

**EL CONTROL JUDICIAL
DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION
EUROPEA Y OTRAS ENSEÑANZAS PROCESALES
DEL DERECHO COMUNITARIO PARA
EL PROCESO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL (1)
(Informe para el Parlamento Europeo acerca
del futuro de la política social comunitaria)**

Por

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Becario Humboldt

«Luxemburgo era sinónimo de activismo judicial a rienda suelta. Es cierto que en materia laboral dicho activismo ha estado frecuentemente motivado por el intento de consolidar las competencias de la Comunidad logrando al mismo tiempo la realización plena y el funcionamiento eficaz del Mercado Común. Pero también es cierto que los jueces comunitarios han captado hasta el fondo la enorme carga humana de los problemas a que da lugar la circulación de los trabajadores.»

(MANCINI)

SUMARIO: PRIMERA PARTE: ACCIONES POR INACTIVIDAD Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA; CRITERIOS DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CE, CUANDO EL SUJETO OBLIGADO TIENE DISCRECIONALIDAD PARA ACTUAR: *Planteamiento.—La obligación del Consejo de realizar una política comunitaria a la luz del Arrêt de la Cour de 22 de mayo de 1985.—Problemas principales planteados en el Arrêt de la Cour de 22 de mayo de 1985 y posibles argumentos que pueden ser considerados para justificar la inactividad (y considerar que el sujeto obligado tiene discrecionalidad en el cumplimiento de la obligación).—Análisis especial de la excepción de la «dificultad presente en el caso», como posible causa de justificación de la inactividad, en la jurisprudencia del Tribunal (principalmente el Arrêt de la Cour de 12 juillet 1988).—Análisis especial de la discrecionalidad como posible causa de justificación de la inactividad y soluciones al problema de los límites del control judicial de ordenar la realización de una actuación cuando el sujeto obligado tiene discrecionalidad para ello (principalmente el Arrêt de la Cour de 6 de julio 1971).—Enseñanzas procesales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, principalmente la autonomía de las acciones procesales.—Criterios de control de la discrecionalidad cuando el sujeto obligado tiene discrecionalidad para actuar.—Efectos y naturaleza de la sentencia estimatoria de un recurso por inactividad.—Inciso acerca de ciertas conclusiones o enseñanzas que se derivan del Derecho procesal comunitario para el Derecho procesal adm-*

(1) Este trabajo aplica la doctrina general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el control de la discrecionalidad, a un caso concreto, referente a la posible obligación del Consejo de realizar la política social comunitaria.

nistrativo español.—SEGUNDA PARTE: APLICACIÓN DE LA DOCTRINA ANTERIOR AL CASO DE LA POSIBLE ORDEN JUDICIAL FRENTE AL CONSEJO PARA QUE ÉSTE REALICE LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA: *Premisas para la solución del caso planteado: una base jurídica para plantear la acción por inactividad del Parlamento frente al Consejo.*—¿Base jurídica suficiente para poder regular la política social?—*Incidencia sobre un problema especial: base jurídica, ¿para once o para doce Estados miembros?*—*Valoración de la armonización y el respeto de las libertades comunitarias como dos vías aptas para realizar la política social, en relación con la Europa a ritmo de once o doce Estados.*—¿De la base jurídica como atribución para realizar la política social a una base jurídica para obligar a realizar la política social?—*Análisis de posibles excepciones por parte del sujeto obligado.*—*La libertad de circulación de los trabajadores y las propuestas pendientes.*—*Conclusión.*—BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.

PRIMERA PARTE: ACCIONES POR INACTIVIDAD Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA;
CRITERIOS DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CE,
CUANDO EL SUJETO OBLIGADO TIENE DISCRECIONALIDAD PARA ACTUAR

Planteamiento

Este estudio pretende, ante todo, exponer las enseñanzas procesales que se derivan del Derecho comunitario, para el Derecho administrativo, acerca del control judicial cuando la Administración tiene una potestad discrecional. En concreto cuando, una vez controlada tal discrecionalidad, la función del Tribunal contencioso-administrativo no sea la de anular un acto sino la de obligar a la Administración a que actúe, dictando un acto o realizando u omitiendo una actuación.

Este trabajo parte de un caso concreto, al cual se aplica tal doctrina jurisprudencial: se trata de la posibilidad de obligar al Consejo (mediante sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo) para que este órgano comunitario realice la política social comunitaria. A petición del Parlamento Europeo, seis profesores de Derecho público realizamos un informe, los cuales fueron presentados y debatidos en el Parlamento Europeo, en la sesión pública de 25 de abril de 1994 (2).

Esta publicación tiene como fin esencial difundir ciertos criterios o técnicas que puedan servir al juez administrativo español para desarrollar su control sobre la actuación administrativa discrecional. En concreto, la jurisprudencia comunitaria, al respecto del control de la discrecionalidad cuando el sujeto obligado tiene discrecionalidad para actuar, se ha desarrollado en relación con la posibilidad de obligar a un órgano comunitario o a los Estados miembros de la Unión Europea; pero, por supuesto, sus criterios pueden extrapolarse al caso de que se trate de obligar a la Administración —por parte de un Tribunal contencioso-administrativo— a realizar una actuación —o prestación (3)—, cuando aquélla goce de discrecio-

(2) Los demás profesores eran: O. SCHULZ (de Bonn), T. KUILE (de Rotterdam), SCHULTE (del Max-Planck Institut en Munich), ALBEDA (de Maastricht) y S. NERI (de Bereldange).

(3) «Prestación» es el resultado de una obligación (fruto del ejercicio de un derecho)

nalidad administrativa para ello. Parece interesante, en el marco de la actual problemática que vive el Derecho administrativo español sobre esta cuestión (4), hacer una referencia a los criterios que rigen en el Derecho comunitario (5). Igualmente, difundir este tema de Derecho comunitario, concerniente a la política social.

La cuestión que interesaba al Parlamento Europeo puede ser resumida con la pregunta acerca de si puede extraerse una base jurídica que permita plantear una acción ante el Tribunal, por la que se pueda obligar al Consejo a que desarrolle la política social comunitaria.

La respuesta a esta cuestión está en gran medida en observar la doctrina jurisprudencial anterior del Tribunal Superior de Justicia de la CE; principalmente el *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 (6), en el cual se plantea una situación muy similar a la que ahora preocupa al Parlamento en relación con la política social.

Ha de partirse de que, para extraer un derecho subjetivo de cuyo ejercicio resulte una obligación del Consejo de realizar la política social, el Consejo tiene en principio un amplio margen de discrecionalidad. Aquí radica, así, el núcleo de los problemas a la hora de formular tal deber jurídico; pero de ahí precisamente la necesidad de conocer la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, sobre los límites legales en el ejercicio de la discrecionalidad, cuando se ha interpuesto previamente

que se genera en una relación jurídica entre dos sujetos, consistente en un dar, hacer u omitir algo. Sobre este concepto puede verse mi libro *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1994, págs. 28 y 29.

(4) En una tendencia más restrictiva, respecto del control judicial de la Administración, puede consultarse PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, 1991, págs. 76 y 77, y del mismo autor, recientemente, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; SANCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid, 1991, págs. 99 y ss., y del mismo autor, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994. También véase HERNÁNDEZ MARÍN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1990, págs. 75 y ss.; EMBID IRUJO, «La justiciabilidad de los actos de Gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», «Documentación Administrativa», núm. 220, págs. 19 y ss., y en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Tomo III, págs. 2697 y ss. De este mismo autor, la recensión en el núm. 132 de esta REVISTA (1993), pág. 568.

En una tesis más favorable a la extensión del control judicial, T. R. FERNÁNDEZ, *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, «REDA», núm. 76 (1992), págs. 511 y ss., y del mismo autor, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, «REDA», núm. 80, págs. 577 y ss.; DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico*, Madrid, 1993.

Sobre estas cuestiones véase también, en general, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, núms. 100-102 de esta REVISTA, tomo II, págs. 1083 a 1099.

Por último, sobre toda esta doctrina, puede consultarse mi libro *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1994, págs. 84 a 112.

(5) Para un análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la CE, cuando se trate del ejercicio de acciones de anulación, puede verse el libro de M. SANCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, págs. 81 y ss.

(6) «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», núm. 4, 1985.

un recurso de inactividad por parte de uno de los sujetos legitimados para interponerlo, como es el Parlamento (art. 175 del Tratado de la CE) (7).

La obligación del Consejo de realizar una política comunitaria a la luz del Arrêt de la Cour de 22 de mayo de 1985 (8)

El *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 resuelve un caso según el cual el Parlamento pretendía que el Consejo llevase a cabo la política de transportes. Para su resolución se partió de la consideración o reconocimiento de que el Consejo tenía discrecionalidad para ello.

El Parlamento se basaba, para el éxito de su pretensión por inactividad frente al Consejo, en distintos artículos del Tratado. En el artículo 3 (relativo a los objetivos de la Comunidad, al incluir entre éstos el transporte) y en el artículo 75.1 (relativo en concreto a la política de transportes), el cual prevé que «el Consejo *establecerá* ciertas prescripciones que vienen establecidas en ese mismo artículo 75.1» (9), así como en el 75.2, a cuyo tenor «las disposiciones previstas en las letras *a*) y *b*) se *adoptarán* durante el período transitorio»; también en el artículo 61 (relativo a la libre circulación de servicios).

A su juicio, la omisión del Consejo constituye un incumplimiento ilegal de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. La pretensión del Parlamento (apoyada en este punto también por la Comisión) era, pues, la de que el Consejo había omitido realizar una «política común de transportes» (10), que lograrse «una orientación general».

El artículo 3 tendría así un carácter imperativo, pues, estableciendo la política de transportes como un objetivo comunitario, ésta debería ser regulada de forma comunitaria, por el Consejo entonces; el Parlamento Europeo considera que el artículo 75.1 contiene una obligación de actuar, y, más allá, el 75.2 concreta que esta obligación debe haberse cumplido dentro de un plazo determinado. De este modo, el poder del Consejo sería *dis-*

(7) A nivel comunitario, este recurso por inactividad se reconoce en los artículos 175 del Tratado CE, 35 del Tratado CECA y 148 del Tratado CEEA.

(8) La extrapolación de la jurisprudencia de este *affaire* de los transportes a la política social es perfectamente posible, desde el momento en que en este *Arrêt* de 22 de mayo de 1985 consideraba a su vez el sector de la agricultura para solucionar el caso planteado en relación con los transportes («Recueil...», págs. 1570, 1571 y 1577). Para el Consejo, a diferencia del sector de la agricultura, no existía una obligación precisa, en el ámbito de los transportes, por contra de la argumentación del Parlamento. En nuestro caso, entonces, corresponderá comprobar si la política social está formulada jurídicamente de un modo plenamente diverso a la de los transportes, en el cual sí se ha reconocido tal acción por inactividad.

(9) Son: *a*) «las normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro o con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros»; *b*) «las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro», y *c*) «cualquier otra disposición oportuna».

(10) El Parlamento concretaba qué medidas al menos comprendían la política común de transportes a estos efectos («Recueil...», pág. 1572).

crecional respecto del contenido de las medidas a adoptar y de la fecha en que han de entrar en vigor, pero no para permanecer inactivo (11). Para la Comisión, el artículo 75 daba lugar a tal obligación de actuar por parte del Consejo, cuando aquélla se apoyara además en otros preceptos del Tratado (en concreto invocaba entonces el art. 61, relativo a la libre prestación de servicios, el cual implicaría la realización de esta libertad dentro del ámbito de los transportes, y el art. 84.2).

La contestación del Consejo es que *no existe una «definición suficientemente clara, precisa y concreta para extraer jurídicamente la obligación», por contra a la «base jurídica» o «bloque de artículos» que se alegan por el Parlamento. Se trata de meras obligaciones generales, cuyo cumplimiento (tanto del cómo como del cuándo) es discrecional para el Consejo* (12).

A juicio del Tribunal, en el presente caso debe partirse (*doit être accueilli*) de que existe discrecionalidad por parte del Consejo (13), tal como por otra parte el propio Parlamento reconoce, pues éste se limita a pedir que el Consejo dicte medidas que «lleguen a formar un conjunto coherente».

El Tribunal consideró que el artículo 75, en tanto que tienda a realizar la libre prestación de servicios, es una norma claramente precisa como para extraer la obligación del Consejo de realizar esta libertad comunitaria dentro del ámbito de los transportes. Así, la sentencia declara que «el Consejo se había abstenido, en violación del presente Tratado, de *asegurar la libre prestación de servicios en materia de transportes internacionales*, así como de fijar las condiciones de admisión de *los transportistas no residentes a los transportes nacionales dentro de un Estado miembro*». De este modo, permanece dentro de la discrecionalidad administrativa la realización de la política de transportes más allá de la toma de medidas necesarias para la libre prestación de servicios (14).

Problemas principales planteados en el Arrêt de la Cour de 22 de mayo de 1985 y posibles argumentos que pudieran ser considerados para justificar la inactividad (y considerar que el sujeto obligado tiene discrecionalidad en el cumplimiento de la obligación)

Un argumento que merece ser estudiado, en tanto que puede suponer una justificación para la omisión o inactividad del Consejo, es el de las posibles *dificultades para el cumplimiento* del deber invocado por el recurrente.

En el Arrêt de 22 de mayo de 1985, el Consejo, que se resiste a dar cum-

(11) También se pedía, más concretamente, que se adoptaran ciertas directivas; puede verse el «Recueil...», págs. 1563, 1564, 1578, 1579 y 1592.

(12) «Recueil...», págs. 1576, 1577, 1591, 1597; incluso la fijación del plazo del artículo 75.2 es «una obligación tan poco precisa que su contenido queda reservado a apreciación del Consejo».

