

# NORMATIVA DELEGADA, NORMATIVA DE EJECUCIÓN Y EL PODER DE LIBRE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR DE LA UNIÓN EUROPEA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN DE 18 DE MARZO DE 2014 EN EL ASUNTO 427/12

JAVIER GARCÍA LUENGO

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

Revista Española de Derecho Europeo  
Octubre - Diciembre 2014  
Págs. 141 - 158

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LAS POTESTADES RECONOCIDAS A LA COMISIÓN POR LOS ARTÍCULOS 290 Y 291 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO. II. EL OBJETO DEL RECURSO. III. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN. IV. LA AFIRMACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FACULTAD DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR DE LA UNIÓN PARA DECIDIR SOBRE LOS PODERES NORMATIVOS DE DESARROLLO DE LA COMISIÓN. V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA DELEGACIÓN NORMATIVA EN EL SENO DE LA UNIÓN: *A. Un planteamiento teleológico en la interpretación del artículo 290. B. La necesaria consideración de los límites a la delegación.*

**RESUMEN:** La introducción en el Tratado de Lisboa de una distinción a la hora de facultar a la Comisión para el desarrollo de la legislación de la Unión entre normativa delegada y actos de ejecución, que también pueden tener un carácter normativo, plantea la necesidad de encontrar un criterio para fijar el ámbito que corresponde a cada uno de estos instrumentos. El Tribunal de Justicia en su Sentencia de 18 de marzo de 2014 aborda esta problemática pero no plantea un criterio material claro y parece remitir la cuestión al legislador comunitario. En el presente trabajo se analiza la corrección de dicho planteamiento y del escaso grado de

**ABSTRACT:** The distinction made in the Treaty of Lisbon, when empowering the Commission to implement EU legislation, between delegated legislation and implementing acts, which may also be of a normative nature, gives rise to a need to find a criterion for delimiting the scope that corresponds to each one of these instruments. The Court of Justice, in its Ruling of March 18, 2014, addresses this problem, but it does not posit a clear material criterion and seems to direct the question to the EU lawmakers. The paper at hand analyzes the correctness of this solution and the low degree of normative pre-

predeterminación normativa que caracteriza la delegación en este caso concreto.

**PALABRAS CLAVE:** Legislación Delegada, Actos de ejecución, Reserva de Ley, Actos no legislativos, Comisión Europea, Comitología.

determination of the delegation of power in this specific case.

**KEYWORDS:** delegated legislation, implementing acts, principle of no taxation without representation, non-legislative acts, European Commission, comitology.

Fecha recepción original: 9 de septiembre de 2014

Fecha aceptación: 10 de octubre de 2014

## I. INTRODUCCIÓN: LAS POTESTADES RECONOCIDAS A LA COMISIÓN POR LOS ARTÍCULOS 290 Y 291 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO

La reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 en el asunto C-427/2012, Comisión Europea c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea viene a suponer un paso interesante en el desarrollo del sistema de fuentes propio del Derecho de la Unión tras el Tratado de Lisboa. Es importante aclarar que en modo alguno estamos ante una Sentencia decisiva que haya resuelto definitivamente una de las cuestiones fundamentales del último eslabón de la jerarquía de fuentes comunitaria, pero sí ha marcado, para bien o para mal, pautas importantes que limitan las posibilidades interpretativas en una cuestión no menor.

Es evidente que la Comisión planteó un conflicto a partir de un asunto que aunque pueda parecer menor tenía una carga dogmática y política considerable y con la intención de conseguir un ámbito definido -al mayor nivel normativo posible, por el Derecho Primario- que la librase de las ataduras propias del sistema de comitología<sup>1</sup>. También es evidente que el fallo que vamos a analizar en las siguientes páginas en su ambigüedad ha sido una derrota importante para dichas pretensiones, aunque marque un difuso límite a las potestades del Legislador de la Unión a la hora de decidir cómo se van a concretar sus mandatos normativos.

1. El sistema de comitología implica la participación de comités compuestos por representantes de los Estados miembros en el procedimiento de elaboración de los actos de ejecución por parte de la Comisión y en su manifestación más intensa, el denominado procedimiento de examen, puede determinar que la propuesta de la Comisión no se adopte y avocar a la Comisión a formular un nuevo proyecto o a requerir la intervención de un Comité de Apelación -con representantes de mayor rango- si quiere mantener el proyecto original. La regulación actual de esta intervención de los Estados en los procedimientos de la Unión se encuentra en el Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. Para un visión global del actual sistema de comitología puede verse, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2012, pp. 101 y sigs. También CRAIG, P., "Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation", *European Law Review*, 2011, 5, pp. 671 y sigs., en especial, pp. 677 y sigs.

Para poder emprender con un mínimo de garantía la tarea de analizar el fallo adoptado por el Tribunal es necesario que dediquemos unas líneas para situar los términos y contexto del litigio que aborda las relaciones entre los dos instrumentos que configuran lo que se ha llamado el derecho terciario de la Unión Europea<sup>2</sup>.

El loable intento de la malograda Constitución Europea por clarificar el sistema de fuentes comunitario y configurarlo con parámetros más próximos a los sistemas nacionales de fuentes nos ha dejado en su fracaso un sistema normativo todavía más complejo con una figura que aunque inspirada en modelos propios de los Estados miembros sólo se puede explicar desde la perspectiva de las peculiaridades del Derecho de la Unión como es la de la normativa delegada regulada en el artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en lo sucesivo TFUE<sup>3</sup>.

