabilidad de las fronteras. Sin embargo, ni la nueva cláusula de solidaridad política tiene el valor de las cláusulas de asistencia mutua incluidas por ejemplo en los Tratados de la UEO y de la OTAN, ni se ha recogido en el nuevo Tratado la cláusula de solidaridad financiera propuesta por el PE. En tercer lugar, como nuevos instrumentos de la PESC, el nuevo artículo J. 2 TUE —artículo 12 de la versión consolidada— incluye los cinco siguientes: la definición de los principios y de las orientaciones generales de la PESC; la aprobación de estrategias comunes; la adopción de acciones comunes; la adopción de posiciones comunes; y el fortalecimiento de una cooperación sistemática entre los Estados miembros. En sí, nos parece una meritoria y jerarquizada clarificación que era más que necesaria en vista de la inutilidad práctica de los instrumentos anteriormente disponibles, sobre todo porque algunos de tales instrumentos tienen ahora un carácter vinculante. Sin embargo, queda por demostrar su operatividad real, pues su verdadera eficacia sigue dependiendo de hecho de la sempiterna voluntad política de los Estados miembros. Y mucho nos tememos que no contribuya a ello precisamente el refuerzo del papel del Consejo Europeo decidido en Amsterdam que consagra a aquél como el máximo órgano no sólo deliberante sino también decisorio a la hora de establecer los principios y orientaciones generales de la PESC y las estrategias comunes.

En cuarto lugar, tampoco puede decirse que se haya avanzado mucho en materia de procedimiento en el ámbito de la PESC, pues la unanimidad —y no la VMC como quería el PE— sigue siendo la norma. Así lo dispone el apartado 1 del nuevo artículo J. 13 TUE —artículo 23 de la versión consolidada— al establecer como regla general para la PESC la unanimidad más la abstención constructiva: el Consejo adoptará sus decisiones por unanimidad, a la que no obstará la abstención de los miembros presentes o representados. Es cierto que, como excepción a la regla general de la unanimidad, el apartado 2 de mismo artículo J.13 prevé la VMC para las acciones, posiciones comunes y decisiones que se basen en una estrategia común, así como para toda decisión por la que se aplique una acción común o una posición común. Sin embargo, no se procederá a la votación para la adopción de estas decisiones por VMC cuando un Estado miembro manifieste que, por motivos importantes y declarados de política nacional, tiene la intención de oponerse a la adopción de una de éstas. En este caso, el Consejo puede por VMC reenviar el asunto al Consejo Europeo para su resolución por unanimidad. Como ya hemos señalado, consideramos la redacción de este apartado 2 como una simple oda al retruécano que, al consagrar el carácter sacrosanto del «interés vital» de los Estados miembros, tiene como mérito principal el de vaciar de

contenido real las excepciones a la unanimidad en materia PESC contenidas en el propio apartado 2.

En quinto lugar, y en lo relativo a la representación en el ámbito de la PESC, el Tratado de Amsterdam establece que corresponde a la Presidencia asumir la representación de la Unión y ella es la responsable también de la ejecución de las acciones comunes y de expresar la posición de la Unión en los foros y conferencias internacionales. La Presidencia contará para ello con la asistencia del Secretario General del Consejo, que ejercerá las funciones de Alto Representante de la PESC, el cual estará asistido a su vez por el Secretario General adjunto del Consejo, que será responsable del funcionamiento de la Secretaría General, modificándose al efecto el artículo 151 del TCE. Además, el nuevo párrafo 5 del artículo J. 8 del TUE faculta al Consejo para establecer, siempre que lo considere necesario, un representante especial con un mandato relativo a cuestiones políticas concretas, algo que el PE había pedido también. En definitiva, se impuso también en este área el enfoque intergubernamental al confiarse al Consejo la gestión y la responsabilidad de la PESC. Por tanto, tampoco en este tema obtuvo satisfacción el PE, que se contaba entre los partidarios del aumento del papel de la Comisión y había pedido expresamente que el Miembro de la Comisión competente para política exterior —nombrado según el procedimiento en vigor para el Presidente de la Comisión— asegurara, en estrecha cooperación con la Presidencia del Consejo, la representación de la Unión para la PESC. Por otra parte, se impuso de nuevo el enfoque intergubernamental al tratar de la «función particular nueva» (cara y voz de la PESC) al optarse finalmente por el nombramiento de un funcionario de alto nivel directamente vinculado al Consejo y atribuir tal responsabilidad al Secretario General del Consejo, a quien se descarga de tareas administrativas, algo a lo que se había opuesto expresamente el PE.

En sexto lugar, nos parecen también dignas de reseñar las ligeras mejoras operadas por el Tratado de Amsterdam en materia de planificación de la nueva PESC, pues la Declaración núm. 6 adoptada por la Conferencia y aneja al Acta Final ha decidido el establecimiento de una Unidad de planificación de la política y de alerta rápida dentro de la Secretaría General del Consejo, y bajo la responsabilidad del Secretario General, Alto Representante de la PESC. Esta Unidad se compondrá de personal procedente de la Secretaría General, los Estados miembros, la Comisión y la UEO. Y es precisamente el tema de su composición lo que menos ha complacido al PE, que durante la CIG pidió no sólo su creación, sino también que esta unidad conjunta —compuesta por funcionarios de la Comisión y del Consejo— fuera gestionada precisamente por la Comisión, en estrecha cooperación con el Secretario General del Consejo. Por

otra parte, existe un evidente riesgo de mutuas interferencias entre las actividades de la nueva Unidad y el Comité Político dependiente del Consejo, al que según el nuevo artículo J. 15 TUE —artículo 25 de la versión consolidada— corresponde también efectuar funciones de seguimiento, definición y supervisión de la PESC —en el que no participa el Alto Representante de la PESC como hubiera sido de desear.

Por lo que al Parlamento Europeo se refiere, lo menos que puede decirse es que el control parlamentario de la nueva PESC sigue siendo totalmente insuficiente. En efecto, el nuevo artículo J.11 del TUE —artículo 21 de la versión consolidada— presenta idéntico tenor literal al del antiguo J. 7, de modo que se sigue previendo *únicamente la consulta por la Presidencia sobre los aspectos principales y las opciones básicas de la PESC*, debiendo velar aquélla por que se tengan en cuenta debidamente las opiniones del PE. Además, la Presidencia y la Comisión deben mantener regularmente *informado* al PE sobre el desarrollo de la PESC. Por último, el PE podrá *dirigir preguntas o formular recomendaciones* al Consejo, así como proceder a un *debate anual* sobre los progresos realizados en relación con aquélla. Por tanto, aunque en lo que respecta a los actos no legislativos como la PESC, el PE sólo pedía la consulta —incluso para las posiciones y acciones comunes—, ni siquiera esto ha sido posible, sino que la reforma se ha limitado a reforzar hasta un cierto punto el derecho de información del PE y nada más. Hay que recordar que el PE no ha pedido en ningún momento la codecisión en estas materias, pero sí que se preserven sus competencias presupuestarias, lo que como se verá al tratar de la financiación tampoco ha sido plenamente satisfecho. Más aún, al igual que sucede con el escaso papel atribuido al PE en el proceso de toma de decisiones, el nuevo Tratado ignora totalmente a éste —como es ya tradicional— a la hora de celebrar acuerdos en este ámbito intergubernamental. Y otro tanto sucede con el limitadísimo papel en materia PESC atribuido a la Comisión por el Tratado de Amsterdam. El nuevo artículo J. 17 retoma la redacción literal del antiguo J. 9 para mantener el *statu quo* al decir que la Comisión estará plenamente asociada a los trabajos en el ámbito de la PESC. Por tanto, nada nuevo se ha logrado de hecho ni sobre el papel de la Comisión, ni sobre su derecho de iniciativa en el ámbito de la PESC, ni sobre el otorgamiento a la misma de competencias de ejecución como había pedido el PE.

Tampoco resulta totalmente satisfactoria, en absoluto, la posición del Parlamento Europeo tras la aprobación del Tratado de Amsterdam en lo que respecta a la financiación de la PESC. En resumen, de acuerdo con las nuevas disposiciones de aquél y con el Acuerdo interinstitucional entre el PE, el Consejo y la Comisión sobre las disposiciones relativas a la financiación de la PESC acordado con ocasión de la firma del Tratado,

puede decirse que el PE ha obtenido, como deseaba, la financiación de los gastos administrativos y operacionales de la PESC —con excepción de los gastos militares y otros que el Consejo decida por unanimidad— con cargo al presupuesto comunitario (como gastos no obligatorios). Sin embargo, en la realidad el Acuerdo Interinstitucional en cuestión, que no reconoce la consulta sistemática al PE para el conjunto de los nuevos instrumentos de la PESC, atribuye de hecho al PE sólo un derecho de consulta y de inspección sobre el conjunto de los gastos, mientras que el Consejo no necesitará en lo sucesivo de la aprobación del PE para cada línea presupuestaria.

2. Las relaciones económicas exteriores

Por otra parte, el Tratado de Amsterdam contiene también ciertas disposiciones novedosas en materia de relaciones económicas exteriores, que en todo caso son manifiestamente insuficientes desde el punto de vista del PE, y además siguen dispersas en diversos artículos del TCE (básicamente en los nuevos artículos 133 —antiguo 113—, 300 —antiguo 228— y 310 —antiguo 238—) lo que resta indudablemente coherencia a la acción de la Unión. El PE había pedido la extensión del artículo 113 pero las propuestas subsiguientes de la Comisión de ampliación de las competencias exteriores de la Comunidad para las negociaciones en el seno de organizaciones internacionales multilaterales en los ámbitos de los servicios, de la propiedad intelectual y de las inversiones extranjeras directas fueron aceptadas sólo parcialmente y tras enconadas discusiones. Además, no prosperó tampoco la propuesta del PE de escindir en dos el citado artículo 113, a fin de introducir la codecisión para los actos de naturaleza legislativa, y el dictamen conforme para los acuerdos internacionales. En su lugar, el nuevo texto del artículo 113 TCE —actual 133— sigue previendo únicamente la inaceptable fórmula de la consulta. En efecto, el nuevo Tratado de Amsterdam se limita a agregar un nuevo apartado 5 al artículo 113 del TCE que prevé la extensión del mismo por unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al PE, a las negociaciones y acuerdos internacionales sobre servicios y propiedad intelectual. Por otra parte, y en quiebra del derecho de consulta que el apartado 3 del artículo 228 TCE le confiere al PE, el nuevo apartado 2 «in fine» de dicho artículo otorga únicamente al PE una información plena e inmediata acerca de toda decisión adoptada por el Consejo para suspender la aplicación de un acuerdo internacional o sobre el establecimiento de la posición de la Comunidad en algún organismo creado por un acuerdo. Obviamente, este derecho de información no es suficiente y no puede complacer al PE, que se ve de hecho apartado del proceso de toma de decisiones.

3. Política de defensa y Unión Europea Occidental (UEO)

En fin, tampoco en relación con la política de defensa de la Unión puede decirse que el nuevo Tratado contenga aportaciones sustanciales, particularmente por lo que al papel del Parlamento Europeo se refiere. Dicho papel, en efecto, es totalmente ignorado, y el nuevo artículo J. 7 TUE —artículo 17 consolidado— se limita a precisar que la PESC abarcará también la definición progresiva de una política de defensa común que podría desembocar en una defensa común si así lo decidiera el Consejo Europeo. Por lo que se refiere a la UEO, se reconoce que ésta forma parte integrante del desarrollo de la Unión y proporciona a ésta el acceso a una capacidad de defensa operativa, especialmente en relación con las denominadas «misiones de Petersberg», que se han incorporado al Tratado al establecer el apartado 2 del citado artículo J. 7 TUE —actual 17— que pasan a formar parte de la PESC y de la política de defensa común las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de mantenimiento de la paz, y las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz. Con excepción de esta última, las restantes demandas del PE a la CIG han sido prácticamente ignoradas. Concretamente, la fusión gradual de la UEO en el seno de la Unión pedida por el PE ha sido postergada de hecho una vez más al no fijarse ningún calendario concreto. Tampoco se ha logrado el que ciertas acciones comunes de carácter militar puedan ser acordadas por VMC como había pedido el PE, que era favorable a la adopción de un mecanismo de decisión que impidiera toda posibilidad de bloqueo, pero sin obligar a los Estados que no lo deseen a suministrar tropas o material. Igualmente, la demanda del PE de poner en práctica una política común de defensa que garantice las fronteras de la Unión y de los Estados miembros y su integridad territorial no ha sido tampoco atendida. El PE había pedido la anexión al Tratado de un tal Protocolo, cuya adhesión sería facultativa, que definiera los compromisos mutuos actuales en materia de defensa de los Estados miembros de pleno derecho de la UEO, pero no se logró. En su lugar, la Conferencia adoptó únicamente la Declaración núm. 3 relativa a la Unión Europea Occidental, en la cual lo que se hace es tomar nota de la Declaración adoptada por el Consejo de Ministros de la UEO el 22 de julio de 1997 sobre el papel de la UEO y sus relaciones con la Unión Europea y la Alianza Atlántica. Además, tampoco se decidió en Amsterdam la supresión del artículo 223 y la puesta en práctica de una política común en materia de armamentos, como había pedido también el PE. En todo caso, el nuevo párrafo 5 prevé la futura revisión de este artículo J. 7 de acuerdo con el artículo N del TUE —actual 48—, con vistas a apoyar los objetivos en él contenidos.

V. CONCLUSIONES

1. El Tratado de Amsterdam resulta profundamente insatisfactorio y ha sido una gran oportunidad perdida para profundizar la Unión y preparar adecuadamente su ampliación.

En nuestra opinión, el Tratado de Amsterdam podría perfectamente ser calificado sin temor a exageración como una nueva versión del «parto de los montes», habida cuenta de las grandes expectativas despertadas a lo largo de la CIG de 1996. Esta, por cierto, había dispensado una mayoritaria y favorable acogida hacia muchas de las propuestas presentadas por el Parlamento Europeo. Sin embargo, sólo en muy contadas ocasiones acabaron las más importantes de entre ellas encontrando finalmente la preceptiva unanimidad necesaria para su incorporación al nuevo Tratado²⁵. Por otra parte, no puede dejar de impresionar desfavorablemente el restrictivo enfoque adoptado por el Consejo en relación con el marco intergubernamental de las negociaciones, puesto que aquél no dudó en denegar al Parlamento el estatuto de «observador», reemplazándolo por el mucho más limitado de «asociado». En la práctica, ello significa que se ha perdido una gran oportunidad para profundizar la Unión y preparar adecuadamente su ampliación, que se ha complicado sobre todo en el ámbito institucional puesto que, por si fuera poco el número y calidad de los candidatos a la adhesión y por tanto los múltiples problemas que de ella se derivarán, han quedado pendientes para ser resueltos al mismo tiempo los delicadísimos problemas institucionales y de fondo postergados en Amsterdam, incluida la composición de la Comisión, la revisión de la ponderación de los votos en el seno del Consejo, y la eventual reforma y mejora del proceso de adopción de decisiones.

2. El nuevo Tratado ha incumplido claramente la Agenda de la CIG.

En nuestra opinión, el Tratado de Amsterdam no ha llevado verdaderamente a término el mandato inicial de la CIG en relación con los tres ejes decididos en el Consejo Europeo de Turín de 29 de marzo de 1996: a saber, una Unión más próxima a sus ciudadanos; la reforma de las instituciones en una Unión más democrática y eficaz; y el refuerzo de la capacidad de actuación externa de la Unión. En su lugar, el nuevo Tratado constituye más bien una aproximación «de minimis» a la agenda de la Conferencia y apenas un pequeño paso adelante en la vía funcionalista que caracteriza actualmente al proceso de integración europea. A la hora de la verdad, todo se circunscribe a algunos pequeños avances reales que

²⁵ Cfr. Fernández Fernández, José Javier: «Summary of the positions of the Member States and the European Parliament on the 1996 Intergovernmental Conference». *European Parliament: Task-Force on the 1996 IGC. Luxembourg, 12 May 1997* (JF/bo/290/97).

acercan un poco más Europa a sus ciudadanos, a algunas mejoras instrumentales —en absoluto decisivas, sino mínimas— en materia PESC, y a un cierto refuerzo de los poderes del Parlamento Europeo en materia institucional —muy inferiores en todo caso a los que esta Institución legítimamente pretende. Y ello porque, como se ha visto a lo largo del presente artículo, en lugar de resolver la mayor parte de los temas de la Agenda, el Consejo Europeo pospuso o sometió a largos plazos a los más importantes de entre ellos, dando a la vez algunos tímidos pasos en ciertos ámbitos.

3. El nuevo Tratado de Amsterdam dista mucho de haber satisfecho las más importantes demandas del Parlamento Europeo.

Es cierto que, por lo que se refiere a las demandas del PE, hay que reconocer un cierto número de concesiones. Aunque quizás nunca sabremos si se trató de un premio a la seriedad y dedicación con que el PE participó primero en los trabajos del Grupo de Reflexión y colaboró después de forma leal e intensa en los trabajos de la CIG; si se trató más bien de colmar en parte el sempiterno déficit democrático que afecta a la Unión; si constituyó un reconocimiento al hecho de que la intervención del PE en el procedimiento de codecisión ha conferido mayor agilidad, calidad y legitimidad a los textos legislativos; o si sólo se perseguía el no desairar y asegurarse así el apoyo del PE en el siempre difícil proceso de ratificación subsiguiente, lo cierto es que el Parlamento Europeo ha visto satisfechas en Amsterdam un número no desdeñable de sus demandas. Sin embargo, si se compara el balance definitivo entre lo inicialmente pedido y lo finalmente logrado, los resultados de la CIG de 1996 nos parecen claramente deficitarios también para el PE. Y a las pruebas nos remitimos, pues si partimos de la lista de prioridades del PE presentadas a la CIG por el Presidente Gil-Robles durante las negociaciones, el balance final no es precisamente como para echar las campanas al vuelo:

1) Por un lado, nos parece ciertamente *satisfactorio* en lo que se refiere a una serie de importantes demandas del PE, entre las que sin ánimo exhaustivo incluiremos la reducción a tres del número de procedimientos; la simplificación del procedimiento de codecisión; la obtención del dictamen conforme para las acciones a adoptar en caso de infracción por un Estado miembro de los principios generales en los que se basa la Unión; la aprobación del nombramiento del Presidente de la Comisión; la flexibilización de las normas para la adopción de un procedimiento electoral uniforme basado en los principios comunes a los procedimientos electorales; la incorporación al TCE del Acuerdo sobre Política Social y del Título sobre el empleo; el refuerzo de las disposiciones en materia de salud, y protección de los consumidores; la atribución al PE de la codecisión para establecer los principios generales y los límites del dere-

cho de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión; y el respeto de las condiciones exigidas por el PE a la hora de fijar las cláusulas generales y específicas sobre integración diferenciada.

2) En cambio, nos parece totalmente *insuficiente* con respecto a otra numerosa serie de propuestas fundamentales del PE. Así, siguen pendientes el refuerzo de la protección de los derechos fundamentales y de los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión, así como de los derechos de los nacionales de terceros países residentes en ésta; la relativa mejora de las disposiciones sobre el medio ambiente y la lucha contra el fraude sigue sin satisfacer totalmente las demandas del Parlamento Europeo; la creación de un órgano de planificación y análisis en el ámbito de la PESC ha constituido en sí un paso en la dirección deseada por el PE, aunque se ha situado a aquélla bajo la responsabilidad del Consejo, y no conjunta de éste y la Comisión como aquél deseaba; la relativa apertura de las deliberaciones legislativas del Consejo realizada por el nuevo Tratado dista de satisfacer todas las expectativas del PE al respecto, y además, la redacción de numerosas disposiciones de aquél sigue siendo sumamente farragosa, incomprensible y aun contradictoria; en fin, la nueva base jurídica para la adopción de un estatuto común único para los diputados del PE constituye en sí misma un gran triunfo para el PE, pero por desgracia sigue previendo la aprobación por unanimidad por parte del Consejo, y no por VMC como quería el PE.

3) Y sobre todo, el Tratado de Amsterdam es francamente *decepcionante* en cuanto a otra serie más importante aún de cuestiones. En primer lugar, y con vistas a la próxima CIG sigue sin preverse el dictamen conforme del PE para cualquier modificación del Tratado, ni tampoco para las decisiones basadas en el artículo 308 TCE —antiguo 235—; la codecisión sigue sin extenderse a muchos de los actos legislativos más importantes; la extensión de la VMQ en el seno del Consejo sigue siendo completamente insuficiente, ya que el trasvase operado de la unanimidad a la VMC en el nuevo Tratado ha sido mínimo; la inclusión de un nuevo Título sobre la libre circulación de personas, asilo e inmigración supone en sí un cierto avance, pero presenta sin embargo numerosas carencias, incluida la consulta en vez de la codecisión del PE para los actos legislativos, así como un plazo excesivamente largo (de cinco años) para su realización, y el trasvase no automático de la consulta a la codecisión al final de dicho período; no se ha obtenido el dictamen conforme para el paso a las formas de integración reforzada; en materia presupuestaria, no se ha otorgado al PE la codecisión que pedía, ni se ha eliminado la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios, ni tampoco previsto el dictamen conforme para las decisiones relativas a los recursos propios; no se han incluido en el nuevo Tratado medidas relativas a los partidos

políticos europeos; no se produjo finalmente el reconocimiento a la Unión de una personalidad jurídica internacional única; la preeminencia del Consejo en la representación exterior de la PESC, que el PE hubiera deseado fuera más bien en pie de igualdad con la Comisión, sigue siendo total; no se ha producido la eliminación en la práctica de la unanimidad en el Consejo en materia PESC; no se ha concedido al PE el derecho de consulta en materia PESC; en fin, tampoco se ha producido la atribución al PE del dictamen conforme para todos los acuerdos internacionales importantes.

4. Los resultados de Amsterdam confirman el agotamiento del método intergubernamental y la necesidad de revisar el papel del Parlamento Europeo.

En nuestra opinión, el desarrollo y los resultados de la CIG de 1996 han puesto otra vez de manifiesto la imposibilidad real para el PE de influir, en las circunstancias actuales y de modo directo y decisivo, en el proceso de revisión de los Tratados constitutivos de la Unión. Además, ha puesto de relieve el carácter inadecuado e insuficiente de todo estatuto para el PE que no sea el de participante de pleno derecho en los trabajos de revisión. En lo sucesivo, es evidente que la única solución definitiva y aceptable para el PE pasa por su participación en las negociaciones de revisión a título de órgano co-legislador o como órgano constituyente. Sea cual fuere la naturaleza constitucional de este último órgano (exclusivamente parlamentario o no), parece imprescindible que todo futuro proceso de revisión incluya, además de la eliminación de la unanimidad en el Consejo y la atribución a la Comisión de la facultad de presentar iniciativas de reforma, la intervención decisiva del PE y la cooperación y colaboración estrecha de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, a los que en esta materia hay que considerar como aliados decisivos y no como rivales. El Presidente del PE propuso durante el debate sobre el estado de la Unión celebrado en Estrasburgo el 22 de octubre de 1997 que la próxima revisión de los Tratados se lleve a cabo a partir del método comunitario. Así lo ha demandado también el pleno del PE en su resolución de 19 de noviembre siguiente al pedir a la Comisión que le presentara un informe con propuestas para una amplia reforma de los Tratados antes del Consejo Europeo de diciembre de 1998. Este documento sería después transmitido a los Parlamentos de los Estados miembros, a la vez que la Comisión y el propio PE ponen en marcha un diálogo bilateral, de forma que, una vez emitida su opinión por el PE, dicho documento sea discutido y aprobado por los representantes de los Estados miembros conforme a las disposiciones de los Tratados. Naturalmente, habría de demandarse ulteriormente el dictamen conforme del Parlamento Europeo, modificando al efecto el nuevo artículo 48 del TUE

consolidado —antiguo artículo N—. Para ello, el PE pide su participación plena en la próxima CIG y que se decida, mediante acuerdo vinculante del tipo de los denominados Acuerdos Interinstitucionales, que el Tratado no podrá entrar en vigor sin la aprobación del Parlamento. En nuestra opinión, la sencillez de la fórmula propuesta, cuyo funcionamiento práctico efectivo está más que contrastado en la realidad de cada día, unida a una voluntad política mínima, garantizaría resultados mucho más satisfactorios desde la óptica de la integración europea que la encorsetada fórmula intergubernamental y diplomática del actual artículo 48 TUE —antiguo N—.

5. Necesidad de sacar partido de todas las potencialidades ofrecidas por el nuevo Tratado de Amsterdam.

Del severo análisis crítico que antecede resulta claramente que el nuevo Tratado de Amsterdam no constituye motivo de gran entusiasmo ni para los medios federalistas en general ni para el Parlamento Europeo en particular. Sin embargo, haciendo gala una vez más de un profundo sentido de la responsabilidad ante el momento histórico que vive el proceso de integración europea —que hace frente a una importante marea nacionalista en toda Europa y a sus luctuosas secuelas—, el Parlamento Europeo, también en medio de fuertes críticas, tomó desde el primer momento una posición inequívocamente favorable a la ratificación del nuevo Tratado en su pragmática resolución de 19 de noviembre de 1997. De lo que se trata ahora es de sacar todo el partido posible al mismo con miras a propiciar nuevos avances efectivos en el camino de la Unión. En este sentido, cabe anticipar ya que la aplicación del Tratado de Amsterdam será sin duda uno de los objetivos prioritarios de la nueva legislatura del Parlamento Europeo que se acaba de iniciar con las elecciones del 13 de junio de 1999, al lado previsiblemente, y entre otros, de los trabajos relativos a la investidura de la nueva Comisión, al refuerzo de la dimensión parlamentaria en el ámbito de la UEM y del segundo y tercer pilares, y de la ampliación de la Unión.

El principio de subsidiariedad: Aportaciones del Tratado de Amsterdam

Carlos Gimeno Verdejo¹

Administrador de la Comisión Europea - DG XV

Sumario: CONSIDERACIONES PREVIAS.—I. SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL MARCO DEL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE COMUNIDAD Y ESTADOS MIEMBROS.—II. EL CONTROL *EX ANTE* DEL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD: LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA A LA LUZ DE DICHS PRINCIPIOS.—III. EL CONTROL *EX POST* DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD.—IV. LA ELECCIÓN DE LOS MEDIOS LEGISLATIVOS APROPIADOS.—VALORACIÓN FINAL

CONSIDERACIONES PREVIAS

En el marco del proceso de integración europea iniciado allá por los años 50, la introducción del principio de subsidiariedad constituye un hito reciente y original. Con raíces en la doctrina social católica y en el federalismo, el Acta Unica Europea lo incluye por primera vez en el Tratado, aunque limitado a la política medioambiental (antiguo artículo 130R, párrafo cuarto, del Tratado CEE). Ulteriormente el principio de subsidiariedad queda consagrado ya con carácter general, junto a los principios de competencias atributivas y de proporcionalidad, en el artículo 3B del Tratado CE, introducido por el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht. En este precepto, relativo a las pautas de la acción comunitaria, se dispone que:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

¹ Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Comisión Europea.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

El principio de subsidiariedad así configurado debe ponerse en relación con el objetivo, claramente expresado al inicio del Tratado de la Unión, de *continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos*. Tratándose de un principio de naturaleza fundamentalmente política y como tal no exento de ambigüedad, su plasmación jurídica en el artículo 3B del Tratado había conllevado el planteamiento de múltiples interrogantes en cuanto al alcance que se deba dar a lo dispuesto en dicho precepto.

A dichos interrogantes pretendieron dar respuesta desde muy pronto las instituciones comunitarias. Por un lado, en el mes de octubre de 1992 el Consejo Europeo de Birmingham confirmó que las decisiones debían tomarse en el nivel más próximo posible al ciudadano, respetando el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en esta óptica, el Consejo Europeo de Edimburgo (diciembre de 1992) definió un enfoque global para la aplicación del principio de subsidiariedad (principios fundamentales, líneas directrices y procedimientos). Por otro lado, y como consecuencia de las precisiones efectuadas por el Consejo Europeo, el 25 de octubre de 1993, el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión llegaron a un Acuerdo interinstitucional sobre los procedimientos para la puesta en práctica del principio de subsidiariedad. Sin embargo, a pesar de las indicaciones institucionales, las interpretaciones doctrinales han proliferado en todos los sentidos, eso sí en todos los casos partiendo de la aceptación de la aplicabilidad del principio².

² En la abundante literatura sobre el principio de subsidiariedad, véanse, entre otros: CARRO MARTINEZ, A., «La Unión Europea y el principio de subsidiariedad», *Revista de Administración Pública*, 1991, n.º 126, p. 217 y s.; CONSTANTINESCO, V., «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne?», *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulois*, 1991, p. 35 y s.; GIL ROBLES, J.M., «El principio de subsidiariedad en la construcción europea», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1993, n.º 2, p. 7 y s.; PALACIO GONZÁLEZ, J., «The principle of subsidiarity (a guide for lawyers with a particular Community orientation)», *European law review*, Vol. 20, n.º 4, 1995, p. 355 et s.; y VAN GERVEN, W., «Les principes de subsidiarité, proportionnalité et coopération en droit communau-

Con vistas a la CIG de 1996, el debate entre «integracionistas» e «intergubernamentalistas» no podía pues faltar. El grupo de reflexión presidido por el Sr. Westendorp, en su informe presentado al Consejo Europeo de Madrid del 15 y 16 de diciembre de 1995, abordaba la problemática planteada por el reparto de competencias entre Comunidad y Estados miembros, y en su marco el alcance del principio de subsidiariedad. La mayoría de sus miembros estimaba que la aplicación del principio debía consistir únicamente en guiar el ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros, evitando toda desviación tanto por exceso como por defecto y consideraba poco oportuno, por consiguiente, la modificación de los textos y de la práctica sobre el particular (control *ex ante* por parte de la Comisión y control *ex post* por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). Algunos miembros del grupo, aunque compartían la misma interpretación, proponían que, sin modificación del artículo 3B, se instaurase un control político por los Parlamentos nacionales de la aplicación del principio o, incluso, un nuevo tipo de recurso ante el Tribunal de Justicia. Otros, proponían la creación de un nuevo tipo de control a priori: la inserción de una «cláusula de caducidad» de alcance general en las propuestas de la Comisión, o la obligación para ésta de consultar un Alto Comité Consultivo Parlamentario compuesto de parlamentarios de las Asambleas nacionales, a propósito de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad en cada iniciativa legislativa. En fin, un miembro sugería convertir la declaración de Edimburgo en un Protocolo y, a la vez, introducir en el Tratado una disposición que limitase *ex ante* todo exceso reglamentario.

Llegados a 1996, las instituciones comunitarias y la mayoría de Estados miembros se inclinarían por mantener el *status quo*. Finalmente, y aunque el Comité de Regiones, Alemania y el Reino Unido defendieron propuestas alternativas, se optó por no modificar el contenido del artículo 3B (que pasaría a ser artículo 5) y añadir un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, en el que se recogía sustancialmente lo señalado en Birmingham y en Edimburgo, así como lo previsto en el Acuerdo interinstitucional de 25 de octubre de 1993.

El Protocolo introducido tras Amsterdam constituye así un instrumento de rango jurídico-constitucional, en el que la dimensión de la subsidiariedad y de la proporcionalidad de la acción comunitaria quedan precisadas en torno a varios ejes: su ámbito de aplicación en el marco del

taire européen», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo; estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, 1993, p. 1281 y s.

reparto de competencias entre Comunidad y Estados miembros (I), las exigencias procedimentales *ex ante* para su aplicación (II), el control *ex post* de la misma (III) y la elección de los medios legislativos apropiados (IV).

I. SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL MARCO DEL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE COMUNIDAD Y ESTADOS MIEMBROS

El Protocolo introducido en Amsterdam pone fin a toda tentativa de considerar el principio de subsidiariedad como una vía de escape para alterar el reparto de competencias establecido por el Tratado. La finalidad de este principio es únicamente evitar los excesos de reglamentación en aquellas áreas en que las competencias comunitarias no son exclusivas.

Insistiendo en lo dispuesto en el artículo 5 (ex-artículo 3B) del Tratado, el Protocolo precisa que *la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad respetará las disposiciones generales y los objetivos del Tratado, en particular en lo referente al pleno mantenimiento del acervo comunitario y del equilibrio institucional; no afectará a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la relación entre el Derecho comunitario y el nacional y deberá tener en cuenta el apartado 4 del artículo 6 (ex-artículo F) del Tratado de la Unión Europea, según el cual ...la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas.*

A este respecto, cabe señalar que de conformidad con el Tratado, las esferas de acción comunitaria son muy amplias. Al definir los objetivos de la Comunidad, el artículo 2 del Tratado se refiere a materias tales como el «mercado común», la «unión económica y monetaria» o la «elevación del nivel y calidad de vida». Además, el artículo 3 del Tratado designa toda una serie de políticas comunitarias, en materias comercial, agrícola y de pesca, de transportes, de competencia, social, medioambiental, industrial, de investigación y desarrollo, de protección de la salud, de educación y formación profesional, de cooperación al desarrollo, de protección de los consumidores, de energía, de protección civil y de turismo.

El Tratado, no obstante, determina en su articulado con bastante detalle los procedimientos y las condiciones sustantivas que deben seguirse según la materia de que se trate. Los artículos 94 y 95 (ex-artículos 100 y 100A) permiten además la adopción de medidas de armonización de disposiciones nacionales en el marco del mercado común y del mercado interior, y, llegado el caso, el artículo 308 (ex-artículo 235) permite la adopción de las disposiciones pertinentes *cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del merca-*

do común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto.

Debe recordarse además que, a la hora de interpretar los Tratados, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha seguido siempre una orientación «teleológica» integradora. Muestra de dicha orientación son:

- La afirmación de los principios de primacía y de efecto directo del Derecho comunitario³. En virtud del primero de estos principios, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, cualesquiera disposiciones de la legislación nacional existente que sean contrarias a los mismos, sino también, —en la medida en que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros— impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias⁴. En virtud del principio del efecto directo del Derecho comunitario, cuando se cumplan ciertas condiciones, las disposiciones comunitarias pueden crear derechos subjetivos en favor de los particulares que los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales deben salvaguardar⁵.
- Como consecuencia de los dos principios anteriores, la necesidad de establecer los cauces adecuados para asegurar la plena efectividad del Derecho comunitario⁶ y en su caso la responsabilidad de

³ Véanse, al respecto, PÉREZ DE LAS HERAS, B., «Las técnicas de articulación del Derecho comunitario con los Derechos nacionales (efecto directo, primacía, interpretación uniforme e interpretación conforme)», *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*, Vitoria, 1995, p. 95 y s., y LOUIS, J.V., *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Bruselas, 1991.

⁴ Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de julio de 1964, Costa / ENEL (6/64, Rec. p. 585), de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629) y de 22 de octubre de 1998, IN.CO.GE.'90 y otros (C-10/97 a C-22/97, Rec. p. I-6307).

⁵ Véanse, entre otras, las sentencias de 5 de febrero de 1962, Van Gend en Loos (26/62, Rec. p. 9) y de 5 de abril de 1979, Ratti (148/78, Rec. p. 1629).

⁶ Véanse, en materia de restitución de sumas indebidamente pagadas por ser contrarias al Derecho comunitario, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), de 14 de enero de 1997, Comateb (C-192/95 a C-218/95, Rec. p. I-0165) y de 17 de noviembre de 1998, Aprile (C-228/96, pendiente de publicación en la Rec.), y de manera general en cuanto al acceso a la jurisdicción y a la eficacia de las vías procesales, las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651) y de 19 de junio de 1990, Factortame (C-213/89, rec. p. I-2433). Véanse, al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema de los poderes del juez

los Estados miembros por incumplimiento de la normativa comunitaria⁷.

- El recurso a una interpretación extensiva de las libertades fundamentales previstas por los Tratados y a una interpretación restrictiva de las excepciones a las mismas. Así, por ejemplo, en el marco del Derecho de la competencia se ha desarrollado una noción de la afectación del comercio intracomunitario que cubre, por un lado, las prácticas restrictivas circunscritas a un Estado miembro⁸, y por otro lado, aquéllas que hayan podido favorecer un aumento, incluso considerable, del volumen comercial entre Estados miembros⁹. Una línea similar de interpretación condujo al desarrollo, en el marco de la libre circulación de mercancías, del principio del reconocimiento mutuo, en virtud del cual, a falta de armonización comunitaria, un Estado miembro no puede prohibir la comercialización en su territorio de productos legalmente fabricados y comercializados en otro Estado miembro y que respondan de forma equivalente a los objetivos de protección (salud, medio ambiente,...) previstos por su propia reglamentación¹⁰. El Tribunal de Justicia ha ido aún más lejos y ha considerado que el hecho de que un ámbito legislativo, como pueda ser el penal, siga siendo competencia de los Estados miembros no puede constituir un obstáculo a las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación, las cuales pueden imponer límites a las medidas que los Estados miembros pueden mantener en dichos ámbitos¹¹.

nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho comunitario europeo», *Revista española de Derecho Administrativo*, 1989, p. 411 y s.; GIMENO VERDEJO, C., «El cobro de lo indebido en Derecho comunitario», *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*, Vitoria, 1995, p. 111 y s., PALACIO GONZÁLEZ, J., «Organos jurisdiccionales nacionales y tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el Ordenamiento comunitario», *Poder judicial*, n.º 33, 1994, p. 119 y s.

⁷ Véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357) y de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029). Véanse, al respecto, COBREROS MENDAZONA, E., «Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado», Cívitas-IVAP, Madrid, 1994, y PALACIO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad del poder legislativo por causa de incumplimiento de la normativa comunitaria», *Derecho comunitario. Análisis jurisprudencial*, Vitoria, 1997, p. 15 y s.

⁸ Véase la sentencia de 17 de octubre de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren (8/72, Rec. p. 977).

⁹ Véase la sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig (56 y 58/64, Rec. p. 429).

¹⁰ Véanse la sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe (120/78, Rec. p. 649), más conocida como sentencia «Cassis de Dijon», y la Comunicación de la Comisión sobre el seguimiento a dar a la sentencia «Cassis de Dijon» (DOCE C 256 de 3 de octubre de 1980, p. 2).

¹¹ Véanse las sentencias de 3 de julio de 1980, Pieck (157/79, Rec. p. 2171) de 11 de noviembre de 1981, Casati (203/80, Rec. p. 2595) y de 25 de febrero de 1988, Drex1 (299/86,

Aunque los Tratados y la jurisprudencia definen ampliamente las materias en que cabe algún tipo de acción comunitaria, lo cierto es que pocas de estas materias son atribuidas en exclusiva a la Comunidad. Entre éstas se encuentran la política comercial común, y en la medida en que la Comunidad ejerza sus competencias, las políticas agrícola, de pesca y de transportes¹². La existencia de competencias conjuntas y concurrentes de los Estados miembros y de la Comunidad prevalece en el resto de materias cubiertas por los Tratados; entre ellas, aunque no parezca evidente, debe incluirse en principio la política de competencia, aunque en este caso el Derecho derivado ha previsto la existencia de una competencia exclusiva para acordar exenciones en virtud del artículo 81 (ex-artículo 85), párrafo 3, del Tratado¹³. La competencia crucial para armonizar las normativas nacionales en vista de facilitar o completar el mercado interior no puede tampoco ser descrita como exclusiva, puesto que los Estados miembros retienen la competencia para regular al menos ciertos aspectos en los ámbitos que han sido objeto de armonización, siempre y cuando respeten las medidas comunitarias.

Es precisamente en el marco de las competencias concurrentes de Estados miembros y Comunidad donde, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 (ex-artículo 3B) del Tratado, entra en juego el principio de subsidiariedad. El Protocolo lo precisa señalando que *el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia. Los criterios mencionados en el párrafo segundo del artículo 5 (ex-artículo 3B) del Tratado se referirán a los ámbitos en los cuales la Comunidad no tiene competencia exclusiva. El principio de subsidiariedad ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario.*

Así concebida, la subsidiariedad no debe entrañar necesariamente una devolución de poderes a los Estados miembros. En efecto, añade el Protocolo, *la subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuan-*

Rec. p. 1213). Véase, al respecto, DYRBERG, P., «El impacto del Derecho comunitario en los ordenamientos penales de los estados miembros», *Europako Elkarteko Zuzenbidea - Derecho Comunitario*, Vitoria, 1993, p. 643 y s.

¹² Véanse, al respecto, las sentencias de 31 de marzo de 1971, Comisión / Consejo (22/70, Rec. p. 263), de 14 de julio de 1976, Kramer y otros (3, 4 y 6/76, Rec. p. 1279) y el Dictamen de 26 de abril de 1977 (1/76, Rec. p. 741).

¹³ Véase el artículo 9 del Reglamento n.º 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DOCE 13 de 21 de febrero de 1962, p. 204).

do las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada.

Nadie podrá pues extrañarse de que la Comunidad siga recurriendo al artículo 308 (ex-artículo 235) del Tratado cuando su uso se revele necesario. Tal ha sido el caso del Reglamento (CE) n.º 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros¹⁴, cuyo objeto principal era crear un sistema de alerta y de notificación rápida para evitar, y en su caso paliar las consecuencias de, graves atentados a la libre circulación de mercancías cometidos por particulares y tolerados por ciertos Estados miembros. Dicho Reglamento, nacido como consecuencia de los ataques de los agricultores franceses a los transportes de frutas y hortalizas procedentes de España¹⁵, aunque esté íntimamente relacionado con el funcionamiento del mercado interior, de haber sido adoptado sobre la base jurídica del artículo 95 (ex-artículo 100A) del Tratado, habría supuesto una desnaturalización de la misma, ya que no comportaba ningún tipo de armonización de normativas nacionales. De ahí que la base legal finalmente escogida haya sido la del artículo 308.

Tampoco cabe el asombro cuando se observa que la Comunidad, una vez establecido un corpus legislativo, «decisional» y jurisprudencial en materia de exenciones a la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia establecida por el artículo 81 (ex-artículo 85) del Tratado, haya decidido llegado el momento de compartir la competencia en la materia con las autoridades nacionales encargadas de aplicar la normativa «antitrust». Así lo ha hecho en el Libro blanco sobre la modernización de la aplicación de las reglas de competencia presentado en abril de 1999¹⁶.

Cabe en fin constatar que la entrada en acción del principio de subsidiariedad no supone en principio una marcha atrás en la jurisprudencia integradora del Tribunal de Justicia. Ciertamente, en los últimos años se ha podido asistir a algunos cambios jurisprudenciales, a veces de cierto calado, en lo relativo a las obligaciones que incumben a los Estados miembros o a las empresas en virtud del Tratado. Permaneciendo ceñidos a los ámbitos de la libre circulación de mercancías y de la competencia, baste citar la celebre sentencia Keck¹⁷ y la sentencia Bagnasco¹⁸. En la

¹⁴ DOCE L 337 de 12 de diciembre de 1998, p. 8.

¹⁵ Situación condenada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de diciembre de 1997, Comisión / Francia (C-265/95, Rec. p. I-6959).

¹⁶ Agencia Europa n.º 7455 de 29 de abril de 1999.

¹⁷ Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

¹⁸ Sentencia de 21 de enero de 1999, Bagnasco (C-215/96 y C/216/96, pendiente de publicación en la Rec.).

primera de ellas, el Tribunal consideró que, contrariamente a lo que se venía juzgando, *la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville [...], siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.* En la segunda, el Tribunal de Justicia modula su interpretación del criterio de afectación del comercio intracomunitario exigido por el artículo 81 (ex-artículo 85) del Tratado y considera que una decisión de la asociación de los bancos de un Estado miembro en materia de normas uniformes sobre las garantías para la apertura de créditos en cuenta corriente no satisface dicho criterio, puesto que este tipo de actividad no condiciona la decisión de los bancos extranjeros de establecerse en dicho Estado. Ahora bien, estos cambios deben ser considerados más bien como una corrección de ciertos excesos y errores cometidos en el pasado y no tanto como un cambio de orientación en pro del principio de subsidiariedad.

II. EL CONTROL *EX ANTE* DEL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD: LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA A LA LUZ DE DICHOS PRINCIPIOS

La aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad incumbe a todas las instituciones comunitarias. Así, puede leerse en el Protocolo que, *al ejercer las competencias que le han sido conferidas, cada institución deberá garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad. También garantizará el respeto del principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.*

Esta obligación se traduce principalmente en la obligación de motivar los actos legislativos comunitarios a la luz de dichos principios, ya inherente en el artículo 253 (ex-artículo 190) del Tratado. A este respecto, en el Protocolo se señala que *para toda norma comunitaria propuesta se expondrán los motivos en los que se basa con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Las razones para concluir que un objetivo comunitario puede lograrse mejor a nivel de la Comunidad deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos.*

Ya se ha visto anteriormente que el reparto de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros no se ve alterado por los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. No obstante, las instituciones comunitarias, en aquellos casos en que carezcan de competencias exclusivas, deberán cuidarse de explicar el porqué de cada acto legislativo. A este respecto, tal y como se indica en el Protocolo, *para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad*. A continuación, el Protocolo da una serie de directrices a seguir cuando se estudie el cumplimiento de esta condición, a saber:

- *el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros;*
- *las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia, o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros;*
- *la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros.*

Las directrices son definidas de modo bastante amplio y deberían permitir una fácil motivación de los actos comunitarios, a la luz de los objetivos del Tratado y de la jurisprudencia integradora, anteriormente citada. En efecto, si se tiene en cuenta la globalización mundial de la economía, no será difícil estimar la existencia de aspectos transnacionales que justifiquen una acción comunitaria (no debe olvidarse que la Comunidad tiene una naturaleza eminentemente económica)¹⁹. Es también difícilmente imaginable que una acción comunitaria en el marco de los objetivos del Tratado no comporte beneficios de escala para la Comunidad y para sus Estados miembros²⁰.

¹⁹ Cabe señalar, a título de comparación, que en el Derecho de los EEUU, la Constitución prevé una cláusula sobre el comercio interestatal, en virtud de la cual el Congreso puede regular el comercio tanto entre los distintos Estados como entre la Unión y terceros países.

²⁰ Recuérdese al respecto el informe Cecchinni, titulado «1992, el desafío. Nuevos datos económicos de la Europa sin fronteras. El coste de la no-Europa», Flamarion, 1988.

La aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad conlleva no sólo una obligación de motivar las propuestas legislativas sino también otra serie de obligaciones procedimentales, que se dirigen especialmente a la Comisión. El Protocolo las enumera del siguiente modo:

- excepto en casos especiales de urgencia o confidencialidad, consultar ampliamente antes de proponer textos legislativos y, en su caso, publicar los documentos de consulta;*
- justificar la pertinencia de sus propuestas en relación con el principio de subsidiariedad; en caso necesario, el memorándum explicativo que acompañe a una propuesta dará precisiones a este respecto. La financiación total o parcial de la acción comunitaria con cargo al presupuesto de la Comunidad requerirá una explicación;*
- tener debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar.*

Las otras instituciones implicadas en el proceso legislativo también tienen que atenerse a ciertas consignas derivadas de los principios mencionados. Así, *con pleno respeto de los procedimientos aplicables, el Parlamento Europeo y el Consejo examinarán, como parte integrante del examen global de las propuestas de la Comisión, si las mismas se atienen a lo dispuesto en el artículo 5 (ex-artículo 3B) del Tratado. Dicho examen se aplicará tanto a la propuesta original de la Comisión como a las modificaciones que el Parlamento Europeo y el Consejo deseen introducir en la propuesta. Además, durante los procedimientos contemplados en los artículos 251 y 252 (ex-artículos 189B y 189C) del Tratado, se informará al Parlamento Europeo de la postura del Consejo sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado, mediante una exposición de los motivos por los que el Consejo adopta su posición común. El Consejo informará al Parlamento Europeo de los motivos por los que considera que una propuesta de la Comisión no se ajusta, en parte o en su totalidad, al artículo 5 del Tratado.*

Todas estas obligaciones aparecen definidas en torno al proceso legislativo comunitario, por lo que cabe pensar que no se aplican en otros ámbitos. Piénsese por ejemplo en todos los actos de la Comisión europea en el marco de los procedimientos de infracción incoados en el marco de la misión de «guardián del Tratado» que en exclusiva, aunque bajo control judicial, le atribuye el artículo 211 (ex-artículo 155) del Tratado: car-

tas de emplazamiento, dictámenes motivados y recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A este respecto, el Protocolo indica que *cuando la aplicación del principio de subsidiariedad sea motivo de que la Comunidad no adopte una acción, los Estados miembros tendrán que ajustarse en su actuación a las normas generales que establece el artículo 10 (ex-artículo 5) del Tratado, tomando todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Tratado y absteniéndose de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado*. Además, en la Declaración relativa al Protocolo y aneja al Tratado, las Altas Partes Contratantes indican que las competencias en materia de vigilancia, de control y de ejecución conferidas a las instituciones europeas por los artículos 202 y 211 (ex-artículos 145 y 155) del Tratado no quedan afectadas por el Protocolo. Se confirma así la posibilidad de que la Comunidad interfiera fácilmente, por vía de los procedimientos de infracción, en ámbitos de competencia nacional, como el Derecho penal²¹, cuando consideraciones derivadas de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad le habrían dificultado enormemente una actividad legislativa en la misma materia.

Tratándose del Tribunal de Justicia, el control que éste pueda efectuar del cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se hará normalmente *ex post*²². Sin embargo, una hipótesis de control *ex ante* por parte del Tribunal queda abierta, en materia de conclusión de acuerdos internacionales, por el artículo 300 (ex-artículo 228), apartado 6, del Tratado. Efectivamente, esta disposición prevé que el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del Tratado, entre las que, obviamente, se encuentra el artículo 5 en materia de subsidiariedad y de proporcionalidad.

III. EL CONTROL *EX POST* DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

El Protocolo señala que *el cumplimiento del principio de subsidiariedad será objeto de examen con arreglo a las normas establecidas en el Tratado*. En la práctica, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede proceder a un control del cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad cuando se cuestione la legalidad de

²¹ Véase la jurisprudencia anteriormente citada sobre el particular.

²² Véase el siguiente apartado.

un acto comunitario, sea directamente o de modo incidental, o cuando se plantee una interpretación del mismo.

Cierto es que el principio de subsidiariedad es de naturaleza eminentemente política y, en este sentido, el Consejo Europeo de Edimburgo precisó que no puede considerarse que el mismo tenga efecto directo. Sin embargo, el propio Tribunal de Justicia ya había indicado en 1990, en su comunicación con vistas a la CIG que debía preparar Maastricht, que el examen por su parte de la legalidad de un acto basado en motivos de subsidiariedad no debería plantear problemas de carácter novedoso. Se remitía al respecto al principio de proporcionalidad que, desde hace mucho tiempo, venía siendo considerado como elemento de interpretación para delimitar las competencias que autorizan a las instituciones comunitarias imponer obligaciones a los ciudadanos comunitarios y, en particular, a los operadores económicos, y cuya violación constituye un motivo de anulación y de excepción. Por ello, el Consejo Europeo de Edimburgo concluía que, no obstante la falta de efecto directo, la interpretación del principio de subsidiariedad y la verificación de la conformidad al mismo quedan sometidas al control del Tribunal de Justicia, en lo relativo a las cuestiones concernientes al Tratado CE.

En el entramado comunitario, corresponde al Tribunal de Justicia actuar como juez «constitucional» y pronunciarse sobre las competencias respectivas de la Comunidad y los Estados miembros, salvaguardar el equilibrio institucional instaurado por el Tratado, controlar el respeto de los derechos fundamentales y de los principios generales del derecho tanto por las instituciones como por los Estados miembros y pronunciarse sobre las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional, sobre las obligaciones de los Estados miembros para con la Comunidad y sobre los deberes de las instituciones comunitarias respecto a los Estados miembros.

A falta de modificación de las vías de recurso clásicas, serán éstas las que permitan al Tribunal de Justicia ejercer su función de juez constitucional y tener en cuenta los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, como criterios de interpretación o como motivos de anulación o de excepción. En particular el principio de subsidiariedad será aplicable en el marco de los recursos de anulación previstos por el artículo 230 (ex-artículo 173) del Tratado, de remisiones prejudiciales sobre la validez de un acto comunitario previstas por el artículo 234 (ex-artículo 177) del Tratado o de las excepciones de ilegalidad planteadas en virtud del artículo 241 (ex-artículo 184) del Tratado.

Como lo venía haciendo con el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia, a la hora de apreciar el cumplimiento del de subsidiariedad, reconoce en principio un amplio margen de apreciación a la insti-

tución de que se trate. Así lo ha señalado, en efecto, en su comunicación de 1990.

Además cuando se trata de apreciar si en el ejercicio de dicho margen de apreciación se han respetado las exigencias de motivación y de procedimiento, y no se ha cometido un error manifiesto, el Tribunal de Justicia se muestra bastante flexible.

Un primer ejemplo de esta flexibilidad puede encontrarse en una sentencia por la que resuelve un recurso planteado por Alemania contra la Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos²³. El Gobierno alemán había sostenido que la Directiva debía ser anulada por haberse incumplido la obligación de motivar los actos y afirmado que la Directiva no ofrecía ninguna justificación sobre su compatibilidad con el principio de subsidiariedad. Por lo que se refiere al contenido concreto de la obligación de motivar los actos en relación con el principio de subsidiariedad, el Gobierno alemán había señalado que las Instituciones comunitarias debían precisar de manera detallada las razones por las que sólo la Comunidad está facultada para actuar en el ámbito de que se trata, excluyendo a los Estados miembros. El Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que la obligación de motivar los actos, establecida por el artículo 253 (ex-artículo 190) del Tratado, impone que todos los actos a que se refiere contengan una exposición de los motivos que han conducido a la Institución a adoptarlos, de tal modo que el Tribunal de Justicia pueda ejercer su control y que tanto los Estados miembros como los interesados conozcan las circunstancias en las que las Instituciones comunitarias han aplicado el Tratado. Pero a continuación, para el caso concreto, señala que, en el segundo considerando de la Directiva, el Parlamento y el Consejo habían estimado que convenía «considerar la situación a que podría dar lugar la indisponibilidad de los depósitos de una entidad de crédito con sucursales en otros Estados miembros» y que era «imprescindible [asegurar] un nivel mínimo armonizado de garantía de depósitos, independientemente del lugar de la Comunidad en que estén éstos ubicados». Y concluye que estas consideraciones demuestran que el legislador comunitario estimaba que, debido a la dimensión de la acción contemplada, el objetivo de ésta podía lograrse mejor a nivel comunitario. El mismo razonamiento, sigue el Tribunal, se reitera en el tercer considerando, del que se deduce que la decisión sobre el sistema de garantía competente en caso de insolvencia de una sucursal situada en un Estado miembro que no sea el del domicilio social de la entidad de crédito produce efectos que se sufren más allá de las fronteras de cada Estado

²³ Sentencia de 13 de mayo de 1997, Alemania / Parlamento y Consejo (C-233/94, Rec. p. I-2405).

miembro. Además, termina el Tribunal, en el quinto considerando, el Parlamento y el Consejo indicaron que las medidas adoptadas por los Estados miembros de conformidad con la Recomendación de la Comisión no habían permitido conseguir todos los resultados deseados. Es decir, el legislador comunitario había comprobado que el objetivo de su acción no podía ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros.

El Tribunal sigue la misma línea en una sentencia a propósito de la validez de un reglamento sobre contingentes de importación sobre determinados juguetes originarios de la República Popular de China²⁴. En ella el Tribunal señala que, aunque el principio de proporcionalidad, tal y como se recoge en el párrafo tercero del artículo 5 del Tratado, constituye un principio general del ordenamiento jurídico comunitario, no puede exigirse que se mencione especialmente en los considerandos de un acto comunitario. En cualquier caso, señalaba el Tribunal, al indicar, en el sexto considerando del reglamento impugnado, que debían instaurarse contingentes cuantitativos «para un número limitado de productos originarios de la República Popular de China», debido a la sensibilidad de determinados sectores de la industria comunitaria, el Consejo había explicado que tales medidas sólo se adoptaban en los supuestos en que fueran necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos, con arreglo al principio de proporcionalidad, por lo que resultaba infundado el motivo basado en el incumplimiento de la obligación de motivación.

De estas sentencias se desprende que para el Tribunal de Justicia, es suficiente que las instituciones lleguen a una conclusión en lo relativo a la subsidiariedad y la indiquen, pero no es necesario que se expliquen en dar una evidencia detallada que sirva de apoyo a tal conclusión ni que hagan una mención expresa del principio de que se trate. Así lo había indicado el Abogado General Sr. Léger en sus conclusiones en el primero de los asuntos examinados, al escribir lo siguiente:

«... a la vista de la importancia del principio de subsidiariedad en el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comisión, y teniendo en cuenta la necesidad de que el Tribunal de Justicia ejerza su control sobre las condiciones en las que las Instituciones comunitarias han aplicado el Tratado, no parece excesivo esperar de estas Instituciones que, en el futuro, motiven sistemáticamente sus decisiones en relación con el principio de subsidiariedad.

Así, cualquier acto adoptado por la Comunidad deberá incluir, expresa o implícitamente, pero de forma clara, la justificación del fundamento

²⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Reino Unido / Consejo (C-150/94, pendiente de publicación en la Rec.)

de la intervención de la autoridad competente, aunque sólo sea la afirmación, en su caso, de que no procede dar paso a la subsidiariedad».

Tratándose no tanto del control de legalidad como de la interpretación de los actos comunitarios a la luz del principio de subsidiariedad, el Tribunal de Justicia no parece dispuesto a renunciar a su orientación integradora.

Un ejemplo de esta actitud puede encontrarse en la sentencia sobre la directiva relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo²⁵. El Reino Unido había alegado que el artículo 138 (ex-artículo 118A) del Tratado debía interpretarse a la luz del principio de subsidiariedad, y no permitiría la adopción de una directiva formulada de manera tan general e imperativa como la directiva controvertida, dado que la amplitud y la naturaleza de la normativa sobre el tiempo de trabajo varían muchísimo de un Estado miembro a otro. El Tribunal de Justicia se limitó a señalar que el artículo 138 encarga al Consejo adoptar disposiciones mínimas con el fin de contribuir, mediante la armonización, a la consecución del objetivo de elevación del nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que, con arreglo al apartado 1 de la referida disposición, incumbe en primer lugar a los Estados miembros. Al haber constatado el Consejo la necesidad de mejorar el nivel existente de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y de armonizar, dentro del progreso, las condiciones existentes en ese ámbito, la consecución de dicho objetivo mediante disposiciones mínimas supone necesariamente una actuación comunitaria que, por lo demás, deja en buena parte en manos de los Estados miembros, como ocurre en el presente caso, la facultad de adoptar las modalidades de aplicación necesarias.

Otro ejemplo lo ofrece la célebre sentencia «Bosman»²⁶, en la que puede leerse que el principio de subsidiariedad, incluso en una interpretación amplia con arreglo a la cual la intervención de las autoridades comunitarias debe limitarse a lo estrictamente necesario en el ámbito de la organización de las actividades deportivas, no puede tener por efecto el que la autonomía de que disponen las asociaciones privadas para adoptar reglamentaciones deportivas limite el ejercicio de los derechos, como el de libre circulación, conferidos a los particulares por el Tratado.

Al control jurisdiccional, ha venido a añadirse el examen institucional *ex post* de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el marco de informes específicos anuales. A tenor del Protocolo, *la Comisión debería presentar al Consejo Europeo, al Parlamento Euro-*

²⁵ Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido / Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755).

²⁶ Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921)

peo y al Consejo un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado. Dicho informe anual deberá remitirse asimismo al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social. El Consejo Europeo tendrá en cuenta dicho informe en su informe relativo a los progresos realizados por la Unión que debe presentar al Parlamento Europeo de conformidad con el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea. Se traslada así a este ámbito la «*informitis*» de que padecen actualmente las instituciones comunitarias. En efecto, aunque a la vista de la penuria de efectivos en materia de personal pueda parecer paradójico, las instituciones comunitarias y en particular la Comisión deben elaborar toda una pléyade de informes anuales o plurianuales en múltiples ámbitos, que en vez de integrarse en el Informe General sobre la Actividad de la Unión Europea²⁷ han venido a añadirse al mismo.

Los informes elaborados hasta ahora por la Comisión se limitan a identificar básicamente, por un lado, las propuestas legislativas que la Comisión ha decidido retirar para tener en cuenta el principio de subsidiariedad, y, por otro lado, la legislación comunitaria existente respecto de la cual la Comisión pretende proponer la derogación.

IV. LA ELECCIÓN DE LOS MEDIOS LEGISLATIVOS APROPIADOS

En aras de la subsidiariedad y de la proporcionalidad, las instituciones se han dado una serie de directrices en cuanto a la preferencia por unos instrumentos legislativos o por otros. Esta preferencia encuentra un refrendo jurídico fundamental en el Protocolo al señalarse que *la forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas. Las directivas, tal y como se definen en el artículo 249 (ex-artículo 189) del Tratado, aunque obliguen al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejarán a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

²⁷ Pueden citarse, entre muchos otros, el informe trienal sobre la aplicación de las disposiciones relativas a la ciudadanía previsto por el artículo 22 del Tratado, el informe anual sobre la situación del empleo en la Comunidad previsto por el artículo 128 del Tratado, o el previsto por la Decisión n.º 3052/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad (DOCE L 321 de 30 de diciembre de 1995, p 1).

Y en el mismo Protocolo se insiste en que, *en lo que se refiere a la naturaleza y al alcance de la actuación de la Comunidad, las medidas comunitarias deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional, de forma compatible con el doble objetivo de que las medidas cumplan su finalidad y de que se respeten los requisitos del Tratado. Habrá que velar por que se respeten simultáneamente el Derecho comunitario y las disposiciones nacionales bien establecidas así como el ordenamiento y el funcionamiento de los regímenes jurídicos de los Estados miembros. Cuando corresponda y a reserva de su correcta ejecución, las medidas comunitarias deberían ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos.*

Lo así dispuesto no constituye ninguna novedad para el funcionamiento institucional comunitario. Efectivamente, los Tratados ya se encargan en cada materia concreta de indicar cuáles sean los instrumentos jurídicos apropiados, y rara vez privilegian los reglamentos. Además, desde el Acta Unica Europea existe un compromiso para privilegiar la utilización de las directivas cuando la armonización comporte, en uno o varios Estados miembros, una modificación de disposiciones legislativas²⁸. No debe olvidarse tampoco que, en el marco del establecimiento del mercado interior, las instituciones comunitarias desde hace bastante tiempo han renunciado al difícil objetivo de una armonización total. Por el contrario, se ha privilegiado el recurso al principio del reconocimiento mutuo²⁹ y a las directivas denominadas de nuevo enfoque, que se limitan a establecer las exigencias esenciales en materia de seguridad y de salud, remitiendo a normas técnicas europeas o en su caso nacionales, para la solución de los problemas técnicos concretos³⁰.

VALORACIÓN FINAL

A la vista del contenido del Protocolo, tal y como ha sido detallado en los apartados anteriores, cabe concluir que no se reabre la cuestión de la subsidiariedad sino que se mantiene el marco vigente, aunque eso sí con un status jurídico reforzado. A este respecto, baste señalar que, de

²⁸ Véase la Declaración n.º 4 del Acta final de la misma.

²⁹ Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión relativa a la libre circulación de productos alimenticios (DOCE C 271 de 1989).

³⁰ Véase la Comunicación de la Comisión «Armonización técnica y normalización» de 31 de enero de 1985 (Com (85) 19 final), y la resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, «relativa a un nuevo enfoque en materia de armonización técnica y de normalización» (DOCE C 136 de 4 de junio de 1985, p. 1).

conformidad con el artículo 311 (ex-artículo 239) del Tratado, los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros, sean incorporados como anexos al Tratado serán parte integrante del mismo. Y de hecho, Tribunal de Justicia y Abogados Generales no han dudado en atribuir a dichos protocolos un valor jurídico idéntico al del mismo Tratado³¹.

El proceso de integración europea sigue adelante dentro de los límites impuestos por los Tratados, y sólo se refuerzan las obligaciones de motivación y de carácter procedimental de los actos legislativos comunitarios.

Esta constatación queda puesta de relieve si se tiene en cuenta lo que no se hizo en Amsterdam. En efecto, se optó por evitar una revisión sustancial de la definición del principio de subsidiariedad y por no extender su ámbito de aplicación. Tampoco se abrieron las puertas a un control de la aplicación del principio de subsidiariedad por la Conferencia de órganos especializados en los asuntos comunitarios (COSAC) o por parte de los Parlamentos nacionales. Además, la redacción del artículo 308 (ex-artículo 235) permaneció inalterada en el nuevo Tratado y no se estableció ni una lista de competencias de la Unión ni otra de competencias de los Estados miembros.

Por otro lado, a pesar de la insistencia de las instancias regionales, ni el Tratado ni sus Protocolos las tuvieron en cuenta en las disposiciones relativas al principio de subsidiariedad. El Comité de Regiones no pudo ver así incluida en el Tratado su propuesta, con vistas a la CIG de 1996, de reformular el artículo 5 (ex-artículo 3B) del Tratado en los siguientes términos: la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y por las colectividades regionales y locales dotadas de competencias según el Derecho interno de los Estados miembros. Tampoco pudo ver reconocida la posibilidad de plantear recursos de anulación ante el Tribunal de Justicia en aquellos casos en que un acto comunitario suponga violación del principio de subsidiariedad o afecte las competencias legislativas del Comité³². De todos modos, conviene señalar que, según cons-

³¹ Véanse las sentencias de 10 de julio de 1986, Wybot (149/85, Rec. p. 2403), de 22 de octubre de 1987, Foto-frost (314/85, Rec. p. 4199) y de 24 de febrero de 1988, Comisión / Bélgica (260/88, Rec. p. 966). Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras, en el marco de la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands (27/76, rec. p. 327) y del Abogado General Sr. Reischl, en el marco de las sentencias de 27 de septiembre de 1979, Geflügelschlachtere Freistadt (23/79, Rec. p. 2817) y de 29 de octubre de 1980, Roquette (138/79, Rec. p. 3366).

³² Puede señalarse aquí que el Tribunal de Justicia se muestra reticente a abrir las vías de recurso privilegiadas a las regiones de los distintos Estados miembros. Véase, en este sentido, el auto de 21 de marzo de 1997, Región Valona (C-95/97, Rec. p. I-1787), comentado en el n.º 17/1997 de la Revista *Cuadernos europeos de Deusto*.

ta en la Declaración relativa al principio de subsidiariedad hecha en la CIG por Alemania, Austria y Bélgica, para los gobiernos de dichos países, resulta evidente que la acción de la Comunidad Europea conforme a dicho principio, se refiere no solamente a los Estados miembros sino también a sus entidades territoriales en la medida en que éstas dispongan de un poder legislativo conferido por el Derecho constitucional nacional.

Los servicios de interés general en el Derecho Comunitario: Especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam

Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA, ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO ECONÓMICO EUROPEO: SU ANCLAJE CON EL SERVICIO PÚBLICO.—III. LA CONCEPTUACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y EL DERECHO COMUNITARIO.—IV. LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE INTERÉS GENERAL Y EL TRATADO DE AMSTERDAM.—IV.1. **El interés público como objeto de protección.**—IV.2. **El desarrollo de la Conferencia Intergubernamental de 1996.**—IV.3. **Contenido del Tratado de Amsterdam.**

I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de conseguir los objetivos que se prevén en los Tratados Fundacionales, las Comunidades Europeas persiguen y tratan de alcanzar, de manera progresiva desde su nacimiento, el establecimiento de un mercado común.

Cuando en el art. 3 del T.CE se enumeran los instrumentos básicos con que se dota a la Comunidad Europea para la consecución de los fines generales enunciados en el apartado g) del artículo del T.CE, se hace referencia a «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común» sin plantear ningún tipo de distinción entre las distorsiones procedentes de la actuación de empresas privadas y las que puedan derivarse de comportamientos públicos.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia comunitario ha señalado que, estando la Comunidad Europea fundada «en una unión aduanera que se extiende al conjunto de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros»¹, «la falta a los deberes de solidaridad aceptados»

¹ Sentencia de 15 de diciembre de 1976, causa 41/76, Rec. 1976-9.

por éstos, «por el hecho de su adhesión a la Comunidad, afecta a las bases esenciales del orden jurídico comunitario»². Por consiguiente, los Estados miembros tienen la obligación general de «adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de los deberes que les impone el Tratado, así como la obligación de abstenerse de tomar cuantas medidas sean susceptibles de poner en peligro la realización de los fines del Tratado»³.

En realidad, es cierto que el ritmo de utilización y avance de los mecanismos como vías para el logro de los objetivos deseados ha sido mayor y más positivo que en otros momentos. Sin embargo, puede afirmarse que, a finales de la década de los ochenta y durante los primeros años de la de los noventa, llegamos a encontrarnos en una fase de avance considerable que desembocó en el logro definitivo del mercado único europeo.

En este sentido y como es bien sabido, un mercado común implica la supresión de todas aquellas barreras que se oponen a la libre circulación de los factores de producción, es decir, mercancías, personas y capitales. Pues bien, va a ser, precisamente, en el conjunto de disposiciones adoptadas para proteger la libre circulación de mercancías (desarme arancelario y contingentario, armonización de legislaciones nacionales en materia fiscal, técnica, etc.), donde puede encuadrarse la política comunitaria de la competencia, en la medida en que la Comunidad considera que toda práctica restrictiva de la competencia puede afectar, en mayor o menor grado, al comercio interestatal, dificultando, por tanto, la correcta distribución y empleo de los recursos productivos⁴.

Así pues, en el mismo orden de ideas, cabría afirmar que el concepto de actividad económica de interés general, establecido en el art. 90 del T.CE, resulta ser un concepto jurídico que viene adquiriendo cada vez, con el paso de los años, una mayor relevancia. En efecto, el concepto de actividad económica de interés general propuesto en el art. 90 del T.CE se encuentra integrado en la política de competencia comunitaria, a través del Derecho de la Competencia, imponiéndose a los Estados miembros y limitando su capacidad de acción en la economía y de creación de derechos especiales o exclusivos para las empresas. Así pues, observamos cómo la revalorización del mencionado art. 90 del T.CE, en los últimos tiempos, viene a acompañar al esfuerzo de integra-

² Sentencia de 7 de febrero de 1973, causa 39/72, Rec. 1973-2.

³ Sentencia de 12 de julio de 1973, causa 2/73, Rec. 1973-6.

⁴ En el mismo sentido, *vid.* MOLINA DEL POZO, C.F.: «La empresa pública y el Derecho comunitario: especial referencia a los límites establecidos para las ayudas por la normativa comunitaria», en la obra colectiva *Administración Instrumental*, Libro Homenaje al Prof. CLAVERO ARÉVALO, vol. II, Cívitas, Madrid, 1994, pág. 1233 y sigs.

ción que se inició en los años ochenta y continuó en los noventa⁵. Dicha revalorización del precepto reiterado está impulsada por la oleada mundial de liberalización y privatización coetánea y subsiguiente a la caída del muro de Berlín.

Sin embargo, exponer con carácter general cuanto acabamos de decir resultaría bastante pobre e incompleto. Consideramos que es preciso dar un paso más adelante y llegar a afirmar que, los servicios públicos económicos, así como la regulación sectorial de las áreas económicas estratégicas, poseen en la actualidad un marco jurídico bastante más estrecho que el que presentaban hace tan sólo una o dos décadas. Será necesario examinar dicho marco para llegar a establecer qué se estructura alrededor del concepto de «actividad económica de interés general dotada de derechos especiales o exclusivos», cuyos perfiles se van definiendo por contraste con los servicios públicos tradicionales.

II. LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA, ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO ECONÓMICO EUROPEO: SU ANCLAJE CON EL SERVICIO PÚBLICO

Los Tratados Fundacionales comunitarios establecen las bases y medidas necesarias para el logro de un mercado común. Sin embargo, no puede olvidarse que la unificación económica no constituye una finalidad en sí misma⁶, sino un estadio intermedio en un proceso mucho más amplio que viene constituido por la deseada unidad europea.

El modelo económico organizativo de economía de mercado, cimentado en la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y en la libre competencia, no debe identificarse en el momento presente con el clásico sistema económico propio del «laissez faire»; por ello, el funcionamiento del mercado común puede verse, en ocasiones, encorsetado por un Derecho Comunitario intervencionista, haciendo uso de la competencia otorgada por las políticas comunes de la Comunidad o por las intervenciones económicas públicas permitidas a los Estados miembros.

En este sentido, es sostenible que el sistema actual de economía de mercado europeo puede aprehenderse como un «sistema económico de síntesis», que combina las ventajas del clásico sistema liberal con la in-

⁵ Por ejemplo, pueden señalarse: el Acta Unica Europea, el Horizonte 92 con el Mercado Unico, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Amsterdam.

⁶ Jean MONNET señalaba cómo «se ambicionaba alcanzar lo político dando un rodeo por lo funcional», citado por J. BUCHMANN: «La naturaleza política de la integración europea», en *Documentación Administrativa*, n.º 185.

tervención estatal o comunitaria⁷. Existe, pues, una ideología económico-social común que podemos calificar como neoliberal y que responde al sistema de economía de mercado descrito, toda vez que este neoliberalismo matiza la clásica formulación liberal al aceptar la necesaria intervención del Estado en los fracasos del mercado⁸.

De otra parte, debe recordarse que, pese a que la Comunidad Europea se construya sobre la base de una economía de mercado, los Estados miembros de la Comunidad no están dotados de un marco constitucional económico idéntico y que el art. 222 del T.CE garantiza la neutralidad de la Comunidad en relación al régimen de propiedad y deja a los Estados que la componen la capacidad para fijar la extensión y organización de su sector público⁹. Semejante aseveración podría hacernos creer que la Comunidad Europea no tiene forma de incidir sobre la configuración del modelo económico de sus Estados miembros. Pero el Derecho Comunitario puede limitar el intervencionismo estatal, esencialmente, con la aplicación de la normativa sobre competencia (artículos 85 al 94), la armonización de legislaciones (artículos 100 al 102) y a través de la progresiva consolidación de un sector intervencionista comunitario, junto al de los Estados miembros, en tanto lo permita el principio de subsidiariedad, definido expresamente en el art. 3B del Tratado de la Unión Europea¹⁰.

Por consiguiente, puede decirse que, la adhesión de España a la Comunidad Europea vino a matizar las posibilidades de intervención del Estado en la economía, abiertas por nuestra Constitución en 1978. El impacto que sobre el ordenamiento español produce la adopción del aludido modelo económico, marca las grandes líneas que han de conducir la actuación de los Estados en el terreno económico, lo que, inevitablemente, comporta consecuencias en lo jurídico. El espíritu de la Comunidad presiona hacia la liberalización y, por ello, el Tratado CE recorta las posibilidades de mediatización pública de la economía en ámbitos bien significativos: empresas públicas —paridad de trato y libre competencia—,

⁷ Vid. BALADO RUIZ-GALLEGOS: «La libertad de empresa: algunas notas sobre su configuración en la Constitución española de 1978 y en el Derecho Comunitario Europeo», en la *Revista de Estudios e Investigación sobre las Comunidades Europeas*, n.º 18.

⁸ Vid. ARIÑO ORTIZ, G.: «La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo X, Madrid, 1985.

Asimismo, vid. GONDRA ROMERO: «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea», en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo I, Madrid, 1986.

⁹ Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: «Los monopolios de Estado», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo I, Madrid, 1986.

¹⁰ Vid. GALERA RODRIGO, S.: «El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados y la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, Boletín n.º 103, mayo, 1995, pág. 5 y sigs.

empresas de servicio público —competencia—, monopolios —artículos 37 y 90 n.º 2— y ayudas públicas —art. 92—¹¹. En este sentido, los Estados miembros no deben adoptar medidas que vayan en contra de las bases de la economía de mercado y esto se traduce también en la desaparición, cuando ello sea posible, o en el estricto redimensionamiento de los monopolios estatales en el sector de los servicios públicos.

Pues bien, precisamente en base a cuanto exponemos, puede afirmarse que, la adhesión de España a la Comunidad Europea también va a influir en el concepto de servicio público a nivel nacional. La aludida incidencia pasa por la necesidad de evitar cualquier tipo de proteccionismo que suponga restricción de la competencia y que encuentre su apoyatura en la noción de servicio público. Y ello, debido a que, como es bien conocido, la política de la competencia comunitaria se configura como principio rector del ordenamiento económico europeo. Así, como puede advertirse, nos hallamos en presencia de un impacto que, lo es fundamentalmente, de principios informantes del orden económico, pero que posibilita su ulterior concreción en el terreno jurídico, y ello a través del Derecho derivado, el cual será el encargado de desarrollar los principios básicos recogidos por los Tratados fundacionales comunitarios¹².

El proceso de integración económica, puede decirse, que gira en torno a dos ejes. Por una parte, consiste en una integración negativa —es decir, basada en eliminaciones y prohibiciones, por las que se limita o prohíbe el uso de ciertos instrumentos políticos de los que disponen los Estados miembros—, completada, por otra parte, por una integración positiva cuyas características son la armonización y la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros, bajo control de la Comunidad. Esta última operación exige la transferencia a la Comunidad de importantes competencias.

Sin embargo, la tensión entre, por una parte, las exigencias planteadas por la creación y el mantenimiento del buen funcionamiento de un mercado común y, por otra, los intereses del Estado nacional, cuyo papel en el conjunto socioeconómico no había dejado de crecer, se volvió opresiva. A raíz de este fenómeno, existían varias causas, relacionadas las unas con las otras. Primeramente el factor institucional. El Tratado CE nunca pudo garantizar la coherencia necesaria entre la supresión de las trabas nacionales para la consecución de un mercado único (integración negativa) y la creación de una política común o de una política coordina-

¹¹ Vid. MARTÍN MATEO, R.: «De la economía española. La larga marcha hacia la liberalización», en el Libro Homenaje al Prof. VILLAR PALASÍ, Madrid, 1989.

¹² Vid. MOLINA DEL POZO, C.F.: Manual de Derecho de la Comunidad Europea, Trivium, 3.ª edición, Madrid, 1997.

da por la Comunidad (integración positiva). Esta situación ha limitado siempre la eficacia de la política llevada a cabo en el seno de la Comunidad, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional.

En concreto, la realización del mercado interior vino a significar, esencialmente, la supresión de los obstáculos aún subsistentes a la circulación interna de bienes, personas, servicios y capitales, cuando se deriven de legislaciones o de normativas nacionales y la política de competencia completa este objetivo cuando los obstáculos proceden de las empresas. Por tanto, la creación del mercado común único vino a requerir la eliminación de las barreras económicas existentes entre los Estados miembros y la puesta en marcha de toda una serie de disposiciones reguladoras del Derecho de competencia.

El T.U.E., al igual que lo hizo el T.CE, regula el establecimiento de un sistema para asegurar que la competencia en el mercado común no sea falseada. Este objetivo es tan importante como el papel tradicional de la competencia en las economías de mercado libre: asegurar la eficiente asignación de recursos, estimular a las empresas a hacer el mejor uso de sus procedimientos y conocimientos e impulsarlas a desarrollar nuevas técnicas y productos.

Puede decirse que, la política de competencia sirve para lograr una asignación óptima de recursos, avances técnicos y la flexibilidad necesaria para adaptarse a un entorno en evolución. En este sentido, la competencia y la competitividad son indisociables. La experiencia demuestra que solamente aquellas empresas acostumbradas a una fuerte competencia y que obtienen buenos resultados en los mercados abiertos y dinámicos podrán hacer otro tanto a una escala aún mayor, ya sea en otras zonas geográficas o en una economía más internacionalizada. La política de competencia y la de competitividad no son, por lo tanto, contradictorias sino que persiguen el mismo objetivo de crear las condiciones fundamentales para el desarrollo y el mantenimiento de una industria comunitaria eficaz y competitiva, ofreciendo a los ciudadanos europeos unos productos y unos servicios de más calidad y contribuyendo a la estabilidad del entorno económico.

Es por ello, que la política de competencia constituye un importante instrumento tendente a la construcción y al mantenimiento del mercado interior, especialmente mediante la aplicación de normas que garanticen que los obstáculos normativos al comercio que ya han sido suprimidos no se ven sustituidos por restricciones públicas o privadas que, a la postre, producen el mismo efecto.

Puede afirmarse, que el contenido básico de la regulación inserta en los Tratados respecto al ámbito de la competencia, consiste en determinar jurídicamente los comportamientos de las empresas privadas y públi-

cas, así como del Estado y del poder público en general, con el fin de que estos organismos no entorpezcan la libre circulación que postula la Unión Europea. Así, el derecho de la competencia establece unos fines a conseguir que pueden resumirse, en general, en: mantener la unidad de mercado, garantizar la fluidez del mismo y la transparencia en la actuación de las empresas.

Por otra parte, y con objeto de aproximarnos más directamente al contexto de nuestro estudio, puede decirse que, desde sus inicios, la Comunidad Europea ha venido manteniendo en todo momento una posición clara en relación a la existencia y funcionamiento de las empresas públicas.

Aunque el art. 222 del T.CE aclara que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros», por lo que éstos «pueden en principio decidir libremente sobre la existencia y organización de sus empresas públicas», es norma habitual en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el aceptar que esa libertad de organización debe someterse a un límite en la medida en que no puede ser utilizada para cuestionar las bases del Tratado y, en particular, la libre circulación de mercancías y la lealtad de la competencia.

Las empresas públicas estatales también son empresas en la medida en que participan en la actividad económica, tal es la formulación del principio de igualdad en el sometimiento de las empresas públicas o privadas a la libre competencia del mercado común europeo o principio de paridad de trato, que se encuentra recogido en el art. 90, n.º 1 del Tratado, conforme al cual «los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 (no discriminación por razón de la nacionalidad) y 85 a 94 (competencia)».

Como consecuencia de lo preceptuado en la disposición transcrita del Tratado, podemos establecer que, si bien es cierto que no existen impedimentos a la existencia de empresas públicas, no es menos cierto que dichas empresas habrán de tener un comportamiento similar al que ofrecen o se exige a las empresas privadas.

Sin embargo, hay unas disposiciones especiales contenidas también en el art. 90 T.CE, que se refieren a las «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal». Se trata de una excepción al principio que, con carácter general, hemos apuntado. Nos estamos refiriendo a la salvedad recogida en el apartado 2 del mencionado art. 90, y en virtud del cual, quedan exceptuadas del régimen general las empresas encargadas de la gestión de servicios catalogados como de interés general o que presenten

el carácter de monopolio fiscal, las cuales quedan sometidas a las normas del Tratado tan sólo en la medida en que la aplicación de dichas normas no llegue a impedir, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión que específicamente se les confirió a las mismas en el momento de su creación o constitución.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia comunitario ha señalado, que la definición de las empresas que pueden invocar el art. 90 n.º 2, debe ser de interpretación estricta, por tratarse de una disposición que permite, en ciertas circunstancias, una excepción a las disposiciones del Tratado. Por ello, respecto a la calificación de «servicio de interés económico general» ha venido a declarar dicho Tribunal¹³ que:

- 1.º) El art. 90 n.º 2 no establece una norma incondicional, puesto que su aplicación comporta la apreciación de exigencias inherentes, de una parte, al cumplimiento de la misión particular confiada a las empresas de que se trata y, de otra parte, a la salvaguardia del interés de la Comunidad; y que tal apreciación depende de los objetivos de política económica general perseguidos por los Estados bajo la vigilancia de la Comisión.
- 2.º) La aplicación del art. 90 n.º 2 no ha sido dejada a la discreción de los Estados miembros que hayan encargado a una empresa la gestión de un servicio de interés general. El art. 90 n.º 3 confía a la Comisión, bajo el control del Tribunal, una misión de vigilancia en la materia.
- 3.º) Para que a las empresas privadas pueda serles aplicable el art. 90 n.º 2, deben estar encargadas de la gestión mediante un «acto del poder público».

Así pues, en cuanto se refiere a las expresiones «empresas que se benefician de derechos especiales o exclusivos» y «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», puede afirmarse que, dichas expresiones, hacen referencia a entidades privadas que se hallan en alguna situación especial con relación al Estado, ya sea por haber recibido algún tipo de autorización, concesión, etc., o bien por llevar a cabo una misión gestionada y controlada por los poderes públicos.

¹³ Véanse las sentencias «British Telecom», «Sacchi», y «Port de Mertert», todas ellas dictadas en diferentes momentos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad y que mantienen una posición jurisprudencial invariable en torno, sobre todo, a los límites que ofrece el concepto de «interés económico general». La línea jurisprudencial puede resumirse sobre la base de tres ideas: 1.ª) que el cumplimiento de la misión confiada a las empresas resulta imposible si se aplican las normas del Tratado; 2.ª) que el interés de la Comunidad es el que debe prevalecer sobre cualquier otro; y, 3.ª) que la misión de control estará a cargo de la Comisión en lo relativo a la valoración del concepto.

En relación al control de las empresas públicas, también, como ya señalamos, el art. 90 n.º 3 insta a la Comisión a «velar por la aplicación del presente artículo y, en tanto fuera necesario, dirigir a los Estados miembros directivas y decisiones apropiadas». Como puede observarse en este supuesto, los poderes atribuidos a la Comisión resultan bastante amplios, ya que puede adoptar normas de carácter obligatorio para los Estados miembros, de manera que puedan aplicarse de forma uniforme las disposiciones del art. 90 n.ºs 1 y 2.

Así pues, cabe afirmar que, junto al impacto económico-jurídico, más genérico, que ya se resaltó anteriormente, encontramos en el Derecho Comunitario las suficientes herramientas para determinar la existencia de un impacto más concreto e intenso sobre la institución servicial. En este sentido, resulta incuestionable que la recepción del denominado «*acquis communautaire*» (acervo comunitario) en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, implica que las libertades de circulación —personas, mercancías, capitales y servicios— y el establecimiento de la libre competencia en todo el territorio comunitario informen la interpretación de su normativa.

La Comunidad Europea, pese a estar basada en un sistema de libertades comerciales, es consciente de la existencia de un sector económico público activo en los quince países miembros, del que éstos pueden valerse para facilitar el logro de sus nunca olvidados objetivos proteccionistas. Dichos objetivos chocan, en principio, con las libertades de circulación y con la política de competencia, siendo deseable para Europa la estricta limitación de la extensión de los sectores públicos nacionales.

Pues bien, como ya indicábamos anteriormente, los principios económicos inspiradores de la Comunidad se oponen a cualquier medida que restrinja, falsee o impida la competencia, y estas medidas pueden encontrar una cobertura idónea en la noción de servicio público. La construcción del gran mercado tropieza, en una gran parte de la actividad económica, con el régimen jurídico exorbitante con el que, en cada país, se distinguen las actividades calificadas como «servicios públicos». En principio, el T.CE no rechaza de plano la existencia de estas figuras distorsionantes de la competencia. En este sentido, no prohíbe, como es conocido, las ayudas estatales, sino que lo que hace es establecer una regulación para las mismas, con el fin de controlarlas y autorizarlas en los supuestos compatibles con la normativa comunitaria¹⁴, al mismo tiempo que permite el mantenimiento de determinadas restricciones a la libre competencia en el caso de que respondan a cargas a las que se ven some-

¹⁴ Vid. BERCOVITZ-DE LAS HERAS-BARBERO: «Normas sobre la competencia del Tratado de la C.E.E.», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986.

tidas las empresas que gestionan servicios de interés económico general. En este orden de ideas, el art. 90 n.º 2, entiende —como ya hemos referido más arriba— que las empresas que gestionan servicios de interés económico general pueden necesitar que se module la aplicación de las normas de la competencia, tomando en consideración que tienen que cumplir una concreta misión de interés público.

Por tanto, consideramos como algo evidente la afirmación de que el art. 90 del T.CE, afecta de manera directa a la configuración de los servicios públicos en el nivel nacional, al determinar el principio de igualdad de trato entre las empresas privadas y las empresas públicas y las que gozan de derechos especiales o exclusivos. Por tanto, la aplicación de la normativa comunitaria de libre competencia será realidad en el campo de los servicios públicos, en tanto que no impida el cumplimiento de la misión específica encargada a los gestores de los servicios públicos, hecho éste que será valorado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La aplicación de la normativa de competencia en el terreno de los servicios públicos conllevará el que los monopolios, cuyo mantenimiento sea necesario para prestar un servicio universal, se reduzcan a los mínimos indispensables o desaparezcan. Sin ningún género de dudas, nos hallamos ante un impacto concreto y de enorme relevancia.

Como ya es conocido, la Comunidad acepta en determinados casos restricciones de la competencia y, lo cierto es, que queda mucho por hacer, a nivel comunitario, en ciertos sectores donde las barreras de acceso y la compartimentación de los mercados tienen todavía una dimensión anacrónica. Así, los sectores excluidos, actualmente denominados sectores reglamentados, han vivido al margen de las normas de competencia comunitaria hasta la década de los ochenta, y son estos sectores los propios de servicios públicos, como energía, transportes y telecomunicaciones.

En la actualidad, puede afirmarse que se aprecia una decidida aspiración comunitaria de introducir la competencia en los sectores reglamentados, en los que a través de políticas comunitarias sectoriales y específicas se intenta abrir estos sectores claves a la competencia como paso ineludible para la configuración del mercado interior. La Comisión tiende a examinar las reglamentaciones que afectan a estos sectores de forma crítica, tratando de determinar si dichos sectores no podrían cumplir sus obligaciones de servicio público con regímenes menos restrictivos de la competencia.

Por consiguiente, y con independencia de que más adelante volvamos a incidir sobre estas materias, conviene ahora dejar, al menos anotado, que las políticas comunes sectoriales que actúan en el terreno de los servicios públicos —telecomunicaciones, transportes, servicios postales,

energía— determinan cambios en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Es evidente, en conclusión, que el impacto del Derecho Comunitario sobre los servicios públicos es algo tan concreto y contundente que, el legislador español se encuentra fuertemente vinculado a la hora de llevar a cabo la regulación de una concreta materia. La normativa europea puede llegar a modificar la regulación española de los sectores de actividad propios de la institución del servicio público, sin impedimento alguno por parte del Derecho interno.

Podemos mantener, que la importancia de los sectores reseñados para la sociedad, tanto por lo que afecta a sus características específicas como en lo que se refiere a su organización en redes, ha hecho posible que, paulatinamente, las autoridades públicas de los Estados miembros hayan llegado a reconocer unos derechos especiales o exclusivos, o a permitir ciertas restricciones a la competencia en beneficio de los operadores públicos o privados como contrapartida de la realización de ciertos servicios de interés económico general, tales como la prestación de un servicio universal a todos los ciudadanos en unas condiciones determinadas y a precios asequibles.

La Comisión ha reconocido en todo momento la legitimidad de los objetivos de interés económico general señalados, pero considera que los medios que tradicionalmente se han utilizado para lograrlos, no siempre pueden tener hoy en día una total justificación, debido, sobre todo, a la evolución tecnológica, a las nuevas necesidades de los usuarios y también al mismo hecho de la integración de las economías europeas. Esto es especialmente cierto en el caso de la sociedad de la información, fuente de crecimiento y de creación de nuevos servicios y de empleo durante los próximos años.

Por lo tanto, a la luz de esta nueva realidad, parece obligado plantearse una profunda revisión en torno a cuáles debieran de ser los instrumentos más apropiados con los que se pudieran garantizar unos servicios públicos de calidad para todos los ciudadanos. La Comisión considera que, en muchos casos, la apertura a la competencia puede mejorar la calidad de los servicios, fomentar la innovación y la creación de empleo y, hacer que disminuyan los precios en beneficio de los consumidores. La eliminación de los obstáculos a la libre competencia sólo es, sin embargo, un aspecto de la política de liberalización de la Comisión. Por un lado, será necesaria la adopción de un nuevo marco normativo para lograr unos servicios universales en un entorno competitivo. Por otro, en los casos en los que se alegue la necesidad de restringir la competencia para garantizar el mantenimiento de un servicio universal, la Comisión evaluará su legitimidad con arreglo al Derecho Comunitario, incluyendo las ayudas estatales.

Asimismo, la Comisión considera que el desarrollo de la política de competencia es perfectamente compatible con el servicio público. Por otra parte, no está de más el insistir en la idea de que la liberalización de un sector no tiene nada que ver con la privatización de las empresas públicas que en el mismo operan. Si bien es verdad que, a veces, las normas comunitarias que pueden comportar una apertura de la competencia, son neutras en cuanto al carácter público o privado de las empresas.

III. LA CONCEPTUACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y EL DERECHO COMUNITARIO

El servicio público es una actuación que ofrece el carácter de interés general y que puede ser confiada a un organismo tanto público como privado para el que, al mismo tiempo, el Estado otorgará ciertas prerrogativas e impondrá determinadas obligaciones¹⁵.

La noción de servicio público ha sido, en el pasado, y continúa aún siendo, objeto de numerosos estudios¹⁶. Dichos estudios se han propuesto como objetivo fundamental la delimitación del contenido jurídico de la noción de servicio público.

Asimismo, la jurisprudencia de los diferentes Estados ha ido perfilando también la noción de servicio público. Sin embargo, en la actualidad, el proceso en curso tendente a lograr la culminación de la construcción europea constituye un elemento adicional de carácter esencial y que, en nuestra opinión, juega a favor de llevar a cabo una revisión de este concepto.

La principal de las razones que impulsan la tendencia revisionista del concepto de la institución servicial se basa en el hecho de que, desde

¹⁵ En este sentido, *vid.* DEWOST: «Service public et droit communautaire - Principes de base», en *Europe, concurrence et service public*, París, 1995.

