

Sobre el reparto horizontal de competencias entre la CE y la UE

(Comentario a la Sentencia del TJCE, de 20 de mayo de 2008, as. *Comisión c. Consejo –Lucha contra la proliferación de armas ligeras–*, C-91/05)

Carmen Martínez Capdevila

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público
(Universidad Autónoma de Madrid)*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR AL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE
 - III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE–A) *El pronunciamiento del TJCE en cuanto a su competencia para conocer del recurso*–B) *El pronunciamiento del TJCE por lo que hace a la interpretación del artículo 47 TUE*–C) *El pronunciamiento del TJCE sobre la elección de la base jurídica de actos que rebasan un solo pilar*
 - IV. NUESTROS COMENTARIOS AL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE–A) *Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE en cuanto a su competencia para conocer del recurso*–B) *Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE por lo que hace a la interpretación del artículo 47 TUE (I)*–C) *Nuestros comentarios acerca de pronunciamientos del TJCE por lo que hace a la interpretación del artículo 47 TUE (II)*–D) *Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE sobre la elección de la base jurídica de actos que rebasan un solo pilar (I)*–E) *Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE sobre la elección de la base jurídica de actos que rebasa un solo pilar (II)*
 - V. CONCLUSIONES
-

*La autora desea manifestar su agradecimiento al profesor Javier Díez-Hochleitner, por sus comentarios a lo largo de la realización de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho han dicho el TJCE y la doctrina acerca del *reparto vertical* de competencias entre la CE y sus Estados miembros, presidido por el artículo 5 Tratado CE. Mucho menos, en cambio, han dicho unos y otros sobre el *reparto horizontal* de competencias entre la CE y la UE, regido por el artículo 47 TUE. A tenor de este precepto: «ninguna disposición del presente Tratado [el TUE] afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado»¹.

Precisamente ahora que es posible que la actual estructura en pilares de la Unión Europea tenga, al menos formalmente, sus días contados, nos encontramos con una sentencia del TJCE que, como ninguna otra hasta la fecha, se pronuncia sobre la delimitación entre, por un lado, el pilar comunitario y, por el otro, el segundo y el tercer pilar de la UE².

En la resolución objeto del presente comentario el Tribunal de Luxemburgo se manifiesta, en particular, acerca de dos cuestiones. En primer lugar, si es posible que la UE actúe, sobre la base del título V del TUE, en un ámbito en el que la CE tiene reconocidas competencias de alcance complementario. En segundo lugar, el Tribunal fija su postura por lo que se refiere a la determinación de la base jurídica de aquellos actos que trascienden un pilar, para afectar a la CE, por una parte, y a la PESC o a la CPJP, por la otra.

En las páginas que siguen empezaremos exponiendo los hechos que se encuentran en el origen de la sentencia que nos ocupa (II), a continuación daremos cuenta del pronunciamiento del TJCE (III), comentaremos en varios puntos la postura del Tribunal (IV) y finalizaremos con unas conclusiones (V).

¹ Como ha apuntado R. BARATA, el artículo 5 Tratado CE persigue proteger las competencias de los Estados miembros, mientras que el artículo 47 TUE salvaguarda las competencias de la CE («Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity», en E. CANNIZZARO, ed., *The European Union as an Actor in International Relations*, Kluwer, La Haya, 2002, pgs. 51-75, pgs. 51 y 52).

² Conviene poner de manifiesto que, a pesar de la fusión de pilares que pretende operar el tratado de Lisboa, los problemas de delimitación entre la PESC y los restantes campos de la acción exterior de la UE se mantendrían, toda vez que aquella conserva su propia especificidad en múltiples aspectos y el artículo 25 *ter* (artículo 40, tras la reenumeración) TUE, adoptado en sustitución del actual artículo 47 TUE, sigue estableciendo una «barrera» entre la PESC y las demás competencias de la Unión, cuyo respeto puede ser controlado por el TJCE (artículo 240 *bis* –renumerado como artículo 275– TFUE).

II. LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR AL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE

El Consejo adoptó, con fundamento en el artículo 14 TUE, la *Acción Común 2002/589/PESC sobre la contribución de la Unión Europea para combatir la acumulación desestabilizadora y la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre*³. Sobre la base de dicha Acción Común y del artículo 23 (apartado 2) TUE, esa misma institución aprobó la *Decisión 2004/833/PESC por la que se aplica la Acción Común 2002/589/PESC con vistas a una contribución de la Unión Europea a la CEDEAO en el marco de la moratoria sobre las armas ligeras y de pequeño calibre*⁴. De conformidad con esta Decisión, la UE se comprometía a aportar una contribución financiera y una asistencia técnica a la CEDEAO para crear la unidad de armas ligeras dentro de su Secretaría técnica y para transformar en un convenio la moratoria existente entre los Estados miembros de esta organización sobre la importación, la exportación y la fabricación de armas ligeras y de pequeño calibre.

La Comisión interpuso, *ex* artículo 230 Tratado CE, un recurso de anulación contra esta Decisión. A su juicio, invadía las competencias atribuidas a la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo y, por tanto, conculcaba el artículo 47 TUE. En el marco de dicho recurso, la Comisión solicitó asimismo, al amparo del artículo 241 Tratado CE, la inaplicación del título II de la Acción Común, por entender que sus disposiciones pertenecían bien al ámbito de las competencias de la Comunidad en materia de cooperación al desarrollo, bien al de las competencias relativas a la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países.

El Parlamento Europeo intervino en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Por su lado, el Consejo, como parte demandada, contó con el apoyo de seis Estados miembros (uno de ellos, España).

III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE

A) El pronunciamiento del TJCE en cuanto a su competencia para conocer del recurso

Aun sin cuestionar por ello la competencia del Tribunal de Justicia para conocer del recurso, el Consejo (y los Gobiernos español y británico) pusieron de manifiesto, en particular respecto a la excepción basada en la ilegalidad de la Acción Común controvertida, que el TJCE no era competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto perteneciente al ámbito de la PESC.

El TJCE no tuvo dificultades para desmontar dicha argumentación. Le bastó con recordar que «resulta del artículo 46 UE, letra f), que las disposiciones

³ *DOUE*, núm. L 191, de 19.7.2002, pg. 1.

⁴ *DOUE*, núm. L 359, de 4.12.2004, pg. 65. CEDEAO son las siglas correspondientes a la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental.

del Tratado CE relativas a la competencia del Tribunal de Justicia y al ejercicio de dicha competencia se aplican al artículo 47 UE» (FJ. 31) y que «en virtud del artículo 47 UE, ninguna disposición del Tratado CE se verá afectada por una disposición del Tratado UE» (FJ. 32). A partir de ahí sentenció, retomando su propia jurisprudencia, que «corresponde al Tribunal de Justicia velar por que los actos que, según el Consejo, están comprendidos en el ámbito de aplicación del título V del Tratado UE y que, por su naturaleza, pueden producir efectos jurídicos no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad» (FJ. 33)⁵.

B) El pronunciamiento del TJCE por lo que hace a la interpretación del artículo 47 TUE

Afirmada su competencia para conocer del recurso de anulación interpuesto por la Comisión y, dentro de ese marco, para examinar los motivos invocados con arreglo al artículo 241 Tratado CE, el Tribunal entró a analizar el fondo del recurso de anulación.

En esa tarea tuvo que pronunciarse sobre el alcance del artículo 47 TUE.

Como señalábamos, la Comisión, apoyada por el Parlamento Europeo, había alegado que la Decisión impugnada debía anularse por invadir las competencias atribuidas a la CE en materia de cooperación al desarrollo, ignorando así el artículo 47 TUE. En opinión de ambas instituciones, el alcance complementario de las competencias de la Comunidad en este ámbito carecía de consecuencias a estos efectos.

El Consejo consideraba, por el contrario, que, para establecer si la actuación de la Unión afecta a las competencias de la Comunidad (y viola el artículo 47 TUE), era preciso tener en cuenta el alcance de las competencias atribuidas a la Comunidad en la materia de que se trate.

El Gobierno británico, por su parte, había defendido que para que un acto adoptado con arreglo al TUE pudiera ser considerado contrario al artículo 47 TUE debían cumplirse dos requisitos: (i) la CE había de ser competente para adoptar un acto que tuviera la misma finalidad y el mismo contenido; y, (ii) el acto basado en el TUE debía invadir una competencia atribuida a la Comunidad de forma que se impidiera o limitara su ejercicio. Semejante efecto de preclusión, había argumentado el Gobierno del Reino Unido, estaría excluido en un campo, como la cooperación al desarrollo, en el que la CE dispone de competencias paralelas.

En la sentencia comentada, el Tribunal de Justicia acoge, sin ambages, la tesis de la Comisión. «Es preciso (...) verificar», comienza afirmando, «si las disposiciones de la Decisión impugnada afectan a las competencias que

⁵ STJCE de 12.5.1998, as. *Comisión c. Consejo (Régimen de tránsito aeroportuario)*, C-170/96, FJ. 16; STJCE de 13.9.2005, as. *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la protección del medio ambiente)*, C-176/03, FJ. 39; y, STJCE de 23.10.2007, as. *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques)*, C-440/05, FJ. 53.

tiene la Comunidad en virtud del Tratado CE, *en la medida en que habrían podido adoptarse (...) basándose en las disposiciones de dicho Tratado*» (FJ. 58; énfasis añadido). Para que se pueda entender producida una violación del artículo 47 TUE bastará, pues, con que se demuestre que la medida aprobada por la UE habría podido adoptarse por la CE. Sin más.