Esta normativa delegada es según la propia definición del artículo citado un producto normativo infralegal<sup>4</sup>, un reglamento en el sentido propio de los Estados miembros que además es el fruto de una delegación, evidentemente no recepticia<sup>5</sup>, que sólo puede afectar en su tarea de desarrollo normativo a cuestiones no esenciales<sup>6</sup>, llegando, no obstante, al igual que sucede en el Derecho español, a

2. Para esta expresión, por ejemplo, GELLERMANN, M., "Artikel 290 Delegierte Rechtsakten", en la obra colectiva dirigida por STREINZ, R., *EUV/AEUV. Kommentar*, 2ª edic. C. H. BECK, MÜNCHEN, 2012, pp. 2461 y sigs., en concreto, p. 2462.
3. El artículo 290 del TFUE dispone que: «1. Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. Los actos legislativos delimitarán de forma expresa los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de poderes. La regulación de los elementos esenciales de un ámbito estará reservada al acto legislativo y, por lo tanto, no podrá ser objeto de una delegación de poderes. 2. Los actos legislativos fijarán de forma expresa las condiciones a las que estará sujeta la delegación, que podrán ser las siguientes: a) el Parlamento Europeo o el Consejo podrán decidir revocar la delegación; b) el acto delegado no podrá entrar en vigor si el Parlamento Europeo o el Consejo han formulado objeciones en el plazo fijado en el acto legislativo. A efectos de las letras a) y b), el Parlamento Europeo se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen y el Consejo lo hará por mayoría cualificada. 3. En el título de los actos delegados figurará el adjetivo "delegado" o "delegada".»
4. La vulneración de la legislación primaria o secundaria de la Unión por esta normativa delegada trae como consecuencia su nulidad radical o de pleno derecho. *Vid.*, por ejemplo, GELLERMANN, M., *op. cit.*, loc. cit.
5. En cuanto el legislativo comunitario no asume como si fuese una norma propia con rango legal el resultado del ejercicio de la delegación, algo que sí ocurre en el ámbito del Derecho Español con los Decretos Legislativos. *Vid.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15ª edic., Civitas, Madrid, 2011, pp. 266 y sigs.
6. La referencia a la no regulación por la norma delegada de las cuestiones no esenciales sirve para salvar el ámbito propio de la reserva de Ley utilizando un criterio el de la esencialidad propio de la tradición del Derecho alemán en el que el ámbito de la reserva se define precisamente por el de las cuestiones esenciales que afectan al desarrollo de

poder modificar aquellos contenidos de la legislación de la Unión que se le abran mediante la técnica de la deslegalización<sup>7</sup>.

El paralelismo de esta figura con los reglamentos ejecutivos internos es evidente<sup>8</sup>, y no sólo su naturaleza jurídica, sino también los rasgos fundamentales de su régimen jurídico vienen a coincidir. El problema es que el ámbito propio del reglamento ejecutivo comunitario ya estaba ocupado cuando se diseñó la normativa delegada<sup>9</sup>.

En efecto, el artículo 291 del TFUE<sup>10</sup> regula hoy una institución de mayor solera en el acervo comunitario como es la ejecución del Derecho de la Unión por la Comisión, potestad que viene incluyendo tanto potestades normativas reglamentarias como de actuación a través de otras manifestaciones ejecutivas equivalente a los actos administrativos de las Administraciones internas<sup>11</sup>.

Una y otra manifestación de la potestad normativa de la Comisión comparan rango infralegal<sup>12</sup>, aunque no cabe descartar que un reglamento ejecutivo

---

los derechos fundamentales. Vid. por ejemplo, MAURER, H., *Staatsrecht I*, 6ª edic., C. H. Beck, München, 2010, pp. 212 y sigs., o JARRASS, H. D., “Artikel 20” en JARRASS, H. D. y PIETH, B., *Gundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 12ª edic., München, 2012, pp. 517 y sigs. (Art. 20.45 y sigs.).

7. Siempre que, por supuesto, los ámbitos que se abran a la modificación por el reglamento no estén cubiertos por la reserva de Ley o dicho con los términos del artículo 290 del TFUE no afecten a los elementos esenciales de la materia a regular.
8. En tal sentido, razonando ya desde la perspectiva de la regulación que contenía la Constitución Europea, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, Iustel, Madrid, 2006, p. 606.
9. Para la afirmación de la equiparación entre los actos delegados y los ejecutivos en el sistema previo al Tratado de Lisboa, por ejemplo, CURTIN, D., *Executive Power of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 122.
10. El artículo 291 del TFUE dispone que: «1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.  
2. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo.  
3. A efectos del apartado 2, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán previamente, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.  
4. En el título de los actos de ejecución figurará la expresión “de ejecución”.»
11. Vid., por ejemplo, la STJ de 24.10.1989, Comisión de las Comunidades Europeas c. Consejo de las Comunidades Europeas (C-17/88), apartado 11.
12. Al respecto entre otros muchos, GIL IBÁÑEZ, A. J. y ORDÓÑEZ SOLIS, D., “Introducción al sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea. Especial referencia a los tipos de actos y su orden jerárquico”, en la obra colectiva dirigida por BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 111 y

del artículo 291 desarrolle a su vez una norma previa adoptada en el ejercicio de una delegación del artículo 290<sup>13</sup>. Pero el ejercicio de la potestad normativa en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión está sometida a un régimen de control por los Estados miembros en el marco de la denominada “comitología”, que puede llegar a ser particularmente intensa cuando se aplica en la tramitación del denominado procedimiento de examen<sup>14</sup>; y además, en el ámbito de los actos de delegación el control lo ejercen en igual medida el Consejo y el Parlamento<sup>15</sup>, mientras que en los de ejecución la intervención del Parlamento en la fase de control no se produce y la de los Estados miembros está asegurada.

Aunque la normativa delegada también tiene importantes límites tanto materiales como formales y el ejercicio de la potestad puede ser objeto de control tanto por el Parlamento como por el Consejo es evidente que la Comisión dispone en este ámbito de una mayor libertad de actuación más propia de las relaciones entre un ejecutivo y el Poder Legislativo en el seno de un Estado puesto que no tiene que contar con la intervención formal en el propio procedimiento normativo de los Estados miembros<sup>16</sup>.

Con estos sencillos antecedentes podemos abordar el estudio de las circunstancias del caso concreto.

## II. EL OBJETO DEL RECURSO

El asunto que la Comisión ha llevado ante el Tribunal de Justicia -por la vía del recurso de anulación previsto en el artículo 263 del TFUE-, en la búsqueda

---

sigs., en concreto, p. 166. También ya razonando a partir de la malograda Constitución Europea que preveía en su artículo I-36 una configuración para la legislación delegada que en lo esencial coincide con el actual artículo 290 del TFUE, VÍRGALA FORURIA, E., “Los actos no legislativos en la Constitución Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2006, 6, pp. 279 y sigs., en concreto, p. 303.