¹⁶ Entre otros muchos, *vid.* ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*, Edita Pons, Madrid, 1993; GONZÁLEZ DE AGUIRRE y otros: *Los servicios públicos*, Edt. De Palma, Buenos Aires, 1994; ARIÑO ORTIZ, G.: *¿Privatizar el Estado?*, Fundación BBV, Madrid, 1994; SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 1993; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho Administrativo Privado*, Edt. Montecorvo, Madrid, 1996; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *Privatización y gestión pública*, Pontevedra, 1993; COX: *Crîtères de décisions et principes dans les services publics*, en *Europe, concurrence et service public*; BAÑO LEÓN: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996; DE LA SERNA BILBAO: *La privatización en España*, Aranzadi, Pamplona, 1995; CASES PALLARÉS: *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Pons, Madrid, 1995; VILLAR ROJAS: *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ: *Los servicios públicos nacionales e internacionales en la constitución de Europa*, Madrid, 1992; ARIÑO ORTIZ: «Sobre el significado actual de la noción de servicio público en el mercado único europeo», Centro de Estudios Europeos, Universidad de Alcalá, 1995; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ - ARIÑO ORTIZ - MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ: *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997.

hace diez años al menos, las orientaciones dominantes vuelven a poner en candelerero ciertos fundamentos del servicio público. Puede decirse que, hasta entonces, se consideraba que existía servicio público donde había necesidad de servir al interés general, y que el interés general nunca estaría mejor representado que por los poderes públicos y sus delegaciones, es decir, las empresas públicas.

Las necesidades de la reconstrucción y del desarrollo que fueron sucesivos a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, así como las teorías económicas privilegiando la inversión y las esperanzas suscitadas por el socialismo real, habían servido para lograr reforzar la convicción reseñada anteriormente. De esta manera, cabe afirmar que la intervención pública estaba destinada a ser el contrapeso necesario a las fuerzas ciegas del mercado, así como la expresión de una necesidad colectiva de justicia social.

La década de los ochenta ha visto surgir y desarrollar una vasta corriente de opinión que considera la iniciativa individual como la solución única de los principales problemas sociales. Semejante estado de opinión, llega a culpar al Estado y, más generalmente, a la actuación de los poderes públicos, de la amenaza continua que se produce sobre las libertades, obstaculizándose, así, la eficacia del individuo.

Esta reacción contra las teorías indicadas con anterioridad está fundamentada sobre determinadas observaciones de la realidad. Así, un mal empleo de los recursos del Estado, un agravamiento progresivo de los déficits presupuestarios, un aumento por parte de los descuentos públicos en el producto interior bruto, en fin, el fracaso económico de los países del Este.

A partir de estas bases se ha desarrollado, con una intensidad más o menos grande, según el país de la Comunidad que se considerase en cada momento, una ideología amparada en la recuperación de los principios del siglo XIX. Dicha sistemática retrospectiva ha llevado a practicar una política de reducción de impuestos y de privatización generalizada, siendo desde entonces la vocación del Estado no únicamente la de administrar sino más bien la de asegurar las condiciones más idóneas para que pueda realizarse la libre competencia y el libre mercado.

Sin embargo, en nuestra opinión, la solución a todos los problemas se encuentra siempre en un término medio, en un justo equilibrio, equilibrio que debe ser alcanzado a través de la combinación y análisis de la noción de servicio público y la intervención estatal con la libre competencia y la participación y libre juego de las fuerzas del mercado.

Siempre se ha considerado, que la noción de servicio público se justificaba por el interés general que caracterizaba sus prestaciones, como ya hemos afirmado con anterioridad, y se deducía, de una parte, que el organismo encargado de este servicio público era investido de prerrogati-

vas de poder público, pero que, en contrapartida, las colectividades públicas, es decir, el Estado y las colectividades territoriales, disponían de un poder de tutela sobre este organismo.

No obstante, la noción de interés general adolece de precisión y varía en el tiempo según el país considerado. Determinadas jurisprudencias nacionales han adoptado, a veces, una noción extensiva de la institución de servicio público, llegándose, incluso, en ocasiones, a atribuir el estatuto de servicio público a las empresas creadas por la autoridad local, dado que —se pensaba— la iniciativa privada realizaba defectuosamente ciertas actuaciones de interés general, motivo por el cual las necesidades elementales a cubrir no podían ser satisfechas.

A modo de reacción frente a la tendencia reseñada, la corriente neoliberal no reconocía como servicios públicos nada más que los servicios no mercantiles, es decir, aquellos servicios o actuaciones que, en virtud de su propia naturaleza, no es posible que puedan estar financiados directamente por el consumidor o persona que va a beneficiarse del mismo. Los restantes servicios quedarán calificados como estrictamente de tipo comercial sean cuales fueren las características propias de su configuración. Para quienes pertenecen a la tendencia neo-liberal aunque radical o extrema, el principio conceptual de la institución servicial consiste en no otorgar al sector público más que lo que no puede estar en el sector privado, y, particularmente, todo el elenco de actividades de las que se predica su escasa o inexistente rentabilidad debido a la propia naturaleza de las mismas.

Pues bien, entre estas dos interpretaciones antagónicas del concepto de servicio público que acabamos de exponer, parece que es necesario y, tal vez, útil llegar a sacar conclusiones, teniendo en cuenta una noción de actualización del interés general. Así, se puede considerar como servicio público toda actividad por la que la responsabilidad pública se halla comprometida hasta tal punto que la colectividad es llamada a intervenir, principalmente en dos circunstancias. De una parte, cuando el marco de una economía de mercado se estima que debe responder al imperativo de solidaridad nacional, incluso de redistribución de recursos. De otro lado, cuando se contempla un objetivo de servicio esencial para la colectividad. Es en este caso cuando, precisamente, se debe intervenir; sin embargo, dicha intervención será susceptible de hacerse de manera imperativa cuando nos encontremos ante un monopolio de hecho, amenazando con abusar de su posición, o que presente carencias, es decir, ausencia de actuación susceptible de completar la misión prevista.

Podemos afirmar que cada Estado define el ámbito del servicio público sobre el cual detenta la total responsabilidad. En ciertos casos se advierten convergencias entre los distintos Estados y, en otros supuestos,

pueden constatarse amplias divergencias que separan las posiciones mantenidas en unos Estados respecto a otros¹⁷. En este sentido, puede decirse que habría dos clases de servicios públicos, a saber:

—El servicio público considerado como tal en todos los países. Esto es, no solamente los servicios no mercantiles (policía, enseñanza, justicia, salud, etc.), sino también el conjunto de infraestructuras indispensables para el desarrollo normal de la vida social y económica del territorio de que se trate. En este sentido, va a ser, por lo general, la ley nacional la que especifique todo aquello que compete al servicio público.

Tal sucede en países como Francia, Alemania, Bélgica, Italia, etc. Además, normalmente, todas estas actividades se ejercen bajo un régimen de monopolio de hecho. Pues bien, cuanto antecede concierne, evidentemente, a los servicios rendidos bajo forma de redes, como los transportes, el correo, las telecomunicaciones o la distribución de electricidad, y algunos países, como es el caso de Alemania y de Bélgica, incluyen igualmente la parte común de cable televisivo.

—El servicio público específico en cualquiera que sea el país concreto de que se trate, en particular, cuando se produzca el supuesto por el cual exista carencia de medios económicos disponibles y suficientes que puedan asegurar, sin problemas, la realización normal del mencionado servicio público de carácter específico. Pertenecientes a este apartado pueden considerarse: la parte social de la vivienda, y la parte del crédito que presenta una vocación redistributiva. Sin embargo, no parece necesario mantener que todo objetivo esencial, en particular de naturaleza económica, responde a la noción de servicio público. Así, por ejemplo, por más que un país considere imprescindible dotarse de una industria informática, no podrá mantenerse que dicha necesidad constituye una actividad propia del servicio público, y ello aunque la empresa encargada de realizar las actuaciones previsibles responda plenamente a una misión de servicio público. Consecuentemente, no podemos de ninguna manera confundir servicio público con objetivo de política industrial.

Así, pues, y en este orden de ideas, podemos afirmar que, según la posición de la Comisión y, en virtud de lo que atañe al Derecho Comuni-

¹⁷ En torno a la temática conceptual de la institución servicial estamos siguiendo la completa exposición desarrollada por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, 1996.

tario, nos encontramos con los servicios de interés general que designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y, sujetas, por ello, a obligaciones específicas de servicio público. Los servicios de interés económico general, mencionados, como ya hemos reseñado varias veces a lo largo de la presente exposición, en el art. 90 del T.CE, vienen a poner de relieve las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general; precisamente por esta causa, se hallan sometidas, por parte de los Estados miembros, a la observancia de determinadas obligaciones específicas de servicio público. Este es el supuesto, anteriormente ya comentado, de los servicios en red de transportes, energía y telecomunicaciones.

Por otra parte, puede decirse, que el servicio público designa tanto el organismo de producción del servicio, como la misión de interés general que se va a confiar a éste. Las obligaciones de servicio público específicas pueden ser impuestas por la autoridad pública al organismo de producción del servicio, con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general; así, por ejemplo, en materia de transporte terrestre, aéreo, por vía férrea o en materia de energía. Las mencionadas obligaciones pueden llevarse a cabo a escala nacional o regional.

Conviene señalar que, en muchas ocasiones, se confunde erróneamente servicio público con sector público, es decir, misión y estatuto, destinatario y propietario y el servicio universal desarrollado por las instituciones de la Comunidad. Sería prudente fijar el concepto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en todo el territorio de la Comunidad, por ejemplo, las actividades de telecomunicaciones o de correos. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales de calidad y a un precio que pueda calificarse de razonablemente asequible.

Por otra parte, la acción de la Comunidad en favor del modelo europeo de sociedad se apoya en la diversidad de las situaciones que presentan los servicios de interés general en Europa. Esta diversidad está garantizada por los principios fundamentales siguientes:

- Neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas y su personal, garantizada por el art. 222 del T.CE, en virtud del cual —como ya expusimos anteriormente— no se prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros. En el mismo sentido, la Comunidad no cuestiona el estatuto público o privado que ostenten las empresas que estén encargadas de llevar a cabo actuaciones catalogadas como de interés general y, por ende, no impone tampoco ningún tipo de privatización. Precisamente, por ello, los comportamientos distorsionados de la com-

- petencia constituyen objeto de vigilancia de carácter prioritario para la Comunidad, ya se trate de empresas públicas o privadas.
- Libertad de los Estados miembros para definir las misiones catalogadas como de interés general. Dentro del mencionado marco de libertad de los Estados, corresponderá a los mismos el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos, necesarios absolutamente para llevar a término las actuaciones precisas, a las distintas empresas responsables. Asimismo, los Estados miembros serán los responsables de ordenar la gestión de las actuaciones que se encomienden a las empresas designadas para realizar las misiones de interés general. Finalmente, los Estados miembros serán los encargados, en su caso, de asegurar la financiación de las misiones de interés general, siempre en el contexto del reiterado art. 90 del T.CE, y de conformidad con el contenido del mismo.

Así, pues, podemos decir, que el aludido respeto que se profesa, a nivel comunitario, respecto de las opciones nacionales en cuanto a la organización económica y social, no constituye otra cosa que la expresión clara y concisa del principio de subsidiariedad¹⁸. Corresponde, por lo tanto, a los Estados miembros, efectuar la opción principal respecto a la sociedad, quedando la Comunidad limitada a examinar la compatibilidad de los medios que se hubieren empleado con los compromisos existentes a nivel europeo.

Por último, parece oportuno recordar, que las condiciones contenidas en el art. 90 del T.CE, no son de aplicación al conjunto de las actividades calificadas como no económicas, tales como los sistemas de protección social o los de educación. Asimismo, tampoco serán de aplicación las disposiciones del precepto mencionado, a las funciones que corresponden al poder público por definición, tales como la justicia o la seguridad.

Pues bien, antes de proceder al análisis de la reforma operada en el Tratado de Amsterdam relativa a los servicios públicos, conviene, a los efectos de nuestro estudio, repasar, siquiera sea brevemente, la situación en que el servicio público ha tenido que desenvolverse dentro del marco comunitario.

En efecto, podemos considerar que el servicio público se ha desarrollado a nivel comunitario en un doble plano: por una parte, se ha ejercido en las funciones comunitarias de carácter económico o social, atribuidas a las agencias, instituciones u organismos que presentan una cierta autonomía con relación a la administración comunitaria y, por otra parte, en

¹⁸ *Vid.* Artículo A, párrafo 2, y artículo 3B del Tratado de la Unión Europea.

las funciones ejercidas directamente por la administración comunitaria, conforme a los objetivos de los Tratados. De este segundo aspecto ya nos hemos ocupado anteriormente y, por ello, hacemos remisión a cuanto se ha expuesto en relación a la posible colusión entre el concepto de competencia y el de servicio público.

En cuanto a las funciones comunitarias de carácter económico o social, atribuidas a las agencias, instituciones y organismos que tienen una cierta autonomía con relación a la administración comunitaria, podemos considerar que, desde el comienzo de la construcción europea y, más concretamente, desde la época en la que fueron redactados y entraron en vigor los Tratados fundacionales, sólo se reconocían tres grandes servicios públicos: el Banco Europeo de Inversiones, la Agencia de Aprovisionamiento Nuclear y el Centro Común de Investigación. Mediante las sucesivas reformas operadas en los Tratados constitutivos, producidas por el progresivo avance del proceso integrador, se han ido creando nuevas instituciones, que viene a corresponder al conjunto de nuevas actividades que la Comunidad, en base a la ampliación de sus fines y objetivos, ha ido comenzando a desarrollar.

De entre el amplio conjunto de nuevas instituciones que han venido surgiendo durante los últimos años, cabría hacer mención, por ser las más importantes posiblemente, de las siguientes: el Centro Europeo de Educación y Formación Profesional, la Fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Red Europea de Información y Observación del Medio Ambiente, la Fundación Europea para la Formación, la Oficina de Inspección Veterinaria y Fitosanitaria, la Agencia Europea de Evaluación de los Medicamentos, la Agencia de la Salud y la Seguridad en el Trabajo, el Instituto Monetario Europeo y el Banco Central Europeo, y la Oficina de Armonización del Mercado Interior.

Por su parte, ya lo mencionábamos más arriba, en el sector económico, industrial y financiero, el concepto de servicio público europeo o de servicio universal ha encontrado posibilidades de aplicación en lo que concierne a las redes transeuropeas en los ámbitos de la energía, los transportes y las telecomunicaciones. En este orden de ideas, y tratando de mantener e, incluso, incrementar el contenido conceptual de servicio público en la Comunidad Europea, puede decirse que, han ido paulatinamente configurándose distintas propuestas dirigidas a la consecución de la finalidad señalada. Así, podemos citar, por ejemplo, la Carta Europea de Servicios de Interés Económico General, Carta que se adoptó por parte del Centro Europeo de Empresas de Participación Pública (CEEP), quien consideró que debería de tener la calidad de un documento de orientación de carácter interpretativo que aclarase las estipulaciones del

Tratado, constituyendo, al mismo tiempo, una guía para su más correcta aplicación¹⁹.

IV. LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE INTERÉS GENERAL Y EL TRATADO DE AMSTERDAM

La actuación comunitaria en materia de servicios públicos requiere atención preferente por parte de los distintos Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros. En efecto, esta atención especial debe seguirse actualmente dado que, en la Comunidad se insiste en la necesidad de acabar con el déficit democrático. Por ello, el futuro de los servicios públicos, a los que se hallan vinculados los ciudadanos que los utilizan y el conjunto de las personas que los hacen funcionar, no debiera ser definido de manera unilateral por un solo órgano. Hubiera sido prudente y necesario que, con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 1996 que culminó con la aprobación del Tratado de Amsterdam, se hubiese procedido a la revisión del art. 90 del T.CE, y ello con el objetivo de que las instituciones que disponen de una legitimidad democrática a nivel comunitario, es decir, el Parlamento y el Consejo, se mantuviesen en todo momento asociadas al proceso legislativo.

Por otra parte, los órganos legislativos y ejecutivos nacionales deben permanecer atentos al desarrollo de los servicios públicos porque la introducción de la competencia en dichos servicios no va a ser posible más que si ésta no perjudica ni la seguridad ni la calidad del servicio, así como tampoco la presencia de los mencionados servicios públicos en el conjunto del territorio. Asimismo, las instituciones comunitarias deberían orientar lo fundamental de sus esfuerzos sobre la realización de las redes transeuropeas, las cuales constituyen un eje capital para el futuro de la construcción europea.

En otro orden de ideas, resulta complicado establecer una comparación a nivel internacional de la productividad de los servicios y de sus precios. No obstante, parece haber evidencias que demuestran que la productividad de los servicios en Europa es bastante más baja que la obtenida en otras zonas del mundo, como, por ejemplo, Estados Unidos. Esto

¹⁹ El contenido de la Carta puede dividirse en tres partes claramente diferenciadas. En primer lugar, se define el concepto de servicio público de interés económico general. En segundo término, se procede a declarar la libertad de los Estados miembros para determinar qué actividades pueden englobarse dentro de los servicios de interés económico general, así como las obligaciones de las empresas gestoras y la regulación de los servicios públicos. Finalmente, se fijan las facultades de la Comunidad, de armonización o de establecimiento de servicios públicos.

significa que los consumidores de la Unión Europea pagan excesivamente por los servicios que reciben y, que las empresas que tienen su sede en territorio comunitario tienen unos costos más elevados que sus competidores norteamericanos por este concepto. La doctrina señala tres causas concretas que sirven para justificar el retraso que en este ámbito existe a nivel europeo. En primer lugar, las restricciones a la competencia, en la forma de un exceso de regulación encorsetan al sector servicios y hacen que las empresas protegidas de la competencia sean menos eficientes. En segundo término, diferencias en la tecnología y en la acumulación de capital hacen que existan diferencias en el grado de eficiencia entre empresas ubicadas en países diferentes. En tercer lugar, las diferencias en los métodos de gestión y organización, especialmente en actividades intensivas en mano de obra como son los servicios, pueden dar como resultado diferencias de productividad de vasta consideración²⁰.

La Comunidad considera que en Europa las empresas públicas están destinadas, por su propia naturaleza, a garantizar las intervenciones necesarias para un desarrollo armónico de la economía y de la sociedad en la medida en que contribuyen a la realización de los objetivos de interés general de los poderes públicos. Además, la importancia de la mencionada función se debe, especialmente, a la fase que se viene atravesando desde hace algún tiempo, manifestada por graves dificultades económicas y de empleo, contra las cuales la Unión Europea ha asumido una orientación de intervención en la economía que precisa de instrumentos operativos específicos. No obstante, la importante función referida con anterioridad no puede disociarse del logro del saneamiento económico y de la búsqueda de la eficacia de las empresas públicas²¹.

Por otra parte, ya sabemos, que la Europa comunitaria tiene como uno de sus principales objetivos el de lograr la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, así como de las condiciones económicas de las empresas que pertenecen a los Estados miembros. En este sentido, puede decirse, que el servicio público constituye uno de los componentes esenciales de estas condiciones, con su vocación cualitativa, democrática y ética. Además, administrada frecuentemente con redes, no puede ser integrada a una mercancía o, incluso, a un servicio público ordinario.

Se puede afirmar, que los servicios públicos europeos sólidos son indispensables para realizar la síntesis —ya reiterada en esta exposición— entre el espíritu de competencia y el espíritu de solidaridad, a lo que

²⁰ Vid. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ y OCAÑA PÉREZ DE TUDELA: «Un balance de la liberalización de los servicios», en *Papeles de Economía Española*, Madrid, 1995.

²¹ Vid. SPECIALE: «Informe sobre las empresas públicas, privatizaciones y servicios públicos en la Comunidad Europea», Parlamento Europeo, 1994.

debe tender la Comunidad si pretende crear una entidad original de cara al mundo exterior e inventar un liberalismo humano y un modelo de desarrollo sostenible.

La Unión Europea, tal como hemos señalado anteriormente, considera que, el concepto de «interés económico general» mencionado en el art. 90 del T.CE, así como la noción de «servicio esencial», sufren una evolución con el transcurrir del tiempo y, en particular, en función del desarrollo tecnológico, del progreso económico, del cambio que se opera entre los ciudadanos y de las modificaciones en los hábitos de los consumidores. Además, entre los Estados miembros existen disparidades de origen histórico, jurídico y cultural, que afectan tanto a la propia concepción de servicio de interés económico general, como a las modalidades organizativas en que se inscribe y, por sí era ello insuficiente, corresponden a realidades diferentes de un sector a otro.

Por consiguiente, cuando la Comisión definió el concepto de servicio universal en los actos normativos, lo caracterizó como el suministro a todos, con una garantía de aprovisionamiento, un nivel de calidad mínimo y un precio asequible, de varios servicios que, de acuerdo con las características de cada sector, pueden considerarse esenciales. De esta manera, la definición queda en el marco de lo absolutamente variable en cada momento y en base a las concretas circunstancias que se den.

La determinación de los servicios considerados esenciales y que, por consiguiente, deben ser objeto, en su caso, de un servicio universal, tiene que hacerse, por tanto, de manera individualizada, en función de la situación en el conjunto de los Estados miembros. Para un determinado servicio público, la atribución de derechos especiales o exclusivos, así como la determinación del régimen de propiedad de las empresas que se benefician de ellos, serán competencia exclusiva de los Estados miembros. En todo caso, hay que recalcar que el servicio público no está ligado a un régimen de propiedad, sino que se caracteriza por la función o misión a cumplimentar, es decir, el mantenimiento de un nivel adecuado de interés general.

De otro lado, la integración de los distintos Estados europeos en un mercado único sujeto al respeto de las, ya conocidas, cuatro libertades, ha venido a plantear —como poníamos de relieve más arriba— la exigencia de modificar el concepto de servicio público. La revisión conceptual consiste, fundamentalmente, en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusión, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, es decir, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de *servicio universal*, pero con libertad de precios y modalidades

de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). Por supuesto, no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate²².

IV.1. El interés público como objeto de protección

Ciertamente, puede mantenerse en la actualidad, que todavía no se han desarrollado los necesarios principios capaces de establecer, de forma intersectorial, las bases y fundamentos que inspiren la nueva regulación que, con validez internacional, puedan aplicarse de manera común al conjunto de todos los servicios. Por ello, trataremos a continuación de aludir a algunas cuestiones, que se nos antojan cruciales, para ir buscando la identificación de ciertos principios o fundamentos sobre los que debe construirse la normativa reguladora de los servicios públicos en el transcurso de los próximos años.

Ya hemos señalado anteriormente, el hecho de que, en todos los Estados miembros de la Unión Europea están vigentes una serie de normas jurídicas que se ocupan de la regulación de los distintos servicios de utilidad pública. Así, con un mayor o menor grado de intensidad, dichas normas tienen por misión llevar a cabo la regulación de las actividades mediante las que los poderes públicos imponen bajo su control a una o varias empresas pertenecientes a sectores estratégicos o que se ocupan de suministrar bienes de los denominados esenciales por lo general²³. La intervención referida persigue la protección del interés público, de forma especial la de los usuarios del servicio²⁴.

En el mismo orden de ideas, podemos decir que, tanto a nivel nacional como comunitario se hace referencia, indistintamente, a los servicios de interés económico general, a los servicios públicos y al servicio universal, llegándose, a veces, a originar ciertas confusiones, por lo que consideramos sería prudente que, a nivel comunitario, la Comisión se de-

²² Vid. ARIÑO ORTIZ, G.: «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y el mercado único europeo. Del servicio público al servicio universal», Centro de Estudios Europeos, Universidad de Alcalá, 1995.

²³ Vid. HERNÁNDEZ BATALLER, B.: «Obligaciones de servicio público en el mercado interior de energía», Proyecto de Dictamen del Comité Económico y Social de la Comunidad Europea, Bruselas, 1996; y, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, 1996.

²⁴ Así, el concepto de «Daseinsvorsorge» en la normativa de origen germánico, el concepto de «Public utility» en la norma de origen anglosajón, y el concepto de «servicio público» en la normativa de origen latino.

cidiese a establecer las bases que sirviesen para aclarar y diferenciar cada uno de estos tres conceptos.

En cualquier caso, los servicios de utilidad pública de los distintos Estados miembros se configuran caracterizados por las siguientes notas:

- Las necesidades a las que responden. Su origen se halla en una necesidad reconocida por la colectividad y a la que la iniciativa privada no es capaz de hacer frente.
- Las prerrogativas de sus usuarios o clientes.
- Las finalidades que le son asignadas consisten en satisfacer las necesidades sociales de todos los miembros de la colectividad de que se trate.
- Las autoridades que las organizan, que en los supuestos en que fuere preciso, garantizan las condiciones sobre las que el servicio debe ser asegurado.

Además, existen una serie de principios, que pueden considerarse como generales y comunes de funcionamiento, aplicables al conjunto de servicios de utilidad pública. Estos principios son los siguientes: el de proporcionalidad, el de continuidad, el de igualdad de acceso (equidad), el de adaptación (flexibilidad), el de universalidad, el de participación de los usuarios o clientes y el de fijación de estándares mínimos de calidad del servicio.

Cabe afirmar que unos servicios de utilidad pública suficientes y que tengan unos precios considerados como razonables, vendrán a contribuir decididamente a facilitar la inserción de los ciudadanos desfavorecidos.

De otra parte, la concepción tradicional de servicio público ligado al monopolio o a la obligatoria asunción por parte de los poderes públicos, de la titularidad de determinados servicios y de su gestión y dirección parece requerir una actualización respecto a las normas del Derecho Comunitario, especialmente en lo que hace referencia a su compatibilidad con las disposiciones propias de la competencia. Este concepto de servicio público no debiera afectar, en ningún supuesto, al concreto régimen jurídico de las empresas que prestan servicios en cada Estado miembro. Cada Estado miembro es competente para decidir acerca de la manera en que deban organizarse estos servicios, de conformidad con el principio de subsidiariedad y, naturalmente, en el respeto escrupuloso del Derecho originario de la Comunidad. En definitiva, y una vez más reiteramos la idea de que estamos totalmente convencidos de la necesidad absoluta de proceder a una combinación equilibrada de las reglas propias de la libre competencia con el más riguroso respeto a las obligaciones de servicio público.

Asimismo, de nuevo insistiremos en el hecho de que, también estimamos conveniente la elaboración y asimilación posterior de un marco

legal o reglamentario que ponga de manifiesto cuáles son las reglas de juego y en el que, en lo que fuere posible, se ofrezca participación a cualquier agente económico que lo desee. Es evidente, que la referida normativa debe estar orientada a garantizar el funcionamiento del mercado mediante la libre competencia, la eficiencia técnica del sistema y la protección de los consumidores, manteniendo, al menos, el nivel actual de derechos sociales fundamentales, así como la cohesión económica y social. El aludido marco jurídico básico habrá de ser establecido por los distintos Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con el principio de subsidiariedad. A dichos Estados les corresponderá también la posibilidad de introducir obligaciones adicionales a los servicios, así como fijar objetivos de cobertura geográfica a nivel nacional siempre que sean proporcionales, no discriminatorios, impuestos de una forma transparente y compatibles con las normas de los Tratados originarios.

Por último, señalar que el reiterado marco jurídico básico, debiera sustentarse en el respeto a las disposiciones contenidas en los Tratados constitutivos y sus posteriores modificaciones, lo que viene a suponer, entre otras cosas, el cumplimiento riguroso del principio de no discriminación y el respeto absoluto de las normas sobre competencia, a la realización del mercado interior, al principio de transparencia, al fortalecimiento de la cohesión social y territorial, a un alto nivel de empleo y de protección social y, en definitiva, al aumento del nivel y de la calidad de vida de todos los ciudadanos. En consecuencia, parece evidente la necesidad de establecer un marco jurídico básico a nivel comunitario, que sirva de referencia al conjunto de empresas que prestan algún tipo de servicio público, lo que posibilitaría una mejor y mayor competencia y, con ello, se lograrían los objetivos económicos y sociales del mercado único europeo. Asimismo, hay que insistir en la necesidad de destacar en el aludido marco regulador la búsqueda del equilibrio, de la armonización, en lo posible, entre las normas sobre la competencia y el respeto y cumplimiento de las obligaciones del servicio público²⁵.

IV.2. El desarrollo de la Conferencia intergubernamental de 1996

Ante la situación que acabamos de describir, parecía oportuno que, en virtud del procedimiento de revisión de los Tratados realizado en el contexto de la celebración de la Conferencia Intergubernamental que se

²⁵ Vid. HERNÁNDEZ BATALLER, B.: «Obligaciones de servicio público en el mercado interior de energía», Proyecto de Dictamen del Comité Económico y Social de la Comunidad Europea, Bruselas, 1996.

abrió en 1996, se llegase a insertar, en la modificación del Tratado, un concepto claro y preciso de servicio público, así como el enunciado de los principios en que dicho concepto se fundamenta. La alternativa a la mencionada inserción en el Tratado reformado del concepto de servicio público no era otra que la de incluir también, aunque como anexo del texto modificado, una «Carta de servicios públicos» a la que más arriba tuvimos ocasión de referirnos²⁶.

Lo cierto es, que hasta el Tratado de Amsterdam, al que más tarde nos referiremos, pocas alusiones podíamos encontrar de la institución servicial en el conjunto de los textos fundacionales comunitarios. En efecto, la expresión servicio público no se había utilizado más que en el art. 77 del T.CE, el cual establece la licitud de las ayudas a los transportes cuando éstas corresponden al reembolso de servicios inherentes a la noción de servicio público. También, una noción, que podemos considerar como equivalente, aparece —como ya se ha reiterado— en el art. 90 del T.CE, se trata de la expresión servicio de interés económico general. Asimismo, finalmente, el Acta Unica Europea y el Tratado de la Unión Europea vinieron a añadir objetivos a la acción comunitaria, los cuales sin hacer referencia expresa a la noción, forman parte de las justificaciones habituales del servicio público o pueden servir de apoyo a futuros «servicios públicos europeos». Así, la protección de los consumidores (Título XI); el establecimiento de redes transeuropeas (Título XII); la cohesión económica y social (Título XIV); y la protección del medio ambiente (Título XVI).

Puede afirmarse que, a lo largo de toda la fase previa o preparatoria de la CIG, ninguna de las aportaciones oficiales que presentaron los Gobiernos de cada país hizo mención alguna al tema del servicio público, a excepción del gobierno español, el cual incluía entre los ámbitos en los que convendría mantener la regla de la unanimidad en el Consejo «el grado de desarrollo, cuantitativo y cualitativo, de los servicios públicos,

²⁶ Véanse la nota 19 y el último párrafo del apartado III) de este estudio, consagrado a la conceptualización de servicio público y el Derecho Comunitario.

Entonces ya decíamos, que la Carta de los servicios públicos era una propuesta del C.E.E.P., que pretendía ser un documento de orientación y de interpretación, adoptado por el Consejo y sometido, naturalmente, a la aprobación de cada uno de los Estados miembros, lo que, a nuestro entender, haría prácticamente inútil todo esfuerzo, dada la diferente perspectiva existente en cada Estado miembro en torno al concepto mismo de la institución del servicio público. En todo caso, recordemos ahora, que la propuesta precisaba que en la mencionada Carta habrían de quedar incluidos los siguientes temas: el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros; las justificaciones para la creación de un servicio de interés general; los tipos de vicios; sus grandes principios de organización y de gestión. *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO: «Ficha temática sobre los servicios públicos», n.º 12, Luxemburgo, 1996.

estrechamente ligado a los particulares y a la prosperidad de cada Estado miembro». Según el Informe del Grupo de Reflexión, entregado por los representantes de los Gobiernos al Consejo Europeo de Madrid, en diciembre de 1995, «una mayoría de los representantes de los países es favorable a que la CIG examine el reforzamiento de la noción de servicio público de interés general, en tanto que principio complementario de los criterios de mercado».

Por otra parte, en el mes de febrero de 1996, el Ministro belga de Asuntos Exteriores solicitó oficialmente que el principio relativo al servicio público fuese integrado o incluido en el Tratado modificado de la Unión Europea. Finalmente, también en febrero de 1996, la Delegación para la Unión Europea de la Asamblea Nacional de Francia propuso una modificación del art. 90 n.º 2 del T.CE, tendente a permitir restricciones a la competencia en favor de las empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general, para tener en cuenta, en particular, los costos que dichas empresas necesitan soportar para asegurar un servicio universal de calidad.

Por su parte, el Parlamento Europeo también se sumó al grupo de quienes sí que se pronunciaron respecto al tema de los servicios públicos y su inclusión en el nuevo texto del Tratado. Así, siguiendo una tendencia regularmente manifestada, el Parlamento había adoptado una Resolución sobre las «empresas públicas, privatización y servicios públicos en la Comunidad», en la cual se reclamaba el establecimiento de una «Carta Europea de los Servicios Públicos», al tiempo que se declaraba partidario de crear una Comisión Parlamentaria, de carácter temporal, sobre los servicios públicos en Europa²⁷.

Asimismo, el Informe Bourlanges-Martín, en base al cual el Parlamento Europeo adopta una Resolución para la Conferencia Intergubernamental en la que fija sus posiciones acerca de determinadas cuestiones, introduce un capítulo dedicado al servicio público, concretamente en el punto XI de su parte I, consagrado a los objetivos y políticas de la Unión²⁸. En dicha Resolución se establece que «la situación del servicio público en el marco de las acciones de la Unión Europea debería ser afirmada mediante la introducción de nuevos artículos que definieran la noción y el campo de aplicación del servicio universal, garantizaran a cada ciudadano el derecho a un acceso igual a los servicios de interés general, así como por disposiciones *ad hoc* que tomaran en cuenta la especificidad de las empresas de servicio público».

²⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 1994.

²⁸ Resolución del Parlamento Europeo para la Conferencia Intergubernamental, de 17 de mayo de 1995.

Otra resolución sobre el orden del día de la CIG, ante el Consejo Europeo de Madrid, solicitaba que el mandato conferido a la Conferencia incluyese, entre otras prioridades destacadas por el Parlamento Europeo, la definición de un rol para los servicios públicos de interés general en los ámbitos económico y social y la puesta en igualdad de un derecho universal de acceso a esos servicios²⁹.

Por su parte, habría que afirmar, que una nueva Resolución del Parlamento, esta vez acerca del Informe de este órgano asambleario sobre la convocatoria de la CIG y sobre la evaluación de los trabajos del Grupo de Reflexión, constituye la posición más precisa de cuantas posiciones oficiales sobre esta materia del servicio público fueron expresadas en los meses anteriores al inicio de los trabajos propiamente dichos de la CIG³⁰. En dicha Resolución se establece que la acción de la Comunidad no debe orientarse únicamente hacia la fijación de un régimen de competencia, sino estar también al servicio del interés general y comportar, en este sentido, «misiones tendentes a reforzar la cohesión económica y social, así como la protección de los consumidores y usuarios»; para ello, la Resolución solicitaba, de una parte, la modificación del artículo B del TUE, 90 y 100 A del T.CE, para incluir en los mismos preceptos la temática de los servicios de interés general, y de otra parte, la inserción en el Tratado de «los principios fundamentales del servicio público, a saber, accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación».

También la Comisión Europea, en el Informe que elaboró con carácter previo al inicio de la CIG, acerca de los contenidos de la misma, menciona expresamente la categoría del servicio público al establecer, que el acceso de los ciudadanos a los servicios universales o a los servicios de interés general, deben contribuir a alcanzar los objetivos de solidaridad y de igualdad de trato, los cuales figuran como valores comunes a todas las sociedades europeas.

Así pues, podemos afirmar que, la conservación del modelo europeo de sociedad, así como de los valores derivados del mismo, hacen concebible la idea de mantener como valor fundamental los servicios que tienen por misión realizar prestaciones de interés general.

En este orden de cosas, y de cara a concluir los trabajos de la CIG, una posibilidad consistía en dejar las cosas tal como estaban, es decir, mantener el ya bien experimentado tenor del art. 90 del T.CE, el cual ha venido permitiendo garantizar con plenitud la interacción beneficiosa entre liberalización e interés general. Además, el Tratado, en su actual re-

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 1995.

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1996.

dacción, contiene otros instrumentos que permiten poner al servicio del modelo social europeo diferentes medios de acción, sobre todo mediante las misiones de interés general: redes transeuropeas, investigación comunitaria, política de los consumidores y cohesión económica y social. No obstante, consideramos, que la Comisión estaba convencida de que los servicios de interés general debían encontrar en el proyecto europeo una función relacionada con el lugar que ocupa en los valores comunes sobre los que se han construido las sociedades europeas. También, consideraba la Comisión, que se hacía preciso fijar un horizonte para los servicios de interés general en Europa y proceder a la consignación de los medios de acción ya disponibles en una perspectiva de conjunto y a los mencionados efectos.

Por todo ello, la Comisión propugnó la inclusión en el nuevo Tratado de una referencia a este respecto con ocasión de la CIG. En este sentido, defendía la Comisión, debiera añadirse al art. 3 del T.CE, una letra u), que proponía se redactase conforme al siguiente tenor literal:

«u) Una contribución a la promoción de los servicios de interés general».

De esta manera se confirmaría, según opinión de la propia Comisión, gracias al valor pragmático que presenta el referido art. 3 del T.CE, que los servicios de interés general ya forman parte integrante de los ámbitos de actuación de la Comunidad, dado que, hasta el momento presente, los servicios de interés general mencionados continúan perteneciendo a un ámbito de acción privilegiado de los Estados miembros. La modificación que la Comisión proponía, que, en nuestra opinión, no constituiría una nueva base jurídica, establecería, no obstante, que los servicios de interés general constituyen una dimensión que debe tenerse en cuenta a la hora de llegar a definir las acciones de la Comunidad, así como en el momento de proceder a la elaboración de sus diferentes políticas³¹.

Igualmente, cabría destacar aquí, la denominada Iniciativa para los Servicios de Utilidad Pública en Europa (I.S.U.P.E.), la cual, en abril de 1995, propuso modificar el art. 100 A del T.CE, relativo al procedimiento aplicable a las medidas de armonización legislativa decididas en el marco del mercado interior, en el sentido de añadir la siguiente frase: «Esas medidas tomarán en cuenta, en aplicación, especialmente, del principio de cohesión económica y social, las consideraciones de utilidad pú-

³¹ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: «Dictamen con vistas a la Conferencia Intergubernamental - Reforzar la Unión Política y preparar la ampliación», Bruselas, 1996. Asimismo, *vid.* COMISIÓN EUROPEA: «Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa», Luxemburgo, 1996.

blica que puedan justificar una puesta al día de las reglas de competencia previstas por el presente Tratado».

Sin embargo, consideramos que la propuesta más interesante de cuantas se realizaron con motivo del inicio de los trabajos de la CIG, en materia de servicios públicos, por parte de organismos externos a las Instituciones comunitarias propiamente dichas, fue, posiblemente, la ya reseñada más arriba, formulada por el Centro Europeo para las Empresas con Participación Pública (C.E.E.P.)³². Además de exponer la necesidad de elaborar una Carta de los servicios públicos, tema éste al que ya hemos dedicado nuestra atención anteriormente, el texto del Informe elaborado por el C.E.E.P., hace referencia conclusiva en torno a la precisa necesidad de modificar el Tratado. La doble necesidad es manifestada con la finalidad de lograr insertar de manera sólida la noción de servicio público en el sistema comunitario³³.

Por último, señalar que, por lo que se refiere a la propuesta para la modificación del Tratado, el C.E.E.P. consideraba la necesidad de insertar el principio del servicio público al mismo nivel que el de la competencia en el texto «constitucional» de la Unión Europea, otorgándoles a las Instituciones comunitarias un referente para que pudiesen intervenir, especialmente a través de la adopción de normas jurídicas, en los sectores en los que los anteriores principios fuesen de aplicación. La modificación sugerida se convertiría en un capítulo de nuevo cuño, el II concretamente, que se incluiría en el Título V de la 3.^a parte. El nuevo capítulo tendría un único artículo en el que se podrían encontrar, según señala el reiterado Informe³⁴, alusiones a las siguientes cuestiones: el reconocimiento de la competencia nacional para la puesta en funcionamiento de los servicios de interés general, sobre la base de justificaciones comunes tales como, eficacia económica, cohesión social y preparación de un desarrollo sostenible; la enumeración de las obligaciones susceptibles de ser impuestas a los servicios de interés económico general en nombre de principios tradicionales (igualdad, continuidad, adaptabilidad, calidad), o nuevos (transparencia, concertación); la posibilidad real de conferir derechos especiales o exclusivos tendentes a lograr la buena ejecución de las obligaciones impuestas; la afirmación de la aplicación de las disposiciones relativas a la competencia, retomando los términos del art. 90 del

³² Vid. C.E.E.P.: «Informe sobre Europa, competencia y servicio público», aparecido en junio de 1995.

³³ Para mantener la continuidad de las disposiciones actuales y el uso de una terminología conocida en todos los países, el C.E.E.P. propone seguir utilizando la expresión incluida ya, desde siempre, en el art. 90 del T.CE, es decir, «servicio de interés económico general».

³⁴ Vid. C.E.E.P.: «Informe sobre Europa, competencia y servicio público», aparecido en junio de 1995.

T.CE; el reconocimiento del papel de la Unión Europea en esta materia, es decir, el de lograr a la vez armonizar la manera en que esos servicios funcionen a escala nacional y coordinar dichos servicios a nivel de la Unión, teniendo como horizonte el establecimiento de servicios de interés general de nivel europeo.

Así, pues, a la vista de todo lo que fue el desarrollo de la CIG, no tenemos por menos que concluir diciendo, como ya tuvimos oportunidad de hacer meses atrás en la obra sobre el Tratado de Amsterdam dirigida por el Comisario M. OREJA³⁵, que en cualquier caso, con independencia de las formulaciones mantenidas por países como Francia y Bélgica, y de los documentos alegados por la propia Comisión Europea, nos llama poderosamente la atención, la aparente falta de interés por parte de algunos Estados miembros que poseen importantes estructuras de servicio público así como gran tradición sobre el tema, el hecho de que no hayan presentado ninguna alternativa respecto a *statu quo* representado por el art. 90 del T.CE.

IV.3. Contenido del Tratado de Amsterdam

Ya hemos reiterado anteriormente que los objetivos prioritarios establecidos por la Unión Europea en el contexto de la liberalización de los servicios de interés general ponen de relieve su voluntad de lograr privilegiar a los ciudadanos (calidad y accesibilidad de los servicios, mayor difusión de los nuevos vectores de información en el caso de las telecomunicaciones, y creación de empleo) y a las empresas (fomento de la capacidad de innovación en el conjunto de los servicios y mayor competitividad). En este orden de ideas, al intentar aunar el entorno competitivo con la garantía de un servicio universal, la Unión Europea consigue el deseado objetivo, suficientemente resaltado a lo largo de toda nuestra exposición, de compaginar el dinamismo del mercado, la cohesión y la solidaridad, siempre en el ámbito de la institución servicial.

Cuando se procede a sustituir una situación de monopolio por otra en la que van a coexistir una pluralidad de empresas, la liberalización introduce un dinamismo esencial en el desarrollo del sector servicial de que se trate, así como en la innovación en el contexto de la Unión Europea, dado que se incorporan nuevos productos y servicios y, lo que es más im-

³⁵ Efectivamente, *vid.* MOLINA DEL POZO, C.F.: «La problemática de los servicios de interés general», en la obra colectiva *El Tratado de Amsterdam*, dirigida por M. OREJA y coordinada por F. FONSECA, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, epígrafe 6.2.2., pág. 408 y sigs., concretamente, la pág. 413.

portante, a tarifas más equitativas y razonables. De esta manera, puede decirse que, la política de la Unión Europea respeta cierto equilibrio entre armonización, liberalización y cumplimiento de las disposiciones sobre competencia, dando, a la vez, respuesta a una variedad amplia de objetivos que son considerados prioritarios, tales como: favorecer la creación de empleo, fomentar la innovación tecnológica, hacer llegar a los ciudadanos y a las empresas los beneficios de los nuevos instrumentos de comunicación y de las perspectivas abiertas por la sociedad de la información (en el ámbito de las telecomunicaciones), así como permitir a las empresas europeas afianzarse en el mercado mundial de los servicios (especialmente en el de las telecomunicaciones)³⁶.

Puede constatarse el hecho de que, las disposiciones adoptadas y en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea relativas a la liberalización de ciertos servicios públicos, van a garantizar a todos los ciudadanos la existencia de un servicio universal. En este sentido, tanto las empresas privadas como el propio sector público se hallan en condiciones idóneas de ofrecer al ciudadano europeo un servicio universal, que plasma la voluntad de garantizar en el contexto comunitario europeo un servicio de calidad a un precio asequible para todos. Como ya conocemos, el servicio universal se basa en una serie de principios (igualdad, universalidad, continuidad y adaptación) y líneas de conducta (transparencia financiera y control por parte de organismos ajenos a los operadores). El servicio universal, por su definición de flexible y al mismo tiempo evolutivo, tiene en cuenta las peculiaridades nacionales, correspondiéndose perfectamente con el modelo europeo de sociedad. Ello unido a la liberalización, nos permite encuadrar al servicio universal en el ámbito de una política que concilia dinamismo del mercado, rendimientos económicos, cohesión y solidaridad social.

Por consiguiente, podemos afirmar que, la noción de servicio universal, desarrollada por las instituciones europeas, contiene una serie de exigencias de interés general que han de cumplir las actividades relativas a los distintos servicios en todo el territorio de la Unión Europea. Las obli-

³⁶ La liberalización de los servicios de las telecomunicaciones, integrada en la doble dinámica de realización del mercado interior y de llegada de la sociedad de la información, se apoya en un marco reglamentario claro que establece las nuevas condiciones de la actividad económica y garantiza un servicio universal a todos los ciudadanos europeos. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA: «El porqué y el cómo de la competencia en el sector de las telecomunicaciones», serie Europa preguntas y respuestas, Luxemburgo, 1997, págs. 7 y 9. La liberalización del sector de las telecomunicaciones beneficia a los usuarios, ante todo, en términos de oferta, calidad y precio. La presencia de nuevos operadores en el mercado es sinónimo de multiplicación de productos y servicios, de mayor calidad y de descenso de las tarifas, todos ellos elementos determinantes en un entorno competitivo.

gaciones que se van a imponer a los operadores que intervengan en alguna fase del desarrollo del servicio de que se trate, tendrán por objeto el que pueda garantizarse en todo el territorio el acceso de cualquiera a determinadas prestaciones esenciales, con un nivel elevado de calidad y a un precio razonable y justo. En este sentido, y, como ya se ha reiterado, el servicio universal refleja, a nivel comunitario, la voluntad que existe de compatibilizar el pleno desarrollo del mercado interior con la puesta en marcha de un más elevado grado de competencia en distintos sectores que desempeñen actuaciones de interés económico general³⁷. Por último, añadir que, aún en el caso de que un Estado miembro quisiera liberarse totalmente de la gestión de cualquier servicio de interés general, seguiría contando con cierta influencia en diversos ámbitos, tales como control de mercados y de sus agentes, participación en la financiación de algunas infraestructuras y reglamentación en materia de protección de los consumidores; en definitiva, aunque ya no desempeñe el papel de agente económico, el Estado conservará siempre su responsabilidad política, legislativa y reglamentaria³⁸.

Pues bien, en el contexto conceptual que hemos venido presentando, aparece el Tratado de Amsterdam, el cual, si bien es cierto que no llega a modificar ninguno de los preceptos que hemos mencionado a lo largo de la exposición hasta aquí realizada, sí que, casi de manera sorpresiva, recoge el reto de amparar la institución servicial en su articulado. En efecto, pese al escaso interés que, a lo largo de la CIG, las distintas delegaciones nacionales habían mostrado en torno al tema del servicio público, el Tratado de Amsterdam recoge en su redacción final un nuevo artículo, concretamente el 7D³⁹, que contiene directamente la mención a los servicios de interés económico general. Asimismo, el Tratado de Amsterdam ha venido a incorporar dos Declaraciones anexas al Acta Final, específicamente la n.º 13 y la n.º 37, relativas también a la cuestión servicial.

