

**LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE
SUBSIDIARIEDAD EN EL *MODUS OPERANDI*
DE LA COMUNIDAD EUROPEA**

José Martín y Pérez de Nanclares*
Profesor Asociado de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de La Rioja.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. CONCEPTO Y ORIGEN. 1. Antecedentes históricos. 2. Antecedentes jurídicos en el Derecho Comunitario. III. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU INSERCIÓN EN EL MARCO COMPETENCIAL COMUNITARIO. IV. LA BASE LEGAL GENERAL: EL ARTICULO 3B DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. V. LA CUESTION DE LA JUSTICIABILIDAD. VI. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

*Diplomado en Estudios Europeos y Doctor en Derecho en las Universidades de Saarbrücken (Alemania) y Salamanca.

“En el siglo XX habrá una Nación extraordinaria...será ilustre, rica, poderosa, culta, pacífica para el resto de la Humanidad...ella se llamará *Europa* y en los siglos siguientes, más aún transfigurada, la Humanidad”.

Victor Hugo, Paris 1867.

I. INTRODUCCION

Con la firma del Tratado de la Unión Europea (TUE)¹ en la ciudad del Limburgo holandés de la que ha tomado su nombre tenía lugar la más importante reforma de la que sin ambages puede ya considerarse como *Constitución* de la Comunidad Europea (CE)². El nuevo cuerpo normativo entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, después de que, no sin dificultades, se superasen, de acuerdo a lo previsto en el artículo R TUE, los obstáculos planteados por la cuestión danesa y toda vez que el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) despejara la senda ratificadora con una controvertida sentencia³ que relativiza buena parte de los principios informadores de las relaciones entre el Derecho Comunitario Europeo y los ordenamientos jurídicos de los Estados integrantes de la Unión Europea. El TUE supuso, en definitiva, un importante hito en el proceso de integración europea conducente a la consecución de una futura Unión Política Europea de corte federalizante⁴.

(1) El TUE, tras la correspondiente ratificación por todos los Estados miembros de la CE, entró en vigor, según lo previsto en los art. 96 TCECA, 236 TCEE y 204 TCEEA, el 1 de noviembre de 1993. Dentro de su complicada arquitectura, el art. G introduce las correspondientes modificaciones al Tratado de la CEE (TCEE), el cual abandona su vieja denominación para pasar a llamarse simplemente Tratado de la Comunidad Europea (TCE), esto es, desaparece el corsé terminológico que suponía el adjetivo de “económica” en relación a la Comunidad. Vid. texto del Tratado en *Diario Oficial de la CE* (DOCE) C 244 de 31.08.1992.

(2) El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha calificado en diferentes ocasiones los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas como una *Constitución*. en el asunto *los verdes contra el Parlamento Europeo* estableció expresamente que “la CEE es una *Comunidad de Derecho* en la medida que ni sus Estados miembros pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado” (TJCE sentencia de 23.04.1986, *as. 294/83 Los verdes/Parlamento Europeo*, Rec. 1986, pp. 1339-1373, fto. 23. Subrayados añadidos). Posteriormente, en el dictamen sobre el “Espacio Económico Europeo, el Tribunal confirmó que el “Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la *carta constitucional de una Comunidad de Derecho*” (dictamen 1/91, Rec. 1991, p. I-6079; subrayados añadidos).

(3) BVerfGE 89, 115 (se encuentra publicada en castellano en *Revista de Instituciones Europeas* 3/1993, pp. 975-1030) Un interesante comentario de ella se encuentra en STEIN, T.: “La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht”, en *Revista de Instituciones Europeas* 3/1994, pp 745-769.

(4) Un buen conjunto de artículos que comentan los principales aspectos del TUE se recogen en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia* 1992, D-17 y D-18.

En este contexto, coincidiendo con las enconadas discusiones políticas intrínsecas a un proceso ratificador de la dimensión encarnada por el TUE, se desencadenó en la doctrina un interesante debate jurídico en torno a una tríada de conceptos inseparables: el déficit democrático, la transparencia y la subsidiariedad. Se trata de tres conceptos sobre los que, de una u otra forma y no siempre de forma totalmente justificada, pivotan la mayoría de las críticas detractoras de las que es objeto la CE.

El primero de ellos hace referencia a la ya manida insuficiencia de poderes legislativos encomendados al Parlamento Europeo, el cual es la institución comunitaria depositaria de la legitimidad democrática e integrada por “representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad”, los cuales desde 1979 son “elegidos por sufragio universal directo” (arts. 137 y 138 TCE)⁵. Para combatir el déficit democrático el Acta Unica Europea de 1986 introdujo el procedimiento de cooperación con el Consejo (art. 189C TCE) y el TUE, por su parte, aporta un nuevo procedimiento de codecisión (art. 189B TCE)⁶, los cuales, si bien no colman plenamente el déficit aludido, suponen, sin duda, un decisivo paso adelante en la democratización del procedimiento decisorio comunitario⁷.

El concepto de transparencia, por su parte, se refiere al deseo del legislador comunitario de que las decisiones “se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos” (art. A apdo. 2º TUE), de tal suerte que se logre superar el alejamiento y oscuridad en que, a juicio de buena parte de las opiniones públicas de los Estados

(5) Cfr. el Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo, adoptada por Decisión del Consejo de 20.09.1976, DOCE L 278 de 08.10.1976.

(6) La operatividad concreta de estos procedimientos es detalladamente tratada en NAVARRO BATISTA, N.: *Parlamento Europeo y procedimiento normativo en las Comunidades Europeas* (tesis doctoral), Universidad de Salamanca, Salamanca 1994; OLESTI RAYO, A.: “El ámbito material de la participación del PE en la elaboración del derecho derivado comunitario”, en *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia* 1993, D-20, pp. 91-147, en particular pp. 125-138; PIQUERAS GARCIA, A.J.: *La participación del Parlamento Europeo en la actividad legislativa comunitaria*, Granada 1993.

(7) Sobre el significado jurídico del principio democrático en el proceso de integración europea puede consultarse HILF, M.: “Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den Europäischen Integrationsprozeß”, *Europarecht* 1/1984, pp. 9-40.

miembros, se ve sumida la actividad de las instituciones comunitarias⁸. La idea de base concatena este principio con el anterior por considerarse, utilizando los términos de la Declaración 17 aneja al TUE, que “la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración”.

Por último, el principio de subsidiariedad, introducido explícitamente por el artículo B *in fine* TUE y desarrollado en el artículo 3B TCE, parece haberse erigido para algunos en la nueva solución salomónica a todos los problemas, y no son pocos, con los que actualmente se enfrenta la CE⁹. Sin duda, pocos postulados jurídicos han alcanzado en un período de tiempo tan breve un grado de popularidad tal como el ya logrado por el concepto de la subsidiariedad. Su grado de inteligibilidad y transparencia, así como la determinación *ad casum* de su operatividad futura resultan, empero,

(8) Los Consejos Europeos, particularmente el de Edimburgo de diciembre de 1992, han adoptado diferentes medidas para lograr desarrollar *in concreto* este concepto. La Comisión, por su parte, ha publicado diversas Comunicaciones en el mismo sentido (vid. Comunicación 93/C, 63/03, relativa a una mayor transparencia en el trabajo de la Comisión, DOCE C 63 de 05.03.1993, p. 8; Comunicación 93/C, 166/04, sobre transparencia en la Comunidad, DOCE C 166 de 17.06.1993, p. 4). Se han adoptado igualmente un código de conducta (DOCE L 340 de 31.12.1992, p. 41) y dos Decisiones (DOCE L 340 de 31.12.1993, p. 43 y L 46 de 18.02.1994, p. 58) para el facilitar el acceso de los ciudadanos a los documentos del Consejo y de la Comisión. Un buen tratamiento jurídico post-Maastricht del principio de transparencia en su relación con el ya citado principio democrático se encuentra en LODGE, J.: “Transparency and Democratic Legitimacy”, *Journal of Common Market Studies* 3/1994, pp. 343-368. Una visión semejante, aunque matizada por la necesidad de no perder de vista el objetivo de preservar una eficacia institucional comunitaria, se ofrece por PIRIS, J.C.: “¿Son las instituciones comunitarias más eficaces, más democráticas y más transparentes después de Maastricht?”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia* 1994, D-22, pp. 45-128 (traducido del original inglés, “After Maastricht, are the Community Institutions More Efficacious, More Democratic and More Transparent?”, *European Law Review* 5/1994, pp. 449-487). Por último, por lo que respecta al acceso de los ciudadanos a los documentos como exigencia del principio de transparencia puede verse en MARTINEZ LAGE, S.: “La transparencia de las instituciones comunitarias: el acceso a los documentos”, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia* 1994, B-92, pp. 1-3.

(9) Una visión crítica ante este tratamiento del principio de subsidiariedad como “tema estrella”, vid. EMILIOU, N.: “Subsidiarity: Panacea or Fig Leaf?”, en O’KEEFFE, D./TWOMEY, P. M. (coord.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Ed. John Wiley &

sons, Londres-Nueva York-Toronto 1994, pp. 65-83.

inversamente proporcionales a la frecuencia con que este enunciado es tratado en los medios de comunicación y en el debate doctrinal¹⁰.