13. En tal sentido, por ejemplo, JANER TORRENS, J. D., “Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación de la comitología”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2012, 42, pp. 9 y sigs., en concreto, p. 14.
14. Puede consultarse el artículo 5 del ya citado Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento y del Consejo, de 16 de febrero de 2011.
15. Sobre este aspecto, puede consultarse FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2011, 149, pp. 55 y sigs., en concreto, p. 86.
16. Por más que la Comisión se haya comprometido a mantener consultas “no institucionales” con expertos de los Estados miembros en el Entendimiento común entre las Instituciones relativo a los actos delegados que data de 2011. habiéndose ya advertido por la doctrina los riesgos de que por la vía fáctica se reproduzcan las prácticas de la comitología. *Vid.*, al respecto, GARZÓN CLARIANA, G., “Los actos delegados en el sistema de fuentes de Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, 37, pp. 721 y sigs., especialmente, pp. 745, 746 y 756.

de un ámbito definido para la manifestación más ágil de su potestad normativa, es sumamente significativo.

El artículo 80.1 del Reglamento (UE) 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativo a la comercialización y uso de los Biocidas<sup>17</sup>, remite a la normativa reglamentaria la determinación concreta de las tasas que se han de abonar por los servicios que presta la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas y lo hace canalizando esa potestad de desarrollo normativo por la vía del artículo 291 TFUE y no a través del mecanismo de delegación normativa previsto en el artículo 290 del mismo Tratado.

Concretamente el apartado primero del citado artículo 80 del Reglamento 529/2012 establece que:

*“1. La Comisión adoptará, sobre la base de los principios establecidos en el apartado 3, un reglamento de ejecución que especifique:*

*a) las tasas adeudadas a la Agencia, incluida una tasa anual, para los productos a los que se les conceda una autorización de la Unión con arreglo al capítulo VIII y una tasa para las solicitudes de reconocimiento mutuo con arreglo al capítulo VII;*

*b) las normas que definen las condiciones para tasas reducidas, la exención de tasas y el reembolso del miembro del Comité de Biocidas que actúa como ponente, y*

*c) las condiciones de pago.*

*Dicho Reglamento de ejecución se adoptará de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 82, apartado 3. Solo se aplicará con respecto a las tasas pagadas a la Agencia.*

*La Agencia podrá cobrar derechos por otros servicios que preste.*

*Las tasas adeudadas a la Agencia se fijarán a un nivel tal que quede garantizado que los ingresos procedentes de las tasas, junto con las demás fuentes de ingresos de la Agencia de acuerdo con el presente Reglamento, son suficientes para cubrir el coste de los servicios prestados. La Agencia publicará las tasas que se hayan de abonar.”*

La potestad así concedida a la Comisión se concreta en el apartado 3 del mismo artículo 80 del Reglamento con una serie de principios que deben respetar las tasas establecidas tanto por la Comisión como, en su caso, por los Estados Miembros -en la medida en que los mismos también pueden fijar tributos para financiar la intervención de las Administraciones nacionales en los procedimientos de evaluación y autorización de los biocidas- y que son los siguientes:

*“a) las tasas quedarán fijadas a un nivel tal que quede garantizado que los ingresos derivados de las mismas es, en principio, suficiente para cubrir el coste de los servicios prestados y no excederá de lo que sea necesario para cubrir dichos costes;*

17. DOUE, L-167, pp. 1 y sigs.

b) se reembolsará una parte de la tasa si el solicitante no presenta la información solicitada dentro del plazo especificado;

c) se tendrán en cuenta, según corresponda, las necesidades específicas de las pequeñas y medianas empresas (PYME), incluida la posibilidad de dividir los pagos en varios plazos y fases;

d) la estructura y el importe de las tasas tendrán en cuenta si la información se ha presentado conjuntamente o por separado;

e) en circunstancias debidamente justificadas y cuando sea aceptado por la autoridad competente o la Agencia, será posible la exención del pago total o parcial de la tasa;

f) los plazos para el pago de las tasas se fijarán teniendo debidamente en cuenta los plazos de los procedimientos previstos en el presente Reglamento.”

Del conjunto de estos principios el Abogado General y, en su estela el Tribunal de Justicia, como veremos, deducen que el Reglamento otorga a la Comisión un escaso margen de apreciación a la hora de configurar las tasas en cuestión ya que, como es propio de toda tasa no podrá exceder los costes reales del servicio y al mismo tiempo se debe procurar que los ingresos derivados de las mismas sean suficientes para cubrir los costes y las exenciones dependen de la voluntad de la Agencia y de circunstancias que deben estar “debidamente justificadas”.

### III. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN

Es evidente que la posición de la Comisión en este asunto viene determinada por su interés por gozar de un ámbito normativo en el que sus potestades normativas se ejercerían sin las cortapisas propias del sistema de comitología.

En este sentido su alegato parte de que el artículo 80 del Reglamento 528/2012 vulnera el sistema de atribución de poderes que se desprende de los artículos 290 y 291 del TFUE. La base de tal afirmación es sostener que el ámbito de aplicación de ambos artículos es diferente y mutuamente excluyente que debe delimitarse a partir de la naturaleza jurídica y el objeto de las facultades a atribuir a la Comisión.

Siguiendo el razonamiento de la Comisión, el artículo 290 TFUE sería el instrumento destinado a la adopción de normativa de desarrollo de los actos legislativos de la Unión, mediante normas de alcance general no esenciales, mientras que el artículo 291 canalizaría únicamente aquellos supuestos en los que el acto de ejecución se limita a hacer efectivo actos ya previstos en el acto de base asegurando su ejecución uniforme en el territorio de la Unión.