El motivo que esgrime el TJCE es que «al establecer que ninguna disposición del Tratado UE afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado, el artículo 47 UE pretende, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 UE, quinto guión, y 3 UE, párrafo primero, mantener y desarrollar el acervo comunitario» (FJ. 59).

Acto seguido, el TJCE refuta abiertamente la tesis británica: «Contrariamente a lo que afirma el Gobierno del Reino Unido, un acto generador de efectos jurídicos adoptado en el marco del título V del Tratado UE afecta a las disposiciones del Tratado CE en el sentido del artículo 47 UE siempre que hubiera podido adoptarse basándose en este último Tratado, sin que sea necesario examinar si dicho acto impide o limita el ejercicio de las competencias de la Comunidad. En efecto», sigue diciendo, «se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, cuando se pone de manifiesto que las disposiciones de un acto adoptado en el marco de los títulos V o VI del Tratado UE, tanto por su finalidad como por su contenido, tienen por objeto principal aplicar una política atribuida a la Comunidad por el Tratado CE y podrían haber sido válidamente adoptadas basándose en este último Tratado, el Tribunal de Justicia declara que dichas disposiciones han sido adoptadas contraviniendo el artículo 47 UE» (FJ. 60)⁶.

El Tribunal continúa sosteniendo que carece de pertinencia plantearse si, dado el carácter complementario de la competencia de la Comunidad en materia de cooperación al desarrollo, el acto impugnado habría podido ser adoptado por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias: «Puesto que el hecho de que un acto generador de efectos jurídicos adoptado por la Unión basándose en el Tratado UE habría podido ser adoptado por la Comunidad da lugar a una infracción del artículo 47 UE, tampoco resulta pertinente saber si, en una materia como la cooperación al desarrollo, que no es competencia exclusiva de la Comunidad y en la que, por consiguiente, nada impide a los Estados miembros ejercer colectiva o individualmente sus competencias (...), dicho acto podría haber sido adoptado por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias» (FJ. 61).

Y termina insistiendo en la diferenciación entre la existencia de una competencia de la Comunidad y su naturaleza exclusiva o compartida: «Por otra parte, la cuestión de si las disposiciones de dicho acto adoptado por la Unión son competencia de la Comunidad afecta a la atribución y, por lo

⁶ En este punto final el TJCE cita las sentencias de 13.9.2005 y de 23.10.2007, en sendos asuntos *Comisión c. Consejo*, referidas en la nota anterior.

tanto, a la propia existencia de esa competencia, y no a su naturaleza exclusiva o compartida» (FJ. 62).

C) El pronunciamiento del TJCE sobre la elección de la base jurídica de actos que rebasan un solo pilar

Habiendo concluido que la actuación de la UE en un ámbito en el que la CE tiene competencias infringe el artículo 47 TUE, por más que aquéllas tengan carácter complementario, el TJCE entra a examinar si en el caso sometido a su consideración se había producido dicha violación, si, en efecto, tal y como sostenía la Comisión, la Decisión 2004/833/PESC debería haberse adoptado tomando como fundamento las disposiciones del Tratado CE relativas a la política comunitaria de cooperación al desarrollo. Ello le lleva a pronunciarse sobre la determinación de la base jurídica de los actos que, dados su contenido y su finalidad, afectan a más de un pilar.

El punto de partida del TJCE es que medidas dirigidas a prevenir la fragilidad de los países en vías de desarrollo, incluidas las adoptadas en el marco de la lucha contra la proliferación de las armas ligeras y de pequeño calibre, pueden contribuir a eliminar o reducir obstáculos al desarrollo económico y social de dichos países y, en ese sentido, pueden estar comprendidas en el ámbito de la política comunitaria de cooperación al desarrollo (FJ. 64 a 68). «Ello no obstante», agrega el Tribunal y aquí empieza su construcción sobre el tema indicado, «para que, en el marco de su política de cooperación al desarrollo, la Comunidad pueda adoptar una medida concreta dirigida a luchar contra la proliferación de las armas ligeras y de pequeño calibre, dicha medida debe estar comprendida, tanto por su finalidad como por su contenido, en el ámbito de aplicación de las competencias que el Tratado CE le atribuye en esa materia» (FJ. 71). «No ocurre así, cuando dicha medida, pese a contribuir al desarrollo económico y social de países en vías de desarrollo, tiene como objetivo principal aplicar la PESC» (FJ. 72).

Extiende así el Tribunal de Luxemburgo el llamado *test del centro de gravedad* a actos que, por esa incidencia en dos pilares distintos, podríamos denominar *interpilares*. «En efecto, si el examen de una medida muestra que ésta persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble, y si uno de ellos puede calificarse de principal, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o el componente principal» (FJ. 73)⁷.

El TJCE se refiere acto seguido al supuesto en el que el test del centro de gravedad no dé resultados, porque los dos ámbitos materiales afectados por un determinado acto lo son en la misma medida. Empieza recordando que en el marco del Tratado CE ha aceptado para estos casos el recurso excep-

⁷ El TJCE cita aquí distintos pronunciamientos suyos relativos a la aplicación del test del centro de gravedad a actos que afectan a dos materias distintas, siendo ambas de competencia de la CE.

cional a la doble base jurídica, pero descarta que esta solución se pueda aplicar al caso que le ocupa: «No obstante, en virtud del artículo 47 UE, dicha solución queda excluida en el caso de una medida que persiga varios objetivos o que tenga varios componentes pertenecientes, respectivamente, al ámbito de la política de cooperación al desarrollo, tal y como se le atribuye a la Comunidad en el Tratado CE, y al de la PESC, sin que ninguno de ellos sea accesorio del otro» (FJ. 76). «En efecto», continúa diciendo, «como quiera que el artículo 47 UE se opone a que la Unión, basándose en el Tratado UE, adopte una medida que habría podido ser adoptada válidamente tomando como fundamento el Tratado CE, la Unión no puede recurrir a una base jurídica correspondiente al ámbito de la PESC para adoptar disposiciones que pertenecen asimismo al ámbito de una competencia atribuida por el Tratado CE a la Comunidad» (FJ. 77). El artículo 47 TUE impediría, pues, el recurso como bases jurídicas de un mismo acto a una disposición del Tratado CE y una disposición del título V del TUE.

El Tribunal de Justicia entra, entonces, a examinar la Decisión impugnada, llegando a la conclusión de que consta de dos componentes, de igual importancia, pertenecientes, uno, al ámbito de la política comunitaria de cooperación al desarrollo y, el otro, al de la PESC (FJ. 108). «Habida cuenta de las consideraciones que figuran en los apartados 76 y 77 de la presente sentencia», afirma a continuación, «procede concluir que el Consejo no observó el artículo 47 UE, al adoptar la Decisión impugnada basándose en el título V del Tratado UE, pese a pertenecer ésta asimismo al ámbito de la política de cooperación al desarrollo» (FJ. 109). Consecuentemente anula la Decisión impugnada.

En cuanto a la excepción de ilegalidad planteada contra la Acción Común 2002/589/PESC, fundamento de la Decisión anulada, el Tribunal estimó que no era preciso examinarla, dado que la Decisión debía ser anulada por sus propios vicios (FJ. 111).

IV. NUESTROS COMENTARIOS AL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE

A) Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE en cuanto a su competencia para conocer del recurso

No es, en modo alguno, la primera vez que el Tribunal de Justicia proclama su competencia para controlar que los actos adoptados sobre la base de los títulos V y VI del TUE no afectan a materias de competencia comunitaria. De hecho, cuando en el fundamento jurídico 33 reclama esa capacidad cita tres pronunciamientos suyos previos⁸.

Es cierto que esos pronunciamientos anteriores se habían referido a medidas aprobadas en virtud del título VI del TUE y no de su título V, pero,

⁸ V. nota 5.

dado que el artículo 47 TUE se refiere, sin hacer distingos, al TUE y a la imposibilidad de que sus disposiciones afecten a las disposiciones del Tratado CE, estaba claro que dicha jurisprudencia era aplicable tanto a los actos CPJP como a los actos PESC. Que el TJCE la extendiera a estos últimos era sólo cuestión de que le llegara un asunto que le diera la oportunidad de hacerlo.

Algo más reseñable, a propósito de esta doctrina, es la alusión al hecho de que los actos cuya pertenencia real a la PESC o a la CPJP puede examinar el TJCE deben ser actos «que, por su naturaleza, pueden producir efectos jurídicos». No cualquier medida fundada en los títulos V o VI del TUE puede, pues, someterse al control judicial del respeto del artículo 47 TUE, únicamente aquellas susceptibles de producir efectos jurídicos. Esto dejaría fuera, sin ningún género de dudas, a las posiciones comunes de la PESC o de la CPJP, ya que ambas sirven exclusivamente para definir el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto⁹.

Pese a que en sus sentencias precedentes el Tribunal de Luxemburgo no había incluido esta referencia a la virtualidad jurídica de los actos, hay que convenir, sin embargo, que no estamos ante una gran aportación jurisprudencial. A la postre, lo que hace el TJCE es aplicar al ámbito de los artículos 46 [letra f)] y 47 TUE su doctrina relativa a los actos susceptibles de un control de legalidad por su parte, tanto en sede comunitaria como en sede CPJP¹⁰.

B) Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE por lo que hace a la interpretación del artículo 47 TUE (I)

En las sentencias en las que, con anterioridad a la resolución que ahora nos ocupa, el TJCE estimó producida una violación del artículo 47 TUE (asuntos *Comisión c. Consejo – Sanciones penales para la protección del medio ambiente –* y *Comisión c. Consejo – Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques –*), el Tribunal se limitó a resolver el recurso pendiente, sin hacer proclamaciones teóricas acerca del alcance del citado precepto.

