

Conclusiones generales

Luis Arroyo Jiménez

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
luis.arroyo@uclm.es

RESUMEN: A partir de las ponencias y comunicaciones presentadas al congreso, en esta contribución se valora el alcance y los límites de la contribución del Derecho administrativo europeo al nivel de legitimidad de la actuación de la administración propia de la Unión y de la actuación realizada por las administraciones nacionales para la ejecución del Derecho europeo.

SUMARIO: I. Introducción; II. Estado de Derecho; III. Legitimidad democrática; IV. Eficacia administrativa; V. Uniformidad y pluralismo; VI. Conclusión.

I. Introducción

1. El XX congreso de la Asociación se ha proyectado sobre el **Derecho administrativo europeo** a partir de una doble aproximación conceptual: por un lado, la que lo concibe como el Derecho que regula la ejecución directa de las tareas administrativas propias de las políticas europeas, es decir, el Derecho administrativo propio de la Unión Europea; y, por otro, la que lo entiende como el Derecho de la Unión que orienta y condiciona la ejecución de esas mismas tareas cuando compete a las administraciones de los Estados miembros, de modo que el concepto comprendería también el proceso de europeización de los Derechos administrativos nacionales.

2. Sobre esas dos esferas se han practicado **tres secciones** que se corresponden con otras tantas piezas estructurales de la teoría general del Derecho administrativo: la organización, el procedimiento y el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa. Solo los límites propios de una actividad académica como esta han impedido ampliar el proceso añadiendo otros elementos estructurales de la parte general igualmente importantes, como podrían haber sido los instrumentos de control interno de legalidad de la actuación administrativa, la doctrina de sus contenidos típicos o los medios de la administración. Junto a esa aproximación transversal, el congreso ha examinado también el comportamiento de aquellas piezas en una selección de sectores de referencia para el desarrollo de la teoría general del Derecho administrativo, entre los que se encuentran algunos de los más intensamente regulados por el Derecho de la Unión: la banca, las telecomunicaciones, la energía y los sectores vinculados a la sociedad del riesgo.

3. Las magníficas ponencias y comunicaciones presentadas en las diferentes sesiones del congreso nos invitan ahora a reflexionar sobre la imagen del Derecho administrativo europeo que nos devuelven reflejada, y, entre las diversas maneras de

acometer esa tarea, me propongo valorar el alcance y los límites de la **contribución del Derecho administrativo europeo al nivel de legitimidad** de la actuación administrativa supranacional y doméstica. Una contribución que puede cifrarse en la medida en que el Derecho administrativo europeo sirve a la optimización de diversas directrices constitucionales, entre las que voy a destacar cuatro: el Estado de Derecho, la democracia, la eficacia administrativa y el equilibrio entre unidad y diversidad. A estas cuatro fuentes de legitimidad voy a referirme a continuación sucesivamente.

II. Estado de Derecho

4. En el Derecho de la Unión Europea, el Estado de Derecho opera como un valor integrado por diversos componentes cuya integridad ha preocupado especialmente a las instituciones supranacionales y a los Estados miembros durante los últimos años. Desde la perspectiva que importa al Derecho administrativo, entre ellos cabe destacar especialmente **el principio de legalidad, el principio de equilibrio institucional, el principio de control judicial y la protección de los derechos fundamentales**, muy en particular de la libertad individual y del derecho a la tutela judicial efectiva. Las ponencias de los profesores Mir, Alarcón y Arzoz permiten sostener que el estado en el que se encuentran esas piezas es razonablemente saludable –siempre, eso sí, que hagamos abstracción del modo en que se ha diseñado su aplicación hacia el exterior de la comunidad de pertenencia–.

5. Sin embargo, el congreso nos ha permitido identificar también algunas **carencias y lagunas** importantes en relación con varios de esos componentes, entre los cuales conviene destacar las siguientes.