(10) De entre la ya inabarcable literatura existente al respecto cabría destacar la siguiente. En español, BOIXAREU CARRERA, A.: "El principio de subsidiariedad", *Revista de Instituciones Europeas* 3/1994, pp. 771-808; CARRO MARTINEZ, A.: "La Unión Europea y el principio de subsidiariedad", *Revista de Administración Pública* 1991, pp. 217-252; FÓNSECA MORILLO, F.: "Legitimidad democrática: El principio de subsidiariedad" en *Europa-Junta/Revista de Información Comunitaria* (Sevilla), nº 11, 1991, pp. 5-20; MANGAS MARTIN, A.: "El Tratado de la Unión Europea. Análisis de su estructura general", *GJ de la CE y de la Competencia* 1992, D-17, pp. 13-62 (especialmente pp. 40-48); MARTIN Y PEREZ DE NANCALRES, J.: "El principio de subsidiariedad en el TUE", en *TAPIA-Publicación para el mundo del Derecho*, mayo 1993, pp. 9-13; MILLAN MORO, L.: "El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea y las Comunidades Autónomas", *Europa-Junta*, mayo 1994, p. 5. **En francés**, CONSTANTINESCO, V.: "La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne", en *Aussenwirtschaft (Schweizerische Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen)* II-IV, 7/1991, pp. 440-459; DEHOUSSE, F.: "La subsidiarité, fondement constitutionnel ou parament politique de l'Union Européenne?", en *AAVV: Liber amicorum E. Krings*, 1991, p. 51; GERVEN, W. van: "Les principes de «subsidiarité, proportionnalité et coopération» en droit communautaire européen", en *AAVV: Hacia un orden internacional y europeo (Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco)*, Ed. Civitas, Madrid 1993, pp. 1281-1292. en particular pp. 1282-1287; LENAERTS, K./YPERSELE, P. van: "Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE", en *Cahiers de Droit Européen* 1-2/1994, pp. 3-85; MATTERA, A.: "Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes", *Revue du Marché Unique Européen* 2/1991, pp. 7-10; PERISSISCH, R.: "Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la communauté dans les années à venir", *Revue de Marché Unique Européen* 3/1992, pp. 5-11. **En inglés**, puede consultarse entre otros BERMANN, G.A.: "Subsidiarity and the European Community", en *Hastings International and Comparative Law Review* 1993, pp. 97-112; CASS, D.Z.: "The Word that saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community", en *Common Market Law Review* 6/1992, pp. 1107-1136; CONSTANTINESCO, V.: "Who's afraid of subsidiarity?", en *Yearbook of European Law*, vol 11, 1991, pp. 33-35; EMILIOU, N.: "Subsidiarity: An Effective Barrier Against the Enterpreses of Ambition", en *European Law Review* 1992, pp. 383-407; KAPTEYN, J.C.: "Community Law and the Principle of Subsidiarity", en *Revue des Affaires Européennes* 2/1991, pp. 35-43; KERSBERGEN, K. van/VERBEEK, B.: "The Politics of Subsidiarity in the European Union", en *Journal of Common Market Studies* 2/1994, pp. 215-236; PENNING, F.: "Is the subsidiarity principle useful to guide the European integration process?" en *Tilburg Foreign Law Review* 2/1992, pp. 153-163; TOTH, A.G.: "The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty", *Common Market Law Review* 1992, pp. 1079-1105; WILKE, M./WALLACE, H.: *Subsidiarity: Approaches to Power Sharing in the European Community*, RIIA, Londres 1990. **En alemán** destacan HEINTZEN, M.: "Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft", en *Juristenzeitung* 1991, pp. 316-324; KAHL, W.: "Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Artikel 3B EG-Vertrag" en *Archiv des öffentlichen Rechts* 3/1993, pp. 414-446; LECHELER, H.: *Das Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip einer europäischen Union*, Dunkcker & Humblot, Berlin, 1993; PIEPER, S.: *Subsidiarität - Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen*, Ed. Carl Heymanns, Colonia 1994; PIPKORN, J.: "Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union" en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 22/1992, pp. 697-700; SCHMIDHUBER, P./HITZLER, G.: "Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1992, pp. 720-725; SCHIMA, B.: *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena 1994; STEIN, T.: "Subsidiarität als Rechtsprinzip?", en MERTEN, D. (coord.): *Die Subsidiarität Europas*, Ed. Duncker & Humblot, 2ª ed, Berlín 1994, pp. 23-40; STEWING, CLEMENS: "Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzverteilungsregel im Europäischen Recht", en *Deutsches Verwaltungsblatt* 23/1992, pp. 1516-1518. **En italiano** vid. VANDELLI, L.: "Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione europea", en *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario* 3/1993, pp. 379-397.

El presente estudio se consagrará al estudio de la incidencia que este último principio, estrechamente relacionado con los dos anteriores, tiene sobre el *modus operandi* de la CE. Así, se rastrearán brevemente los antecedentes históricos y jurídicos del principio de subsidiariedad en busca de un concepto general (II) que sirva de trampolín para realizar una incursión en el marco competencial comunitario (III), previa al análisis exegético del artículo 3B TCE y sus requisitos operativos (IV). Cuestiones primordiales a tratar serán la justiciabilidad de la subsidiariedad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) (V) y su eventual efecto retroactivo en relación con normas comunitarias ya aprobadas y que, tomando como parámetro de referencia el actual principio de subsidiariedad, carecería de la cobertura competencial exigida (VI). El trabajo concluirá con una recapitulación que recogerá las preceptivas consideraciones finales (VII).

II. EL CONCEPTO DE LA SUBSIDIARIEDAD

1. Antecedentes históricos.

El principio de subsidiariedad no es un enunciado jurídico que haya surgido de pronto por generación espontánea¹¹. Más bien, nos encontramos ante un viejo postulado¹² cuyas raíces filosóficas podrían remontarse a las doctrinas aristotélica y tomista¹³. Su antecedente más cercano se ha querido situar en la doctrina social de la iglesia¹⁴. Las encíclicas *Quadragesimo Anno* (1931) y *Pacem in terris* (1963), así como la doctrina elaborada por el jesuita alemán Nell-Breuning¹⁵ recogen efectivamente un principio que

(11) Para analizar el principio de subsidiariedad en su perspectiva histórica, vid. por todos MILLON-DELSO, Ch.: *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, P.U.F., París 1992.

(12) Sobre sus orígenes históricos vid. MILLON-DELSO, C.: *Le principe de subsidiarité: origines et fondements*, Cahier de l'Institut de la Boétie, París 1990, especialmente p. 4 y ss.

(13) Entre los autores que sitúan el origen del principio de subsidiariedad en la doctrina de Sto. Tomás de Aquino, vid. v.gr. SIDJANSKI, D.: *L'avenir fédéraliste d'Europe*, París 1992, especialmente p. 302; FONSECA MORILLO, F.: *loc. cit.*, pp. 7-8.

(14) Para analizar este principio a la luz de la doctrina social de la Iglesia, vid. IBAÑEZ LANGLOIS, J.M.: *Doctrina social de la Iglesia*, Ed. EUNSA, Pamplona 1990; MAGAGNOTTI, P. (ed.): *Il principio de sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, Edizioni Studio Domenicano, Bolonia 1991; BERTRAMS, W.: *Das Subsidiaritätsprinzip in der Kirche*, Berlin 1947.

(15) NELL-BREUNING, O. von: "Das Subsidiaritätsprinzip", en AAVV, *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, tomo 7, 6ª edición, Freiburg 1962, p. 826.

prima facie parece asimilable al de subsidiariedad: en aquellos supuestos en que la entidad superior sustraiga a los órganos inferiores lo que éstos podrían conducir por su cuenta de forma eficaz, aquella estaría lesionando el principio de justicia. Se trataba, en realidad, de preservar la esfera personal y familiar frente a la creciente “intrusión” de un nuevo modelo estatal que ya no se ajusta a los cánones del Estado liberal tradicional. En modo alguno puede ser considerado como un verdadero antecedente jurídico del principio de subsidiariedad que recoge el TUE¹⁶. En realidad, actúa simplemente como una garantía de la libertad individual en la separación vertical entre la esfera individual/familiar y la estatal¹⁷. El acomodo jurídico de la subsidiariedad, sin perjuicio de que en sus dimensiones filosófica o política sea otro, lo ofrece la teoría de la autonomía local, desarrollada en Alemania por Lorenz Von Stein¹⁸ y, sobre todo, la concepción federalista suiza¹⁹ austríaca²⁰ y alemana²¹.

(16) En sentido contrario se muestra la mayor parte de la doctrina, la cual de forma generalizada sitúa el origen jurídico del principio de subsidiariedad en la doctrina social de la iglesia. Cfr. a título de ejemplo ADONIS, A./JONES, S.: “Subsidiarity and the European community’s Constitutional Future, *Staatswissenschaften und staatspraxis* 1991, p. 179, especialmente p. 183; BARNES VAZQUEZ, J: *op. cit.*, p. 518; ISENSEE, J.: *op. cit.*, pp. 28-30; CARRO MARTINEZ, A.: *op. cit.*, p. 232; CONSTANTINESCO, V.: “Subsidiarität: zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union”, *Integration (Beilage zur Europäischen Zeitung)* 1990, p. 155, especialmente pp. 175-176.

(17) Vid. *in extenso* BARNES VAZQUEZ, J: *op. cit.*, pp. 518-519, particularmente nota 30.

(18) Cfr. SCHMIDT-JORTZIG, E./SCHINK, A.: *Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung*, Colonia 1982.

(19) La Constitución federal de la Confederación suiza de 1874 parece recoger implícitamente el principio de subsidiariedad en su artículo 3, cuando establece que “los cantones son soberanos en tanto y cuanto su soberanía no esté limitada por la constitución federal y, como tales, ejercen todos los derechos que no le hayan delegado al poder federal”.

²⁰Sobre la operatividad del principio de subsidiariedad en el Estado federal austríaco, vid. WEISS, J.: “Die Subsidiarität zwischen Bund und Ländern nach österreichischen Verfassungsrecht”, en MERTEN, D. (coord.), *op. cit. (Die Subsidiarität)*, pp. 53-50.

(21) Cfr. ISENSEE, J.: *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin 1968 (especialmente p. 37 y ss); HERZOG, R.: “Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung” en *Der Staat* 1963, pp. 399-402; STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª edición, 1994, tomo 1, § 19 II 4 (con abundantes referencias bibliográficas). En relación a su operatividad concreta en la Ley Fundamental de Bonn cfr.

En el modelo constitucional alemán de postguerra, paradigma federal por antonomasia, la subsidiariedad se ha configurado como clave de bóveda sobre la que se apoya el reparto interno de competencias entre la Federación (*Bund*) y los Estados (*Länder*). La Ley Fundamental de Bonn de 1949 (LFB), en realidad no recoge *expressis verbis* el principio de subsidiariedad, mas sin duda alguna inspira claramente al menos los capitales artículos 2-1º, 6, 9, 28-2º, 30, 70-1º y, sobre todo, el 72-2º. En torno a estas disposiciones y a la decidida interpretación que de ellas ha realizado el Tribunal Constitucional Federal se configura lo que en la concepción anglosajona se denomina *co-operative federalism*. Así, en el modelo constitucional alemán “el ejercicio de los poderes públicos y el cumplimiento de las funciones públicas competen a los *Länder* en tanto que la Ley Fundamental no dicte o admita una disposición en contrario” (art. 30 LFB), de tal forma que “los *Länder* ostentan la facultad legislativa en cuanto la Ley Fundamental no la confiera a la Federación” (art. 70-1º LFB) en su catálogo de competencias exclusivas (art. 73 LFB). Por tanto, cuando las competencias atribuidas a la Federación sean de naturaleza exclusiva “los *Länder* tienen la facultad de legislar únicamente en el caso y en la medida en que una ley federal les autorice expresamente para ello (art. 71 LFB). Respecto a las competencias concurrentes, igualmente recogidas en un catálogo *ad hoc* (art. 74 LFB), la Federación tiene la facultad de actuar por ley federal “cuando un asunto no pudiese ser regulado satisfactoriamente por la legislación de los *Länder* [criterio de insuficiencia de la actuación inferior y correlativa necesidad de intervención federal], cuando la regulación de un asunto por ley de *Land* pudiese afectar a los intereses de otros *Länder* y a los intereses generales o cuando lo requiera el mantenimiento de la unidad jurídica o económica, especialmente el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un *Land* “ (art. 72-2º LFB).

