

**FUNDACIÓ CARLES PI I SUNYER**  
**D'ESTUDIS AUTONÒMICS I LOCALS**

**NOTAS SOBRE**  
**EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**  
**Y EL GOBIERNO LOCAL**

LUCIANO PAREJO ALFONSO

PUNTS DE VISTA



## CONTENIDOS

I. El contexto de la consagración de la subsidiariedad como principio de organización territorial del poder público.....	5
II. La Construcción de la Unión Europea y el principio de subsidiariedad .....	8
1. <i>El contenido y alcance de la subsidiariedad según la regulación que desarrolla el principio.....</i>	8
2. <i>La subsidiariedad y el reparto de las competencias «ejecutivas» en el sistema comunitario-europeo. ....</i>	24
III. La proyección del principio de subsidiariedad en los ordenamientos de los estados miembros.....	26



## **I. El contexto de la consagración de la subsidiariedad como principio de organización territorial del poder público**

La actual sociedad del «riesgo» (en la que lo deseado ha dejado de ser hacedero y lo no deseado tampoco es ya soslayable), carente de límites precisos en algunas de sus dimensiones (especialmente la económica) y caracterizada tanto por la ruptura del reparto de responsabilidades trabajosamente alcanzado en su seno (por ejemplo entre empresarios y trabajadores), como por el cambio rápido y continuado y, por tanto, la incertidumbre (con radical alteración de la tensión y el equilibrio tradicionales entre el «cambio» y la «estabilidad») tiene repercusiones importantes sobre el Estado, entendido éste aún como su «director» en calidad cuando menos de corresponsable de las condiciones de vida de los ciudadanos (en términos sujetos también a revisión). Las repercusiones son acusadas en todas las dimensiones estatales: la democracia padece de complejidad y opacidad; la vocación social padece claras limitaciones; y la realización de la previsibilidad y, por tanto, de la seguridad a través del Derecho precisa -ante la crisis de la categoría tradicional de la Ley- de nuevas vías, aún emergentes, más acordes con los tiempos por atenuadas a la dinámica misma de las relaciones jurídicas, como, por ejemplo, la del principio de confianza legítima.

Algunas de las consecuencias para el Estado son evidentes. Este ya no es en modo alguno la instancia última definitiva del espacio político en el que se toman todas las decisiones fundamentales sin condicionantes externos relevantes y decisivos. El Estado y su Derecho vienen experimentando un progresivo proceso de reducción a la condición de instrumentos para la adaptación al cambio continuo y consiguiente complejidad de la vida social. Son, pues y cada vez más, medios de dirección social no sólo, ni preferentemente, mediante la

ordenación y el control de las situaciones y el tráfico relativos a los bienes, sino más bien de la actuación de todo tipo de sujetos para asegurar la efectividad de los procesos sociales (en su caso gracias a la eliminación rápida de las perturbaciones que éstos experimenten).

En el orden de la estructura y el funcionamiento estatales esas consecuencias se manifiestan principalmente en la obsolescencia progresiva de la fórmula calificable de monocéntrica (caracterizada por la concentración del poder y la relativa simplicidad de los mecanismos de dirección social, articulados básicamente sobre el otorgamiento de una función central a la Ley) y, consecuentemente, de los esquemas y categorías establecidos, especialmente los relativos a la reserva de Ley, la relación entre ésta y el Reglamento, la clasificación bipartita normación-ejecución y la ejecución como mera administración (cuyos términos están ya totalmente anticipados en el momento normativo). El Estado sufre una creciente y novedosa fragmentación funcional y territorial del poder, al propio tiempo que una revalorización de su condición de proceso de toma de decisiones. Se ofrece cada vez más, en definitiva como un complejo, por policéntrico, sistema de dirección social, dotado de un específico equilibrio precisado de continua renovación como condición justamente de su eficacia por adaptación al medio social.

Desde esta perspectiva no pueden sorprender las propuestas formuladas por B. Wehner cabalmente ante la comprobación de la incapacidad del sistema estatal aún vigente para afrontar con éxito, es decir, conjurar los riesgos catastróficos que amenazan la convivencia (principalmente en materia económica y medioambiental); propuestas, que cabe sintetizar así:

- a) Diferenciación entre asuntos colectivos o públicos básicos y ordinarios a fin de desacoplar los planos o espacios políticos correspondientes.

b) Ulterior fragmentación del espacio político relativo a los asuntos básicos o esenciales en tantos ámbitos diferenciados como grandes problemas plantea el actual marco económico-social y para su organización específica conforme a las características de éstos.

Puede decirse, pues, que el sentido de la evolución en curso es de la sustitución de la democracia simple o unidimensional por otra compleja o pluridimensional.

## **II. La Construcción de la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**

La construcción de la Unión Europea se inscribe sin duda en el proceso así sucintamente descrito de transformación y reacomodación del Estado en cuanto poder público y ordenamiento jurídico. Constituye, pues, un buen banco de pruebas para el análisis de tal fenómeno.

Alcanzado un cierto estadio de madurez del proceso de integración supranacional y justo en el momento en el que éste daba ya decididamente el salto a la dimensión propiamente política, la subsidiariedad ha pasado al primer plano, casi a erigirse en el presupuesto y la garantía de su continuación. Ello obedece sin duda a que introduce en la organización de la estructura territorial de poderes públicos en formación la que se percibe como una clave específica de idoneidad.

Tras la introducción por el Tratado de Maastrich en el TCE del artículo 3B, el Tratado de Amsterdam dedica al principio un Protocolo anejo (el número 7 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad), una declaración de todas las partes en la Conferencia Intergubernamental y una declaración de Alemania, Austria y Bélgica (de la que dichas partes tomaron nota).

*1. El contenido y alcance de la subsidiariedad según la regulación que desarrolla el principio.*

El Protocolo destaca, por de pronto, los fundamentos mismos del principio, que no son otros que:



- a) El acercamiento de las decisiones de los poderes públicos a los ciudadanos (procurando la situación de la competencia para su adopción, pues, en los órganos más inmediatos a éstos).
- b) El aseguramiento de la transparencia y la democracia.