6. En primer lugar, la muy reducida significación jurídica de la **distinción entre norma y acto** (a la que han hecho referencia los profesores Mir y Arzoz) limita significativamente la funcionalidad de la doctrina de las formas jurídicas de actuación administrativa dentro de la teoría general del Derecho administrativo europeo. Y lo cierto es que dicha funcionalidad no se ciñe exclusivamente a permitir una mejor comprensión de la estructura y del contenido del Derecho administrativo de la Unión –es decir, no goza solo de relevancia científica–, sino que tiene también un papel normativo estrechamente vinculado con el Estado de Derecho: facilitar el cumplimiento de la directriz conforme a la cual el poder ha de desarrollar su actuación no normativa sobre la base de una programación normativa previa, pues solo de este modo pueden los particulares configurar su propia conducta anticipando las consecuencias jurídicas que esta va a desencadenar. La consecuencia es, pues, una más reducida protección de la autonomía individual y, con ello, un menor grado de satisfacción del principio Estado de Derecho.

7. En segundo lugar, en relación con el **procedimiento administrativo**, la ponencia del profesor Mir ha puesto de manifiesto cómo una muy refinada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con los derechos y garantías procedimentales convive con la ausencia pertinaz de una regulación general del procedimiento administrativo de las autoridades supranacionales; una carencia esta última que permite a la Comisión y a las agencias actuar con un menor grado de previsibilidad y, en general, de racionalización jurídica, tanto a la hora de adoptar actos concretos, como al elaborar disposiciones normativas, que reduce considerablemente el grado de satisfacción del principio de Estado de Derecho.

8. En tercer lugar, la promesa que el Tribunal de Justicia ofreció a los europeos en su sentencia *Los Verdes*, conforme a la cual los Tratados establecen un sistema completo de vías de recurso, ha sido cada vez más difícil de cumplir a medida que la actuación administrativa de la Unión se iba diversificando y a medida también que avanzaba la integración en el espacio administrativo europeo. En la actualidad se pueden destacar tres zonas de penumbra del control judicial en las que afloran verdaderas **inmunidades del poder** administrativo en Europa.

9. La primera, bien conocida, deriva de los **límites del recurso de anulación** que, tal y como ha expuesto el profesor Arzoz, resultan de una regulación muy restrictiva de la actividad impugnabile contenida en el artículo 263 TFUE y de una jurisprudencia muy exigente en relación con la legitimación activa de los particulares. La conjunción de ambos elementos conduce a que la puerta de entrada al proceso mediante el ejercicio de acciones anulatorias ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea muy estrecha.

10. La segunda, no menos relevante, se refiere a la **actuación material de las agencias**, cada vez más extendida en el espacio administrativo europeo y que no solo se expresa a través de una amplísima y diversa actividad de recolección, gestión y transmisión de información (piénsese en la gestión de las grandes bases de datos conjuntas sobre las que descansa la gestión administrativa del asilo, la inmigración, los visados o la protección de la seguridad), sino también por medio de operaciones sobre el terreno que pueden incluso comprender el ejercicio de la coacción sobre las personas. Un caso paradigmático de este tipo de actividad, que acaso no haga sino extenderse en el futuro, es el de las operaciones de Frontex, recientemente estudiado por la profesora Acosta. El control judicial de este tipo de actividad es muy limitado porque solo puede ser realizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no por los órganos judiciales de los Estados miembros, porque no puede tener lugar a través de acciones anulatorias y, en fin, porque solo puede articularse a través del cauce que proporciona el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, dentro pues de los muy estrechos límites a los que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sometido esta forma de tutela.

11. La tercera y más relevante de esas zonas de penumbra es, sin embargo, la de la **administración compuesta o integrada**, es decir, esa parte del espacio administrativo europeo en la que se entrelazan estructuras institucionales y procedimientos decisorios caracterizados por una elevada porosidad entre los ordenamientos supranacional y domésticos. En este ámbito el principio de separación (según el cual los actos administrativos han de impugnarse ante los tribunales de la jurisdicción a la que pertenece su autor) puede llegar a ser de muy difícil aplicación. Los problemas pueden ordenarse en dos grupos de casos.