En definitiva, la inclusión del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht no es tan novedosa como se pretende mostrar por determinados autores²². Más bien, surge mucho antes para

KIMMINICH, O. : “Das Subsidiaritätsprinzip und seine Auswirkungen im geltenden Verfassungsrecht” en *Politische Studien* 1987, p. 587; SÜSTERHENN, A.: “Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz” en *Festschrift Höffner Bischof von Münster*, 1966, p. 227; ZUCK, R.: *Subsidiarität und Grundgesetz*, Munich 1968.

(22) Cfr. WIMMER/MEDERER: “Das Subsidiaritätsprinzip und seine Entdeckung durch die EG”, en *Österreichische Juristenzeitung* 1992, pp. 586-590, quien habla del descubrimiento del principio de subsidiariedad por la CE. Probablemente resultaría mucho más adecuado sustituir la supuesta *Entdeckung* por una *Wiederentdeckung*.

combatir la necesidad de buscar criterios eficaces de reparto de competencias entre diferentes niveles de poder que aspiran a mantener o ampliar sus respectivos ámbitos competenciales. Dentro del esquema federal opera en principio como una presunción en favor del ente inferior.

2. Antecedentes jurídicos en el Derecho Comunitario.

Pero es que incluso en el marco comunitario, el TUE no hace sino redescubrir un principio que, de forma silenciosa, ya había tenido acogida en el Derecho Comunitario mucho antes de su expresa inclusión en el Tratado. Tanto el Derecho originario como el derivado lo incluían implícitamente²³. Dentro del primero, destacan fundamentalmente el artículo 5 TCECA y, sobre todo, el artículo 130R-4º TCEE -en la redacción que le dio el Acta Unica Europea de 1986-, según el cual la Comunidad sería competente en materia de Medio Ambiente únicamente cuando los objetivos a perseguir pudiesen ser alcanzados *mejor* por la Comunidad que por los Estados miembros²⁴. A mayor abundamiento, incluso la controvertida cláusula de imprevisión del artículo 235 TCE recoge indirectamente el principio de subsidiariedad cuando establece como requisito ineludible para su operatividad el criterio de la “necesidad de actuación comunitaria”²⁵. De una forma más difusa se traslucía también este principio en los artículos 57 TCECA y 3h, 67, 85 y 100A TCEE²⁶. Y dentro del Derecho derivado se considera que ya

(23) Algún autor equipara parcialmente el principio de subsidiariedad con el de atribución limitada de competencias, vid. PIEPER, S.: *op. cit.*, pp. 708-709.

(24) La práctica totalidad de la doctrina acepta esta afirmación, cfr. GLAESNER, B.H.J.: “Umwelt als Gegenstand einer Gemeinschaftspolitik”, en RENGELING, H.W. (coord.), *Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik*, Colonia 1988, p. 1, especialmente p. 8; KRÄMER, L.: “The Single European Act and Environment Protection: Reflections on Several New Provisions in Community Law”, en *Common Market Law Review* 1987, p. 659, especialmente p. 665; SCHIMA, B.: *op. cit.*, pp. 70-74; WIEGAND, B.: “Bestmöglicher Umweltschutz als Aufgabe der Europäischen Gemeinschaften”, en *Deutsches Verwaltungsblatt* 1993, p. 533-544, especialmente p. 541-542; ZULEEG, M.: “Umweltschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs”, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, pp. 31-36, en particular p. 34.

Otros autores consideran este precepto más como una manifestación de una “cláusula de optimización” que de una manifestación del principio de subsidiariedad, vid. PERNICE, I.: “Kompetenzordnung und Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts”, en *Die Verwaltung* 1989, p. 1-14, en particular pp. 34-35; SCHEUNING, D.H.: “Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte”, en *Europarecht* 1989, p. 152, especialmente p. 164.

(25) En sentido contrario se expresa TOTH, A.G.: *loc. cit.*, p. 1082. Vid. *infra*, apdo. III.

(26) Vid. al respecto MATTERA, A.: *loc. cit.*, p. 8; SCHIMA, B.: *op. cit.*, pp. 55-70.

algunas Directivas y Reglamentos incluían en su concepción y articulado la subsidiariedad²⁷.

Por otra parte, buen número de los más importantes documentos, informes y proyectos comunitarios muy anteriores al TUE hacían referencia explícita a la subsidiariedad²⁸. En 1975 en el importante *Rapport sur l'Union Européenne* se proponía el principio de subsidiariedad como contrapeso al riesgo de construcción de un *super-Estado* centralizado, de tal suerte que “*Ne seront attribuées à la l'Union que les tâches que les États membres ne pourront plus accomplir avec efficacité*”²⁹. Posteriormente, el Informe McDougall de 1977 también se refiere a este principio al tratar la distribución de competencias que en materia financiera pudiera establecerse entre la Comunidad y los Estados miembros.

Un paso decisivo en esta misma dirección lo dio el artículo 12 del proyecto de Tratado de Unión Europea presentado en 1984 por el Parlamento Europeo a partir del plan Spinelli, el cual recoge explícitamente y con carácter general la actuación subsidiaria de la Unión: “La Unión sólo intervendrá para realizar aquellas funciones que puedan ser emprendidas en común de una manera más eficaz que por los Estados miembros separadamente, especialmente aquellas cuya realización exija la acción de la Unión, dado que su dimensión o sus efectos sobrepasan las fronteras nacionales”³⁰. Este precepto era en su formulación mucho más favorable a los intereses comunitarios que el actual artículo 3B TCE ya que no exigía que los Estados miembros fueran incapaces de operar (criterio

(27) Vid. v. gr. Reglamento 4064/89 del Consejo de 21.12.1989, DOCE L 395; Directiva 79/409/CEE para la protección de las aves, JOCE L 103, p. 1 o el proyecto de Directiva para el mercado único en materia de gas y electricidad, Doc. COM (91) 548 final. En la doctrina puede consultarse BRITTAN, L.: “Subsidiarity in the Constitution of the European Community”, en *Europe-Dokumente* n° 1786 de 18.06.1992, especialmente referido al Reglamento citado; SCHIMA, B.: op. cit., pp. 74-76.

(28) Cfr. BARNES VAZQUEZ, J.: op. cit., pp. 522-526; FONSECA MORILLO, F.: loc. cit., pp. 10-14; CARRO FERNANDEZ, A.: loc. cit., pp. 217-220;

(29) Bulletin CE, supplement 6/75.

(30) Doc. PE A3-163/90, JOCE C 77 de 19.03.1984, p. 33. Un excelente comentario de este proyecto se encuentra en CAPOTORTI, F./HILF, M./JACOBS, F./JAQUE, J.P.: *Le traité d'Union européenne. commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 février 1984*, Université Libre de Bruxelles, Bruselas 1985. También se encuentra disponible en inglés (*The European Union Treaty - Commentary on the draft adopted by the European Parliament on 14 February 1984*, Oxford 1986) y alemán (*Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Union - Kommentar zum Entwurf des Europäischen Parlaments*, Baden-Baden 1986). En castellano puede consultarse JIMENEZ BLANCO, A.: “El proyecto de Tratado de la Unión Europea”, en GARCIA DE ENTERRIA, E./ GONZALEZ CAMPOS, D./ MUÑOZ MACHADO, S. (coord.), *Tratado de Derecho Comunitario*, Ed. civitas, Madrid 1986, tomo 1, pp. 193-249.

de la necesidad), sino simplemente que la Comunidad pudiera actuar de forma más eficaz que ellos (mero criterio de la eficacia), eso sí, siempre que la acción pretendida no fuese por sus efectos-meramente nacional (criterio de la supranacionalidad). Como es bien sabido, el proyecto del Parlamento Europeo corrió la misma suerte que otros intentos anteriores encaminados a ampliar notablemente el arco competencial comunitario.

Posteriormente hay que esperar hasta el Informe Delors de 1989 sobre la Unión Económica y Monetaria para encontrar una nueva referencia al principio de subsidiariedad. En esta ocasión, al tratarse la vertiente financiera de la Comunidad, se considera la subsidiariedad como “*an essential element in defining the appropriate balance of power within the Community*”³¹.

Por último, cabe subrayar, como precedente inmediato del artículo 3B TCE, el informe Giscard sobre el principio de subsidiariedad, el cual fue votado por el Parlamento Europeo en su sesión de 21 de noviembre de 1990 e incluía el referido principio proponiendo una redacción muy similar a la posteriormente adoptada en la Conferencia Intergubernamental que aprobó el TUE³².

III. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU INSERCIÓN EN EL MARCO COMPETENCIAL COMUNITARIO

Ciertamente, como afirma Jean Victor Louis, “los Tratados comunitarios, contrariamente a las constituciones federales, no atribuyen esferas completas de competencia a las instituciones comunitarias y, por otra parte, lo que por regla general priva a los Estados de la posibilidad de intervenir mediante actos incompatibles con las normas comunes no es la atribución de competencias como tal, sino el ejercicio de las mismas”³³. Con todo, salvando diferencias puntuales, el sistema competencial comunitario en el que se inserta el

(31) Cfr. particularmente el capítulo II del Informe.

(32) DOCE C 231 de 17.09.1990, p. 163 y DOCE C 234 de 24.12.1990, p. 167.

(33) LOUIS, J.V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Colección Perspectivas Europeas, 4ª ed., Bruselas-Luxemburgo 1991, p. 17 *in fine*.

principio de subsidiariedad³⁴ no es tan diferente del diseñado por la Ley Fundamental de Bonn, si bien en la CE rigen una serie de principios típicamente comunitarios que impiden trasladar mecánicamente el modelo alemán de la subsidiariedad. Como principio general, las competencias son de los Estados salvo que el Tratado las atribuya expresamente a la Comunidad, principio éste recogido en los artículos E TUE. así como los artículos 3B-1º y 4 TCE y bautizado por la doctrina y jurisprudencia del TJCE³⁵ como principio de atribución limitada de poderes (*principe de pouvoirs d'action limités, principe of limited powers, Prinzip der begrenzten Ermächtigungen*): las instituciones comunitarias, en el marco de delimitación vertical de competencias, no ostentan un poder general para adoptar todos los actos que resulten adecuados para favorecer el proceso de integración europea, sino tan sólo aquellos para los que disponga de cobertura competencial suficiente en el Tratado.

Este principio general es matizado, sin embargo, por la cláusula de imprevisión del artículo 235 TCE y sus concordantes en los restantes Tratados³⁶: en los supuestos en que para lograr alguno de los objetivos de la Comunidad resulte precisa una acción de ésta y el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios, el Consejo podrá adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, las disposiciones pertinentes. Cuatro son, por tanto, los requisitos para que pueda operar este primer correctivo de la teoría sobre la competencia de atribución, a saber, a) falta de previsión en el Tratado de los poderes de acción necesarios, b) perseguir el logro de uno de los objetivos de la Comunidad, c) hacerlo en el funcionamiento del mercado común y

(34) En general sobre el sistema competencial comunitario, vid. TIZZANO, A.: "Las competencias de la Comunidad", en AAVV, *Treinta años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1981, pp. 45-86.