(13) La adopción de las medidas correspondientes para poner en práctica la política de transportes, así como su contenido, y el cuidado y acciones a tomar, es discrecional del Consejo («Recueil...», pág. 1596).

(14) Véase «Recueil...», págs. 1601 y 1602.

plimiento a las peticiones del Parlamento (15), y tras manifestar su voluntad de realizar la política de transportes y mostrar los avances que se han realizado al respecto, considera que concurren dificultades en el presente para realizar la política de transportes (en orden a las concepciones en los «futuros Estados miembros de la CE») (16).

Este hecho es contestado por el Parlamento y la Comisión en el sentido de que esta posible justificación no empece para que se adopten las «disposiciones necesarias», un «*mínimo indispensable* para garantizar un desarrollo apropiado de la política común de transportes paralelo al alcanzado en otros dominios del mercado común», un «*etablir un cadre contraignant*», un «*ensemble cohérent de principes de nature à prendre en compte globalement les faits économiques complexes inhérents au secteur des transports*». «La naturaleza misma de una política común de transportes implicaría, en efecto, la necesidad de asegurar el respeto de ciertos objetivos, en particular de llegar a la liberalización de los transportes y facilitar el tráfico transfronterizo.» En el *Arrêt* se reconocía por todos (también el Tribunal) la «laguna» existente, a nivel comunitario, en el sector de los transportes, así como la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta el momento, pese a que, a juicio del Consejo, tal «laguna» no implica una obligación de actuar, al gozar por su parte de un margen de apreciación.

Una posible justificación de la inactividad puede resultar también de valorar previamente las *consecuencias de la adopción o no adopción* de las medidas solicitadas. Así, objeto de debate en el *Arrêt* que nos ocupa fue el análisis de tales consecuencias (17). El Consejo también argumentó sin éxito la escasa importancia de algunas directivas que el Parlamento pedía que se dictaran; este dato pone, empero, de relevancia la conveniencia de que el Parlamento, para el éxito de la pretensión por inactividad, ponga de relieve la importancia de las directivas solicitadas.

En cuanto a la admisibilidad del recurso, los problemas se planteaban ya desde la propia legitimación procesal del Parlamento (*recevabilité*) para plantear la acción por inactividad. *¿Está el Parlamento legitimado para interponer la acción por inactividad frente al Consejo?* En el *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 el Tribunal tuvo que resolver, por vez primera, si el Parlamento estaba legitimado para interponer el recurso por inactividad del artículo 175 (18). Puede decirse que este pronunciamiento zanja definitivamente esta cuestión, en sentido afirmativo, por contra pues a la defensa del Consejo (19).

(15) El Parlamento había comunicado en varias ocasiones al Consejo que éste debía desarrollar la política de transportes (*Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985, «Recueil...», págs. 1574 y 1584 y ss.).

(16) «Recueil...», págs. 1572, 1578 y 1590. Igualmente, respecto de la petición de que se dictaran directivas concretas, existía en todas ellas, a juicio del Consejo, la necesidad de realizar mayores gestiones que llevaban a justificar que no se hubieran dictado aquéllas.

(17) «Recueil...», págs. 1580 y ss.

(18) Véase «Recueil...», pág. 1565 y, especialmente, págs. 1587 y ss.

(19) En relación con la legitimación se distingue entre sujetos privilegiados (las instituciones comunitarias y los Estados) y demandantes ordinarios (los particulares). El Tratado de Maastricht ha introducido la legitimación del Banco Central Europeo (como suje-

Para apoyar la pretensión del Parlamento, una base importante es la alegación de la existencia de una «laguna de regulación». En concreto, la existencia de tal laguna (que existía en orden a los transportes, que existe respecto a la política social hoy) lleva a la admisibilidad del recurso por inactividad (del art. 175); pero su estimación dependerá de la cuestión de si existe discrecionalidad o no del Consejo (y de si puede reconducirse ésta a un marco jurídico).

Pero, ciertamente, el problema principal que se plantea en estas acciones de inactividad es el de la discrecionalidad del sujeto presuntamente obligado a actuar. En el *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 todos —desde el Parlamento hasta el propio Consejo (20)— parten de que, cuando existe tal margen de apreciación, la omisión sólo es ilegal si existe un empleo abusivo o arbitrario, viciado, de la discrecionalidad («*détournement ou excès de pouvoir*»).

Si jurídicamente existe un deber «*réglé*», puede ordenarse por parte del Tribunal la obligación respectiva, sin necesidad de que aquél entre en el discernimiento de más cuestiones. Pero, si existe discrecionalidad, el Tribunal sólo podrá dictar una orden frente al sujeto obligado si puede reconducir la discrecionalidad inicial a un marco jurídico, operación a consecuencia de la cual resulte una orden judicial que condene a aquél a la realización u omisión de una actuación.

Se pone, así, de manifiesto que en estos casos de la acción de inactividad, el Tribunal ha de *reducir* la discrecionalidad jurídica, y obligar al sujeto obligado a actuar cuando exista, así, un empleo o ejercicio viciado de la discrecionalidad («*détournement ou excès de pouvoir*»). A la luz de este *Arrêt* comentado, las perspectivas de éxito de la acción de inactividad radican, entonces, en hacer valer la «necesidad de regulación» sobre la política comunitaria respecto de la cual existe una laguna de regulación.

Análisis especial de la excepción de la «dificultad presente en el caso», como posible causa de justificación de la inactividad, en la jurisprudencia del Tribunal (principalmente el Arrêt de la Cour de 12 de julio de 1988)

Una vez se han mencionado en el epígrafe anterior las posibles causas que justificarían la inactividad por parte del Consejo, conviene estudiar específicamente la concerniente a la «dificultad o complicación presente en el caso»; no deberá ser ésta una excepción relevante, pues tal dificultad no puede llegar a justificar la ausencia de un mínimo de regulación que cubra

to privilegiado respecto a la legitimación) y la legitimación pasiva del Parlamento, junto al Consejo y la Comisión.

Sobre la legitimación activa y pasiva de los distintos sujetos, véase FARAMINAN GILBERT, en la obra dirigida por J. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho...*, págs. 514 y ss.; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *El recurso...*, págs. 61 y ss. y 84 y ss., donde se explican los problemas iniciales de la legitimación del Parlamento y las peculiaridades de la legitimación de los particulares.

(20) También el Tribunal («*Recueil...*», pág. 1595).

la laguna jurídica existente; como dice el Tribunal, «*le degré de difficulté de l'obligation faite à l'institution en cause n'est pris en considération par l'article 175*» (21).

Al respecto de esta última cuestión ilustra el *Arrêt de la Cour* de 12 julio 1988 (22), pues es en este punto donde radica el interés de su doctrina.

El caso que resuelve versaba sustancialmente sobre la pretensión del Parlamento de que el Consejo realizase el presupuesto anual. La cuestión central, objeto de litigio, era la de que el Consejo tenía un plazo límite para su entrega (en el caso, el 6 de octubre de 1987), el cual no fue observado, de modo que el Parlamento ejercitó un recurso por inactividad frente al Consejo.

Para el Parlamento, la observancia del plazo era una cuestión capital, ya que, si no, peligraría el funcionamiento normal de las instituciones comunitarias. El Consejo considera que el artículo 203 del Tratado fija una fecha meramente indicativa.

Aplicando a este caso la doctrina del *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 (política de transportes), parece que la suerte se decantaba a favor del recurrente (de nuevo el Parlamento). Las conclusiones del abogado general en el *Arrêt* de 12 de julio de 1988 sientan, sin embargo, el criterio según el cual la imposibilidad *absoluta* en el cumplimiento *correcto* de las obligaciones del Tratado llevan a la inexistencia de una violación del Tratado que dé lugar a una omisión ilegal; máxime cuando (como ocurría en el presente caso) la entrega del presupuesto ha de hacerse, en todo caso, con una descripción detallada de ciertos conceptos exigidos (*recettes et dépenses*). No obstante, obsérvese que ha de tratarse de una «imposibilidad absoluta» y de una «dificultad exterior a su propio proceso de decisión» (23). Como en el momento del fallo el presupuesto se había ya dictado, no hizo falta que el Tribunal entrase en el fondo del asunto (24).

(21) «Recueil...», pág. 1596.

(22) *Parlement européen contre Conseil (Procédure budgétaire)*, Affaire 377/87, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, págs. 4017 y ss.

(23) Véase «Recueil...», págs. 4039, 4040 y 4044.

(24) Esta situación procesal encaja dentro de lo que en el Derecho español se conoce por «satisfacción extraprocésal de las pretensiones del demandante»; en el Derecho alemán se denomina *Erledigung* y tiene importancia a efectos de reclamar entonces una indemnización por responsabilidad pública o administrativa, vía que deja abierta, por cierto, el presente *Arrêt*. Lo mismo ocurrió en el *Arrêt de la Cour* de 12 julio 1988, *Comission contre Conseil (Procédure budgétaire)*. Interesante es, asimismo, la conexión entre la responsabilidad administrativa y esta situación procesal. La situación de resolución procesal impide que se dicte una sentencia obligando al sujeto a que cumpla con la obligación (pues ésta ya se ha realizado), pero abre la vía para la indemnización de los daños causados. Por último, la amenaza de tal «resolución procesal» es lo que muchas veces da lugar a que se ordenen medidas cautelares, para que se cumpla de inmediato con la obligación existente. Por supuesto, si la contestación del sujeto demandado es extemporánea pero no es conforme con la pretensión del sujeto, no entra tal situación procesal de «resolución» (*Erledigung*) a la cual nos hemos referido. Puede verse mi libro *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, págs. 201 a 216, así como *Problemas procesales...*, págs. 44 y ss.

Análisis especial de la discrecionalidad como posible causa de justificación de la inactividad y soluciones al problema de los límites del control judicial de ordenar la realización de una actuación cuando el sujeto obligado tiene discrecionalidad para ello (principalmente el Arrêt de la Cour de 6 de julio de 1971)

Por su parte, el extremo que hemos comentado, acerca del *control de la discrecionalidad inicial del sujeto obligado* por el Tratado, puede completarse con el *Arrêt de la Cour* de 6 de julio de 1971 (25). El Gobierno francés había informado a la Comisión de su intención de conceder ayudas en favor de la siderurgia francesa (en virtud del 5.º plan de desarrollo económico y social), frente a lo que se oponía el Gobierno holandés. La Comisión considera, empero, que no existe una infracción del artículo 4 de la CECA, y que por tanto no interviene en contra del Gobierno francés. El Gobierno holandés interpone entonces un recurso por inactividad para que el Tribunal obligue a la Comisión a intervenir en este caso (tal como exigen los arts. 67 y 88 del mismo Tratado).

A nuestros efectos, este litigio es interesante, ya que la Comisión alegó como excepción que el recurrente no había invocado la concurrencia de «ejercicio abusivo, arbitrario o viciado de la discrecionalidad» (*détournement de pouvoir, Ermessensmissbrauch*). Esta excepción debe invocarse cuando exista una habilitación para actuar (como ocurría en el caso de los arts. 67 y 88). El Gobierno holandés parecía dar por hecho la existencia de un deber, por parte de la Comisión, y de ahí la innecesariedad de alegar tal hecho (26).

En cualquier caso, el planteamiento del litigio (admitido por ambas partes) gira en torno a la necesidad de distinguir entre el «*tenir de recourir*» y el «*habilitée à la faire*» (arts. 35.1 y 2, respectivamente) (27): en caso de existir una «habilitación» la única forma de poder obligar a la Comisión

(25) *Royaume des Pays-Bas contre Commission des Communautés européennes (Aides à la sidérurgie)*, Affaire 59-70, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1971, págs. 639 y ss.

(26) Así, para la Comisión el recurso del Gobierno holandés era, entonces, inadmisibles, ya que el recurrente no había alegado que el Tribunal tenía que examinar si el margen de discrecionalidad podía reconducirse a un margen jurídico, operación a consecuencia de la cual resultara la condena a actuar por parte de la Comisión. Por contra, para el Gobierno francés, cuando se presentan los presupuestos del artículo 88, entonces no existe un poder sino un deber de actuar.

(27) Todo ello no se desvirtúa por el hecho de que en este caso el Tribunal no entrara en el fondo del asunto, al declarar el recurso inadmisibles por estar fuera de plazo: en concreto, la cuestión hace referencia al plazo para interponer la carta de mora o requerimiento de actuación por parte del interesado (ya que, respecto del plazo de interposición de la acción por inactividad, éste está claramente fijado en el Tratado, en dos meses tras la *interpellatio*). En el caso que nos ocupa había «transcurrido un plazo más que razonable», lo que ocasionaba que, al haber finalizado aquél, el recurso se había convertido en un medio procesal inservible para garantizar plenamente al sujeto en este momento («Recueil...», págs. 652, 659; insiste también en este sentido el *Arrêt de la Cour de 15 décembre 1988, Irish Cemet Limited contre Commission, Aide pour la construction d'une usine de ciment en Irlande du Nord*, Affaires jointes 166 et 220/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, págs. 6473 y ss.).

a actuar (en estos casos en que la Comisión tiene un amplio margen discrecional) era mediante la vía que abría el *détournement de pouvoir* (28). De ahí que el Gobierno holandés alegara que, pese a que el primer inciso del párrafo dos del artículo 67 (del Tratado de la CECA) afirmaba que «la Comisión podrá adoptar» las medidas (...), el inciso tres de este mismo artículo 67.2 (que era, en concreto, el que debía aplicarse, en tanto que la acción del Gobierno francés producía efectos perjudiciales a empresas sometidas a la jurisdicción de otros Estados miembros) afirma: la Comisión «dirigirá». De este modo, se ponía de manifiesto que el recurrente no tenía que alegar el *détournement de pouvoir*, ya que no existía discrecionalidad sino un deber de actuar, en presencia de los presupuestos de hecho de este supuesto (29).