En este sentido, el art. 7D del Tratado establece que:

³⁷ Así, por ejemplo, podríamos citar, entre otros: ordenación equilibrada del territorio, igualdad de trato entre los ciudadanos, y calidad y permanencia del servicio prestado al usuario.

³⁸ En este sentido, los Estados se configuran, de cierta forma, como corresponsables del respeto de las disposiciones relativas a la competencia a nivel comunitario y, por consecuencia, del funcionamiento de la competencia en el contexto del mercado interior. *Vid.* COM. (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, bajo el título «Los servicios de interés general en Europa»; y, CONF. 3918/96. Nota de la Comisión sobre la financiación de las televisiones de servicio público, las telecomunicaciones, de 20 de mayo de 1996.

³⁹ El art. 2 del Tratado de Amsterdam establece que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea quedará modificado de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo. En su n.º 8, el art. 2 del nuevo Tratado, determina que «se insertará el artículo siguiente al final de la Primera Parte», y es precisamente el art. 7D.

«Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

Por otra parte, la Declaración n.º 13 del Tratado, relativa al artículo 7D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, determina lo siguiente:

«Las disposiciones del art. 7D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios».

Finalmente, la Declaración n.º 37 del Tratado, referente a las entidades públicas de crédito en Alemania, viene a fijar lo siguiente:

«La Conferencia toma nota del Dictamen de la Comisión, en el sentido de que la actual normativa comunitaria en materia de competencia permite que se tomen plenamente en consideración los servicios de interés económico general ofrecidos por las entidades públicas de crédito existentes en Alemania, así como las ventajas que se les conceden para compensar los costes relacionados con tales servicios. En este contexto, la manera en que Alemania faculta a las autoridades locales para llevar a cabo su cometido de hacer que sus regiones dispongan de una infraestructura financiera amplia y eficiente es un asunto que compete a la organización de dicho Estado miembro. Estas ventajas no podrán perjudicar a las condiciones de competencia en una medida que supere lo necesario para llevar a cabo esos cometidos concretos y que sea contraria a los intereses de la Comunidad.

La Conferencia recuerda que el Consejo Europeo ha invitado a la Comisión a examinar si en los demás Estados miembros existen casos similares, para aplicar, en su caso, las mismas normas en casos similares y a informar al Consejo en su formación Ecofin».

Pero, volvamos sobre el contenido del nuevo precepto incorporado al T.CE, por el Tratado de Amsterdam. Puede decirse, en primer lugar, que hay que valorar como, sin duda, muy positivo el hecho de que el texto definitivo del Tratado venga a recoger la institución servicial, en un momento en el que la liberalización de los servicios es, en toda Europa y en el mundo, una realidad generalizada y forma parte de la globalización de

la economía a nivel universal. El que se pretenda buscar la armonía entre competencia y servicio público, dentro del orden jurídico comunitario, es algo que se nos antoja como fundamental en la construcción jurídica de la Unión Europea. En este sentido, ya tuvimos ocasión de mantener⁴⁰ que el enunciado del art. 7D reconoce, por una parte, la enorme importancia que tienen los servicios de interés económico general en el contexto de los valores que son comunes en la Unión Europea, así como su compatibilidad con las disposiciones reguladoras de la libre competencia; y, al mismo tiempo, también reconoce, por otra parte, la muy significativa aportación que los servicios de interés económico general ofrecen a la cohesión tanto social como territorial, garantizando que, tanto la Comunidad como los Estados miembros, han de estar atentos y vigilar para que dichos servicios se actúen de acuerdo con una serie de principios y de condiciones que les posibiliten el cumplimiento de sus objetivos de una manera eficaz.

Parece, pues, evidente, como ya pudimos sostener en otro lugar⁴¹, que el hecho de incorporar un precepto sobre el servicio público en el Tratado debe considerarse como expresión de una manifestación de voluntad, por parte de los Estados miembros, de salvaguardar parcelas del Estado del bienestar que apuntaban el inicio de su particular deterioro, incentivando con ello la consolidación de un modelo europeo de sociedad basado, esencialmente, sobre valores comunes, que ponen de relieve la existencia de una dimensión humana en el contexto de las relaciones económicas y de la competencia libre y abierta.

Respecto a la Declaración n.º 13 del Tratado, puede retenerse, en primer lugar, el hecho llamativo de que, siendo un texto que por su propia denominación viene a referirse al art. 7D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, alude en su contenido a una terminología diferente a la usada en aquél para hablar de los mismos conceptos. En efecto, la Declaración n.º 13 hace referencia en un par de ocasiones a la denominación «servicios públicos» para aludir a los servicios de interés económico general contemplados en el reiterado art. 7D del Tratado. Pues bien, independientemente de la manera en que se denominen estos «servicios», lo cierto es, que se especifica en la Declaración n.º 13 la necesidad de que, lo establecido por el art. 7D, tenga que aplicarse respetando plenamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, sobre todo

⁴⁰ Vid. MOLINA DEL POZO, C.F.: «La problemática de los servicios de interés general», en la obra colectiva *El Tratado de Amsterdam*, dirigida por M. OREJA, y coordinada por F. FONSECA, Madrid, 1997, *op. cit.* pág. 413.

⁴¹ Vid. MOLINA DEL POZO, C.F.: «La problemática de los servicios de interés general», en la obra colectiva *El Tratado de Amsterdam*, dirigida por M. OREJA, y coordinada por F. FONSECA, Madrid, 1997, *op. cit.* pág. 416.

y, entre otras cosas, en lo concerniente a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de los servicios considerados. La Declaración n.º 13 viene a destacar, sin paliativos, el papel esencial que, a lo largo de los años, ha venido desarrollando el órgano jurisdiccional comunitario en muchos temas, pero, específicamente, en materia de servicios públicos. En este ámbito concreto, la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia ha sido fundamental para ir consolidando una posición clara referente a la necesaria armonización y búsqueda de equilibrio entre el principio de la libre competencia y el normal funcionamiento del servicio público. De cualquier manera, como ya señalábamos⁴², con independencia de cuales puedan ser los límites de la aplicación efectiva de la regulación sobre el servicio público que se incluye en el Tratado de Amsterdam, lo que ciertamente puede afirmarse es que, el Tribunal de Justicia comunitario ya posee una base jurídica capaz de sustentar, sin dificultad apreciable, toda su jurisprudencia en materia de servicios públicos, lo cual viene, definitivamente, a otorgar carta de naturaleza propia y reconocimiento a la importante labor que, hasta el momento presente, caracterizaba la rica jurisprudencia habida y que era forjadora de los principales avances que, en tema de servicios públicos, se han venido produciendo a nivel comunitario durante los últimos años.

Por otro lado, hay que referirse también a la Declaración n.º 37 del Acta Final del Tratado de Amsterdam. Efectivamente, en la Declaración citada, sobre las entidades públicas de crédito en Alemania, se viene a reconocer que la forma en que Alemania permite a sus autoridades locales que ofrezcan determinadas ventajas a las entidades públicas de crédito para compensar los costes de las mismas al llevar a cabo servicios de interés económico general, va a quedar atribuida la competencia a la organización jurídico-política interna de Alemania, estableciéndose, al mismo tiempo, por la Declaración n.º 37, que todo lo descrito es perfectamente compatible con las disposiciones que, a escala comunitaria, regulan las cuestiones relativas a la competencia. Asimismo, el texto de la Declaración que nos ocupa manifiesta que las ventajas reconocidas a Alemania habrán de ceñirse a las actuaciones específicas de las entidades públicas de crédito y, en la medida en que no lleven a cabo actividades que pudieran ser consideradas contrarias a los intereses de la Comunidad. Por tanto, la Declaración n.º 37 sirve para manifestar la compatibilidad entre la normativa comunitaria actualmente en vigor en materia de competencia y los servicios de interés económico general que ofrecen las

⁴² Vid. MOLINA DEL POZO, C.F.: «La problemática de los servicios de interés general», en la obra colectiva *El Tratado de Amsterdam*, dirigida por M. OREJA, y coordinada por F. FONSECA, Madrid, 1997, *op. cit.* págs. 413 y 414.

entidades públicas de crédito existentes en Alemania. Sin embargo, la referida compatibilidad, que supone, como se ha dicho, el otorgamiento de ciertas ventajas para un Estado miembro⁴³, no podrá perjudicar a las condiciones de competencia en una medida que viniera a superar lo absolutamente imprescindible para que se llevaran a buen término las actuaciones concretas de que se trate y que, al mismo tiempo, pudieran ser contrarias a los intereses comunitarios globalmente considerados.

Para concluir, habría que mencionar también, que el Tratado de Amsterdam inserta un Protocolo relativo al sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros. El mencionado Protocolo, el n.º 9, viene a salvaguardar los valores esenciales del modelo europeo de sociedad, especialmente, aquéllos relacionados con la garantía de un espacio informativo plural y democrático, pero únicamente en tanto éstos exijan, en función de la existencia de un interés común, la realización de actuaciones específicas de servicio público, de conformidad con el principio de proporcionalidad, siempre y cuando «dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia de la Comunidad, en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público».

⁴³ No sólo Alemania puede verse favorecida por esta Declaración, puesto que, al tener un sistema parecido al alemán, también podría favorecer a Austria y a Luxemburgo. Asimismo, podrían utilizar esta disposición las instituciones municipales de crédito finlandesas, danesas y suecas, de igual manera que, eventualmente, cualquier banco de propiedad pública. Por ello, la Declaración n.º 37 determina que, por invitación del Consejo Europeo, la Comisión deberá examinar si en los demás Estados miembros se dan supuestos similares al contemplado para Alemania, y ello para aplicar, en el caso de que así fuese, las idénticas disposiciones e informar al Consejo en su formación de Ministros de Economía y Finanzas.

La negociación del Tratado de Amsterdam desde la perspectiva del Estado español: Posiciones mantenidas y valoración

José María Muriel Palomino^{1 2}

Sumario: INTRODUCCIÓN.—A. ACTUACIONES POSITIVAS.—I. El espacio de libertad, seguridad y justicia.—II. Cuestiones institucionales.—III. Las cuestiones de seguridad y defensa.—IV. La representación exterior de la Unión.—V. Política social y empleo.—VI. Regiones ultraperiféricas e islas.—VII. El principio de suficiencia de medios.—B. ACTUACIONES ANTE PROPUESTAS REGRESIVAS PARA LA UE O QUE PERJUDICABAN LOS INTERESES DE ESPAÑA.—I. La cooperación reforzada.—II. La subsidiariedad.—III. El Tribunal de Justicia.—IV. Los poderes de la Comisión.—V. El debate unanimidad *versus* mayoría cualificada.—VI. El medio ambiente y el mercado interior.—VII. El bienestar de los animales.—VIII. Salud pública: El régimen general de donaciones y transplantes.—IX. La renacionalización de la política pesquera común.—X. El deporte.—XI. La simplificación y la consolidación de los Tratados.

INTRODUCCIÓN

Como en toda negociación internacional tendente a la configuración de un instrumento jurídico vinculante, los sujetos de Derecho internacional participantes lo hacen sobre la base de dos actitudes: una de ellas virtualmente positiva u ofensiva, encaminada a la introducción en dicho instrumento de disposiciones que puedan convenir a sus intereses y otra negativa o puramente defensiva, tendente a evitar que puedan introducir-

¹ Diplomático. Consejero jurídico en la Representación Permanente de España ante la U.E.

² Las opiniones reflejadas en este trabajo sólo reflejan el punto de vista del autor y en ningún caso comprometen a la Administración para la que presta sus servicios.

se en el mismo disposiciones que puedan perjudicar sus intereses nacionales o lo que ellos creen que debe ser la evolución futura del desarrollo de dicho instrumento internacional.

Pues bien, la actitud de España durante la Conferencia Intergubernamental (CIG) que alumbró el Tratado de Amsterdam siguió claramente esa pauta: por un lado, nuestro país contribuyó activamente durante las discusiones y mediante la presentación de propuestas a que el nuevo Tratado tuviera una impronta española; por otro, luchó afanosamente para oponerse a propuestas que podrían afectar negativamente los intereses nacionales o perjudicar de alguna manera el concepto de integración evolutiva que tenemos de la Unión y lo que podemos esperar de ella en un futuro.

A diferencia en particular de Francia, que prefería una «agenda corta», el informe del Grupo de Reflexión que precedió la celebración de la CIG y que fue presidido por un español, el entonces Secretario de Estado para las Comunidades Europeas, Sr. Westendorp, conformó una agenda de la CIG cuyos temas coinciden, en una amplísima mayoría, con el resultado final obtenido en Amsterdam.

Podemos decir que el balance global ha sido positivo para España, teniendo en cuenta la idea de que no se esperaba mucho del Tratado de Amsterdam puesto que la CIG tuvo una serie de limitaciones temporales y temáticas que obligaron a actuar con cierta prudencia. El propio Ministro español de Asuntos Exteriores, Sr. Matutes, ha calificado el Tratado de Amsterdam como «la segunda fase de un proceso que comienza en Maastricht», siendo el objeto central de las negociaciones los «flecós» que no se pudieron resolver con dicho Tratado.

Este trabajo no pretende —como no podía ser de otro modo— tratar de forma omnicompreensiva todos los aspectos del Tratado de Amsterdam, que será objeto de manuales^{3,4}, sino dar unas breves pinceladas de la participación y la influencia de nuestro país, que fue importante, durante las negociaciones.

A. ACTUACIONES POSITIVAS

I. El espacio de libertad, seguridad y justicia

Es española la propia idea de «espacio», propuesta, —en un principio sin éxito— en su configuración de «espacio judicial único» en el Conse-

³ V.V.A.A. «España y la negociación del Tratado de Amsterdam». Estudios de Política Exterior. Biblioteca Nueva 1998.

⁴ V.V.A.A. «El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios». Mc. Graw-Hill 1998.

jo Informal de Ministros de Justicia celebrado en San Sebastián en 1989. En Amsterdam se ha acogido finalmente esta idea bajo la denominación, también sugerida por España, de «Espacio de libertad, seguridad y justicia», como objetivo fundamental de la Unión (art. B/2 TUE)⁵.

a. *Libertades fundamentales y no discriminación*

Ya desde el Informe del Grupo de Reflexión, España había apoyado la necesidad de hacer más operativos ciertos principios en materia de derechos fundamentales que, desde el inicio, han formado parte de la Unión. Así, por ejemplo, uno de los logros fundamentales es la introducción de la *cláusula democrática y de su mecanismo sancionador* (arts. F/6 y F.1/7 TUE), que proporcionan las bases para hacer frente jurídicamente a un Estado que, de forma grave y persistente, esté violando el principio democrático o los derechos fundamentales, con el fin de restablecer los principios conculcados y corregir la situación.

Otro ámbito donde la participación española fue importante lo constituyó la *relación entre la Unión y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)*. Nuestro país sostuvo la tesis que fue apoyada por la mayoría y que consistía en reconocer formalmente en el Tratado que corresponde al Tribunal de Justicia comunitario controlar que la Unión y sus instituciones respetan el Convenio mencionado. Tuvo mucha influencia el propio dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, planteado sobre la base del apartado 6.º del art. 228/300 TCE, sobre la posible adhesión de la Comunidad Europea a dicho Convenio, donde, aunque el Tribunal no se pronunció directamente sobre la cuestión de su competencia exclusiva para interpretar y aplicar el Derecho comunitario, sí señaló que la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial en el actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, al implicar la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario.

En la práctica, la solución adoptada en Amsterdam consiste en dotar al Tribunal de competencia para controlar las actuaciones de las Instituciones de la Unión, en materia de derechos humanos, de forma plena en el pilar comunitario; asimismo, en el Tercer pilar, tendrá competencia en los mismos términos en que el Tribunal es competente para conocer de estos asuntos en el marco JAI (*vid.* art. K.7/35 TUE). Supone, por tanto,

⁵ Se mencionarán los artículos de los Tratados de la siguiente manera: «número antiguo del TUE o TCE» / «número actual resultante de la reenumeración efectuada en Amsterdam».

la constitucionalización de las actuaciones y de la interpretación que ya se habían hecho por vía jurisprudencial.

Por otra parte, España presentó, de forma paralela a Austria, Italia, Alemania y Portugal, una propuesta tendente a que una disposición del Tratado proclamara el respeto de la Unión al estatuto constitucional que poseen las *Iglesias y asociaciones religiosas* dentro de cada Estado miembro. Dicha propuesta fue contestada por otras delegaciones y el compromiso se obtuvo en la inclusión de la Declaración n.º 11 aneja al Acta Final del mismo tenor, en la que se añade igualmente el respeto de la Unión por las organizaciones filosóficas y no confesionales.

Nuestro país apoyó ardorosamente la propuesta italiana de incluir en el Tratado la *prohibición de la pena de muerte*, oponiéndose a ello en particular la delegación británica, muy interesada, en cambio, en la protección de los animales. El compromiso se encontró de nuevo en la redacción de la Declaración n.º 1 aneja al Acta Final, por la que se recuerda que una amplia mayoría de los Estados miembros forman parte del Protocolo número 6 del CEDH, dedicado a esta cuestión, y que la pena de muerte ha sido abolida en una mayoría de Estados miembros y no aplicada por ninguno de ellos.

Igual apoyo mereció por nuestra parte la introducción de una *cláusula general de no discriminación* en el art. 6 A /13 TCE que determina los motivos en base a los cuales la discriminación queda prohibida, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad y condicionada a que el Consejo adopte reglas para luchar contra la misma.

Fruto de la aportación española fue igualmente la incorporación de la Declaración n.º 38 aneja al Acta Final mediante la que se reconoce la importante contribución que presta el *voluntariado* al desarrollo de la solidaridad social, debiendo estimularse por la Comunidad la dimensión europea de las organizaciones de voluntariado. No obstante, nuestra idea era más ambiciosa, buscando la inclusión de una verdadera base jurídica en el Tratado, idea que se frustró por la oposición de ciertas delegaciones (Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Holanda) que temían las posibles consecuencias financieras futuras de la propuesta.

b. *Libre circulación de personas*

Generalidades

Esta libertad fundamental comunitaria es objeto de un tratamiento especial en el Tratado de Amsterdam, que la enmarca en el objetivo general del Espacio de libertad, seguridad y justicia, añadiendo un nuevo título en el TCE denominado «Visados, asilo, inmigración y otras políticas

relacionadas con la libre circulación de personas». Coincide este resultado con la apreciación que predominó en la CIG y que resaltaba la incoherencia de la situación actual, en la que las materias que comprende este ámbito se hallan reguladas no sólo en el Pilar comunitario, sino igualmente en el III Pilar, sobre asuntos de Justicia e Interior.

Pronto en la Conferencia se empezó a abrir camino la idea que propugnaba la comunitarización completa de estas políticas, hasta la fecha enmarcadas en el ámbito intergubernamental. Desde el principio destacó la oposición feroz del Reino Unido y Dinamarca. Tanto Francia como España defendieron, basándose en la positiva experiencia de la cooperación reforzada existente en el «espacio Schengen»⁶, la necesidad imperiosa de que la libre circulación de personas fuera de la mano con el reforzamiento de las condiciones de seguridad, a través de la implantación de las pertinentes «medidas de acompañamiento».

Sobre esta base, el nuevo Título III bis/Título IV TCE prevé un plazo determinado para la toma de las medidas necesarias que garanticen la libre circulación de personas, que deberán adoptarse de forma conjunta con «medidas de acompañamiento» en materia de controles de fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia; igualmente se incluyen medidas para regular la cooperación judicial en materia civil y la cooperación administrativa.

Dentro de esta regulación cabría hacer referencia especial a dos temas en los que España hizo especial hincapié. Por un lado, se trata del llamado *reparto de cargas en materia de inmigración*, de especial importancia para Alemania. La posición española era contraria al establecimiento sistemático, obligatorio y matemático de un «reparto de la carga» de la inmigración, pues habría que tener en cuenta no sólo la soberanía de los Estados, sino igualmente la libertad de las personas individuales para fijar su lugar de residencia. El art. 73.K/63.2 TCE recoge el compromiso en esta materia. Por otra parte, España pidió y obtuvo que las *decisiones relativas a los nacionales de países terceros* incluyendo los residentes legales, quedaran sometidas a la regla de la unanimidad.

Regulación especial para el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca

Recordemos la existencia de tres Protocolos en el Tratado de Amsterdam que regulan, respectivamente, la aplicación de determinados aspectos del art. 7 A/14 TCE sobre la libre circulación de personas, exis-

⁶ Sobre la base del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, el Convenio de aplicación del mismo de 19 de junio de 1990 y todo el entramado jurídico constituido sobre los mismos.

tente en el Tratado, al Reino Unido e Irlanda; la autoexclusión de Reino Unido e Irlanda del nuevo Título III bis/IV TCE (visados, asilo, inmigración...); y la no participación de Dinamarca en el nuevo Título mencionado.

El primer Protocolo citado tiene como finalidad fundamental autorizar al Reino Unido e Irlanda a mantener los controles en sus fronteras con otros Estados miembros, a pesar de la existencia del art 7 A/14 TCE, lo que viene a constitucionalizar la interpretación que estos países han defendido siempre. España fue la que propugnó la introducción (art. 3 del Protocolo) de un derecho recíproco de control por parte de los otros Estados miembros con relación a las personas que provinieran de Reino Unido e Irlanda; asimismo se ha extendido dicha reciprocidad al control de las personas procedentes de cualquier territorio cuyas relaciones exteriores asuma el Reino Unido, contemplando expresamente mediante esa redacción a la Colonia de Gibraltar y validando los posibles controles que nuestro país pueda realizar en su frontera o en cualquier punto de entrada en su territorio⁷.

La integración de los Acuerdos de Schengen

España señaló que debería actuarse con extremada prudencia, frente a la tendencia de la Conferencia de integrar estos acuerdos en el marco jurídico e institucional de la Unión. En efecto, hasta la fecha, la puesta en práctica de los mismos había permitido avances sustanciales para los Estados parte en materia de libre circulación de personas y en las llamadas «medidas de acompañamiento» que permiten configurar un espacio homogéneo de seguridad, sobre todo teniendo en cuenta que los objetivos perseguidos en la materia por los distintos países no eran equivalentes. Esto último se vio corroborado en los momentos finales de la negociación de Amsterdam, en los que vieron la luz los Protocolos mencionados de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

Para Francia y España, era coherente que el propio Tratado recordara —lo que efectivamente se produce por medio de la Declaración n.º 14 aneja al Acta Final— que las medidas que pudiera adoptar el Consejo para sustituir a las disposiciones del Acuerdo de Schengen relativas a la supresión de controles en las fronteras comunes, deberían proporcionar como mínimo el mismo nivel de protección y de seguridad que ofrecen

⁷ Se escogió cuidadosamente esta redacción puesto que, como es sabido, España no reconoce como «frontera» a la verja de Gibraltar. A efectos del Convenio de Schengen, se califica como punto habilitado para el control de la frontera exterior. En efecto, para España la frontera debería situarse más al sur ya que el territorio del istmo fue ocupado ilegalmente por el Reino Unido, a lo que España nunca ha prestado su aquiescencia.

las disposiciones de dicho Acuerdo, que para nuestro país reviste una importancia fundamental.

Nuestro país rechazó la posibilidad de que los Estados miembros no integrantes de los Acuerdos de Schengen pudieran acceder, de forma libre, total o parcialmente y en cualquier momento a los mismos, pues esto choca con la noción global que representa el «espacio Schengen» que se basa en el doble principio de la libre circulación y de la seguridad; choca igualmente con el hecho de que la supresión de los controles de las personas en las fronteras interiores de los Estados Schengen implica el funcionamiento efectivo de las medidas compensatorias previstas; y sobre todo con el cumplimiento de una serie de condiciones previas a la adhesión a dicho espacio (sobre control de fronteras exteriores, régimen de separación en aeropuertos, tráfico de drogas, etc.) cuya constatación debe realizarse por unanimidad.

Se sumaba a esta concepción global la necesidad de prever las consecuencias de la posible adhesión del Reino Unido a estos acuerdos en el contencioso de Gibraltar, por lo que nuestro país debía seguir manteniendo la llave de esta negociación. En Amsterdam prevaleció esta tesis y, por consiguiente la necesidad de obtener la unanimidad de los Estados parte para poder participar en todo o parte del acervo de Schengen.⁸

c. La cooperación policial y judicial penal

Estrechamente relacionado con la libre circulación de personas y, en particular, con el establecimiento progresivo de un Espacio de libertad, seguridad y justicia, se encuentran las medidas relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, como el propio Tratado (art.73 I / 61 TCE) se encarga de reconocer, aunque éstas se desarrollen mediante procedimientos de cooperación intergubernamental.

Nuestro país presentó una propuesta tendente a que se precisara que la lucha contra el terrorismo, el tráfico de drogas y las otras formas de criminalidad internacional constituyen objetivos concretos de la Unión en este ámbito. Por otro lado se pretendía que EUROPOL se convirtiera en una verdadera policía europea con carácter operativo. En último lugar, España presentó una propuesta de disposición realmente progresiva que permitiría la cooperación judicial directa entre los jueces de los distintos Estados miembros.

⁸ Reino Unido ya ha señalado públicamente que pretende acceder a ciertas materias del Convenio de Schengen: en particular el Sistema de información de Schengen (SIS), aún sin levantar los controles con relación a las personas que deseen entrar en su territorio procedentes de otro Estado miembro lo que, en sí mismo, contradice la idea de espacio global sin fronteras que se quiere conseguir con los Acuerdos de Schengen.

Los dos primeros objetivos han sido conseguidos plenamente (arts. K.1/29 y K.2/30 TUE). El último no fue aceptado de forma directa, aunque una nueva disposición incluida en el Tratado (art. K.3/31 TUE) sienta las bases para que esta finalidad pueda realizarse mediante una decisión del Consejo.

d. *El asilo político y los ciudadanos de la Unión*

Algunos quisieron ver en la propuesta española sobre la prohibición de la admisión a trámite de demandas de asilo político dentro de la Unión para nacionales de los Estados miembros, el objetivo principal de España en la CIG. Indudablemente fue la cuestión que suscitó la atención preferente de los medios de comunicación nacionales durante el transcurso de la misma, aparte de haber sido objeto de consenso entre las principales fuerzas políticas españolas.

El origen primigenio de la propuesta se encontraba en la controversia que había enfrentado a nuestro país con el Reino de Bélgica por la negativa de éste a conceder la extradición de dos individuos acusados en nuestro país de colaboración con la organización terrorista ETA. No obstante, la base era consustancial con la idea que España había impulsado de ciudadanía europea y que proclamaba que era impensable que en el territorio de la Unión —cuyos miembros deberían, como requisito previo a la pertenencia a la misma, respetar los derechos fundamentales y los principios democráticos—, fuera posible que los ciudadanos europeos pudieran solicitar acogerse al derecho de asilo, cuya razón de ser es consustancial a la existencia de un tipo de regímenes diametralmente distintos al de los Estados de la Unión.

Aunque la propuesta española contó desde el principio con el apoyo específico de Francia y Alemania (carta de los Sres. Chirac y Kohl al Presidente del Consejo europeo de 29 de diciembre de 1996) y con un eco favorable en las conclusiones del Consejo Europeo de Dublín, celebrado en diciembre de 1996, fue no obstante objeto de virulentos ataques por parte de los representantes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), sobre la base de una pretendida incompatibilidad con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951. Los argumentos del ACNUR fueron refutados por un Memorándum del Gobierno español, que llegaba a conclusiones semejantes a las del propio Servicio jurídico del Consejo en el sentido de la compatibilidad de la propuesta española con la propia Convención de Ginebra y con sus fines.

No obstante, la presión del ACNUR hizo mella en muchos países que, unas veces por razones de fondo y otras por razones tácticas —con

la finalidad de conseguir otras ventajas en la negociación aprovechando la importancia que España concedía a la cuestión— mantuvieron su oposición a la propuesta española hasta la ronda final de negociaciones del Tratado de Amsterdam.

Ello hizo que España tuviera que suavizar el tenor original de su propuesta, pero siempre teniendo presente el objetivo que se trataba de preservar, esto es la inadmisibilidad de la tramitación de solicitudes de asilo por parte de los Estados miembros para nacionales de la Unión, salvo en casos muy limitados y tasados. Para nuestro país no era posible aceptar planteamientos propuestos en ciertos momentos de la CIG y que ya se habían probado ineficaces, como el derivado de la propia Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995, relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo, al carecer de valor jurídico o aquél que contaba solucionar la cuestión por la vía de la aceleración del procedimiento de examen de las demandas.

Es cierto que la decisión incorporada a Amsterdam no comporta una prohibición absoluta de la admisión a trámite de las demandas de asilo, como originariamente pretendió la delegación española, pero señala taxativamente las excepciones a este principio que pudieron ser aceptadas por nuestra delegación sin que pusieran en peligro una puesta en práctica razonable del principio mencionado.

Estas excepciones comprenden, en primer lugar, la declaración del estado de excepción o medida equivalente en el Estado cuyo nacional pretende acogerse al asilo y, en segundo lugar, la iniciación del mecanismo sancionador, anteriormente mencionado (art. F.1/7 TUE), que permite la actuación de la Unión contra el Estado que viole de forma clara y persistente el principio democrático o los derechos fundamentales. Las mismas podíamos decir que se encontraban implícitamente incluidas en la propuesta española.

En tercer lugar, se permite que un Estado decida unilateralmente admitir a trámite una demanda, debiendo informar al Consejo, lo que «comunitariza» en cierto modo la cuestión, pues dicho Estado deberá fundamentar plenamente su decisión y explicar las razones de la misma al Consejo; estas cuestiones pueden, en su caso, ser objeto de control por el Tribunal de Justicia comunitario, ya que España ha conseguido que las disposiciones sobre el asilo sean incluidas en el Tratado a través de un Protocolo, que es una norma de Derecho primario. Todo ello sin olvidar la trascendencia política derivada del propio conocimiento y análisis que el Consejo podría hacer de la cuestión.

Igualmente sustenta la tesis española la redacción de la Declaración n.º 49 aneja al Acta Final en la que se constata la necesidad de examinar más detenidamente la cuestión del abuso de los procedimientos de asilo

y la de los procedimientos rápidos apropiados para prescindir de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, con el fin de introducir mejoras para acelerar estos procedimientos.

Podemos concluir por tanto que el resultado de la negociación fue positivo para los intereses españoles y debemos esperar que asimismo lo sea su aplicación en la práctica.

II. Cuestiones institucionales

a. *Parlamento Europeo (PE)*

La posición del PE ha sido considerablemente reforzada en el Tratado de Amsterdam: ampliación del número de asuntos en los que se aplica el procedimiento de codecisión, simplificación de dicho procedimiento y supresión de la tercera lectura con lo que ello conlleva de equiparación con el Consejo; ampliación del número de casos en que se aplica el dictamen conforme; necesidad de aprobación por el PE de la designación del presidente de la Comisión, etc.

Nuestro país fue pionero en la presentación de una propuesta de simplificación del procedimiento de codecisión, que fue en buena parte acogida por la CIG.

Asimismo se adoptó por nuestra parte una posición pragmática, que intentaba hacer el sistema legislativo actual más eficaz, sin introducir en la práctica cambios excesivamente radicales. Se propugnaba la sustitución de los actuales procedimientos de cooperación por codecisión —salvo el caso de la UEM, objeto de un acuerdo tácito de intangibilidad por parte de la CIG—, así como el examen caso por caso de los demás ámbitos en que podría ser aceptada la codecisión. Así, por ejemplo, España se opuso a todo cambio en materia de Fondos Estructurales, que en la actualidad requiere la unanimidad del Consejo y el dictamen conforme del PE (art. 130D/161 TCE). Igualmente se intentó deslindar el debate de la codecisión del debate mayoría cualificada/unanimidad, que para algunos debía seguir caminos paralelos.

b. *El Comité de las regiones*

La base de la propuesta presentada por España en este ámbito —y apoyada por propuestas similares de Bélgica, Alemania y Austria— la constituyó en gran parte la posición de las Comunidades Autónomas españolas expresada, en particular, en enero de 1997 conteniendo, entre otros, los elementos siguientes: legitimación activa del Comité ante el Tribunal de Justicia comunitario para la defensa de sus prerrogativas; po-

tenciación de la legitimidad democrática del Comité, necesitándose poseer un mandato electivo o responder políticamente ante una asamblea para poder ser miembro e incompatibilidad con la de miembro del PE; autonomía administrativa y de organización, deslindándose del Consejo y del Comité Económico y Social; promover la consulta directa por parte del PE y ampliación de las materias objeto de consulta obligatoria al Comité (PAC, transportes, política social, protección de consumidores, cooperación al desarrollo y ciudadanía).

El resultado final recogido en el Tratado de Amsterdam coincide sustancialmente con lo propuesto por nuestro país, aunque se quedaron fuera importantes pretensiones, como la que pretendía dotar al Comité de *ius standi* ante el Tribunal o el requisito de haber sido objeto de mandato electivo o responder políticamente ante una asamblea para poder ser miembro del Comité.

c. Una reforma incompleta: la reponderación de votos y la modificación del número de comisarios

Para muchos, el aplazamiento de la reforma institucional para, en todo caso, llevarla a cabo antes de la próxima ampliación, supuso un fracaso de las negociaciones de Amsterdam, que no dejó ver los notables avances que se han producido en otras áreas.

Para nuestro país era fundamental en este ámbito que la Unión se asegurara una mayor legitimidad en la toma de decisiones. Por ello se tuvo mucho interés por nuestra parte en unir de forma muy estrecha los dos polos de negociación básicos en el ámbito institucional: la reponderación de votos en el Consejo y la reducción del número de comisarios en la Comisión. Era evidente que cualquier hipotética renuncia por nuestro país al *status* de «país grande» dentro de la Comisión debería llevar aparejado la concesión de la condición de «grande» en el marco del Consejo y, consiguientemente, tener un influencia en la reponderación de los votos y traducirse en un aumento proporcional de los que se otorgan a nuestro país.

En este campo hay que destacar que no hubo propuestas escritas sobre la mesa salvo las de la propia Presidencia, cuya actuación tuvo influencia en la falta de resultados.

España, junto con Francia y Reino Unido (Alemania e Italia se mostraron ciertamente «flexibles» en la materia) propugnaron la necesidad de que se efectuara una reponderación de los votos en el Consejo de los cinco países más poblados. Reino Unido y España podrían haber aceptado un sistema de «doble mayoría» (mayoría de votos y de población) siempre que el porcentaje necesario de población para bloquear posibles

decisiones por mayoría cualificada fuera razonable. Para estos dos países tampoco cabía excluir una solución que modificara el umbral de la minoría de bloqueo, en lugar del umbral de mayoría cualificada. Hay que destacar en este ámbito que nuestro país fue el principal impulsor, junto con Reino Unido, del llamado «Compromiso de Ioannina» de marzo de 1994, acuerdo político según el cual, cuando existen 23, 24 ó 25 votos en contra de una propuesta de mayoría cualificada «el Consejo hará todo lo que esté en su poder para llegar, en un plazo razonable ... a una solución satisfactoria que pueda ser adoptada por al menos 68 votos» (esto es, reproducir las condiciones que se daban antes de la última adhesión a la Comunidad que había transformado sustancialmente los equilibrios existentes).

Por otra parte, Francia no aceptaba el sistema de «doble mayoría», puesto que conduciría a cuestionar la «sacrosanta» paridad institucional que desde la creación de las Comunidades había mantenido con Alemania (*vid.* compromiso escrito entre Francia y Alemania cuando se firmó el Tratado de París en 1951 por el que se creaba la CECA). Esta posición francesa también tuvo una responsabilidad importante en el fracaso de las negociaciones, al quebrar la «unidad» de los países grandes.

La Presidencia holandesa, que había llevado la cuestión institucional directamente a la Cumbre de Amsterdam, constató rápidamente en ésta la falta de acuerdo entre los socios y puso sobre la mesa un «Protocolo sobre las Instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea». Ante la flexibilización de las posturas de Francia y Reino Unido, derivadas básicamente de los recientes cambios electorales, nuestro país exigió la inclusión en el Protocolo de una serie de elementos, sin los cuales se vería abocado a vetar la Conferencia y que se resumen de la forma siguiente:

- Clarificar que si los cinco grandes renunciaran a uno de los comisarios, deberían necesariamente ser compensados, ya fuera mediante una nueva reponderación o por la aplicación de un sistema de «doble mayoría».
- Insistir en que debería encontrarse una solución, antes de la entrada en vigor de la primera ampliación, al «caso especial de España», derivado de su doble naturaleza de «país grande» en la Comisión (dos comisarios) y de «país mediano-grande» en el Consejo (ocho votos frente a los diez de los «grandes»), para compensarla en caso de pérdida de uno de los comisarios.
- Prorrogar la vigencia del «Compromiso de Ioannina» mencionado, que perdía su valor en virtud del alumbramiento del propio Tratado de Amsterdam, hasta la entrada en vigor de la primera ampliación.

Las condiciones españolas fueron finalmente aceptadas en Amsterdam (la primera en el Protocolo y la segunda y la tercera a través de la Declaración n.º 50 al Acta Final), lo que permitirá a nuestro país abordar las próximas negociaciones con cierta capacidad de exigencia que nos permita reequilibrar nuestra posición en el entramado institucional.

III. Las cuestiones de seguridad y defensa

Nuestro país participó, junto con Alemania, Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo, en una iniciativa conjunta en materia de seguridad y defensa que pretendía formular una política de defensa común y un plan de integración por etapas de la Unión Europea Occidental (UEO) en la Unión Europea, presentada finalmente como propuesta en la CIG en marzo de 1997. Encontró la oposición virulenta del Reino Unido hasta el último momento acompañado de Dinamarca, Suecia e Irlanda.

El compromiso final bebió en gran parte de la propuesta conjunta (establecimiento progresivo de una política común de defensa que podría conducir a la adopción de una defensa común por unanimidad del Consejo Europeo, proclamar la competencia del Consejo Europeo para establecer orientaciones generales a la UEO y prever acciones que podrían llevar a la integración de la UEO en la Unión Europea). No obstante, matizaba algunos elementos para que pudiera ser aceptado por los países reticentes, eliminando referencias a un plan concreto de integración UE-UEO, haciendo hincapié en las misiones «Petersberg» o de restablecimiento de la paz frente a otros aspectos de la política de defensa común y subrayando el papel específico que corresponde a la UEO en todo ello.⁹

IV. La representación exterior de la Unión

España fue uno de los principales artífices de una modificación sustancial del art. J.9/19 TUE, 2.º párrafo, que obliga a los Estados miembros que asimismo son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, a asegurar, en el desempeño de sus funciones, la defensa de las posiciones e intereses de la Unión. Anteriormente la redacción tenía un tono menos imperativo («se esforzarán (...) por defender...»).

⁹ GARRIGUES J. y ACERETE M., «El camino hacia una seguridad y defensa europeas: la nueva relación entre la UE y la UEO», en *op. cit.* en nota 1.

V. Política social y empleo

La posición española de partida, plasmada en el Dictamen de la Comisión mixta Congreso-Senado para la Unión Europea sobre las «Consecuencias para España de la implicación de la Unión Europea y las reformas institucionales» de 21 de diciembre de 1995, ya se hacía eco «de la necesidad de incorporar la creación de empleo dentro de los objetivos de la Unión Europea», por la propia situación de desempleo que sufre nuestro país.

Por otro lado, el documento del Gobierno de abril de 1996, «Elementos para una posición española en la Conferencia Intergubernamental de 1996», señalaba el interés de integrar asimismo el Protocolo Social en el propio Tratado¹⁰, superando así la fase de Maastricht que lo dejaba aparte de las disposiciones del Tratado —aunque como protocolo tuviera el mismo valor según el art 239/311 TCE— y propiciando una aplicación más efectiva de tales disposiciones. (Hasta ahora sólo habían visto la luz las Directivas sobre creación del Comité de empresa europeo y la de Permiso Parental). Esa integración se ha producido de forma completa en el Tratado de Amsterdam, lo que fue propiciado por la nueva actitud del Reino Unido, a partir de mayo de 1997, de finalizar con el «opting-out» en Política Social. Para España era igualmente fundamental, y así se consiguió, incorporar las dos Declaraciones anexas al Protocolo Social como declaraciones al Tratado (las números 26 y 27 al Acta Final).

Asimismo, España apoyó la introducción en el Tratado de una disposición relativa a la *exclusión social* (art. 118/137 TCE).

El *principio de igualdad entre hombre-mujer* es recogido igualmente en buena parte siguiendo pautas españolas, tanto en los fines generales de la Comunidad como en los medios de los que se dota para alcanzarlos (arts. 2/2 y 3/3 TCE), como mediante la introducción en el propio art. 119/141 TCE de conceptos como «trabajo de igual valor», que completan la igualdad de retribución y la posibilidad de establecer medidas de «discriminación positiva» para facilitar el ejercicio de la actividad laboral al sexo menos representado.

España se opuso con éxito a la introducción de la mayoría cualificada en materia de *seguridad social* (art 51/42 TCE), básicamente motivada por un argumento de tipo financiero: la existencia de diferencias sustanciales en los porcentajes del PNB que los Estados dedican al sistema

¹⁰ No olvidemos que se produjo la autoexclusión del Reino Unido de las disposiciones sociales, lo que motivó que las mismas figuraran en un Protocolo anejo al Tratado CE pero separado de éste.

de protección social, lo que redundaría en la aplicación de distintos niveles de protección. Cabe señalar que la utilización de la unanimidad no ha perjudicado en absoluto la evolución legislativa comunitaria en este ámbito y a la par previene frente a desequilibrios de tipo económico-social que podrían resultar del hecho de que algunos países impusieran su sistema sobre otros. Asimismo es impensable que una Comunidad que tiene un techo presupuestario del 1,27% del PNB de los Estados pueda modificar sustancialmente (y a ello podría llegarse si se utilizara la mayoría cualificada) los regímenes de seguridad social que representan un porcentaje muy alto de los presupuestos generales de los Estados miembros.

Por otro lado, ya señalamos que España apoyó desde el principio la existencia de un *Título específico sobre el empleo* en el nuevo Tratado, pero fundamentado en la coordinación de las estrategias de empleo, iniciada a partir del Consejo Europeo de Essen de 1994. Los desiderata españoles (capacidad del Consejo Europeo para fijar las orientaciones generales para coordinar las políticas de los Estados miembros; clarificación de que las competencias siguen correspondiendo a los Estados; redacción de informes plurianuales e informe conjunto sobre el empleo; creación del Comité del empleo) han sido plenamente recogidos en el resultado final, aunque el mismo ha superado las pretensiones españolas.

Así por ejemplo, España tuvo que hacer concesiones a la conexión de las «orientaciones» (art. 109 Q/128 TCE) y su «compatibilidad» con las orientaciones generales de política económica (España siempre se había opuesto a la contaminación de la UEM con criterios de empleo, así como a la utilización de la mayoría cualificada). La cesión pudo realizarse al no incorporar el Tratado en su versión final —a pesar de lo que pretendían algunos Estados— criterios sancionadores como los que se incorporaron en Maastricht en el ámbito de la UEM. Favoreció igualmente la concesión española el compromiso de que todo «gasto realizado en aplicación del art. 109 R/129 TCE sobre medidas de fomento al empleo, se impute a la categoría 3 de las «Perspectivas financieras»», lo que supone que su financiación no contaminará ni perjudicará los Fondos estructurales, correspondiendo a partidas ordinarias del presupuesto comunitario (Declaración número 24 aneja al Acta Final del Tratado).

En este ámbito convendría mencionar por último una propuesta española que no tuvo eco en la Conferencia, sobre todo por el temor de algunas delegaciones de que produjera aumento del gasto —uno de los principios que dominó la CIG— relativa a la *familia*.

VI. Regiones ultraperiféricas e islas

Conseguir integrar en el Tratado un estatuto permanente para las regiones ultraperiféricas, en particular para las Islas Canarias, fue uno de los objetivos considerados fundamentales y plenamente conseguidos por España en las negociaciones del Tratado de Amsterdam.

La posición de los distintos países con regiones ultraperiféricas (Francia y Portugal además de España, que comprenden los departamentos franceses de Ultramar, las Azores, Madeira y las Canarias) fue presentada, tras una serie de negociaciones entre los Estados interesados, a la CIG como propuesta conjunta a incluir en el art. 227/299 TCE.

Aún con muchas oposiciones, el Tratado incorpora así una disposición que, partiendo de la base de su aplicación a estas regiones, permite posibilidades de derogación expresas en función de las desventajas estructurales de las mismas, derivadas de la ultraperiféricidad. España consiguió su propósito de establecer un procedimiento simple de consulta al PE y de mayoría cualificada para la toma de decisiones por el Consejo en este ámbito.

Por último, cabe señalar la existencia de una declaración propuesta por España sobre las regiones insulares —complemento del añadido al art. 130 A/158 TCE en referencia a las regiones o islas menos favorecidas— que fue aprobada sin cambios (Declaración n.º 30 aneja al Acta Final) y que establecía el reconocimiento de las desventajas estructurales vinculadas al carácter insular y la justificación de tomar medidas en favor de dichas regiones para integrarlas mejor en el mercado interior en condiciones equitativas.

VII. El principio de suficiencia de medios

Logro español fue la incorporación en Maastricht del principio de suficiencia de medios; no obstante, al haber sido incorporado en el art. F/6 TCE, dentro de las Disposiciones Comunes de la Unión Europea, no está sujeto a interpretación del Tribunal de Justicia.

Nuestro país volvió a la carga, esta vez de forma táctica, durante las negociaciones del Tratado de Amsterdam, pretendiendo su inclusión dentro del TCE para hacerlo justiciable. Se utilizó para frenar intentos armonizadores por mayoría cualificada en materias como la seguridad social, puesto que la Unión no dispone de medios suficientes para influir en dichos ámbitos.

No pudo conseguirse el objetivo de judiciabilidad del principio pero su alusión sí sirvió convenientemente a su finalidad instrumental.

B. ACTUACIONES ANTE PROPUESTAS REGRESIVAS PARA LA UE O QUE PERJUDICABAN LOS INTERESES DE ESPAÑA

I. La cooperación reforzada

La Conferencia fue precedida de un intenso debate, incluso anterior al Grupo de Reflexión, sobre la posibilidad de introducir, al amparo de los Tratados, el concepto de flexibilidad en la integración europea y consecuentemente el concepto derivado de cooperación reforzada, entre los Estados que así lo desearan.

Así el debate ve desfilar los términos de «Europa a distintas velocidades», «geometría variable», «Europa a la carta» o incluso de «núcleo duro» todos ellos representando diferentes posibilidades de modular la participación de los Estados miembros en la construcción comunitaria¹¹. Incluso una aplicación práctica de estos conceptos no es ajena a los propios Tratados (el art. 130 K/168 TCE, en materia de investigación, o la propia UEM) o, aún cuando es externa a los mismos, se ve permitida por ellos (el caso de la cooperación reforzada articulada a través de los Acuerdos de Schengen mencionados, sobre la base del antiguo art. K.7 TUE).