(35) Cfr. por todos Abogado General DUTHEILLET DE LAMOTHE, conclusiones al as. 22/70 *Comisión/Consejo (AETR)*, Rec. 1971, pp. 285-296 (especialmente p. 294)

(36) El artículo 203 del Tratado EURATOM reproduce la redacción del artículo 235 TCE aunque prescindiendo del inciso relativo al "funcionamiento del mercado común". El artículo 95-1º T CECA establece por su parte lo siguiente: "En todos los casos no previstos en el presente Tratado en que resulte necesaria una decisión o una recomendación de la Comisión para alcanzar, durante el funcionamiento del mercado común del carbón y del acero y de conformidad con las disposiciones del artículo 5, uno de los objetivos de la Comunidad, tal como están definidos en los artículos 2, 3 y 4, dicha decisión podrá tomarse o dicha recomendación podrá formularse con dictamen favorable del Consejo emitido por unanimidad, previa consulta al Comité consultivo". Véase igualmente art. 13 del Acta sobre elección directa del Parlamento, cit..

d) necesidad de la acción de la Comunidad³⁷. Con esta polémica apertura competencial se ha dotado al entramado jurídico comunitario de un importantísimo instrumento para el desarrollo de la Comunidad, el cual ha sido frecuentemente usado, en especial durante el tiempo comprendido entre la finalización del período transitorio y la aprobación del Acta Unica Europea³⁸. Ahora bien, el alcance jurídico de este precepto no debe ser mal interpretado, ya

(37) En este sentido (partidarios de estos *cuatro requisitos*) vid. SCHWARTZ, I. E.: “Art. 235”, en GROEBEN/THIESING/EHLERMANN: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4ª edición, Baden-Baden 1991, Tomo 4, pp. 5754-5835 (especialmente pp. 5779-5820, apdos. 52-164); *ibidem*: “EG-Rechtsetzungsbefugnisse, insbesondere nach Art. 235 -ausschließlich oder konkurrierend” en EVERLING, U./SCHWARTZ, I.E./TOMUSCHAT, C. (editores): *Die Rechtsetzungsbefugnisse der EWG in Generalermächtigungen, insbesondere in Art. 235 EWGV, Europarecht* 1976 (cuadernillo especial monográfico) pp. 27-44, traducido al francés en *Revue du Marché Commun* 1976, pp. 280-290 y al inglés en *The International and Comparative Law Quarterly* 1978 pp. 614-628.

Otros autores (ej. MARENCO, G.: “Les conditions d’application de l’article 235 du Traité CEE”, en *Revue du Marché Unique* 1970, pp. 147-157) hablan de *tres requisitos* en lugar de cuatro: alcanzar un objetivo de la Comunidad (pp. 148-150), que la acción de la Comunidad sea necesaria (pp. 150-151) y que el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios (pp. 151-154), incluyendo el del funcionamiento del mercado común en el primero. En este mismo sentido vid. v. gr. LOUIS, J.V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 4ª edición, Bruselas-Luxemburgo 1991, p. 62 (apdo. 43); MANGAS, MARTIN, A.: *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español*, 2ª edición, Madrid 1987, pp. 31-35 (especialmente pp. 34-35).

(38) Hasta 1972 apenas fue usado para determinadas acciones en el campo de de la Agricultura y Unión Aduanera. Después se extendió a campos como *Política Social* (Regl.337/75 de 10.02.1975 sobre creación de un centro europeo paara el fomento de la formación profesional, DOCE L 39 de 13.02.1975, pp. 1-4; Regl. 1365/75 de 16.06.1975 sobre creación de unafundación europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo, DOCE L 139 de 30.05.1975, pp. 1-4; Directiva 76/207/CEE de 09.02.1976 sobre puesta en práctica del principio de igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso al empleo, formación y promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, DOCE L 39 de 14.02.1976, pp. 40-42), *libertad de circulación* (Directiva 75/34/CEE de 17.12.1974 relativa al derecho de permanencia de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en éste una actividad no asalariada, DOCE L 14 de 20.01.1975, pp. 10-13; Directiva 75/35/CEE de 17.02.1975 ampliando el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE sobre orden público, DOCE L 14 de 20.01.1975, p. 14; Regl. CEE/Nº 1390/81 de 12.05.1981 para la aplicación a los familiares de los trabajadores no asalariados y sus familiares del reglamento sobre Seguridad social para trabajadores asalariados, DOCE L 143 de 29.05.1981, pp. 1-32).

Por otra parte entre 1973 y 1988 se amplió el campo de actuación comunitario en el campo de *Política de investigación* no incluida en el Tratado EURATOM (85 acciones desde 1973), *Medio Ambiente* (77 desde 1974), *Política Regional* (14 desde 1975) y *sistema monetario europeo* (143 acciones desde 1978). Posteriormente fueron introducidas por el AUE en los artículos 130 F-G, 130 R-T, 130 A-E y 102A respectivamente.

que, en modo alguno, puede deducirse de él una competencia-competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) en el sentido dado a este concepto de genuino cuño alemán en el Derecho constitucional. El mecanismo de modificación del Tratado, recogido hasta noviembre de 1993 en el artículo 236 TCEE y actualmente en el artículo N TUE, opera en todo caso como límite; cada institución actúa dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado; y nunca podría recurrirse al artículo 235 como fundamento jurídico si existiese en el Tratado otras normas de atribución de competencia que prevean otros requisitos procedimentales diferentes.

Por otro lado, se impone señalar como segunda matización al principio general, que, paralelamente al artículo 235, o, mejor dicho, al artículo 95 TCECA, el Tribunal de Justicia empezó a desarrollar en su más temprana jurisprudencia la teoría de los poderes implícitos (*implied-powers*)³⁹, según la cual las normas contenidas en el Tratado llevan implícitas en sí mismas todas aquellas otras normas sin las que las primeras perdería su sentido o sin las que no podría lograrse una aplicación útil y razonable de aquellas⁴⁰. Ello

(39) El tema es tratado con profundidad por NICOLAYSEN, G.: "Zur Theorie von den implied-powers in den Europäischen Gemeinschaften", *Europarecht* 1966, pp.129-142. De manera general, se trata también en casi todos los manuales al uso. Sirvan como muestra los siguientes: ALONSO GARCIA, R.: *Derecho Comunitario - Sistema Constitucional y Administrativo de la CE*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994, pp. 538-541; BEUTLER, B./ BIEBER, R. et al.: *Die Europäische Union - Rechtsordnung und Politik*, 4ª edición, Baden-Baden 1993, p. 83 y ss y p. 226; BLECKMANN, A.: *Europarecht*, 5ª edición, 1990, pp. 209-211; ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona 1991, p. 42; KAPTEYN, P.J.G./VERLOREN, VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law of the European Communities*, 2ª edición, Deventer 1990, pp.117-119 (este importante manual ha sido editado en inglés por L.W. Gormley a partir del no tan conocido original en neerlandés, vid. *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer 1987, especialmente pp.85-86 *Toepassing van de theorie van de "implied-powers"*); LAURIA, F.: *Manuale di Diritto delle Comunità Europee*, 2ª edición, Torino 1990, p. 28; OPPERMAN, T.: *Europarecht*, Munich 1991, pp. 170-172 (§§439-443); SCHWEITZER M./ HUMMER, W.: *Europarecht*, 3ª edición, Frankfurt 1990 p.108.

(40) TJCECA Sentencia de 29.11.1956, As. 8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique/Alta Autoridad*, Rec. 1955-56, pp. 297-326 especialmente p. 305: La Federación carbonera belga, recurrente conforme al artículo 33 párrafo 3º del TCECA en relación al art. 84 y 85 del Reglamento del Tribunal entonces vigente, sostuvo a lo largo del procedimiento oral que a falta de una atribución expresa contenida en el TCECA la Alta Autoridad no estaba habilitada para fijar unos precios-base sobre determinadas variedades de carbón, por lo que consideraba la decisión comunitaria 1-53 de 7 de febrero de 1953 sobre mecanismos de reajuste de precios como una atribución ilegítima de competencias. El reconocimiento de un poder semejante supondría, según la Federación, una interpretación extensiva inadmisibles en Derecho (vid. p.304). El AG LAGRANGE rechazó de plano esta postura (pp. 234-290, especialmente p.287), considerando la decisión en cuestión ajustada a Derecho por encuadrarse dentro de lo necesario para lograr el objetivo final establecido en el Tratado. Cfr. al respecto la nota de BOULOIS, J. en *Annuaire Français de Droit International* 1956, pp. 441-452. En idéntico sentido se expresó el Alto Tribunal comunitario en TJCE Sentencia de 15.07.1960, As. 20/59 *Italia/Alta Autoridad*, Rec. 1960, pp. 708-718; Sentencia de 15.07.1960, As. 25/59 *Países Bajos/Alta Autoridad*, Rec. 1960, pp. 781-791.

no sería sino el reflejo de una regla interpretativa generalmente admitida tanto en el Derecho Internacional Público⁴¹, como en el nacional⁴², por lo que no puede considerarse al artículo 235 como una codificación de este principio. En realidad, este precepto va más allá de las técnicas de poderes implícitos ya que “permite una extensión de las competencias de las instituciones comunitarias a materias que el Tratado no les atribuía”⁴³.

En este mismo orden de ideas el TJCE ha desarrollado la doctrina del *efecto útil y necesario*⁴⁴, la cual se encuentra estrechamente emparentada con la anterior. De esta manera, la interpretación buscada por el Alto Tribunal comunitario ha de hallar los criterios adecuados que, en el contexto teleológico, permitan dotar al precepto comunitario de la eficacia que más acorde resulte para la consecución de los objetivos de la Comunidad. Ha sido, precisamente, en base a esta doctrina, en virtud de la que el Tribunal ha fundamentado su polémica jurisprudencia sobre la eficacia directa

(41) Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Las organizaciones internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid 1994, p. 68; ZULEEG, M.: “International Organizations, Implied Powers”, en BERNHARD, R.(editor): *Encyclopedia of Public International Law* 1984, Instalment 7, p. 312.

(42) La Constitución norteamericana recoge la denominada *Necessary and Proper Clause*, siendo conocida la sentencia *McCulloch versus Maryland* en la que el juez Marshall fijó su alcance en relación al Derecho Federal americano, cfr. TJCE Sentencia de 29.11.1956, As. 8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique/Alta Autoridad*, Rec. 1955-56, pp. 291-326 (p. 305). En el resto de versiones lingüísticas de la Recopilación de Jurisprudencia diferentes del francés, no coinciden las páginas (en inglés 1955, pp. 292-309 y en alemán pp. 297-326).