12. Por un lado, en relación con los **procedimientos compuestos verticales** el Tribunal de Justicia ha diseñado un criterio tentativo pero muy poco refinado conforme al cual la prestación de la tutela judicial ha de solicitarse ante los tribunales nacionales o europeos según que el margen o el poder decisorio corresponda a las autoridades del Estado o de la Unión. Sin embargo, un criterio como este, que remite a una propiedad gradual, difícilmente puede aplicarse para dar respuesta a una pregunta formulada en términos categóricos. Además, tal como ha señalado la profesora Salvador, su aplicación suscita numerosos problemas e incertidumbres, como por ejemplo el relativo a si el control judicial del acto europeo realizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe integrar como parámetro de su validez la conformidad con el Derecho nacional,

recientemente estudiado por los profesores Fernández Gaztea y Esteban Ríos, con las consecuencias que ello puede tener sobre el principios de separación y sobre todo desde la perspectiva de la unidad y coherencia del ordenamiento europeo.

13. Por otro lado, también surgen en el ámbito de los **procedimientos compuestos horizontales** y, en general, de otros muchos tipos de **interacciones administrativas horizontales** entre los Estados miembros (solicitudes de información administrativa y de auxilio administrativo, ejecución forzosa de actos ajenos, actos administrativos transnacionales, despliegue de equipos conjuntos, etc.). En alguno de estos casos, el Tribunal ha comenzado a explorar una solución diferente a la anterior conforme a la cual, cuando el particular no haya podido obtener una tutela judicial efectiva frente al acto de origen (la solicitud de información o de auxilio, el acto cuya ejecución se trata, el acto con efectos extraterritoriales o, en fin, el acto que ordena el despliegue de funcionarios al territorio de otro Estado miembro) ante los tribunales del Estado al que pertenece su autor, el derecho fundamental reconocido en el artículo 47 CDFUE puede exigir que sean los tribunales del Estado en el que dicho acto está llamado a producir efectos quienes lo hagan, dando así lugar a un control judicial transnacional de la legalidad de actos administrativos extranjeros. Tampoco se encuentra este criterio exento de problemas e incertidumbres, desde la relativa a los casos en los que debe aplicarse, hasta los efectos del pronunciamiento de los tribunales del Estado de destino, pasando por el Derecho que debe operar como parámetro de enjuiciamiento.

III. Legitimidad democrática

14. La contribución del Derecho administrativo europeo al nivel de legitimidad del sistema en su conjunto puede valorarse también desde la perspectiva del principio democrático. Por supuesto, no procede describir aquí los términos en los que se desenvuelve el debate acerca del denominado déficit democrático de la Unión. Baste señalar que, a lo largo de siete décadas, la estructura institucional y los procedimientos de toma de decisiones contemplados en los Tratados se han ido modificando hasta lograr un **nivel de legitimidad** sencillamente impensable en los orígenes del proceso de integración y, además, **razonablemente elevado** teniendo en cuenta las peculiaridades que presenta la Unión en cuanto que tipo de organización política.

15. Sin embargo, también es forzoso señalar algunos **puntos críticos** específicamente relacionados con el Derecho administrativo europeo en los que pueden apreciarse preocupantes deficiencias.

16. En primer lugar, la administración obtiene una parte importante de legitimidad democrática a través de la propia de las normas que ejecuta, ya sean estas propias o ajenas. La legitimidad del programa normativo que dirige la actuación administrativa contribuye, pues, intensamente a la de la propia administración, y en el caso del espacio administrativo europeo esto suscita dos problemas fundamentales.

17. Por un lado, a pesar de haber adquirido un cada vez mayor protagonismo mediante la extensión del procedimiento legislativo ordinario y de proporcionar así un caudal de legitimidad democrática creciente al sistema en su conjunto, **el Parlamento Europeo sigue careciendo de un poder de iniciativa legislativa propio** como el que detentan las asambleas legislativas en el Estado constitucional, cuyos miembros pueden contribuir a formar la agenda de la propia institución. La experiencia habida con la

codificación del procedimiento administrativo permite ilustrar los límites del actual diseño institucional del ejercicio del poder legislativo de la Unión.