Partiendo de estas premisas la Comisión considera que las facultades que se le reconoce en el artículo 80 del Reglamento 528/2012 son las propias de la normativa complementaria prevista en el artículo 290, ya que a la hora de definir el importe de las tasas la Comisión tiene que partir del criterio de que “en principio” las mismas deben cubrir el coste del servicio pero también debe definir las

excepciones a dicho principio basándose en criterios específicos, lo que implica complementar la disposición legislativa. La misma facultad de complemento en aspectos no esenciales del Reglamento del Parlamento y el Consejo encuentra la Comisión en el hecho de que la norma legislativa no fije las circunstancias que justificarían la aplicación de tasas reducidas, la exención de las tasas o su reembolso, con lo que nuevamente debe complementar la norma en aspectos que considera no esenciales. Por último, la Comisión detecta igualmente esa necesidad de complemento normativo a la hora de cumplir con la previsión del artículo 80.3.c), relativa a la necesidad de atender las necesidades específicas de las pequeñas y medianas empresas, lo que en su opinión pasaría por complementar la norma estableciendo criterios generales relativos a las tasas reducidas aplicables a estos colectivos.

La Comisión, por último, complementa su alegato señalando que el hecho de que los principios establecidos en el apartado 3 del artículo 80 sean también aplicables a las normas de los Estados Miembros que fijen tasas en este ámbito no debería tener incidencia a la hora de determinar si la facultad que se reconoce a la Comisión es la de adoptar normativa delegada conforme al artículo 290 del TFUE o la de dictar actos de ejecución en el sentido del artículo 291 del TFUE.

Al fijar el objetivo de la distinción entre la legislación delegada y los actos de ejecución en la naturaleza de ambas potestades la Comisión plantea un importante reto al Tribunal que de aceptar sus tesis en este caso concreto habría situado necesariamente -al margen de la voluntad del Parlamento y del Consejo- un sector muy significativo de la potestad reglamentaria de la Comisión -en cuanto potestad delegada- en el marco del artículo 290 del TFUE y al margen del control que los Estados se vienen reservando a través del mecanismo de la comitología<sup>18</sup>.

Explicar qué alcance tendría esa exclusión sobre el conjunto de la potestad reglamentaria no es tarea sencilla. En una primera aproximación, podría llegar a plantearse el ámbito de aplicación del artículo 291 como coincidente con el de la totalidad de la normativa reglamentaria “de desarrollo”.

Lo anterior se explica si se tienen en cuenta que, como señala el Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN en sus Conclusiones en el asunto que comentamos<sup>19</sup>, en el ámbito comunitario la potestad reglamentaria de ejecución se ejerce, por regla general, por delegación del Legislador, no existe, al igual que en España – fuera del ámbito puramente doméstico del reglamento independiente-, un poder normativo reglamentario autónomo con eficacia *ad extra* con carácter

---

18. Aunque esta posición de la Comisión haya generado entre la doctrina suspicacias es lo cierto que la Comisión está buscando dotar de sentido al artículo 290 del TFUE y equivocadamente o no una clarificación del nuevo régimen de la normativa de desarrollo en el seno de la Unión.

19. Conclusiones del Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN, as. Comisión Europea c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (C-427/12) presentadas el 19.12.2013, apartado 54.

general, aunque sí hay algunas bases normativas en los Tratados (artículos 105.3 y 108.4 TFUE) que permiten a la Comisión un desarrollo no legislativo en ciertas materias concretas (especialmente en el campo del Derecho de la competencia)<sup>20</sup>. Por otra parte, el artículo 291.2 excepcionalmente contempla un poder normativo no legislativo a favor del Consejo que difícilmente encuentra un paralelo a nivel interno<sup>21</sup>.

Por lo tanto, al menos con carácter general (fuera de las citadas habilitaciones concretas en los Tratados) la norma reglamentaria dictada como complemento de la legislación de la Unión, el equivalente al reglamento ejecutivo interno, es el fruto de una delegación, con lo que la existencia de la delegación no sirve como criterio de distinción y el mismo se ha de centrar en los conceptos de modificación y complemento que emplea el artículo 290 frente al de ejecución del artículo 291.

A nivel interno, al menos en el Derecho español, todo reglamento ejecutivo-fruto a su vez de una delegación- debe complementar la norma legal que desarrolla. Es más si no sirviese de complemento indispensable para la ejecución de la misma sería una norma nula<sup>22</sup>. Los conceptos de ejecución y complemento describen por tanto una misma realidad: el reglamento ejecutivo es el que complementa la Ley<sup>23</sup>.

20. Ello ha permitido hablar a la mejor doctrina de un poder no legislativo autónomo en manos de la Comisión y también del Consejo. *Vid.*, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema...*, cit., especialmente, p. 94.

21. *Vid.*, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema...*, cit., pp. 94 y 95.

22. Sobre la doctrina del complemento indispensable, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15ª edic., Civitas, Madrid, 2011, pp. 284 y sigs. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, cit., pp. 591 y 592. En otros sistemas el límite a la extensión del poder reglamentario se consigue aludiendo a la necesidad de previsibilidad en el contenido del reglamento a partir del contenido de la ley delegante de forma que a partir de dicha ley pueda ser cognoscible el contenido posible del reglamento de desarrollo. Al respecto, por ejemplo, para Alemania, MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª edic., C. H. BECK, München, 2011, pp. 360 y 361. Para el planteamiento tradicional americano que se basa en la idea de que la delegación tiene que contener un programa normativo inteligible, TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 3ª edic., Foundation Press, New York, 2000, pp. 984 y sigs. En el sistema americano se insiste también en que el margen de la delegación debe ser menor cuando el poder delegado afecta a áreas sensibles desde el punto de vista constitucional que atañen a las libertades sustantivas (pp. 986 y 987).

23. La tradición tanto nacional como comunitaria hacen muy difícil encontrar en la mera interpretación gramatical un criterio de distinción seguro entre los artículos 290 y 291 del TFUE como ya indicado CRAIG, P., "Delegated Acts...", cit., p. 673 toda norma, por definición añade algo al Ordenamiento y sobre esta base complementar o ejecutar no son tareas esencialmente distintas.

En este contexto la reivindicación de un criterio esencialista para la distinción entre el ámbito de aplicación del artículo 290 y del 291 que hace la Comisión podría tener como consecuencia que las normas que sirven de complemento a la legislación comunitaria se canalizasen por la vía del artículo 290<sup>24</sup>.

Esta interpretación no vaciaría de contenido al artículo 291 porque, evidentemente, al menos los actos administrativos que se limitan a aplicar la normativa de la Unión pero no la complementan en absoluto, al no innovar añadiendo nada a su contenido<sup>25</sup>, se seguirían situando en su ámbito de aplicación.