El punto de inflexión en la preparación de la CIG —tras los debates del Grupo de Reflexión que alude a la cuestión en su informe final— lo marcó la carta conjunta de los Sres. Chirac y Kohl al Consejo Europeo de Madrid, en diciembre de 1995. La misma presenta la cuestión de la introducción de una cláusula general de habilitación a un grupo de Estados para establecer cooperaciones reforzadas en el marco institucional de la Unión.

Nuestro país, al igual que otros países periféricos (Portugal, Reino Unido, Irlanda, Suecia, Dinamarca, Finlandia y Grecia) tuvieron una reacción inicialmente negativa ante esta propuesta de habilitación general, sustentada en el fundado temor de que pudiera conllevar la constitución de un «núcleo duro» que prejuzgara la futura construcción y desarrollo de la Unión (en nuestro caso vivíamos en un momento en que las condiciones estructurales hacían ver con ciertas reticencias que pudiéramos formar parte de ese núcleo, en particular en el ámbito económico-monetario) o condujeran a una fragmentación de la Unión que rompiera la tan necesaria solidaridad comunitaria. La poca concreción de las propuestas de los países partidarios de esta cooperación provocaba las reticencias de los demás, pues se creía podían esconder una forma de sortear

¹¹ *Vid.* para una explicación detallada de los conceptos y un comentario de los resultados de Amsterdam el artículo de C. BASTARRECHE SAGÜÉS, «Cooperación reforzada» en *op. cit.* en nota 1.

el debate unanimidad/mayoría cualificada o de renacionalizar determinadas políticas comunitarias, al no prosperar, por otro lado, una interpretación partidista y en todo caso errónea de la subsidiariedad, como se verá en el apartado siguiente.

Posteriormente, la estrategia de los países que se oponían se dividió en dos aproximaciones: por una parte, la que pretendía que se aprobara, caso por caso y por unanimidad, cada intento de cooperación reforzada y, por otra, la presentada por España, Portugal, Suecia e Irlanda, que señalaba que debían cumplirse una serie de condiciones previas y excluir una serie de cuestiones de cualquier posible cooperación de este tipo (cohesión económica y social, mercado interior y cuatro libertades, ciudadanía, UEM y políticas comunes).

La solución finalmente consensuada en Amsterdam (art. K.15/43 TUE) ha colmado plenamente las expectativas españolas, excluyendo las competencias exclusivas y la ciudadanía de la Unión; no pudiendo afectar las políticas (parte tercera del TCE, que incluye la UEM, el mercado interior y la cohesión económica y social) ni las acciones o programas comunitarios; respetando plenamente el acervo y no implicando discriminación entre nacionales de la Unión, ni restricciones al comercio o distorsiones de competencia. Asimismo, aunque el desencadenamiento del proceso se produce por mayoría cualificada, todo Estado miembro puede impedir el desarrollo de cooperaciones reforzadas alegando motivos de interés nacional, necesitándose el voto unánime del Consejo en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno (arts. K.12/40 TUE y 5.A/11 TCE para las cooperaciones reforzadas del III y I Pilar respectivamente).

II. La subsidiariedad

El principio de subsidiariedad había sido introducido en el art 3 B/5 TCE por el Tratado de Maastricht y objeto de interpretación en sendas Declaraciones incluidas en las Conclusiones de los Consejos Europeos de Birmingham (octubre 1992) y Edimburgo (diciembre 1992).

Como ha señalado Jacqué¹², el éxito del principio de subsidiariedad en los debates previos a Maastricht se debió a que fue apoyado tanto por los Estados favorables a concepciones federalistas, al ser para ellos un instrumento de construcción de un verdadero sistema federal, como por los que se oponían a esta concepción, al considerarlo un medio de limitar

¹² J.P. JACQUÉ, «Le principe de subsidiarité». Informe elevado al XVI Congreso de la FIDE, celebrado en Roma en 1994.

la creciente interferencia de Bruselas en los ámbitos de actuación de los Estados miembros. Esta doble interpretación contaminó igualmente las discusiones en Amsterdam relativas a este principio.

Alemania, Reino Unido y Austria fueron los países que defendieron más fervientemente la necesidad de desarrollar el concepto de subsidiariedad en Amsterdam, básicamente a través de la redacción de un Protocolo. Nuestro país era prácticamente el único que prefería que dicho desarrollo tuviera valor declarativo, pues habíamos participado muy activamente en el inestable equilibrio que había surgido de Birmingham y Edimburgo y existían fundados temores de que se quisiera utilizar Amsterdam para acabar con el mismo.

Sin ánimo de ser exhaustivos¹³, nuestro país hizo las puntualizaciones siguientes a lo largo de la discusión del Protocolo, de forma que se mantuvieran los equilibrios citados anteriormente:

- Inconveniencia de enumerar las competencias exclusivas de la Comunidad —como pretendía Alemania de forma restrictiva, al aludir a aquellas que excluyen la acción de un Estado miembro—, sustituyendo esta alusión por otra más neutra y de menos difícil elaboración como es la de no poner en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia.
- Necesidad de introducir una referencia al principio de suficiencia de medios, ya incluido en Edimburgo; España consideraba que la falta de alusión al mismo podría interpretarse como una transferencia de la responsabilidad de financiar las políticas de la propia Comunidad a los Estados miembros o, por el contrario, traducirse en una parálisis de la actuación comunitaria por la falta de dotación de recursos.
- Necesidad de aludir al carácter dinámico de la subsidiariedad, en el sentido de poder justificar no sólo la restricción o el abandono de la actividad comunitaria, sino igualmente su ampliación.
- Oposición a la inclusión de criterios como el pretendido por Alemania que, de forma claramente restrictiva, implicaba que la acción de la Comunidad sólo fuera posible cuando, por ejemplo, la acción de los Estados creara obstáculos «importantes» a la competencia en el Mercado Interior.
- Necesidad de que la subsidiariedad represente un criterio que forme parte del examen global de las propuestas de la Comisión, de

¹³ A mayor abundamiento *vid.* las explicaciones sobre las discusiones del Protocolo que se encuentran en el artículo de A. DASTIS, «Subsidiariedad y transparencia en el Tratado de Amsterdam», en *op. cit.* en nota 1.

forma que se excluya cualquier debate previo sobre la cuestión, al que se ha opuesto siempre España.

El resultado fue un Protocolo que incluía prácticamente la totalidad de los elementos de las Declaraciones de Birmingham y Edimburgo, por lo que fue considerado equilibrado por España.

Antes de finalizar este apartado convendría hacer alusión a una cuestión, ciertamente espinosa, que fue objeto de arduas discusiones en la CIG. Nos referimos a la pretensión de Alemania, Austria y Bélgica de incluir una referencia —que no se encontraba en las Declaraciones mencionadas— a que la actuación comunitaria se supeditara a que los objetivos perseguidos no pudieran ser alcanzados de manera eficaz no sólo por los Estados miembros, sino por sus «autoridades regionales y locales». Ello olvida que, en el ámbito comunitario, la expresión «Estados miembros» incluye lógicamente todo el entramado derivado de sus divisiones internas constitucionales, que es aplicado por cada Estado miembro en función del principio comunitario de autonomía institucional y procesal interna. Pondría igualmente en cuestión el principio de responsabilidad única del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario y podría aumentar la litigiosidad ante el Tribunal de Justicia, al poder servir de entrada a la legitimación privilegiada de todas estas entidades, en virtud de la inclusión de una referencia a las mismas en un Protocolo, con rango de Derecho primario, para defender sus competencias no solamente ante la Comunidad, sino igualmente ante su propio Estado miembro; ello conllevaría el riesgo de trasladar a sede comunitaria los conflictos constitucionales de reparto de competencias que existen entre las diferentes entidades de los Estados miembros, algo que indudablemente no se corresponde con un problema que deba solventarse en esta sede.

Razones parecidas utilizó el Gobierno español para explicar, a nivel interno, la ausencia de firma por España de una declaración unilateral auspiciada por los países anteriormente mencionados, al no ver satisfechas sus pretensiones en Amsterdam; a ello se une la certeza de que es un subterfugio utilizado por Estados que son contribuyentes netos para conseguir la renacionalización de ciertas políticas, restringiendo la aplicación del presupuesto comunitario mediante una aplicación torticera del principio de subsidiariedad.

III. El Tribunal de Justicia

Buena parte de las propuestas «regresivas» presentadas en la CIG obedecieron a una motivación inconfesada: el intento de precisar en un sentido favorable a un determinado interés nacional o de contrarrestar

claramente, la interpretación que de algunas disposiciones de los Tratados ha efectuado el Tribunal de Justicia, así como prevenir una futura interpretación jurisprudencial contraria a determinados intereses, como se pondrá de manifiesto en apartados posteriores¹⁴.

Esta tendencia no tuvo como objetivo exclusivo el ámbito material y el contenido de las distintas políticas, sino que, en algunos casos, revistió la forma de modificación directa del estatuto del Tribunal. Convendría recordar en este sentido las propuestas presentadas por el Reino Unido y Francia —que no obtuvieron ningún resultado en la Conferencia, en buena parte por la presión contraria de España— tendentes a limitar el efecto retroactivo de las sentencias del Tribunal, así como de la reparación de daños debidos por un Estado miembro por incumplimiento del Derecho comunitario; a la aplicación de reglas nacionales en cuanto a los plazos de recurso de refiere; y a la modificación de la legislación comunitaria para restablecer la política inicial del Consejo cuando el Tribunal hubiera interpretado el Derecho comunitario de forma diferente.

IV. Los poderes de la Comisión

España se opuso a propuestas, que no prosperaron, tendentes a modificar el *monopolio de iniciativa legislativa de la Comisión*, en materia de comitología —presentada por el Reino Unido— o en el ámbito de la PAC o del estatuto de funcionarios —presentadas por Alemania—.

Por otra parte, también hubo otros intentos de modificar el status actual de la Comisión en los Tratados, especialmente en materia de Política de la Competencia¹⁵, que se resumen en lo siguiente:

—*Servicios de interés económico general*: Se contrarrestó la idea emanada de la Asamblea Nacional francesa que pretendía claramente permitir restricciones a la competencia para este tipo de empresas, limitando los poderes que el art. 90/86 TCE confiere a la Comisión de dirigir a los Estados miembros directivas o decisiones; se consigue así un texto equilibrado del nuevo art. 7 D/16 TCE, que hace más explícito el compromiso de la Comunidad con los objetivos de interés económico general.

En particular, se redactó un Protocolo sobre el servicio público de radiodifusión, también de forma que se reconociera su misión y

¹⁴ Vid. «Los poderes de la Comisión», «La renacionalización de la Política Pesquera Común» y «El Deporte».

¹⁵ A mayor abundamiento vid. J.M. MURIEL, «El debate sobre el desarrollo de otras políticas», en *op. cit.* en nota 1.

la posibilidad de su financiación de manera que no afecte a las condiciones de la competencia comunitaria de forma contraria al interés común. Es necesario señalar que el tratamiento de ambas cuestiones tenía su origen y su estudio fue enmarcado en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en la existencia de procedimientos pendientes ante el mismo.

- La propuesta de creación de una Oficina de la competencia*: La delegación alemana planteó, en mayo de 1996, una propuesta relativa a la creación de tal oficina a nivel europeo, de la que emanarían las decisiones individuales en este ámbito, puesto que pretendía sustraer dicha competencia a una instancia de decisión con vocación política como es la Comisión. En la CIG hubo fuerte resistencia por parte de la mayoría de las delegaciones y lógicamente por la Comisión; nuestra delegación planteó igualmente su oposición a esta propuesta en base a la indefinición del reparto de competencias con la Comisión, la composición y forma de elección de los miembros de la oficina, el procedimiento de adopción de decisiones de la misma y la necesidad de conciliar la atribución de competencias de la oficina con el mantenimiento de las competencias que el Tratado atribuye en la materia a la Comisión.
- Política agrícola común (PAC) y competencia*: España, junto con Portugal, Austria y Francia, se opusieron con éxito a una propuesta del Reino Unido que pretendía alterar la economía del art. 42/36 TCE en materia de ayudas de Estado haciendo que la excepción —derivada de la especificidad de la actividad agrícola, reconocida en el art. 39/33 TCE y sostenida por abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia— ya no fuera la regla, como es el caso actual.

V. El debate unanimidad *versus* mayoría cualificada

La Conferencia siempre tuvo en mente las reformas necesarias para preparar las nuevas adhesiones. Lógicamente una de ellas era la posible ampliación de la mayoría cualificada frente a las decisiones por unanimidad. No obstante a veces este debate responde a esquemas de pensamiento sumamente simplistas ya que la gran mayoría de las unanimidades que se encuentran en el Tratado responden a unos intereses específicos que proteger a nivel nacional, sean éstos económicos, financieros, sociales o técnicos, por lo que si pudieran obviarse los mismos se estaría construyendo la Unión de forma contraria a los intereses de una parte importante de sus ciudadanos y ese no creo que sea el objetivo de la construcción comunitaria. Tampoco es exacta al cien por cien la explicación que siem-

pre se da de que la unanimidad provoca inoperancia e inactividad comunitaria, confundándose probablemente los síntomas con la causas. Tomemos por ejemplo las cuestiones fiscales: responden a intereses muy concretos que hay que defender y la unanimidad no ha sido óbice para que se desarrolle cierta legislación comunitaria al respecto; cuando no se ha desarrollado una legislación no es debido tanto a la necesidad de obtener la unanimidad sino a la falta de un verdadero interés global por hacerlo, ya que las grandes decisiones que han provocado avances sustanciales en la Comunidad han sido tomadas por consenso, esto es cuando había una voluntad real de avanzar.

España formó parte de los países que no estaban a favor de una transformación *per se* y generalizada de la unanimidad en mayoría cualificada, al igual que Reino Unido, Dinamarca y Portugal. A lo largo de la CIG pudo comprobarse que países que aparentemente apoyaban esta transformación sin paliativos —era el caso de Alemania— tenían realmente muchas dificultades a nivel interno para hacerlo. No obstante, España siempre apoyó una aproximación casuística a la cuestión, aceptando dicha transformación cuando se dieran las condiciones objetivas para ello.

Nuestro país hizo hincapié especialmente en mantener las unanimidades que representaban altos costes financieros o podrían constituir un peligro evidente para la estructura económica o social de España, teniendo en cuenta siempre el «principio de suficiencia de medios» o la necesidad de definir muy concretamente el campo de actuación en el que la mayoría cualificada —y por ende la capacidad de minorizarnos— podía jugar. Sobre estas bases se defendieron, con éxito, las unanimidades siguientes:

- Dotaciones, reglas de funcionamiento y objetivos de los Fondos estructurales y del Fondo de Cohesión (art. 130 D/161 TCE).
- Cuestiones de seguridad social y armonizaciones salariales, ya mencionadas anteriormente.
- Los casos en materia medioambiental (gestión de recursos hídricos, ordenación del territorio, estructura y fuentes del suministro energético y fiscalidad medioambiental, art. 130 S/175 TCE), que habían constituido un éxito de España en Maastricht.
- Fiscalidad (art. 99/93 TCE).
- Aprobación de mandatos de negociación para los servicios y propiedad intelectual a nivel internacional sobre la base del art. 113/133 TCE.

Hay que dejar muy claro que la posición española no fue en absoluto de obstrucción, sino que fue explicada y razonada a lo largo de la Confe-

rencia, presentando propuestas de encuadramiento de los artículos cuyo contenido material pretendía desarrollarse por mayoría cualificada.¹⁶

VI. El medio ambiente y el mercado interior

La Conferencia asistió a dos posiciones encontradas en materia medioambiental. Por un lado estaba la posición de los países nórdicos y Austria, apoyados por el Benelux y Alemania en ciertos casos, con una concepción maximalista del medio ambiente, que buscaban consagrarlo como principio superior que primase sobre los propios objetivos específicos de un buen número de políticas comunes. Como apunta Navarro Portera¹⁷ el objetivo derivado era poder exportar sus mayores costes medioambientales y, al mismo tiempo, poder introducir restricciones de acceso a sus mercados originadas por razones medioambientales. En el lado contrario se encontraban los países menos desarrollados de la Unión en esta materia, entre los que se encuentra España, que no querían verse forzados a asumir una concepción de tipo maximalista en este ámbito, con la consiguiente asunción de costes, en algunos casos, innecesarios.

Básicamente, el planteamiento español en la materia fue el siguiente:

—*El concepto de desarrollo sostenible.* Para España era fundamental no ir más allá de los compromisos contraídos por nuestro país en la Cumbre de Río de 1992, consiguiéndose que el Tratado no desligara el objetivo de protección medioambiental, consagrado por el mismo, del crecimiento sostenible y no inflacionista, por lo que podría haber significado en perjuicio de nuestro crecimiento económico en el seno de la Unión.

—*El mercado interior y el art. 100 A/95 TCE.* Nuestro país se opuso firmemente a determinadas tendencias en la Conferencia que pretendían conseguir «manga ancha» para poder introducir ciertas restricciones —basadas en «hipotéticas» razones medioambientales— a la libre circulación de mercancías, que conducirían inevitablemente a la fragmentación del mercado interior. La redacción que se ha dado a este artículo en Amsterdam es, sin embargo, equilibrada, pues introduce un elemento de seguridad jurídica al obligar a la Comisión a pronunciarse en un plazo de seis meses sobre la medida comunicada por un Estado —al término de los cuales el mismo puede adoptar la medida si no ha recibido respuesta—

¹⁶ Vid. a mayor abundamiento el artículo de J. ELORZA CAVENGT, «El Consejo: la ponderación de votos, la mayoría cualificada y mejoras de funcionamiento», en *op. cit.* nota 1.

¹⁷ Vid. M.A. NAVARRO PORTERA, «Medio Ambiente», en *op. cit.* nota 1.

planteando una serie de cautelas a las posibilidades de utilizar estas excepciones por los Estados miembros que dificultarán en grado sumo su utilización de forma que puedan servir para causar una ruptura al mercado interior y, por ende, perjudicar nuestros productos.

—*Oposición a la introducción de la mayoría cualificada en los temas que España consiguió en Maastricht* (art. 130 S/175 TCE, ya mencionado más arriba).

VII. El bienestar de los animales

La CIG asistió igualmente al intento de sustituir la Declaración número 24 del TUE sobre bienestar de los animales, por un instrumento jurídicamente vinculante, básicamente a través de un Protocolo anejo al TCE. Este era el fundamento de las principales propuestas presentadas —británica y austriaca, ya que la alemana era más ambiciosa— que contaron desde el principio con el beneplácito de la gran mayoría de las delegaciones; no así con la aquiescencia de las delegaciones española y francesa.

En efecto, nuestro país intentaba que no se pudiera cuestionar, de ninguna forma, nuestras específicas tradiciones socio-culturales, y, en particular, las corridas de toros, apoyándose en que la actual legislación comunitaria sobre sacrificios de animales (Directiva 93/119) cubría esta excepción. Por su parte, la delegación francesa pretendía que se preservaran diversas prácticas y ritos religiosos.

A pesar de la oposición, muchas veces por cuestiones tácticas, de algunas delegaciones (Alemania, Suecia, Reino Unido e Irlanda) y los diversos intentos de suavizar la excepción, tanto nuestra delegación como la francesa consiguieron su propósito de forma satisfactoria, incluyendo una excepción en el Protocolo que permite el respeto de «*las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional*».

VIII. Salud pública: El régimen general de donaciones y transplantes

En el ámbito de la salud pública y, mediatizada de forma directa por el debate derivado de la llamada «crisis de las vacas locas», se orientó la Conferencia hacia una actitud proclive a una mayor armonización de las políticas de salud pública. Nuestro país apoyó esta idea pero mantuvo

una firme oposición a cualquier posibilidad que produjera una armonización de las disposiciones en materia de órganos y tejidos humanos. Ello era debido a que se arriesgaba el futuro de la prestigiosa Organización Nacional de Transplantes, con una reputación a escala mundial en los niveles de donaciones y trasplantes y en su capacidad organizativa, alejada de toda veleidad o contaminación de tipo comercial, puesto que se basa en el respeto escrupuloso de principios éticos, altruistas y sanitarios en la obtención, donación y trasplante de los órganos.¹⁸

España fue apoyada en esta confrontación por Dinamarca y Francia y no obtuvo ayuda alguna de la Presidencia holandesa, con un interés estrictamente comercial en el asunto, hasta el último momento, cuando fue consciente del interés vital español en la cuestión y de la posibilidad de que el tema llegara abierto a la Cumbre de Amsterdam.

La regulación que se acuerda en Amsterdam (art. 129/152 TCE) para los órganos y sustancias de origen humano, así como la sangre y sus derivados, es parcial, pues se centra exclusivamente en establecer un alto nivel de calidad y seguridad, permitiendo que los Estados mantengan o adopten medidas más estrictas de protección. Igualmente, estas medidas respetarán plenamente las responsabilidades de los Estados en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica y, en ningún caso, podrán afectar a la legislación nacional en materia de donación y utilización médica de órganos y de sangre, con lo que se salvaguardan ampliamente las preocupaciones españolas.

IX. La renacionalización de la política pesquera común

Preferimos esta denominación del fenómeno a la británica de «quota hopping» pues esta última conlleva una concepción peyorativa, no acorde con lo que realmente ocurre, inserto en la dinámica del propio funcionamiento del mercado único: empresas de un Estado miembro registran embarcaciones pesqueras en otro Estado miembro a fin de obtener acceso a las cuotas pesqueras de ese Estado.

Para el Reino Unido, principal impulsor de la cuestión en la CIG ante los «varapalos» que había recibido su legislación por parte del Tribunal de Justicia comunitario¹⁹, la práctica de la cesión de cuotas estaba soca-

¹⁸ *Vid.* a mayor abundamiento R. GIMÉNEZ PERIS, «Salud pública y protección de los consumidores» en *op. cit.* nota 1.

¹⁹ Sentencia «Agegate», de 14.12.89, asunto C-3/87, Repertorio p. 4459; sentencia «Jaderow» de 14.12.89, asunto C-216/87, Repertorio p. 4509; sentencia «Factortame» de 25.7.91, asunto C-221/89, Repertorio p. I-3905; y sentencia «Factortame indemnizaciones» de 5.3.96, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Repertorio p. I-1029.

vando un objetivo fundamental de la política pesquera común, en función de su propia interpretación del concepto de «vínculo económico real» que debía existir entre las embarcaciones que enarbolan el pabellón de un Estado y las comunidades que dependen de la pesca y las industrias afines en ese Estado.

La reacción española se materializó en sendos Memoranda de respuesta a los dos documentos británicos que pretendían que la Conferencia se pronunciara en favor de sus tesis de modificación de los Tratados, a fin de contrarrestar los criterios establecidos por el Tribunal en su jurisprudencia.²⁰ Nuestra posición fue apoyada por Países Bajos, Portugal, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Francia, así como por el Parlamento europeo y la Comisión, al considerar que las propuestas británicas eran contrarias al mercado interior y podían sentar un precedente negativo que derivara en una renacionalización de las políticas.

Aunque el Reino Unido había declarado en repetidas ocasiones que, en ausencia de una solución a este problema, vetaría la Conferencia, la llegada de los laboristas al poder supuso un importante punto de inflexión en la cuestión, puesto que —sin abandonar la cuestión— abandonaron la idea de que en la Conferencia se debía aceptar un Protocolo con las exigencias británicas, por lo que los resultados no fueron en absoluto desfavorables para las tesis españolas.

X. El deporte

Nuestro país reaccionó de forma negativa a cualquier modificación en la CIG de la jurisprudencia «Bosman»²¹, que ratificó la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores a los deportistas de nacionalidad comunitaria y que, a su vez, había provocado un auténtico revulsivo en el mundo del deporte y en el fútbol en particular, que, hasta la fecha, no había sido objeto de influencias comunitarias.

De esta manera se opuso a una «ambiciosa» propuesta de la delegación portuguesa que pretendía la inclusión de un Protocolo sobre el deporte, por su posible incidencia negativa en la jurisprudencia mencionada, lo que fue ratificado por el Servicio jurídico del Consejo.

No obstante, España sí apoyó decididamente otras propuestas, como la alemana, de inclusión de una Declaración en el Acta final de la Conferencia, que, en la versión acordada en Amsterdam, reconoce la importan-

²⁰ Para abundar en los argumentos de las partes y en la propia posición española *vid.* J.M. MURIEL, «El debate sobre el desarrollo de otras políticas», en *op. cit.* nota 1.

²¹ Sentencia de 15.12.95, asunto C-415/93, Repertorio p. I-4921.

cia social del deporte y la necesidad de escuchar a las asociaciones deportivas cuando se traten cuestiones importantes que afecten al deporte (*Vid.* Declaración número 29 aneja al Acta Final).

XI. La simplificación y la consolidación de los Tratados

La Conferencia también se dedicó a una tarea que venía siendo necesaria desde hacía tiempo, pues se habían sucedido múltiples reformas a los Tratados que habían producido un cierto «galimatías» jurídico que dificultaba de forma seria la comprensión de sus disposiciones, al coexistir disposiciones claramente obsoletas con disposiciones que conservaban todo su valor, ello incluso dentro del mismo precepto.

Aunque se trabajó de forma exhaustiva al respecto, el intento de lograr una posible fusión de los Tratados existentes no obtuvo el consenso de los Estados, pues para algunos miembros no podía conseguirse sin alterar su contenido o, en todo caso, el delicado equilibrio existente en la actualidad. En cambio sí se ha podido realizar una simplificación de los Tratados, mediante la cual se pretende derogar y suprimir disposiciones caducas y adaptar determinadas disposiciones, sin modificarlas sustancialmente, para acomodarlas a la supresión de ciertas fechas o menciones obsoletas y en ningún caso afectar el acervo comunitario. Esta operación, unida a las propias modificaciones e introducciones sustantivas realizadas por Amsterdam, han posibilitado una reenumeración en el propio TUE y en el TCE.

La delegación española participó activamente en los distintos foros en que se prepararon estos trabajos. Citaremos, sin ánimo de ser exhaustivos ciertas cuestiones que preocuparon desde el principio a nuestra delegación y que pudieron ser resueltas satisfactoriamente:

- El mantenimiento del principio de preferencia comunitaria en la PAC.* Es un principio que puede extraerse, aunque no sea denominado como tal, del propio artículo inicial de la PAC, el art. 39/33 TCE, entre otros. Al ser «la preferencia natural entre los Estados miembros» la única alusión que recuerda dicho principio y encontrarse en un precepto que debía ser suprimido por obsoleto, el art. 44 TCE, se obtuvo la Declaración n.º 14 de la Conferencia con el tenor siguiente: «*la derogación de este artículo, que contiene una referencia a la preferencia natural entre los Estados miembros en el marco de la fijación de los precios mínimos durante el período transitorio, no tiene ninguna incidencia sobre el principio de preferencia comunitaria tal como se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*».

- El mantenimiento del tenor actual del art. 43/37 TCE con referencia a la Conferencia de Stressa celebrada en 1958.* Dicha Conferencia contiene los postulados de la PAC, que todavía no ha sido desarrollada en su totalidad, por lo que, a juicio de nuestra delegación, todavía la Comisión se encuentra obligada a basarse en los mismos a la hora de formular propuestas al Consejo. La no supresión ni actualización de esta disposición es fruto de un compromiso entre los partidarios de no hacer referencia a Stressa y, por tanto, poder reformar la PAC de forma totalmente ajena a los presupuestos de dicha Conferencia, y países capitaneados por el nuestro, que pretendían reafirmar claramente la validez de sus principios.
- La inclusión en los artículos de los Tratados referentes al PE de ciertas disposiciones contenidas en el Acta relativa a la elección de representantes del PE.* Para España era fundamental preservar la situación actual de aplicación territorial diferenciada, ya que el Anexo II de dicha Acta especifica que el Reino Unido aplicará estas disposiciones únicamente a su territorio, excluyendo su aplicación a Gibraltar. Para ello se detalla que la incorporación a los Tratados de disposiciones contenidas en dicha Acta, no comporta la menor modificación de fondo ni del contenido de los artículos ni del Anexo II del Acta, cuya aplicación se mantiene (art. 6, apartado 65, art. 7, apartado 6 y art. 8, apartado 9 del Tratado de Amsterdam).

Bruselas, 17 de abril de 1999

Las reformas introducidas en el sistema judicial comunitario por el Tratado de Amsterdam¹

José Palacio González

Administrador de la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas²
Profesor de Contencioso comunitario del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS MODIFICACIONES AL TRATADO CE.—III. LA JUDICIALIZACIÓN DEL TERCER PILAR.—IV. DISPOSICIONES ESPECIALES.—REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

El art. N del Tratado de Maastricht previó la convocatoria en 1996 de una conferencia intergubernamental encargada de examinar, «de conformidad con los objetivos establecidos en los artículos A y B de las disposiciones comunes, las disposiciones del presente Tratado para las que se prevea una modificación». Fijar a tan breve plazo la revisión de un texto que había revisado muy sensiblemente el paisaje institucional del sistema comunitario (vg: creación de la Unión Europea, establecimiento de la Unión Económica y Monetaria, incremento del protagonismo legislativo del Parlamento Europeo, la inclusión como Derecho de la Unión de dos pilares extracomunitarios) podía antojarse un gesto precipitado, abocado a resultados poco brillantes. Si nos atenemos al mandato de dicha conferencia, de entre los objetivos contemplados en el art. B cabe resaltar la afirmación de una política común exterior y de seguridad, la creación de una ciudadanía de la Unión y el desarrollo de la cooperación en los ámbitos de Justicia e interior. Pues bien, fiel a dicho mandato, éstas son las materias en las que se ha centrado y en las que ha dado sus mejores fru-

¹ Al objeto de agilizar la exposición y facilitar la lectura del presente trabajo se ha prescindido en su redacción de los «cuadros de equivalencias contemplados en el artículo 12 del Tratado de Amsterdam», que figuran como anexo a este último. Por consiguiente, las disposiciones, Títulos y secciones en él citadas respetan la numeración original de los Tratados de Roma y de la Unión, de conformidad con las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam.

² Las opiniones vertidas en estas páginas reflejan únicamente la opinión del autor.

tos la Conferencia convocada en 1996; y, sin embargo, no cabe afirmar que en ellas los logros hayan supuesto un avance significativo en el proceso de integración³.

Cuatro son las principales innovaciones del Tratado de Amsterdam:

- Eleva la codecisión al rango de procedimiento legislativo ordinario.
- La comunitarización de las competencias de carácter administrativo del tercer pilar de Maastricht, mediante la inclusión en el Tratado CE de un Título III bis intitulado «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». De esta manera, el ámbito del antiguo tercer pilar queda reducido a un Título VI bis del Tratado de la Unión, consagrado a la cooperación judicial y policial en materia penal, previéndose en el art. K 14 una vía de comunitarización de las disposiciones de desarrollo de este pilar.
- La transformación, bien en Derecho de la Unión, bien en Derecho estrictamente comunitario, del acervo de Schengen (art. 2,1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea), con lo que el bloque de legalidad derivado del Tratado del mismo nombre abandona el terreno del Derecho internacional de la cooperación paracomunitaria.
- La previsión, mediante el mecanismo de las cooperaciones reforzadas (Título VI bis del Tratado de la Unión y art. 5 A del Tratado CE), de vías que permitan a aquellos Estados miembros deseosos de avanzar en determinados aspectos del proceso comunitario de integración, de establecer los cauces necesarios a tal efecto, sin que ese plus de voluntad integradora pueda verse lastrado por otras actitudes más reticentes.

Es preciso decir, no obstante, que, por lo que respecta a los tres últimos apartados, la cantidad de excepciones contempladas en su regulación, así como la extrema complejidad de su sistemática expositiva, hacen que el conjunto de disposiciones que los desarrollan no constituyan precisamente un ejercicio de acercamiento del ordenamiento comunitario al ciudadano europeo. Por otro lado, esas mismas condiciones y excepciones reducen considerablemente la efectividad de los avances logrados a través de este complejísimo entramado normativo⁴.

³ Véase J. V. LOUIS: «Le Traité d'Amsterdam: une occasion perdue?». *Revue du Marché Unique Européen* 2/1997; p. 5.

⁴ Para una perspectiva crítica de las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam en el ámbito del tercer pilar y en materia de cooperación reforzada, véase JORG MONAR: «Justice and home affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the price of a fragmentation» (*European Law Review*. Volume 23. 1998, p. 320) y Araceli MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam» (Comunidad Europea. Aranzadi. Octubre de 1998, p. 27).

Si el principal objetivo del Acta Unica fue la creación de un mercado interior y el del Tratado de Maastricht el establecimiento de una Unión Económica y Monetaria, el Tratado de Amsterdam debía conducir, a modo de colofón de estos logros estructurales, a un fortalecimiento de la superestructura política del sistema institucional de la Unión, y, más en concreto, a una redefinición del propio espacio comunitario en clave de ciudadanía europea. La manifestación más clara de esta lógica de crecimiento en el Tratado de Amsterdam ha sido la introducción del concepto de espacio de libertad, seguridad y Justicia, un concepto que se repite con cierta profusión en dicho texto (arts. B,1 tercer guión, K 1, K 12 b) y 73 I) y al que se pretende dotar de una función redescubridora de la Unión⁵. Y, sin embargo, este mismo concepto, con un mayor nivel de voluntad política, hubiese ya podido considerarse implícito en el art. 8 A, 2 del Tratado de Roma, en su versión anterior al Tratado de Maastricht.

En todo caso, a pesar de las condiciones y las excepciones, de la extrema dificultad de los mecanismos previstos y de la dificultosa lectura de sus disposiciones⁶, el Tratado de Amsterdam supone un paso suplementario, aunque limitado y en cierta medida decepcionante, en el proceso de integración. De esta manera y con independencia de que los nuevos ámbitos comunitarios de actuación se debatan en una dificultosa relación dialéctica entre los avances ciertos y unas dosis más o menos apreciables de cosmética jurídica, de lo que no cabe duda es que el Tratado de Amsterdam ha modificado significativamente el paisaje institucional de la Unión. Buena prueba de ello son las modificaciones introducidas en el sistema judicial comunitario.

II. LAS MODIFICACIONES AL TRATADO CE

1. La sección cuarta del Capítulo I del Título I del Tratado de Roma

1.1. *El Tribunal de Justicia como institución comunitaria: propuestas de reforma*

Ya desde antes de concluirse la Conferencia negociadora del Tratado de Maastricht, la doctrina había comenzado a plantearse las vías posibles de reforma de la jurisdicción comunitaria, con el triple objetivo de refor-

⁵ Véase, en este sentido A. VALLE GÁLVEZ: «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 3. 1998, p. 48.

⁶ J. V. LOUIS (*op. cit.* p. 10) se refiere, en particular, al nuevo Título VI como «la plus claire violation de l'objectif de simplification des Traités, assigné à la Conférence».

zar el estatus del Tribunal de Justicia (en adelante TJ) de las Comunidades Europeas como institución comunitaria, de potenciar su productividad y de prevenir los desarreglos en los mecanismos decisorios que pudieran derivarse de las sucesivas ampliaciones de la Unión⁷.

Los trabajos preparatorios del Tratado de Amsterdam no han sido ajenos a este estado de opinión. De esta manera, a lo largo de la misma han desfilado, no estando incluso lejos de ser aceptadas, distintas propuestas que habrían podido alterar drásticamente el actual organigrama y hasta la posición institucional de la Jurisdicción comunitaria. Tal son, en concreto, el caso de la creación de tribunales regionales o especializados en ámbitos concretos del Derecho comunitario, situándose eventualmente el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante TPI) como tribunal de apelación de las resoluciones de estos últimos, del abandono de la paridad entre el número de Jueces y el de Estados miembros, de la modificación del sistema de composición en Salas del TJ, de la fijación de mandatos más amplios no renovables, de la intervención del Parlamento Europeo en la designación de los Jueces y Abogados Generales, de la participación de estos últimos en la elección del Presidente del TJ y de la posibilidad de desligar la modificación de los reglamentos de procedimiento del TJ y del TPI, e incluso de determinadas secciones del Estatuto del Tribunal de Justicia CE, del voto unánime del Consejo⁸.

Algunas de estas propuestas merecen una atención particular. En su informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (Luxemburgo, mayo de 1995), el TJ se había mostrado favorable, en principio, a la constitución de tribunales especializados, en la medida en que un mayor grado de integración provocase un incremento del contencioso comunitario. En todo caso, la función armonizadora de los criterios de aplicación de la normativa comunitaria seguiría estando garantizada por la intervención en última instancia del TJ, con o sin

⁷ Véase J. P. JACQUÉ y J. H. H. WEILER: «On the road to European Union; a new judicial architecture; an agenda for the Intergovernmental Conference» (*Common Market Law Review*, 27, 1990, p. 185), A. BZDERA: «L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de Justice de la Communauté européenne» (*Revue du marché commun*, n. 356, 1992, p. 240), J. KARL: «Actuelle Überlegungen zur Reform der EG-Gerichtsbarkeit» (*Recht des Internationalen Wirtschaft*, n. 9, 1991, p. 745), J. MISCHO: «Un rôle nouveau pour la Cour de Justice?» (*Revue du Marché Commun*, n. 342, 1990, p. 681) y T. KOOPMANS: «The future of the Court of Justice of the European Communities» (*Yearbook of European Law*, 1991, p. 24).

⁸ Para una exposición somera de los principales temas de debate sobre la reforma de la Jurisdicción comunitaria durante la Conferencia intergubernamental, véase N. STOFFEL VALLOTON: «El Tribunal de Justicia», en: *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (Vol. I, pp. 503 y siguientes). Obra colectiva dirigida por M. OREJA AGUIRRE. McGraw-Hill. Madrid. 1998.

sistema de filtrado de asuntos⁹. Esta propuesta fue abiertamente rechazada por el TPI en su contribución con vistas a la Conferencia intergubernamental de 1996 (Luxemburgo, mayo de 1995), en lo que algún autor ha querido ver una cerrazón alentada por la defensa de las prerrogativas propias de este Tribunal¹⁰. Es preciso plantearse, no obstante, si las mejoras en el funcionamiento del sistema judicial comunitario que eventualmente se derivarían de la creación de dichos tribunales especializados no podrían lograrse igualmente, con un menor coste financiero y sin la multiplicación de estructuras burocráticas, con un incremento sustancial del número de Jueces del TPI y el correlativo aumento del número de Salas.

Por lo que respecta a la propuesta de creación de Tribunales regionales, cabe decir que la misma encaja con cierta dificultad en un modelo europeo de federalismo que, contrariamente al americano, se basa, no en el establecimiento de redes paralelas de órganos federales y estatales, sino en el principio del federalismo de ejecución¹¹.

Por su parte, la elevación del mandato de los miembros de la Jurisdicción comunitaria de los seis años actualmente previstos hasta nueve o doce, no renovables, tendría varios efectos sumamente beneficiosos. En primer lugar, reforzaría la continuidad y, por ello mismo, el potencial de desarrollo de la jurisprudencia. En segundo lugar, liberaría a los miembros de la presión que objetivamente se deriva de la renovabilidad de su mandato. Por último, una reforma en este sentido facilitaría el reconocimiento a los Jueces de la posibilidad de emitir votos particulares, algo que necesariamente redundaría en una mayor claridad y en una mejor hilazón expositiva de unas resoluciones en las que a veces deja una huella demasiado evidente el esfuerzo por consensuar posturas alejadas.

Particularmente significativo se antoja el rechazo de los redactores del Tratado de Amsterdam a reconocer al TPI y al TJ un mayor margen de maniobra en la elaboración de sus propias reglas procedimentales, liberándoles de la necesidad de recabar el voto unánime del Consejo para proceder a una reforma de sus respectivos reglamentos de procedimiento o de las partes más estrictamente procesales del Estatuto del TJ. El temor, hasta cierto punto comprensible, de algunas delegaciones de que un desarrollo del derecho procesal comunitario que escapara a su control pudiera conducir a un bloque normativo cada vez más uniformizado en torno a determinadas culturas jurídicas, se ve compensado por la presen-

⁹ Véanse T. KENNEDY: «Firsts steps towards a European certiorary?» (*European Law review*, 18, 1993, p. 121), T. KOOPMANS: «The future of ...» (*op. cit.*) y U. EVERLING: «L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne» (en *La réforme du système juridictionnel communautaire*. Edition de l'Université Libre de Bruxelles. 1994, p. 19).

¹⁰ DELLIS (1995), citado por N. STOFFEL VALLOTON: *op. cit.*

¹¹ U. EVERLING: *op. cit.*, p. 29.

cia en los tribunales comunitarios de representantes de todas los sistemas jurídicos integrados en la Comunidad. Buena prueba de las dificultades que el filtro de la unanimidad plantea a la Jurisdicción comunitaria para dotarse de un utillaje jurídico capaz de hacer frente a un aumento exponencial de su carga de trabajo, lo constituye el largo peregrinaje del TPI ante el COREPER, apenas concluido¹², a la búsqueda de un consenso institucional que ha acabado introduciendo la figura del Juez único, como formación competente para conocer de determinados asuntos.

Es preciso mencionar igualmente la negativa de los negociadores del Tratado a acceder al deseo, expresado por el TPI en su contribución arriba mencionada a los debates de la Conferencia, de que se modificasen los arts. 4 y 168 A del Tratado CE, en el sentido de propiciar una «inserción apropiada» de dicho Tribunal en el texto del Tratado, más acorde con la transcendencia de sus atribuciones jurisdiccionales, colmando en particular la laguna que, a este respecto, supone su no mención expresa en el art. 4.

Lo que, en todo caso, sí es preciso resaltar en el haber de la Conferencia intergubernamental, es la no inclusión en el texto definitivo del Tratado de determinadas propuestas que, como la británica consistente en dotar al Consejo de la posibilidad de revisar determinadas sentencias o desarrollos jurisprudenciales, habrían supuesto un duro golpe para la consistencia jurídica del proceso de integración. Y es que, como ha señalado algún autor¹³, si el Tratado de Amsterdam puede considerarse como globalmente satisfactorio, ello se debe más a lo que, habiendo sido discutido, no llegó a incluirse en su articulado, que a unos resultados que, por lo general, pueden calificarse de modestos.

1.2. *El estatus procesal del Tribunal de Cuentas*

Contrariamente al Tratado de Maastricht, el de Amsterdam ha modificado un único artículo de la sección del Tratado de Roma expresamente consagrada al TJ. Aquel Tratado introdujo, en efecto, cambios de relevancia incuestionable en el contencioso comunitario. Entre otras modifi-

¹² Véase la nueva redacción de los artículos 11, 14, 51, 118, 124, 127 y 129 del reglamento de procedimiento del TPI, adoptada con base en la Decisión 1999/291/CE, CECA, Euratom del Consejo, de 26 de abril de 1999, que modifica la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom, por la que se crea el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, al objeto de permitir a dicho Tribunal dictar resoluciones actuando como órgano unipersonal (DOCE L 114, de 1 de mayo de 1999; p. 52).

¹³ S. MARTÍNEZ LAGE: «El Tratado de Amsterdam y las reglas de la competencia» (*Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*. Boletín-125. Julio/Agosto 1997).

caciones, se reconoció legitimación activa al Banco Central Europeo y al Parlamento Europeo en sede de anulación para la defensa de sus prerrogativas propias, se dotó de un mayor margen de autonomía al TJ en la atribución de asuntos a formaciones distintas del pleno (art. 165,3), se instituyó un procedimiento de garantía de ejecución de las sentencias declarativas de incumplimiento (art. 171); y se incrementó el ámbito de competencias potencialmente transferibles al TPI, previéndose como única vía procedimental excluida de traspaso la remisión prejudicial.

Frente a esta ambición reformadora, el Tratado de Amsterdam se ha limitado a incluir al Tribunal de Cuentas entre los recurrentes semiprivilegiados en sede de anulación. Esta reforma debe contemplarse como la consecuencia lógica del reforzamiento del papel institucional de esta institución, gracias al nuevo tenor del art. 188 C.

Cabe destacar, por último, el hecho de que el Parlamento europeo, cuyo protagonismo institucional aumenta significativamente con la generalización del procedimiento legislativo de codecisión, no vea igualmente mejorado su estatus contencioso con una elevación al rango de los recurrentes privilegiados en sede anulatoria.

2. La comunitarización parcial del tercer pilar de Maastricht

2.1. Sentido y alcance de la reforma

El Tratado de Amsterdam ha incluido un nuevo Título III bis («Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas») dentro de la Parte Tercera del Tratado CE, consagrada a las «Políticas de la Comunidad». En virtud de dicho Título, se desgaja del tercer pilar de Maastricht y se *comunitariza* un conjunto específico de competencias potencialmente definidoras de una especie de régimen federal de extranjería comunitaria¹⁴, que habrá de perfilarse mediante la realización de los objetivos y la adopción de las medidas contempladas en las letras I, J y K del art. 73. Estas disposiciones configuran un ámbito de actuación civil y administrativo especialmente centrado en el control del acceso de nacionales de terceros Estados al territorio de la Unión y la determinación de sus condiciones de movilidad dentro del mismo; aunque también los nacionales comunitarios figuran entre los beneficiarios del nuevo Título, a través de la adopción de determinadas medidas garantizadoras de la libertad de circulación consagrada por el art. 7 A (arts. 73 I,a) y 73 J,1).

¹⁴ INFORME DEL GRUPO DE REFLEXIÓN. Citado por A. VALLE GÁLVEZ: *Op. cit.* nota n. 27.

Por consiguiente, el referido Título III bis constituye un desarrollo específico del concepto de mercado sin fronteras interiores, en su faceta aplicable a las personas y en clave de espacio de libertad, seguridad y Justicia. En este sentido, dicho Título supone una redefinición del ámbito de aplicación del art. 7 A, aunque no necesariamente un avance respecto a la situación anterior. Por un lado, la previsión expresa por el constituyente comunitario de medidas de desarrollo del art. 7 A (art. 8 A en la versión anterior al Tratado de Maastricht) relativiza objetivamente la relevancia jurídica del plazo fijado en su apartado primero, cancelando también con carácter definitivo el debate acerca del eventual efecto directo de dicha disposición¹⁵. Por otro lado, los Protocolos sobre la posición de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda, anexos al Tratado de Amsterdam, admiten que tres Estados miembros puedan situarse al margen del desarrollo del derecho comunitario en un ámbito tan sensible al proceso de integración como la libre circulación de personas.

Cable concluir afirmando que el Título objeto de este apartado lleva en sí mismo el sello del compromiso político entre una lectura restrictiva del art. 7 A y una voluntad de establecer un sistema cuasifederal de control del libre tráfico de personas, que choca contra las limitaciones de un entramado institucional con algunos, aunque aún escasos, tintes federalistas.

2.2. *El art. 73 P*

El Tratado de Amsterdam contempla dos especialidades procesales exclusivamente aplicables al ámbito del Título III bis. La primera de ellas (art. 73 P,1 y 2) introduce dos correctivos en la aplicación a dicho Título del art. 177 del Tratado CE. El primero de ellos afecta a los potenciales remitentes en sede prejudicial y consiste en limitar a los tribunales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional de Derecho interno la legitimación para plantear cuestiones prejudiciales. De esta manera, mientras dichos órganos seguirán estando obligados a actuar la vía prejudicial cuando, en el camino hacia la resolución de un litigio, se interponga una duda acerca de la correcta interpretación de alguna de las normas integradas en el Título III bis o de sus disposiciones de desarrollo, o de la validez de estas últimas; por el contrario, aquellos tribunales cuyas resoluciones sean recurribles pierden toda facultad de iniciativa en sede prejudicial.