Y las notas más destacables de la regulación que de la subsidiariedad-proporcionalidad en él se hace son las dos siguientes:

1. Su establecimiento desde la perspectiva no tanto estática de la competencia (el poder para la toma de decisiones y, por lo tanto, como estructura de «poderes» definidos), cuanto dinámica del ejercicio de la competencia (el poder en cuanto proceso de toma de decisiones y, consecuentemente, organización pública compleja en funcionamiento para la dirección de procesos sociales).
2. El protocolo se preocupa de precisar, en efecto y en tal sentido, que los principios que contempla no afectan:
  - a) ni a la regla de que la Unión Europea puede y debe dotarse de los medios necesarios para alcanzar sus propios objetivos y para llevar a cabo sus políticas;
  - b) ni a la regla de no puesta en tela de juicio de las competencias atribuidas a la CE (incluida la competencia parcial para la definición de la propia competencia: art. 235 TCE), tal como dichas competencias han sido y sean interpretadas por el Tribunal de Justicia.
3. La subsidiariedad y la proporcionalidad son dos principios distintos, siendo el primero desde luego -y como el segundo- un principio general del Derecho comunitario.

Así lo han puesto de relieve, por demás, dos recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia: las Sentencias de 12 de Noviembre de 1996 y 13 de Mayo de 1997. En las conclusiones del

Abogado General Sr. Philippe Léger en el asunto resuelto por la primera de ellas se afirma que los referidos principios son diferentes y operan de forma lógicamente sucesiva: la función específica del de subsidiariedad consiste en condicionar la posibilidad y puesta en marcha de la acción misma comunitaria, mientras que la del de proporcionalidad no es otra que la de delimitar el alcance de la acción ya emprendida.<sup>1</sup> Y en las conclusiones formuladas por el mismo Abogado General en el asunto decidido por la segunda de las

<sup>1</sup>. Sentencia de 12 de Noviembre de 1996 recaída en el asunto C-84/94, Reino Unido c. Consejo de la Unión Europea, sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (recurso de anulación). Los apartados 124, 125 y 126 de las conclusiones generales del Abogado General rezan así:

«124. El demandante ha creado, en efecto, una cierta confusión, al invocar repetidamente el principio de subsidiariedad a lo largo del procedimiento —sin invocarlo, no obstante, como motivo de anulación—, pareciendo asimilarlo al de proporcionalidad, como lo ilustra el cuarto “principio general” recogido anteriormente».

«125. Ahora bien, estos dos principios deben, a mi juicio, distinguirse cuidadosamente. El principio de subsidiariedad, tal como figura en el apartado 2 del artículo 3 B del Tratado, implica que, en los ámbitos de competencia compartida, la Comunidad intervenga “[...] 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 [...] a nivel comunitario”. El principio de proporcionalidad, por su parte, figura en el párrafo tercero del mismo artículo 3 B, a tenor del cual, “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”».

«126. Los dos principios intervienen sucesivamente, en dos niveles diferentes de la acción comunitaria: “El primero condiciona la puesta en marcha de la acción de la Comunidad, mientras que el segundo delimita su alcance. Se está, de esta forma, ante un disociación de la cuestión de la competencia y de la de su ejercicio”. En otras palabras, el principio de subsidiariedad entra en juego antes de la acción comunitaria, el de proporcionalidad, después de dicha acción: “El principio de proporcionalidad [...] se toma en consideración en relación con una acción ya emprendida [...] y tiene por objeto permitir la comprobación del cumplimiento de los objetivos del Tratado. El principio de subsidiariedad interviene en un momento anterior, a saber, a la hora de decidir si se pone o no en práctica una acción a escala comunitaria”».

Sentencias citadas se dice rotundamente que la subsidiariedad es en principio general del Derecho Comunitario.<sup>2</sup>

Por tanto, se está -en el caso de la subsidiariedad- ante un principio general del orden de distribución territorial de competencias y de funcionamiento del sistema de poder público comunitario-europeo (para la interpretación, la aplicación y el desarrollo de las asignaciones o atribuciones de competencias y también y sobre todo del ejercicio de éstas).<sup>3</sup> En ese orden asume el papel de regla que se resume la filosofía de la organización y el funcionamiento del aludido sistema en su dimensión de complejo policéntrico generador de decisiones, que no en la de ordenamiento jurídico establecido. Introduce en él la necesaria flexibilidad y, por tanto, capacidad de adaptación de las soluciones concretas decisionales-competenciales.

Así lo confirma la regla de no afección por el binomio subsidiariedad-proporcionalidad de la relación entre los Derechos u ordenamientos comunitario y estatales.

El propio principio de subsidiariedad resulta ser un concepto dinámico, interpretable y aplicable en función de las circunstancias

<sup>2</sup>. Sentencia de 13 de Mayo de 1997 recaída en asunto C-233/94, República Federal Alemana c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, sobre Directiva 94/19/CE de 30 de Mayo, relativa a los sistemas de garantía de depósitos. El apartado 88 de las conclusiones del Abogado General dice así:

«88. El principio de subsidiariedad se enuncia en el Tratado de la Unión Europea como un principio general del Derecho comunitario, conforme a las posiciones adoptadas durante el Consejo Europeo de Edimburgo [Boletín de las Comunidades Europeas, n° 12, 1992, Anexo 1 de la parte A, apartado I.15, p. 14]. En la declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad, las autoridades comunitarias dedujeron la necesidad de que cada una de ellas justificara el respeto de este principio [«Acuerdo Interinstitucional sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad», Boletín de las Comunidades Europeas, n° 10, 1993, apartado 2.2.2, p. 129]».

<sup>3</sup>. En el protocolo que se viene examinando en el texto se dice expresamente, en efecto, que el principio de subsidiariedad ofrece orientación acerca de cómo deben ejercerse las competencias.

concretas y de los objetivos comunitarias. De ahí que, según tales circunstancias y objetivos, pueda conducir a resultados sólo aparentemente contrapuestos: a la ampliación de la intervención comunitaria, como a la reducción e, incluso, negación de ésta.