No obstante, esta interpretación, que parte de la asimilación propia del Derecho interno entre complemento y reglamento ejecutivo y supondría efecto radical en el entramado institucional, no es coincidente con la posición de la Comisión que puede desentrañarse partiendo de algunos documentos de la Comisión de los que se desprende, de acuerdo con la tradición comunitaria, que en el ámbito del artículo 291 cabe incluir actos generales -la Comisión, no obstante, introduce aquí un factor de incertidumbre al eludir la referencia a normas- siempre y cuando los mismos se limiten a ayudar a la eficacia de la norma “ya completa”.

En concreto en la Comunicación de 9 de diciembre de 2009 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [COM (2009) 673 final] se contienen dos afirmaciones importantes sobre el alcance que la Comisión quiere dar a sus potestades normativas delegadas.

En primer lugar: *“parece adecuado insistir en el hecho de que el alcance general de las disposiciones aprobadas por la Comisión no constituye, de por sí, un motivo suficiente para dar lugar a la aplicación del régimen jurídico de actos delegados en detrimento del de actos de ejecución. En efecto, el artículo 291 permite también que la Comisión adopte medidas de ejecución de alcance general. En efecto, con el fin de garantizar la ejecución uniforme de un acto jurídicamente vinculante de la Unión, la Comisión podrá recurrir, ya sea a medidas individuales, ya sea a actos de alcance general. En cambio, de los términos del artículo 290 se desprende claramente que la Comisión no dispondrá en ningún caso del derecho de adoptar un acto delegado referente a una medida de carácter individual.”*

Para determinar por tanto el alcance de uno u otro tipo de potestades la Comisión acude al sentido de los términos modificar y complementar que emplea el artículo 290 del TFUE y señala que:

24. La afirmación de que la normativa de desarrollo se debería canalizar por el artículo 290 quedando el artículo 291 para la adopción de actos de mera ejecución de naturaleza no legislativa se encuentra, por ejemplo, en JANER TORRENS, J. D., “Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación de la comitología”, cit., p. 14.
25. Sobre la distinción entre actos y reglamentos tanto en el ámbito doctrinal español como en el alemán, debe consultarse, BOCANEGRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª edic., Civitas, Madrid, 2012, pp. 42 y 43, y especialmente del mismo autor, *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 72 a 77.

“En primer lugar, la Comisión considera que al hacer uso del verbo «modificar», los autores del nuevo Tratado quisieron cubrir las hipótesis en las que la Comisión está facultada para modificar formalmente un acto de base. Esta modificación formal puede afectar el texto de uno o de varios artículos del dispositivo, o el texto de un anexo que jurídicamente forma parte del instrumento legislativo. Que el anexo contenga medidas meramente técnicas carece de importancia; desde el momento en que se otorgan a la Comisión poderes para modificar un anexo que contiene medidas de alcance general, debe aplicarse el régimen de actos delegados.

La Comisión se propone destacar también la importancia que deberá concederse al verbo «completar», cuyo sentido y alcance son menos explícitos que los del verbo «modificar».

La Comisión considera que para determinar si una medida viene a «completar» el acto de base, el legislador debería evaluar si la futura medida añade concretamente nuevas normas no esenciales que cambian el marco del acto legislativo, dejando un margen de apreciación a la Comisión. En caso afirmativo, podría considerarse que la medida «completa» el acto de base. Al contrario, las medidas que sólo están encaminadas a hacer efectivas las normas existentes del acto de base no deberían considerarse como medidas complementarias.”

La construcción de la Comisión reflejada en estas declaraciones es cuando menos un tanto oscura, pero se ha interpretado con acierto<sup>26</sup> que la Comisión busca dividir la potestad ejecutiva según la misma se refiera a cuestiones sustantivas o a cuestiones adjetivas o procedimentales relativas no al qué se va a ejecutar sino al cómo<sup>27</sup>.

En este contexto una regulación puramente procedimental, aunque innove el ordenamiento, no complementaría en el sentido del artículo 290 del TFUE la legislación de base porque no añadiría contenido al qué se va a ejecutar.

De esta forma se vendría a mantener al margen de la comitología el alcance concreto de las obligaciones que se quieren imponer al canalizar su desarrollo por la vía del artículo 290 del TFUE, si bien a la hora de decidir cómo esas obligaciones se deben materializar la cooperación con las representaciones de las Administraciones nacionales tendría cabida con la aplicación del artículo 291 del TFUE.

Con esta interpretación, por más que pase por una distinción en la normativa de ejecución difícil de entender desde el contexto de la dogmática sobre la potestad reglamentaria creada para explicar el derecho nacional, se salvaguardaría la finalidad que históricamente estuvo detrás de la adopción de la normativa delegada en el ámbito de la Unión, permitir que el legislador comunitario no tenga que desarrollar sus mandatos de forma exhaustiva para evitar que en el desarrollo intervengan las Administraciones estatales por la aplicación de los procedimientos de comitología.

26. Es sumamente clarificador al respecto el excelente análisis de ALONSO GARCÍA, R., *Sistema...*, cit., especialmente, pp. 99 y 100.

27. Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema...*, cit., p. 100.

#### IV. EL FALLO DEL TRIBUNAL: ¿AFIRMACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FACULTAD DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR DE LA UNIÓN PARA DECIDIR SOBRE LOS PODERES NORMATIVOS DE DESARROLLO DE LA COMISIÓN?

El Tribunal de Justicia en su Sentencia de 18 de marzo de 2014 desestima las pretensiones de la Comisión y se auto-limita en sus facultades de revisión de las decisiones del Legislativo de la Unión sobre atribución de potestades a la Comisión por la vía del artículo 290 o del 291 del TFUE a aquellos casos en los que se haya incurrido en un error manifiesto de apreciación sobre el tipo de potestad atribuida. Esta declaración ha sido muy criticada e interpretada como una atribución de un amplio poder de apreciación a favor del Legislador de la Unión a la hora de decidir entre la legislación delegada y la potestad ejecutiva<sup>28</sup>, postura que, por cierto, no carecía de apoyos en un sector de la doctrina<sup>29</sup>.