En estos casos en que existe discrecionalidad para actuar por parte de un sujeto, el papel del Tribunal consiste en examinar si aquél no incurre en un abuso en relación con la negativa a actuar, amparándose en tal discrecionalidad para realizar la actuación. En caso de que el Tribunal llegue a una conclusión positiva, la orden judicial de actuación es resultado de un derecho subjetivo a una «decisión libre de vicios (o excesos) en el ejercicio de la discrecionalidad», en concreto a favor de un tercero que insta de la Comisión una actuación frente a otro sujeto.

Toda esta doctrina se confirma, también de modo ejemplar, en el *Arrêt de la Cour* de 9 de abril de 1987 (30), en el cual se planteaba también si la Comisión estaba obligada a actuar. Según la Decisión núm. 234/84 CECA, que regía el presente supuesto, cuando un Estado miembro reclamaba ante la Comisión pidiendo la modificación de los suministros tradicionales de producción y suministro de acero, y la Comisión reconocía tal reclamación, ésta debía pedir —a las empresas afectadas por tal medida (31)— un «compromiso de compensar el desequilibrio comprobado en sus suministros tradicionales». En este caso, una empresa siderúrgica italiana, y el propio Gobierno italiano, alegaban que la penetración de empresas comunitarias en el mercado italiano había hecho disminuir considerablemente las ventas de los productores italianos, de modo que pedían de la Comisión que instara la compensación a que hacía referencia la Decisión mencionada.

Los recurrentes habían alegado que, tratándose de un deber de la Comisión, ésta debía actuar; pero también que, en caso de que el Tribunal estimara que la Comisión tenía discrecionalidad para actuar, se aplicara entonces el criterio del *détournement de pouvoir* (empleo viciado de la discrecionalidad), y se declarara ilegal la omisión o inactividad de la Comisión.

(28) Véase «Recueil...», págs. 643 y 644.

(29) Esta posición fue la que mantuvo, además, el abogado general («Recueil...», pág. 660).

(30) *Affaire 167 et 212/85 (Assider et gouvernement italien contre Comisión)*, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987.

(31) En concreto eran empresas francesas y del Benelux las que se habían introducido en el mercado italiano de la siderurgia. El papel de la Comisión en estos casos es el de conciliar el principio del respeto «a los flujos económicos tradicionales» con el principio de la libre competencia; la consideración del primero se explica ante el hecho de la necesidad de evitar una desestabilización en el mercado en perjuicio de las empresas más «débiles».

El Tribunal estimó la acción y declaró la ilegalidad de la inactividad de la Comisión por «no haber utilizado los poderes conferidos» (32).

Enseñanzas procesales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, principalmente la autonomía de las acciones procesales.

Procesalmente, es interesante destacar la existencia de una *vía procesal adecuada* para canalizar el interés subjetivo de un Estado en que un sujeto obligado (Comisión o Consejo) realice una determinada actuación. Igualmente, según nos consta ya, existe la posibilidad de que un Estado requiera, ante el Tribunal, que se obligue a la Comisión a actuar contra otro Estado; de este modo, en virtud del artículo 93.2 del Tratado CE, puede obtenerse que aquella instancia comunitaria impida que un Estado conceda ayudas ilegales a sus empresas nacionales; este concreto recurso bien puede denominarse como recurso por inactividad a favor de terceros —o a favor de un Estado que pretende que se actúe frente a otro (33)—.

La acción por inactividad no es sino una subforma de una acción prestacional: esta última es la acción que sirve para canalizar los intereses jurídico-subjetivos consistentes en una actuación u omisión por parte de un poder público. La acción por inactividad (art. 175 del Tratado de la CE) no es más que una técnica procesal para ejercitar una acción prestacional cuando el sujeto obligado permanece inactivo (34).

En el contexto del Derecho comunitario, la acción por inactividad (art. 175 del Tratado CE) es, así, una *acción con propia sustantividad* frente a la acción de anulación (art. 173 del Tratado de la CE). Así, ejemplarmente, el abogado general, señor Marco Darmonel —en el *Arrêt de la Cour* de 15 de diciembre de 1988 (35)—, afirma que «debe observarse que es evidente que la acción por inactividad del artículo 175 tiene un objeto específico, respecto del de la acción de anulación del artículo 173, la cual tiende a la anulación de un acto» (36).

(32) «Recueil...», págs. 1717 y ss. (1722 y 1723). Se estimó la existencia de «desviación de poder al haber perseguido la autoridad comunitaria un objetivo diferente del que condujo la adopción de este texto, o al menos una interpretación errónea de dicha disposición (...) desviación que resulta del incumplimiento manifiesto del fin esencial y del marco de aplicación de dicha disposición».

(33) Interesante es, así al respecto, el *Arrêt de la Cour* de 15 de diciembre de 1988, *Irish Cemet Limited contre Commission (Aide pour la construction d'une usine de ciment en Irlande du Nord)*, Affaires jointes 166 et 220/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, págs. 6473 y ss.

Sobre este recurso de inactividad a favor de terceros en el Derecho español puede verse mi libro *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1994, págs. 106 y ss.

(34) Puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, págs. 399 a 407 y págs. 187 a 194.

(35) Affaires jointes 166 et 220/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, pág. 6489 (*Irish Cemet Limited contre Commission, Aide pour la construction d'une usine de ciment en Irlande du Nord*).

(36) Insiste en este carácter autónomo de las distintas acciones procesales comunitarias ISSAC, *Droit...*, págs. 232 y 233.

Este carácter autónomo de la acción de inactividad se pone de manifiesto en los casos en que se trata, lisa y llanamente, de obligar a un sujeto a realizar una actuación (una determinada política comunitaria) frente a la cual se resiste el sujeto obligado (así, el *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985, política de transportes). Aquí el planteamiento anulatorio de un acto de denegación previo queda *fuera de escena*, pues ni se impugna un acto, ni es necesario el pronunciamiento anulatorio «implícito», ni se ejercita la pretensión prestacional por inactividad de «forma anexa» a la de anulación.

Un correcto entendimiento de la dualidad de acciones (de anulación y prestacional por inactividad) no debe plantear problemas al respecto de su aplicación. Cuando (como pone de manifiesto el *Arrêt de la Cour* de 6 de julio 1971, *Países Bajos contra Comisión*) exista una negativa por parte de la Comisión a actuar no se trata de anular esta decisión. El proceso judicial versa sobre si existe el derecho invocado (un *faire valoir le droit*, un *Geltendmachung einer Rechtsposition*).

La existencia de dos acciones autónomas tiene el *indudable valor de disponer de vías procesales adecuadas* para poder canalizar los intereses jurídicos respectivos. De lo contrario, disponer sólo de una vía (la de anulación) concede una garantía insuficiente e inadecuada, y puede dar lugar a que el fallo del Tribunal no se corresponda con el interés del sujeto (37). El Derecho procesal comunitario es, pues, ejemplo de esta pluralidad de acciones procesales. A efectos del Derecho español se desprende, así, una acción prestacional para canalizar los intereses jurídico-subjetivos consistentes en que la Administración actúe u omita una actuación.

Un sistema de acciones procesales evita el rudimento de tener que canalizar todos los intereses jurídicos mediante una única acción (a la cual se le añaden pretensiones tales como la del reconocimiento de una situación jurídica individualizada). Pero exige, al mismo tiempo, un esfuerzo de comprensión de las relaciones entre las acciones: el ejercicio de una acción no puede hacerse con el fin de eludir otra y, en este sentido, no puede plantearse una acción por inactividad con el fin de obtener la anulación de un acto, aprovechando que pasó el plazo para plantear la acción de anulación —*laisser écouler le délai utile pour poursuivre l'annulation* (38)—.

Así pues, el Derecho comunitario procesal distingue *dos vías procesales básicas* y autónomas: la acción de anulación (para pedir la anulación de un acto) y la acción de inactividad, para canalizar el interés jurídico en que las instancias comunitarias concedan una prestación (tras la inactividad). El acto, en la acción de inactividad, es lo que se pide. El objeto del proceso se centra en examinar si el sujeto interesado tiene derecho a la prestación (en su sentido de actuación u omisión) requerida. En este sentido, la difi-

(37) Puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1994, págs. 33 y ss.

(38) Conclusiones del abogado general en el *Arrêt de la Cour* de 6 julio 1971, *Países Bajos contra Comisión*, «Recueil...», pág. 658. Véase también, en este sentido, «Recueil...», 1962, págs. 155 y 156; «Recueil...», 1970, pág. 815 (asunto *Borromeo*), y «Recueil...», 1977, pág. 389.

cultad mayor se produce cuando el ejercicio de tal derecho invocado se enfrenta, no con una obligación de la instancia comunitaria, sino con una facultad para conceder o no la prestación requerida.

En caso de estimarse la acción, el contenido del acto se corresponde con el contenido del derecho subjetivo ejercitado, el cual a su vez se deriva de la norma comunitaria en cuestión (véanse los *Arrêts Amadeo Chevalley*, «Rec.», 1970, pág. 984, y *Deutscher Komponistenverband e.V. contre Commission*, «Rec.», 1971, pág. 715).

Interesante es la consideración de que la negativa (*refus*) del órgano obligado no es un acto atacable (impugnabile), de modo que lo que procede es la acción por inactividad y no la acción de anulación, ya que tal negativa no puede ser considerada, a lo sumo, más que una mera declaración «*il est impossible de considérer que des actes déclaratifs (Feststellungsakte) de ce genre soient susceptibles de être attaqués*» (39). Debe evitarse el argumento según el cual la acción de inactividad sería una acción de impugnación de la resolución denegatoria; con indudable acierto, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha profundizado en esta línea, del carácter autónomo de la acción de inactividad (40).

La diferenciación de dos acciones procesales no conlleva la sustantivación de dos procedimientos diferentes, tal como puede observarse. Las relaciones entre la acción por inactividad y la de anulación deben regirse por la *técnica de la necesidad de protección jurídica*. Según el *Arrêt de la Cour* de 9 de abril de 1987, *Assider et gouvernement italien contre Comisión* (41), si el sujeto que ejercita un recurso por inactividad se conforma con la declaración de ilegalidad de la inactividad por parte de las instancias comunitarias, aquél se habrá ejercitado con este fin, de modo que el Tribunal declarará simplemente la anulación de la resolución denegatoria implícita. Para estos casos, empero, debiera ejercitarse el recurso de anulación (contra la negativa a actuar), si el sujeto se conforma con tal declaración judicial. Un principio procesal general o básico, en un sistema plural de acciones procesales, es el de que cada acción se corresponderá con el grado de necesidad de protección jurídica, de tal manera que si basta con la acción de anulación (para satisfacer la pretensión del sujeto interesado) debe plantearse ésta, ya que, entonces, acudir a una acción por inactividad sería,

(39) Conclusiones del abogado general en el *Arrêt de la Cour* de 6 julio 1971, *Paises Bajos contra Comisión*, «Recueil...», pág. 658. Véase también así el *Arrêt 15-57* («Recueil...», V-1958-1959, pág. 17).

(40) Con ello no ha tomado el ejemplo del sistema procesal francés (véanse los *Arrêts* en los «Recueil...», 1969, pág. 463 —*Società Eridania y otros*—; 1980, pág. 1531; 1984, pág. 3574, y, sobre todo, 1979, pág. 320, donde queda constancia de la posición del abogado general reaccionando enérgicamente contra una posible confusión de ambas acciones —de anulación e inactividad—). Un perfecto entendimiento de la acción de inactividad es el que proporciona el Derecho alemán, al cual me remitiría (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, y para el encaje de tal solución en el Derecho administrativo procesal español, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994).

(41) *Affaire 167 et 212/85*, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, págs. 1675 y ss. (1728).

como dicen los alemanes, una «*übermäßige Inanspruchnahme des Gerichtsschutzes*», es decir, emplear un medio procesal previsto para conceder un grado especial de protección —la condena a actuar— para un caso en el cual el sujeto tiene un grado menor de necesidad jurídica, la simple anulación (42). De esta forma es como se articulan las relaciones entre distintos medios procesales, haciendo valer una necesidad jurídica adecuada en relación con el recurso que se invoca, necesidad jurídica que, para algunas acciones o recursos, debe ser especial (así para las medidas cautelares o las acciones preventivas): *no hace falta sustanciar distintos procedimientos pero sí hace falta hacer valer que se tiene una necesidad de protección jurídica adecuada* (o especial) con el medio procesal invocado (43).

Criterios de control de la discrecionalidad cuando el sujeto obligado tiene discrecionalidad para actuar

Existen algunos criterios de especial interés en relación con la *extensión del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa* en caso de inactividad ilegal por parte del Consejo o la Comisión.

Cuando el interesado plantea una acción por inactividad, si el sujeto obligado tiene discrecionalidad, esta circunstancia no exime al Tribunal de realizar un control jurídico. En caso de discrecionalidad, el Tribunal depurará sus vicios jurídicos. Interesante es estar, entonces, a los criterios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en orden a la extensión de su control sobre la discrecionalidad.

Según el *Arrêt de la Cour* de 9 de abril de 1987, *Assider et gouvernement italien contre Commission*, es ilegal el empleo de la discrecionalidad si «la decisión aparece, en base a indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que se ha adoptado para *alcanzar fines diferentes a los alegados*» (44). Es

(42) Por último, en relación con estas reflexiones que, procesalmente, se desprenden del Derecho comunitario, es interesante también la consideración de forma subsidiaria de la responsabilidad extracontractual comunitaria, una vez que primeramente el Tribunal se centra en dilucidar si procede la acción de anulación o la de inactividad (*Arrêt de la Cour* de 10 julio 1985, *Cooperativa muratori e cementisti contre Commission*). Véase el *Affaire* 118/83, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1985, pág. 2346. La responsabilidad no puede encubrir un enjuiciamiento de la legalidad de la propia medida afectada. Al respecto de estas cuestiones me remito a GARCÍA DE ENTERRÍA, en VARIOS AUTORES, *Tratado...*, págs. 671 y 689; S. MUÑOZ MACHADO, en la obra dirigida por J. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/LIÑÁN NOGUERAS y otros, *El Derecho...*, págs. 143 y ss.

