



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentadas el 12 de septiembre de 2013¹

Asunto C-270/12

**Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
contra
Parlamento Europeo
y**

Consejo de la Unión Europea

«Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) — Validez del artículo 28 del Reglamento (UE) n° 236/2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago — Base jurídica — Artículos 114 TFUE y 352 TFUE — Equilibrio institucional y división de poderes — Requisitos para la atribución de competencias a las agencias de la UE — Delegación con arreglo al artículo 290 TFUE y ejecución con arreglo al artículo 291 TFUE — Jurisprudencia “Meroni” — Jurisprudencia “Romano” — Interacción con las disposiciones del Tratado de Lisboa relativas al control judicial de los actos con efectos vinculantes de las agencias»

I. Introducción

1. Con el procedimiento iniciado por el Reino Unido contra el Parlamento Europeo y el Consejo se pretende anular el artículo 28 del Reglamento (UE) n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago.² Dicho artículo confiere a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) ciertas competencias para intervenir, mediante actos vinculantes, en los mercados financieros de los Estados miembros en caso de «amenaza [...] para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión». Esas circunstancias, a su vez, se definen más detalladamente en el artículo 24, apartado 3, del Reglamento Delegado (UE) n° 918/2012 de la Comisión.³ Las medidas para las que se faculta a la AEVM con arreglo al artículo 28, apartado 1, del Reglamento n° 236/2012 incluyen la imposición de requisitos de notificación y publicación a personas físicas y jurídicas y la prohibición de realizar determinadas operaciones o su sujeción a condiciones.

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO L 86, p. 1.

3 — Reglamento Delegado, de 5 de julio de 2012, por el que se completa el Reglamento n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, en lo que respecta a las definiciones, el cálculo de las posiciones cortas netas, las permutas de cobertura por impago soberano cubiertas, los umbrales de notificación, los umbrales de liquidez para la suspensión de las restricciones, los descensos significativos del valor de instrumentos financieros y los hechos adversos (DO L 274, p. 1). Este acto delegado se adoptó sobre la base de los artículos 2, apartado 2; 3, apartado 7; 4, apartado 2; 7, apartado 3; 13, apartado 4; 23, apartado 7, y 30 del Reglamento n° 236/12.

2. La AEVM se creó el 1 de enero de 2011,⁴ a la vez que la Autoridad Bancaria Europea⁵ y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación.⁶ Los tres organismos se conocen colectivamente como «autoridades europeas de supervisión» o, como se expresa en el décimo considerando del Reglamento n° 1095/2010, «AES». La AEVM es también consecuencia del programa de reformas auspiciado por la Comisión a raíz de la crisis financiera de 2008 y del informe del Grupo de Alto Nivel presidido por Jacques de Larosière, que formuló ciertas recomendaciones para reforzar la supervisión de los mercados financieros a escala de la UE⁷ y que dio lugar a un programa de ejecución de amplio alcance.⁸ Con arreglo al artículo 5, apartado 1, del Reglamento n° 1095/2010, la AEVM es un «organismo» de la Unión con personalidad jurídica.

3. En vista de la necesidad percibida de armonizar la respuesta de la UE a las ventas en corto,⁹ el Reglamento n° 236/2012 entró en vigor el 25 de marzo de 2012. Las ventas en corto son una práctica que implica la venta de activos, normalmente valores, que el vendedor no posee en el momento de la venta, con la intención de beneficiarse de una depreciación del activo antes de que se consume la operación. Tal como se ha señalado en las observaciones escritas del Parlamento, la AEVM se creó porque la UE deseaba constituir un organismo con la capacidad necesaria para supervisar los valores y mercados europeos, como complemento a las autoridades de supervisión nacionales.¹⁰ En consecuencia, el Reglamento n° 236/2012 confirió a la AEVM amplias facultades de asesoramiento, notificación y regulación respecto de las ventas en corto.

4. El Reino Unido estructura su argumentación en cuatro motivos de anulación. En primer lugar, alega que la potestad conferida a la AEVM en virtud del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 infringió los límites establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Meroni para la delegación de poderes por las instituciones.¹¹ En segundo lugar, considera que el artículo 28 pretende facultar a la AEVM para adoptar medidas de alcance general con fuerza de ley, en contra de lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Romano.¹² En tercer lugar, afirma que el artículo 28 persigue facultar a la AEVM para adoptar actos no legislativos de alcance general infringiendo los artículos 290 TFUE y 291 TFUE. En cuarto lugar, el Reino Unido alega que, en la medida en que el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 faculta a la AEVM para adoptar decisiones individuales vinculantes para terceros en caso de que las autoridades competentes de los Estados miembros actúen de forma insuficiente o inadecuada, el artículo 114 TFUE no sirve como base jurídica para la adopción de tales medidas.

4 — Reglamento (UE) n° 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión n° 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DO L 331, p. 84), en su versión resultante de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n° 1060/2009 y (UE) n° 1095/2010 (DO L 174, p. 1).

5 — Reglamento (UE) n° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n° 716/2009 y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO L 331, p. 12).

6 — Reglamento (UE) n° 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión n° 716/2009 y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (DO L 331, p. 48).