En el primero de los pronunciamientos, el TJCE declaró que la Decisión marco 2003/80/JAI invadía las competencias que el artículo 175 Tratado CE atribuye a la CE y, por consiguiente, vulneraba el artículo 47 TUE y ello porque «tanto por su finalidad como por su contenido, los artículos 1 a 7 de la Decisión marco tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptados válidamente sobre la base del artículo 175 CE»¹¹. En la segunda de las sentencias, el Tribunal volvió a

⁹ Artículos 15 y 34 (apartado 2, letra a)) TUE. Sobre esta figura, v. STJCE de 27.2.2007, as. *Gestoras Pro Amnistía*, C-354/04 P, FJ. 52; y, STJCE de 27.2.2007, as. *Segi*, C-355/04 P, también FJ. 52.

¹⁰ V., respectivamente y *per omnia*, STJCE de 31.3.1971, as. *AETR*, 22/70, FJ. 39; y, STJCE de 27.2.2007, as. *Gestoras Pro Amnistía*, cit., FJ. 53 y 55.

¹¹ STJCE de 13.9.2005, cit., FJ. 51.

servirse de la misma fórmula y estimó el recurso interpuesto por la Comisión contra la Decisión marco 2005/667/JAI, tras apreciar que sus artículos 2, 3 y 5 «tienen fundamentalmente por objeto la mejora de la seguridad marítima, así como la protección del medio ambiente, y habrían podido ser adoptados válidamente con arreglo al artículo 80 CE, apartado 2»¹².

Aun a falta de una afirmación de principio, ambos pronunciamientos permitirían, no obstante, colegir que el TJCE consideraba que el artículo 47 TUE impide *a limine* a la UE actuar en un ámbito en el que la CE tiene reconocida competencia, sin importar el alcance de esta última. Démonos cuenta que los dos asuntos se referían a materias en las que la CE cuenta con competencias concurrentes (medio ambiente y transporte) y que el Tribunal anuló las Decisiones marco impugnadas, sin plantearse si en relación con su objeto se había producido una previa «ocupación del campo» por parte de la Comunidad o si procedía que esta última estrenara su competencia, a la vista del principio de subsidiariedad. El mero hecho de que la CE tuviera atribuida competencia había conducido al TJCE a anular los actos adoptados por la UE.

La sentencia objeto del presente comentario es la primera en la que el Tribunal de Justicia debe dilucidar si hay «afectación» de las disposiciones del Tratado CE, en el sentido del artículo 47 TUE, cuando tales disposiciones atribuyen a la Comunidad una competencia de carácter complementario, como es el caso de los artículos 177 y siguientes del Tratado CE, relativos a la cooperación al desarrollo¹³. En este marco procesal el TJCE ya sí que teoriza acerca del artículo 47 TUE, al que, como se prometía, concede un alcance absoluto.

Según hemos podido comprobar, el TJCE considera que la UE conculca el artículo 47 TUE cuando adopta una medida que podría haber aprobado la CE. Ése sería el único factor. Que la CE en la materia de que se trate tenga una competencia exclusiva, concurrente o complementaria o el hecho, íntimamente relacionado con el anterior, de que los Estados miembros habrían

¹² STJCE de 23.10.2007, cit., FJ. 69.

¹³ El título del Tratado CE dedicado a la cooperación al desarrollo deja constancia de manera insistente del alcance complementario de la competencia de la CE en esta materia. El artículo 177 Tratado CE comienza proclamando que: «La política de la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo (...) será complementaria de las llevadas a cabo por los Estados miembros (...)». En consonancia con esta idea, en el artículo 180 (apartado 1) Tratado CE se prevé que: «La Comunidad y los Estados miembros coordinarán sus políticas en materia de cooperación al desarrollo y concertarán sus programas de ayuda» y que «[p]odrán emprender acciones conjuntas». Por último, el artículo 181 Tratado CE estipula que: «En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes» y que el *treaty-making power* de la CE en este ámbito «no afectará a las competencias de los Estados miembros para negociar en los organismos internacionales y celebrar acuerdos internacionales».

podido adoptar esa misma medida es, para el TJCE, indiferente. El artículo 47 TUE vendría así a establecer una «frontera fija»¹⁴.

El Tribunal sustenta esta lectura en un único argumento: la finalidad del propio artículo 47 TUE, que pretende, «conforme a lo dispuesto en los artículos 2 UE, quinto guión, y 3 UE, párrafo primero, mantener y desarrollar el acervo comunitario» (FJ. 59). Ciertamente lo que se persigue a través de este precepto es evitar que los Estados socaven la acción de la CE, abordando en sede PESC o CPJP, por tanto, en el marco de la estructura institucional comunitaria, asuntos para los que atribuyeron competencia a la CE. Se trata, como se ha dicho, de prevenir la erosión progresiva del pilar comunitario¹⁵, de evitar la contaminación intergubernamental del proceso decisorio supranacional¹⁶, de preservar las competencias conferidas a la Comunidad¹⁷.

El Abogado General J. MAZÁK había efectuado con anterioridad a la sentencia comentada una interpretación del artículo 47 TUE que tomaba en consideración el artículo 1 TUE y que el TJCE bien habría podido hacer suya para dar un mayor calado a una argumentación, la suya, excesivamente escueta. En sus Conclusiones en el asunto *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques)*¹⁸, J. MAZÁK había sostenido:

«53. (...) el artículo 47 UE establece así la “primacía” del Derecho comunitario o, de forma más específica, la primacía de la acción de la Comunidad en virtud del Tratado CE sobre las actividades emprendidas sobre la base del título V o del título VI del Tratado UE, en el sentido de que el Consejo y en su caso las demás instituciones de la Unión *deben* actuar sobre la base del Tratado CE cuando y en la medida en que éste proporcione una base jurídica adecuada a los efectos de la acción proyectada.

54. De esa forma el artículo 47 UE refleja la arquitectura de la Unión, que conforme al artículo 1 UE “tiene su fundamento en las Comunidades Europeas *completadas* con las políticas y formas de cooperación esta-

¹⁴ Según la expresión utilizada por la Comisión en sus alegaciones en el asunto que nos ocupa (v. FJ. 36 de la sentencia). Es preciso indicar que el Abogado General P. MENDOZZI mantuvo la misma línea que luego siguió el TJCE, concluyendo que «la interpretación y el alcance del artículo 47 UE no pueden estar en función del reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros con arreglo al Tratado CE» (punto 127 de sus Conclusiones, presentadas el 19.9.2007).

¹⁵ Y. PETIT, «Article M T.U.E.», en V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR y D. SIMON (dirs.), *Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, Economica, París, 1995, pgs. 871-873, pg. 872.

¹⁶ P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pg. 146.

¹⁷ Abogado General J. MAZÁK, Conclusiones presentadas el 28.7.2007 en el asunto *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques)*, cit. en nota 5, punto 50.

¹⁸ Cit. en nota anterior.

blecidas por el (...) Tratado (de la Unión Europea)”. Como también se expresa en ese artículo, el Tratado de la Unión Europea constituye “una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”.

55. Esa redacción hace patente que el Tratado de la Unión Europea, al prever determinadas nuevas formas de cooperación, sólo ha pretendido incrementar los ámbitos de actividad de las Comunidades, y no reducirlos mediante la creación de competencias “alternativas” que corresponda ejercer a las instituciones de la Unión en los casos en que las políticas de la Comunidad y de la Unión puedan concurrir, es decir, mediante una facultad conferida a las instituciones para hacer uso en tales situaciones de las formas de cooperación menos integradas que prevén los títulos V UE y VI UE»¹⁹.

Cabría también aducir que atentaría contra el principio de lealtad comunitaria, proclamado por el artículo 10 Tratado CE, que los Estados contribuyesen al vaciamiento del pilar comunitario en favor del segundo y del tercer pilar²⁰. Máxime cuando, en particular con respecto a la CPJP, la tendencia prevista en el TUE es la contraria: ampliación del pilar comunitario en detrimento del título VI del TUE²¹.

Por otro lado, como señalara el Abogado General P. MENGOSZI, «el artículo 47 no introduce ninguna graduación en la protección que otorga a las disposiciones del Tratado CE en función del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad y, por tanto, según la naturaleza de las competencias atribuidas a la Comunidad. El artículo 47 UE parece reposar, pues, sobre la presunción de que el conjunto de las competencias atribuidas a la Comunidad, independientemente del reparto que exista entre la Comunidad y los Estados miembros, merece ser preservado de cualquier invasión que pudiese cometer la Unión Europea al adoptar un acto con

¹⁹ La referencia a la «primacía» que figura en el punto 53 procede del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER. Aunque él se refirió a la *primacía del Derecho comunitario* con respecto al Derecho de la UE (Conclusiones presentadas el 26.5.2005, en el asunto *Comisión c. Consejo V Sanciones penales para la protección del medio ambiente-*, cit. en nota 5, punto 26) y J. MAZÁK habla de la *primacía de la acción de la CE* sobre las actividades desarrolladas por la UE. En la doctrina, M. WASMEIER y N. THWAITES han afirmado que «art. 47 EU expresses the clear primacy of Community law and competence over Title VI EU, which means that (...) art. 29 *et seq.* EU cannot be *leges speciales* to EC law» («The Battle of the Pillars: Does the European Community's Have the Power to Approximate National Criminal laws?», *ELR*, 2004, pgs. 613-635, pg. 619).

²⁰ Como ha escrito R. A. WESSEL: «Article 10 prohibits actions outside the Community framework that could harm the Community's development, even when these actions are taken within the broader framework of the European Union» («The Insight Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations», *CMLR*, 2000, pgs. 1135-1171, pg. 1151).