18. Por otro lado, la preparación de las iniciativas legislativas por parte de la Comisión, así como los procedimientos no legislativos mediante los que esta adopta actos delegados y actos de ejecución no están sometidos a normas vinculantes que garanticen la **transparencia, participación y deliberación** que de manera característica permiten incrementar la legitimidad democrática en los procesos de elaboración de normas por parte del poder ejecutivo. La regulación de los procedimientos de comitología no se orienta, como es sabido, a satisfacer esas directrices, sino a garantizar el control de dichos procesos por parte de los Estados miembros.

19. En segundo lugar, la administración propia de la Unión está conformada por un conjunto muy numeroso y heterogéneo de **organismos y agencias de la Unión** cuyo estatuto jurídico, tal y como ha puesto de manifiesto la ponencia de la profesora Boto, no comprende un régimen general, ni en cuanto a su organización y funcionamiento, ni tampoco en cuanto a su relación con la Comisión y, a través de su Presidenta, con el Parlamento Europeo. De ahí que los ciudadanos europeos tengamos dificultades a la hora de exigir responsabilidad política a los grupos que sostienen a la Comisión por la actuación administrativa de esos organismos y agencias, ya que su régimen jurídico puede ser muy diferente en relación con su dirección y control por parte de las instituciones políticas que gozan de legitimidad democrática.

20. En tercer lugar, la situación más preocupante es, de nuevo, la de la **administración compuesta o integrada**. En ese espacio caracterizado por la promiscuidad entre diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas institucionales los mecanismos de rendición de cuentas sobre los que se construye la legitimidad democrática de la administración en el Estado constitucional sencillamente no resultan operativos porque no es posible identificar con claridad el proceso de representación política a través del cual los ciudadanos han de exigir responsabilidad. ¿A quién debemos exigir responsabilidad, también política, por la actuación de Frontex en el marco de operaciones conjuntas con los Estados miembros, o por la actuación de una agencia como ACER o una red como ORECE que, tal y como han descrito en sus ponencias los profesores Revuelta y Vida, están integradas por representantes de la Comisión y de los Estados? Las redes administrativas, los procedimientos compuestos o la gestión de bases de datos conjuntas son ya mecanismos indispensables para la administración europea contemporánea, pero tienen un coste constitucional indudable desde el punto de vista del principio democrático. Debemos ser conscientes de ese coste para tratar de reducirlo en lo posible y de compensarlo mediante otras fuentes de legitimidad de la administración.

IV. Eficacia administrativa

21. Junto a su contribución al Estado de Derecho y al principio democrático, la legitimidad de la administración resulta también de la eficacia de su actuación. La exigencia de una actuación administrativa eficaz se encuentra vinculada con el más general principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, que reclama la materialización del programa normativo cuya ejecución corresponde a la administración de la Unión y también a la administración nacional cuando esta ejecuta el Derecho europeo. Tanto una como otra se encuentran obligadas a procurar la **real y completa satisfacción de los fines** propios de las normas correspondientes, no solo cuando estas

atribuyen derechos o imponen obligaciones a sus destinatarios, sino también cuando regulan estructuras administrativas o atribuyen a la administración competencias para imponerles obligaciones y prohibiciones.

22. La presencia del principio de eficacia de la actuación administrativa se advierte tanto en la jurisprudencia como en los Tratados.

23. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha deducido numerosas consecuencias del principio de efectividad del Derecho europeo, también en su dimensión relativa a la eficacia de su ejecución administrativa, entre las que se encuentra su capacidad para **desplazar o modular el contenido de principios opuestos** de la máxima relevancia como los de confianza legítima, proporcionalidad y autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros.

24. En segundo lugar, el Tratado de Lisboa ha terminado por incorporar a los Tratados el principio de eficacia de la actuación administrativa, en un doble sentido: primero, el artículo 298 TFUE lo configura como una **directriz constitucional de la administración propia de la Unión**, al tiempo que proporciona una base jurídica adecuada para su regulación general por medio de Reglamentos aprobados a través del procedimiento legislativo ordinario; y segundo, el 197 TFUE complementa el artículo 291.1 TFUE al configurarlo como una **directriz constitucional de la administración estatal**, estableciendo que la eficacia de la ejecución nacional del Derecho de la Unión es también un asunto de interés común y contemplando una base jurídica específica que atribuye a la Unión una competencia de coordinación, apoyo y complemento en materia de cooperación administrativa que, por lo demás, no desplaza las bases jurídicas aplicables por razón de la materia.