(43) Así se expresa LOPEZ ESCUDERO, M.: *Los obstáculos técnicos al comercio en la CEE*, Universidad de Granada, Granada 1991, pp. 219-220. Este autor, pese a que su obra se consagra específicamente al estudio de una temática bien diferente a la aquí tratada, presenta una brillante descripción general de la delimitación vertical de competencias en el Derecho comunitario (*op. cit.*, pp. 204-231).

(44) TJCE Sentencia de 15.07.1960, As. 20/59 *Italia/Alta Autoridad* (tarifas para transporte de carbón por carretera), Rec. 1960, pp. 663-697 (especialmente p. 688: “La doctrine et la jurisprudence sont d’accord pour admettre que les règles établies par un traité impliquent les normes sans lesquelles ces règles ne peuvent être appliquées utilement ou raisonnablement”); Sentencia de 31.03.1971, As. 22/70 *Comisión/Consejo (AERT)*, Rec. 1971, pp. 263-284, (p. 276, fto. 24: “L’article 75 paragraphe 1 charge le Conseil de (...) prendre «toutes autres dispositions utiles»”); Sentencia de 21/06/1974, As.2/74 *Reyners*, Rec. 1974, pp. 631-657 (p. 655, fto. 50). Especialmente generoso se mostró el TJCE en la sentencia de 12.07.1973, As. 70/72 *Comisión/Alemania*, Rec. 1973, pp. 813-833, en particular p. 829, fto. 13 (en virtud de un efecto útil del art. 93-2º TCEE se deduce la posibilidad de exigir el reembolso de las ayudas otorgadas en violación del Tratado).

de las Directivas⁴⁵. Debemos, así, concluir que las instituciones comunitarias, junto a las competencias explícitas atribuidas por el Tratado, poseen todas aquellas que “sean necesarias” para el cumplimiento de las funciones a ellas encomendadas. De esta forma el Tribunal comunitario con un método interpretativo “complacientemente integrador” y dinámico ha ampliado notablemente el alcance de las atribuciones expresas de competencias hechas en el Tratado, lo cual no siempre ha sido bien recibido por la doctrina⁴⁶.

Dichas competencias asumidas, de un modo u otro, por la Comunidad pueden ser, en principio, exclusivas o compartidas⁴⁷. En cualquier caso, respecto a las competencias exclusivas de la Comunidad, aquella disfruta de plenitud de medios de actuación con exclusión de toda intervención legislativa de los Estados miembros, salvo que, como en el modelo federal alemán, exista habilitación expresa. La Comunidad está incluso obligada a actuar⁴⁸. El problema surge realmente con las competencias compartidas entre los Estados y la Comunidad, ya que el TCE, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, no recoge un catálogo de tales competencias por lo que no siempre resulta fácil su determinación y frecuentemente es foco de conflictos entre las diferentes instancias.

(45) Vid. principalmente TJCE sentencia de 26.02.1986, *as. 152/84 Marshall*, Rec. 1986, pp. 737-754; sentencia de 08.10.1987, *as. 80/86 Kolpinghuis Nijmegen*, Rec. 1987, pp. 3982-3988. De entre la meas reciente jurisprudencia vid. sentencia de 24.07.1994, *as. C-91/92 Faccini Dori*, Rec. 1994, p. I-3325-3360.

(46) COLIN, J.P.: *Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*, R. Pichon, Paris 1966. Este autor se cuestiona si no son excesivos los poderes concedidos al Tribunal (vid. especialmente pag. 13, 37 y, sobre todo, p. 513).

(47) No parece pertinente abordar con detalle la distinción entre competencias exclusivas por naturaleza (derivadas de una disposición del Tratado e irreversibilidad de la competencia) o por ejercicio (el Derecho derivado ha ido excluyendo progresivamente toda acción nacional y cabe una reversibilidad por ejercicio posterior contrario; cfr. LENAERTS, K./YPERSELE, P. van: *loc. cit.*, pp. 13-28).

(48) Así se ha pronunciado el TJCE respecto a materias claramente exclusivas como son la política comercial del artículo 113 TCE (*dictamen 1/75*, Rec. 1975, p. 1355, especialmente pp. 1363-1364; sentencia de 15.12.1976, *as. 41/76 Donckerwolcke*, Rec. 1976, p. 1932, en particular p. 1937; *dictamen 1/78*, Rec. 1978, p. 2151, especialmente p. 2910) y la competencia en materia pesquera (sentencia de 05.05.1981, *as. 804/79 Comisión/Reino Unido*, Rec. 1981, p.1045, en particular ftos. 17-23).

Este era el marco jurídico en el que hasta la entrada en vigor del TUE se desarrollaba el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Con la inclusión en el Tratado del principio de subsidiariedad no se modifica nada de lo descrito hasta el momento. El principio de subsidiariedad no afecta en modo alguno al reparto competencial ni puede ser confundido con el principio de competencias de atribución⁴⁹, sino que actúa únicamente *a posteriori* como criterio rector para determinar el ejercicio de las competencias compartidas. Afecta, en definitiva, al *modus operandi* de la Comunidad al ejercitar las competencias no exclusivas o, si se prefiere, al *quantum* de dichas competencias comunitarias.

IV. LA BASE LEGAL GENERAL: EL ART. 3B DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Dentro de la filosofía inspiradora del TUE, el principio de subsidiariedad se construye emparentándolo expresamente al propósito de que “las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos” (preámbulo TUE) y erigiéndolo en principio rector y tamiz futuro de las acciones que se emprendan para alcanzar los objetivos de la Unión (art. B *in fine* TUE). En relación con esta filosofía general del Tratado resulta especialmente criticable que el artículo A TUE, por expresa exigencia de la delegación británica, dejara caer en el último momento de la negociación el término inicial “federal” para incorporar el más neutro y ambiguo de “cercanía de las decisiones a los ciudadanos”. Ello es, si cabe, aún más criticable desde el punto de vista jurídico ya que la doctrina clásica sobre el principio de subsidiariedad, muy particularmente la alemana, lo concatena indefectiblemente con el federalismo⁵⁰.

(49) Cfr. BARNES VAZQUEZ, J.: *op. cit.*, p. 528; CONSTANTINESCO, V.: *loc. cit.* (“Zentrales Verfassungsprinzip...”), p. 172.

(50) Vid. HAILBRÖNNER, K.: “Legal Institutional Reform of the EEC: What can we learn from Federalism Theory and Practice?”, en *Außenwirtschaft* 46 (1991), p.485; KÜHNHARDT, L.: “Föderalismus und Subsidiarität”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 45/1991, p. 37, especialmente pp. 42-44; STERN, K.: *loc. cit.* Existen autores que ponen en duda la relación entre federalismo y subsidiariedad, vid. por todos LECHLELER, H: *op. cit.*, p. 36.

Mas, sin perjuicio de la insatisfactoria situación jurídica planteada por la intransigencia británica ante el menor atisbo de un incipiente federalismo⁵¹, es el ya citado artículo 3B TCE el fundamento legal general en la materia, de tal suerte que “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”. Eso sí, teniendo bien en cuenta como límite adicional para su operatividad que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

De lo dicho se deduce claramente que, en cuanto a su ámbito de aplicación, el principio de subsidiariedad opera únicamente en relación con las competencias compartidas, ya que en las exclusivas la Comunidad se encuentra legalmente *obligada* a actuar y los Estados tan sólo estarían legitimados para suplirla transitoria y provisionalmente en el supuesto de falta de ejercicio de la competencia⁵². Todo ello, bien entendido que el principio de subsidiariedad tan sólo regula el *ejercicio* de estas competencias compartidas y en modo alguno el reparto mismo⁵³ y que las regiones o entes territoriales inferiores queden totalmente al margen de la operatividad del

(51) Se quiera o no, es indudable que la propia inclusión del principio de subsidiariedad en el TCE supone un paso más en el camino hacia la consecución de una Unión Europea con verdaderos rasgos federales. La subsidiariedad en el TCE no puede ser interpretada sino como un principio de naturaleza funcional y ascendente encaminado a respaldar la acción en el nivel supranacional (federal) en materias en que, por resultar la intervención comunitaria necesaria y más eficaz, el nivel inferior (los Estados miembros) ha renunciado al ejercicio de determinadas competencias que inicialmente eran propias y soberanas de ese nivel inferior. Por otra parte, el paralelismo con el ya citado artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn resulta inevitable.

(52) En relación con la materia pesquera estableció el TJCE que la transmisión de competencias a la CE es total, definitiva y absoluta (*as. 804/1981 Comisión/Reino Unido*, cit., ftos. 17 y 20), *incluso en caso de inactividad comunitaria* (cit., ftos. 20 y 23, subrayado añadido).

(53) Para profundizar sobre esta cuestión, la cual es aceptada de forma casi unánime por la doctrina, vid. BRIBOSIA, H.: “Subsidiarité et repartition des compétences entre la Communauté et ses États membres”, en *Revue du Marché Unique Européen* 4/1992, p. 165 y ss, especialmente pp.178-179; MARTENS DE WILMARS, J.: “Le principe de subsidiarité au service d’une Communauté à la dimension des problèmes de notre temps”, en *Revue du Marché Unique Européen* 4/1992, p. 189 y ss, especialmente pp. 196-197. STAUFFENBERG, F.L.G./LANGENFELD, Ch.: “Maastricht - ein Forschrift für Europa?”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, p. 252 y ss, especialmente p. 255.

En sentido contrario se muestran SCHMIDHÜBER, P./HITZLER, G.: *loc. cit.*, p. 725 quienes consideran que el principio de subsidiariedad delimita materialmente el ámbito de competencias mismas de la CE y de los Estados.

principio de subsidiariedad⁵⁴. Como ya se ha indicado, afecta al *modus operandi* comunitario manteniendo intacto el edificio competencial diseñado por el TCE y pacientemente construido por una trabajada jurisprudencia del TJCE.

Ahora bien, el reparto competencial dentro de la CE no se hace en base a un listado o catálogo de competencias al estilo de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española de 1978 o los artículos 73 y 74 de la Ley Fundamental de Bonn⁵⁵. Se realiza a través de la acción conjunta de los principios de atribución expresa de competencia (art. 4 TCE), *effet utile*, lealtad comunitaria (art. 5 TCE) y de la ya citada cláusula residual (art. 235 TCE), todos ellos en relación al criterio finalista recogido en los objetivos comunitarios que establecen los artículos 2 y 3 TCE.