²¹ V. artículo 42 TUE, que contiene la famosa «pasarela», que es sólo unidireccional: de la CPJP a la CE, en particular, al título IV del Tratado CE.

arreglo a los títulos V o VI del Tratado UE»²². «Si las Altas Partes Contratantes», dice más adelante, «hubieran tenido la intención de delimitar el alcance del artículo 47 UE en función del reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, este artículo no habría sido ciertamente redactado de forma que, salvo las disposiciones explícitas recogidas en el artículo 47 UE, “ninguna” disposición del Tratado UE “afectará” al Tratado CE»²³. En definitiva, es la idea del *ubi lex non distinguit nec nos distinguere habemus*.

Es más, se podría llegar a decir que es tan evidente que en los ámbitos de competencia comunitaria exclusiva está excluida la actuación de la UE, que el artículo 47 TUE debe querer decir algo menos obvio, como que también está excluida en ámbitos en los que la competencia de la CE tiene alcance concurrente o complementario, por más que los Estados miembros mantengan, de manera potencialmente transitoria (para las materias de competencia comunitaria concurrente) o permanente (para las materias de competencia comunitaria complementaria), sus propias competencias.

Trascendiendo las consideraciones estrictamente jurídicas y dando entrada a las cuestiones de mera oportunidad o conveniencia política, habría que agregar que la actuación de la CE es infinitamente más satisfactoria que la actuación de la UE, desde el punto de vista del papel reconocido al Parlamento Europeo en el proceso decisorio, del control judicial que puede ejercerse sobre las medidas fruto de dicha actuación o del control de su cumplimiento por parte de los Estados miembros. En efecto, en el proceso decisorio que tiene lugar en el seno de la Comunidad interviene (a menudo, decisivamente) el Parlamento Europeo²⁴, mientras que en el título V del TUE la participación de esta institución brilla por su ausencia y en el título VI se reduce, en el mejor de los casos, a su mera consulta²⁵. Del mismo modo, los actos dotados de efectos jurídicos adoptados por la CE podrán ser objeto de un control de legalidad, concentrado en el TJCE y para el que, a falta de uno, hay previstos tres o incluso cuatro (si hablamos de los acuerdos internacionales) mecanismos procesales específicos²⁶, mientras que la legalidad de los actos que aprueba la UE en el marco del segundo

²² Conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia objeto del presente comentario, punto 98.

²³ *Ibid.*, punto 112.

²⁴ Tal resulta ser el caso del artículo 179 Tratado CE, base jurídica en materia de cooperación al desarrollo, que prevé la aplicación del procedimiento de codecisión.

²⁵ Artículo 39 (apartado 1) TUE.

²⁶ A esos cauces *ad hoc* (recurso de anulación, cuestión prejudicial de validez, excepción de ilegalidad y, para los acuerdos internacionales, el control previo del artículo 300 Tratado CE) se añadiría el recurso por responsabilidad extracontractual, que, si bien no tiene por objeto el control de la legalidad de los actos de Derecho derivado, acoge este tipo de apreciaciones, toda vez que el TJCE hace depender la determinación de la responsabilidad de las instituciones comunitarias por los daños por ellas producidos del carácter ilegal de su conducta. En relación con este requisito sustantivo, v., en particular, STJCE de 9.9.2008, as. ac. *FIAMM y FEDON*, C-120 y 121/06 P.

pilar no podrá ser, en cambio, enjuiciada por el Tribunal y la legalidad de los actos pertenecientes a la CPJP sólo podrá sustanciarse a través de dos vías (recurso de anulación y cuestión prejudicial de validez), que, además, están sometidas a unas limitaciones ignotas en el pilar comunitario²⁷. Por último, en el marco del Tratado CE el TJCE puede controlar el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las medidas aprobadas por las instituciones comunitarias, cosa que, en cambio, no puede hacer con respecto a las medidas adoptadas *ex* título V del TUE o que puede hacer con restricciones en el ámbito del título VI de este mismo Tratado²⁸.

Son, pues, muchos los motivos que avalan la lectura maximalista del artículo 47 TUE realizada abiertamente por el TJCE. Una lectura de la que resultaría, tal y como apuntó P. MENGOZZI, que «la PESC abarca “todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad”, a excepción de las formas de política exterior que son competencia de la Comunidad, como la política comercial común o la política de cooperación al desarrollo, sea cual fuere el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad»²⁹ y, añadiríamos nosotros, a excepción de las materias cubiertas por el título VI del TUE, que también pueden tener una dimensión exterior.

C) Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE por lo que hace a la interpretación del artículo 47 TUE (II)

Compartiendo la postura del Tribunal, debemos, sin embargo, añadir que resulta extraño que no admita la actuación de la UE en ámbitos de competencias no exclusivas de la CE y, en cambio, acepte la legitimidad, en esos mismos ámbitos, de la figura de los actos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y, más en general, de la acción colectiva de los Estados miembros al margen de la CE³⁰.

Como se recordará, en la sentencia en el asunto *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión (Ayuda a Bangladesh)*, el TJCE tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de que en materia de ayuda humanitaria, en la que la CE carece de competencias exclusivas (son complementarias), los Estados se concertaran en el seno del Consejo, aprobando un acto de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros. Tras recordar que en dicho sector «la

²⁷ El recurso de anulación del artículo 35 (apartado 6) TUE sólo puede ser interpuesto por un Estado miembro y la Comisión. La cuestión prejudicial de validez, por su parte, sólo puede ser planteada por los tribunales de aquellos Estados que hayan aceptado expresamente la competencia del TJCE (v. artículo 35, apartados 1 a 4, TUE) y, aun éstos, pueden limitar el acceso a este instituto jurídico a los órganos jurisdiccionales que deciden en última instancia.

²⁸ V. artículo 35 (apartado 7) TUE.

²⁹ Punto 122 de sus Conclusiones en el asunto objeto del presente comentario.

³⁰ P. EECKHOUT parece aceptar sin extrañeza esta situación (*External Relations...*, *op. cit.*, pg. 150).

competencia de la Comunidad no es exclusiva»³¹, el Tribunal concluyó que «por consiguiente, nada impide a los Estados miembros ejercer *conjuntamente*, en el seno del Consejo o fuera de éste, sus competencias a este respecto»³². La actuación de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros era, pues, inobjetable y el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo fue declarado inadmisibile, por cuanto no iba dirigido contra un acto de las instituciones comunitarias.

Algunos meses más tarde, en la sentencia en el asunto *Parlamento Europeo c. Consejo (Convenio de Lomé)*, el Tribunal extendería esta afirmación a la dimensión *ad extra*, reconociendo que en los ámbitos en los que la competencia de la Comunidad no es exclusiva (a la sazón, se trataba de la ayuda al desarrollo) «los Estados tienen (...) derecho a contraer ellos mismos compromisos con Estados terceros, *colectiva* o individualmente»³³.

Haciéndose eco de estas dos resoluciones, en la sentencia a la que dedicamos este comentario el TJCE declaró que en las materias que no son competencia exclusiva de la Comunidad «nada impide a los Estados miembros ejercer *colectivamente* o individualmente sus competencias» (FJ. 61; énfasis añadido).

El Tribunal es consciente que su doctrina supone negar a la UE lo que, en cambio, reconoce a los Estados miembros: éstos, incluso de forma conjunta y hasta en el seno del Consejo (a través de un acto de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en esta institución), habrían podido adoptar la misma medida que, sin embargo, el TJCE no acepta que tome la UE.

Una situación tan desconcertante habría merecido una justificación muy sólida. El TJCE no la brinda. De manera cuanto menos burda, se limita a declarar que «[no] resulta pertinente» saber si la Decisión impugnada y finalmente anulada podría haber sido adoptada por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias (FJ. 61). El reparto vertical y el reparto horizontal de competencias se configuran, así, sin mayores (ni menores) disquisiciones, como compartimentos estancos.

Y, sin embargo, el planteamiento del TJCE no deja de resultar muy chocante. En primer lugar, porque no encajaría con la concepción de la PESC y la CPJP (aunque ésta en menor medida) como pilares de cooperación intergubernamental. Cuando se presenta la PESC (y la CPJP) como sectores en los que *los Estados miembros actúan de concertada*, resulta difícil aceptar que se niegue a la UE (que, en definitiva, sería el trasunto de los Estados miembros) la capacidad de aprobar medidas que si hubiesen sido aprobadas por

³¹ STJCE de 30.6.1993, as. ac. C-181 y 248/91, FJ. 16.

³² *Ibid.*; énfasis añadido.

³³ STJCE de 2.3.1994, as. C-316/91, FJ. 26; énfasis añadido.

los Estados miembros *qua talis* no habrían planteado el menor problema³⁴. Si éstos pueden adoptar en el seno del Consejo un acto de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, lo lógico sería que pudiesen aprobar, en el marco del título V del TUE, una decisión PESC o una acción común PESC, que se imputaría formalmente, eso sí, a la UE.

Pero incluso si se considera que la UE es algo más que la mera yuxtaposición de sus Estados miembros y que la relación existente entre la CE y los Estados miembros es distinta a la que une a la CE con la UE, el mero hecho de que ésta se encuentre más alejada de la CE de lo que lo están sus Estados miembros (por cuanto éstos podrían llevar a cabo actuaciones en ámbitos de competencia comunitaria que, en cambio, están vedadas a la Unión) inevitablemente «chirría»³⁵. Aun aceptando que la UE y sus Estados miembros sean instancias distintas, en términos formales y materiales, no puede ser que la UE esté más distanciada de la CE de lo que lo están sus Estados miembros, teniendo como tienen la UE y la CE tantos elementos comunes.