Aquí es donde luce la verdadera trascendencia del principio, pues éste incide necesariamente en la distribución normativa previa (estática) de las competencias, poniendo de relieve la imposibilidad de un deslinde acabado y total entre plano estático o normativo previo y el dinámico o propio del ejercicio de cada competencia en cada tiempo y circunstancia.

El Protocolo núm. 7 de los anejos al Tratado de Amsterdam dice (como tenía establecido ya el artículo 3B TCE) que la operatividad del criterio que representa la subsidiariedad se circunscribe al campo donde las instituciones comunitarias carezcan, según el Derecho originario, de competencia exclusiva.

Pero la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha puesto de relieve (aquí puede establecerse un claro paralelismo con las competencias que en el orden constitucional interno español se califican formal e inútilmente de «exclusivas») que la exclusividad de la competencia no es una característica unívoca (en sentido de otorgar al poder correspondiente la cualidad de pleno en el doble plano material y funcional):

- a) Las conclusiones del Abogado General asumidas implícitamente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de Mayo de 1997 argumentan que tampoco en las competencias no configuradas como exclusivas (así en el caso de la de mera coordinación) juegan sin más la subsidiariedad y sus exigencias, pues en realidad se trata de competencias que son «exclusivas» en el ámbito de decisión que reconocen, otorgan y reservan. De ello deducen que la propia índole de la competencia (en el caso la coordinación) excusa (minimiza) la necesidad de justificación-motivación de la acción

comunitaria, pues la intervención pública postulada por el título competencial sólo puede ser justamente comunitaria y no estatal.<sup>4</sup>

<sup>4</sup>. Se dice textualmente en los apartados 76 a 86 de las conclusiones del Abogado General Ph. Lèger en el asunto C-233/94 citado en nota anterior:

«76. La Comisión defiende la idea según la cual la acción de la Comunidad afecta a un ámbito que excluye cualquier competencia concurrente de los Estados miembros, lo que conduce a descartar la aplicación del principio de subsidiariedad».

«77. El Consejo y el Parlamento, al afirmar que se respeta el principio de subsidiariedad, parecen considerar que la competencia es compartida».

«78. La demandante, por su parte, niega asimismo el carácter exclusivo de la competencia de la Comunidad en la realización del mercado interior».

«79. Alega que, en esta materia, en tanto la Comunidad no haya ejercido su facultad para armonizar las legislaciones en un ámbito determinado, el Estado miembro está legitimado para adoptar las medidas que estime necesarias. Lo contrario conduciría, en su opinión, al resultado inaceptable de que los Estados miembros no podrían poner en práctica, antes de la armonización, medidas destinadas a suprimir los obstáculos al mercado interior y favorecer, por sí mismos, la integración comunitaria. Añade que el reconocimiento, en favor de la Comunidad, de una competencia exclusiva en materia de mercado interior equivaldría a confiarle esta competencia en casi todos los ámbitos de actividad, siempre que la medida de que se tratara eliminase obstáculos al mercado interior».

«80. Es cierto que la realización del mercado interior no siempre es competencia exclusiva de la Comunidad. Los textos aplicables establecen, al respecto, procedimientos variados. En el apartado 4 del artículo 100 A, por ejemplo, el legislador prevé que los Estados miembros, en ciertas circunstancias, puedan «aplicar disposiciones nacionales» tras la adopción de medidas de armonización».

«81. El Tratado tampoco excluye sistemáticamente la competencia de los Estados miembros en el ámbito, más general, de la armonización, como muestra el artículo 118 A, relativo a la armonización de las condiciones existentes en el ámbito de la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el medio de trabajo. En ese caso la parte esencial del trabajo de armonización corresponde a los Estados miembros».

«82. Pero, como puede verse, en tales casos el reparto de competencias se enuncia claramente. Sin embargo, el artículo 57 no alude en ningún momento a la competencia de los Estados miembros. Asigna exclusivamente a la Comunidad la labor de coordinar las normas nacionales en este ámbito, lo que muestra que, desde el principio, los autores del Tratado consideraron que la coordinación en materia de acceso a las actividades no asalariadas y de ejercicio de éstas se conseguiría mejor mediante una acción comunitaria que mediante una acción en el ámbito nacional».

«83. Por lo demás, es lógico que la armonización de las legislaciones se realice mediante una norma común para los diferentes Estados. Como el Tribunal de Justicia declaró recientemente, tal objetivo supone necesariamente «una actuación comunitaria». [Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 47]».

b) Y en las conclusiones que previamente había sostenido en el asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de Noviembre de 1996, el Abogado General afirmó que las competencias claramente compartidas (en las que a las instituciones comunitarias corresponde asegurar un mínimo común; cual sucede en el caso del art. 118 A: salud y seguridad laborales) deben verse y manejarse -por separado- como competencias propias (de suerte que el mínimo comunitario europeo no es, pues, idéntico a mínimo común denominador, a la armonización por el rasero más bajo; es más bien el resultado de un estándar comunitario propio, a partir del cual existe libertad en los Estados para establecer una normativa propia más exigente; de lo que se sigue que el concepto de mínimo funge como línea divisoria de dos espacios competencial-decisionales diferenciados y propios respectivamente de las instancias comunitaria y estatal). La del Tribunal, acogiendo el argumento, da por supuesta la competencia comunitario-europea, porque la formulación del

«84. Debe, por otra parte, recordarse que, en el presente asunto, la competencia exclusiva de la Comunidad, como se prevé en el apartado 2 del artículo 57, se refiere principalmente a la coordinación de las legislaciones en el ámbito de las actividades no asalariadas y del ejercicio de éstas. No se extiende a toda la competencia de los Estados miembros en dicho ámbito».