¹⁵ Para una opinión favorable a este efecto directo, véase A. MATTERA: «Un espace sans frontières intérieures: le défi de l'Europe 1993» (Editorial de la Revue du Marché Unique Européen, n. 1/92).

El segundo correctivo afecta a la propia competencia del TJ, excluyendo de la misma «las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 73 J relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior», concepto éste que necesariamente deberá ser objeto de una interpretación restrictiva: en primer lugar, por constituir una excepción al régimen competencial del TJ, y, en segundo lugar, porque una interpretación amplia del mismo privaría al sistema de control de legalidad así establecido de una gran parte de su efectividad.

Con la salvedad de estos dos correctivos el régimen general del art. 177 del Tratado CE sigue siendo aplicable al Título III bis; lo que equivale a decir que la interpretación que en esta sede han recibido conceptos tales como órgano jurisdiccional, recurso judicial de Derecho interno, pertinencia o supuestos de dispensa del planteamiento de la propia cuestión prejudicial, o la jurisprudencia desarrollada en relación con las modalidades correctas de planteamiento de ésta o con las facultades reconocidas al juez *a quo* en vía cautelar, son trasladables en su práctica totalidad al nuevo Título. Y decimos en su práctica totalidad, y no totalmente, porque un elemento fundamental para la aplicación uniforme del Derecho comunitario y la homogeneidad del sistema de recursos instituido por el Tratado CE no va a poder mantenerse en el ámbito del Título III bis. Nos estamos refiriendo a esa doctrina jurisprudencial que niega a los tribunales cuyas resoluciones sean recurribles la competencia para inaplicar una disposición comunitaria, sin plantear previamente una cuestión prejudicial¹⁶. Como veremos más adelante, el Tratado de Amsterdam ha previsto en el tercer apartado del art. 73 P un recurso en interés de ley, precisamente con el objetivo de paliar el déficit de uniformidad y orientaciones en la aplicación y desarrollo del Título III bis que habrá de derivarse de este régimen prejudicial específico¹⁷.

Es de esperar que éste sea uno de los aspectos del Título III bis que conciten la atención del Consejo, de cara a la reforma prevista en el art. 73 O,2. Hay que mencionar, no obstante, el hecho de que, durante la Conferencia intergubernamental, la atención de las delegaciones se centró en las posibilidades del referido recurso en interés de ley, hasta el punto de que el mecanismo prejudicial del art. 73 P,1 estuvo a punto de no ver la luz. En todo caso, y en aras de paliar los efectos negativos que, para la aplicación uniforme del Derecho comunitario, habrán de derivar-

¹⁶ Véase la sentencia dictada en el asunto 314/85 FOTO-FROST (Rec. 1987; p. 4199).

¹⁷ Véase, en este sentido, L. N. GONZÁLEZ ALONSO: «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 4. 1998; p. 524. Para este autor, «la limitación del acceso al Tribunal de Justicia también supone en determinados ámbitos un retroceso respecto al régimen de garantías ya vigente en la actualidad» (p. 521).

se de la imposibilidad de aplicar la doctrina Foto-frost¹⁸ por aquellos tribunales cuyas resoluciones sean impugnables, cabría considerar, a título de hipótesis, que cuando uno de estos tribunales falle en contra de la legalidad de una disposición de desarrollo del Título III bis, el Ministerio Público, en virtud de una habilitación específicamente comunitaria basada en el art. 5 del Tratado CE, estará facultado para, e incluso obligado a, interponer los recursos necesarios hasta conseguir la reforma del fallo, o bien alcanzar un nivel jurisdiccional que permita, ya ante un tribunal de última instancia, plantear la correspondiente cuestión prejudicial.

Mención aparte merece la exclusión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca de la vía prejudicial especial del art. 73 P.1, como consecuencia de la no aplicación a dichos Estados del Título III bis, ni de sus normas de desarrollo (art. 2 de los Protocolos respectivos sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, por un lado, y de Dinamarca, por otro lado); lo que implica que las decisiones que pueda adoptar el TJ en este ámbito no serán vinculantes para aquéllos¹⁹. Los arts. 8 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda y 7 del correspondiente a la posición de Dinamarca prevén la posibilidad de que estos dos últimos Estados manifiesten su intención de no seguir acogiéndose a sus respectivos Protocolos, en cuyo caso, el Título III bis, incluido su art. 73 P, les será plenamente aplicable.

Esta última posibilidad no se prevé, sin embargo, para el Reino Unido. Lo que sí prevé el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda es que estos dos Estados acepten medidas concretas de desarrollo del Título III bis o participen en la adopción y aplicación de las mismas (arts. 4 y 5). En tal caso, las sentencias prejudiciales que, con base en el art. 73 P.1, afecten a dichas medidas, vincularán igualmente a los tribunales británicos e irlandeses. Así se desprende del art. 6 del Protocolo, que menciona expresamente al art. 73 P entre las «corrientes disposiciones del Tratado» aplicables a aquellas medidas que, con base en los arts. 3 y 4 del mismo texto, acaben vinculando al Reino Unido e Irlanda. Por otra parte, su art. 2 contempla como excepción al régimen general de exclusión del ámbito de aplicación del Título III bis, lo dispuesto en sus arts. 3 y 4, apenas mencionados.

¹⁸ *Vid.* nota n. 14.

¹⁹ Los referidos arts. 2 de ambos Protocolos disponen a este respecto que ninguna resolución del TJ «interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas será vinculante ni aplicable a (Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda); ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones será vinculante ni aplicable a (dichos Estados); ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones afectará en modo alguno a (sus) competencias, derechos u obligaciones y ninguna de tales disposiciones afectará al acervo comunitario ni formará parte del Derecho comunitario, tal y como éstos se aplican en (aquéllos)».

El Protocolo sobre la posición de Dinamarca no recoge disposiciones de este cariz, no admitiéndose, por lo tanto, excepciones a la no vinculación al Título III bis. Por consiguiente, el art. 73 P sólo sería aplicable a los tribunales daneses, en la medida en que Dinamarca renunciara «a hacer uso» del Protocolo, en aplicación de lo dispuesto en su art. 7.

Un problema particular plantean aquellos Convenios del tercer pilar que, habiendo sido adoptados con base en el art. k.3,2,c) del Tratado de la Unión (versión Maastricht), versen sobre una materia comunitarizada por el Tratado de Amsterdam, o susceptible de serlo en virtud de lo dispuesto en el art. k.14, y que contemplen un sistema de acceso al TJ distinto del previsto en el Título III bis. Por ejemplo, en el Convenio relativo a la asistencia mutua y a la cooperación entre administraciones aduaneras²⁰ rige un procedimiento prejudicial similar al del Convenio Europol, en el que, una vez aceptada por Estado miembro la competencia prejudicial, desaparece la obligación de planteamiento para los Tribunales de última instancia²¹. De igual manera, su art. 26,8 niega al TJ competencia para pronunciarse sobre determinados ámbitos, en unos términos idénticos a los del art. K.7,5, encuadrado en el Título VI.

Cabría considerar, en principio, que la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam modifica los parámetros de Derecho primario, de manera que dichos Convenios sólo podrían seguir considerándose aplicables en la medida en que no contradijeran las disposiciones del Título III bis. Un argumento adicional en favor de esta postura lo ofrece los arts. 30,3 (aplicación de Tratados sucesivos concernientes a la misma materia) y 59 (terminación de un Tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un Tratado posterior) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. No obstante, y desde una perspectiva estrictamente jurisdiccional, los términos en extremo restrictivos del art. 73 P («en las siguientes circunstancias y condiciones»; «actos de las instituciones comunitarias *basados en el presente Título*») ofrecen un argumento textual de cierto peso para considerar defendible la tesis contraria, a pesar de que la misma se acomoda mal al principio de coherencia de las vías comunitarias de recurso.

La segunda especialidad incorporada al Título III bis, más institucional que estrictamente procesal, es la prevista en el tercer apartado del art. 73 P, precepto que reconoce a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión la posibilidad de «solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basadas en el presente título». Es éste

²⁰ DOCE C 24, de 23.1.98, p. 1.

²¹ Vid. infra apartado 2.- c).

un instrumento que se sitúa a mitad de camino entre la remisión prejudicial en sede interpretativa y los dictámenes consultivos del art. 228 del Tratado CE, y que, en tanto que recurso en interés de ley *sui generis*, no cabe considerar como una novedad absoluta en derecho comunitario²². Como ya se dijo más arriba, la inclusión de esta específica vía de acceso al TJ obedeció a la voluntad de paliar las lagunas que en la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario habrán de derivarse del régimen prejudicial especial contemplado en el art. 73 P,1.

Sorprende la no mención del Parlamento Europeo entre los sujetos de Derecho facultados para instar esta vía interpretativa. Si bien es verdad que las competencias reconocidas a esta institución en virtud del Título III bis no rebasan el ámbito del dictamen consultivo, salvo la remisión al procedimiento previsto en el art. 189 B que hacen los apartados 2 y 4 del art. 73 O, no es menos cierto que la conveniencia de acceder a una interpretación adecuada de dicho Título y de sus normas de desarrollo se plantea tanto a nivel decisorio como consultivo.

El precepto citado emplea el término genérico de Estados miembros, sin exclusiones, lo que parece indicar que también Irlanda, Dinamarca y el Reino Unido podrán actuar este cauce interpretativo, a pesar de lo dispuesto en el art. 2 de los Protocolos sobre sus respectivas posiciones. Con independencia de este argumento textual, esta conclusión se justifica igualmente si se tiene en cuenta que una determinada interpretación del Título III bis, o de sus medidas de desarrollo, puede propiciar la aceptación o aplicación por el Reino Unido o Irlanda de alguna de estas medidas, o la renuncia de Dinamarca a hacer uso de su Protocolo.

La interpretación proporcionada a través de estos dictámenes interpretativos se integran plenamente en la jurisprudencia comunitaria, produciendo el mismo efecto que las sentencias interpretativas en sede prejudicial; esto es, aclarar y precisar «el significado y alcance de una norma de Derecho, tal como debiera haberse entendido y aplicado desde su entrada en vigor»²³, constituyendo al mismo tiempo «una razón suficiente» para que los órganos jurisdiccionales admitan como jurisprudencia vinculante la doctrina en ellas contenidas²⁴. Ello, por supuesto, con el debido respeto al principio de cosa juzgada (*vid.* art. 73 P,3 *in fine*).

Por último, el art. 73 O,2 *in fine* faculta al Consejo, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, a «adaptar las disposicio-

²² Véase el art. 4 del Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* C 189, de 28.7.1990, p. 25).

²³ Asunto 61/79 DENKAVIT (Rec. 1980; p. 1205).

²⁴ Asunto 66/80 INTERNATIONAL CHEMICAL CORPORATION (Rec. 1981; p. 1191).

nes relativas a las competencias del Tribunal de Justicia», posibilidad que, por la localización del precepto que la establece, hay que circunscribir al Título III bis y a las nuevas atribuciones jurisdiccionales en él previstas. Hay que resaltar, a este respecto, el hecho de que el constituyente comunitario haya incluido esta disposición, no en la sección cuarta del Capítulo I del Título I del Tratado de Roma, en donde específicamente se regulan los rasgos institucionales del TJ y las bases de su contencioso, sino en un Título centrado en una problemática particularísima abierta por el nuevo Tratado. Por otra parte, en el texto del art. 73 O,2 esta posibilidad de adaptación aparece estrechamente asociada al incremento del protagonismo institucional del Parlamento Europeo en el desarrollo del referido Título, a través de la eventual generalización en este ámbito y en un plazo de cinco años, del procedimiento legislativo contemplado en el art. 189 B del Tratado CE.

III. LA JUDICIALIZACIÓN DEL TERCER PILAR

1. Un sistema prejudicial a la carta

El Título VI del Tratado de Amsterdam («Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal»), en el que se regula la parte no comunitarizada del tercer pilar de Maastricht, aporta tres innovaciones de particular interés al contencioso comunitario.

La primera de ellas, ciertamente llamativa aunque no se trate de una innovación absoluta en el Derecho de la Unión²⁵, consiste en establecer un marco interpretativo y de control de la legalidad de los actos de desarrollo del Título VI basado en el modelo prejudicial del art. 177, aunque distinto de él y en régimen de jurisdicción optativa.

Dejando de lado las disposiciones del propio Título VI, cuya interpretación *no* podrá recabarse por esta vía, pueden ser objeto de cuestión prejudicial los actos contemplados en el art. K.6, que se agrupan en tres categorías, distintas de las previstas en el art. 189 del Tratado CE. La primera de ellas, las *decisiones marco*, que recuerdan las directivas de este último precepto, tendrán por objeto aproximar «las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros», obligando a éstos en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero reconociéndoles la facultad de

²⁵ Véase el art. 2 del Acto del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se establece, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (*DOCE C 299*, de 9.10.1996, p. 1).

elegir las formas y medios más adecuados a tal efecto. Por su parte, las *decisiones* habrán de perseguir «cualquier otro fin (coherente) con los objetivos del presente título», distinto de la aproximación de legislaciones. De las decisiones se predica su obligatoriedad, pero se omite toda referencia a su eventual aplicabilidad directa.

Ninguna de estas dos categorías de actos tendrá efecto directo (art. K.6, b y c). Resulta significativa la exclusión por los redactores del Tratado de la posibilidad de que las decisiones y decisiones marco puedan beneficiarse de ese plus de garantía en la aplicación de las normas y en el respeto de los derechos directamente conferidos por las disposiciones comunitarias que, por vía estrictamente jurisprudencial, se ha ido perfilando a raíz de la sentencia dictada en el asunto 26/62 *Van Gend & Loos*²⁶. El efecto de esta exclusión es impedir a los particulares invocar las disposiciones recogidas en aquellos actos ante sus propios tribunales internos. Sin embargo, dada la obligatoriedad de estas dos categorías de actos (art. K.6, b y c) y a afectos de no privar a los particulares de una vía de recurso contra la actuación de los Estados miembros contraria a sus disposiciones, cabría permitir a los sujetos afectados entablar una acción de responsabilidad extracontractual contra el Estado incumplidor, en los términos de la jurisprudencia abierta por la sentencia de 5 de marzo de 1996²⁷, a no ser que el TJ entienda que esta doctrina sólo es aplicable al ámbito estrictamente comunitario.

Por último, la letra d) del art. K.6 menciona la celebración de los *convenios* ya previstos en el art. K.3,2,c) del Tratado de Maastricht.

Las posiciones comunes contempladas en la letra a) del art. K.6,2 poseen un contenido eminentemente político, en la medida en que, por medio de ellas, el Consejo define «la actitud de la Unión ante un asunto concreto»; y su única virtualidad podría consistir en reforzar una determinada línea interpretativa de alguno de los actos arriba mencionados.

Pasando ya a ocuparnos del sistema de remisión prejudicial establecido por el art. K.7, cabe comenzar diciendo que el mismo reposa en un sistema opcional, que se articula a tres niveles:

- En primer lugar, los Estados miembros son libres para reconocer, «mediante una declaración realizada en el momento de firmar el

²⁶ Rec. 1963; p. 3.

²⁷ Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 *BRASSERIE DU PÊCHEUR Y FACTORTAME* (Rec. p. I-1029). Véase, a este respecto, J. PALACIO GONZÁLEZ: «La responsabilidad del poder legislativo por causa de incumplimiento de la normativa comunitaria»; en *Derecho comunitario, análisis jurisprudencial*. Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad social del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1997.

- Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior», la competencia del TJ para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de los actos arriba mencionados. Sólo seis Estados (Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Holanda) reconocieron dicha competencia al firmar el Tratado.
- En segundo lugar, una vez aceptada la competencia prejudicial, los Estados miembros siguen pudiendo optar entre reconocer una legitimidad generalizada de planteamiento a cualquier Tribunal, o bien sólo a aquéllos cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional de Derecho interno.
 - Por último, desaparece a nivel de Derecho primario la obligatoriedad de planteamiento para los tribunales de última instancia. No obstante, la Declaración n.º 10, anexa al Tratado de Amsterdam, faculta a los Estados miembros para reintroducir esta obligatoriedad, al formular la declaración arriba mencionada.

Una cuestión que deberá ser aclarada por la jurisprudencia es si la interpretación dada en sede prejudicial a determinados conceptos clave en la doctrina establecida en relación con el art. 177 del Tratado CE puede seguir considerándose aplicable al procedimiento previsto en el art. K.7, a pesar de no situarse en un contexto estrictamente comunitario. A nuestro modo de ver, dada la identidad de concepción, fines y lógica de aplicación que informa ambos mecanismos de diálogo interjurisdiccional, no existen motivos para que deba desarrollarse sobre la base del nuevo art. K.7 una práctica diferente de la ya consagrada por la vía del art. 177.

El procedimiento prejudicial del Título VI permite al juez *a quo* obtener del TJ un pronunciamiento sobre la legalidad o la interpretación de los actos contemplados en el art. K.6,2, con independencia de la relación de hechos desde la que se plantee la cuestión prejudicial. Merece, por ello, ser matizada la incompetencia de dicho Tribunal para «controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior» (art. K.7,5). Dado, en efecto, que la sentencia prejudicial no puede entrar a conocer ni valorar los hechos que hayan motivado el litigio principal, dicha excepción al régimen competencial del TJ debe interpretarse en el sentido de que este Tribunal habrá de declinar su competencia cuando la interpretación solicitada pueda incidir en el ejercicio, por los poderes públicos internos, de las prerrogativas apenas mencionadas, o cuando el objeto de la cuestión planteada tenga por objeto el ejercicio de dichas prerrogativas.

2. El recurso de anulación

El art. K.7,6 establece por vez primera, junto con los recursos previstos en el apartado inmediatamente posterior del mismo precepto, un supuesto de jurisdicción obligatoria en el ámbito del tercer pilar. Se trata de un recurso de anulación abierto a los Estados miembros y a la Comisión contra las decisiones marco y las decisiones. Los motivos de impugnación son los clásicos del art. 173 del Tratado CE y el plazo de interposición es también de dos meses.

Sorprende la no inclusión de los Convenios y de las medidas de aplicación de las decisiones, sobre todo si se tiene en cuenta que este tipo de actos pueden ser sometidos a un control de validez prejudicial (art. K.7,1).

Igualmente criticable se antoja el no reconocimiento al Parlamento Europeo de legitimación activa en esta sede. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que esta institución participa, en vía consultiva, en el proceso de elaboración de los actos contemplados en el art. K.6 (art. K.11,1). Por otra parte, no puede negarse al Parlamento Europeo un interés en la defensa de sus prerrogativas propias, en aquellos supuestos en que un hipotético recurso tuviera precisamente por objeto cuestionar la adopción de un acto por la vía del tercer pilar, por entender que su contenido exigiría una base jurídica comunitaria²⁸.

3. Los procedimientos especiales del art. K.7,7

La primera frase del art. K.7,7 contempla el supuesto en que se suscite un litigio entre Estados miembros «relativo a la interpretación o aplicación de actos adoptados de conformidad» con el art. K.6,2. Este precepto, que recuerda el compromiso de arreglo de controversias contenido en el art. 182 del tratado CE, se diferencia de éste por insertarse con mayor naturalidad en un contexto normativo eminentemente intergubernamental, por atribuir al TJ jurisdicción obligatoria y por desempeñar un papel similar al ya visto en relación con el art. 73 P,3, respecto del Título III bis; esto es, servir de contrapeso a las limitaciones del sistema prejudicial diseñado en el Título VI.

Con anterioridad a la interposición del recurso el litigio deberá elevarse al Consejo, quien dispondrá de un plazo de seis meses para una eventual resolución. Una vez transcurrido dicho plazo, sin que haya recaído decisión resolutoria, quedará expedita la vía contenciosa. Tratán-

²⁸ Véase la sentencia dictada en el asunto C-170/96 COMISIÓN C. CONSEJO (Rec. 1998; p. I-2782).

dose de un procedimiento de conciliación en un ámbito intergubernamental, la intervención del Consejo no tendrá por qué reposar exclusivamente en criterios estrictamente jurídicos. Esta posibilidad de que los litigios de la primera frase del art. K.7,7 puedan resolverse al margen de criterios de estricta legalidad permite aventurar la hipótesis de que, en sus resoluciones, el TJ aplique determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad de los Estados conocidas en Derecho internacional general (vg: apreciación del principio «tu quoque»).

El art. K.7 *in fine* otorga jurisdicción al TJ para conocer de aquellos litigios entablados entre los Estados miembros y la Comisión que tengan por objeto la interpretación o la aplicación de los Convenios previstos en el art. K.6,2,d). La Comisión aparece dotada de legitimación procesal, sin que se especifique si activa o pasiva, lo que permite intuir la posibilidad de que esta institución pueda ser parte demandada en esta sede. Tal podría ser el caso de un recurso interpuesto contra un escrito dirigido a un Estado miembro en el que se cuestionara la interpretación dada por las autoridades de dicho Estado a alguno de los Convenios arriba mencionados, o sus condiciones de aplicación en el mismo. Más natural se antoja, si acaso, la hipótesis en que el recurso lo interponga la propia Comisión, lo que aproximaría esta vía procesal a un recurso por incumplimiento *sui-generis*.

Lo que sí queda claro es que la última frase del art. K.7 confiere a la Comisión una competencia de tutela, algo insólito en un contexto intergubernamental, del respeto por los Estados miembros de las obligaciones que habrán de incumbirles en virtud de los referidos Convenios. Ello debe contemplarse como un elemento de refuerzo del principio de legalidad en el ámbito del Título VI, a pesar de que las decisiones y sobre todo, las decisiones marco, que muy probablemente constituirán el instrumento normativo por excelencia del nuevo tercer pilar, queden fuera de este contencioso de control. Por último, la práctica jurisprudencial habrá de determinar si el parámetro con arreglo al cual se efectúe dicho control reposará en criterios de legalidad estricta, siguiendo el modelo del art. 169 del Tratado CE, o bien tomará en consideración las circunstancias modificativas de la responsabilidad de los Estados mencionadas en el párrafo anterior.

IV. DISPOSICIONES ESPECIALES

1. La potestad sancionadora del art. 236 del Tratado CE

De conformidad con lo previsto en el nuevo art. F.1,1 del Tratado de la Unión, el Consejo, «por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen del Parlamento

Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo F». A su vez, esta última disposición consagra la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho como principios en los que ha de basarse la Unión Europea. Una vez constatada por el Consejo dicha violación, éste, en un segundo momento y por mayoría cualificada, «podrá decidir que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación» del Tratado de la Unión (art. F.1,2). Por su parte, el nuevo art. 236 del tratado CE reproduce prácticamente los términos del art. F.1.

En tanto que tal, el art. F.1 está excluido del ámbito de jurisdicción del TJ, al no mencionarlo expresamente el nuevo art. L, lo que impide la impugnación en vía contenciosa de las sanciones que afecten a los ámbitos intergubernamentales de la Unión. Ahora bien, en la medida en que el art. L,a) reconoce competencia a este Tribunal respecto de las «disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea», el nuevo art. 236 del Tratado CE permite al TJ conocer de las decisiones suspensivas de derechos que el Consejo pueda adoptar contra un Estado miembro en el ámbito estrictamente comunitario.

Así delimitada la competencia del TJ, surgen varias cuestiones previas. En primer lugar, la determinación de la vía de recurso apropiada para impugnar las referidas decisiones sancionadoras. El art. 172 del Tratado CE sólo confiere competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en los reglamentos adoptados por el Consejo, o conjuntamente por este último y el Parlamento Europeo. Parece, por consiguiente, que la única vía de recurso abierta contra dichas sanciones, o contra la decisión de no revocarlas o modificarlas (art. 236,3), es la anulatoria del 173 del Tratado CE. A su vez, contra la inacción del Consejo ante una solicitud del Estado sancionado de revocación o modificación de las sanciones cabría entablar recurso por omisión. Podría incluso plantearse la legitimación activa de los Estados miembros denunciantes, de la Comisión y del Parlamento Europeo para recurrir las decisiones del Consejo contrarias a aplicar una sanción, de modificación o revocación de sanciones ya inflingidas, o contra aquellas otras que, aun sancionando al Estado miembro, no satisficieran sus pretensiones sancionadoras²⁹.

Una segunda cuestión gira en torno a la facultad cuasi-discrecional de que disfruta el Consejo en la determinación de la sanción aplicable.

²⁹ Véase, en este sentido, B. NASCIBENE: «Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam»; en «Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Volume II. *Diritto dell'Unione Europea*)». Giuffrè Editore. Milano. 1998; p. 690.

Esta situación, ciertamente atípica en un contexto sancionador, habrá de solventarse en vía contenciosa por medio de una aplicación sopesada y rigurosa del principio de proporcionalidad.

En lo que respecta, por último, a los parámetros del tipo sancionador, poco cabe decir, salvo que la práctica, en su caso, acabará dando un sentido a la serie de conceptos jurídicos indeterminados que subyacen a los términos de violación grave y persistente de los principios que se mencionan en el art. F,1.

2. El respeto de los derechos fundamentales del art. F,2

El art. F,2 impone a la Unión Europea la obligación de respetar «los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». A su vez, el nuevo art. L,d) reconoce competencia al TJ para conocer de los litigios que puedan entablarse con base en esta disposición por causa de «la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de la Comunidades Europeas y al presente Tratado».

La legitimación pasiva corresponde a las instituciones comunitarias, lo que elimina toda posibilidad de enjuiciar la actuación de los Estados miembros en esta sede. Por otra parte, la jurisdicción del TJ se subsume en el ámbito general de competencias reconocido a esta institución por el Derecho primario. Por consiguiente, el art. L,d) no establece ni una nueva vía de recurso ni un nuevo motivo de impugnación o de exigencia de responsabilidad³⁰, puesto que el Convenio de Roma, ya desde la sentencia de 14 de mayo de 1974³¹, constituye un parámetro de control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias.

3. El Protocolo Schengen

El Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea autoriza, en su art. 1, a los signatarios de los acuerdos de Schengen «a establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos y disposiciones relacionadas».

³⁰ Véase G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS: «Algunas reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea»; en «Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Volume II. *Diritto dell'Unione Europea*). Giuffrè Editore. Milano; p. 845.

³¹ Asunto 4/73 NOLD KG (Rec. p. 491).

El Consejo de Ministros reemplaza al Comité ejecutivo creado por dichos acuerdos. Las medidas de ejecución del protocolo se adoptarán por unanimidad. También por unanimidad habrá de determinar el Consejo la base jurídica de cada uno de los actos constitutivos de acervo Schengen, que, a su vez, se explicitan en un anexo a dicho Protocolo; atribuyéndoles, «conforme a las disposiciones pertinentes de los Tratados» (art. 2,1,2), un carácter comunitario, en el marco del Título III bis, o bien encuadrándolas en el Título VI. Hasta tanto no se produzca esta atribución de bases normativas, el acervo de Schengen se considerará, por defecto, integrado en el tercer pilar.

Una vez producida esta ventilación de bases jurídicas, la competencia del TJ se ejercerá de manera natural sobre el bloque normativo Schengen, de conformidad con «las disposiciones pertinentes de los Tratados» (art. 2,1,3), aunque en ningún supuesto el TJ tendrá jurisdicción «sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público así como a la salvaguardia de la seguridad interior». Es ésta una limitación competencial que se añade a las ya previstas en los arts. 73 P,2 y K.7,5, y que, por constituir una doble excepción, a la facultad de control del TJ y al régimen de inserción del acervo Schengen en el Derecho de la Unión, habrá de recibir una interpretación particularmente restrictiva. Para algún autor³², cuya opinión compartimos, dicha limitación competencial sólo cabe considerarla aplicable a los actos y decisiones originariamente identificados como acervo Schengen, y no a las medidas de ejecución y desarrollo del mismo, adoptadas con posterioridad a la reatribución de bases normativas.

Como ya vimos en el apartado 2.-b 2), tanto el Reino Unido como Irlanda y Dinamarca están excluidos de la vía prejudicial del art. 73 P, no vinculándoles las decisiones del TJ en este ámbito, salvo renuncia de Irlanda y Dinamarca a los Protocolos relativos a sus respectivas posiciones, o la aceptación por el Reino Unido de medidas concretas de desarrollo del Título III bis. También vimos cómo, a nuestro entender, estos tres Estados disfrutaban de legitimación activa para instar los dictámenes previstos en el último apartado de dicho artículo.

Por lo que respecta, más en concreto, a la parte comunitarizada del acervo Schengen, entendemos que el Reino Unido e Irlanda podrán recabar los dictámenes apenas mencionados, en la medida en que una determinada interpretación de dichas disposiciones, o de sus normas de ejecución o desarrollo, pudieran motivar que alguno de estos dos Estados solicitara «participar en algunas o en todas las disposiciones» del acervo Schengen (art. 4,1).

³² Véase A. VALLE GÁLVEZ: *op. cit.*; p. 64.

El caso danés es más complejo. Dinamarca no se verá afectada por la comunitarización parcial de este acervo, manteniendo con los otros signatarios de los acuerdos unas relaciones de carácter intergubernamental (art. 1, en relación con los arts. 2,1 *in fine* y 3,1). Tratándose de las medidas de desarrollo del referido acervo y siempre que Dinamarca decida incorporarlas a su derecho interno, las mismas relaciones pasan a ser de mero derecho internacional (art. 5,1 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca), a no ser que dicho Estado renuncie a «hacer uso» del Protocolo relativo a su posición, en cuyo caso «se aplicarán plenamente todas las medidas pertinentes entonces vigentes tomadas en el marco de la Unión Europea» (art. 7 del mismo texto). Esta exclusión absoluta del ámbito de aplicación del Título III bis parece difícilmente compatible con la legitimación de acceso al TJ por la vía del art. 73 P,3, en relación con la parte comunitarizada del acervo Schengen.

Cabe decir, por último y por lo que respecta a las relaciones de Derecho internacional general, apenas mencionadas, que podrán establecerse entre Dinamarca y los demás signatarios de los acuerdos de Schengen, que el art. 182 del Tratado CE ofrece una base adecuada para la resolución de las controversias a que estas relaciones pudieran dar lugar, siempre que las partes interesadas suscriban el compromiso previsto en dicha disposición.

REFLEXIÓN FINAL

El Tratado de Amsterdam ha modificado sustancialmente el panorama institucional de la Unión. Entre sus logros es preciso mencionar la comunitarización parcial del tercer pilar y del bloque normativo Schengen; así como el incremento del protagonismo institucional del Parlamento Europeo, a través de la generalización de la codecisión como procedimiento legislativo ordinario. Entre sus aspectos negativos, no puede pasarse por alto la suma complejidad, cuando no palmaria oscuridad, de muchas de sus disposiciones, el abigarrado juego de excepciones, y hasta de contraexcepciones, que las flanquean, y la decepción por un resultado global que queda muy por debajo de las expectativas generadas por la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental.

Por lo que respecta, en concreto, a la reforma del sistema judicial comunitario, hay que saludar muy positivamente la introducción en el ámbito del tercer pilar de un principio de control jurisdiccional. Por el contrario, la no aplicación al Título III bis del régimen contencioso general CE, junto con las limitaciones a la competencia del TJ impuestas por el art. 73 P,2 y el art. 2 de los Protocolos sobre las posiciones respectivas

del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, deben imputarse al debe del resultado final de la Conferencia. Hay de lamentar igualmente que la modificación de los Tratados constitutivos no haya sido aprovechada para introducir en la sección cuarta del capítulo I del Título I del Tratado de Roma ciertas reformas institucionales, algunas de importancia menor, que habrían podido traducirse a medio plazo en un mayor grado de autonomía, flexibilidad y eficacia del sistema de funcionamiento de la jurisdicción comunitaria.

El Tratado de Amsterdam abre el contencioso comunitario a nuevos ámbitos de actuación. Los Estados miembros, los tribunales internos y las instituciones comunes ven incrementadas sus vías de acceso al TJ. Sin embargo, la complejidad de los términos del Tratado en esta materia, las numerosas excepciones al régimen contencioso general, la conflictividad potencial de los nuevos ámbitos de competencias, y, en definitiva, todos aquellos aspectos en los que el sistema judicial diseñado en Amsterdam debe aún perfilarse como un conjunto acabado, completo y coherente de vías de recurso, exigirán un cierto activismo, por parte del TJ, en la configuración definitiva de dicho sistema.

Es de esperar, por último, que tras esta reforma de transición, que, por lo que respecta a sus logros, queda muy por debajo de los obtenidos por el Acta Unica y el Tratado de Maastricht, la Unión Europea acabe dotándose de una estructura jurídico-política que sea un fiel reflejo del nivel de integración por ella alcanzado y que le permita reivindicar en la escena internacional una presencia proporcionada a su potencial económico y a su ambición política.

Habrà llegado entonces el momento de proceder a una clarificación definitiva del organigrama institucional comunitario. La reforma del sistema judicial de la Unión desempeñará en este proceso un papel determinante. De ella dependerá que el término Comunidad de Derecho siga manteniendo todo su sentido en esa nueva etapa que ya se anuncia.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Carlos Gimeno Verdejo¹

Administrador de la Comisión Europea - DG XV

María Isabel Rofes i Pujol²

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios aplicadas al reembolso de gastos médicos por la seguridad social, o de la compra de gafas y de la ortodoncia realizadas en un Estado miembro y reembolsadas en el Estado de afiliación. Sentencias del Tribunal de Justicia (Pleno) de 28 de abril de 1998, asuntos C-120/95, Decker³ y C-158/96, Kohll⁴

En la sentencia Decker, el Tribunal de Justicia respondió a la cuestión prejudicial que le había planteado, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, el Conseil arbitral des assurances sociales de Luxemburgo. Se instaba del Tribunal la interpretación de los artículos 30 y 36 del Tratado con el fin de resolver el litigio del que conocía dicho órgano jurisdiccional entre el Sr. Decker, nacional luxemburgués, y la Caisse de maladie des employés privés, que era la institución de seguridad social a la que estaba afiliado. El objeto del litigio versaba sobre una solicitud de reembolso de un par de gafas con lentes correctoras comprado en una óptica de Arlon, en Bélgica, presentando una receta médica extendida por un oftalmólogo establecido en Luxemburgo.

Cuando el Sr. Decker presentó la solicitud de reembolso, la institución de seguridad social luxemburguesa se la denegó, alegando que habían sido compradas en el extranjero sin su previa autorización. Impugnó esa resolución invocando, en particular, las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, pero la institución de seguridad so-

¹ Las opiniones expresadas por el autor son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

² Las opiniones expresadas por la autora son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

³ Rec. p. I-1831.

⁴ Rec. p. I-1931.

cial mantuvo su posición. El interesado presentó, a continuación, una demanda ante el Conseil arbitral des assurances sociales que fue desestimada. El recurso contra esta resolución fue desestimado por sentencia de 20 de octubre de 1993 basándose, en particular, en que el asunto no tenía ninguna relación con la libre circulación de mercancías, sino con el derecho de la seguridad social, es decir, con el Reglamento (CEE) n.º 1408/71⁵ (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»).

El Sr. Decker recurrió en casación. En enero de 1995, fue casada y anulada la decisión del Conseil arbitral des assurances sociales, por lo que el asunto le fue devuelto a éste que para que dictara nueva sentencia.

El artículo 60 del Code des assurances sociales luxemburgués, en su versión vigente en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, establecía, en particular, que los asegurados tenían derecho a acudir al médico, dentista, farmacéutico, hospital o auxiliar médico que ellos eligieran. Ahora bien, sólo podían encargarse de la prestación de asistencia y servicios en el territorio del Gran Ducado, los médicos, dentistas, farmacéuticos, hospitales, comadronas y auxiliares médicos autorizados para ejercer su profesión en la totalidad o en parte del Gran Ducado y los médicos extranjeros llamados a consulta en el Gran Ducado con la conformidad del médico de cabecera y del médico asesor, todo ello sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales más amplios.

No obstante, los asegurados únicamente podían recibir tratamiento en el extranjero con el consentimiento de su seguro de enfermedad, a no ser que se tratara de prestación de primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad acaecida en el extranjero. El consentimiento del seguro de enfermedad no podía denegarse si el tratamiento en el extranjero era recomendado por el médico de cabecera del asegurado y un médico asesor o si el tratamiento requerido no fuera posible en el Gran Ducado.

De acuerdo con la legislación en vigor en el momento en que se produjeron los hechos, las gafas y demás ayudas visuales corrían a cargo del seguro de enfermedad dentro de los límites establecidos en las tarifas y con arreglo a los criterios fijados en los convenios. Sin perjuicio de las disposiciones comunitarias e internacionales relativas a la seguridad social de los trabajadores migrantes y asimilados, dispensar gafas a los afiliados, siempre que se tratara de personas domiciliadas o residentes en Luxemburgo, debía efectuarse por ópticos inscritos en el Registro de la Cámara de organizaciones profesionales de Luxemburgo y establecidos

⁵ Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO L 1997, L 28, p. 1).

en el Gran Ducado. Si se cumplían esas condiciones, el reembolso se efectuaba mediante una cantidad a tanto alzado y con un límite máximo establecido, en el caso de las monturas, en 1.600 LFR.

Por lo que se refiere al reembolso de lentes correctoras, las tarifas de reembolso se fijaban por convenio firmado entre la Union des caisses de maladie y el Groupement professionnel représentatif des opticiens, mientras que la adaptación en más o en menos de los importes reembolsables de las lentes correctoras se realizaba tomando como referencia únicamente las listas de precios de las firmas Zeiss y American Optical.

Por albergar dudas respecto a la compatibilidad de la legislación nacional con el derecho comunitario, y más concretamente con los artículos 30 y 36 del Tratado, el Conseil arbitral des assurances sociales decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«El artículo 60 del Code des assurances sociales de Luxemburgo conforme al cual un organismo de seguridad social de un Estado miembro A deniega a un asegurado, nacional de ese Estado miembro, el reembolso de las gafas con lentes correctoras, prescritas por un médico establecido en ese mismo Estado pero compradas a un óptico establecido en un Estado miembro B, en razón de que cualquier tratamiento médico en el extranjero debe ser autorizado previamente por dicho organismo de seguridad social, ¿es compatible con los artículos 30 y 36 del Tratado CEE, en la medida en que penaliza con carácter general la importación por parte de particulares de medicamentos o, como en el presente caso, de gafas procedentes de otros Estados miembros?»

En la sentencia Kohll, dictada el mismo día, el Tribunal de Justicia dio respuesta a las cuestiones prejudiciales, planteadas con arreglo al artículo 177 del Tratado por la Cour de Cassation de Luxemburgo, para resolver el litigio del que conocía, en el que se enfrentaban el Sr. Kohll, nacional luxemburgués, y la Union des caisses de maladie, a la cual estaba afiliado, sobre una solicitud de autorización suscrita por un médico establecido en Luxemburgo destinada a permitir que su hija menor siguiese un tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en Trier, Alemania. En esta ocasión, se pedía al Tribunal la interpretación de los artículos 59 y 60 del Tratado.

Se desprendía del tenor de las disposiciones de derecho nacional aplicables que, salvo en el supuesto de un tratamiento de urgencia recibido en caso de accidente o de enfermedad sobrevenidos en el extranjero, los asegurados sólo podían recibir tratamiento en el extranjero o dirigirse a un centro de tratamiento o a un centro que proporcione medios accesorios en el extranjero previa autorización del organismo de seguridad so-

cial competente. La autorización no podía concederse para prestaciones excluidas del reembolso con arreglo a la normativa nacional. Si se autorizaba, se asumían los tratamientos sobre la base de las tarifas aplicables a los asegurados del Estado en que se dispensara el tratamiento. La autorización se concedía sólo tras haber efectuado un control médico y previa presentación de una solicitud escrita de un médico establecido en Luxemburgo en la que se indicara el médico o el centro hospitalario aconsejado al asegurado, así como los criterios y circunstancias que imposibilitaban que se dispensara dicho tratamiento en Luxemburgo.

La inspección médica de la seguridad social emitió un informe negativo y denegó la autorización para efectuar el tratamiento en el extranjero, basándose, por un lado, en que el tratamiento previsto no era urgente y, por otro lado, en que podía dispensarse en Luxemburgo. La decisión fue confirmada en abril de 1994 mediante resolución del consejo de administración de la Union des caisses de maladie. El Sr. Kohll recurrió contra esta resolución denegatoria ante el Conseil arbitral des assurances sociales alegando que las disposiciones invocadas eran contrarias al artículo 59 del Tratado. El recurso fue desestimado mediante sentencia, en octubre de 1994.

El Sr. Kohll recurrió en apelación ante el Conseil supérieur des assurances sociales que confirmó la sentencia recurrida por estimar que las disposiciones del Code des assurances sociales luxemburgués, así como las reglas de los Estatutos de la Union des caisses de maladie eran conformes al Reglamento n.º 1408/71. Recurrió en casación contra la sentencia del Conseil supérieur des assurances sociales, censurando a este último, en particular, por haber examinado tan sólo la conformidad de la normativa nacional con respecto al Reglamento n.º 1408/71 y no con respecto a los artículos 59 y 60 del Tratado.

Al comprobar que dicho motivo planteaba una cuestión de interpretación del derecho comunitario, la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, que éste examinó conjuntamente, por las que preguntaba si los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a la aplicación de una normativa de seguridad social como la controvertida en el litigio principal.

La disposición del Reglamento n.º 1408/71 en la que se escudaban las dos instituciones de seguridad social luxemburguesas para denegar, respectivamente, el reembolso de las gafas y la autorización para seguir un tratamiento en el extranjero era su artículo 22, que dispone lo siguiente:

«1. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del artículo 18 y:

[...]

c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado, tendrá derecho:

i) a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente;

ii) a las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de estancia o de residencia, estas prestaciones podrán ser servidas por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente. La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1, no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 serán aplicables por analogía a los miembros de la familia de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.»

El hecho de que hubiera siete Gobiernos que presentaron observaciones en el asunto Decker⁶ y que, en el asunto Kohll lo hicieran seis,⁷ constituye buena prueba de la importancia que los Estados miembros concedieron a estos dos asuntos. El Abogado General Sr. Tesauro presentó un solo texto de conclusiones, común a ambos asuntos, el 16 de septiembre de 1997.⁸ Las sentencias se dictaron siete meses después.

Las posiciones no podían estar más encontradas. En el asunto de las gafas, el Sr. Decker y la Comisión⁹ estimaban que una normativa nacional con arreglo a la cual se deniega a un asegurado el reembolso de productos normalmente reembolsados, si no cuenta con una autorización previa del organismo de seguridad social correspondiente, cons-

⁶ Comparecieron los Gobiernos luxemburgués, belga, alemán, español, francés, neerlandés y del Reino Unido.

⁷ Comparecieron los Gobiernos luxemburgués, alemán, helénico, francés, austriaco y del Reino Unido.

⁸ Rec. p. I-1834 y ss.

⁹ La Comisión presenta observaciones en todos los procedimientos prejudiciales.

tituye un obstáculo injustificado a la libre circulación de mercancías, mientras que los Gobiernos alegaban, con carácter principal, que una normativa como la controvertida en el litigio principal no se regía por los artículos 30 y 36 del Tratado, en la medida en que se refería a la seguridad social y, con carácter subsidiario, que esas mismas disposiciones no se oponían, en cualquier caso, al mantenimiento de dicha normativa.

En el asunto de la ortodoncia las opiniones estaban todavía más divididas. El Sr. Kohll afirmaba que los artículos 59 y 60 del Tratado se oponían a la normativa nacional que supedita a la autorización del organismo de seguridad social del asegurado el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de las prestaciones de cuidados dentales por parte de un ortodoncista establecido en otro Estado miembro. La institución de seguridad social y los Gobiernos que participaban en el procedimiento estimaban que los artículos 59 y 60 del Tratado no se aplicaban y, con carácter subsidiario, que no se oponían al mantenimiento de una normativa de esas características. La Comisión presentaba un planteamiento intermedio en la medida en que afirmaba que dicha normativa constituía un obstáculo a la libre prestación de servicios, pero que podía estar justificada, en determinadas circunstancias, por razones imperiosas de interés general.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas en uno y otro asunto, el Tribunal examinó, en primer lugar, las cuestiones relativas a la aplicación del principio de libre circulación al ámbito de la seguridad social; en segundo lugar, la incidencia del Reglamento n.º 1408/71, problemas comunes a ambos asuntos y, por último, la aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, al asunto Decker, y la aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, al asunto Kohll.

Por lo que se refiere a la aplicación del principio fundamental de libre circulación al ámbito de la seguridad social, el Tribunal recuerda que el derecho comunitario no restringe la posibilidad que tienen los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social¹⁰ y que, por consiguiente, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social¹¹ y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a

¹⁰ Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16, y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395) apartado 27.

¹¹ Sentencias de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12, y de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 15.

las prestaciones,¹² debiendo respetar, al ejercer esa competencia, el derecho comunitario.¹³

En relación con el principio de libertad de circulación, el Tribunal de Justicia ya había señalado en su jurisprudencia que las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de seguridad social, que pueden tener una incidencia sobre la comercialización de productos médicos, e influir indirectamente en las posibilidades de importación de dichos productos, están sujetas a las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías.¹⁴ Respecto, a la especial naturaleza de determinadas prestaciones de servicios, el Tribunal había señalado también que no puede servir para que dichas actividades escapen al principio fundamental de libre circulación.¹⁵

Así pues, el hecho de que las normas luxemburguesas controvertidas estuvieran comprendidas dentro del ámbito de la seguridad social no podía bastar para excluir la aplicación ni del artículo 30 ni la de los artículos 59 y 60 del Tratado.

En cuanto a la incidencia del Reglamento n.º 1408/71, el Gobierno luxemburgués estimaba, tanto en el asunto Decker como en el asunto Kohll, que el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 establecía el principio de la exigencia de autorización previa para cualquier tratamiento en otro Estado miembro, afirmando que la impugnación de las disposiciones nacionales relativas a la asunción de las prestaciones obtenidas en el extranjero equivaldría a poner en tela de juicio la validez de la disposición análoga contenida en el Reglamento n.º 1408/71.

El Sr. Kohll indicaba que solicitó el reembolso por parte de su organismo de seguridad social del importe al que habría tenido derecho si el tratamiento se hubiera aplicado por el único especialista establecido, en el momento en que se produjeron los hechos, en Luxemburgo.

El Tribunal señaló, a este respecto, que el hecho de que una medida nacional pueda, en su caso, ser conforme a una disposición de derecho derivado como el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71, no hace que esa medida escape a las disposiciones del Tratado.

Afirmó, a continuación, que el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 tiene por objeto permitir que el asegurado, que es autorizado por la institución competente a desplazarse a otro Estado miem-

¹² Sentencia de 30 de enero de 1997, Stöber y Piosa Pereira (asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartado 36.

¹³ Para una exposición detallada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto, véanse los puntos 17 a 25 de las conclusiones que el Abogado General Sr. Tesouro presentó en los asuntos Decker y Kohll.

¹⁴ Sentencia Duphar y otros, citada en la nota 10 *supra*, apartado 18.