Por lo demás, el planteamiento del TJCE supone priorizar a los actos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros frente a los actos de Derecho derivado de la UE. Y ello cuando los actos de la UE, si pertenecen al tercer pilar, pueden implicar al Parlamento Europeo (en su proceso de adopción)³⁶ y al TJCE (en su control de legalidad)³⁷, mientras que los actos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo no involucran a ninguna de estas dos instituciones, sin que, en su lugar, esté siempre garantizada la intervención de los Parlamentos o los órganos jurisdiccionales nacionales.

A nuestro juicio, el problema radica en admitir que en materias en las que la CE tiene competencias concurrentes o complementarias los Estados miembros puedan llevar a cabo actuaciones colectivas, tanto si consisten en la aprobación de actos *ad intra* como si consisten en la celebración de un acuerdo internacional con uno o más terceros. El hecho de que aquéllos hayan decidido abordar de manera conjunta un determinado asunto es un reconocimiento de que su tratamiento unilateral por parte de los Estados es insuficiente; vendría a demostrar que «los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión o a

³⁴ En este sentido, v. A. CEBADA ROMERO, «La competencia penal de la CE en materia de protección del medio ambiente. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, *Comisión c. Consejo*», *RGDE*, núm. 9, 2006, esp. pgs. 13-19. A partir de la consideración de la UE como un trasunto de sus Estados miembros, esta autora reclama que la UE pueda actuar en aquellos ámbitos, cubiertos por el título VI del TUE, en los que los Estados miembros tengan una competencia compartida con la CE.

³⁵ Recuérdense aquí el argumento de R. A. WESSEZ acerca del artículo 10 Tratado CE (v. nota 20).

³⁶ Artículo 39 (apartado 1) TUE.

³⁷ Artículo 35 (apartados 1 a 6) TUE.

los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario», en el sentido del artículo 5 (párrafo 2º) Tratado CE. La actuación concertada de los Estados miembros revelaría que se cumplen los requisitos exigidos por el principio de subsidiariedad y, por tanto, que la actuación correspondía a la CE³⁸.

En nuestra opinión, en las materias en las que la CE tiene una competencia concurrente o compartida no es admisible, tal y como hemos dicho, la actuación de la UE, pero tampoco la actuación colectiva de sus Estados miembros. Tanto una como otra evidencian la superación del test de la subsidiariedad, que posibilita la intervención normativa de la CE³⁹. En este sentido, el elemento disfuncional (el que hace que nos «chirríe» la construcción jurisprudencial) no está en la sentencia objeto de este comentario, sino en las sentencias de 1993 y 1994 en los asuntos *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión (Ayuda a Bangladesh)* y *Parlamento Europeo c. Consejo (Convenio de Lomé)*.

D) Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE sobre la elección de la base jurídica de actos que rebasan un solo pilar (I)

Aunque la sentencia objeto del presente comentario constituye la primera ocasión que el TJCE elabora un planteamiento teórico relativo a la aplicación del test del centro de gravedad como método para identificar la base jurídica de actos interpilares, podría verse un antecedente de la aplicación del citado test en las sentencias recaídas en los asuntos *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la protección del medio ambiente)* y *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques)*.

En la primera, el TJCE anuló la Decisión marco 2003/80/JAI, aprobada sobre la base del artículo 34 TUE, tras considerar que «tanto por su finalidad como por su contenido, los artículos 1 a 7 de la Decisión marco tienen como *objetivo principal* la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptados válidamente sobre la base del artículo 175 CE»⁴⁰. En la segunda, el TJCE volvió a estimar el recurso de anulación interpuesto por la Comisión (esta vez contra la Decisión marco 2005/667/JAI), en atención a que sus artículos 2, 3 y 5 «tienen *fundamentalmente* por objeto la mejora de la seguridad marítima, así como la protección del medio ambiente, y ha-

³⁸ En la doctrina española más reciente, M. PALOMARES AMAT ha rechazado el recurso a los actos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros cuando pudiera darse una actuación de las instituciones comunitarias, basada, por ejemplo, en el artículo 308 Tratado CE; sin embargo, ha admitido el recurso a estos actos en los ámbitos de competencias comunitarias meramente complementarias cuando éstas presenten puntos de conexión con las competencias estatales (*Los actos de los representantes de los Estados miembros en el seno del Consejo de la Unión Europea*, pgs. 77-78 y 122).

³⁹ V., en este mismo sentido y por lo que se refiere a la actuación de la UE, M. SOBRIDO PRIETO, «Competencia penal para la represión de la contaminación de buques. Comentario a la sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007 (Comisión c. Consejo, C-440/05)», *RGDE*, núm. 16, 2008, pg. 10.

⁴⁰ STJCE de 13.9.2005, cit., f.j. 51; énfasis añadido.

brían podido ser adoptados válidamente con arreglo al artículo 80, apartado 2»⁴¹.

En la sentencia a la que dedicamos este comentario el TJCE acoge, como un planteamiento ya teórico, el test del centro de gravedad aplicado a actos interpilares. Lo cual supone que acepta que (i) la CE puede, en el ejercicio sus competencias, entrar a regular cuestiones propias del segundo o del tercer pilar de la UE, siempre que el componente CE tenga más importancia que el componente PESC/CPJP, pero también que (ii) la UE puede regular materias de competencia comunitaria cuando el componente PESC/CPJP sea preponderante.

En nuestra opinión, ninguna de estas dos conclusiones es admisible.

Permitir que la CE pueda entrar a regular cuestiones PESC o CPJP, por más que sólo sea cuando su tratamiento se contenga en un acto que básicamente se refiere a algún ámbito contemplado en el Tratado CE, vulnera frontalmente el principio de atribución de competencias.

Tal y como dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 5 (párrafo 1º) Tratado CE: «La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna». Para los temas cubiertos por los títulos V y VI del TUE la CE no ha recibido una atribución competencial; es más, la estructura en pilares de la UE obedece al rechazo de los Estados miembros a comunitarizar las materias objeto de uno y otro título. Luego, cualquier actuación de la CE sobre alguna de tales materias, con independencia de cuál sea el marco en el que se produzca, violaría con descaro el citado principio. Las competencias de la CE son las que son y ello tanto frente a los Estados miembros como frente a la UE.

Por su parte, permitir que la UE pueda aprobar algún acto que se refiera a un tema de competencia de la CE, por muy incidentalmente que lo haga, atenta, a nuestro entender, contra el artículo 47 TUE. Este precepto pretende establecer una línea divisoria entre, por lado, el primer pilar y, por el otro, la PESC y la CPJP. Esa línea se traspasa siempre que la UE regula un asunto comunitario. Por supuesto cuando lo hace a título principal, pero también cuando lo hace con carácter accesorio. La Unión no puede hacer *en passant* lo que no puede hacer a título principal.

⁴¹ STJCE de 23.10.2007, cit., f.j. 69; énfasis añadido

Acerca de la omisión de la base jurídica correspondiente al medio ambiente (artículo 175 Tratado CE), cuya protección es, a juicio del TJCE, uno de los objetos fundamentales de la Decisión marco 2005/667, téngase presente que el Tribunal había constatado previamente que «en la medida en que las exigencias de la protección del medio ambiente, que constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad (...), deben, según el artículo 6 CE, “integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad”, tal protección ha de considerarse un objetivo que también forma parte de la política común que transportes. El legislador comunitario puede, por tanto, sobre la base del artículo 80 CE, apartado 2, y en ejercicio de las facultades que le atribuye esta disposición, decidir fomentar la protección del medio ambiente (...», (f.j. 60).

El planteamiento acogido por el TJCE conduciría, además, a un resultado a todas luces absurdo: la UE no podría actuar en ámbitos en los que la CE tiene reconocida una competencia de carácter complementario y, sin embargo, sí estaría en condiciones de adoptar medidas que afecten a ámbitos de competencia comunitaria exclusiva, siempre y cuando los aspectos relativos a estos temas se aborden indirectamente en el marco de regulaciones relativas a temas PESC o CPJP.

De las anteriores consideraciones se desprende que, desde nuestro punto de vista, el test del centro de gravedad debería limitar su aplicación a los actos que, a la vista de su finalidad y de su contenido, afectan a varias materias, *siendo todas ellas de competencia comunitaria o quedando todas ellas cubiertas por los títulos V y VI del TUE*. En estos supuestos, no hay duda de que la CE (en el primer caso) y la UE (en el segundo) pueden entrar a regular esos temas y lo único que hay que dilucidar es cuál es el procedimiento decisorio aplicable, que será el correspondiente a la materia que constituya el objeto fundamental de la medida de que se trate.

Por lo demás, la aplicación de este test debería referirse a la medida considerada *in toto*. Lo que habría que hacer es examinar el conjunto de la medida en cuestión para determinar cuál es su componente principal; sin proceder por partes. En este sentido, nos resulta harto criticable la forma de actuar del TJCE en el asunto *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques)*⁴².