«85. Cuando, como en este caso, la competencia exclusiva de la Comunidad se limita a la armonización de las legislaciones, no por ello los Estados miembros se ven privados de su facultad de dictar nuevas normas en el ámbito considerado. Es cierto que la armonización conduce necesariamente a modificar una parte de las normas de fondo vigentes en algunos Estados miembros. Pero también es verdad que éstos conservan una total libertad en tanto las autoridades nacionales no intervengan para proceder a la aproximación de las legislaciones nacionales. Nada les impide adoptar normas que tengan en cuenta, desde su adopción, las normas aprobadas por los demás Estados miembros. Además, una vez producida la armonización comunitaria, los Estados pueden aún intervenir, siempre que no se infrinjan las normas armonizadas, de manera que el margen de intervención de que disponen entonces está naturalmente en función del grado de armonización elegido».

«86. De lo anterior se deduce que, en el ámbito de la Directiva, la Comunidad no actúa ejerciendo una competencia subsidiaria, sino claramente en virtud de atribuciones exclusivas, por lo que las autoridades comunitarias no estaban obligadas a justificar la concurrencia de los requisitos impuestos por el párrafo segundo del artículo 3 B».

título competencial presupone una actuación comunitaria y determina así la innecesariedad de una justificación especial de la acción comunitaria).<sup>5</sup>

<sup>5</sup>. Las conclusiones del Abogado General y la Sentencia del Tribunal de Justicia aludidos se refieren al asunto C-84/94 citado en la nota núm. 1.

Los apartados 129 a 131 de las conclusiones generales dice así:

«129. El artículo 118 A prevé, en efecto, una competencia compartida entre los Estados miembros y la Comunidad en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Si bien los propios Estados miembros están obligados a adoptar medidas en este ámbito, en virtud del apartado 1 de dicho artículo, el apartado 2 prevé por otra parte, que la Comunidad podrá legislar para adoptar "disposiciones mínimas", para "contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1", que es la "armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito". Por tanto, en la medida en que exista un objetivo de armonización, las medidas adoptadas por el Consejo para alcanzar dicho objetivo difícilmente podrán ser criticadas como una violación del principio de subsidiariedad. En efecto, sería ilusorio esperar únicamente de los Estados miembros la consecución de la armonización prevista, al suponer necesariamente ésta una acción de alcance supranacional».

«130. Por lo demás, la competencia que el artículo 118 A confiere también a los Estados miembros no es ignorada por la Directiva. Si bien ésta prevé las medidas de armonización en materia de ordenación del tiempo de trabajo, las modalidades de aplicación de éstas se dejan ampliamente en manos de la iniciativa nacional».

«131. Así, habida cuenta del objetivo de armonización previsto en el artículo 118 A, no cabe duda de que el objetivo que se asigna la Directiva impugnada puede alcanzarse mejor mediante una acción a escala comunitaria que a través de una acción a escala nacional».

Los fundamentos 54 a 56 de la Sentencia dicen textualmente:

«54. En cuarto lugar, es imprescindible el respeto del principio de subsidiariedad para que pueda considerarse que una medida es proporcionada. A este respecto, el Gobierno del Reino Unido alega que corresponde a las Instituciones comunitarias demostrar que los objetivos perseguidos por la Directiva se alcanzarán más fácilmente a escala comunitaria que mediante una actuación de los Estados miembros. Ahora bien, en el caso de autos tal demostración no existe».

«55. Debe rechazarse de entrada la alegación basada en la inobservancia del principio de subsidiariedad, según la cual legislador comunitario no ha demostrado que los objetivos de la Directiva se alcancen mejor a escala comunitaria que por parte de los Estados miembros. Tal como aparece formulada esta alegación se refiere, en efecto, a la necesidad de la actuación comunitaria, cuestión que ya se examinó en el apartado 47 de la presente sentencia».

«56. Hay que señalar asimismo que, como resulta del apartado 17 de la presente sentencia, el Gobierno demandante se funda en un concepto de «disposiciones mínimas» que no es el del artículo 118 A. Esta disposición no limita la intervención comunitaria al mínimo denominador común o, incluso, al nivel de protección más bajo establecido por los diferentes Estados miembros, sino que significa que los Estados son libres de conceder una mayor protección que la protección, en su caso elevada, resultante del Derecho comunitario».

La regulación de la subsidiariedad pone, pues, de relieve la relatividad -por su carácter reductor y simplificador de la compleja realidad y de las tareas que ésta demanda- del deslinde normativo competencial, poniendo sobre la mesa su imbricación con la vertiente dinámica, en la que se hace preciso un específico «manejo» del orden competencial a la vista y en función de las circunstancias y de los objetivos- fines a alcanzar (de ahí justamente la ambigüedad de la supletoriedad: reforzamiento y debilitación, al propio tiempo, de la instancia comunitario-europea). Las precisiones relativas a la no afección de las competencias atribuidas como exclusivas y a no puesta en cuestión de la esfera competencial comunitario-europea deben entenderse, pues, en el sentido de que el principio no altera, por sí mismo, la delimitación-separación normativa de las competencias, es decir, las atribuciones que de éstas hace el Derecho originario comunitario, por cuanto despliega su eficacia en el plano de la interpretación-aplicación de éste y esa eficacia consiste en una flexibilización del esquema de distribución competencial dirigida a hacer capaz al «sistema supranacional», en cuanto «sistema de toma de decisiones», de adaptarse adecuadamente -dada la inevitabilidad de la concurrencia, la imbricación y el entrecruzamiento de las competencias- a las necesidades sociales reales de acuerdo siempre con los objetivos y fines últimos perseguidos.

En consecuencia, puede decirse que el principio de subsidiariedad:

1. Supone una apreciable dilución de la certeza de la delimitación normativa *ex ante* o *a priori* de las esferas de actuación pública. La esfera de actuación no está dada sin más desde la suma de los correspondientes títulos competenciales, reduciéndose las cuestiones suscitadas por el ejercicio de las competencias a las tradicionales que suscita de suyo toda operación de interpretación jurídica. Antes al contrario, en el momento dinámico de la actuación del poder público resurge de cada vez (en función, se



insiste, de las circunstancias-contexto y de los objetivos-fines) la cuestión misma de la distribución territorial del poder de decisión-acción, haciendo necesaria la recreación constante y concreta del «federalismo».<sup>6</sup> El principio supone, así, una «desconstitucionalización» parcial de la distribución territorial del poder o, por mejor decir, impone la concepción y la aplicación de dicha distribución también como un proceso continuado y escalonado de «decisiones sobre la capacidad para la toma de decisiones».