¹⁵ Sentencia de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305), apartado 10.

bro y recibir un tratamiento adecuado a su situación, disfrute de las prestaciones de asistencia sanitaria, por cuenta de la institución competente, pero con arreglo a las disposiciones de la legislación del Estado en que se realicen las prestaciones, en particular, en el caso de que el traslado resulte necesario habida cuenta del estado de salud del interesado, y sin soportar gastos suplementarios.¹⁶

Así pues, el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71, interpretado a la luz de su finalidad, no tiene por objeto regular, y, por tanto, no obsta ni al reembolso por los Estados miembros, a las tarifas en vigor en el Estado competente, de los productos médicos adquiridos en otro Estado miembro, ni al reembolso, en las mismas condiciones, de los gastos producidos con motivo de la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado miembro, aun cuando no se haya dado autorización previa.

Quedaba por examinar la compatibilidad de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, en el asunto Decker, y con las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios, en el asunto Kohll.

Para llevar a cabo ese examen respecto a la libre circulación de mercancías, el Tribunal aplicó la regla enunciada en 1974 en la sentencia *Dassonville*, de acuerdo con la cual, toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, efectiva o potencialmente, al comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas.¹⁷

De nuevo se enfrentaban en sus opiniones el demandante en el litigio principal y la Comisión, por una parte, y los Gobiernos de los Estados miembros, por otra parte. Los primeros estimaban que la existencia de un sistema que somete la asunción de los gastos de productos médicos, con arreglo a los criterios del Estado de afiliación, a una autorización previa de la institución competente de dicho Estado cuando los productos son suministrados en otro Estado miembro constituye una restricción a la libre circulación de mercancías a efectos del artículo 30 del Tratado. Los segundos consideraban que una normativa como la luxemburguesa no tiene por objeto ni como efecto restringir los intercambios comerciales, sino que se limita a establecer los criterios por los que se rige el reembolso de gastos médicos; que esa normativa no se traduce en una prohibición de importar gafas y no tiene tampoco una incidencia directa en la posibilidad de comprarlas fuera del territorio nacional, y que no prohíbe a los

¹⁶ El Tribunal se remite, a este respecto, a los puntos 55 y 57 de las conclusiones de su Abogado General.

¹⁷ Sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville* (8/74, Rec. p. 837) apartado 5.

ópticos luxemburgueses importar gafas y lentes correctoras procedentes de otros Estados miembros, transformarlas y venderlas.

El Tribunal consideró que esa normativa incitaba a los asegurados sujetos al régimen luxemburgués a comprar y a pedir el montaje de sus gafas a ópticos establecidos en el Gran Ducado antes que hacerlo en otros Estados miembros y que, si no privaba a los asegurados de la posibilidad de adquirir productos médicos en otro Estado miembro, sí su-peditaba a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado, denegándose el reembolso a los asegurados que no poseyeran dicha autorización, mientras que los gastos efectuados en el Estado de afiliación no estaban, sin embargo, sujetos a la misma autorización.

En consecuencia, el Tribunal calificó esa normativa de obstáculo a la libre circulación de mercancías, dado que incitaba a los asegurados a comprar dichos productos en el Gran Ducado antes que hacerlo en otros Estados miembros y, por tanto, era capaz de frenar la importación de gafas montadas en los referidos Estados.¹⁸

Quedaba por ver si ese obstáculo podía estar justificado. El Gobierno luxemburgués afirmaba que la libre circulación de mercancías no es absoluta y que su normativa, cuyo objeto era controlar los gastos sanitarios que corren a cargo de su sistema de seguridad social, quedaba justificada por esa razón. El Sr. Decker, en cambio, alegaba que, en caso de reembolso de su compra, recaerían sobre el presupuesto de la seguridad social las mismas cargas financieras, ya que el sistema sólo reembolsa una cantidad a tanto alzado en concepto de montura y de lentes correctoras vendidas por un óptico. Dado que dicha cantidad a tanto alzado se fijaba con independencia de los gastos realmente efectuados, no existía una razón objetiva para que el organismo competente denegara el reembolso cuando la compra se efectuaba a un óptico establecido en otro Estado miembro.

El Tribunal señaló que los objetivos de carácter meramente económico no justifican un obstáculo al principio fundamental de libre circulación de mercancías, pero que no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social de un Estado miembro constituya una razón imperiosa de interés general que justifique esta clase de obstáculo. Sin embargo, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno luxemburgués reconoció que el reembolso a tanto alzado de gafas y lentes correctoras compradas en otros Estados miembros no tenía una incidencia sobre la financiación o el equilibrio de su sistema de seguridad social.

¹⁸ Sentencia de 7 de mayo de 1985, Comisión/Francia, 18/84 (Rec. p. 1339), apartado 16.

Los Gobiernos belga, alemán y neerlandés habían alegado, además, que el derecho de los asegurados a tener acceso a una asistencia de calidad constituía una justificación de la normativa controvertida en el litigio principal en aras de la protección de la salud pública, prevista en el artículo 36 del Tratado CE. El Gobierno belga añadía que la dispensa de gafas debe ser efectuada por personal legalmente autorizado para ejercer la profesión, y que si las prestaciones se efectuasen en otro Estado miembro, el control de su correcta ejecución quedaría seriamente en entredicho, o sería incluso imposible.

Respondiendo a estas alegaciones, el Tribunal subrayó que los requisitos de acceso y ejercicio de las profesiones reguladas han sido objeto de las Directivas 92/51/CEE, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, y 95/43/CE por la que se modifican los Anexos C y D de la Directiva 92/51.¹⁹ Ello implica que la compra de un par de gafas a un óptico establecido en otro Estado miembro ofrece garantías equivalentes a las de la venta de un par de gafas por un óptico establecido en el territorio nacional.²⁰ Además, en el caso del Sr. Decker, la compra de las gafas se efectuó presentando receta extendida por un oftalmólogo, lo que garantiza la protección de la salud pública.

Este razonamiento llevó al Tribunal a interpretar, en el asunto Decker, que la normativa controvertida no estaba justificada por razones de salud pública con el fin de garantizar la calidad de los productos médicos suministrados en otros Estados miembros y que, por tanto, los artículos 30 y 36 del Tratado CE se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual un organismo de seguridad social de un Estado miembro deniega a un asegurado el reembolso a tanto alzado de un par de gafas con lentes correctoras comprado a un óptico establecido en otro Estado miembro, basándose en que la compra de cualquier producto médico en el extranjero debe ser autorizada previamente.

En el asunto Kohll, se trataba de examinar si la normativa luxemburguesa, con arreglo a la cual el organismo de seguridad social le denegó la autorización para que su hija siguiese un tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en Alemania, era compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios.

¹⁹ Directivas 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE (DO L 209, p. 25), y 95/43/CE de la Comisión, de 20 de julio de 1995, por la que se modifican los Anexos C y D de la Directiva 92/51 (DO L 184, p. 21).

²⁰ Por lo que respecta a la compra de medicamentos en otro Estado miembro, véanse las sentencias de 7 de marzo de 1989, Schumacher (215/87, Rec. p. 617), apartado 20, y de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 18.

No había ninguna duda, en este caso, de que el tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, fuera de cualquier infraestructura hospitalaria, realizada contra retribución, debía ser considerada un servicio a efectos del artículo 60 del Tratado, que se refiere expresamente a las actividades de las profesiones liberales. En consecuencia, el Tribunal hubo de analizar si la normativa luxemburguesa constituía una restricción a la libre prestación de servicios y, en su caso, si podía estar justificada objetivamente.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 59 del Tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro.²¹ La normativa luxemburguesa, a pesar de no privar a los asegurados de la posibilidad de acudir a un prestatario de servicios establecido en otro Estado miembro, supeditaba a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado y denegaba el reembolso a los asegurados que no poseyeran la autorización, mientras que los gastos efectuados en el Estado de afiliación no estaban sujetos a autorización previa.

Esa comprobación llevó al Tribunal a interpretar que la normativa en cuestión disuadía a los beneficiarios de la seguridad social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituía, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios.²²

Quedaba por ver si esa normativa podía estar justificada. La Comisión sostenía que la negativa de la concesión de autorización previa por parte de las autoridades nacionales debe estar justificada por un riesgo real y efectivo de ruptura del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, y el Sr. Kohll consideraba que sobre el presupuesto del organismo de seguridad social luxemburgués recaían las mismas cargas financieras si acudía a un ortodoncista luxemburgués o a un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, ya que él solicitó la asunción de los gastos por asistencia médica con arreglo a las tarifas aplicadas en Luxemburgo.

Reiterando la doctrina contenida en la sentencia Decker respecto al principio de la libre circulación de mercancías, el Tribunal afirmó que los objetivos de carácter meramente económico no podían justificar un obstáculo al principio fundamental de libre prestación de servicios,²³

²¹ Sentencia de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17.

²² Sentencias de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16, y de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 31.

²³ Sentencia de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 23.

pero que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social podía constituir una razón imperiosa de interés general que justificara un obstáculo de esa naturaleza.

El Gobierno luxemburgués invocaba justificaciones basadas en la protección de la salud pública, afirmando que su normativa era necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones médicas, que sólo podía verificarse, en el caso de los que se desplazan a otro Estado miembro, en el momento de la solicitud de autorización y, que el sistema de seguro de enfermedad luxemburgués se proponía prestar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados.

El Sr. Kohll estimaba, en cambio, que no existía ninguna razón científica que permitiera llegar a la conclusión de que la asistencia dispensada en Luxemburgo era más eficaz, en particular desde que el ejercicio de las profesiones médicas es objeto de reconocimiento recíproco entre los Estados miembros.

Es cierto que los Estados miembros están facultados, con arreglo a los artículos 56 y 66 del Tratado CE, para establecer límites a la libre prestación de servicios por razones de salud pública, pero esa facultad no les permite dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, fuera del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación.²⁴

Los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y de dentista han sido objeto de varias Directivas de coordinación o de armonización.²⁵ Por esta razón, deben reconocerse a los médicos y a los dentistas establecidos en otros Estados miembros todas las garantías equivalentes a las concedidas a los médicos y dentistas establecidos en el territorio nacional a efectos de la libre prestación de servicios.

Así pues, una normativa como la controvertida no podía estar justificada por razones de salud pública con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros.

En cuanto al objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, el Tribunal apreció que, aun cuando esté intrínsecamente ligado al método de financiación del sistema de seguri-

²⁴ Sentencia de 7 de mayo de 1986, Gü_I (131/85, Rec. p. 1573), apartado 17.

²⁵ Directivas 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (DO L 233, p. 1; EE 06/02, p. 32); 78/687/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos (DO L 233, p. 10; EE 06/02, p. 40), y 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165, p. 1).

dad social, puede también estar sujeto a las excepciones por razones de salud pública en virtud del artículo 56 del Tratado, en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. En efecto, dicho artículo permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional sea esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población.

Sin embargo, a lo largo del procedimiento ante el Tribunal de Justicia no quedó demostrado que la normativa luxemburguesa fuera necesaria para garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos ni para el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica esencial en el territorio nacional. En consecuencia, no podía considerarse que esa normativa estuviera justificada por razones de salud pública.

El Tribunal respondió, en este caso, que los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a una normativa nacional que supedita a la autorización del organismo de seguridad social del asegurado el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de las prestaciones de cuidados dentales dispensadas por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro.

(MIRP)

De nuevo sobre la violación por parte de los Estados miembros de la obligación de cumplir el derecho comunitario y los límites que pueden poner a su obligación de reparar el perjuicio causado a los particulares: la Directiva 80/987 y las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1997 (Sala Quinta) Bonifaci,²⁶ Palmisani,²⁷ y Maso²⁸

Al dictar estas tres sentencias, el Tribunal de Justicia parece haber cerrado el capítulo que inició con la declaración de incumplimiento de Italia, en 1989,²⁹ por no haber adecuado su ordenamiento interno a las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE,³⁰ sobre protección de los tra-

²⁶ Asuntos acumulados C-94/95 y C-95/95, Rec. p. I-3969.

²⁷ C-261/95, Rec. p. I-4025.

²⁸ C-373/95, Rec. p. I-4051.

²⁹ Sentencia de 2 de febrero de 1989, Comisión/Italia (22/87, Rec. p. 143).

³⁰ Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 5/2 p. 219).

bajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario,³¹ y que siguió con las sentencias Francovich³² y Francovich II.³³

El retraso en la adecuación de la normativa italiana a la Directiva 80/987 dio origen a numerosas reclamaciones ante los tribunales nacionales, en las que los interesados pedían que, al no haberse creado todavía el fondo de garantía salarial, fuera el Estado italiano el que les abonara los créditos salariales que se les adeudaban a causa de la insolvencia de sus empresarios o, con carácter subsidiario, una indemnización.

Como se recordará, en la primera sentencia Francovich, el Tribunal reiteró que, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de ejecución adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definen derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado.³⁴

Con respecto a la Directiva 80/987, en concreto, apreció que sus disposiciones eran lo suficientemente precisas e incondicionales como para permitir al juez nacional determinar si una persona debe o no ser considerada como beneficiaria de la Directiva, ya que sólo debía comprobar si el interesado tenía la condición de trabajador por cuenta ajena en virtud del derecho nacional y si no estaba excluido de su ámbito de aplicación.³⁵ Debía comprobar, además, si se trataba de uno de los supuestos de insolvencia previstos por su artículo 2.

Lo mismo sucedía con el contenido de la garantía salarial, ya que era posible determinar el mínimo previsto por la Directiva, basándose en la fecha cuya elección ocasione la carga menos gravosa para el fondo obligado a abonar los créditos salariales, fecha que es la del momento en que se produce la insolvencia del empresario. Las otras dos fechas, a saber, la del preaviso de despido del trabajador y la de la terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral son, según los requisitos establecidos por el artículo 3, necesariamente posteriores al momento en que se produce la insolvencia y delimitan, por tanto, un período más largo durante el cual debe garantizarse el pago de los créditos.

³¹ El plazo para hacerlo había expirado el 23 de octubre de 1983.

³² Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich (asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Rec. p. I-5357).

³³ Sentencia de 9 de noviembre de 1995, Francovich II (C-479/93, Rec. p. I-3843).

³⁴ Sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartados 24 y 25.

³⁵ Para los requisitos necesarios para tal exclusión, véanse las sentencias de 2 de febrero de 1989, Comisión/Italia citada en la nota 29 supra, apartados 18 a 23, y de 8 de noviembre de 1990, Comisión/Grecia (C-53/88, Rec. p. I-3917), apartados 11 a 26.

No era ese el caso, sin embargo de la designación del obligado a prestar la garantía salarial. En efecto, el Estado miembro está obligado a establecer todo un sistema institucional de garantía adecuado y dispone de amplia discrecionalidad en cuanto a la organización, al funcionamiento y a la financiación de los fondos de garantía. Pero el hecho de que la Directiva 80/987 prevea la posibilidad, entre otras, de que el sistema sea financiado íntegramente por los poderes públicos no puede justificar que quepa considerar al Estado como deudor de los créditos impagados. La obligación de pago corresponde a los fondos de garantía, y el Estado únicamente puede prever la financiación íntegra de los fondos de garantía por los poderes públicos al ejercer su facultad de establecer el sistema de garantía. En tal caso, el Estado asume una obligación que en principio no es la suya.

De ahí que, aun cuando las disposiciones de la Directiva sean suficientemente precisas e incondicionales en lo que respecta a la determinación de los beneficiarios de la garantía y al contenido de esta última, esos elementos no bastan para que los particulares puedan invocar esas disposiciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales, al no precisar quién es el obligado a prestar la garantía y porque el Estado no puede ser considerado como obligado sólo por no haber adaptado en el plazo establecido su derecho nacional a la Directiva.

Así pues, esos litigios debían resolverse por la vía de reclamar al Estado el pago de una indemnización por daños y perjuicios. A este respecto, el Tribunal indicó en su sentencia que el derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que les sean imputables. Los requisitos necesarios para que la responsabilidad del Estado genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del derecho comunitario que origine el perjuicio causado.

Esos requisitos son tres: que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva, y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Si concurren estos tres requisitos, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad. A falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de

los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del derecho comunitario.³⁶

El Tribunal señaló, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.³⁷

Al dictar la sentencia Comisión/Italia de 1989,³⁸ el Tribunal de Justicia ya había declarado la violación del derecho comunitario por parte de un Estado miembro por no haber adaptado el derecho nacional a la Directiva 80/987 dentro del plazo señalado. El resultado prescrito por ella implica la atribución a los trabajadores asalariados del derecho a una garantía para el abono de sus créditos impagados en lo que se refiere a la retribución. En estas circunstancias, correspondía al juez nacional garantizar, en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, el derecho de los trabajadores a ser indemnizados por los daños resultantes del incumplimiento de ese Estado.

Resulta cuando menos paradójico que el trabajador que ha dado nombre a una de las sentencias más leídas y comentadas de toda la historia del Tribunal de Justicia,³⁹ en la que obtuvo un pronunciamiento muy favorable a sus tesis, no pudiera prevalerse de ella hasta sus últimas consecuencias para obtener, no ya una parte de los salarios que le adeudaba su empleador cuando cerró sus puertas, que ascendía, aproximadamente, a 6.000.000 LIT, sino ni siquiera una indemnización por parte del Estado italiano. Esa fue, justamente, la consecuencia de Francovich II.

Esa sentencia tuvo su origen en el litigio entre el Sr. Francovich y la República Italiana acerca de una demanda de indemnización presentada contra el Estado, como consecuencia de la ejecución extemporánea de la Directiva 80/987. En efecto, ese Estado miembro no adoptó, hasta el 27 de enero de 1992, el Decreto-ley n.º 80,⁴⁰ por el que adaptaba el derecho interno.

Esa norma estableció, para el pasado, que sólo podrían obtener la indemnización de los daños resultantes de la adaptación extemporánea del

³⁶ Sentencias de 22 de enero de 1976, Russo (60/75, Rec. p. 45); de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), y de 7 de julio de 1981 (Rewe, 158/80), Rec. p. 1805.

³⁷ En lo que respecta al reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el derecho comunitario, véase la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio (199/82, Rec. p. 3595).

³⁸ Citada en la nota 29 supra.

³⁹ Los artículos de doctrina dedicados a la primera sentencia Francovich superan, ampliamente, el centenar.

⁴⁰ GURI n.º 36, de 13 de febrero de 1992.

ordenamiento jurídico italiano a la Directiva 80/987 los trabajadores por cuenta ajena cuyos empresarios fuesen objeto de procedimientos concursales. En cambio, por lo que respecta al futuro, garantizó a los trabajadores por cuenta ajena de todos los empresarios en situación de insolvencia, sujetos o no a procedimientos concursales, la retribución del trabajo que hubieran efectuado durante los tres últimos meses de sus contratos de trabajo. En el ordenamiento jurídico italiano hay varias categorías de empresarios que están excluidas de los procedimientos concursales y el Sr. Francovich había trabajado, precisamente, para uno de esos empresarios, pero cuyo estado de insolvencia era manifiesto y resultaba, entre otras cosas, del carácter infructuoso de los procedimientos individuales de ejecución que se siguieron contra él.

De acuerdo con la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia, para que se considere que un empresario se encuentra en estado de insolvencia, es necesario, en primer lugar, que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas del Estado miembro interesado prevean un procedimiento concursal; en segundo lugar, que se permita, en el marco de dicho procedimiento, la toma en consideración de los créditos de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales; en tercer lugar, que se haya solicitado la apertura del procedimiento y, en cuarto lugar, que la autoridad competente en virtud de las disposiciones nacionales mencionadas haya decidido la apertura del procedimiento o haya constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

El legislador comunitario había limitado, expresamente, el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987 de modo que los derechos establecidos por ésta no puedan ser invocados por los trabajadores por cuenta ajena que están vinculados por un contrato de trabajo o una relación laboral a un empresario que, según las disposiciones vigentes en el Estado miembro de que se trate, no puede ser sometido a un procedimiento concursal. Efectivamente, tal empresario no puede encontrarse en «estado de insolvencia» en el sentido concreto que tiene esta expresión en la Directiva.

Además, y habida cuenta de las dificultades de configurar un concepto de insolvencia que pueda aplicarse de manera unívoca en los distintos Estados miembros a pesar de las grandes diferencias que existen entre sus sistemas respectivos, el Tribunal señaló que, en el marco de la protección concedida por la Directiva a los trabajadores por cuenta ajena, la diferenciación de éstos en función de que su empresario sea o no objeto de un procedimiento concursal resulta de un concepto de insolvencia basado en un criterio objetivo en sí y está justificada por las mencionadas dificultades de armonización.

Las tres sentencias dictadas en julio de 1997, como he indicado, parece que cierran el círculo. La Sra. Bonifaci era la parte menos conocida de la primera sentencia Francovich. Su asunto se ventilaba ante la Pretura circundaria de Bassano del Grappa y ella había trabajado para una empresa declarada en quiebra en 1985. Ella y otros 33 trabajadores, en su calidad de acreedores de una suma de más de 253 millones de LIT, que había sido incluida en el pasivo de dicha empresa interpusieron, en abril de 1989, una demanda contra el Estado solicitando que, habida cuenta de la obligación que le incumbía de aplicar la Directiva desde el 23 de octubre de 1983, fuera condenado a pagarles los créditos que les correspondían en concepto de atrasos salariales, por lo menos en lo que respecta a las tres últimas mensualidades o, con carácter subsidiario, a pagarles una indemnización.

El Decreto Legislativo italiano de 1992 fijó los requisitos para la reparación de los daños causados por la adaptación tardía del derecho nacional a la Directiva en los siguientes términos:

«Para determinar la indemnización que eventualmente deba concederse a los trabajadores en el marco de los procedimientos mencionados en el apartado 1 del artículo 1 (es decir, la quiebra, el convenio de quita y espera, la liquidación forzosa administrativa y la administración intervenida de las grandes empresas en tiempo de crisis), como reparación del daño que resulte de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE, los plazos, las medidas y las reglas aplicables serán las mencionadas en los apartados 1, 2 y 4. La acción de reparación del daño deberá ejercitarse en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.»

La garantía se refiere a los «créditos que resulten de los contratos de trabajo, distintos de los adeudados con motivo de la extinción de la relación laboral, relativos a los tres últimos meses de la relación laboral comprendidos en los doce meses que precedan a:

a) la fecha de la decisión que determine la apertura de uno de los procedimientos señalados en el apartado 1 del artículo 1».

Este período de doce meses se calcula retroactivamente a partir de la fecha de la decisión declarativa de la quiebra de la empresa.

Además, el pago efectuado por el fondo «no puede ser superior a una cantidad igual a tres veces el límite máximo del importe del suplemento mensual extraordinario por pérdida de salario menos las retenciones de cotizaciones a la seguridad social.»

A la vista de esta normativa, el Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (en lo sucesivo, «INPS») desestimó las solicitudes de indemnización presentadas por la Sra. Bonifaci y sus compañeros, cuyos empresa-

rios habían sido declarados en quiebra después del 23 de octubre de 1983 y antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo, debido a que ningún período de trabajo por el que se adeudasen retribuciones estaba comprendido dentro del período de referencia de doce meses anterior a la declaración de quiebra que era, en su caso, el 5 de abril de 1985.

La Sra. Palmisani había desempeñado una actividad por cuenta ajena en una empresa, del 10 de septiembre de 1979 al 17 de abril de 1985, fecha en la que fue declarada en quiebra. Sólo una parte muy pequeña de los créditos salariales de la Sra. Palmisani fueron satisfechos durante la liquidación final de la quiebra. El 13 de octubre de 1994, es decir, con posterioridad al término del plazo de caducidad de un año establecido en el Decreto Legislativo, la Sra. Palmisani entabló una acción de resarcimiento contra el INPS, gestor del fondo de garantía. Justificaba la interposición extemporánea de su recurso por la incertidumbre que la disposición nacional creaba respecto de la identificación de la entidad pública obligada a reparar el perjuicio y del órgano jurisdiccional competente para conocer de este tipo de recursos. Invocaba, igualmente, la diferencia manifiesta entre el régimen establecido en el Decreto Legislativo y el régimen general de la reparación en materia de responsabilidad extracontractual, especialmente en lo referente a los plazos de recurso.

La Sra. Maso y otras once personas, y el Sr. Gazzetta y otras diecisiete personas habían entablado, también, demandas contra el INPS en relación con la reparación del daño irrogado por la adaptación tardía del derecho nacional a la Directiva 80/987. Los demandantes en el litigio principal, cuyos empresarios fueron declarados en quiebra después del 23 de octubre de 1983 y antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo, ejercitaron una acción ante la Pretura circondariale di Venezia, dirigida a la reparación por parte del INPS del perjuicio irrogado por la adaptación tardía del derecho nacional a la Directiva. Alegaban tener derecho a ser indemnizados por la totalidad de los créditos en su favor nacidos en los tres últimos meses de su contrato de trabajo, incluida, por cada mes, la retribución, la prorrata mensual de las dos pagas extraordinarias, la compensación de los días de vacaciones no disfrutados, los intereses legales y la adaptación a las fluctuaciones de la moneda a partir de la fecha de la quiebra de su empresario.

Después de identificar, para cada asunto, los problemas que la nueva legislación italiana parecía plantear en relación con la Directiva 80/987, el Tribunal sentó una jurisprudencia importante que resumiré a continuación.

Uno de los problemas que debía examinar el Tribunal de Justicia era que, en derecho italiano, para que los trabajadores puedan acogerse a la garantía prevista por la Directiva tal y como se había incorporado al or-

denamiento interno, los períodos de empleo en que se devengaron las retribuciones impagadas debían obligatoriamente estar situados dentro del período de doce meses que precede a la apertura del procedimiento concursal.

Con el fin de proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional de remisión, el Tribunal comprobó si el momento en el que se produce la insolvencia del empresario, en el sentido del apartado 2 de los artículos 3 y 4 de la Directiva, corresponde efectivamente a la fecha de apertura del procedimiento concursal mencionado en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, ya que el juez italiano se preguntaba, en el asunto Bonifaci, sobre las consecuencias perjudiciales para los trabajadores de dicha correlación, habida cuenta del tiempo que puede transcurrir entre la solicitud de apertura del procedimiento concursal y la decisión de apertura de éste.

El artículo 3 de la Directiva faculta a los Estados miembros para elegir, entre varias posibilidades, la fecha antes de la cual se garantizarán las retribuciones impagadas. Al tener en cuenta la elección que, de dicha manera, hayan efectuado los Estados miembros, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva determina los créditos impagados que deberán, en cualquier caso, quedar cubiertos por la obligación de garantía en el supuesto de que, como en el caso de autos, un Estado miembro decida, con arreglo al apartado 1 del artículo 4, limitar sus efectos en el tiempo. El Estado italiano optó por la fecha en la que se produce la insolvencia del empresario mencionada en el primer guión del apartado 2 de los artículos 3 y 4, al ampliar el período de referencia de seis a doce meses.

Aunque la aplicación del sistema de protección de los trabajadores establecido en la Directiva exige simultáneamente una solicitud de apertura del procedimiento concursal, según la organice la legislación nacional del Estado miembro afectado, y una decisión formal de apertura de dicho procedimiento, la determinación de los créditos impagados que deben ser garantizados por la Directiva se efectúa, según lo dispuesto en el primer guión del apartado 2 del artículo 3 y el apartado 2 del artículo 4, en función del momento en que se produce la insolvencia del empresario, que no coincide necesariamente con la fecha de la citada decisión.

En efecto la decisión de apertura del procedimiento concursal o la resolución que declara la quiebra puede producirse mucho después de la solicitud de apertura del procedimiento o también de la finalización de los períodos de empleo a los que corresponden las retribuciones impagadas, de tal modo que, si el momento en que se produce la insolvencia del empresario debiese depender del cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, el pago de dichas retribuciones podría, habida cuenta de los límites temporales mencionados en

el apartado 2 del artículo 4, no ser nunca garantizado por la Directiva, y ello por razones que pueden ser ajenas al comportamiento de los trabajadores. Esta consecuencia sería contraria a la finalidad de la Directiva que consiste, como se deduce de su primer considerando, en garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario.

No obstante, el concepto de «momento en que se produce la insolvencia del empresario» no puede asimilarse pura y simplemente al comienzo de la interrupción del pago de las retribuciones. En efecto, para identificar los créditos impagados que deben ser garantizados por la Directiva, el artículo 3 y el apartado 2 del artículo 4 se refieren a un período situado antes de la fecha en que se produce la insolvencia.

Habida cuenta tanto de la finalidad social de la Directiva como de la necesidad de fijar con precisión los períodos de referencia a los que otorga efectos jurídicos, el Tribunal interpretó que el concepto de «momento en que se produce la insolvencia del empresario», mencionado en el apartado 2 de los artículos 3 y 4 de la Directiva se refiere a la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento concursal, con la salvedad de que no puede concederse la garantía antes de la decisión de apertura de dicho procedimiento o la constatación del cierre definitivo de la empresa, en caso de insuficiencia del activo.

A continuación, el Tribunal de Justicia examinó si, en el marco de la reparación del daño irrogado a unos trabajadores debido al retraso en la adaptación del derecho nacional a la Directiva, un Estado miembro tiene derecho a aplicarles retroactivamente las medidas de ejecución adoptadas tardíamente, incluidas las limitaciones previstas en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, así como la extensión de la reparación a cargo del Estado miembro en caso de retraso en la adaptación del derecho nacional a una Directiva.

En ese momento existía ya una jurisprudencia bien definida de acuerdo con la cual, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.⁴¹ Los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños así causados son tres, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente ca-

⁴¹ Sentencias Francovich I, citada en la nota 32 supra, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications (C-392/93, Rec. p. I-1631), apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553), apartado 24, y de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Rec. p. I-4845), apartado 20.

racterizada y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas, variando la apreciación de estos requisitos en función de cada tipo de situación.⁴²

En cuanto a la extensión de la reparación a cargo del Estado miembro al que se imputa el incumplimiento, de esa jurisprudencia se deduce que la reparación debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de los derechos de los particulares a los que se ha causado el daño. Además, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado, en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, con la salvedad de que las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización. En todo caso, el Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva en el plazo señalado.

En lo que se refiere a la extensión de la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento, la aplicación retroactiva y completa de las medidas de ejecución de la Directiva a los trabajadores víctimas de la adaptación tardía del derecho nacional permite, en principio, remediar las consecuencias dañosas de la violación del derecho comunitario, siempre que la adaptación del derecho interno a la Directiva se haya hecho regularmente. De hecho, esta aplicación debería tener el efecto de garantizar a estos últimos los derechos de los que hubieran podido beneficiarse si la adaptación se hubiera llevado a cabo en el plazo establecido. Una aplicación retroactiva de las medidas de ejecución de la Directiva implica necesariamente que pueda aplicarse igualmente una limitación de la obligación de pago del fondo de garantía, con arreglo a las modalidades previstas en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, cuando el Estado miembro ha ejercitado efectivamente dicha facultad al adaptar su ordenamiento jurídico interno.

El Tribunal concluye, a este respecto, que corresponde al juez nacional velar, a la luz de los principios expuestos, por que la reparación del perjuicio irrogado a los beneficiarios sea adecuada. Una aplicación retroactiva, regular y completa de las medidas de ejecución de la Directiva es suficiente a estos efectos, salvo que los beneficiarios prueben la existencia de pérdidas complementarias que hayan sufrido debido a que no pudieron beneficiarse a su debido tiempo de las ventajas pecuniarias garantizadas por la Directiva y que, por consiguiente, es necesario reparar también.

⁴² Sentencia Dillenkofer y otros, citada en la nota 41 supra, apartado 24.

En el asunto Palmisani, el juez nacional preguntaba asimismo sobre la compatibilidad de la exigencia de un plazo como el previsto en el Decreto Legislativo con el principio de efectividad del derecho comunitario.

A este respecto, el Tribunal declara que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, esta exigencia en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica y que no cabe considerar que un plazo de un año, cuyo cómputo se inicia a partir de la entrada en vigor del acto de incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico interno, que no sólo permite a los beneficiarios conocer plenamente sus derechos, sino que precisa también las condiciones de indemnización del daño causado por el retraso en la adaptación del derecho nacional, haga particularmente difícil ni, con mayor motivo, prácticamente imposible la presentación de la demanda de indemnización.

La trabajadora afectada alegaba que el Decreto Legislativo había dado lugar a una incertidumbre sobre la persona de derecho público obligada a reparar el perjuicio y sobre el juez competente para conocer de la acción por daños y perjuicios, incertidumbre que sólo se resolvió mediante una circular del INPS, de fecha 18 de febrero de 1993, es decir, diez días antes del vencimiento del plazo de caducidad. Ahora bien, el órgano jurisdiccional de remisión había desestimado expresamente, en su resolución, estas alegaciones y, por esta razón, el Tribunal no podía tenerlas en cuenta en el marco de la remisión prejudicial. Como ya había subrayado el Abogado General⁴³ en sus conclusiones, conforme a una jurisprudencia reiterada, el artículo 177 del Tratado establece una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales mediante un procedimiento no contencioso, ajeno a cualquier iniciativa de las partes y durante el cual tan sólo se les da la posibilidad de ser oídas en el marco jurídico trazado por el órgano jurisdiccional nacional.⁴⁴

El Tribunal examinó, también, si la imposición de un plazo como el previsto en el Decreto Legislativo se ajusta al principio de equivalencia con las condiciones relativas a las reclamaciones similares de naturaleza interna. A este respecto, el juez nacional se refería, concretamente, a la regulación procesal de las reclamaciones de prestaciones presentadas

⁴³ Véanse las conclusiones que el Abogado General Sr. Cosmas presentó en este asunto el 23 de enero de 1997, Rec. pp. I-4027 y ss., especialmente, p. I-4034.

⁴⁴ Sentencia de 1 de marzo de 1973, Bollmann (62/72, Rec. p. 269), apartado 4.

ante el fondo de garantía con arreglo al Decreto Legislativo, de los recursos dirigidos a obtener el beneficio de las prestaciones de seguridad social (distintas de las pensiones) conforme a la Ley n.º 438, de 14 de noviembre de 1992, y de los recursos por daños y perjuicios de derecho común, regulados en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil italiano.

Si bien corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si los cauces procesales destinados a garantizar, en derecho interno, la salvaguardia de los derechos que el derecho comunitario otorga a los justiciables y, en particular, la reparación de los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario imputables a un Estado miembro se atienen al principio de equivalencia, determinados elementos de los autos del litigio principal permitieron al Tribunal de Justicia formular algunas observaciones.

Las medidas de ejecución de la Directiva contenidas en el Decreto Legislativo persiguen un objetivo diferente del perseguido por el régimen de indemnización establecido por el mismo Decreto Legislativo. En efecto, mientras que las primeras tienen por objeto aplicar, mediante garantías específicas de pago de las retribuciones impagadas, la protección comunitaria de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, el cometido del segundo, por definición, es reparar, de modo adecuado, el perjuicio causado a los beneficiarios de la Directiva debido a la adaptación tardía del derecho interno. Habida cuenta de que las solicitudes presentadas, respectivamente, en el marco de la ejecución de la Directiva y de su régimen de indemnización son diferentes en cuanto a su objeto, no procede efectuar una comparación de su regulación procesal. Lo mismo sucede, por idénticos motivos, con las acciones dirigidas a obtener, en derecho interno, el beneficio de las prestaciones de seguridad social distintas de las pensiones.

El régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual es, en su conjunto, análogo en cuanto a su objeto al establecido en el apartado 7 del artículo 2 del Decreto Legislativo en la medida en que tiende a garantizar la reparación de los daños causados por el comportamiento de su autor. No obstante, para comprobar si los dos regímenes de que se trata son comparables, es necesario asimismo examinar los elementos esenciales que caracterizan al régimen nacional de referencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia no disponía de todos los elementos necesarios para apreciar más específicamente si una acción por daños y perjuicios ejercitada por un particular con arreglo al artículo 2043 del Código Civil italiano puede dirigirse contra los poderes públicos por una abstención o un acto ilegal que les sea imputable en el marco del ejercicio del poder público. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional de remisión efectuar dicho examen.

En el supuesto de que se comprobara que el régimen italiano de derecho común de la responsabilidad extracontractual no puede constituir el fundamento de una acción contra los poderes públicos por un comportamiento ilegal que les sea imputable en el marco del ejercicio del poder público y de que el órgano jurisdiccional de remisión no pudiese efectuar ninguna otra comparación pertinente entre el requisito temporal objeto de litigio y los requisitos relativos a reclamaciones similares de naturaleza interna, procedería llegar a la conclusión de que, habida cuenta de todo lo que antecede, el derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro imponga, para la interposición de todo recurso dirigido a la reparación del daño ocasionado por la adaptación tardía del derecho interno a la Directiva, un plazo de caducidad de un año, a partir de la adaptación de su ordenamiento jurídico interno.

Así pues, el derecho comunitario, en su estado actual, no se opone a que un Estado miembro imponga, para la interposición de cualquier recurso dirigido a la reparación del daño ocasionado por la adaptación tardía del derecho nacional a la Directiva, un plazo de caducidad de un año, a partir de la adaptación de su ordenamiento jurídico interno, siempre que esta regla procesal no sea menos favorable que las que se refieren a los recursos similares de naturaleza interna.

En el asunto Maso, se preguntaba también al Tribunal de Justicia si un Estado miembro puede prohibir la acumulación de las cantidades garantizadas por la Directiva con una prestación como la indemnización de reinserción profesional prevista en los artículos 4 y 16 de la Ley n.º 223, de 23 de julio de 1991, que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral.

El apartado 3 del artículo 4 de la Directiva otorga a los Estados miembros la facultad de fijar un límite máximo para la garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores por cuenta ajena para evitar el pago de cantidades que excedan la finalidad social de la Directiva. Dicha finalidad consiste en garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y correspondientes a la retribución de un período determinado.

Ahora bien, la indemnización que la letra c) del apartado 4 del artículo 2 del Decreto Legislativo prohíbe acumular con los créditos garantizados por la Directiva no se deriva de contratos o de relaciones laborales, por cuanto que sólo se abona, por definición, después del despido del trabajador y, por lo tanto, no tiene por objeto retribuir prestaciones ejecutadas en el marco de una relación laboral. Además, aunque el artículo 10

de la Directiva permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar abusos no se había probado la existencia de abuso alguno que se pretendiera prevenir con la norma nacional que prohibía la acumulación.

Por consiguiente, el Tribunal interpretó el apartado 3 del artículo 4 y el artículo 10 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede prohibir la acumulación de las cantidades garantizadas por la Directiva con una prestación como la indemnización de reinserción profesional prevista en los artículos 4 y 16 de la Ley n.º 223, de 23 de julio de 1991, que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral.

En este mismo asunto se preguntaba, por último, sobre el significado de los términos «tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral» mencionados en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva.

El apartado 2 del artículo 4 de la Directiva garantiza el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral, bien incluidos dentro de un período de seis meses anteriores a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario, o bien precedentes a la fecha del preaviso de despido del trabajador, efectuado en razón de la insolvencia del empresario, o también, los dieciocho últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario o a la fecha de terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador, producida en razón de la insolvencia, pudiendo reducir los Estados miembros dicho período a ocho semanas o a varios períodos parciales, que tengan en total la misma duración.

De la finalidad de la Directiva resulta que el período de tres meses, al que están vinculadas las retribuciones garantizadas por el apartado 2 del artículo 4, se expresa en meses naturales en el sentido de que dicho período representa un espacio de tiempo comprendido entre el día del mes correspondiente a la fecha contemplada en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva y el mismo día del tercer mes que antecede. En efecto, la limitación de la garantía a los tres últimos meses civiles, cualquiera que fuese el día en el que se produjo el acontecimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, podría tener consecuencias perjudiciales para los beneficiarios de la Directiva, en el supuesto de que la situación de insolvencia no se produjese en el último día del mes civil.

Por tanto, la expresión «tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral» empleada en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva designa tres meses naturales.

Crónica

La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

Beatriz Iñarritu

Profesora de la Universidad Comercial de Deusto

Sumario: INTRODUCCIÓN.—1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN.—1.1. **Entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.**—1.2. **La Agenda 2000.**—1.3. **El Reino Unido presenta un plan para adoptar el euro y anuncia su intención de participar parcialmente en el Convenio Schengen.**—1.4. **Comunitarización del derecho de asilo.**—2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL.—2.1. **Los Consejos Europeos de la presidencia alemana.**—2.2. **Comisión: dimisión colectiva y nuevo presidente.**—2.3. **Parlamento Europeo: elecciones junio 1999.**—3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA.—3.1. **Política de competencia: Propuesta de descentralización.**—3.2. **La fiscalidad vasca: recurso ante el Tribunal de Justicia y expediente de la Comisión.**—3.3. **Competencia: Daewoo, Magefesa, la compensación a las eléctricas y las ayudas al sector naval público.**—3.4. **Desaparición de las tiendas libres de impuestos (duty-free) en los viajes interiores de la UE.**—3.5. **Banca: comisiones dentro de la zona euro.**

INTRODUCCIÓN

En este primer semestre de 1999 la Unión Europea ha sido testigo de sendos cambios en dos de sus instituciones fundamentales, protagonistas activas en la historia de la integración comunitaria: la Comisión y el Parlamento Europeo.

La Comisión, órgano motor de la Unión, presentó su dimisión colectiva en marzo, cuando un «Comité de Sabios», creado a instancias del Parlamento Europeo, denunció el fracaso del equipo de *Santer* en el control ejercido sobre la Administración que debía gestionar y que, según pudieron comprobar los sabios, había incurrido en diferentes y flagrantes casos de corrupción, fraude y favoritismo.

La crisis provocada por la renuncia de la Comisión no tiene precedentes en los casi cincuenta años de historia comunitaria, y quizás fue por ello, y por la imagen de ineficacia y corrupción transmitida a la opinión pública europea, que los Jefes de Estado y de Gobierno se apresuraron a buscar el relevo. En la cumbre de Berlín, apenas diez días después de la dimisión, acordaron nombrar como nuevo presidente de la Comisión al italiano *Romano Prodi*.

El segundo cambio, el producido en el seno del Parlamento Europeo, no resultó tan inesperado, en tanto que ha sido fruto del quinto sufragio universal directo celebrado en los Estados miembros para elegir a los 626 diputados de la Asamblea comunitaria. Sin embargo, las dos notas destacadas de la votación, la fuerte abstención (la mayor de las registradas en los cinco comicios europeos celebrados hasta la fecha) y la derrota de dos de los partidos más relevantes adscritos al Partido Socialista Europeo (el laborista británico y el socialdemócrata alemán), representaron una considerable sorpresa para la clase política europea.

El Partido Popular Europeo se ha convertido, de esta forma, en la principal fuerza política del Parlamento Europeo, con un margen holgado, de 45 escaños, sobre los socialistas.

Este cambio en la composición política de la Cámara europea abre una nueva etapa en las relaciones interinstitucionales, que deberán regirse, a partir de ahora, por una especie de «cohabitación» entre la mayoría socialista del Consejo de Ministros y la mayoría democristiana del Parlamento.

Junto a este doble «vuelco» institucional, la Unión ha dado, en este semestre, un «pequeño gran paso»: el acuerdo para crear un órgano común de defensa.

La guerra de Kosovo ha puesto de manifiesto, una vez más, la falta de una única voz europea en el mundo y su dependencia de Estados Unidos en materia de intervenciones internacionales. Ha sido, en este sentido, un triste acicate para consolidar el compromiso de los Quince en el reforzamiento de la cooperación en materia de seguridad y defensa.

La Política Exterior y de Seguridad Común, PESC, ha resultado, por tanto, fortalecida por la iniciativa adoptada en la cumbre de Berlín, y también por el nombramiento de *Javier Solana* como el primer «Mister PESC» de la historia comunitaria.

Se trata, efectivamente, de un «pequeño gran paso», en la medida en que los Quince han dado un «salto» de una dimensión estrictamente económica del modelo de integración a una referencia con tintes políticos.

1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN

1.1. Entrada en vigor del Tratado de Amsterdam

El pasado 1 de mayo entró en vigor el Tratado de Amsterdam, firmado en dicha ciudad el 2 de octubre de 1997, tras su proceso de ratificación en los Quince Estados miembros.

La decisión de Francia de presentar por adelantado los instrumentos de ratificación del nuevo Tratado permitió su entrada en vigor un mes antes de lo previsto.

En la mayoría de los Estados miembros de la UE se han seguido procedimientos parlamentarios para su ratificación. En Irlanda y Dinamarca el Tratado también fue sometido a referéndum. Tan sólo un 55,1% de la población danesa se mostró a favor del nuevo Tratado, mientras que en Irlanda el porcentaje fue del 61,27%.

En España la ratificación oficial se produjo mediante la aprobación de la Ley Orgánica 9/1998 de 16 de diciembre de 1998, tras haber sido aprobada por las Cortes Generales.

1.2. La Agenda 2000

La cumbre de Berlín de marzo cerró las largas y duras negociaciones sobre el conjunto de propuestas de la Comisión Europea encaminadas a fijar un marco financiero global para la UE en el horizonte de los años 2000-2006, la llamada «Agenda 2000».

Un aspecto que, en principio, se planteaba como muy complicado era el de la cofinanciación por parte de los Estados miembros de la Política Agrícola Común, PAC, propugnada por Alemania. Sin embargo, el gobierno de *Schröder* terminó por renunciar a tal aspiración y la PAC será sólo objeto de reformas menores.

El segundo gran tema de las negociaciones, y que también revestía especial relevancia para España, era el de la política de cohesión. Nuestro país es, efectivamente, el primer beneficiario de esta política ya que en la actualidad recibe aproximadamente el 26% de los recursos de los Fondos Estructurales y del Fondo de Cohesión, y en el período 1989-1999 habrá llegado a recibir de ambas fuentes más de 10 billones de pesetas, cifra que, en términos de dotación anual, representa más del 2% del PIB nacional.

Estas cifras explican la dura pugna mantenida por *José María Aznar* en el Consejo Europeo de Berlín con sus socios comunitarios, para efectivamente no perder tal elevada asignación de ayudas estructurales y del Fondo de Cohesión para España.

Fondos estructurales

Según la decisión finalmente adoptada, los Fondos Estructurales estarán dotados con un presupuesto total de 213.000 millones de euros para el período 2000-2006, montante bastante inferior a los 239.000 propuestos por la Comisión en 1997 pero también bastante superior a la propuesta alemana de 199.000.

Los objetivos estructurales pasarán a ser tres:

- Objetivo 1: el desarrollo y ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas (incluirá los actuales Objetivos 1 y 6, es decir, las regiones cuyo PIB per cápita no supere el 75% de la media comunitaria y las zonas septentrionales con muy reducida densidad de población de Suecia y Finlandia, añadiéndose además las regiones ultraperiféricas —Canarias, Azores, Madeira y los Departamentos franceses de ultramar—),
- Objetivo 2: la reconversión económica y social de las zonas con deficiencias estructurales, ya sean zonas industriales, urbanas, rurales o dependientes de la pesca (agrupará los actuales objetivos 2 y 5b, ampliados a otras zonas con problemas de diversificación económica),
- Objetivo 3 (que actuará en las zonas no elegibles por los Objetivos 1 y 2): la adaptación y modernización de las políticas y sistemas de educación, formación y empleo (actuales objetivos 3 y 4).