A esta falta de listado de competencias exclusivas (sobre las que no opera el principio de subsidiariedad) se añade la falta de acuerdo doctrinal sobre el concepto y alcance práctico de la competencia exclusiva comunitaria, debiéndonos dejar guiar en este aspecto por lo establecido por la Comisión⁵⁶ y el TJCE. Así, a nuestro juicio, hay que considerar como tales las siguientes competencias: supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas y capitales, la Política Comercial Común, la conserva-

(54) El parlamentario D. Víctor Arbeloa planteó a la comisión la cuestión en torno a la extensión del principio de subsidiariedad del artículo 3B TCE y su eventual operatividad para proteger los derechos y competencias de las regiones y agrupaciones de regiones (vid. pregunta escrita E-3100, 10 de noviembre de 1993, DOCE C 147 de 30.05.1994, p. 1). La contestación de la Comisión fue rotunda y contundente: "el principio de subsidiariedad (...) no afecta (...) a la relación que se entable, dentro de cada uno de los Estados miembros, entre las competencias del Estado, por una parte, y las de los interlocutores sociales o de las entidades locales, por otra. Dicha relación se rige por los derechos nacionales de los respectivos Estados miembros (...)". La doctrina, sin embargo, no siempre ha defendido esta postura. Un más amplio tratamiento de la materia se encuentra en BARNES VAZQUEZ, J.: *loc. cit.*; PINOL I RULL, J./PI I SUÑER, M./CIENFUEGOS, M.: *El principi de subsidiarietat i la seva aplicació a les entitats subestatal: conseqüències en el desenvolupament de les Comunitats Europees*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 1991.

(55) Si los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas hubiesen incorporado listados de competencias comunitarias y competencias estatales la consecuencia hubiese sido probablemente un encorsetamiento de las competencias comunitarias y hubiese impedido la fuerza expansiva y flexibilidad que el TJCE ha desarrollado en su jurisprudencia.

(56) Comunicación de la Comisión de 27.10.1992 sobre aplicación del principio de subsidiariedad, SEK (92) 1990 final (8772); vid. al respecto EHLERMANN, C.D.: "Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité", en *Revue de Marché Unique Européen* 4/1992 pp. 215-217.

ción de los recursos pesqueros, las organizaciones comunes de mercados agrícolas, los elementos esenciales de la Política de Transportes, las reglas generales de la competencia y la Política Monetaria y de cambios únicos. Obviamente, el resto de competencias (cultura, salud pública, protección de consumidores, redes transeuropeas, Política económica, Medio Ambiente, etc.) son de naturaleza compartida⁵⁷.

Una vez determinado, con mayor o menor acierto, el ámbito de aplicación del principio que nos ocupa nos encontramos en disposición de abordar los requisitos que el artículo 3B TCE fija para su operatividad práctica⁵⁸. El tradicional requisito de la *eficacia* (la Comunidad puede lograr *mejor* el fin perseguido)⁵⁹ se ve completado, a diferencia de lo que ocurría en el malogrado proyecto de 1984⁶⁰, por el de necesidad (acción *necesaria* para alcanzar los objetivos comunitarios). Se exige, igualmente, que concurra también un requisito de *supranacionalidad*, es decir que no se trate de una intervención basada en una cuestión estrictamente nacional, sin repercusiones para los objetivos comunitarios.

Por último, y como requisito complementario independiente de la subsidiaridad, reclama el Tratado una *proporcionalidad* entre las pretendidas acciones comunitarias y el objetivo perseguido (no exceder de lo necesario)⁶¹. Con palabras del TJCE, “en virtud del principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias no deben exceder de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido”⁶².

(57) A este respecto parece excesiva la generalización de BRIBOSIA cuando afirma que “toutes les compétences attribuées sont, au départ, concurrentes, et elles tendent toutes à devenir exclusives, soit après l’expiration d’un délai, soit après ;exercice intégral de celles-ci” (BRIBOSIA, H.: *loc. cit.*, p.174.

(58) A propósito de los requisitos vid. BOIXAREU CARRERA, A.: *loc. cit.*, p. 784; MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES: *loc. cit.*, p. 12.

(59) Este aspecto ya lo recogía por ejemplo el ya citado artículo 130R-4° TCEE, en la redacción que le dio el Acta Única Europea.

(60) Proyecto de reforma de los tratados para la Unión Europea, cit.; vid. *supra*, apdo. II-2.

(61) Cfr. por todos LENAERTS, K./ YPERSELE, P. van: *loc. cit.*, p. 60-70.

(62) TJCE sentencia de 17.05.1984, as. 15/83 *Denkavit*, Rec. 1984, p. 2171.

A nuestro juicio, al determinar el ámbito de aplicación de la subsidiariedad, el requisito de ser una competencia compartida entre Estados y CE en la que la intervención comunitaria sea necesaria para alcanzar, dentro de un sector con repercusiones supranacionales más eficazmente y de forma proporcional un objetivo comunitario convendría añadir un límite más que no se encuentra expresamente recogido por el artículo 3B TCE. En aras de una seguridad jurídica mínima, de un desarrollo armonioso del Derecho Comunitario, así como del respeto a los artículos B y M TUE y a los principios básicos del orden constitucional comunitario establecido por el Tribunal de Justicia de la CE (TJCE), habría que considerar como límite inmanente infranqueable el respeto al *acquis communautaire*⁶³. Ello implica, entre otras cosas, la imposibilidad jurídica de predicar una eficacia retroactiva de este principio en relación, por ejemplo, a Directivas ya aprobadas.

Una vez estudiada la base legal general de la subsidiariedad y dudando seriamente del efecto integrador que pueda provocar⁶⁴ nos encontramos en disposición de abordar los principales problemas interpretativos que han surgido al abrigo del principio que nos ocupa. Mas no sin antes hacer obligada referencia a la acogida particular que veladamente tiene el principio de subsidiariedad en diversas disposiciones materiales del Tratado, especialmente en materia cultural⁶⁵, social⁶⁶, medio ambiente⁶⁷ y otras muchas⁶⁸.

(63) Sobre el concepto y extensión del *acquis communautaire* vid. PESCATORE, P.: "Aspectos jurídicos del acervo comunitario", en *Revista de Instituciones Europeas* 1981, pp. 331-366, especialmente p. 332.

(64) Cfr. en este mismo sentido GAUDISSERT, M.A.: "La subsidiarité: facteur de (des)intégration européenne?", en *Journal des tribunaux* 1993 (6 de marzo), pp. 173-182, especialmente p. 182; GAZZO, E.: "Lever le voile de la subsidiarité pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher", *Revue de Marché Unique Européenne* 4/1992, p. 221 (este autor llega a la conclusión que la codificación del principio de subsidiariedad persigue bloquear el desarrollo de la Comunidad y modificar el actual equilibrio institucional, *loc. cit.*, p. 225).

(65) Vid. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES: "La atribución de competencia en materia cultural (art. 128 TCE)", en *Revista de Instituciones Europeas* 1/1995, pp.171-190.

(66) Cfr. REH, H.U.: "Europäische Sozialpolitik und Subsidiarität", en MERTEN, D. (coord.), *op. cit. (Die Subsidiarität)*, pp. 61-76.

(67) Cfr. THIEFFRY, P.: "Politique de l'environnement et subsidiarité", en *Revue de Marché Unique Européen* 3/1994. En parecido sentido BARNES VAZQUEZ, J.: *loc. cit.*, p. 545.

(68) Vid. artículos 118A, 126, 127, 129, 129A, 130, 130G TCE. Lo propio cabría decir del artículo 2 del Acuerdo sobre Política social o del artículo K-3 apdo. 2º letra b) TUE.

V. LA CUESTION DE LA JUSTICIABILIDAD

Un aspecto especialmente polémico es el de dilucidar si la aplicación del principio de subsidiariedad es susceptible de control judicial por el TJCE⁶⁹. Se trata, en definitiva, de saber si el Alto Tribunal comunitario es competente para conocer de recursos de anulación (art. 173 TCE) o inactividad (art. 175 TCE) fundados en la violación del artículo 3B TCE. Podría resultar también imaginable que se llegara incluso a plantear una cuestión prejudicial (art. 177 TCE) cuyo objeto exigiera una interpretación del principio de subsidiariedad.

Un importante sector doctrinal niega la justiciabilidad porque considera que el principio de subsidiariedad es fundamentalmente un postulado político que como tal no puede ser sometido a examen jurídico por un Tribunal de Derecho. En modo alguno, podría el TJCE ser, por tanto, competente para examinar criterios de oportunidad política. Según ellos, la postura del propio Tribunal Constitucional alemán al interpretar el artículo 72 LFB respaldaría esta posición⁷⁰. Igual posición mantiene también buen número de Estados. El memorándum franco-británico sobre el principio de subsidiariedad surgido de la cumbre bilateral de 26 de julio de 1993⁷¹ trasluce v. gr. las muy serias reticencias existentes a reconocer la justiciabilidad de este principio por el TJCE. Los Gobiernos de ambos Estados están de acuerdo en que “la subsidiarité est un principe directeur de l’Union européenne dont l’appréciation est de nature *exclusivement* politique. Il revient donc au Conseil européen, comme il l’a fait à Lisbonne, à Birmingham et à Edimbourg, de donner les impulsions nécessaires et d’arrêter les orientations politiques générales pour la mise en oeuvre de ce principe dans le respect des règles du Traité de Maastricht”.

(69) Sobre la polémica doctrinal vid. ALONSO GARCIA, R.: *op. cit.*, pp. 581-583; BARNES VAZQUEZ, J.: *op. cit.*, pp. 528-534 y sobre todo pp. 546-548; MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J.: *loc. cit.*, p. 12; STEIN, T.: *loc. cit.*, pp. 36-40.

(70) Vid. por ejemplo CONSTANTINESCO, V.: “Subsidiarität: Magisches Wort oder Handlungsprinzip der europäischen Union?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1992, pp. 561-562; SCHWEITZER, M. /FIXSON: “Subsidiarität und Regionalismus in der EG”, *Jura* 1992, pp. 579-584, especialmente p. 582; STUFFENBERG, L./LANGENFELD, Ch.: “Maastricht -ein Forschrift für Europa?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, p. 252;

(71) Vid. Boletín Agencia Europa nº 6030 de 28 de julio de 1993, pp. 2-3 y BOIXAREU CARRERA, A.: *loc. cit.*, p. 780 (nota 13) y pp. 804-805.

Otro sector doctrinal, situado en el polo opuesto, rechaza todo paralelismo con el modelo alemán y fundándose en la peculiaridad del ordenamiento jurídico comunitario defiende una justiciabilidad de la subsidiariedad en sentido amplio⁷². En este orden de ideas, el Consejo Europeo de Lisboa de 26 y 27 de junio de 1992⁷³ estableció, como recuerda Boixareu, que el artículo 3B TCE es una “nueva norma básica jurídicamente vinculante”⁷⁴. La Comisión, por su parte, reconoce que el principio de subsidiariedad es una disposición del Derecho comunitario por lo que el TJCE podría verse obligado a controlar que los actos comunitarios respeten esa norma⁷⁵.