En esta nueva constelación es discernible, no obstante, un doble círculo: el de la competencia exclusiva, definitiva del que cabría calificar como núcleo esencial de la función desempeñada por la instancia correspondiente (aquí la CE) en el sistema territorial total del poder, y el de las restantes competencias, expresivas sólo de poderes de actuación contingentes y, por tanto, susceptibles de actualizarse o no según las circunstancias y los objetivos.

2. Implica, por ello, el principio de subsidiariedad la reducción al mínimo de la esfera competencial calificable como «exclusiva», en el sentido de propia, en la que los títulos competenciales otorgan soporte suficiente, por ello, a la actuación, haciendo innecesaria en principio una especial y añadida justificación. La reducción deriva de la exigencia de una interpretación estricta de los correspondientes títulos competenciales expresos y específicos, por relación a su efectiva vinculación a la posición y la función de la instancia-poder correspondiente en la estructura total de poderes (desde la idea de la institucionalización por éstos de los correspondientes círculos de intereses colectivos).

<sup>6</sup>. Empleando aquí el término «federalismo» en el sentido de sistema de doble gobierno (comunitario-europeo y estatal-nacional) de una misma población. Aunque, en realidad, en el sistema comunitario-europeo la fragmentación del gobierno es más compleja, pues la instancia-nacional (simplificada en su relación con la comunitario-europea) se desagrega internamente, en su caso, en una pluralidad de gobiernos conforme al orden constitucional correspondiente.

Se comprende, pues, que con ocasión del establecimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comentada se haya considerado posible la reducción de la exigencia de motivación y justificación de la acción en este núcleo competencial de interpretación estricta.<sup>7</sup>

1. El principio tiene como consecuencia, así, que en lo demás, es decir, en el que cabría calificar como «halo» de la esfera competencial definida normativamente rige -en principio y en correspondencia con la incertidumbre propia del contexto social- la indefinición, es decir, la incertidumbre sobre i) el quién en cada caso concreto de la intervención (decisión-acción) y ii) el alcance de ésta. De lo que se sigue la ya expuesta necesidad de la recreación continuada y concreta del orden distribuidor-repartidor de las competencias, así como la dependencia de la legitimidad de cualquier ejercicio competencial de la suficiente y adecuada motivación-justificación (calificable, así, de cuasiconstituyente).<sup>8</sup> Y ello en función, de cada vez, de las circunstancias concurrentes y los objetivos normativamente asignados (con lo que se consigue una mayor idoneidad-capacidad de respuesta del sistema al entorno complejo y cambiante).

Se entiende así que, paralelamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia enfatice la necesidad del incremento decisivo y progresivo de la exigencia en punto a motivación-justificación de la

<sup>7</sup>. En el apartado 86 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lèger en el asunto C-233/94, citado en nota núm. 2, puede leerse, en efecto que:

«86. De lo anterior se deduce que, en el ámbito de la Directiva, la Comunidad no actúa ejerciendo una competencia subsidiaria, sino claramente en virtud de atribuciones exclusivas, por lo que las autoridades comunitarias no estaban obligadas a justificar la concurrencia de los requisitos impuestos por el párrafo segundo del artículo 3 B».

<sup>8</sup>. El Protocolo núm. 7 anejo al Tratado de Amsterdam señala que la exigencia de la motivación alcanza incluso al dictado de normas, debiendo cumplirse mediante el empleo de índices cualitativos y, en la medida de lo posible, cuantitativos.

intervención, es decir, de las decisiones y acciones comunitario-europeas.<sup>9</sup>

La corrección de la interpretación así expuesta de la subsidiariedad se acredita -a mi juicio- justamente por la doble precisión por el Protocolo de:

- a) La obligada concurrencia, para la legitimidad del ejercicio de la competencia (al menos la no atribuida con el carácter de exclusiva), de la subsidiariedad en sus dos dimensiones, es decir, la que opera sobre la decisión acerca de la pertinencia de la intervención y la que lo hace sobre el alcance de la intervención, una vez afirmada la procedencia de ésta. Este requerimiento se expresa en las siguientes reglas:
- b) En el caso debe darse cualquiera de las siguientes circunstancias: presencia de aspectos transnacionales; infracción o contradicción

<sup>9</sup>. En los apartados 87 a 90 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-233/94, citado en nota núm. 2, se afirma textualmente al respecto:

«87. Desde una perspectiva más general, creo que es útil indicar al Tribunal de Justicia el interés que, en mi opinión, puede tener, en aras de la justa aplicación del principio de subsidiariedad, el hacer una aplicación particularmente exigente de la obligación de motivar los actos prevista por el artículo 190 del Tratado siempre que el legislador comunitario interviene para adoptar nuevas normas».

«88. El principio de subsidiariedad se enuncia en el Tratado de la Unión Europea como un principio general del Derecho comunitario, conforme a las posiciones adoptadas durante el Consejo Europeo de Edimburgo [Boletín de las Comunidades Europeas, n° 12, 1992, Anexo 1 de la parte A, apartado I.15, p. 14]. En la declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad, las autoridades comunitarias dedujeron la necesidad de que cada una de ellas justificara el respeto de este principio [“Acuerdo Interinstitucional sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad”, Boletín de las Comunidades Europeas, n° 10, 1993, apartado 2.2.2, p. 129]».