Es importante matizar que tanto el Tribunal, como, con mayor claridad, el Abogado General insisten en que las facultades ejecutivas de la Comisión desde la introducción del artículo 290 con el Tratado de Lisboa se han desgajado en dos manifestaciones distintas la de modificar o complementar elementos no esenciales de los actos legislativos y la de precisar el contenido de un acto legislativo para asegurar su aplicación en condiciones uniformes en todos los Estados miembros -que es lo propio de la ejecución prevista en el artículo 291 del TFUE, aunque al propio tiempo se afirma la existencia de una zona gris<sup>30</sup> en la que el control del tribunal de las decisiones del Legislador quedaría diluido<sup>31</sup>.

A la hora de fijar en qué se concreta esa distinción el Tribunal se mueve en una gran ambigüedad y no establece una definición clara de ambos ámbitos.

El artículo 290 se aplicaría cuando la atribución de potestad a la Comisión “tiene como objeto la adopción de normas que se encuadran dentro del marco reglamentario definido por el acto legislativo de base.”

28. Insisten en este aspecto, por ejemplo, ALEMANNI, A., “The Biocides judgment: In search of a new chemistry for the principle of EU institutional balance”, <http://europeanlawblog.eu>; GUÉGUEN, D., “Court of Justice keeps low profile on secondary legislation”, <http://europolitics.info>; SÉBASTIEN, P., “La cour de Justice limite son contrôle à l’erreur manifeste d’appréciation quant au choix du législateur européen entre acte délégué et acte d’exécution”, <http://jade.u-bordeaux4.fr>.

29. Vid., por ejemplo, FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Actos delegados...”, cit., p. 86: “En última instancia será el Legislador el que deberá decidir discrecionalmente si opta por uno u otro medio de ejecución normativa: vía actos delegados, vía actos de ejecución.”

30. Aspecto en el que coincide un sector de la doctrina. Vid., por ejemplo, GELLERMANN, M., Artikel 291 Durchführung des Unionsrechts”, en la obra colectiva dirigida por STREINZ, R., *EUV/AEUV. Kommentar*, 2ª edic., C.H. Beck, München, 2012, pp. 2464 y sigs., en concreto, p. 2465.

31. En tal sentido, muy significativamente el apartado 69 de la Conclusiones del Abogado General ya citadas.

El uso del artículo 291 supone que la Comisión “*debe precisar el contenido de un acto legislativo, para asegurar su aplicación en condiciones uniformes en todos los Estados miembros.*”

El análisis que el Tribunal hace para rechazar el recurso deja más claro cuál es el criterio que está empleando en el caso concreto. Precisar, que es lo que se hace en el marco del artículo 291, vendría a ser aplicar con un cierto automatismo un marco jurídico ya definido que no admite ni modificación ni complemento.

Este razonamiento no está tan alejado del que la Comisión había planteado abstractamente en el año 2009, y que veíamos en el apartado anterior, ya que en dicha labor de precisar no habría “normas nuevas”, sino un intento de asegurar la aplicación en condiciones uniformes. En el caso concreto la fijación del importe de la tasa se hace aplicando unos criterios que en la práctica no dejarían, según el Tribunal, un margen de apreciación a la Comisión puesto que debe estar a los costes del servicio.

Se puede discutir el criterio del margen de apreciación pero tanto la Comisión en su Comunicación de 2009 como el Tribunal en su Sentencia, si bien no de forma expresa, tienen muy presente el mismo. El Abogado General es más explícito cuando, para rechazar los distintos alegatos de la Comisión, alude al carácter técnico y no político de las decisiones que se tendrán que adoptar al ejecutar el artículo 80 del Reglamento 529/2012.

Cuestión distinta es que estimemos que el criterio así definido es el correcto, o que cuando entramos a analizar el caso concreto nos encontramos con que el Tribunal está considerando que fijar la cuantía de una tasa es un mera cuestión técnica puesto que debe estarse al coste del servicio o, en una afirmación todavía más grave si cabe, se llegue a considerar que el Reglamento establece un “marco jurídico completo” cuando hace depender la posibilidad de excepcionar total o parcialmente el pago de las tasas de “circunstancias justificadas” aceptadas por la Agencia.

La cuando menos llamativa declaración de *Judicial self-restraint* que la Sentencia realiza no se plasma tanto en la ausencia total de criterio, sea o no discutible el que se emplea, sino en la propia interpretación del criterio empleado sumamente amplia hasta extremos muy llamativos si se tiene en cuenta el contexto constitucional de los valores que están en juego.

## V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA DISTINCIÓN ENTRE NORMATIVA DELEGADA Y POTESTAD EJECUTIVA Y SOBRE LA NATURALEZA DE LA DELEGACIÓN NORMATIVA EN EL SENO DE LA UNIÓN

### A. UN PLANTEAMIENTO TELEOLÓGICO EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 290

La aproximación que el Tribunal de Justicia ha realizado en su Sentencia de 18 de marzo de 2014 a la distinción entre normativa delegada y potestad eje-

cutiva no está presidida precisamente por la claridad expositiva y en el seno del Tribunal parece existir la sensación de que la cuestión no está lo suficientemente madura para fijar de forma más determinante un criterio.

En este sentido el propio Abogado General declara al comienzo de sus conclusiones (apartado 3) que: *“Es obvio que esta primera oportunidad que se ofrece al Tribunal de Justicia de pronunciarse sobre este trascendente materia en lo que se refiere a la ordenación de los actos de la Unión no será ni podrá ser la última. Por más relevante que pueda llegar a ser la presente ocasión, literalmente inaugural, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 290 TFUE, es fácil de comprender que no será al hilo del presente litigio como pueda el Tribunal de Justicia decirlo todo al respecto. Hay para ello una razón elemental, y es que las circunstancias del presente litigio no exigen del Tribunal de Justicia una respuesta a todos y cada uno de los problemas a los que puede prestarse este precepto.”*

Evidentemente ni la Comisión ni el resto de Instituciones podrían esperar una declaración dogmática general del Tribunal pero de ahí a fijar un criterio coherente para establecer el ámbito de aplicación propio de un precepto del Tratado hay un buen trecho que el Tribunal se ha negado en buena medida a caminar manteniendo una política jurisprudencial de *self-restraint* que llama la atención en un Tribunal que siempre se ha caracterizado por planteamientos más “clarificadores” sobre todo cuando se trata de una cuestión que atañe a principios básicos.