(43) Este criterio puede llevar, así, a la inadmisibilidad de un recurso (una medida cautelar o una pretensión preventiva) si el sujeto no hace valer una necesidad de protección especial, de no poder resarcir su derecho acudiendo a los medios procesales ordinarios (acción de anulación o acción prestacional o por inactividad).

(44) *Affaire* 167 et 212/85, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, pág. 1722. Véase también el de 21 junio 1984, *Luxemburgo/Tribunal de Cuentas* («Recueil...», 1984, pág. 2447, § 30). También así las conclusiones del abogado general, señor Lagrange, en el asunto 3/54, *Assider/Alta Autoridad*, «Recueil...», 1954-1955, págs. 143 y 169; o las conclusiones de este mismo abogado general en el asunto 8/55, *Fédération charbonnière/Alta Autoridad*, «Recueil...», 1955-1956, págs. 231 y 254; también este mismo asunto, «Recueil...», pág. 291.

ilegal «el simple hecho de hacer uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el que fueron conferidos»; en este contexto se plantea el problema del empleo estrictamente erróneo (en sentido de negligente o involuntario) de la discrecionalidad. De la jurisprudencia citada se desprende que en principio «cualquier ignorancia por parte de una autoridad pública del alcance de sus poderes constituye necesariamente una infracción de la norma de Derecho». Sin embargo, cierto es que para que un error pueda ser considerado como un vicio (o empleo ilegal) en el ejercicio de la discrecionalidad, se ha exigido «una falta de previsión grave que equivalga a ignorancia del fin legal, fin diferente a aquel para el cual se ha atribuido el poder» («Rec.», 1956, pág. 309).

Todo este fenómeno puede ser calificado, en la denominación precisa alemana, como *Ermessensfehlgebrauch* —«desviación de poder» (45)—, que concurre cuando el órgano no utiliza la discrecionalidad de acuerdo con el fin habilitante por la norma (46). Para la constatación judicial de tal vicio o ilegalidad la cuestión es sencilla, pues se trata simplemente de «comparar el fin realmente perseguido con el fin legal» (*Arrêt* de 9 de abril de 1987).

También es ilegal si la institución «se niega a hacer uso de sus poderes, en incumplimiento pues del fin para el cual se le han conferido los poderes», de modo que «la autoridad pública no dispone entonces de un poder discrecional sino que está obligada a hacer uso del mismo» —*Arrêt* de la Cour de 9 de abril de 1987, *Assider et gouvernement italien contre Commission* (47)—.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea reconoce, así, el criterio denominado en el Derecho alemán (en el cual se encuentra una sistemática acabada de tales criterios de control de la discrecionalidad) como *Ermessensunterschreitung* u «omisión —ilegal— de una valoración discrecional» (o de una actuación alegando tener discrecionalidad para actuar). Esta forma o técnica de control de la discrecionalidad

Asimismo, ejemplar es la *Ordonnance de la Cour de 17 de marzo 1987, Ferriere San Carlo SpA contre Commission, Affaire 95/86*, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, pág. 1415: «dans le but autre que celui en vue duquel le pouvoir dont elle dispose lui avait été conféré».

(45) Por el término «desviación de poder» se traduce muchas veces todo tipo de técnicas de control de la discrecionalidad administrativa; principalmente, es la traducción errónea de *détournement de pouvoir* o de *Ermessensmissbrauch*, términos que pueden traducirse por ejercicio viciado, abusivo o arbitrario de la discrecionalidad. La desviación de poder es una subforma dentro de este último concepto general.

(46) Tiene lugar cuando la autoridad no ejerce la discrecionalidad en correspondencia con el fin para el que ésta se ha habilitado. Aquí son concebibles distintos vicios en el ejercicio de la discrecionalidad: la decisión basada en un falso supuesto de hecho o en consideraciones ajenas o inadecuadas con la cosa, o si la decisión no está suficientemente motivada (art. 39 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo; véase al respecto VGH Mannheim DÖV 1983, 383) o si no se observó el artículo 3 de la Ley Fundamental —principio de igualdad— (véase OVG Lüneburg OVG Bd. 33, 459). STÖBER, *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1992, pág. 226; también R. LOESER, *System...* (I), pág. 541, § 156.

(47) *Affaire 167 et 212/85*, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, pág. 1722; esto ocurría en el presente caso, ya que la Comisión se negó voluntariamente a hacer un uso de los poderes que le confería el artículo 15.B, atribuyendo a aquéllos una finalidad que era diferente a la que les es propia.

dad —reconocida en el Derecho comunitario— admite a su vez distintas subformas; en primer lugar, el caso en que se realice una *valoración* insuficiente de los distintos elementos de juicios presentes en el caso concreto (*Ermessensmangel*); se trata, así, de una deficiente valoración discrecional cuando tal apreciación discrecional debe hacerse. En segundo lugar, el caso —a que hace referencia el *Arrêt* comunitario citado— según el cual la potestad discrecional no se ejercitó teniendo que haberse hecho (48) (*Ermessensunterlassung* o *Ermessensnichtgebrauch*); el problema que se plantea aquí es que el sujeto presuntamente obligado se resiste a actuar alegando que tiene discrecionalidad para ello; esta actitud será ilegal si el sujeto está obligado a actuar, consecuencia que un Tribunal puede extraer si realiza una operación llamada «reducción de la discrecionalidad a una única solución jurídica», aspecto este último sobre el cual incidiremos *infra* de nuevo.

Por último, dentro de esta situación o criterio (de la «omisión —ilegal— de una valoración discrecional») encaja el fenómeno de la *Ermessensausfall*, que se produce cuando la Administración, si bien ha actuado, no ha considerado que tiene una potestad discrecional, de modo que no realiza ningún tipo de valoración, ejerciéndose aquélla como si se tratase de una potestad reglada (49).

Así pues, junto al caso de negativa ilegal a actuar (amparándose en una supuesta discrecionalidad para ello) se engloba dentro de esta situación el caso de que un órgano, o bien no se dio cuenta de que había que valorar entre diferentes opciones, o bien se creyó vinculado a decidir en un sentido y no lo estaba.

A efectos de extraer un deber jurídico a actuar, por parte del sujeto obligado, es de especial interés la técnica judicial consistente en la «reducción de la discrecionalidad a cero» (*Ermessensreduzierung auf Null*), operación judicial que es consecuencia del previo ejercicio de una pretensión procesal a una decisión libre de vicios en el ejercicio de la discrecionalidad (50); esta «operación» es, por otra parte, la que realiza el Tribunal de Justicia comunitario cuando identifica un «abuso en el ejercicio de la discrecionalidad», obligando al sujeto a actuar, por el hecho de no tener discrecionalidad para permanecer inactivo. Siguiendo la sistemática (más depurada) del Derecho alemán, pese a que los criterios que a continuación se presentan están también implícitos en el Derecho comunitario, pueden distinguirse dos casos a los efectos de practicar judicialmente tal «reducción de la discrecionalidad»:

En primer lugar, en presencia de un «peligro inminente» (*Schädlichkeitsgrenze* o *Dringlichkeitsgrenze*) o cuando la intervención administrativa sea «imprescindible» como auxilio a un sujeto o para la defensa de bienes

(48) Véase especialmente R. SCHWEICKHARDT, *Allgemeines...*, pág. 113, § 259; también así STÖBER, *Derecho...*, págs. 225 y 226.

(49) Sentencia del Tribunal Supremo alemán (contencioso-administrativo) 48, 81/84. Puede verse HUBER, *Allgemeines...*, pág. 99.

(50) Al respecto GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *Problemas procesales...*, págs. 106 y ss.

jurídicos esenciales —como la vida, la salud o la propiedad (51)—. Aplica esta doctrina al Derecho comunitario, resulta un deber de actuar, incluso cuando el órgano en cuestión tenga discrecionalidad, si existe una necesidad de que se cumpla un mínimo de regulación indispensable en una materia comunitaria (por tanto, mencionada en el art. 3 del Tratado CE), que esté ausente de regulación, siendo ésta «necesaria» —para la realización de un bien jurídico esencial comunitario como es la política social, al estar recogida ésta en el propio artículo 3 del Tratado de la CE (52)—.

En segundo lugar, la Administración (o la instancia comunitaria) resulta también obligada a intervenir si «no tiene razón alguna para no intervenir» (53): es la llamada *Ermessensschrumpfung kraft ungerechtfertigter Passivität*. Piénsese en su virtualidad en casos como el que nos ocupa de obligar al Consejo a desarrollar una política comunitaria, ya que el Consejo ha de justificar que su pasividad u omisión no está injustificada. Este criterio está reconocido implícitamente en el *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985; en esta resolución judicial se tuvo que comprobar si la actitud omisiva del Consejo se justificaba, después de que el Parlamento hiciera valer la necesidad de que *se dictase un mínimo de regulación*.

Estos criterios, reconocidos en la jurisprudencia comunitaria, tienen un amplio juego en el Derecho administrativo; así, por ejemplo, en materia de medio ambiente, sirven para lograr que un tercero pueda obligar a la Administración a actuar frente a otro sujeto que causa de forma indebida inmisiones jurídicas (así, ruidos o molestias provenientes de una actividad insalubre o nociva o peligrosa), siempre que la discrecionalidad administrativa para actuar pueda «reducirse» judicialmente (54).

(51) WILKE, *Der Anspruch...*, pág. 638. Puede considerarse, así, que los Tribunales entran incluso dentro del ámbito de discrecionalidad administrativa, la cual reducen (*Ermessensschrumpfung* o *Ermessensreduzierung*) y, a consecuencia de ello, ordenan a la Administración a que actúen, o que actúen en un sentido determinado. Esto ocurre, esencialmente, en presencia de un «peligro inminente» (*Schädlichkeitsgrenze* o *Dringlichkeitsgrenze*) o cuando la intervención administrativa sea «imprescindible» como auxilio a un sujeto o para la defensa de bienes jurídicos esenciales (como la vida, la salud o la propiedad).

Un bien jurídico tal es, a nuestros efectos, la regulación de una política comunitaria esencial.

(52) Sobre todas estas referencias y cuestiones resulta obligado consultar la doctrina de ERICHSEN y KNEMEYER, en «VVDStRL», 35 (1977), con el título, ambos, *Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive*, págs. 171 y ss.; igualmente, la jurisprudencia citada en MAURER, *Allgemeines...*, pág. 144, y también DIETLEIN, *Der Anspruch auf polizei- oder ordnungsbehördliches Einschreiten*, «DVBl», 1991, págs. 685 y ss.; la pretensión se basa, así, en el *drittschützender Charakter* de las normas o proyección de protección de la norma a favor de terceros; igualmente, DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, Köln (u.a.), 1986, pág. 402; o, más recientemente y con interesante bibliografía respecto a los sectores jurídicos donde puede operar tal pretensión, WURTENBERGER/HECKMANN/RIGGERT, *Polizei-recht in Baden-Württemberg*, Heidelberg, 1992, pág. 144; WILKE, «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten im Polizei-, Ordnungs- und Baurecht», *Festschrift für Scupin*, 1983, pág. 831. Igualmente un reciente e importante libro: P. PREU, *Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichen Drittschutzes*, Berlín, 1992. En Austria, igualmente, D. HATTENBERGER, *Der Umweltschutz als Staatsaufgabe*, Wien, 1993, pág. 64.

(53) GÖTZ, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 7 Auflage, 1982, pág. 74.

(54) Puede verse, sobre este particular, mi artículo en la *Revista «Autonomies»* (Re-

Entrando en otro criterio, es obviamente ilegal el fenómeno opuesto al anterior, o *Ermessensüberschreitung*, o «extralimitación de la discrecionalidad», el cual se presenta cuando, en el ejercicio discrecional, *se opta por una consecuencia jurídica que no está prevista por la Ley, o cuando se vulnera el principio de proporcionalidad* (por ejemplo, si el poder público puede fijar una suma entre 10 y 50 y concreta aquélla en 60).

En general debe hacerse hincapié en la *operación de reducción judicial (a un margen jurídico)* de la discrecionalidad inicial, operación a consecuencia de la cual resulte una condena a actuar (*Ermessensschrumpfung*). El control judicial llega al convencimiento de que el poder público no tiene realmente margen de apreciación alguno, en virtud de la concreta formulación de la norma y la presencia de una necesidad especial de protección jurídica. Asimismo, el respeto por el principio de igualdad puede llevar, así, a que la discrecionalidad aparente *se reduzca* (55), de modo que resulte entonces una obligación de actuar conforme a unos mismos criterios (respeto de los ya empleados en otra ocasión anterior). También se llega a este resultado por la aplicación de los criterios vistos de «omisión injustificada del deber de actuar» y «necesidad de desarrollar un mínimo de regulación» o actuar «en defensa de bienes jurídicos esenciales». Así, el *Arrêt de la Cour* de 22 marzo 1961 (56) gira en torno a la consideración de si se había vulnerado el principio de igualdad como causa de un *détournement de pouvoir*. Igualmente, el *Arrêt de la Cour* de 15 marzo 1984 (57) versa acerca de si los principios generales del Derecho, que invocaba la recurrente, servían para reducir o eliminar la discrecionalidad de la Comisión (de suministrar información acerca de los criterios de que se había servido para fijar determinados precios) de modo que resultara una obligación de entregar la información solicitada. El litigio se centra, así, en una acción por inactividad (con el fin de que se declarara por el Tribunal tal obligación), la cual no fue estimada por entender el Tribunal que, pese a la invocación de tales principios, en el presente caso no eran suficientes como base jurídica para extraer la obligación de la Comisión de poner a disposición tales informaciones.