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

«90. Así, cualquier acto adoptado por la Comunidad deberá incluir, expresa o implícitamente pero de forma clara, la justificación del fundamento de la intervención de la autoridad competente, aunque sólo sea la afirmación, en su caso, de que no procede dar paso a la subsidiariedad».

con el Tratado o perjuicio para los intereses de los Estados miembros de la inactividad comunitario-europea o de la actividad sólo estatal; y derivación de la actuación comunitario-europea de beneficios de escala o por razón de sus efectos. De ello resulta claramente que la subsidiariedad representa un principio estructural del orden distributivo de competencias determinante de la preferencia de la intervención de la instancia más básica.

- c) La acción comunitaria debe estar caracterizada, en su contenido, por la simplicidad, la coherencia y la eficacia, y extenderse sólo a lo necesario (a este último respecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia utiliza la doctrina, de origen alemán, que desagrega la proporcionalidad en el doble paso de la aptitud o idoneidad de la medida para la realización del fin y, en su caso, de su extensión más allá de lo preciso para la efectiva consecución del mismo).<sup>10</sup> De ello resulta sin duda

<sup>10</sup>. Sobre este punto:

Las conclusiones formuladas por el Abogado General en el asunto C-84/94, citado en nota núm. 1, señalan:

«57. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, procede recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual, para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo (véase, en particular, la sentencia de 9 de noviembre de 1995, Alemania/Consejo, C-426/93, Rec. p. I-3723, apartado 42)».

En el asunto C-233/94, citado en nota núm. 2, las conclusiones del Abogado General afirman: «111. Procede, antes de nada, recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para comprobar si una disposición de Derecho comunitario es conforme con el principio de proporcionalidad, debe verificarse si los medios utilizados permiten conseguir el objetivo perseguido y si no van más allá de lo necesario para alcanzarlo. Así, cuando deba elegirse entre varias medidas apropiadas, debe optarse por la menos gravosa y las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos [Véanse, entre otras, las sentencias de 11 de julio de 1989, Schröder (265/87, Rec. p. 2237), apartado 21, y, recientemente, Reino Unido/Consejo, antes citada, apartado 57]».

Y en el mismo asunto, la Sentencia de 13 de Mayo de 1997 determina:

- que la subsidiariedad tiene por finalidad la preservación del pluralismo territorial en la estructura del poder público y del respeto de las instancias inferiores de dicha estructura, incluso y precisamente en la fase de la actuación de las competencias.
- d) De cualquiera de los dos resultados posibles (afirmativo o negativo) del juicio acerca de la concurrencia de sus presupuestos y requisitos a que obliga el binomio subsidiariedad-proporcionalidad se siguen igualmente consecuencias.
  - e) Supuesta la afirmación de dichos presupuestos y requisitos justificativos de la acción de la instancia territorial superior (en el caso, la comunitario-europea), dicha acción no puede diseñarse, ni cumplirse de cualquier manera, sino precisamente dando participación a las instancias inferiores (los Estados miembros) y dejando a éstas un suficiente margen de actuación propia.

En el supuesto contrario -negación de la procedencia de la intervención de la instancia superior-, los Estados miembros quedan obligados a articular su acción con respeto al Tratado y al resto del ordenamiento comunitario, es decir, a actuar con lealtad institucional.

Desde este punto de vista la subsidiariedad se ofrece como la clave misma de la forma de articulación y funcionamiento de una estructura de poder público descentralizada.

En conclusión:

«54. A este respecto, procede recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo (véase, en particular, la sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, C-84/94, Rec. p. I-0000, apartado 57)».

Con todas las reservas que se quiera, el principio de subsidiariedad posee una enorme potencialidad para proporcionar al orden comunitario-europeo de distribución territorial de competencias la flexibilidad precisa para asegurar la capacidad de adaptación del sistema de poder público en su conjunto a un entorno social complejo, incierto y en evolución y cambio acelerados. Su carácter «bidireccional» es, desde este punto de vista, una virtud y no un defecto.

Pero el desarrollo de esa potencialidad presupone juridicidad y control judicial. En este terreno queda aún mucho camino por recorrer, como demuestran las dos recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de Noviembre de 1996 y 13 de Mayo de 1997 que se han venido comentando; Sentencias en las que es manifiesto: i) el empleo aún de un criterio generoso a la hora del control tanto del cumplimiento de la exigencia de motivación, como de la suficiencia de la motivación efectuada, si bien al mismo tiempo se hace ya presente la conciencia de la necesidad de hacer más estricto aquel criterio (es decir, la tendencia hacia el avance en el control del cumplimiento efectivo de la subsidiariedad); y b) la reserva en la interpretación del alcance del control judicial en los casos de cierta complejidad (que son los ordinarios y decisivos), de suerte que sólo se afirma claramente la posibilidad de un control por error manifiesto, desviación de poder o extralimitación sobre el margen lícito de apreciación) y se niega correlativamente cualquier posibilidad de sustitución de las apreciaciones de la institución comunitario-europea correspondiente por las propias del Tribunal.<sup>11</sup> aspecto éste,

<sup>11</sup>. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de Noviembre de 1996 (asunto citado en nota núm.1) señala en su fundamento 58:

en el que, por tanto, todavía es posible un enorme desarrollo de la función judicial, al que la regulación establecida por el Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam -aún no explotada por razones obvias- proporciona un buen soporte.

En último término, la esencia y la importancia del principio radican en una cierta subjetivización de las relaciones entre las instancias territoriales del poder público (sobre la base del reconocimiento de la entidad que les corresponde a las colectividades por ellas

«58. Respecto al control jurisdiccional de los citados requisitos, debe reconocerse, sin embargo, al Consejo una amplia facultad de apreciación, por tratarse de un ámbito que, como en el caso de autos, implica que el legislador se pronuncie sobre opciones de política social y realice valoraciones complejas. Por consiguiente, el control jurisdiccional del ejercicio de dicha competencia debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si la referida Institución se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación».