Ni una ni otra postura parecen totalmente aceptables. La primera desconoce el dato irrefutable de la inclusión expresa del principio de subsidiariedad en el articulado del TCE, lo que le concede un carácter de norma jurídicamente vinculante y no de un simple criterio interpretativo o de una regla política de *bon sens*. Por algo la conferencia Intergubernamental no aceptó la postura de aquellos Estados que proponían la mera inserción del principio de subsidiariedad en el preámbulo del Tratado y no en el articulado. Por otra parte, supondría una violación manifiesta de lo previsto en el artículo L TUE, según el cual la competencia jurisdiccional del TJCE se extiende sin excepción alguna a todo el pilar comunitario, debiéndose incluir, por tanto, el artículo 3B TCE y violaría igualmente la función garante y el monopolio de interpretación que el TJCE tiene encomendada por el artículo 164 TCE.

(72) En este mismo sentido vid. *in extenso* BRIBOSIA, H.: *loc. cit.*, pp. 184-185; CASS, D.Z.: *loc. cit.*, p. 1133; EMILIOU, N.: *loc. cit.*, pp. 402-403; HAILBRONNER, K.: *loc. cit.*, pp. 493-495; LENAERTS, K./ YPERSELE, P. van: *loc. cit.*, pp. 71-80; MERTENS DE WILMARS, J.: *loc. cit.*, p. 200; PIPKORN, J.: *loc. cit.*, p. 700; SCHIMA, B.: *op. cit.*, p. 139-149; SCHMIDHUBER, P./HITZLER, G.: *loc. cit.*, p. 725; SCHWEITZER, M./FIXSON, O.: *loc. cit.*, pp. 581-582; TOTH, A.G.: *loc. cit.*, p. 1101; WARTENBERG, L. von: “Der Binnenmarkt und die Zukunft des Wirtschaftsrechts”, en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20/1993, pp. 20-23, especialmente p. 21. En un sentido bastante más matizado se pronuncia STEIN, T.: *loc. cit.* (“Subsidiarität als Rechtsprinzip?”), pp. 36-40.

(73) Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 26 y 27 de junio de 1992, publicadas en la *Revista de Instituciones Europeas* 2/1992, pp. 729-777.

(74) BOIXAREU CARRERA, A.: *loc. cit.*, p. 780.

(75) Así se pronunció la Comisión en respuesta común a la batería de preguntas escritas del parlamentario europeo D. Víctor Arbeloa, E-2929/93, E-2930/93, E-2931/93, E-2936/93, E-2938/93, E-2940/93, DOCE C 102 de 11.04.1994, p. 4).

Una postura defensora de la justiciabilidad ilimitada presenta también, por su parte, serios inconvenientes jurídicos. No puede desconocerse que el principio de subsidiariedad es un principio poliédrico⁷⁶ que como tal se encuentra resvestido de un margen de apreciación o discrecionalidad cuyo control no puede dejarse en manos de un Tribunal de Derecho. Defender lo contrario supondría encomendar al TJCE el examen concreto de criterios de oportunidad, lo que en la práctica supondría mediar en conflictos de evidente trasfondo político. Como opina el actual Presidente del TJCE no puede excluirse que “en la medida en que se intente judicializar al máximo el principio de subsidiariedad, y el control del respeto del principio de subsidiariedad, el Tribunal pueda reaccionar con un distanciamiento dada la dificultad de hacer objeto de una revisión jurisdiccional la decisión de aplicación del principio de subsidiariedad, en el sentido de determinar si son las instituciones comunitarias, los Estados, o las colectividades inferiores a los Estados las que están en mejores condiciones de hacer frente a un determinado problema. Ahí hay un gran ámbito de apreciación política, que difícilmente puede ser objeto de un control jurisdiccional; y quizás en la medida en que pueda abusarse ante la vía judicial del principio de subsidiariedad, ello pueda dar lugar a una reacción jurisprudencial de consagración de una cierta doctrina análoga a la de los actos de Gobierno”⁷⁷.

A nuestro juicio, a este respecto resulta una vez más de gran utilidad la jurisprudencia que nos suministra la experiencia federal alemana. Así, respecto a la análoga situación del artículo 72 LFB el *Bundesverfassungsgericht* se considera competente para verificar el respeto o la violación de los límites de la discrecionalidad derivada del margen de apreciación (*Ermessenspielraum*) que recoge el principio de subsidiariedad⁷⁸. No sería, por tanto, competente el TJCE para entrar en un examen concreto de los criterios de oportunidad.

(76) Así lo califica MANGAS MARTIN, A.: *loc. cit.*, p. 44.

(77) RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., en AAVV, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992, Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Universidad Carlos III, Madrid 1993, pp. 248-249.

(78) Cfr. BVerfGE 26, 338 (382), BVerfGE 78, 249 (270).

El TJCE no tiene por qué renunciar a su papel impulsor del fenómeno de integración comunitaria, pero su actuación habrá de limitarse a frenar eventuales interpretaciones abusivas que, sobrepasando los límites marcados por el principio de subsidiariedad, intente obstaculizar gravemente las intervenciones comunitarias bajo el pretexto del principio de subsidiariedad. Nada se opone, por tanto, a que el Tribunal conozca de recursos de anulación (art. 173 TCE)⁷⁹ o recursos por inactividad (art. 175 TCE)⁸⁰ que se basen en una violación manifiesta del artículo 3B TCE.

Por otra parte, no resulta aceptable la crítica basada en la falta de elementos jurídicos para valorar la extralimitación en el margen de apreciación. El nuevo artículo 190 TCE obliga a motivar todos los reglamentos, directivas o decisiones que se adopten, uno de cuyos extremos a incluir es la justificación de la competencia comunitaria en virtud del principio de subsidiariedad. La exposición de motivos del acto normativo de que se trate (casi siempre será una directiva) deberá hacer especial hincapié en la justificación de la acción a la luz del principio de subsidiariedad⁸¹. A través de ella el TJCE tendrá una valiosa base interpretativa sobre la que examinar la operatividad del principio de subsidiariedad y, de paso, fiscalizar el margen de apreciación de que gozan las Instituciones comunitarias. A este respecto, la Comisión se ha comprometido ante los Consejos Europeos de Lisboa y Edimburgo a una clara justificación de toda actuación comunitaria en materias que sean competencia compartida.

(79) Resulta imaginable por ejemplo un recurso presentado por un Estado miembro contra una Directiva aprobada por el Consejo o conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo por arrogarse éstos con una competencia que en base al principio de subsidiariedad no les compete. Cabe pensar igualmente en un recurso interpuesto con idéntica argumentación y objeto por una persona física o jurídica contra una decisión de la que sea destinataria o contra una decisión que, aunque revista la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa o individualmente.

(80) Es imaginable que un Estado miembro plantease un recurso ante el TJCE contra el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión cuando estos se abstuvieron de actuar cuando, a juicio del recurrente, la citada Institución estuviese llamada a hacerlo en base al principio de subsidiariedad. Esta posibilidad se ve ciertamente matizada por el hecho de que el principio de subsidiariedad tan sólo opera respecto de las competencias compartidas, mientras que es respecto de las exclusivas cuando resulta más fácilmente constatable la violación del Derecho Comunitario por inactividad existiendo obligación de actuar. En este tipo de recursos también es posible su interposición por personas físicas o jurídicas e incluso resulta factible un recurso interinstitucional.

(81) Vid. *in extenso* LENAERTS, K./YPERSELE, P. van: *loc. cit.*, pp. 77-81.

En cualquier caso, parece igualmente evidente que del artículo 3B TCE no puede predicarse en ningún caso un efecto directo al no concurrir en él las exigencias fijadas por la jurisprudencia del TJCE para estos casos (ser una norma clara, precisa e incondicional)⁸². Por tanto, el artículo 3B TCE no atribuye a los particulares ningún derecho de carácter positivo alegable ante los Tribunales frente a su Estado⁸³.

Nos parece que hubiera resultado mucho más acertado que el TCE hubiese incluido, como proponía a la Conferencia Intergubernamental el Informe Giscard⁸⁴ y algún autor⁸⁵, un nuevo artículo 172A TCE que introdujera respecto al principio de subsidiariedad un control previo de *constitucionalidad* ante el TJCE semejante al que prevé el artículo 228 TCE para los acuerdos internacionales entre la Comunidad y los Estados terceros u organizaciones internacionales. Sin duda, se correría el riesgo de que si los Estados miembros hicieran un uso abusivo del control constitucional *ex ante* del eventual artículo 172A TCE, lo cual podría convertir al TJCE en una especie de cuarta instancia legislativa con el peligro de politización y desgaste que ello supondría. Podría incluso caerse en dilaciones injustificadas en el proceso decisorio comunitario. Pero, en realidad, el primer riesgo se corre igualmente con el control *ex post*, mientras que las ventajas jurídicas que reportarían para la seguridad jurídica y para el mantenimiento y desarrollo del acervo comunitario podrían compensar con creces los inconvenientes derivados de una cierta dilación. Ahora bien, de aceptarse esta función consultiva previa, sí nos parece insoslayable que se le atribuyese al TJCE y no a un órgano extrajudicial *ad hoc*. Nos parece,

(82) Cfr. BOIXAREU CARERA, A.: *loc. cit.*, p. 780. vid. conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, las cuales niegan expresamente una eficacia directa del principio de subsidiariedad.

(83) Cfr. ALONSO GARCIA, R.: *op. cit.*, p. 588.

(84) Vid. Doc. A3-163/90 de 04.07.1990, parte B.

(85) JACQUE, J.P./WEILER, J.H.H.: "Sur la voi de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1990, p. 441, especialmente p. 455 (también disponible en inglés, "On the Road to European Union - A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference", en *Common Market Law Review* 1990, p. 185, en particular p. 205).

por tanto, poco acertada la propuesta, recogida en el informe Poniatowski, de atribuir el control jurídico del principio de subsidiariedad a un órgano cuasi-jurisdiccional -el informe lo denomina Cámara de la Subsidiariedad-, al cual, una vez nombrado por una “Conferencia de Parlamentos nacionales”, se le atribuiría una función de controlar *ex ante* desde una perspectiva jurídica la correcta aplicación del principio de subsidiariedad⁸⁶.