En estos casos estamos ante un *détournement de pouvoir* o *Ermessensmissbrauch* (o empleo viciado o abusivo o arbitrario de la discrecionalidad) y el Tribunal puede declarar ilegal la inactividad del sujeto obligado, para reconocer así el derecho subjetivo invocado en la acción por inactividad (58). Estas expresiones hacen referencia al control sobre la discrecionalidad inicial, comprobando si ésta es ilegal o puede reducirse a un marco jurídico.

vista *Catalana de Derecho Público*), con el título «La tutela procesal del ambiente», núm. 18 (1994).

(55) Los derechos fundamentales tienen también un papel importante para la obtención de deberes jurídicos por parte del sujeto que tiene una potestad discrecional (puede verse GONZALEZ-VARAS, *Problemas...*, págs. 110 y ss y «La tutela...»).

(56) *Société nouvelle des usines de Pontieue contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Affaires jointes 42 et 49-59, 1961, pág. 147.

(57) *Tradax Graanhandel BV contre Commission des Communautés européennes*, Affaire 64/82 (*Prix caf céréales*), «Recueil...», pág. 1379.

(58) SCHWEITZER/HUMMER, *Europarecht...*, pág. 116.

Contamos con criterios técnicos que permiten comprobar hasta dónde es permisible el control judicial, pues la discrecionalidad debe ejercitarse conforme a Derecho (*die Ermessensbindungen*). Si tras aplicar estos criterios o vinculaciones jurídicas de la discrecionalidad, resulta un margen discrecional o resulta que aquellas instancias comunitarias han empleado correctamente la discrecionalidad, el Tribunal, una vez se ha planteado previamente un recurso por inactividad, no podrá, lógicamente, dictar una sentencia en la cual declare la «omisión contraria al Tratado» en los términos de los artículos 175 y 176 del Tratado de la CE.

La omisión ha de ser, así, ilegal, para que pueda estimarse la acción por inactividad (art. 175 del Tratado de la CE). Cuando exista discrecionalidad, igualmente, ha de haberse ejercitado de forma ilegal, para que el Tribunal pueda estimar la acción y declarar la omisión contraria a Derecho —al bloque del Derecho comunitario (59)—.

Efectos y naturaleza de la sentencia estimatoria de un recurso por inactividad

Respecto de los efectos de la sentencia, tal como dice el *Arrêt de la Cour* de 12 julio de 1988, *Comission contre Conseil (Procédure budgétaire)* (60), «la institución demandada estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia sin perjuicio de las acciones de responsabilidad extracontractual que pueden derivarse de dicha declaración».

La naturaleza jurídica de la sentencia no es declarativa, de la ilegalidad de la omisión del sujeto obligado a actuar, en tanto que, según el artículo 176, el sujeto obligado «lo está para adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia». De este modo, es una sentencia prestacional, o sentencia que conlleva la realización por parte del sujeto obligado de una actuación en la forma que establezca la sentencia.

Inciso acerca de ciertas conclusiones o enseñanzas que se derivan del Derecho procesal comunitario para el Derecho procesal administrativo español

El Derecho comunitario confirma, en lo procesal, un modelo contencioso-administrativo basado en dos ideas esenciales: por una parte, en la adecuación del sistema de pretensiones procesales con los intereses jurídico-subjetivos de los recurrentes; esta idea conlleva, a efectos del Derecho español, la ampliación del marco de las pretensiones procesales y de los

(59) Así, no sólo del Tratado sino también del Derecho derivado, o de los principios generales del Derecho, tal como se desprende con toda claridad de la jurisprudencia que hemos seleccionado. En la acción por inactividad la abstención tendría que ser respecto de la adopción de un acto distinto de una recomendación o de un dictamen (art. 175 del Tratado de la CE).

(60) *Affaire 383/87*, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, pág. 4051.

poderes del juez administrativo, quien debe, así, contar con todas y cada una de las técnicas o poderes procesales: de anulación, de condena, de ordenar medidas cautelares positivas, de facultades de Justicia preventiva

Por otra parte, lleva a la necesidad de realizar, en relación con la pretensión que el sujeto haya planteado, un completo control de la discrecionalidad administrativa; a su vez, por un lado, tal control debe tener una medida jurídica; por otro lado, y por contrapartida, el Tribunal debe realizar un control judicial «hasta donde sea posible jurídicamente». El tema del control de la discrecionalidad administrativa se revela como una cuestión eminentemente técnica, teniendo el Tribunal que basarse en los distintos criterios al uso para comprobar si la discrecionalidad se atiene a límites jurídicos (*Ermessensbindungen*) o si, por el contrario, se ha empleado de forma incorrecta o viciada, es decir, ilegal. En este sentido, es como cobra interés especial la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia comunitario, la cual ilustra acerca de los criterios de control de la discrecionalidad administrativa de los que un Tribunal contencioso-administrativo puede servirse para llevar a cabo su labor de control de la actuación administrativa discrecional.

Confirma, igualmente, enlazando con la idea inicial de este epígrafe (de reforzar los poderes del juez administrativo en España), que debe reconocerse *con propia sustantividad una acción procesal específica para todos aquellos casos en que lo que interesa es la obtención de una prestación (una actuación u omisión por parte del sujeto obligado)*. Esta consecuencia no se deriva sólo del Derecho comparado (61), sino también del Derecho comunitario, el cual supera la confusión de acciones y el planteamiento procesal por referencia a la anulación. La acción por inactividad no se dirige a la anulación de la resolución denegatoria de la concesión de la prestación, pues, más bien, sirve de cauce procesal para el ejercicio de un derecho subjetivo prestacional, en el sentido que ya nos consta. El sistema procesal comunitario confirma esencialmente un modelo procesal de pluralidad y autonomía de acciones, ya que éste es el modo de ajustar el sistema de pretensiones procesales administrativas a los distintos intereses jurídico-subjetivos de los ciudadanos, y de que los fallos judiciales se correspondan plenamente con tales pretensiones —concepción *subjetiva del contencioso-administrativo* (62), la cual se refuerza a la luz del Derecho comunitario—. Las relaciones entre las acciones se rigen por la técnica de la «*necesidad de protección jurídica*», tal como ya hemos hecho referencia. Al respecto de *la sentencia*, la acción de inactividad conduce a una sentencia de condena o prestacional.

También, en este contexto, ha de hacerse una referencia a la necesidad de corregir el sistema de *medidas cautelares*; precisamente, el Derecho comunitario sirve para afianzar la tendencia de afirmar medidas cautelares positivas (63).

(61) Véase mi libro *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania...*

(62) Puede verse mi libro *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa...*

(63) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992, o

La presencia de un *abogado general* en los procesos comunitarios supone un motivo de reflexión acerca de la necesidad de que una instancia tutelara en los procesos el interés público, pues la ecuación Administración-representación del interés público no es tan perfecta como uno pudiera en principio suponer. Esta figura confirma la existencia de esta institución en los procesos frente a la Administración, propios de ciertos países europeos (que yo conozca, especialmente el alemán, con el *Oberbundesanwalt* o el *Vertreter des öffentlichen Interesse*, o el *Hoge Raad* holandés y el Comisario del Gobierno en el Consejo de Estado francés).

SEGUNDA PARTE: APLICACIÓN DE LA DOCTRINA ANTERIOR AL CASO DE LA POSIBLE
ORDEN JUDICIAL FRENTE AL CONSEJO PARA QUE ÉSTE REALICE LA POLÍTICA SOCIAL
COMUNITARIA

Premisas para la solución del caso planteado: una base jurídica para plantear la acción por inactividad del Parlamento frente al Consejo

El primer paso, a nuestro juicio, para estudiar si el Parlamento puede interponer una acción por inactividad frente al Consejo en el concreto caso que nos ocupa, es el de *comprobar si existe una base jurídica* para plantear por parte de aquél una acción del artículo 175 del Tratado CE. Se trata de averiguar, en definitiva, si existe un derecho subjetivo prestacional, o derecho subjetivo por el cual el Parlamento pueda obtener del Tribunal de Justicia un pronunciamiento que conllevara la realización por el Consejo de la política social.

Al respecto contamos con ciertos preceptos jurídicos, principalmente tras el Acta Unica Europea y el Tratado de Maastricht. El *Acta Unica Europea* (arts. 21, 22 y 23) añadió los artículos 118.A y 118.B, y 130.A y 130.B, los cuales otorgan un poder de dictar directivas al Consejo, y confían en la Comisión para que realice un «diálogo entre las partes a nivel europeo», abriéndose el camino para la realización de convenios colectivos a nivel europeo. El 130 se refiere a la cohesión económica y social.

Por su parte, el *Tratado de la Unión Europea* apuesta (principalmente en su Protocolo anexo, sobre política social, que se incorpora también como Anexo al Tratado Constitutivo) por el paso de una política social de ámbito interestatal a un plano ya comunitario. Este Protocolo prosigue —como él mismo dice— la «vía trazada por la Carta Social de 1989» y avanza también por el camino del Acta Unica Europea, por lo que respecta a los poderes legislativos del Consejo en materia de política social. Pero el

mi recensión a este libro, *Der Kampf um ein vorläufiges Rechtsschutzsystem, Recht der Europäischen Gemeinschaft und spanisches Verwaltungsprozessrecht*, en la revista alemana «*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*», 1993, Heft 10, págs. 971 y ss.; igualmente, PASTOR BORGONÓN/VAN DE GINDERACHTER, *El procedimiento...*; véanse, igualmente, las sentencias estudiadas por RODRÍGUEZ IGLESIAS, en la obra dirigida por él mismo y LIÑÁN NOGUERAS y otros, *El Derecho...*, pág. 643 (para las medidas cautelares de aseguramiento de una acción por inactividad).

momento actual se caracteriza ante todo por las *declaraciones y programas de acción sobre política social* (64), de lo cual es muestra ejemplar la importante Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (aprobada durante el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989), la cual es un mero documento político pero sin validez jurídica (65), sin perjuicio de que tenga una importancia indudable en el proceso de consagración de derechos subjetivos a nivel comunitario a favor de los trabajadores y no sea desdeñable su alcance jurídico como medio de interpretación del ordenamiento comunitario, principalmente cuando tenga que aplicarse por el Tribunal de Justicia de la CE. En este contexto, de las declaraciones, se enmarca también la Comunicación sobre su programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores y otros documentos similares (66).

¿Base jurídica suficiente para poder regular la política social?

De la voluntad política depende hoy, a mi juicio, principalmente, el futuro de la política social, a los efectos de que ésta se realice. Desde el punto de vista jurídico, existe una base jurídica clara para poder conducir o articular tal voluntad política de desarrollo o realización de la política social; esto principalmente desde el momento en que el Acta Unica Europea y el Protocolo de Maastricht han logrado por vez primera dar una base jurídica para poder regular la política social. Más allá, jurídicamente estos instrumentos *invocan* a una acción legislativa por parte de las instancias comunitarias. En particular, debe pensarse en los artículos 3 (objetivo de la CE), 48 a 51 (libre circulación de trabajadores), 117 y siguientes —armonización de los sistemas sociales nacionales, especialmente el 118.A (67)—, sin olvidar la vía de armonización general que abre el artículo 100. También la ya mencionada Carta comunitaria de los derechos fundamentales sociales de los trabajadores, en el sentido de que puede servir también de instrumento interpretativo ineludible, por cualquier aplicador jurídico (68).

(64) Así, destacables son la Cumbre de París de 1972, la adopción por el Consejo de un primer plan de acción social (1974), el Consejo de Hannover (1988), el «Programa de Acción Social» de la Comisión (1989). Esta viene insistiendo en la política social (*La política social de la Comunidad Europea*, Bruselas, 1978). La Confederación Europea de Sindicatos y el Presidente de la Comunidad han realizado también importantes manifestaciones en la línea de arraigar la política social comunitaria (DELORS, *Pour une nouvelle politique sociale en Europe*, FEC, París, 1984, pág. XI). En la actualidad se avanza esencialmente mediante este tipo de declaraciones o programas para ir realizando así los objetivos de la política social (para la promoción de la mujer, la protección de los minusválidos y los parados...).

(65) Véase el artículo 12 *in fine* de la Carta.

(66) Véanse en «Documentación Laboral», núm. 30 (1990) y núm. 31 (1990).

(67) Ténganse en cuenta también los artículos 123 a 128 sobre el Fondo Social Europeo.

(68) El contenido de la Carta es, esencialmente, el de una proclama de derechos de los trabajadores, derechos de carácter prestacional. La Carta se sitúa en el proceso de for-

Principalmente, al respecto de tal base jurídica, deben considerarse tres fuentes, a mi entender: el artículo 118.A, que abre una vía para que se legisle comunitariamente la salud y seguridad de los trabajadores (lo cual permite, por otra parte, una interpretación dinámica). Esta vía, que se introduce tras el Acta de la Unión Europea, supone así un *iter* específico para legislar en política social, que suplante la vía inadecuada y forzosa del artículo 100 también del Tratado de la CE, la cual está prevista para la armonización en general de las políticas comunitarias en los Estados miembros (69). En segundo lugar, el Protocolo y Acuerdo anexos al Tratado de Maastricht, como vehículos, igualmente, de armonización de legislaciones, específicamente para el ámbito social, pero con una vinculación sólo para once Estados miembros. Por último, la protección de la libertad comunitaria de circulación de trabajadores puede seguir siendo un medio de avanzar en la legislación social comunitaria.