25. Aunque todo ello permite concluir que el principio de eficacia se encuentra muy consolidado en la legislación y la jurisprudencia de la Unión, es posible, sin embargo, apreciar dos carencias relevantes: la **debilidad de la codificación** tanto de la organización como del procedimiento de la administración de la Unión (puesta de manifiesto por los profesores Boto y Mir), así como el preocupante **déficit de sistematización** del Derecho administrativo europeo (que va más allá de la escasa presencia de reglas de aplicación transversal y que se refiere a la falta de estructuras conceptuales, analíticas y metodológicas sólidas sobre las que edificar su teoría general), conducen a un panorama excesivamente fragmentado y poco previsible que no solo resulta disfuncional desde la perspectiva del Estado de Derecho, sino también desde la de la efectiva satisfacción de los fines propios de las normas que expresan las políticas de la Unión.

V. Uniformidad y pluralismo

26. Uno de los principales retos del Derecho administrativo europeo es lograr un equilibrio razonable entre la necesaria uniformidad en la ejecución de las tareas administrativas propias de las políticas europeas cuando la competencia corresponde a los Estados y la protección del pluralismo que caracteriza los ordenamientos administrativos de los Estados miembros. La gestión de esa relación dialéctica reclama una **europeización de los Derechos administrativos nacionales que sea al tiempo efectiva y responsable**.

27. Por un lado, la exigencia de **efectividad de la europeización** no solo resulta del propio principio de efectividad del Derecho europeo, que demanda una materialización real de las transformaciones que este impone a los ordenamientos domésticos, sino también de otros principios generales del Derecho de la máxima relevancia entre los que destacan los de unidad y coherencia, el de primacía y el de cooperación leal.

28. Por otro lado, frente a la presión transformadora que resulta de este conjunto de exigencias normativas se erige, sin embargo, la necesidad de **conservar la diversidad** y las peculiaridades de los ordenamientos nacionales, no solo en lo que respecta a sus políticas regulatorias, sino también en relación con la estructura de su Derecho administrativo. Esta otra demanda no solo es debida a la existencia de un principio jurídico de la máxima relevancia, como es el de la protección de la identidad nacional (que no creo que vaya a tener un largo recorrido a la hora de salvaguardar elementos propios de cada concreto ordenamiento administrativo doméstico, más allá de lo relativo a su estructura multinivel), sino también y quizás sobre todo porque el pluralismo y la diversidad constituyen un valioso patrimonio de innovación cuyo mantenimiento es conveniente desde la perspectiva del futuro desarrollo del propio Derecho administrativo europeo.

29. Esa tensión entre uniformidad y pluralismo se manifiesta en los tres ámbitos de la parte general sobre los que se han proyectado las ponencias del congreso.

30. En primer lugar, la **organización administrativa** española se ha visto fuertemente influenciada por los impulsos de transformación procedente del Derecho de la Unión: a los fenómenos analizados por los profesores Míguez, Revuelta y Vida (la expansión del modelo de las administraciones independientes, el más controvertido de todos ellos, el freno de la huida del Derecho administrativo a través del Derecho de contratos y la depuración de técnicas tradicionales del Derecho de la organización), se podrían añadir también otros fenómenos más recientes como la aparición de la noción de sector público como concepto clave de la expansión del ámbito de aplicación del Derecho administrativo más allá de las administraciones públicas, recientemente estudiado por el profesor García-Andrade, o la aparición de nuevos tipos de relaciones de supraordenación más allá de las tradicionales de dirección y de jerarquía, tal y como ha puesto también de manifiesto la profesora Díez Sastre al examinar los instrumentos de ejecución nacional de los fondos europeos.