Como corolario de este apartado, aunque pueda resultar obvio, no está de más subrayar la rígida vinculación de los Estados miembros a los artículos 5 y 6 TCE, los cuales no se ven en absoluto trastocadas por el principio de subsidiariedad. En virtud del primero, aquellos tienen un deber de cooperación leal con las instituciones comunitarias para asegurar el eficaz cumplimiento de las obligaciones resultantes del Tratado y facilitar a la comunidad el cumplimiento de su misión. Difícilmente se cumpliría este deber de lealtad comunitaria (*Gemeinschaftstreue*) si los Estados se aferrasen a una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad para obstaculizar el normal desenvolvimiento comunitario de las competencias compartidas⁸⁷. Y en virtud del segundo de los artículos citados, el principio de subsidiariedad no puede justificar en ningún caso discriminaciones por razón de la nacionalidad.

VII. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD.

Otra cuestión particularmente problemática es la de determinar si el principio de subsidiariedad puede tener efectos retroactivos o no. Si nos inclinamos por una postura afirmativa habría que derogar aquellas normas comunitarias, especialmente directivas, que

(86) La idea plasmada en el citado informe Poniatowski se recoge en ALONSO GARCÍA, R.: *op. cit.*, p. 583.

(87) Este precepto es asimilable a lo que la doctrina constitucional alemán conoce como principio de lealtad federal (*Bundestreue*) y que por extensión en la CE se bautiza como lealtad comunitaria (*Gemeinschaftstreue*). Una excelente comparación sobre la operatividad de este principio en el ordenamiento federal alemán y en el ordenamiento comunitario se recoge en LÜCK, M.: *Die Gemeinschaftstreue als allgemeines Rechtsprinzip im Recht der EG-Ein Vergleich zur Bundestreue der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. Nomos, Baden-Baden 1992. Para profundizar sobre su surgimiento en el Derecho federal alemán, BAYER, H.W.: *Die Bundestreue*, Tübingen 1961. Un estudio concreto sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán a propósito de la lealtad federal, vid. FALLER, H.J.: “Das Prinzip der Bundestreue in Rechtsprechung des bundesverfassungsgerichts”, en LERCHE, P. et al. (coor.), *Festschrift für T. Maunz zum 80. Geburtstag*, Munich 1981, p. 53.

hubiesen sido aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor del TUE y sobre las que actualmente, conforme al principio de la subsidiariedad, la CE ya no ostentan competencia alguna. Semejante postura es mantenida por la mayoría de los Estados miembros de la UE⁸⁸. También el Consejo Europeo de Lisboa⁸⁹, primero, y después los de Edimburgo⁹⁰ y Bruselas⁹¹ mantienen una postura idéntica. El de Lisboa encargó en 1992 a la Comisión *revisar* determinadas normas comunitarias para *adaptarlas* al principio de subsidiariedad. La Comisión, para dar cumplimiento al encargo del Consejo Europeo, se ha visto obligado a anunciar la derogación de determinadas normas en vigor⁹².

A nuestro entender, pese a ser conscientes de que se trata de una situación ya asumida políticamente como indefectible, nos parece jurídicamente inadecuado defender la retroactividad del principio de subsidiariedad. Un principio básico del ordenamiento jurídico comunitario, reiteradamente reconocido por el TJCE, es la obligación de conservar el acervo comunitario. Pero es que incluso el TUE así lo exige. El párrafo quinto del artículo B TUE incluye como objetivo comunitario el de “mantener íntegramente el acervo comunitario”. Resulta, por ello, perfectamente factible propugnar una retirada de propuestas de Directivas, pero en modo alguno de Directivas que ya se encuentren en vigor.

(88) Vid. Memorándum franco-británico de 26 de julio de 1993, cit., propuso derogar 24 actos comunitarios; Memorándum alemán de 16 de noviembre de 1993, el cual recoge una lista de 30 actos comunitarios en vigor que, en virtud del principio de subsidiariedad, deben ser derogados.

(89) Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 26 y 27 de junio de 1992, cit., especialmente p. 734 *in fine*, donde se establece expresamente que “se revisarán determinadas normas comunitarias para adaptarlas al principio de subsidiariedad”.

(90) Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992, publicadas en *Revista de Instituciones Europeas* 1/1993, pp. 369-445, especialmente pp. 370-371 (subsidiariedad, apertura y transparencia) y 377-390 (anexos 1 y 2).

(91) Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 10 y 11 de diciembre de 1993, publicadas en *Revista de Instituciones Europeas* 1/1994, pp. 295-321, particularmente pp. 310-311. En este caso, el Consejo Europeo acoge incluso “con satisfacción” la posición de la Comisión y le propone “*abrogar* diversos actos legislativos vigentes y simplificar o refundir otros” (subrayado añadido).

(92) Así se explicita en el Informe de la Comisión sobre la adaptación de la legislación existente al principio de subsidiariedad, COM (93) 545 final. La Comisión se comprometió formalmente ante el Consejo Europeo de Edimburgo a retirar no menos de una veintena de propuestas. Dentro de ellas se encontraban algunas de las que más polémica habían levantado en alguno de los Estados miembros, habiéndose llegado incluso a una ridiculización que en determinados medios de comunicación rozaba casi lo grotesco. Ejemplos de ellas son las propuestas de Directivas sobre mantenimiento de los animales en zoológicos, etiquetado del calzado, aumento de las franquicias para el combustible contenido en los depósitos de vehículos utilitarios, imposición indirecta en las transacciones de títulos, modificación de la sexta Directiva del IVA, responsabilidad de los prestatarios de servicios, etc.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusiones finales que recapitulen brevemente las alteraciones que el principio de subsidiariedad introduce en el *modus operandi* de la Comunidad podría establecerse lo siguiente:

-Los Tratados constitutivos son la *Constitución* de la Comunidad de Derecho que es la Comunidad Europea, la cual carece de un catálogo de competencias que determine su naturaleza exclusiva o compartida y asigne un listado a cada una de las categorías.

-El principio de subsidiariedad no afecta en modo alguno al reparto de competencias entre la CE y los Estados miembros, el cual se define *ad casum* por el principio de atribución limitada de poderes (art. 3B-1º y art. 4 TCE), matizado por la cláusula residual (art. 235 TCE) y por el principio del efecto útil y necesario. La subsidiariedad es un criterio para determinar el *ejercicio* de las competencias compartidas.

-Respecto de las competencias exclusivas la CE está, en todo caso, obligada a intervenir, quedando vetada toda actuación estatal salvo que exista habilitación expresa de la Comunidad, por lo que el principio de subsidiariedad no cobra respecto a ellas relevancia alguna.

-En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad del artículo 3B TCE tras justificar (cumulativamente) determinados tests o requisitos. En primer lugar, un test de eficacia comparativa (entre la eventual acción del Estado y de la CE), esto es, acreditar que los “objetivos de la acción pretendida pueden lograrse mejor” en el nivel comunitario. En segundo lugar, un test de suficiencia, a saber, justificar la necesidad de la medida basándose en que la acción de los Estados resultaría claramente insuficiente para lograr el objetivo perseguido. Dicho de otro modo, habrá que demostrar que “los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de forma suficiente por los Estados miembros”. Y en tercer lugar, dimensión supranacional de la acción, lo que quiere decir que si el problema en cuestión es de dimensión nacional sin repercusiones para otros Estados, la CE no es competente para ejercitar la compe-

tencia (compartida) de que se trate.

Por último y aunque se trate de un requisito ajeno al principio de subsidiariedad como tal, la acción que emprenda la Comunidad una vez superados los requisitos anteriores “no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado” (principio de proporcionalidad).

En definitiva, la Comunidad ha de probar la necesidad de actuar en el nivel comunitario (subsidiariedad) con la intensidad adecuada (proporcionalidad).

-El principio de subsidiariedad no puede servir, en ningún caso, para poner en tela de juicio el principio de primacía del Derecho Comunitario o la conservación *íntegra* del acervo comunitario.

-El principio de subsidiariedad afecta a todas las instituciones comunitarias y no sólo a la Comisión, de modo que no puede ser interpretado en un sentido que persiga cercenar aún más el poder de iniciativa de la Comisión. En caso contrario, se estaría violando una vez más el principio de equilibrio institucional y se afianzaría el déficit democrático. Ello no es óbice para que el principio de subsidiariedad, efectivamente, exija un importante viraje en el *modus operandi* de la Comisión. Antes de presentar una propuesta deberá incrementar las consultas informales con todos los Estados miembros y colectivos afectados y deberá incrementar igualmente el uso de los Libros verdes. Todas las propuestas deberán contener en la exposición de motivos una fundamentación clara y transparente que justifique, a la luz del principio de subsidiariedad, la necesidad de la medida. El Consejo podrá examinar si la propuesta de la Comisión se ajusta o no al artículo 3B TCE, pero en modo alguno podrá exigir un examen previo, el cual podría conducir a un eventual boicoteo o incluso un atasco legislativo. Por último, el Parlamento Europeo puede ver ciertamente limitados sus poderes, ya que, a pesar de los nuevos procedimientos de los artículos 189B y 189C TCE, si el Consejo rechazase la propuesta de la Comisión por considerar que se opone al principio de subsidiariedad, el Parlamento Europeo sería informado pero no podría hacer nada por impedirlo.

-El principio de subsidiariedad como tal no es justiciable sin

límites. El TJCE podrá, empero, conocer de cuestiones prejudiciales (art. 177 TCE) y sobre todo de recursos de anulación (art. 173 TCE) y omisión (art. 173 TCE) que se funden en un abuso o extralimitación manifiesta del margen de apreciación (*Ermessensspielraum*) que el principio de subsidiariedad encomienda al legislador para su apreciación. La justificación que se haga del principio de subsidiariedad (art. 190 TCE) ofrece la base jurídica principal para dicho control judicial.

-El principio de subsidiariedad no debería tener efecto retroactivo respecto de aquellas normas que fuesen anteriores a la entrada en vigor del TUE, si bien la práctica comunitaria apunta hacia la dirección contraria.

Por último, para coronar el presente trabajo, resulta obligado plantearse la difícil pregunta sobre la operatividad futura que cobre el principio de subsidiariedad en la práctica comunitaria. En realidad, es aún un enigma saber si favorecerá el mantenimiento de competencias estatales o si, por el contrario, impulsará el proceso de integración europea ampliando las esferas de actuación comunitaria. En cualquier caso, resulta bien significativo que el Consejo Europeo de Edimburgo estableciera explícitamente que el principio de subsidiariedad “contribuye al respeto de las identidades naciones de los Estados miembros [y] salvaguarda sus atribuciones”, sin que en ningún momento se haga referencia a un correlativo efecto integrador o a una eventual potencialidad expansiva comunitaria.

El tiempo se encargará de dilucidar si la inclusión del principio de subsidiariedad en el TCE supuso la entrada del caballo de Troya en la fortaleza comunitaria o la primera piedra de un sólido edificio federal europeo. A nuestro juicio, pese a que en el modelo federal alemán el principio de subsidiariedad haya jugado en favor de la Federación más que en favor de los *Länder*, nos parece que, por desgracia, el Sísifo *monnetista* verá caer de nuevo ladera abajo la pesada roca del federalismo europeo.