Sobre estas vías incidiremos de nuevo. Inicialmente interesa no perder de vista que *la Comunidad Europea se enfocó desde sus inicios como un gran mercado, quedando deficitario por lo que respecta a la política social,*

mación histórica de un catálogo de derechos fundamentales a nivel comunitario, y, más concretamente, de derechos fundamentales prestacionales. Véase SIEVEKING, en R. WILDENMANN y otros, *Staatswerdung...*, pág. 312; MONEREO PÉREZ, *Carta...*, págs. 871 a 873, 882 a 886, 75 y ss.; igualmente, VALDÉS DAL-RE, en VARIOS AUTORES, *El espacio...*, págs. 17 y ss.; LÓPEZ GARRIDO, *Libertades...*; también, sobre los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, mi artículo *El ordenamiento jurídico...*, pág. 4948.

(69) El artículo 100 trata de la aproximación de legislaciones. Por lo que respecta a la política social, en principio se exige unanimidad (por parte del Consejo) para la aprobación de cualquier norma que afecte a los derechos e intereses de los trabajadores asalariados o por cuenta ajena (art. 100.A.2); sin embargo, el 100.A.3 no la exige para los temas de salud y seguridad social de los trabajadores (bastando la mayoría cualificada); por otra parte, la doctrina realiza interesantes procesos de interpretación conjunta del Tratado que llevan a relativizar la regla de unanimidad en todo caso (del art. 100.A.2, por tanto); véase, por todos, T. PÉREZ DEL RÍO, *La dimensión social...*, pág. 400, y F. DURÁN LÓPEZ, *La armonización...*, pág. 83. Sobre el juego que ha dado el artículo 100 para dictar normas por parte del Consejo, puede verse J. C. SÉCHÉ, *L'Europe...*, pág. 516; igualmente, K. BANKS, *L'article 118.A...*, págs. 537 y ss.; indudablemente, toda esta interpretación es importante, ya que uno de los problemas del «bloqueo» de la política social comunitaria está en la exigencia de unanimidad. Una interpretación amplia del objeto del artículo 118.A (salud y seguridad de los trabajadores) serviría, así, para lograr una legislación europea de la política social (si consideramos, dentro de su ámbito, la salud, el medio de trabajo, para abarcar con ello todas las condiciones y cuestiones relacionadas con el trabajo); en este sentido, véase especialmente K. BANKS, *L'article 118.A...*, pág. 542, quien habla así de «*interprétation dynamique*» del artículo 118.A. Cierto es que la regulación del Consejo, en virtud de este artículo 118.A, no va más allá de los «mínimos de regulación» al respecto de estas materias; pero, a mi entender, tales «mínimos» dependen de la valoración social de un momento dado (acerca de qué se considera como «mínimo»), lo que significa, con otras palabras, que puede regularse progresivamente, engrosando el valor de tales «mínimos». El artículo 118.A, introducido por el Acta Única Europea, ha conseguido dotar una base jurídica, para una acción legislativa en el ámbito social, la cual reemplaza la vía anterior, pues, del artículo 100, al menos por lo que respecta a la salud y seguridad de los trabajadores. De hecho, ya contamos con numerosas directivas dictadas en aplicación de este artículo 118.A.

Pero en la actualidad debe considerarse ante todo el Protocolo del Tratado de Maastricht, que distingue entre unos ámbitos que pueden regularse por mayoría y otros por unanimidad. *Infra* incidimos de nuevo sobre esta cuestión.

vertiente que no ha de considerarse sino paralela al mercado industrial (los efectos sociales y humanos de la realización del mercado, sobre los trabajadores comunitarios). La política social ha estado subordinada al fin económico principal (70). Si, tal como se pregunta hoy el Parlamento, puede o no hablarse de un mercado común con o sin política social es una cuestión cuya respuesta depende de la valoración de los logros realizados y de los fines que nos proponemos. En principio, hasta el momento sí ha podido considerarse el mercado común sin una correspondiente política social, pero la valoración social existente hoy identifica la Unión Europea con la existencia de una política social a nivel comunitario. La evolución natural del mercado común conduce a la consideración de la política social, pues es un aspecto intrínseco de todo mercado el de la consideración de sus repercusiones sociales (71). Seguramente el reto de la política social sea el reto de la Unión política europea y su éxito esté en función del éxito de ésta (72). No en vano, la resistencia principal a la armonización (o europeización) de la política social esté en diferencias políticas (y no tanto jurídicas) de base respecto a las relaciones entre el Estado y los trabajadores (73).

Pero, tras el Acta Unica Europea y el Tratado de Maastricht, podemos concluir que hoy existe una *base jurídica* clara para realizar la política social comunitaria, lo cual no es poco.

Esta base jurídica ha de posibilitar y conseguir la realización de medidas concretas que se echan hoy en falta, dictándose la regulación necesaria para integrar la regulación respecto de aspectos tales como la participación de los trabajadores en las empresas, la convalidación de títulos académicos y programas de intercambio universitario, medidas de lucha contra el paro, etc. (74). Todo ello con el fin de lograr el espacio social europeo, o, en una expresión algo más ambiciosa aún, la comunidad de destino social.

Incidencia sobre un problema especial: base jurídica, ¿para once o para doce Estados miembros?

Hemos puesto de manifiesto que principalmente es con el Acta Unica Europea cuando surge una base jurídica para la realización de la política social.

Tras el Tratado de Maastricht (y su Protocolo y Acuerdo de política social) se refuerzan estas posibilidades.

(70) Así, G. MOLINER TAMBORERO, *La libertad...*, pág. 28, para quien, aun después de Maastricht, la política social tiene el mismo carácter secundario; G. F. MANCINI, *Derecho...*, págs. 174 y ss.; J. C. SÉCHÉ, *L'Europe...*, pág. 510.

(71) Véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Europa social...*, págs. 38 y ss.

(72) R. PITSCHAS, *Die soziale...*, pág. 277; B. HENNINGSEN, *Europäisierung...*, págs. 55 y 71.

(73) Así, HEPPLÉ (en WEISS/HEPPLÉ/LYON-CAEN, *La armonización...*, págs. 213 y ss.) pone de manifiesto este hecho en relación con el Reino Unido, respecto a las concepciones políticas de los demás Estados miembros.

(74) En este sentido, FRAGA Iribarne, *La dimensión...*; POCAR, *Derecho...*, pág. 236; véase también LAURENT, *La armonización...*; MILLÁN VILLANUEVA, *Los marcos jurídicos...*

Ocurre que, pudiéndose ya hoy adoptar tales medidas legislativas, el Protocolo y Acuerdo anexos al Tratado de la Unión Europea vinculan a once de los doce Estados comunitarios (siendo el Reino Unido el Estado-excepción).

De este modo, igualmente, si logramos deducir un deber jurídico de actuación por parte del Consejo respecto de la política social (véase *infra*) las normas entonces dictadas afectarían a once o a los doce Estados según que tal deber se dedujera del Tratado de Maastricht (y su Protocolo) o del Tratado Constitutivo antes de la reforma que introduce aquél —es decir, los arts. 48 a 51, 100 y 117 a 123, principalmente el art. 118.A (75)—.

Valoración de la armonización y el respeto de las libertades comunitarias como dos vías aptas para realizar la política social, en relación con la Europa a ritmo de once o doce Estados

En principio, dos vías jurídicas se revelan como aptas para la realización de la política social. La de la adopción de *directivas de armonización* de las diversas legislaciones nacionales en materia social (arts. 117 y ss.), la cual se refuerza tras el Protocolo y Acuerdo anexos al Tratado de Maastricht. En segundo lugar, la de la *libertad de circulación de trabajadores* (arts. 48 y ss.).

De hecho, esta libertad ha sido un vehículo para el desarrollo de la política social. Como destaca la doctrina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad aprovecha, igualmente, el principio de igualdad entre hombres y mujeres (del art. 119 del Tratado) para extraer consecuencias más allá de este hecho, extendiéndose en su jurisprudencia a cuestiones de índole social en general (76). Seguramente ha sido por esta vía como principalmente se ha desarrollado de forma jurídica el planteamiento social comunitario.

Sin embargo, se hace necesaria una armonización sobre determinados aspectos sociales: así, de las condiciones de trabajo, los contratos de trabajo (principalmente en la contratación de extranjeros), la participación de los trabajadores en la empresa (77).

La vía de profundizar en el principio comunitario de libertad de prestación de servicios es en todo caso ideal porque vincula a todos los Estados miembros. Sin embargo, es lógicamente limitada para llevar a cabo toda una política social. Las posibilidades de armonización, vía directivas del Consejo, han sido reforzadas por el Protocolo anexo al Tratado de Maastricht, pero aquéllas sólo afectan a los once Estados miembros. Parecen, así, haberse implantado dos ritmos, el de «once Estados» y el de «doce Estados».

(75) El problema es grave desde el momento en que el Acuerdo flexibiliza las reglas de adopción de acuerdos en política social (respecto a los criterios anteriores). Véase, en concreto, GALIANA MORENO, *El lento camino...*, pág. 196.

(76) F. DURÁN LÓPEZ, *La armonización...*, y del mismo autor, *Libertad... y La igualdad de trato...*, págs. 93 y ss.; también E. TRAVERSA, *Jurisprudence...*, pág. 425.

(77) Véase WEISS/HEPPLE/LYON-CAEN/DURÁN, *La armonización...*, págs. 204 y ss.

Resulta, efectivamente, que el Protocolo anexo al Tratado de Maastricht sienta como regla general (pero para los once Estados firmantes) la de mayoría (para la salud, seguridad y entorno de trabajo, información y consulta de los trabajadores, igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres e integración de las personas excluidas del mercado laboral). Establece, en cambio, la unanimidad para la seguridad social, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, representación de los trabajadores, condiciones de empleo de los extranjeros, contribuciones financieras.

Sin embargo, la nueva situación jurídica es paradójica. Puede que las materias enumeradas puedan ser reguladas, asimismo, por el Consejo, en virtud del Tratado de la CEE, y por tanto vinculando a los doce. Así ocurre con «la salud y la seguridad», que son también el ámbito objetivo del artículo 118.A del Tratado (tras el Acta Unica Europea). De este modo, resulta que el Consejo puede, igualmente por mayoría, dictar directivas que vinculan a los once o a los doce.

No obstante, al no existir mención en el Tratado a la «información y consulta de los trabajadores, igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres e integración de las personas excluidas del mercado laboral», estas materias correrán por el camino de la Europa de los once.

Para poder lograr que las medidas de los once (del Acuerdo) pudieran afectar a los doce, siempre quedaría abierta la vía de intentar subsumirlas dentro de las cláusulas generales de los artículos 100 y 235 del Tratado (78), pero debe considerarse que esta posibilidad (que lleva a que el Consejo pueda regular materias en general y por tanto las de política social) exige «una incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común» (art. 100) o «necesidad para la realización de uno de los objetivos de la Comunidad» (art. 235) (79).

Tras dejar sentada la posibilidad de dos vías diferentes («a once o a doce») para desarrollar la política social, la verdad es que el estado actual de la cuestión no permite aventurar cuál va a ser el futuro de la acción comunitaria. Es grande la complejidad, como puede advertirse, y esperemos que la actitud del Reino Unido no sea una forma encubierta de practicar un *dumping* (desde dentro de la Comunidad) para perjudicar las acciones de ésta. Cuando exista posibilidad de legislar «a doce» o «a once», es decir, mientras sea posible acudir al Tratado de la CE, como base jurídica para

(78) Al respecto de estas técnicas de armonización puede verse, en general, BOUZA VIDAL, en VARIOS AUTORES, *Tratado...*, págs. 551 y ss.

(79) Por último, una lectura de la Carta comunitaria de derechos sociales de los trabajadores y del Acuerdo pone de manifiesto que los derechos de huelga, asociación y *lock-out* han quedado fuera de mención en el Acuerdo. El de remuneración es dudoso que se entienda incluido dentro de la materia «condiciones de trabajo». En fin, en relación con las conexiones entre el Acuerdo (para los once) y el Tratado de la CEE (para los doce), el artículo 6 de aquél sustituiría al 119 de éste (igualdad de remuneración entre el hombre y la mujer).

dictar las normas comunitarias, debe hacerse, pues ésta es la manera de lograr una mayor cohesión social comunitaria, como es evidente.

¿De la base jurídica como atribución para realizar la política social a una base jurídica para obligar a realizar la política social?

Corresponde, pues, comprobar si la base jurídica existente permite, además, extraer un derecho subjetivo por parte del Parlamento Europeo a que el Consejo realice la política social.

Evidentemente, de la lectura de los artículos que integran aquélla (a los que ya nos hemos referido) no se deduce ningún derecho subjetivo a una actuación tal por parte del Consejo. No encontramos norma alguna que reconozca un derecho subjetivo de un determinado agente para que se realice tal política. Se hubiera tratado de un derecho subjetivo de naturaleza prestacional —*Leistungsanspruch*— (el cual se contraponen a los derechos subjetivos reaccionales —*Abwehrrechte*—). En este sentido un *Arrêt* del Tribunal, de 29 de septiembre de 1987, mantuvo el carácter esencialmente programático de los preceptos de carácter social del Tratado (art. 118), si bien en la redacción previa al Acta Unica Europea.

Ha de partirse de que la facultad de realización de la política social está a discrecionalidad del Consejo. De ahí que surja entonces la necesidad de comprobar, entonces, si ha existido un empleo ilegal, viciado o abusivo del ejercicio de la discrecionalidad (o *détournement de pouvoir* o *Ermessensmissbrauch*). Si existe, el Tribunal decretará la ilegalidad de la omisión (art. 175) y el Consejo deberá resolver en la medida que establezca el Tribunal (art. 176 también del Tratado de la CE). En este caso, se ha ejercitado un derecho subjetivo a una decisión libre de vicios en el ejercicio de la discrecionalidad (*Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*) por parte del Consejo (sujeto obligado), el cual no puede confundirse, evidentemente, con un derecho subjetivo a una prestación concreta.

Planteado así el tema, corresponde hacer una valoración personal de las perspectivas de éxito de la acción por inactividad frente al Consejo para obligar a éste a realizar la política social en la medida de la pretensión del Parlamento.