31. En segundo lugar, el **procedimiento administrativo** ha sufrido también una influencia relevante (especialmente acusada en el caso de los procedimientos de contratación, de recurso, de planeamiento y de aprobación de reglamentos) a pesar de que, como indica la ponencia de la profesora Alarcón, el Derecho administrativo español se encontraba quizá mejor equipado que el de otros Estados miembros a la hora de soportar alguno de los impactos procedentes del Derecho de la Unión (particularmente en el caso del procedimiento administrativo de adopción de actos administrativos). En el terreno de los principios del procedimiento, el principal reto que tenemos por delante acaso sea deducir las consecuencias del mandato de diligencia o cuidado debidos que aún estar por precisar, al tiempo que se conjura el riesgo de convertir la buena administración en un fetiche monstruoso. Por último, la ampliación del foco de análisis al régimen jurídico de los actos administrativos permitiría apreciar impactos y transformaciones de mucho mayor alcance y que han sido recientemente identificados por el profesor Arzoz

(por ejemplo, la eficacia transnacional de algunos actos administrativo, el deber de inaplicación de las normas contrarias al Derecho de la Unión o las excepciones a la firmeza de los actos contrarios al Derecho de la Unión).

32. En tercer lugar, el **control judicial** de la legalidad de la administración desplegado por los tribunales españoles se ha visto muy intensamente afectado por la europeización. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de efectividad de la ejecución nacional del Derecho europeo ha conducido a una ampliación de los poderes del juez en ámbitos tan diversos como las medidas cautelares, la delimitación de la actividad impugnabile, la definición de los límites propios del principio dispositivo o los poderes de inaplicación de normas contrarias al Derecho europeo; unas transformaciones que, a lo largo de los últimos años, el Tribunal tiende a adscribir al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE. Por otro lado, la ponencia del profesor Rodríguez de Santiago ha explicado cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa al control de las valoraciones científicas, técnicas y económicas complejas, que limita la intensidad del control a la verificación de errores manifiestos, se ha incorporado a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Finalmente, la ponencia de la profesora Moral ha puesto de manifiesto el impacto del Derecho de la Unión (y, en particular, de los principios de unidad y coherencia y del régimen de las cuestiones prejudiciales) sobre la manera de argumentar de los tribunales nacionales, que se ven impelidos a desarrollar un discurso formalista, en el que el efecto de irradiación de los derechos fundamentales ocupa un protagonismo muy limitado y que, desde el punto de vista metodológico, hace descasar la aplicación de normas exclusivamente en procedimientos de subsunción.

VI. Conclusión

33. En virtud de lo expuesto, la contribución del Derecho administrativo europeo al nivel de legitimidad de la actividad de ejecución directa e indirecta de las políticas europeas merece una valoración diferenciada.

34. En primer lugar, su contribución a la garantía del **Estado de Derecho** es, con carácter general, satisfactoria, sin perjuicio de que puedan apreciarse algunas dificultades en relación con la codificación del procedimiento y con el control judicial tanto de la actuación administrativa material de la propia Unión como de la administración compuesta.

35. En segundo término, la **legitimidad democrática** de la administración europea presenta carencias importantes en lo que respecta a la producción de normas por parte de la Comisión y de las agencias, así como, especialmente, a la eficacia de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política por la actuación de las agencias y de la administración compuesta.

36. En tercer lugar, **eficacia administrativa** ocupa una posición de centralidad en el Derecho de la Unión, a pesar de que la debilidad de la codificación del Derecho de la organización y del procedimiento administrativo, junto a la insuficiente sistematización del Derecho administrativo europeo, reducen sensiblemente la eficacia de la satisfacción de los intereses públicos a los que sirven las normas europeas.

37. Por último, las **transformaciones** provocadas por el Derecho de la Unión en las estructuras organizativas y procedimentales del Derecho administrativo español, así como en el control judicial de la administración (la corrección de la huida del Derecho administrativo, la ampliación de la eficacia de la tutela judicial o, en fin, el suministro de criterios jurisprudenciales muy refinados acerca de los derechos del ciudadano en los procedimientos administrativos) han sido relevantes y, con carácter general, pueden valorarse positivamente. No obstante, otros fenómenos o procesos de transformación (como la extensión de las administraciones independientes o el impulso de un estilo de argumentación judicial marcadamente formalista) merecen una valoración menos favorable.