En esta sentencia el Tribunal de Luxemburgo analizó, en primer lugar, los artículos 2, 3 y 5, llegando a la conclusión, ya apuntada, de que «esos artículos tienen fundamentalmente por objeto la mejora de la seguridad marítima, así como la protección del medio ambiente, y habrían podido ser adoptados válidamente con arreglo al artículo 80, apartado 2». Acto seguido, centró su atención en los artículos 4 y 6, relativos al tipo y al grado de las sanciones penales que deben aplicarse, de los que reconoció que no habían sido adoptados en infracción del artículo 47 TUE, toda vez que la determinación de estos dos extremos no es materia de competencia de la CE. Respecto de estas dos disposiciones indicó asimismo que mantenían una relación indisociable con los artículos 2, 3 y 5. Esa misma relación indisociable la apreció entre los artículos 7 a 12 y los artículos 2 a 6, de modo que no juzgó necesario pronunciarse sobre la cuestión de si podían ser materia de competencia del legislador comunitario. La conclusión final fue que «la Decisión marco 2005/667, al invadir las competencias que el artículo 80 CE, apartado 2, atribuye a la Comunidad, infringe el artículo 47 UE y, en razón de su indivisibilidad, debe ser anulada en su conjunto» (FJ. 74). En otras palabras, la constatación de que las previsiones de los artículos 2, 3 y 5 se referían básicamente a materias de competencia comunitaria, unida a la relación indisociable existente entre éstas y el resto de las disposiciones de la Decisión marco supuso la anulación de esta última en su con-

⁴² STJCE de 23.10.2007, cit.

junto. Y, sin embargo, dejando a un lado los artículos 7 a 12, que se refieren, respectivamente, a la competencia, la notificación de información entre Estados miembros, la designación de puntos de contactos, el ámbito de aplicación territorial de la Decisión marco, la obligación de aplicación que incumbe a los Estados miembros y la fecha de entrada en vigor de dicha Decisión marco, si el TJCE hubiese considerado cuál es el objeto fundamental de las restantes disposiciones (artículos 2 a 6), quizás habría llegado a la conclusión de que su centro de gravedad se situaba en el título VI del TUE y habría desestimado el recurso. Al trocear la Decisión marco, distinguiendo los artículos 2, 3 y 5, por un lado, y los artículos 4 y 6, por el otro, puede que el Tribunal de Justicia brindara una imagen distorsionada de este instrumento. Cuando se considera sólo una parte de las previsiones de una medida es posible que el centro de gravedad se sitúe en un lugar que no coincide con el lugar en el que se ubica el centro de gravedad de la medida en su conjunto.

En realidad, el *modus operandi* del TJCE en el asunto *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación de los buques)* parece indicar que, más allá de las proclamaciones teóricas, el Tribunal no estaba dispuesto a aceptar que una Decisión marco, basada en el título VI del TUE, pudiera referirse a cuestiones, como las contempladas en los artículos 2, 3 y 5, que principalmente tienen por objeto alguna materia de competencia comunitaria. Diríase que fue un ardid al que recurrió el Tribunal de Luxemburgo para alcanzar un resultado *pro Communitate*.

Rechazada la aplicación del test del centro de gravedad para los actos interpilares, la solución cuando se baraja la adopción de un acto cuyo contenido es reconducible al Tratado CE y, en mayor o menor medida, al TUE es llevar dicho contenido a dos actos distintos: uno adoptado por la CE, con base en el Tratado CE, y otro aprobado por la UE y fundado en el título V o en el título VI del TUE. Según cuál sea el componente preponderante, la medida comunitaria se presentará como complementaria de la medida de la UE o a la inversa⁴³.

⁴³ De acuerdo con cuanto estamos diciendo, el llamado «mecanismo de doble texto» (con el que acaba el TJCE cuando se decanta por el test del centro de gravedad) a nosotros no nos plantea la menor objeción. Este mecanismo consiste en la adopción de dos actos: uno, basado en el Tratado CE, que regula una determinada materia; y, otro, basado en el título VI del TUE, que regula las sanciones penales que merecen las infracciones del acto comunitario. Según A. NIETO MARTÍN, a través del recurso al «mecanismo de doble texto», se habría inaugurado «una técnica legislativa que consiste en un armonización compartida entre ambos pilares. Expresado en términos de teoría de las normas: mientras que el primer pilar fija la norma de comportamiento, el tercer pilar se ocupa de la norma de sanción» («Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo –Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005–», *REDE*, núm. 17, 2006, pgs. 105-122, pg. 113).

Para ejemplos de «dobles textos», v. la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 –Comisión c. Consejo–*, de 23.11.2005, doc. COM(2005) 583 final.

E) Nuestros comentarios acerca del pronunciamiento del TJCE sobre la elección de la base jurídica de actos que rebasa un solo pilar (II)

Si las previsiones cuya aprobación se pretende estuvieran tan íntimamente relacionadas entre sí que fueran inseparables, la solución sólo podría ser la adopción de un único acto que, sin embargo, debería descansar sobre las dos bases jurídicas que, en atención a su contenido y sin tener en cuenta que hay un componente más importante que otro, le corresponden.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, descarta el recurso, como solución excepcional, a la doble base jurídica interpilar, incluso en los supuestos en que los dos componentes de un acto tengan la misma entidad⁴⁴. «En virtud del artículo 47 UE», afirma en el fundamento jurídico 76, «dicha solución [el recurso a distintas bases jurídicas] queda excluida en el caso de una medida que persiga varios objetivos o que tenga varios componentes pertenecientes, respectivamente, al ámbito de la política de cooperación al desarrollo, tal y como se le atribuye a la Comunidad en el Tratado CE, y al de la PESC, sin que ninguno de ellos sea accesorio del otro».

A primera vista se podría entender que lo que el Tribunal de Justicia rechaza no es, en general, la doble base jurídica interpilar, sino, en particular, la combinación del artículo 179 Tratado CE con las disposiciones del título V del TUE. La mención del artículo 47 TUE como justificación de su postura y la falta de toda alusión a los motivos singulares que harían incompatible el recurso conjunto al artículo 179 Tratado CE y al título V del TUE invitan, no obstante, a pensar que la aseveración del TJCE tiene un alcance más amplio, que se extiende a la combinación de cualquier previsión del Tratado CE con cualquier previsión del título V (o del título VI) del TUE⁴⁵.

Por si quedara alguna duda, en el fundamento jurídico 77, el TJCE extiende su afirmación: «En efecto», recordemos que dice el Tribunal, «como quiera

⁴⁴ Sobre el carácter excepcional del recurso a la doble base jurídica en el ámbito comunitario, v., en particular, la STJCE de 6.11.2008, *Parlamento Europeo c. Consejo (Garantía de la CE al BEI)*, C-155/07, FJ. 81, en la que el Tribunal insiste en que la utilización conjunta de dos preceptos del Tratado CE como fundamento jurídico de una misma medida se plantea sólo cuando no es posible separar sus dos componentes, llevándolos a dos actos distintos, adoptados en paralelo.

Como ejemplos de actuaciones «al compas» de la UE y de la CE pueden citarse distinta medidas relativas al Sistema de Información de Schengen: así, el *Reglamento (CE) 2424/2001 sobre el desarrollo del Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II)* y la *Decisión 2001/886/JAI* sobre el mismo tema (*DOUE*, núm. L 328, de 13.12.2001, en ambos casos); o, el *Reglamento (CE) 1104/2008 sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS I+)* al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (*SIS II*) y la *Decisión 2008/839/JAI* sobre la misma materia (*DOUE*, núm. L 299, de 8.11.2008, también para ambos).

⁴⁵ Dado que el artículo 47 TUE se refiere, indistintamente, a las previsiones del TUE, disponiendo que no afectarán al Tratado CE, debe entenderse que el TJCE tampoco aceptaría la combinación como bases jurídicas de un precepto del Tratado CE con un precepto del título VI del TUE.

que el artículo 47 UE se opone a que la Unión, basándose en el Tratado UE, adopte una medida que habría podido ser adoptada válidamente tomando como fundamento el Tratado CE, la Unión no puede recurrir a una base jurídica correspondiente al ámbito de la PESC para adoptar disposiciones que pertenecen asimismo al ámbito de una competencia atribuida por el Tratado CE a la Comunidad». El TJCE ya no menciona ámbitos materiales concretos del Tratado CE, aludiendo, de manera omnicompreensiva, a cualquier competencia atribuida por el Tratado CE a la Comunidad.

A diferencia del TJCE, no creemos que el artículo 47 TUE impida el recurso a la doble base jurídica. Porque si la UE y la CE adoptaran de consuno un acto (con doble base jurídica) lo que debería entenderse es que la UE asume la autoría del componente PESC/CPJP y la CE la del componente comunitario. Siendo esto así, no cabría apreciar una vulneración del artículo 47 TUE; no sería posible sostener que la Unión ha adoptado una medida que contiene disposiciones que pertenecen al ámbito de una competencia atribuida por el Tratado CE a la Comunidad.

En este sentido, nadie ha insinuado con respecto a los llamados «actos mixtos», esto es, los actos adoptados conjuntamente por el Consejo y por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, que supongan por parte de la CE una vulneración del principio de atribución de competencias. Al contrario, siempre se considera que la intervención del Consejo se vincula a la dimensión comunitaria de dicho acto y que la de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros está ligada a la dimensión estatal⁴⁶.

Del mismo modo, tampoco se ha cuestionado la legitimidad de los actos

⁴⁶ En la definición que ofrece de los actos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en el seno del Consejo, M. PALOMARES AMAT se refiere al hecho de que son adoptados por aquellos «en ejercicio de sus competencias soberanas y en ocasiones conjuntamente con el Consejo cuando se afecte, en alguna medida, a las competencias comunitarias, en el seno de esta institución comunitaria» (*Los actos de los representantes...*, *op. cit.*, pg. 31).