La reforma estructural pretende, en todo caso, conseguir una mayor concentración geográfica de las ayudas, ya que la dispersión no permite en muchos casos conseguir la masa crítica suficiente para que las intervenciones comunitarias tengan la repercusión deseada. Este proceso de concentración se llevará a cabo de forma progresiva, de tal forma que las regiones o zonas que dejen de ser elegibles a partir del 1 de enero del 2000 recibirán un apoyo transitorio (hasta el 2005 o 2006 las antiguas zonas beneficiarias del Objetivo 1, y hasta el 2003 las que dejen de ser beneficiarias de los actuales Objetivos 2 y 5b y no tengan la posibilidad de acogerse al nuevo Objetivo 2).

En conjunto, las regiones que dejen de ser elegibles en los nuevos Objetivos 1 y 2 recibirán un total de 10.940 millones de euros, en este régimen de transición hacia la eliminación de ayudas.

Fondo de cohesión

La presidencia alemana había llegado a cuestionarse su existencia. La presión española consiguió finalmente una dotación de 18.000 millones de euros para este Fondo de Cohesión cuyos destinatarios son

España, Portugal, Grecia e Irlanda. Las previsiones apuntadas en la Cumbre señalan que en torno al 62%, es decir, 11.160 millones de euros, serán asignados a España. También se acordó en el Consejo Europeo de Berlín que, si en el 2003 uno de los cuatro Estados beneficiarios dejara de ser elegible (es decir, alcanzase un PNB per cápita superior al 90% de la media comunitaria), su dotación deberá disminuir en consecuencia.

Los Jefes de Estado y de Gobierno también acordaron que, en conjunto, los fondos recibidos por cada Estado miembro en concepto de Fondos Estructurales y Cohesión no deberán superar el 4% del PNB.

1.3. El Reino Unido presenta un plan para adoptar el euro y anuncia su intención de participar parcialmente en el Convenio Schengen

El primer ministro británico, *Tony Blair*, presentó el 23 de febrero, ante la Cámara de los Comunes, un plan de transición dirigido a preparar una eventual adhesión de su país al euro.

Este plan prevé que aún serán necesarios tres años para introducir la moneda única en el país una vez que los ciudadanos británicos hayan aprobado en referéndum la adhesión del Reino Unido a la Unión Monetaria Europea.

Según el calendario anunciado por *Blair*, una vez que el gobierno decida la participación del país en el euro deberán pasar cuatro meses para convocar el referéndum, y tras la eventual ratificación de los ciudadanos, transcurrirán entre 24 y 30 meses para introducir los billetes y monedas de euros y otros 6 meses para la desaparición de la libra esterlina.

Aunque *Blair* se ha declarado en reiteradas ocasiones a favor de la moneda única, la decisión del gobierno británico que desencadenará el proceso de adhesión al euro dependerá de la consecución de una serie de objetivos económicos que aún no se han alcanzado. Es posible que esta decisión sea adoptada al inicio de la próxima legislatura (las elecciones legislativas están previstas para la primavera del 2002, aunque podrían adelantarse al 2001).

Por otra parte, también el Reino Unido, esta vez a través de su ministro de Interior *Jack Straw*, hizo oficial el 12 de marzo, con ocasión del Consejo de Ministros de Justicia e Interior, su decisión de participar en diversos aspectos del Convenio Schengen, en concreto en aquellos ámbitos no relacionados con el control de las fronteras.

En virtud de lo dispuesto en el Tratado de Amsterdam, el gobierno británico puede mantenerse al margen de Schengen y conservar sus controles fronterizos a la libre circulación de personas, pero con este anun-

cio muestra su interés en participar en determinadas cuestiones incluidas en el Convenio:

- la aplicación de la cooperación judicial en materia penal,
- la participación en la coordinación entre Estados en la lucha contra la criminalidad y la droga,
- la cooperación con sus socios comunitarios en materia de asilo y en lo referente al derecho civil.

La declaración británica fue acogida con ciertas reservas por algunos de los Estados firmantes del Convenio Schengen. Los representantes españoles, en particular, señalaron que Schengen constituye una unidad y no puede convertirse en un «Convenio a la carta».

Es previsible que Irlanda, que también se mantiene al margen de Schengen, siga el camino de los británicos, aunque en todo caso, la demanda del Reino Unido deberá ser aprobada por unanimidad por los Estados Schengen.

1.4. Comunitarización del derecho de asilo

La comisaria responsable de los asuntos de Justicia e Interior, *Anita Gradin*, presentó, en febrero, un documento titulado «*Hacia unas normas comunes en materia de procedimientos de asilo*», en el que la Comisión preconiza la adopción, por parte de la UE, de una Directiva o un Reglamento en materia de procedimientos de asilo, con el fin de cumplir los compromisos contenidos en el Tratado de Amsterdam.

Aunque la UE ya ha aprobado ciertas normas no obligatorias al respecto (resoluciones), el recurso a un instrumento jurídico vinculante se entiende como un primer paso para la adopción de una serie de normas encaminadas a cubrir los diferentes aspectos legales del derecho de asilo.

La Comisión pretende, así, desarrollar todo un programa normativo en la materia, lo que dará lugar a una eventual «política común de asilo».

2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

2.1. Los Consejos Europeos de la presidencia alemana

Durante el primer semestre de 1999 el gobierno alemán ha convocado cuatro Consejos Europeos.

Forzada por la crisis de la Comisión y por la urgencia de la discusión presupuestaria, la presidencia alemana organizó tres Consejos extraordi-

narios en febrero (Bonn), marzo (Berlín) y abril (Bruselas). Y en junio, como es preceptivo, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince volvieron a reunirse, esta vez en Colonia, en el Consejo Europeo ordinario con el que se daba por terminada la presidencia germana.

La cumbre del 26 de febrero celebrada en Petersberg, a las afueras de la capital federal alemana, fue dedicada a la financiación comunitaria en el horizonte 2000-2006. Aunque los debates no consiguieron dar una respuesta definitiva a los principales interrogantes planteados, sí se produjo una importante aproximación entre Francia y Alemania, consecuencia en gran medida, de la renuncia del gobierno alemán a la cofinanciación de la PAC. La posición española, defendida por el presidente del gobierno, *José María Aznar*, quedaba de esta forma más aislada, puesto que franceses y alemanes recuperaban también su alianza para recortar los Fondos Estructurales, de los que España es principal beneficiario.

Por su parte, el Consejo Europeo de Berlín, celebrado los días 24 y 25 de marzo, sí finalizó con dos acuerdos importantes: la designación del nuevo presidente de la Comisión Europea y el primer presupuesto comunitario del siglo XXI, en el horizonte 2000-2006.

Así, en la primera sesión de la cumbre, los Quince acordaron nombrar al italiano *Romano Prodi* como nuevo presidente del ejecutivo comunitario. El canciller alemán y presidente de la cumbre, *Gerhard Schröder*, contando con la complicidad de Francia y Reino Unido, consiguió un acuerdo inesperado, ya que efectivamente este nombramiento ni siquiera estaba previsto en el orden del día.

El segundo acuerdo de Berlín fue, en cambio, bastante más difícil y, de hecho, no se alcanzó hasta la madrugada del 26 de marzo, tras una maratónica sesión de más de veinte horas de conversaciones entre los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE. Se trataba del difícil acuerdo sobre la «Agenda 2000», es decir, sobre el paquete presupuestario y de reformas para el próximo septenio 2000-2006, que ya había sido propuesto por la Comisión hacía año y medio.

De esta forma, la presidencia alemana conseguía cumplir su compromiso de alcanzar, en esta cumbre extraordinaria de marzo, un acuerdo global sobre «batalla financiera» de los Quince, un acuerdo que se había convertido en su principal prioridad.

La insólita noche en blanco de los líderes comunitarios, del 25 al 26 de marzo, fue testigo de un duro enfrentamiento entre posturas alemanas y españolas sobre la dotación de los Fondos Estructurales. El pulso fue planteado por el presidente del gobierno español, *José María Aznar*, quien rechazó de plano los recortes en los Fondos propuestos inicialmente por la presidencia germana. Sólo con nuevos planteamientos, Aznar dio su conformidad.

Los Quince se pusieron finalmente de acuerdo sobre una programación financiera austera en el paquete global del gasto, pero sin llegar a la reducción presupuestaria defendida inicialmente por el gobierno alemán.

Según los términos del acuerdo, Alemania seguirá siendo el primer contribuyente neto a las arcas comunitarias, ya que ésta ha demostrado ser la única forma de llegar a un consenso entre los Quince sobre la primera previsión financiera del próximo siglo.

Por otra parte, en el inevitable «saldo» de vencedores y vencidos, figura en el primer grupo el Reino Unido, que ha conservado su «cheque» de compensación presupuestaria por la escasa relevancia de su sector agrícola. También París consiguió imponer algunos de sus criterios sobre la reforma de la PAC: retrasar la entrada en vigor de la reforma del sector lácteo y la limitación del descenso del precio de intervención de los cereales.

Los representantes de países ricos, como Holanda, Suecia y Austria, que habían apoyado a Alemania en su frustrado intento de estabilizar a la baja los gastos comunitarios, se mostraron menos satisfechos con el resultado final de la cumbre. Los «Cuatro» únicamente consiguieron una cierta «reparación» moral y tangible del resto de países por el hecho de que éstos se han hecho cargo de parte de su contribución a la compensación británica del «cheque».

El tercer Consejo Europeo de 1999 fue el celebrado el 14 de abril en Bruselas y finalizó con el ofrecimiento de la UE para administrar provisionalmente Kosovo cuando finalizase la guerra.

Como explicación de esta oferta europea, *Jacques Chirac*, presidente de la república francesa y padrino de la idea, explicó entonces que «hemos propuesto que la ONU encargue a Europa la administración provisional de Kosovo», alegando que «la UE debe estar preparada para cuando llegue el momento del retorno de los refugiados, la reconstrucción de las infraestructuras y el restablecimiento de una administración».

Los Quince Jefes de Estado y de Gobierno, que estuvieron acompañados en esta ocasión por el secretario general de Naciones Unidas, *Kofi Annan*, suscribieron además la idea de un futuro «Pacto de Estabilidad para los Balcanes», pacto que constituiría una especie de «Plan Marshall» económico y político para la región, y que incluiría una Conferencia sobre la zona, con la participación voluntaria de todos sus protagonistas, en la perspectiva de su acercamiento a la Unión Europea.

La última cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince tuvo lugar en Colonia los días 3 y 4 de junio, en lo que constituyó el Consejo Europeo ordinario con el que Alemania daba por finalizada su presidencia semestral de la Unión Europea.

Los líderes europeos acordaron nombrar al español *Javier Solana* como próximo secretario general del Consejo de Ministros de la UE, car-

go que automáticamente le convertirá en el primer alto representante de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE, el conocido como *Mister PESC*, un puesto que ha sido creado por el Tratado de Amsterdam con el objeto de que Europa «hable al mundo con una sola voz».

La candidatura de *Solana* contó con el apoyo de los principales líderes socialistas europeos, y el gobierno de *Aznar*, que se vio en cierta medida sorprendido por la amplitud de apoyos recibidos por el español, asumió en última instancia como inevitable su nombramiento.

En todo caso, el nombramiento oficial deberá producirse en el curso del Consejo de Asuntos Generales (Exteriores) del 21 de junio, cuando también se determine la fecha en que el español entrará en funciones en su nuevo puesto, con el fin de permitirle terminar sus tareas pendientes como secretario general de la OTAN en el conflicto de Kosovo.

El español será, por tanto, una especie de «ministro» de Exteriores de la Unión, aunque sus funciones serán, en principio, bastante limitadas dado que la PESC es aún una política común incipiente. Su mayor campo de acción serán las relaciones con Rusia, ya que éstas quedaron definidas en Colonia como «una estrategia común de la UE», tarea que, a primera vista, no deberá resultarle muy fácil habida cuenta del rechazo que le demuestra el gobierno de Moscú por su liderazgo de la OTAN.

También deberá ocuparse *Solana* del «Pacto de Estabilidad para los Balcanes», y, en particular, de la creación de una «Agencia para el Sudeste de Europa» que aprobaron los Quince en la misma cumbre sobre una propuesta formulada por la Comisión Europea. Esta nueva Agencia, que deberá funcionar como entidad independiente, con mayor flexibilidad que la Administración de Bruselas, será la encargada de poner en marcha y coordinar los planes de reconstrucción de Kosovo y el conjunto de los Balcanes, en el marco de la Conferencia mundial para la región.

En la misma cumbre de Colonia fue nombrado secretario general adjunto del Consejo de Ministros *Pierre de Boissieu*, actual embajador permanente de Francia ante la UE.

El nombramiento de *Solana* reduce las posibilidades de que *Pedro Solbes* sea designado presidente del Banco Europeo de Inversiones, BEI, ya que no es habitual que personas de la misma nacionalidad copen un paquete de nombramientos.

En la misma cumbre de Colonia, los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE iniciaron la que puede ser considerada como una nueva etapa en la construcción de la Europa del siglo XXI: el esbozo de una estrategia de defensa común.

El debate entre los Quince se decantó por una política de defensa común basada en la integración de la Unión Europea Occidental, UEO, en las estructuras de la UE, con la creación de una serie de mecanismos, en-

tre ellos un Comité Militar, un Centro de satélites y unos Consejos conjuntos de los ministros de Exteriores y de Defensa.

La decisión, calificada por muchos como histórica, supondrá la creación de un órgano de defensa común, dotado de unas «fuerzas creíbles», para actuar «con o sin la OTAN». Supone, por ello, el principio de un cambio sustancial, ya que la UE podrá asumir, de forma autónoma, misiones de mantenimiento de la paz en el mundo.

La UE ha dado así un paso trascendental, al introducir la dimensión militar en el modelo de integración comunitaria, con el futuro desarrollo de una «identidad europea de defensa» que hará posible la intervención militar de los Quince en conflictos internacionales en los que EEUU se niegue a participar.

El primer ministro británico, *Tony Blair*, confirmó así el giro a la oposición tradicional de su país, y también dieron su visto bueno con limitaciones los cuatro países neutrales de la UE (Irlanda, Suecia, Finlandia y Austria). El primer ministro sueco, *Goran Persson*, subrayó que las operaciones militares de la UE «deberán limitarse a misiones de mantenimiento de la paz de acuerdo con la ONU» y se negó a que los neutrales se comprometan a defender la integridad territorial de sus socios comunitarios en caso de agresión.

La crisis de Kosovo ha sido, sin duda, un claro acicate para poner en marcha esta iniciativa de la defensa común, tantas veces debatida con anterioridad. La guerra en Yugoslavia ha puesto al descubierto las grandes carencias de la política exterior europea, ya que EEUU ha soportado el 90% del coste de la operación y los europeos han tenido que conocer, en muchas ocasiones, por el propio gobierno estadounidense los objetivos militares de las fuerzas aliadas.

Según los principales líderes europeos, «no se trata de acabar con la OTAN», sino de que «ésta ya no sea imprescindible». «Nuestro objetivo es adoptar las decisiones necesarias para que, al final del año 2000, se logre la inclusión de las funciones de la UEO», afirmaron en su declaración. Todo indica, por tanto, que la UEO se fusionará con la UE y que su principal responsable será Mister PESC, *Javier Solana*.

Lo que resulta incuestionable es que *Solana* ocupará el cargo de mayor proyección política de la UE, «la voz de Europa en el mundo», con lo que EEUU no podrá quejarse por más tiempo de que el viejo continente carece de un interlocutor y de un teléfono únicos.

Por último, debe destacarse que en el Consejo Europeo de Colonia se decidió la celebración de una nueva cumbre sobre el empleo en el primer semestre del 2000, bajo presidencia portuguesa. En este encuentro, que supondrá la continuación del celebrado en Luxemburgo en noviembre de 1997, los Quince «profundizarán en las reformas estructurales de las

Economías de la UE», en la coordinación más profunda de sus políticas macroeconómicas y en el desarrollo de las políticas de empleo», según afirmó el ministro español de Economía, *Rodrigo Rato*.

El Consejo de Colonia evidenció, en todo caso, que la Europa comunitaria no está aún en condiciones de asumir compromisos sobre reducciones concretas en la tasa de desempleo.

2.2. Comisión: Dimisión colectiva y nuevo presidente

Durante el primer semestre de 1999 ha continuado la grave crisis de la Comisión Europea, iniciada en diciembre de 1998 con el rechazo del Parlamento Europeo sobre «la descarga» del ejercicio presupuestario de 1996 presentada por el ejecutivo comunitario y que continuó con la fallida moción de censura de la misma Asamblea contra la gestión desarrollada por la Comisión, votada el 14 de enero.

Como consecuencia de esta votación parlamentaria de mediados de enero fue creado un «Comité de Sabios» que, en el plazo de dos meses, debía examinar los casos de nepotismo, fraude, corrupción y mala gestión detectados en el seno de la Comisión.

Así fue como el 15 de marzo el citado Comité presentó, efectivamente, su informe. En él, los sabios concluían que no habían encontrado pruebas de que ninguno de los comisarios estuviera implicado en actividades fraudulentas ni de que ninguno se hubiera enriquecido personalmente a consecuencia de fraudes, irregularidades o mala gestión. Esta opinión supuso el aprobado «moral» sobre las responsabilidades individuales de los comisarios, con algunas excepciones, como la de la comisaria francesa *Edith Cresson*, quien fue directamente acusada de favoritismo y de mala gestión, favoritismo por la contratación de una persona de su entorno que no estaba cualificada para ejercer las funciones que se le encomendaron, y mala gestión por los graves problemas detectados en la ejecución del programa de formación profesional «Leonardo».

Sin embargo, a pesar de este aprobado individual, el informe censuraba los mecanismos de contratación, de gestión y de control utilizados por la Comisión. En sus apreciaciones generales, el Comité decía haber encontrado una justificación recurrente en los testimonios de las personas investigadas, es decir, el desconocimiento que, en los máximos niveles de la Comisión comunitaria, se tenía de las situaciones de corrupción y fraude en niveles dependientes de ellos.

En su apartado más crítico, el informe concluía que «estas afirmaciones (de desconocimiento) constituyen en sí mismas la constatación

de un fracaso. El hecho de que los comisarios aleguen su ignorancia ante situaciones bien conocidas por sus servicios, incluso al máximo nivel del funcionariado, equivale a admitir que las autoridades políticas han perdido el control de la administración que, se supone, gestionan. Esta pérdida de control implica, ya de partida, una pesada responsabilidad, tanto de los comisarios a título individual como de la Comisión en su conjunto».

El informe también criticaba los mecanismos de contratación, el excesivo recurso a oficinas de asistencia técnica exterior y la imprevisión administrativa de Bruselas. Los sabios afirmaban no haber encontrado «ninguna traza de intento de apreciar por adelantado el volumen de medios necesarios cuando se establecía una nueva política» y que «los mecanismos de control financiero no han funcionado de manera eficaz». En su opinión, la actuación de la Unidad de Lucha contra el Fraude, UCLAF, ha sido deficiente e, incluso, «su intervención, en algunas ocasiones, ha retrasado los procedimientos, sin garantizar siempre un beneficio real».

Las graves acusaciones contenidas en el dictamen provocaron, de inmediato, una fuerte conmoción en medios e instituciones comunitarias, destacando particularmente la petición de dimisión de la Comisión por parte del grupo socialista del Parlamento Europeo, su principal valedor hasta entonces en la Cámara de Estrasburgo. Su líder, *Pauline Green*, sentenció entonces que «aunque no hay un comisario culpable, existe responsabilidad colectiva de la Comisión» y amenazó con presentar de inmediato una moción de censura contra *Santer* y su equipo si no se producía la renuncia voluntaria.

Efectivamente, esta moción no fue necesaria ya que, en la misma madrugada del 16 de marzo, *Jacques Santer* anunció la dimisión en pleno de toda la Comisión, en lo que constituyó una crisis sin precedentes en el ejecutivo comunitario y, por ende, en todo el entramado institucional de la UE.

Quizás por la propia magnitud de la crisis, los Quince quisieron demostrar su capacidad de reacción y así fue como los máximos dirigentes comunitarios, reunidos el 24 de marzo en el Consejo Europeo de Berlín, alcanzaron un consenso unánime sobre la identidad del sustituto de *Santer* al frente de la Comisión, *Romano Prodi*.

Prodi fue primer ministro de Italia entre 1996 y 1998 como líder de la coalición de centroizquierda *El Olivo*, y según los principales líderes comunitarios ofrece un perfil ideal para ocupar la presidencia del ejecutivo europeo: tiene bagaje político suficiente, conoce bien la Administración, puede demostrar una integridad personal indiscutible y una amplia experiencia económica (no en vano se le considera el principal artífice de la entrada de Italia en el euro).

Por otra parte, cumple dos de los tres requisitos no escritos, pero tradicionales, en la rotación de presidentes de la Comisión: es nacional de un país grande (frente al pequeño Luxemburgo del que era nacional *Jacques Santer*) y del sur (frente al gran ducado centroeuropeo). No cumple, sin embargo, el tercero, ya que *Prodi* es democristiano y no socialista, como correspondería a la sustitución del también democristiano *Santer*.

Con su elección vuelve a la máxima responsabilidad del ejecutivo comunitario, tras casi treinta años, un mediterráneo «auténtico». Fue a principios de los setenta cuando ostentó esta responsabilidad el también italiano *Franco Maria Malfatti*.

En los meses que siguieron a su designación, la UE atravesó un período de confusión jurídica, fruto de la inexistencia de precedentes en la dimisión de la Comisión y de la inminente elección de un nuevo Parlamento Europeo.

La solución finalmente adoptada ha consistido en la confirmación de *Prodi* por parte de la Asamblea saliente y la ratificación del resto del equipo de comisarios por parte de la nueva Asamblea resultante de las elecciones de junio.

Así fue como el 5 de mayo, tras presentar la víspera su programa de trabajo, el pleno del Parlamento Europeo procedió a votar la propuesta de los Quince para que *Romano Prodi* se convirtiese en el próximo presidente de la Comisión. El italiano obtuvo un amplio respaldo, con 392 votos a favor, 72 en contra y 41 abstenciones, un margen de confianza que la Cámara había negado en su momento a *Santer* (en su ratificación parlamentaria el luxemburgués apenas consiguió 20 votos de diferencia).

Según el procedimiento adoptado, *Prodi* no dará a conocer la lista de nuevos comisarios hasta mediados de julio. En esta selección, el italiano se ha visto beneficiado del mayor poder otorgado al presidente de la Comisión por el Tratado de Amsterdam, ya que, según las disposiciones de este nuevo Tratado, los diecinueve comisarios restantes deberán contar con su beneplácito previo, lo que le está permitiendo negociar «de tú a tú» con cada Estado miembro.

Una vez que se conozca la identidad de los candidatos a ocupar los demás puestos de la Comisión (aparte del propio *Prodi*), éstos deberán someterse a la votación del nuevo Parlamento Europeo que haya surgido de las urnas, lo que previsiblemente se producirá en septiembre, tras las correspondientes audiencias de cada comisario ante las comisiones parlamentarias.

Por tanto, no se espera que la nueva Comisión comience a ejercer sus funciones hasta mediados o finales de septiembre, tras la preceptiva votación de la Asamblea.

Por parte española, todo parece indicar que los dos puestos que le corresponden a nuestro país en la Comisión serán ocupados por *Loyola de Palacio*, cabeza de lista del PP en las elecciones europeas, y por *Pedro Solbes*, ex-ministro socialista de Economía.

En todo caso, es importante destacar los planes anunciados por *Prodi* en junio respecto al futuro equipo que dirigirá. Explicó a los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en Colonia que contará con dos vicepresidentes, dedicados a labores internas; uno dedicado a la reforma de la propia Comisión, dirigiendo carteras como la de control financiero interno y lucha antifraude, presupuesto y personal, y otro dedicado a las relaciones con el Parlamento.

Precisó que «cada cartera tendrá un área significativa de trabajo», con lo que evitará las comisarías de mero trámite, y afirmó en este sentido que «primero se definirán las carteras y después se asignarán a las personas más apropiadas de la lista». Las carteras de Exteriores seguirán repartidas entre cuatro comisarios distintos, aunque con un nuevo criterio de reparto, más temático que geográfico.

Asimismo, hizo hincapié en la necesidad de una «fuerte presencia de mujeres», recordando que el equipo de *Santer* incluye a cinco comisarias y que él no puede «presentarse con menos» ante la Cámara.

El próximo presidente aseguró que reducirá a seis el número de miembros de los gabinetes de cada comisario, que éstos trabajarán en los mismos edificios que sus servicios (abandonarán por tanto la sede central de la Comisión) y que hará rotar a los Directores Generales, evitando que una determinada nacionalidad se eternice en un determinado campo o ámbito de la actividad comunitaria.

Por otra parte, *Prodi* tiene intención de atribuirse a sí mismo el poder de destituir a los demás comisarios. «Espero de cada uno de los miembros de mi futuro equipo el compromiso de que dimitirán si me veo obligado a pedírselo», explicó. Tal declaración fue entendida entre fuentes comunitarias como un condicionamiento que impondrá a todos los candidatos para darles su conformidad, conformidad que es necesaria para ser presentados al Parlamento Europeo.

Prodi pretende, por tanto, pedir a cada comisario una carta de dimisión anticipada para los casos en que él lo solicite. El italiano no desea sino evitar que se repita la situación vivida por su predecesor *Santer*, quien finalmente se ha visto forzado a presentar la dimisión colectiva de la Comisión.

El anuncio de *Prodi* no dejó de sorprender en diferentes medios comunitarios, ya que, de alguna manera, supone una auto-atribución de competencias —forzar la dimisión individual de los comisarios—, un poder que ciertamente no está contemplado en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

2.3. Parlamento Europeo: Elecciones junio 1999

Por quinta vez en su historia, la UE eligió a sus representantes en la Cámara de Estrasburgo mediante sufragio universal directo. Los comicios, que tuvieron lugar durante la segunda semana de junio, se celebraron por primera vez de forma simultánea en los Quince Estados miembros (en las anteriores elecciones de 1994 no participaron Austria, Suecia y Finlandia).

Los resultados de la votación han estado marcados por dos datos: la baja tasa de participación y la derrota de los laboristas británicos y de los socialdemócratas alemanes.

Sólo en los países del sur y en aquellos del norte en los que el voto es obligatorio la participación alcanzó un nivel aceptable. Así, los españoles, sin duda arrastrados por las elecciones municipales y autonómicas, situaron su participación en el 64%, mientras los italianos, que siempre se han distinguido por su entusiasmo europeísta, alcanzaron una tasa de participación del 78% (la más alta de las registradas en los Quince excluidos los países en los que el voto es una obligación).

En cambio, el abstencionismo fue la nota dominante de la votación en el Reino Unido, país en el que únicamente el 23% de los ciudadanos acudió a las urnas. Este índice es ciertamente muy inferior a los registrados en los cuatro comicios anteriores. Tampoco en Holanda la participación superó el 30%, ya que se situó en el 29,9%.

En Alemania sólo el 45,2% de los votantes eligieron a sus representantes en Europa, lo que también supuso una tasa muy inferior a la registrada en las votaciones europeas anteriores. El índice de participación en Francia se situó en el 47%, lo que significó la mayor tasa de abstención en los 41 años de historia de la V República, con la excepción del referéndum sobre Nueva Caledonia.

La interpretación de este descenso generalizado en la participación podría encontrarse en el clima de desencanto europeísta que parecen vivir los ciudadanos de la «Europa rica», ciudadanos que, como sus gobiernos, cuestionan el coste que supone la construcción europea para sus bolsillos. Tampoco habría que olvidar el negativo efecto provocado por las denuncias de corrupción contra el entramado institucional comunitario y que hicieron dimitir a la Comisión Europea.

José María Gil-Robles, presidente en funciones de la Eurocámara, trató de restar importancia al fuerte abstencionismo de los comicios europeos recordando que en Estados Unidos la tasa de participación es inferior al 50% en las elecciones legislativas y que «nadie considera por ello que el Congreso norteamericano se encuentre falto de legitimidad».

La segunda nota dominante de las elecciones fue, efectivamente, la derrota de los laboristas británicos y los socialdemócratas alemanes. Los primeros han pasado de 61 diputados a tan sólo 30, y aunque en parte esta pérdida de escaños se explica por el cambio en el sistema electoral que ha pasado a ser proporcional, lo cierto es que también se ha interpretado como un claro voto de castigo a la gestión de *Tony Blair*.

Por su parte, el retroceso de *Schröder*, aunque importante, es menos espectacular: pasan de 40 a 33 diputados. El castigo se ha visto acompañado además por un descenso importante, de 12 a 7 escaños, para los Verdes, sus socios minoritarios en la coalición de gobierno.

La consecuencia directa del hundimiento de estos dos partidos, el laborista británico y el socialdemócrata alemán, adscritos ambos al Partido Socialista Europeo de la asamblea comunitaria, ha sido la victoria del Partido Popular Europeo.

Por primera vez en los veinte años de historia del Parlamento Europeo como institución elegida directamente por los pueblos de los Estados miembros, el grupo democristiano se convertirá en su primera fuerza política.

Los populares europeos ocuparán 225 escaños de los 626 totales (en la anterior legislatura ocupaban 201), 45 más que la segunda fuerza, el Partido Socialista Europeo, que se quedará en 180 diputados (muy por debajo de los 214 con los que contaba hasta ahora).

Por lo que se refiere a los resultados de la votación española, debe destacarse el recorte de la diferencia de 10 puntos que consiguió el PP sobre el PSOE en las europeas de junio de 1994, al verse reducida esta diferencia hasta algo más de cuatro puntos. El avance de los socialistas ha coincidido con una fuerte caída de Izquierda Unida.

De esta forma, el PP ha conseguido 27 escaños de los 64 en liza (ha perdido uno), el PSOE 24 (supera los 22 que consiguió en 1994) e IU 4 (menos de la mitad de los 9 que alcanzó hace cinco años).

Los nacionalistas de CiU mantienen sus tres escaños, al igual que la «Coalición Nacionalista-Europa de los Pueblos» (PNV, EA, ERC y Unión Mallorquina), que conserva los dos que consiguió en la anterior legislatura.

La novedad de la representación española en el Parlamento Europeo será, en todo caso, su mayor pluralidad, ya que otra coalición de partidos regionalistas, la denominada «Coalición Europea», formada por Coalición Canaria, Partido Aragonés, Partido Andalucista y Unión Valenciana, ha conseguido acceder al Parlamento Europeo con otros dos escaños. Y también se incorporan a la Asamblea Euskal Herritarrok, formación que recupera el escaño que perdió en los anteriores comicios, y el Bloque Nacionalista Galego, partido que accede por vez primera a la Cámara de Estrasburgo.

3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA

3.1. Política de competencia: Propuesta de descentralización

La Comisión Europea aprobó el 28 de abril un Libro Blanco sobre la política de competencia que puede significar un gran cambio en el control de los acuerdos entre empresas, de las fusiones y absorciones empresariales (que pudieran derivar en situaciones de abuso de posición dominante en el mercado europeo) y de las ayudas públicas.

El comisario responsable de competencia, *Karel van Miert*, explicó que el objetivo planteado es descentralizar determinadas decisiones en la materia, de tal forma que, efectivamente, en los supuestos de importancia menor —de menor cuantía—, sean las autoridades nacionales las competentes y las que adopten las decisiones correspondientes.

Si, tal como indica el documento, las aspiraciones de la Comisión se plasman finalmente en una Directiva, que debería aprobar el Consejo de Ministros (éste siempre estaría dispuesto a recortar los poderes de Bruselas), las competencias hasta ahora exclusivas de la Comisión para garantizar la libre competencia en el mercado comunitario serían asumidas parcialmente por organismos tutelares de la competencia en los Estados miembros.

Van Miert justificó la descentralización propuesta con tres argumentos: la insuficiencia de medios humanos con que cuenta la Comisión para atender la avalancha creciente de casos que se le presentan, la necesidad de concentrar esfuerzos en los casos más importantes y la existencia de organismos nacionales de tutela de la competencia en la práctica totalidad de los Estados miembros. Según el comisario, «el actual desbordamiento de nuestros servicios es la causa principal de los retrasos, y la descentralización resolverá el problema».

Bruselas se convertirá así en una especie de tribunal selectivo, ya que sólo conocerá los asuntos de mayor cuantía, y también deberá ser un «juez de segunda instancia», puesto que atenderá los recursos de quienes impugnen las decisiones de los organismos nacionales.

En todo caso, se plantea la duda de si esta descentralización no podrá convertirse en una renacionalización de competencias en toda regla.

Tales temores se fundamentan en el hecho de que los organismos nacionales sobre los que recaería esta parcela de la política común de competencia son de naturaleza y adscripción administrativa diversa. En España, por ejemplo, el Servicio de Defensa de la Competencia está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, y el Tribunal de la Competencia también está vinculado al gobierno.

El propio comisario reconoció, de hecho, sus dudas sobre la independencia de estos organismos en algunos países, con lo que no hizo sino

confirmar el interrogante sobre la verdadera naturaleza del proyecto, es decir, si será un paso «hacia adelante» (descentralización) o «hacia atrás» (renacionalización, es decir, entrega de una potestad comunitaria a los gobiernos de los Estados miembros).

3.2. La fiscalidad vasca: Recurso ante el Tribunal de Justicia y expediente de la Comisión

El pasado 4 de mayo se celebró en Luxemburgo la vista oral del recurso prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ante la Corte comunitaria, en relación a los incentivos fiscales a la inversión en el País Vasco.

Con tal motivo, los representantes de las instituciones vascas y del Estado hicieron frente común para defender el Concierto Económico ante el Tribunal comunitario y sostuvieron al unísono la tesis de que la fiscalidad vasca no vulnera el Tratado de Roma en materia de ayudas de Estado por tratarse de un sistema tributario de carácter general.

Por su parte, el letrado de la Comisión mostró argumentaciones sin gran solidez, ya que mostró su rechazo de que una entidad territorial de rango subestatal pueda constituir una referencia territorial válida para aplicar un régimen fiscal general. Según sus tesis, tal planteamiento pondría en serio compromiso todo el esquema de la Política Regional de la UE, dando lugar a «dumpings fiscales regionales».

A su vez, los abogados de la defensa apuntaron su sospecha de que la Comisión podría estar persiguiendo una armonización fiscal por vía indirecta, cuando sobre esta cuestión carece de competencias.

Por otra parte, y aunque todavía no ha sido aprobado oficialmente, la Dirección General de la Competencia de la Comisión se encuentra próxima a abrir un expediente contra dos de los más importantes incentivos fiscales a la inversión de las empresas vascas: las «vacaciones fiscales» (deducciones de la cuota del impuesto de sociedades) y los créditos tributarios del 45%, concedidos a aquellas empresas que superen un determinado umbral de inversión.

La inminente decisión ha sido interpretada por las instituciones vascas (gobierno autonómico y diputaciones forales) como una nueva ofensiva de Bruselas contra la soberanía fiscal vasca. Por su parte, el comisario *Van Miert* se ha defendido de tales acusaciones alegando que en absoluto discute la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma en materia fiscal, sino el uso que se hace de ella: «tenemos la impresión de que existe una aplicación arbitraria de esa capacidad normativa, y de que los niveles máximos de subvención se están viendo rebasados».

3.3. Competencia: Daewoo, Magefesa, la compensación a las eléctricas y las ayudas al sector naval público

La Comisión confirmó el pasado 24 de febrero que las ayudas otorgadas por las instituciones vascas a Daewoo para instalar una fábrica de frigoríficos en Vitoria violan las disposiciones del Tratado de Roma sobre la libre competencia.

En su dictamen, Bruselas señala dos tipos de ayudas ilegales: las subvenciones del 25% de la inversión concedidas por el Gobierno Vasco a través del programa «Ekimen» y el crédito fiscal otorgado por la Diputación Foral de Alava por el equivalente del 45% del importe de la inversión a través de una rebaja en el impuesto de sociedades.

El ejecutivo comunitario exigía en su decisión la devolución parcial de las subvenciones concedidas a Daewoo y, en concreto, en lo que a ayudas directas se refiere, Bruselas apuntó que la multinacional coreana no puede beneficiarse del 25% de subvención a las inversiones sino de un 20% como máximo. También reclamaba la devolución de 66,2 millones de pesetas, considerando como tal el beneficio obtenido por Daewoo, por la utilización gratuita primero y por la adquisición a precio ventajoso después, de la parcela de 100.000 metros cuadrados en la que se encuentra localizada la empresa. El consejero de Industria del Gobierno Vasco cifró entre 250 y 300 millones de pesetas la suma reclamada por Bruselas y que Daewoo debería devolver a la Administración.

A pesar de la condena expresa de las ayudas concedidas a Daewoo, la Comisión afirmaba en la misma decisión que en modo alguno ponía en cuestión la capacidad normativa de las Diputaciones Forales en material fiscal, postura que, efectivamente, fue corroborada por el propio comisario responsable de la competencia, *Karel Van Miert*, al declarar que con la decisión de la Comisión «no se pone en tela de juicio la legalidad del Concerto, sino una aplicación individual del mismo».

A pesar de estas declaraciones, forzadas al parecer por el comisario español *Marcelino Oreja*, el Gobierno Vasco y la Diputación de Alava recibieron la noticia con muestras de profunda indignación, por considerarla como un atentado contra el régimen fiscal autonómico. Y la patronal vasca, parte también afectada en la decisión, destacó que el pronunciamiento de Bruselas es ambiguo e introduce un componente de incertidumbre nada tranquilizador para las empresas.

En este contexto, y tal como habían anunciado ya meses antes, el Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Alava aprobaron el 20 de abril, de forma oficial, la presentación de sendos recursos ante el Tribunal de Justicia comunitario contra la decisión de la Comisión.

Por su parte, también el gobierno central decidió en abril presentar otro recurso ante el Tribunal de Luxemburgo contra el fallo de la Comisión sobre las ayudas recibidas por Magefesa, en el que exigía la devolución de 1.282,1 millones de pesetas en deudas contraídas por Indosa con la Seguridad Social y de otros 556 millones que el gobierno de Andalucía garantizó de diversas maneras a IDISUR, y por ser ambas sociedades continuadoras de la actividad del antiguo grupo Magefesa.

En las alegaciones presentadas, el gobierno español defiende la tesis de que el impago de cotizaciones a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública vasca por parte de Indosa y otras empresas «herederas» de Magefesa es consecuencia de la aplicación de una normativa de carácter general por la que se rige cualquier empresa incurso en un procedimiento de quiebra o con deudas ante ambas Administraciones, sin que, por tanto, dichas empresas hayan sido objeto de un trato diferenciado.

Asegura también el recurso que «no existe ventaja otorgada directa o indirectamente mediante fondos estatales, puesto que ninguna de las Administraciones concernidas ha condonado su deuda a estas empresas, habiéndose, por el contrario, ejercido todas las acciones legales a su alcance para hacer efectivos sus créditos».

En otro orden de temas, debe destacarse la postura crítica adoptada por la Comisión en relación a la reclamación que empresas eléctricas de doce Estados miembros, incluidas las españolas, han realizado ante sus Administraciones respectivas para afrontar el cambio liberalizador que se avecina en el sector. Reclaman, en definitiva, una compensación por los menores ingresos derivados del futuro cambio en el marco regulador del sector.

El comisario responsable de la competencia, *Van Miert*, advirtió que sólo aceptará aquellas ayudas que respondan a los costos «objetivos» derivados de la liberalización, con lo que las Administraciones afectadas, incluida la española, se verán forzadas a realizar un mayor esfuerzo en la defensa y justificación de sus propuestas de compensación. Ha sido en este mismo mes de junio cuando técnicos de la Comisión y de los gobiernos de los Quince han iniciado conversaciones para definir un método de cálculo de los «costes de la transición a la competencia», CTC, para las empresas eléctricas.

Por último, destaca la resolución de la Comisión de abrir un procedimiento de infracción contra España por ayudas ilegales de Estado en relación a los 18.451 millones de pesetas que Astilleros Españoles, AESA, recibió durante 1998 en concepto de deducciones fiscales especiales. Según Bruselas, esta aportación podría constituir un grave incumplimiento de lo estipulado en el programa de reestructuración de las empresas del grupo público del sector naval.

3.4. Desaparición de las tiendas libres de impuestos (duty-free) en los viajes interiores de la UE

La Comisión confirmó el pasado 17 de febrero la postura que mantiene desde 1991 sobre las tiendas libres de impuestos. De esta forma, las denominadas «duty-free» deberán dejar de beneficiarse de exenciones fiscales para las ventas intracomunitarias el próximo 1 de julio, cuando venza el período transitorio que los socios comunitarios se dieron hace ocho años para adaptar el sector al Mercado Interior.

Con su dictamen, Bruselas daba respuesta a la petición del Consejo Europeo de una prórroga del período transitorio, una vez que la poderosa confederación europea de tiendas libres de impuestos hubiera augurado la pérdida de 50.000 empleos sobre una plantilla total de 140.000 trabajadores. Sin embargo, el comisario *Mario Monti* desechó el alarmismo del sector y afirmó que la pérdida de empleos será irrelevante, de apenas algunos centenares. En su opinión, la demanda de estas tiendas no disminuirá de forma drástica porque sus clientes son «clientes cautivos» y porque, en todo caso, la demanda se trasladará a otros comercios normales, con lo que es improbable la una «incidencia cuantificable» en el paro.

Asimismo, el representante del ejecutivo comunitario afirmó que una eventual prórroga de la excepcionalidad en vigor «no haría sino retrasar la indispensable adaptación del sector» y perjudicaría a los operadores que ya han comenzado dicha adaptación. La Comisión indica, en este sentido, que los afectados se han beneficiado del período transitorio más largo de la historia europea.

Las ventajas fiscales en aviones, aeropuertos, puertos y buques discriminan además a otros transportes, como el ferroviario. Representan, en definitiva, una suerte de ayudas de Estado que distorsionan la competencia (los Estados pierden en impuestos unos 2.000 millones de euros anuales al mantener estos privilegios fiscales). El mantenimiento de los duty-free intracomunitarios impide, en todo caso, la desaparición de las nociones de importación y exportación dentro del Mercado Interior.

Las tiendas duty-free no desaparecerán el 1 de julio. Simplemente, los viajeros que se desplacen dentro de la UE no podrán comprar artículos libres de impuestos como venían haciendo, pero sí podrán seguir haciéndolo en viajes extracomunitarios.

3.5. Banca: Comisiones dentro de la zona euro

El pasado 16 de febrero, ocho grandes bancos europeos, entre ellos los españoles BBV y Argentaria, fueron sometidos a una inspección por sorpresa por parte de la Comisión Europea, en una operación encaminada

a verificar si estas entidades crediticias han establecido acuerdos para concertar el importe de las comisiones cobradas por el cambio de monedas pertenecientes a la zona euro, circunstancia que evidenciaría el falseamiento de la competencia en el Mercado Interior.

Aunque la fijación de comisiones es libre, en función de la operativa y de los costes de cada entidad de crédito, lo cierto es que, en muchos casos se ha producido la paradoja de la fijación de unas tarifas superiores a las que se cobraban con anterioridad al euro. En España, por ejemplo, las comisiones han quedado establecidas, a partir de enero de 1999, entre el 1 y el 3% del total de la operación, cuando antes eran inferiores al 1%.

Debe tenerse en cuenta que las comisiones bancarias por cambio de divisas tienen dos componentes: el riesgo del tipo de cambio que asume la entidad bancaria y el coste de la manipulación de los billetes físicos o de los apuntes informáticos. No parece entendible entonces que, habiendo desaparecido el primer componente entre las monedas del euro (desde el 1 de enero se aplican los tipos de conversión fijos e irrevocables), la comisión global aplicada haya aumentado en semejante proporción.

La inspección comunitaria podría concluir con la apertura de un procedimiento de infracción y, eventualmente, si se constatare la existencia de una práctica de concertación entre las entidades financieras para evitar la libre competencia entre sí, podría dar lugar a un expediente sancionador.

Bilbao, junio 1999



R. Besné Mañero / J.R. Canedo Arrillaga / B. Pérez de las Heras

La Unión Europea Historia, instituciones y sistema jurídico

La obra ofrece un análisis jurídico de la Unión Europea como etapa actual del proceso de integración europea. Sin desatender las pautas históricas de su configuración, el estudio se centra principalmente en el examen de la estructura institucional de la Unión Europea, así como de su realidad jurídica, planteando sus implicaciones en el Derecho y en los tribunales internos.

Desde el punto de vista metodológico, el texto aborda las cuestiones desde un punto de vista esencialmente teórico, en el que se intercalan, no obstante, el espíritu crítico y la observación práctica de los autores, las constantes referencias a la normativa comunitaria fundamental y la ineludible alusión a la aportación jurisprudencial; asimismo, se recogen las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam.

Zure egiteko guztiak badute gure laguntza

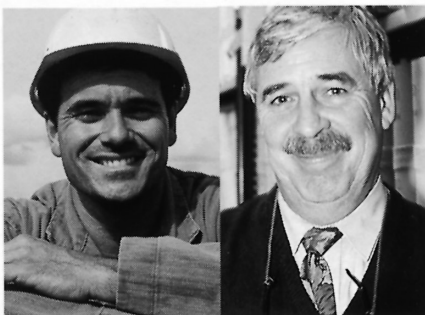
Todas sus empresas tienen nuestro apoyo

Gure ustez pertso-
nek erabakitzen
dute herri baten
geroa, beren ideia
eta proiektuen
bidez.

Guk egin nahi
duzun ekintza
handi hori gauza-
tzeko aukera eman-
go dizuten zirkuns-
tantiak erraztea
beste asmorik ez
dugu, gure zerbitzu
eta laguntzak eskai-
niz.

Porque creemos
que son las perso-
nas quienes, con
sus ideas y pro-
yectos, hacen
posible el futuro
de un país.

Con nuestros ser-
vicios y ayudas,
tan solo pretende-
mos facilitar las
circunstancias
que hagan posible
materializar esa
gran empresa que
pretende.



**Bizkaiko Foru
Aldundia**

Lan eta Ekonomi
Sustapen Saila

**Diputación Foral
de Bizkaia**

Departamento de Promoción
Económica y Empleo

Boletín de suscripción

Deseo suscribirme a la revista CUADERNOS EUROPEOS DE DEUSTO:

Suscripción anual: 3.000 ptas. o 18 euros (2 números)

Extranjero: 32 \$

Nombre:

Calle:

Localidad:

D.P.:

Provincia:

Teléfono:

Modalidades de pago

Talón nominativo a favor de: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto.

Giro bancario a la cuenta 0182/1290/36/0016521104, Banco Bilbao Vizcaya, Gran Vía 1, 48001 Bilbao, España (referencia: Instituto de Estudios Europeos).

Firma del titular

Firma

Fecha

Recortar y enviar en un sobre a la siguiente dirección:
Universidad de Deusto
Instituto de Estudios Europeos
Apdo. 1 -E48080 Bilbao

Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru
Aldundia

Ekonomi Sustapen
Saila

Diputación Foral
de Bizkaia

Departamento de Promoción
Económica



Universidad de
Deusto

Deustuko
Unibertsitatea