Es cierto como creo se puede desprender de lo dicho que en la distinción entre la normativa delegada y la ejecutiva a que obligan los artículos 290 y 291 del Tratado el intérprete no va a encontrar mayor ayuda en las tradiciones y principios propios de los Estados nacionales en los que la habilitación por el legislador a la Administración para que complementa la normativa se ha visto siempre como una potestad de ejecución de la Ley, siendo esta además la tradición propia del Derecho Comunitario anterior al Tratado de Lisboa<sup>32</sup>.

Lo que sorprende es que ni el Tribunal de Justicia, ni el Abogado General, que además descarta expresamente esta aproximación<sup>33</sup>, hayan partido de los documentos que explican la génesis primero del artículo I-36 de la malograda Constitución Europea y, por tanto, del actual artículo 290 del TFUE.

La lectura de los trabajos del grupo de trabajo IX de la Convención<sup>34</sup> que se encargó de lo relativo a “Simplificación de los procedimiento e instrumentos le-

32. Por todos, CURTIN, D., *Executive Power...*, cit., p. 122.

33. Al optar por una interpretación puramente gramatical: *“...hay supuestos en los que conviene atender en primerísimo lugar a los que el precepto “dice”, procurando olvidar por un momento todo lo que podamos saber sobre su historia...”* (apartado 21 de las conclusiones).

34. Para el manejo del conjunto ingente de los trabajos previos a la Constitución es imprescindible la consulta de la obra de ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *La Constitución Europea. Texto, antecedente y explicaciones*, Civitas, Madrid, 2005, en lo que aquí atañe, pp. 162 y sigs.

gislativos” puede arrojar un poco de luz sobre las intenciones que estaban detrás de la creación del instrumento de la legislación delegada<sup>35</sup>:

*“El Grupo propone hacer más clara la jerarquía de las normas comunitarias adoptadas sobre la base del tratado delimitando, en la medida de lo posible, lo que depende del legislativo y añadiendo una nueva categoría de normas: los actos delegados.*

*En efecto, en la Convención se ha criticado a menudo el exceso de detalle de la legislación comunitaria. Este exceso de detalle de los actos se ha considerado poco apropiado, en particular en ciertos ámbitos económicos en los que es muy importante la capacidad de adaptación a un entorno cambiante. El legislador comunitario se encuentra así ante una doble necesidad, la de producir una legislación que tenga garantizada una legitimidad democrática incuestionable, cosa que sólo garantizan los procedimientos legislativos, y la de responder de manera rápida y eficaz a los retos y exigencias de la realidad y conservar así una cierta flexibilidad.*

*Actualmente no existe un mecanismo que permita al legislador delegar los aspectos o las precisiones técnicas de la legislación, reservándose al mismo tiempo el control de dicha delegación.*

*Efectivamente, en la situación actual, el legislador está obligado o bien a ir hasta el mínimo detalle en las disposiciones que adopte, o bien a transferir a la Comisión los aspectos más técnicos o detallados de la legislación, como si se tratara de medidas de ejecución sometidas al control de los Estados miembros según las disposiciones del artículo 202 del TCE.*

*Para poner remedio a esta situación, el Grupo propone un nuevo tipo de acto “delegado” que, acompañado por mecanismos rigurosos de control, podría animar al legislador a limitarse a los elementos esenciales del acto y a delegar los aspectos más técnicos en el ejecutivo, en la medida en que tendría la garantía de poder recuperar de alguna manera su poder de legislar.”*

El propio grupo de trabajo configuraba su propuesta dejando un amplio margen de apreciación al Legislador de la Unión sobre la necesidad de la delegación, su naturaleza y su alcance. En palabras del grupo de trabajo<sup>36</sup>: *“Será el acto legislativo, y en consecuencia el legislador, quien decida caso por caso y en qué medida es necesario recurrir a actos “delegados” o a actos de ejecución, o ambos, y cuál sería su alcance.”*

Puesto que el Tratado de Lisboa asumió este planteamiento con la introducción en el Tratado del actual artículo 290 conviene tener muy presente la función que quiere cumplir esta nueva normativa y que atañe fundamentalmente al propio sentido de la competencia comunitaria. A partir de esta consideración se puede plantear una interpretación teleológica del sentido de la nueva legislación delegada.

35. Cfr. Informe final del Grupo IX “Simplificación” de 29 de noviembre de 2002, CONV 424/02, pp. 8 y 9

36. En la p. 9 del citado informe.

Una vez que el Tratado ha decidido la introducción de un nuevo poder delegado que se diferencia en mi opinión del ejecutivo no en su esencia sino en su función y en la responsabilidad de su ejercicio que recae exclusivamente en las Instituciones de la Unión es necesario dotar de sentido a la distinción y evitar que la mera voluntad del Legislador convierta en papel mojado el Tratado. En el fondo se trata de una cuestión que atañe a la responsabilidad en la toma de decisiones, a la competencia y la decisión la ha adoptado ya el Tratado.

En este contexto, no tiene sentido que en el desarrollo de la normativa de la Unión tengan que intervenir necesariamente las Administraciones nacionales a través de los procedimientos propios de la comitología salvo cuando lo que está en juego es precisamente la necesidad de coordinar los esfuerzos en aras a una mejor ejecución del Derecho de la Unión y a facilitar el encuadramiento entre el mismo y los sistemas nacionales. El ámbito propio de la comitología y por lo tanto de la normativa de ejecución será la determinación del cómo ejecutar los mandatos ya definidos en el marco jurídico en la terminología empleada por la sentencia, cuyo establecimiento le debe ser, por el contrario, ajeno.

Ello no implica que cualquier cuestión adjetiva o procedimental tenga que llevarse por la vía del artículo 291 puesto que cuando la ejecución de la normativa comunitaria por excepción recae también en la Comisión no tiene sentido la participación de las Administraciones nacionales en el desarrollo de la normativa destinado a asegurar la eficacia de los mandatos sustantivos.