El primer paso ha de ser constatar que el artículo 3 (tras el Tratado de Maastricht) menciona la política social como «objetivo o fin de la Comunidad», constatación importante para poder extraer más conclusiones (a modo del *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 —véase *supra*—).

En segundo lugar, contamos con los artículos 48 y siguientes, respecto a la libertad de circulación de los trabajadores. El artículo 49 dice que «el Consejo adoptará, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores». A mi juicio, existe un deber, en este concreto punto, por parte del Consejo, de tomar todas las medidas normativas para evitar una traba o perjuicio (etc.) a esta libertad comunitaria, de modo que una omisión

por parte del Consejo que no logre evitar tal perjuicio sería ilegal, y, por tanto, condenable por el Tribunal (en virtud del art. 175). Esta es una vía clara para que el Tribunal estime la acción por inactividad y tiene la virtualidad de que vincula a los doce Estados, pese a que tiene las limitaciones lógicas impuestas por su propio ámbito objetivo. El *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985 (política de transportes) supone en este extremo un modelo para la acción por inactividad en política social.

El artículo 118.A (introducido por el Acta Unica y por tanto vinculante también a los doce Estados miembros) establece que «el Consejo *adoptará* las disposiciones mínimas» (respecto a la seguridad y salud de los trabajadores). De acuerdo con el criterio (estudiado *supra*) de la «omisión —ilegal— de una actuación alegando tener discrecionalidad para ello» (*Ermessensunterschreitung*), la actitud del Consejo supondría un abuso de la discrecionalidad que en principio tiene el sujeto para no actuar, cuando concurra alguno de estos dos hechos:

- «No tener razón alguna para no intervenir».
- «Necesidad de que se cumpla un mínimo de regulación indispensable en una materia comunitaria» (a modo de la obligación de intervenir por parte del poder público, para cubrir necesidades básicas o indispensables, que se prevé en la jurisprudencia de los Estados miembros).

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede desprenderse un principio general (como criterio de limitación de la discrecionalidad inicial, en relación con las acciones prestacionales tales como la acción de inactividad) según el cual se incurre en abuso de discrecionalidad (*Ermessensmissbrauch*) si el sujeto permanece inactivo sin actuar en defensa de bienes jurídicos esenciales, siendo tal la regulación de un mínimo comunitario respecto de la política social. No puede permanecer inactivo, alegándose tener discrecionalidad para actuar, si con ello se pone en peligro tal bien esencial o no existe justificación para no intervenir. De este modo, el Tribunal puede decretar la orden de actuación (siguiendo el ejemplo de su anterior jurisprudencia y concretamente el *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985).

Deben considerarse, en tercer lugar, las vías de armonización, en general, que otorgan los artículos 100 y 235 del Tratado, en presencia de sus presupuestos habilitantes (que hemos mencionado *supra*), vía ésta que, empero, no muestra la potencialidad necesaria que precisa la política social, pese a que logra vincular a los doce Estados miembros. Debe hacerse el esfuerzo de buscar una base más adecuada con la política social.

De especial importancia es el Protocolo y Acuerdo que se anexan al Tratado de Maastricht, a la hora de extraer una obligación de actuar por parte del Consejo. Es una declaración jurídica nueva, con un claro compromiso por parte del Consejo de desarrollar la política social.

El artículo 2.2 es nuestro precepto. Aquí se establece que «el Consejo *podrá adoptar*, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente». Poco más abajo (en el último párrafo del

art. 2.2 y en el 2.3) se afirma que «el Consejo *decidirá (...)*», lo cual si bien hace referencia a la toma de decisiones —por mayoría o por unanimidad (80)— supone objetivamente un grado, en general, de vinculación mayor del Consejo a la actuación o realización de la política social.

Aquí puede reproducirse el planteamiento hecho anteriormente respecto del artículo 118.A, de modo que la discrecionalidad inicial puede reducirse, y obligarse por tanto a la realización normativa de las disposiciones mínimas, en base a los criterios de reducción de discrecionalidad (en caso de inactividad del sujeto) consistentes en «*no tener razón alguna para no intervenir*» y «*necesidad de que se cumpla un mínimo de regulación indispensable en una materia comunitaria*».

Lo que ocurre es que el ámbito de regulación del artículo 2 del Acuerdo sobre la política social amplía (en la tendencia del logro de una comunidad de destino en lo social) las materias susceptibles de ser reguladas por el Consejo —en relación con el Acta Unica Europea (81)—. De ahí su interés, precisamente. Pero, por contrapartida, esta normativa, que se dictara en virtud de la condena judicial (una vez declarada ilegal la omisión del Consejo de realizar la política social), vincularía a once de los doce Estados miembros. De ahí la necesidad de procurar la aplicación del artículo 118.A, si se presenta una concurrencia de ámbitos de regulación (del art. 118.A del Tratado y el 2 del Protocolo), lo cual ocurre en concreto en la salud y seguridad de los trabajadores, así como en cualquier materia que potencialmente pueda ser entendida como comprendida dentro de su ámbito objetivo, interpretando amplia o dinámicamente ambos sectores. Lo mismo cabe decir de los artículos 48 y siguientes: ha de darse una aplicación amplia a su objeto, ya que esta vía permite una vinculación a los doce Estados, y por supuesto, el deber del Consejo es, jurídicamente, mayor y más nítido en este extremo de las libertades comunitarias.

En cualquier caso, la posibilidad de extraer un deber del Consejo radica en aplicar el criterio de la omisión ilegal del ejercicio de una potestad discrecional («*Ermessensunterschreitung*» «*Ermessensschumpfung kraft ungerechtfertigter Passivität*»). La ilegalidad resultaría de la necesidad de que a nivel comunitario exista un mínimo de regulación sobre la política social (al ser un bien jurídico esencial). A modo del *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985, la sentencia podría ceñirse a declarar la ilegalidad de la inactividad del Consejo, sin establecer el plazo dentro del cual el Consejo debe dictar las disposiciones normativas.

(80) En concreto, mayoría para los ámbitos de la salud, seguridad y entorno de trabajo, información y consulta de los trabajadores, igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres e integración de las personas excluidas del mercado laboral. Unanimidad para la seguridad social, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, representación de los trabajadores, condiciones de empleo de los extranjeros, contribuciones financieras.

(81) Tales materias están enumeradas en la nota anterior (núm. 80).

Análisis de posibles excepciones por parte del sujeto obligado

La acción de inactividad por parte del Parlamento supondría, en fin, una muestra más, de esta institución, de su vocación en pro de la realización de la política social comunitaria, después de que haya venido insistiendo en la necesidad de realizar ésta a nivel comunitario, y, concretamente, instando al Consejo a que adopte decisiones sobre política social (82).

Resulta también conveniente hacer un inciso acerca de las posibles excepciones que pudieran argüirse en contra de las pretensiones del Parlamento. Así, la dificultad en la realización de la política social o la existencia ya de gestiones que el Consejo viene realizando en política social. No debe desconocerse que existen testimonios de una vocación, por parte del Consejo, de realizar la promoción del Derecho social (83). En relación con la causa de «dificultad», según el *Arrêt de la Cour* de 12 julio 1988 (84), ésta ha de entenderse como «imposibilidad absoluta».

La excepción parece especialmente fundada en relación con la directiva referente a los derechos colectivos de participación y representación de los trabajadores en las empresas. Efectivamente, en este ámbito existen dificultades especiales en razón a la diversidad de legislaciones entre los Estados miembros (85); ya la propia elaboración a nivel comunitario de esta directiva es un reflejo de los problemas existentes (86). En la actualidad

(82) Importantes en este sentido fueron sus resoluciones de 27 de octubre de 1988 (sobre la función de los interlocutores sociales en la Comunidad Europea), de 15 de marzo de 1989 (sobre la dimensión social del mercado), de 14 de septiembre de 1989 y de 22 de noviembre del mismo año; también la resolución sobre las iniciativas legislativas prioritarias en materia social del Programa de Acción Social de la Comisión de 1990 (denominado Informe Chanterre, de 14 de febrero de 1990); véanse asimismo las resoluciones de 12 de septiembre de 1991, 7 de abril de 1992 y 9 de julio de este mismo año. Al respecto, véase M. COLINA ROBLEDO, *Aspectos sociales...*, págs. 83 y ss.

Igualmente, en relación con la Carta Comunitaria, el Parlamento manifestó sus deseos de que este documento tuviera carácter vinculante a nivel comunitario: PARLAMENTO EUROPEO (Dirección General de Estudios), *Fichas...*, pág. 340, donde puede obtenerse una completa información sobre otras acciones comunitarias al respecto de la política social (empleo, fondo social, derechos de la mujer, lucha contra la pobreza).

(83) De los 120 convenios propuestos por el Consejo de Europa, una docena se refieren a temas de Derecho social, de los que resaltaríamos el relativo a los regímenes de Seguridad Social, a la vejez, invalidez y supervivientes (1953), a la libre circulación de personas (1957), la Carta Social Europea de 1961, sobre becas de estudiantes extranjeros (1969), el Código Europeo de Seguridad Social (1972) y otros; véanse mencionados y explicados en FRAGA IRIBARNE, *La dimensión...*

(84) Véase *supra* e, igualmente, el *Arrêt* de 22 de mayo de 1985.

(85) Véase J. CRUZ VILLALÓN, *La representación...*, pág. 196; RODRÍGUEZ PIÑERO, *La participación...*, *El lugar...* y *Los derechos...*, págs. 4 y 6; también R. MARTÍNEZ BARROSO, *Análisis jurídico...*, pág. 942, quien, en concreto, informa de la situación en España y pone de manifiesto las virtualidades de la directiva comunitaria en tramitación —al respecto de la creación de los Comités de empresa europeos— a los efectos de la corrección de la situación legal española.

(86) Al menos desde 1980 se intenta dictar una directiva al respecto —primero la Propuesta (de directiva) Vredeling, de 24 de octubre de 1980; después la Propuesta Vredeling/Richard, de 13 de julio de 1983, que quedaron paralizadas—. La Carta comunitaria de derechos sociales de los trabajadores menciona la participación de los trabajadores y los grupos de empresas.

contamos con una Propuesta de directiva, cuya aprobación cubriría la laguna existente y cumpliría el propósito de la Carta comunitaria (art. 17) (87).

La libertad de circulación de los trabajadores y las propuestas pendientes

Al menos, la libertad de circulación de los trabajadores implica, tal como dice rotundamente el propio artículo 48 del Tratado de la CE, «la abolición de toda discriminación, basada en la nacionalidad, entre trabajadores de los Estados miembros respecto del empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo», principio que, como es sabido, engloba tanto el libre acceso al empleo como la igualdad de trato (88).

En este sentido, las propuestas de directiva que se amparan en tal libertad comunitaria no debieran encontrar impedimento para su aprobación (89). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE da suficientes testimonios de la vocación de esta instancia judicial de que se realice tal libertad comunitaria (90).

Por lo que se refiere a la «Propuesta de Directiva del Consejo sobre la creación de Comités de Empresa Europeos en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, a los efectos de la información y consulta de los trabajadores» (91), la necesidad jurídica de sacar adelante tal directiva se pone de manifiesto desde el momento en que el artículo 17 de la Carta comunitaria ha mencionado y destacado la información, consulta y participación de los trabajadores. Debe, además, entenderse dentro del mínimo de regulación exigible en política social. Si bien de la Carta no puede extraerse una obligación directa frente al Consejo, lo cierto es que, seguramente, el Tribunal la considerase como instrumento interpretativo esencial, a la hora de reforzar la declaración de omisión ilegal por parte del Consejo de los deberes que le corresponden (92).

(87) El Parlamento Europeo viene insistiendo tradicionalmente en la necesidad de desarrollar comunitariamente la información, consulta y participación de los trabajadores (PARLAMENTO EUROPEO, Dirección General de Estudios, *Fichas...*, págs. 357 y 358, donde pueden consultarse las distintas acciones comunitarias al respecto de estas cuestiones).

(88) Al respecto, por todos, F. J. CASAS, en VARIOS AUTORES, *Tratado...*, págs. 394 y ss.

(89) «Propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad» (Documento 90/C 119/05, de 15 de mayo de 1990). También la «Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 68/360 sobre el desplazamiento y la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad» (Documento 90/C 119/07).

(90) Véase ya el comentario al *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985.

(91) Bruselas, 25 de enero de 1991, COM (90), 581 final.

(92) En relación con la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las *condiciones de trabajo*» y la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la *seguridad y de la salud* de los trabajadores temporales», la solución no es difícil a la luz de lo dicho hasta el momento. Estos supuestos entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 118.A y vinculan a los doce Estados miembros. De ahí que no haga falta siquiera acudir al Protocolo y Anexo del Tratado de Maastricht sobre política social. Ambas directivas están afectadas claramente por esta obligación de actuar del Consejo en tanto

Conclusión

Del desarrollo anterior se desprende, así, la existencia de una base jurídica suficiente para adoptar la normativa en materia de política social, principalmente tras el Acta Unica Europea (art. 118.A) y, sobre todo, tras el Tratado de Maastricht y sus Documentos anexos. Ningún obstáculo de tipo jurídico impide la realización por el Consejo de la política social (93), pues existen medios jurídicos más que suficientes para realizarla.

Existe, asimismo, una base jurídica suficiente para plantear el recurso por inactividad por parte del Parlamento frente al Consejo, que conduzca a la declaración de ilegalidad por parte del Tribunal de la omisión del Consejo, por infringir sus obligaciones (94).