Y la Sentencia del mismo Tribunal (asunto citado en nota núm. 2), sostiene que:

«26. En el presente caso, procede señalar que, en el segundo considerando de la Directiva, el Parlamento y el Consejo estimaron convenía “considerar la situación a que podría dar lugar la indisponibilidad de los depósitos de una entidad de crédito con sucursales otros Estados miembros” y que era “imprescindible [asegurar] un nivel mínimo armonizado de garantía de depósitos independientemente del lugar de la Comunidad en que estén éstos ubicados”. Estas consideraciones demuestran que el legislador comunitario estimaba que, debido a la dimensión de la acción contemplada, el objetivo de ésta podía lograrse mejor a nivel comunitario. El mismo razonamiento se reitera en el tercer considerando, del que se deduce que la decisión sobre el sistema de garantía competente en caso de insolvencia de una sucursal situada en un Estado miembro que no sea el del domicilio social de la entidad de crédito produce efectos que se sufren más allá de las fronteras de cada Estado miembro.

«27. Además, en el quinto Considerando, el Parlamento y el Consejo indicaron que las medidas adoptadas por los Estados miembros de conformidad con la Recomendación de la Comisión no habían permitido conseguir todos los resultados deseados. Es decir, el legislador comunitario comprobó que el objetivo de su acción no podía ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros».

«28. De estas consideraciones resulta que, en cualquier caso, el Parlamento y el Consejo precisaron las razones por las que estimaban que su acción era conforme con el principio de subsidiariedad y, por tanto, respetaron la obligación de motivar los actos, tal como ésta se recoge en el artículo 190 del Tratado. A este respecto, no puede exigirse una mención expresa de dicho principio».

«56. Ante esta situación, el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación del legislador comunitario por la suya. A lo sumo, sólo puede censurar la opción normativa de éste si resulta ser manifiestamente errónea o si los inconvenientes que causa a ciertos operadores económicos son desmesurados en comparación con las ventajas que pueda presentar por otro lado».

institucionalizadas). La cuestión de la distribución territorial del poder no es, así, objetiva, resolviéndose en un arreglo específico en el contexto de las relaciones complejas entre las instancias institucionalizadoras colectivas o grupos sociales territoriales. De ahí la necesidad de la motivación y de la participación y, sobre ella y además, la restricción derivada de la proporcionalidad. En definitiva, la intervención habilitada conforme al binomio subsidiariedad-proporcionalidad experimenta una construcción paralela a la del poder público sobre ciudadano, sólo que referida a la de la instancia supranacional respecto de los Estados miembros, es decir, sobre los grupos sociales nacionales integrados.

La configuración del principio de subsidiariedad así resumida es decisiva para la proyección de éste en el orden constitucional interno de los Estados miembros.

## *2. La subsidiariedad y el reparto de las competencias «ejecutivas» en el sistema comunitario-europeo.*

A lo dicho se añade el hecho que la subsidiariedad opera en el plano propio de las decisiones sobre la toma de decisiones legislativas (formales), pero no en el de la ejecución. Así resulta de la declaración de las partes en la Conferencia Intergubernamental relativa al Protocolo sobre el principio; declaración, conforme a la cual son los Estados los que, en principio, deben continuar siendo los que ejecutan (adoptan, pues, las decisiones administrativo-ejecutivas), con arreglo a sus disposiciones constitucionales propias, el ordenamiento comunitario-europeo, sin perjuicio de las competencias de supervisión y control de la instancia supranacional y, desde luego, de las específicas de ejecución atribuidas a la misma en los artículos 145 y 146 TCE.



El principio no actúa, pues, en la fase ejecutiva del ciclo de gestión de los asuntos públicos, sencillamente porque la situación pretendida por la subsidiariedad ya está plenamente garantizada por el sistema mismo de ejecución indirecta de las decisiones comunitario-europeas. Este, pues, no sólo no niega la subsidiariedad, sino que produce un reparto territorial del poder que va incluso más allá de lo pretendido por ésta.

### **III. La proyección del principio de subsidiariedad en los ordenamientos de los estados miembros.**

De las consideraciones hasta aquí desarrolladas se desprende sin más la importancia de la proyección o, en su caso, traslación del principio de subsidiariedad al orden organizativo-competencial interno de los Estados miembros; importancia sobre todo para el desarrollo efectivo de las potencialidades de la instancia básica local, fundamental para la revitalización del sistema democrático. Pues de tal proyección o traslación se seguiría:

- a) La clarificación y flexibilización del orden de distribución territorial interna del poder y, por tanto, del funcionamiento de los sistemas estatales, con mejora sensible de la dimensión democrática de éstos gracias al específico equilibrio de su pluralismo territorial.
- b) La garantía no sólo de ese equilibrio del sistema, con preservación del papel de las instancias territoriales inferiores (especialmente, como queda dicho, de la básica local), sino también -lo que no es menos importante- del espacio decisional que a éstas debe corresponder en todo caso, mediante la exigencia en último término del recurso por las superiores a las opciones decisionales menos restrictivas al respecto (con la consecuencia de una mejora también del sistema estatal en cuanto ordenamiento complejo).

Ocurre que, conforme al Protocolo regulador de la subsidiariedad, ésta sólo es aplicable a las competencias comunitarias, es decir, únicamente juega en el contexto de la relación-distribución de poder entre las instituciones comunitario-europeas y los Estados miembros.

Es significativa, no obstante, la declaración formulada por Alemania Federal, Austria y Bélgica (de la que tomó nota la Conferencia Intergubernamental) en el sentido de que la acción comunitaria, de

conformidad con el principio de subsidiariedad, no sólo interesa a los Estados miembros, sino también a las entidades en que internamente se desagrega, en la medida en que éstas disponen asimismo de potestad legislativa (la cual se ve afectada directamente por las decisiones normativas comunitario-europeas y, por tanto, por las decisiones sobre la toma o no de tales decisiones).

La posición de estos Estados miembros merece ser compartida, por las siguientes razones:

1º . La subsidiariedad es un principio general del Derecho comunitario (originario). Por tanto, su radio de acción se extiende (por el doble efecto de la primacía y el efecto directo de dicho Derecho) a los ordenamientos de los Estados. De ahí la importancia del no entendimiento del principio como una regla competencial en sentido estricto y convencional.