Como ejemplos de «actos mixtos» pueden citarse: la *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de diciembre de 1997, relativa a un Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas* (DOCE, núm. C 2, 6.1.1998, pg. 2); la *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, relativa a la cooperación en materia de protección civil con los PECO candidatos y Chipre* (DOCE, núm. C 373, de 23.12.1999, pg. 2); la *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 14 de diciembre de 2000, sobre el plan de acción para la movilidad* (DOCE, núm. 371, de 23.11.2000, pg. 4); la *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa al fortalecimiento de las capacidades de la Unión Europea en materia de protección civil* (DOCE, núm. C 82, de 13.3.2001, pg. 1); o, la *Declaración conjunta del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento y de la Comisión sobre la política de desarrollo de la Unión Europea titulada «El consenso europeo sobre el desarrollo»* (DOUE, núm. C 46, de 24.2.2006, pg. 1).

adoptados conjuntamente por la CE y la CECA⁴⁷, por la CE y la CEEA⁴⁸ o incluso por las tres Comunidades⁴⁹. Y ello, pese a que el artículo 305 Tratado CE proclama, al estilo de lo que hace el artículo 47 TUE, la autonomía de este Tratado con respecto al Tratado CECA («Las disposiciones del presente Tratado no modificarán las del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero...») y al Tratado CEEA («Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a las estipulaciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica»).

Conforme al planteamiento que estamos defendiendo (en el caso de doble autoría, a cada co-autor debe atribuírsele la parte del acto que le corresponde por razón de la materia), resulta contradictorio que el TJCE admita el test del centro de gravedad (que supondría que la CE puede regular incidentalmente cuestiones PESC o CPJP y que, a la inversa, la UE puede abordar accesoriamente temas comunitarios) y, en cambio, rechace la adopción de consuno por la CE y la UE de un mismo acto (que es lo que, en definitiva, supone el empleo de una doble base jurídica interpilar).

Lo que, en su caso, podría imposibilitar la utilización de la doble base jurídica interpilar sería no el artículo 47 TUE, sino la divergencia en cuanto a los instrumentos jurídicos correspondientes a cada uno de los pilares o la incompatibilidad de los procedimientos decisorios aplicables en uno y otro marco. Es decir, lo que se puede producir es un problema de *impracticabilidad de la doble base jurídica*⁵⁰.

Una base jurídica del Tratado CE y una del TUE no serán acumulables cuando, en primer lugar, no permitan la adopción de un mismo tipo de

⁴⁷ Como ejemplo reciente puede referirse la *Decisión 2000/204/CE, CECA, del Consejo y de la Comisión, relativa a la celebración del Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra* (DOUE, núm. L 70, de 18.3.2000, pg. 1).

⁴⁸ A título ejemplificativo cabe mencionar: la *Decisión 2004/239/CE, Euratom, del Consejo y de la Comisión, relativa a la celebración del Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra* (DOUE, núm. L 84, de 20.3.2004, pg. 1); la *Decisión 2008/429/CE, Euratom, del Consejo y de la Comisión, relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea* (DOUE, núm. L 151, de 11.6.2008, pg. 33); o, el *Reglamento (CE, Euratom) 2988/95 del Consejo, relativo a la protección de los intereses financieros de Comunidades Europeas* (DOCE, núm. L 312, de 23.12.1995, pg. 1).

⁴⁹ Así: la *Decisión 1999/515/CE, CECA, Euratom, del Consejo y de la Comisión, relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración y de cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra* (DOUE, núm. L 205, de 4.8.1999, pg. 1); o, la *Decisión 1999/602/CE, CECA, Euratom, del Consejo y de la Comisión, relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración y de cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra* (DOUE, núm. L 239, de 9.9.1999, pg. 1).

⁵⁰ V., en este mismo sentido, R.A. WESSEL, «The Inside Looking Out...», *op. cit.*, pg. 1156.

acto. Es evidente que para que la UE y la CE puedan ser coautoras de una misma medida es preciso que ambas estén en condiciones de aprobar ese tipo de medida⁵¹. Y sucede que las tipologías de actos comunitarios y de la PESC (o la CPJP) apenas coinciden. Los Reglamentos y las Directivas son medidas privativas del Tratado CE. Las Acciones comunes lo son de la PESC. Las Decisiones marco de la CPJP. Las Posiciones comunes de la PESC y de la CPJP. Las Decisiones son la única figura contemplada en el pilar comunitario y en el segundo o el tercer pilar. Como ni el TUE ni el Tratado CE predeterminan la naturaleza jurídica de la Decisión PESC, la Decisión CPJP y de la Decisión CE⁵², sería concebible que la UE y la CE aprobaran una única Decisión, en cuya numeración aparecerían las palabras «/CE/PESC» o «/CE/JAI».

Conforme a cuanto estamos diciendo, el recurso a la doble base jurídica interpilar requiere, como primera condición, que el precepto del Tratado CE concernido permita la adopción de una Decisión⁵³.

La segunda condición que ha de cumplirse (o la que, de no concurrir, hará inviable la doble base jurídica) es que los procedimientos decisorios imperantes en virtud del Tratado CE y del TUE sean compatibles y/o que la acumulación de bases jurídicas no mine los derechos del Parlamento⁵⁴. No se trata, nótese bien, de que los procedimientos contemplados en una y otra base jurídica sean idénticos, sino de que sean conjugables y de que, a resultas de su aplicación conjunta, el Parlamento Europeo no vea menoscabados sus poderes⁵⁵.

⁵¹ Por retomar los casos de los que dábamos cuenta en las notas 47 y 49, en el caso de la CE y la CEEA, por un lado, y de la CECA, por el otro, el único acto típico de Derecho derivado que podía ser común en cuanto a su denominación y a sus características era también la Decisión (v. artículo 249 Tratado CE, artículo 161 Tratado CEEA y artículos 14 y 15 Tratado CECA).

⁵² Por lo que se refiere a las Decisiones PESC, el TUE (artículo 23, apartado 2) sólo contempla su posible adopción, sin describir sus características básicas. Sí tipifica, en cambio, las Decisiones CPJP, señalando, en cuanto a sus efectos, su valor vinculante y su falta de eficacia directa y, en cuanto a su función, que no pueden servir para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros [artículo 34, apartado 2, letra c)]; pero en esa definición podrían tener cabida Decisiones con una naturaleza jurídica variable. Lo mismo sucede con las Decisiones CE: el Tratado CE las describe estableciendo el valor obligatorio de todos sus elementos para todos sus destinatarios (artículo 249), pero esa descripción acoge Decisiones de naturaleza tanto administrativa como normativa.

⁵³ Recuérdesse que las Decisiones PESC y CPJP pueden operar en cualquiera de los ámbitos materiales cubiertos por los títulos V y VI del TUE, respectivamente.

⁵⁴ STJCE de 10.1.2006, as. *Comisión c. Consejo*, C-94/03, FJ. 52; y, STJCE de 10.1.2006, as. *Comisión c. Parlamento Europeo y Consejo*, C-178/03, FJ. 57.

⁵⁵ Piénsese, por volver a retomar los ejemplos de las Decisiones mencionadas en las notas 47 a 49, que los procesos decisorios aplicables en sede CE, CECA y/o CEEA son tan dispares que por parte de la CE la institución decisora fue el Consejo, mientras que por parte de la CECA y/o de la CEEA lo fue la Comisión. Sin embargo, se pudieron acumular. Lo que se hizo fue aplicar cumulativamente los requisitos procedimentales del artículos 300 Tratado CE, 95 Tratado CECA y 101 Tratado CEEA.

En cambio, en el caso que dio lugar a la sentencia en el asunto *Dióxido de titanio*, el TJCE negó la combinación como fundamentos jurídicos de dos preceptos del Tratado CE,

De cuanto venimos diciendo se desprende que la doble base jurídica interpilar no podrá operar frecuentemente. Con todo, habrá supuestos en los que sí pueda darse. El caso que dio lugar a la sentencia que estamos comentando sería precisamente uno de ellos.

Por un lado, el artículo 179 Tratado CE no prejuzga el tipo de actos que la Comunidad puede aprobar en materia de cooperación al desarrollo («el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará las *medidas* necesarias para el logro de los objetivos enunciados en el artículo 177» —énfasis añadido—). Cabría, pues, que la Comunidad se sirviera de una Decisión, ya sea típica (*Entscheidungen*) o atípica (*Beschlüsse*).

Por otro lado, tampoco cabe apreciar una incompatibilidad entre el procedimiento decisorio aplicable en virtud de uno y otro pilar. En efecto, en su dimensión PESC, corresponde al Consejo aprobar en solitario la Decisión; en su dimensión comunitaria, el procedimiento aplicable, según acabamos de ver, es el procedimiento de codecisión. Pues bien, según resulta de la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, el procedimiento de codecisión es perfectamente combinable con un procedimiento que confiere el poder decisorio al Consejo, aun cuando el papel reservado al Parlamento Europeo sea estrictamente consultivo⁵⁶ o, como es nuestro caso, inexistente⁵⁷.

Si la acumulación de las bases jurídicas interpilares no fuera posible, y habiendo descartado previamente la adopción paralela de dos actos (recorremos que el empleo de la doble base jurídica se plantea cuando no es posible la aprobación de dos actos separados), la solución dependerá del supuesto al que nos enfrentemos.

Si el acto tuviera un componente principal y un componente secundario, debería utilizarse como base jurídica la correspondiente al primero. Llegamos, así, a la aplicación del test del centro de gravedad por la que abogaba el Tribunal de Justicia, pero, obsérvese bien, no como primera solución, sino tras haber comprobado que no cabe la aprobación paralela de dos actos distintos y que tampoco puede operar la doble base jurídica.

Si las dos dimensiones del acto tuvieran la misma importancia, y debiendo elegir un solo fundamento jurídico de los dos en los que, en principio, cabría pensar, debería priorizarse el fundamento jurídico comunitario, por ser el más satisfactorio desde el punto de vista del papel reservado al Parlamento Europeo y del control que puede ejercer el TJCE sobre su legalidad y su cumplimiento por los Estados miembros. Para alcanzar semejante conclusión se podría invocar el artículo 47 TUE, sosteniendo que, en tales circunstancias, esta disposición obliga a priorizar la base jurídica comunitaria.

debido a la incompatibilidad de los procedimientos decisorios previstos en cada uno de ellos (STJCE de 11.6.1991, C-300/89).