Al respecto de si tal base jurídica hace posible, asimismo, más allá, la extracción de una obligación por parte del Consejo que pueda hacer valer el Parlamento (a la luz del *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985), puede argumentarse que la ilegalidad del Consejo, que lleva a la estimación por el Tribunal de la acción por inactividad, está en que el Consejo omite el ejercicio de una potestad discrecional cuando está llamado a ejercerla (*Ermessensunterschreitung*). Ello, principalmente, atendiendo a que debe lograrse una regulación de la política social, como bien jurídico *básico o indispensable desde el punto de vista comunitario*, que exige una regulación del órgano comunitario competente, que es el Consejo.

Existe base jurídica suficiente para un pronunciamiento posible en este sentido por parte del Tribunal Superior de Justicia. Al respecto de valorar las perspectivas de éxito de tal recurso, debe contarse, además, con las muestras de progreso o avances jurídicos realizados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo; esta instancia judicial, como otros Tribunales Supremos europeos (así, el Consejo de Estado francés o el Tribunal Superior de Justicia de Prusia), ha dado una muestra ejemplar, acerca del desarrollo o impulso jurídicos, en el contexto europeo. El papel de los jueces es decisivo a la hora de hacer progresar un planteamiento jurídico e integrar sus deficiencias, siempre que, lógicamente, exista una base jurídica para ello, como, a nuestro juicio, ocurre en este caso de la política social. No sólo debe contarse, a la hora de valorar la presentación de un recurso por inactividad, con la función del Tribunal de Justicia de motor o impulso del Derecho comunitario en general, sino, más concretamente, al respecto de la política social, pues las ocasiones que ha tenido el Tribunal las ha aprove-

que encajan incluso dentro del artículo 118.A, artículo respecto del cual dedujimos tal obligación de actuar. Por último, está la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las distorsiones de la competencia» —todas en COM (90), 228 final, Bruselas, 16 de agosto de 1990—.

(93) También así J. C. SÉCHÉ, *L'Europe...*, pág. 536.

(94) Los ordenamientos nacionales, como ha sido de sobra resaltado por la doctrina, son fuente de extracción de consecuencias jurídicas en el ámbito comunitario. Véase, citando así dos profesores de Friburgo (Alemania), BULLINGER, en el prólogo al libro *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993; SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden Baden, 1988.

chado para realizar avances claros en este ámbito (95). De ahí que pueda suponerse que el Tribunal no perdería la ocasión —de este posible recurso— para demostrar su vocación comunitaria por lo que respecta a la necesidad de profundizar en la política social —*sozialpolitischer Promotor* (96)—. Al menos, tal como ocurrió en el *Arrêt* de 25 de mayo de 1985, la libertad de circulación de trabajadores es un principio que lleva, si bien parcialmente, a estimar la acción por inactividad.

León, 24 de abril de 1994.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- E. ALBERTI ROVIRA: *Autonomía política i unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, Barcelona, 1993.
- A. ALLUE BUIZA: *La sentencia Parlamento Europeo contra el Consejo de las Comunidades, de 27 de septiembre de 1988*, «Revista del Centro de Documentación Europea» (Valladolid), núm. 17, julio-agosto 1989.
- K. BANKS: *L'article 118.A: element dynamique de la politique social communautaire*, «Cahiers de droit européen», 1993, núms. 5-6, février 1994.
- M. COLINA ROBLEDO: *Aspectos sociales de la Presidencia Española del Consejo de las Comunidades Europeas: el espacio social y el modelo social europeos (...)*, «Documentación Laboral», núm. 28 (1989).
- CRESPO: *Algunas reflexiones sobre el espacio Social Europeo*, «Revista de Economía y Sociología del Trabajo», núms. 4 y 5, 1989, págs. 8 y ss.
- J. CRUZ VILLALÓN: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Madrid, 1992.
- F. DURÁN LÓPEZ: *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CEE*, Madrid, 1986.
- *La armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones*, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 17, núm. 1, 1990.
- *La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976*, «Noticias CEE», 49 (1989), págs. 93 y ss.
- EICHENHOFER: *Das europäische Sozialrecht -Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven*, «JZ», 1991, pág. 269.
- C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1993, recensionado por DÍEZ DE VELASCO, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 20, núm. 3, 1993, pág. 1051.
- J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN: *Legitimación activa del Parlamento Europeo a la luz del artículo 173 CEE. Comentario a la Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, caso Comitología, as. 302/87*, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 16, núm. 2, 1989.
- M. FRAGA IRIBARNE: *La dimensión social de la Europa comunitaria*, «REDT», núm. 37 (1989).

(95) Véase MANCINI, en la obra dirigida por J. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/LIÑÁN NOGUERAS y otros, *El Derecho...*, pág. 805; el contenido de esta cita son las palabras que han sido tomadas para introducir este trabajo. Igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, en VARIOS AUTORES, *Tratado...*, pág. 657; también G. MOLINER TAMBORERO, *La libertad...*, págs. 35 y 36.

(96) Así lo denomina SIEVEKING, en R. WILDENMANN y otros, *Staatswerdung...*, pág. 313.

- J. M. GALIANA MORENO: *El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la Cumbre de Maastricht*, «REDT», núm. 58 (1993).
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992.
- G. GARZÓN CLARIANA: *El nuevo Derecho social de la Comunidad Europea*, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 19, núm. 1, 1992.
- S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ: *El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas*, «Boletín del Ministerio de Justicia», núm. 1687, octubre 1993.
- Traducción del libro *Derecho administrativo económico*, de Rolf STOBER, MAP, Madrid, 1992.
- *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Editorial Cívitas/Ministerio de Justicia, 1993.
- *Grundrechte im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, «Zeitschrift des Deutschen-Spanischen Juristischen Vereins», 9. Jahrgang, Juni 1993.
- *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial (premio nacional), Madrid, 1994.
- B. HFENNINGSEN: «Europäisierung Europas durch eine europäische Sozialpolitik?», en P. HAUNG (coordinador), *Europäisierung Europas?*, Baden Baden, 1989.
- P. M. HUBER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1992.
- ISSAC: *Droit communautaire général*, Paris, 1983.
- KESSELER/MEYER: *La dynamique de l'article 118.A du traité de Rome*, «Revue internationale de droit économique», núm. 2, 1992.
- LAURENT: *La armonización de los sistemas de seguridad social en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1981.
- R. LOESER: *System des Verwaltungsrechts*, Baden Baden, 1994.
- D. LÓPEZ GARRIDO: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1986.
- G. F. MANCINI: *Derecho del Trabajo y Derecho comunitario*, «Relaciones Laborales», 4/1986, págs. 174 y ss.
- M. R. MARTÍNEZ BARROSO: *Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas*, «REDT», núm. 62 (1993).
- MILLAN VILLANUEVA: *Los marcos jurídicos comunitarios y su incidencia socio-laboral*, «Revista de Política Social», núm. 143 (1985).
- G. MOLINER TAMBORERO: *La libertad de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*, «Revista de Treball», núm. 18 (1992).
- J. L. MONEREO PÉREZ: *Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, «REDT», núm. 56 (1992) y núm. 57 (1993).
- MONTOYA/GALIANA/SEMPERE: *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Madrid, 1968.
- PASTOR BORGONÓN/VAN DE GINDERACHTER: *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comundiades Europeas*, Madrid, 1993.
- T. PÉREZ DEL RÍO: *La dimensión social del Mercado Unico Europeo*, «REDT», núm. 47 (1991).
- PETITI: *La Charte communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux des Travailleurs, un progrès?*, «DS», núm. 4, abril 1990.
- R. PITSCHAS: *Die soziale Dimension der Europäischen Gemeinschaft*, «Die öffentliche Verwaltung», núm. 7 (1992), págs. 277 y ss.
- POCAR: *Derecho comunitario del trabajo* (traducción de J. E. SERRANO MARTÍNEZ), Madrid, 1988.
- H. W. RENGELING: *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, München, 1993.
- P. RODIERE: *Sur les effets directifs du droit (social) communautaire*, «Revue trimestrielle de droit européen», núm. 4, 1991, 27 annéc.
- J. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/LIÑÁN NOGUERAS y otros: *El Derecho comunitario europeo y su dimensión judicial*, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ PIÑERO: *Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa*, «RL», núm. 12.

- *El lugar de los trabajadores en la sociedad anónima europea*, «RL», núm. 10 (1990).
- *La participación de los trabajadores en las empresas de estructura compleja*, «RL», núm. 11 (1990).
- F. RODRÍGUEZ SANUDO/MARTÍN VALVERDE: *Contrato de trabajo y Formación Profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, 1987, recensionado por E. SÁNCHEZ en «Revista de Instituciones Europeas», vol. 16, núm. 3, 1989, pág. 958.
- J. ROMANO VELASCO: *La reforma del Fondo Europeo de Desarrollo regional*, «Revista del Centro de Documentación Europea» (Valladolid), núm. 17, julio-agosto 1989.
- T. SALA FRANCO: *La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante*, «Actualidad Laboral», núms. 31-32 (1989).
- T. SALA FRANCO/RAMÍREZ MARTÍNEZ: *Introducción al Derecho social comunitario*, Valencia, 1986.
- J. M. SÁNCHEZ FELIPE: *La libertad de circulación de trabajadores y la política social en el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas*, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 15, núm. 1, 1988.
- M. SÁNCHEZ MORÓN: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994.
- R. SILVA DE LA PUERTA: *La legitimación activa del Parlamento Europeo*, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 18, núm. 1, 1991.
- R. SCHWEICKHARDT: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart, 1983.
- SCHWEITZER/HUMMER: *Europarecht*, Berlín, 1993.
- J. C. SÉCHÉ: *L'Europe sociale après Maastricht*, «Cahiers de droit européen», 1993, núms. 5-6, février 1994.
- E. TRAVERSA: *Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale. Année 1990*, «Revue trimestrielle de droit européen», núm. 3, 1991.
- VARIOS AUTORES: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (I)* (dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO), Madrid, 1986.
- *El espacio social europeo*, Valladolid, 1991.
- WEISS/HEPPLE/LYON-CAEN/DURÁN: *La armonización de los sistemas laborales en los países miembros de la Comunidad Europea*, «Economía y Sociología del Trabajo», 4-5, 1989.
- R. WILDENMANN y otros: *Staatswerdung Europas?*, Baden Baden, 1991.
- ZULEEG: *Die Europäische Gemeinschaft auf dem Weg zur Sozialgemeinschaft*, «Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge», 1991.

JURISPRUDENCIA ESTUDIADA

Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo

- Arrêt de la Cour* de 22 marzo 1961, *Société nouvelle des usines de Pontieue contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Affaires jointes 42 et 49-59, 1961, págs. 109 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 15 décembre 1961, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1961, Affaires jointes 19-60, 21-60, 2-61 et 3-61, págs. 564 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 6 julio 1971, *Royaume des Pays-Bas contre Commission des Communautés européennes (Aides à la sidérurgie)*, Affaire 59-70, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1971, págs. 639 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 15 marzo 1984, *Tradax Graanhandel BV contre Commission des Communautés européennes*, Affaire 64/82 (*Prix caf céréales*), «Recueil...», 1984-3, págs. 1359 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», núm. 4 (1985).
- Arrêt de la Cour* de 10 julio 1985, *Cooperativa muratori e cementisti contre Commission*, Affaire 118/83, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1985, pág. 2337.

- Arrêt de la Cour* de 9 de abril de 1987, *Assider et gouvernement italien contre Commission*, Affaire 167 et 212/85, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, págs. 1675 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 29 de septiembre de 1987, *F. R. Giménez Zaera contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, Asunto 126/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, págs. 3697 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 9 avril 1987, *Firme Karl-Heinz Neumann contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (demande de décision préjudiciale, formée par le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main)*, Affaire 38/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, págs. 1675 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 12 julio 1988, *Commission contre Conseil (Procédure budgétaire)*, Affaire 383/87, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, págs. 4051 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 12 julio 1988, *Parlement européen contre Conseil (Procédure budgétaire)*, Affaire 377/87, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1987, págs. 4017 y ss.
- Arrêt de la Cour* de 15 décembre 1988, *Irish Cemet Limited contre Commission (Aide pour la construction d'une usine de ciment en Irlande du Nord)*, Affaires jointes 166 et 220/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, págs. 6473 y ss.
- Ordonnance de la Cour* de 17 marzo 1987, *Ferriere San Carlo SpA contre Commission*, Affaire 95/86, «Recueil de la Jurisprudence de la Cour», 1986, págs. 1413 y ss.

Tribunal Constitucional

- Sentencia del 22 de marzo de 1993: *Derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros en España*, «Actualidad Jurídica. Aranzadi», núm. 98 (1993).

DOCUMENTOS

- Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y otros documentos comunitarios*, «Documentación Laboral», núm. 30 (1990).
- El Tratado de Maastricht: aspectos sociales*, «Tribuna Social», núm. 22 (1992).
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Europa social. La dimensión social del mercado interior*, Luxemburgo, 1988.
- *Informe acerca de las proyecciones a medio plazo de los gastos en concepto de protección social y su financiación. Proyecciones para 1990*, «Documentación Laboral», núm. 26 (1988).
 - *Dictamen común sobre la creación de un espacio europeo de movilidad profesional y geográfica y la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo en Europa*, «Documentación Laboral», núm. 31 (1990).

NORMATIVA

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Propuesta de Directiva del Consejo sobre la creación de Comités de Empresa Europeos en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, a los efectos de la información y consulta de los trabajadores*, Bruselas, 25 de enero de 1991, COM (90), 581 final.
- *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo, Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las distorsiones de la competencia (SYN 280) y Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores temporales (SYN 281)*, todas en COM (90), 228 final, Bruselas, 16 de agosto de 1990.

- *Propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (90/C 119/05, de 15 de mayo de 1990).*
 - *Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 68/360 sobre el desplazamiento y la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (90/C 119/07).*
- PARLAMENTO EUROPEO (Dirección General de Estudios): *Fichas técnicas sobre el Parlamento Europeo y las actividades de la Unión Europea*, septiembre 1993.