Téngase en cuenta, en efecto, que el principio está al servicio de los valores de la democracia, el acercamiento del poder a los ciudadanos y del derecho de éstos a la participación en los asuntos públicos. Y que supone, además, un reconocimiento de los grupos sociales territoriales que subyacen a las instancias territoriales correspondientes y de la entidad de sus esferas de intereses. Por lo que hace al orden constitucional español, es claro que estos valores y contenidos aludidos por el principio tienen que ver con el diseño que aquél hace del sistema democrático.

Es evidente que la integración supranacional no enerva el carácter fundante y estructurante de las correspondientes normas constitucionales respecto de los respectivos sistemas y ordenamientos estatales. Pero no lo es menos que ello no impide que dichas normas, es decir, los órdenes que éstas determinan puedan y deban interpretarse y aplicarse en los términos que mejor aseguren su coherencia con el superior comunitario-europeo y, por tanto y en el caso que nos ocupa, en los que en mayor medida favorezcan el principio de subsidiariedad.

En otro caso habría que aceptar una solución de continuidad, una cesura en la estructura total del poder público que hoy forma la Unión Europea, cuando no una verdadera y doble contradicción interna en ella: la derivada de una evidente disparidad de los criterios de reparto de poder en el bloque Instituciones comunitarias-Estados miembros, de un lado, y en el formado por las instituciones centrales y las instancias territoriales interiores de los distintos Estados, de otro lado; y la resultante de la admisión de una economía y lógica diversas en ambos bloques no obstante su pertenencia a un mismo sistema sujeto a un mismo proceso de integración, que -inspirado justamente por el principio de subsidiariedad- avanza claramente desde la dimensión económica hacia la política.

2º . El argumento anterior encuentra un refuerzo considerable en el doble hecho de la incorporación de las estructuras estatales internas (instancias estatales-regionales-autonómicas y locales) a las supranacionales y su funcionamiento y del desbordamiento por la lógica de los procesos decisionales y de acción en el sistema comunitario-europeo total de la secuencia lineal instituciones comunitarias-instituciones generales o centrales de los Estados miembros-entidades o instancias internas de éstos. Justamente este es el fundamento, incontestable, de la declaración conjunta de Alemania, Austria y Bélgica.

Debe tenerse en cuenta que la cesión de soberanía (para su ejercicio en común en el seno de las instituciones comunitarias) en que descansa la integración supranacional comprende la doble circunstancia expuesta, por lo que nada impide que un principio organizativo sentado desde el «ejercicio común» de la soberanía «cedida» incida en la soberanía aún íntegramente «retenida» por los Estados miembros.

3º . La remisión al orden constitucional interno (que se hace en la declaración comentada) así lo confirma desde luego. Pues no

puede entenderse sólo, ni principalmente, como respeto al orden constituido por la soberanía correspondiente, sino también necesariamente como suposición de la continuación la misma lógica propia del supranacional en el seno de aquél, en virtud cabalmente de la sintonía presupuesta entre ambos.

En la medida en que en el plano «infralegal» del ciclo de la gestión pública el sistema comunitario-europeo va más allá de la subsidiariedad, al descansar en la encomienda de la ejecución de las decisiones, como regla general, a los Estados miembros, es claro que el principio de subsidiariedad -supuesta la continuación de su juego en el interior de éstos- rige el referido ciclo de la gestión pública por entero.

A escala europea (más allá, pues, de la Europa comunitaria), la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 (artículos 3.1. y 4.3 y 4) impone el principio de subsidiariedad también para el ámbito de la «administración pública».

Pero en el campo primario de juego del principio, es decir, en el de las decisiones adoptadas en forma de Ley, la cuestión que se plantea es la de la razón por la que la penetración de dicho principio deba detenerse en las instancias territoriales estatales o internas con potestad legislativa formal.<sup>12</sup> La relativización a que están sometidas hoy, en los órdenes constitucionales estatales, la reserva de Ley y los dogmas de la plena capacidad programadora de la actividad «ejecutiva» por la Ley, la consecuente reducción de la «ejecución» a una actividad reducida a «encontrar» la solución ya insita en aquélla con método jurídico objetivable y reproducible (para su control de

<sup>12</sup>. Por más que se entienda desde luego que en el Derecho comunitario el principio aparezca proclamado en términos que restringen su radio de acción al plano legislativo formal: en el sistema comunitario la regla de la descarga en el nivel inferior (el de los Estados miembros en bloque) de la ejecución va más allá de la subsidiariedad, haciendo superfluo en él tal principio.

regularidad) y, por tanto, la radical diferenciación de las fases normativa-legal y la ejecutiva (incluida la reglamentación) del ciclo de gestión pública, hace aparecer tal frontera como discutible, si no arbitraria y, por tanto, injustificada. Mas fundada parece la solución de estar al respecto al reparto efectivo del poder de decisión normativa (con rango legal formal o no).

Supuesto que nada se opone y, antes al contrario, todo aboga por la continuación de la eficacia del principio de subsidiariedad en los sistemas internos de los Estados miembros de la Unión Europea, en cuanto piezas del sistema más amplio que ésta representa, debe postularse por una penetración efectiva del Derecho español por dicho principio a través de la doctrina constitucional, la jurisprudencia e, incluso, de la legislación. Ninguna duda puede caber en todo caso por lo que hace al Estado y el ordenamiento españoles, en la medida en que uno y otro responden ya de suyo al planteamiento propio del principio.

La «continuación» de la acción del principio en el escalón estatal y su penetración de los correspondientes ordenamientos penetración se vería desde luego favorecida si, por ejemplo y en la línea de la solución adoptada respecto de los derechos fundamentales (artículo F del Tratado de Maastricht), se incorporara también al acervo comunitario la Carta Europea Autonomía Local en calidad justamente de concepción europea común de la posición y función del gobierno local (no se escapan las dificultades de tal propósito, pero tampoco la existencia de una pluralidad de fórmulas aptas para su superación).