⁵⁶ V. STJCE de 6.11.2008, as. *Parlamento Europeo c. Consejo (Garantía de la CE al BEI)*, cit., FJ. 79.

⁵⁷ V. STJCE de 10.1.2006, as. *Comisión c. Parlamento Europeo y Consejo*, cit., FJ. 58 y 59.

De nuevo, llegamos al mismo punto que el TJCE, con la diferencia de que, como antes, lo hacemos tras descartar la adopción de dos actos distintos y tras verificar que la doble base jurídica resulta impracticable⁵⁸.

A propósito de la aprobación de dos actos paralelos a la que nos hemos referido en varios momentos, es oportuno señalar que, tratándose de actuaciones unilaterales de la CE y de la UE, no existirían las complicaciones que se dan en el caso de actuaciones convencionales. Cuando un acuerdo internacional relativo a materias para las que la CE tiene competencia se refiere asimismo a ámbitos que siguen siendo de competencia estatal o que están cubiertos por los títulos V o VI del TUE, lograr su escisión en dos acuerdos distintos depende de que, en efecto, sus distintos componentes sean separables, pero depende asimismo de que la o las contrapartes acepten esa partición. En este sentido, los llamados «acuerdos mixtos clásicos» (celebrados entre, por un lado, la CE y sus Estados miembros y, por el otro, un tercero) y los denominados «acuerdos mixtos interpilares» o «acuerdos mixtos de segunda generación» (concluidos entre, por un lado, la CE y UE y, por el otro, un tercero) son más difíciles de evitar que los actos de Derecho derivado interpilares.

Ya que hemos mencionado la existencia de los acuerdos mixtos interpilares, no quisiéramos dejar de apuntar que, tal y como hemos señalado en otro lugar, el rechazo del TJCE a la doble base jurídica interpilar no debería tener la menor incidencia sobre esta figura⁵⁹. A estos efectos hay un dato decisivo y es que en estos acuerdos no se da una doble base jurídica⁶⁰. Lo que hay son dos actuaciones paralelas de la UE y de la CE. Sin perjuicio de que se coordinen entre sí, ambas instancias llevan a cabo acciones independientes, que culminan con la adopción de sendas decisiones aprobando la

⁵⁸ A pesar de que en la sentencia comentada el TJCE no habla de priorizar la base jurídica comunitaria como solución para los casos en que los actos tienen dos componentes de igual importancia, si se tiene en cuenta: (i) que, según concluyó el Tribunal, la Decisión impugnada tenía dos vertientes de igual entidad; (ii) que descartó el empleo de las dos bases jurídicas correspondientes; y, (iii) que anuló la Decisión, porque había sido adoptada en virtud del título V del TUE, resulta patente que es la solución que acoge. Ésta había sido la solución propuesta *expressis verbis* por el Abogado General P. MENGOZZI (punto 176 de sus Conclusiones).

⁵⁹ C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, pgs. 30-31. Por el momento, la UE y la CE han celebrado de consuno un acuerdo interpilar (*Acuerdo entre la UE, la CE y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Conferencia Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen –DOUE*, núm. L 53, de 27.2.2008, pg. 52-) y están pendientes de concluir un segundo acuerdo, que se aplica provisionalmente desde el momento de su firma (*Protocolo entre la UE, la CE, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la UE, la CE y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen –DOUE*, núm. L 83, de 26.3.2008, pg. 3; y, doc. 16462/06 del Consejo-).

⁶⁰ Sí hay doble (o incluso triple) base jurídica en las Decisiones referidas en las notas 47 a 49, por las que dos (o tres) CCEE acordaron la conclusión de ciertos acuerdos internacionales.

celebración del acuerdo: una, basada en el artículo 24 TUE y, en su caso, en el artículo 38 TUE, por la que el Consejo aprueba la celebración del acuerdo en nombre de la UE⁶¹; y, otra, con fundamento en el artículo 300 y el precepto que corresponda por razón de la materia del Tratado CE, por la que el Consejo hace lo propio en nombre de la CE⁶².

V. CONCLUSIONES

En sus Conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia comentada, el Abogado General P. MENDOZZI habló del *modelo triangular* y del *modelo dualista* de las relaciones entre la CE, la UE y sus Estados miembros. A su juicio, el enfoque de la Comisión respondía a un «modelo triangular», en el que «la Unión Europea posee y ejerce competencias propias que no equivalen simplemente al ejercicio colectivo de las competencias que conservan los Estados miembros» y «las relaciones que mantienen la Unión Europea y la Comunidad no son comparables a las que rigen las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros» (punto 85). El Reino Unido, en cambio, había propugnado, según el Abogado General, un «modelo dualista», porque «asimila[...] la frontera entre las competencias de la Comunidad y las de la Unión Europea a la que separa a la Comunidad y sus Estados miembros» (punto 86).

El TJCE rechaza abiertamente esta equiparación de fronteras cuando en el fundamento jurídico 61 declara que la UE no puede adoptar un acto que podría haber sido aprobado por la CE, sin que resulte pertinente saber si ese mismo acto habría podido ser adoptado por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias.

Las restantes conclusiones que alcanza el TJCE van, consciente o inconscientemente, en esa misma línea de distinguir el vínculo existente entre la CE y la UE del vínculo que une a la CE con los Estados miembros. Así, según hemos podido comprobar: (i) la CE no puede abordar, ni siquiera accesoriamente, ninguna materia de competencia estatal y, sin embargo, el TJCE acepta que podría, en aplicación del test del centro de gravedad, tratar de temas cubiertos por los títulos V y VI del TUE; (ii) de igual forma, los Estados miembros no pueden regular, ni siquiera incidentalmente, cuestiones de competencia comunitaria, pero, según el TJCE, la UE sí estaría en condiciones de hacerlo, en aplicación del mismo test; y, (iii), se admite la existencia de los llamados «actos mixtos», que la CE adopta de consuno con los

⁶¹ Las decisiones del Consejo relativas a la celebración de un acuerdo internacional PESC tienen su fundamento en el artículo 24 TUE. Las relativas a la celebración de un acuerdo internacional CPJP citan como bases jurídicas los artículos 24 y 38 TUE.

⁶² V., así, la *Decisión 2008/149/JAI* y la *Decisión 2008/146/CE*, relativas a la celebración del acuerdo entre la UE, la CE y Suiza citado en la nota 59 (*DOUE*, núm. L 53, de 27.2.2008, pgs. 1 y 50); y, la *Decisión 2008/262/JAI* y la *Decisión 2008/261/CE*, relativas a la firma del acuerdo entre la UE, la CE, Suiza y Liechtenstein mencionado en la misma nota (*DOUE*, núm. L 83, de 26.3.2008, pgs. 3 y 5).

Estados miembros, y, en cambio, el Tribunal rechaza la existencia de actos mixtos interpilares, ya que niega el recurso a la doble base jurídica interpilar⁶³.

En estos tres últimos puntos, nuestra postura es radicalmente contraria a la del TJCE. En este sentido, hemos sostenido que, en principio: (i) la CE no puede regular materias pertenecientes al segundo y al tercer pilar, por más que sea al hilo del ejercicio de sus competencias y de forma incidental; (ii) la UE, por su parte, tampoco puede regular *en passant* materias de competencia comunitaria; y, (iii) no debe excluirse *a limine* la doble base jurídica interpilar ni, por tanto, los actos de Derecho derivado interpilares, por lo mismo que no se han rechazado los actos adoptados conjuntamente por las instituciones comunitarias y los Estados miembros.

En cuanto al artículo 47 TUE, nos hemos mostrado de acuerdo con el Tribunal en el reconocimiento de un alcance absoluto a esta disposición, a resultas del cual la UE tendría vedada la actuación en cualquier ámbito de competencia comunitaria, sea cual sea el alcance de esta última. Ahora bien, hemos vuelto a discrepar con el TJCE por haber aceptado, en las sentencias *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión (Ayuda a Bangladesh)* y *Parlamento Europeo c. Consejo (Convenio de Lomé)*, la actuación colectiva de los Estados miembros en materias para las que la CE tiene unas competencias no exclusivas.

Nos damos cuenta de que, a propósito de todas las cuestiones consideradas acerca de la relación entre la UE y la CE, hemos llegado a las mismas conclusiones que defendemos acerca de la relación entre la CE y los Estados miembros. Pero éste ha sido un punto de arribada y no un punto de partida; en el sentido de que nuestras conclusiones no son fruto de la concepción de la UE como un mero trasunto de los Estados miembros.

Que nuestra posición responda a un modelo triangular o a un modelo dualista dependerá de si los modelos se definen en virtud de sus concepciones de partida o de los resultados alcanzados.

⁶³ Del planteamiento del TJCE resulta paradójico que, situando a la UE con respecto a la CE en una posición distinta a la que ocupan los Estados miembros con respecto a esta última, la posición de la UE sea a unos efectos más próxima y a otros más alejada de la que mantienen los Estados miembros. Más próxima, por cuanto se acepta que la UE pueda accesoriamente regular cuestiones comunitarias y que la CE puede accesoriamente regular cuestiones PESC o CPJP, cosa que no se admite de los Estados miembros o con respecto a los Estados miembros. Más alejada, por cuanto no se tolera la actuación de la UE en ámbitos en los que se acepta la actuación colectiva de los Estados miembros ni se admite la coautoría UE-CE, mientras que se acepta la coautoría Estados miembros-CE.