El Legislador de la Unión tiene un amplio poder de configuración a la hora de decidir si agota o no la regulación de una determinada materia o si es conveniente hacer uso de la delegación en cualquiera de sus versiones, pero no tiene sentido que, una vez decidido que va a delegar, confiera intervención en el procedimiento normativo comunitario a las Administraciones nacionales refiriendo al procedimiento del artículo 291 cuestiones que claramente atañen a la competencia de la Unión y que están al margen de la necesidad de disponer la adecuada ejecución del Derecho de la Unión en colaboración con las estructuras burocráticas nacionales.

En multitud de supuestos la intervención de los comités en el desarrollo de la normativa de la Unión no tendría, de admitirse, sentido institucional y se puede presentar como una suerte de devolución de la competencia al margen del contenido del Tratado. Por otra parte, es sumamente ineficiente<sup>37</sup> que estas cuestiones se deban resolver por procedimientos tan complejos.

En este contexto no alcanzamos a entender las razones por las que para la determinación de las tasas derivadas de la actuación de un organismo de la Unión como la citada Agencia de Europea de Sustancias y Mezclas Químicas se tengan que pronunciar las Administraciones de los Estados miembros.

37. Es cierto, no obstante, que si se forman comités para asesorar al Consejo sobre la conveniencia de aplicar los mecanismos de control previstos en el artículo 290 la complejidad institucional lejos de reducirse se ampliará como apunta CRAIG, P., "Delegated Acts...", cit., p. 675.

## B. LA NECESARIA CONSIDERACIÓN DE LOS LÍMITES A LA DELEGACIÓN

Mas allá, no obstante, de propugnar un entendimiento más teleológico de la distinción entre los dos procedimientos fijados en el tratado para el desarrollo reglamentario de la normativa de la Unión la lectura de la Sentencia de 18 de marzo de 2014 nos suscita una gran inquietud relativa al deterioro de los instrumentos propios de la reserva de Ley.

Sin restar un ápice de relevancia a la tarea de dilucidar si se debe seguir uno u otro procedimiento a la hora de desarrollar la legislación de la Unión, nos parece necesario que la reflexión se extienda hasta el grado de indeterminación en el que incurre el Legislador de la Unión en una materia tan delicada como es la configuración de los elementos de un Tributo.

En efecto del sistema trazado por el artículo 80 del Reglamento 528/2012 se deduce que el Legislador de la Unión entiende que cumple los requisitos de la reserva de Ley en materia tributaria cuando se limita a remitir a la normativa reglamentaria, no sólo la determinación última de la cuantía del sistema de tasas, sino también los supuestos en los que un particular puede quedar exento de las mismas.

Dicha remisión se hace sin la necesaria densidad regulatoria, dejando un gran campo de configuración en manos del poder reglamentario.

Así, comenzando por la propia configuración de la tasa, se insiste en que el Reglamento impone que la misma debe cubrir esencialmente los costes del servicio, con lo que simplemente se está configurando uno de los elementos definidores de toda tasa, pero desde el momento en el que se admite que la Agencia tendrá otras fuentes de financiación y que caben exenciones, es obvio que en la determinación de la tasa hay un margen de apreciación enorme que equivale a un cheque en blanco al poder reglamentario.

Más clara es todavía la infracción de la reserva de Ley en el caso de las exenciones de la tasa, ya que para establecerlas bastará que concurren “*circunstancias debidamente justificadas*” y que el establecimiento de la exención “*sea aceptado por la autoridad competente o la Agencia*”. Se deja, por tanto, completamente abiertos los criterios de exención del tributo y al albur de la voluntad de la Administración gestora.

Es evidente que entre los muchos elementos que debe concretar el Tribunal de Justicia en la regulación de la delegación normativa en el seno de la Unión está el alcance de lo que se entienda por “*elementos no esenciales del acto legislativo*”<sup>38</sup>. Esta expresión, no obstante, sí que tiene una larga tradición en los Derechos esta-

38. Hay que precisar que la prohibición de delegación de los elementos esenciales debe afectar tanto a las delegaciones vía 290 como a las realizadas vía artículo 291 puesto que la expresión es sólo la manifestación de una exigencia del principio democrático (GELLERMANN, M., *op. cit.*, pp. 2462 y 2463) y del Estado de Derecho y no hay razón alguna para un tratamiento diferenciado entre ambas vía de delegación. *Vid.*, también al respecto, TÜRK, A. H., *The concept of Legislation in European Community Law*, Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2006, p. 230.

tales y en general en el Derecho Público occidental<sup>39</sup>, y desde luego la determinación del hecho imponible y, por tanto, de las exenciones del tributo constituye un elemento que atañe al núcleo duro de la reserva de Ley<sup>40</sup>, ya que es esencial, para la protección tanto del derecho de propiedad como del principio de igualdad, la configuración de los supuestos en los que el tributo se ha de abonar y de aquellos otros en los que cabe su exención o reducción. Estos asuntos no se pueden dejar en manos de la Administración con una fórmula hueca, que carece de contenido.

Teniendo en cuenta la forma en el que el Tribunal razona en esta Sentencia posiblemente la tarea más urgente sea la reivindicación de la reserva de Ley como principio esencial en un sistema democrático de Derecho.

---

39. Así lo tiene que reconocer el Abogado General en el apartado 91 de sus Conclusiones si bien concluye que en este caso la Comisión no estaría apoderada para “establecer libremente el círculo de los eventuales beneficiarios de una exención.” El problema es que si la Comisión no tiene dicho apoderamiento lo tendría en último término la Agencia porque con el Reglamento en la mano determinar el ámbito de los beneficiarios es literalmente imposible y tan grave es lo uno como lo otro.

40. En el ámbito jurídico español puede verse al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional 221/1992, de 11 de diciembre o 6/1983, de 4 de febrero que incluyen en el ámbito estricto de la reserva de Ley el establecimiento de beneficios fiscales entre los que se encuentran “sin duda”, según el propio Tribunal, las exenciones y las bonificaciones. En Alemania se llega a la misma conclusión, puede verse, por ejemplo, TIPKE, K., *Die Steuerrechtsordnung*, I, 2ª edic., Otto Schmidt, Köln, 2000, p. 129.