7 — El informe del grupo de Larosière de 25 de febrero de 2009 recomendaba medidas de gran calado. Véase http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

8 — Un análisis detallado se encuentra, por ejemplo, en Tridimas, T., «Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA», Shuibhne, N. y Gormely, L. (ed.) *From Single Market to Economic Union: essays in memory of John. A. Usher* (Oxford University Press, Oxford, 2012), pp. 55 a 83.

9 — Véase un análisis detallado, por ejemplo, en Payne, J., «The regulation of short selling and its reform in Europe» *European Business Organization Law Review* 13(3) (2012) pp. 413 a 440; Juurikkala, O., «Credit Default Swaps and the EU Short Selling Regulation: A Critical Analysis», *European Company and Financial Law Review* 9 (2012) pp. 307 a 341.

10 — Véanse los considerandos octavo y duodécimo del Reglamento n° 1095/2010 y el documento de trabajo de la Comisión SEC (2009) 1234, de 23 de septiembre de 2009, páginas 27 y 28.

11 — Sentencia de 13 de junio de 1958 (9/56, Rec. p. 133).

12 — Sentencia de 14 de mayo de 1981 (98/80, Rec. p. 1241).

5. A la pretensión de anulación del Reino Unido se han opuesto de manera contundente el Parlamento y el Consejo, con el apoyo de la Comisión y del Reino de España, la República de Francia y la República de Italia. El Parlamento y el Consejo estructuran sus observaciones escritas, por un lado, contestando a los motivos formulados por el Reino Unido y, por otro, pidiendo al Tribunal de Justicia que tenga en cuenta la jurisprudencia invocada por el Reino Unido no de forma aislada, sino considerando la modernización de la legislación de la UE sobre las agencias que trajo consigo el Tratado de Lisboa, en particular con respecto al control judicial de los actos con fuerza de ley de las agencias. El Parlamento y el Consejo, con el apoyo de la Comisión, también alegan que el artículo 114 ofrece una base jurídica adecuada para las facultades atribuidas a la AEVM por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, ya que constituye una medida de armonización con arreglo a la legislación de la UE sobre el mercado interior.

6. En mi opinión, el presente caso gira en torno al hecho de que el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 no contiene una delegación de poderes por parte de ninguna de las instituciones ejecutivas de la UE, es decir, la Comisión y, excepcionalmente, el Consejo, a una agencia, sino que constituye más bien una atribución directa de poderes a una agencia por parte del legislador en virtud de un acto legislativo con arreglo al artículo 289 TFUE, apartado 3. A mi entender, en vista de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa,¹³ especialmente la confirmación en el Derecho primario de que las agencias están sujetas al control judicial en el Derecho de la UE,¹⁴ los principios establecidos en las sentencias Romano y Meroni, antes citadas, no respaldan las conclusiones que el Reino Unido extrae de dicha jurisprudencia.¹⁵ Sin embargo, a mi parecer, el recurso del Reino Unido ha de prosperar, pero en virtud de su cuarto motivo. En efecto, el artículo 114 TFUE no constituye una base jurídica adecuada para el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012.

II. Marco normativo

A. Artículos del Tratado relativos a las agencias

7. En virtud de los artículos 15 TFUE, 16 TFUE y 228 TFUE, todas las «instituciones, órganos y organismos» de la UE están obligados a cumplir con el principio de buena administración,¹⁶ mientras que los artículos 287 TFUE y 325 TFUE someten a las agencias al sistema de la UE de control y auditoría financieros.

13 — Véase Couzinet, J.-F.: «La prise en compte de l'existence des "Agences" par les récents traités», en *Les agences de l'Union européenne*, Bruselas 2011, pp. 191 a 197.

14 — Ya afirmado por el Tribunal General en su sentencia de 8 de octubre de 2008, Sogelma/AER (T-411/06, Rec. p. II-2771), apartados 33 a 57.

15 — Véase, por ejemplo, Griller, S. y Orator, A.: «Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine», *European Law Review* 35 (2010), pp. 3 a 35; Chamon, M.: «EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17 (2010), pp. 281 a 305; Chamon, M.: «EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea», *Common Market Law Review* 48 (2011), pp. 1055 a 1075, especialmente p. 1072; Hofmann, H. y Morini, A.: «The Pluralisation of EU Executive-Constitutional Aspects of Agencification», *European Law Review* 37 (2012), pp. 419 a 443. Para un análisis detallado de la AEVM en la legislación europea en materia de agencias, véase Schammo, P.: «The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers» *Common Market Law Review* 48 (2011), pp. 1879 a 1914; Busiuc, M., Groenleer, M. y Tondal, J., (ed.): *The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalism and every-day decision making* (Manchester University Press, Manchester 2012); Busiuc, M.: *European Agencies: Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press, Oxford, 2013). Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Agencias europeas – Orientaciones para el futuro» COM(2008) 135 final.

16 — Véase el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

8. Con arreglo al artículo 263 TFUE, los órganos de la UE sobre los cuales el Tribunal de Justicia tiene competencias de control judicial incluyen los órganos y organismos de la Unión, y la regla de la omisión se les aplica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 265 TFUE. Con arreglo al artículo 267, los órganos jurisdiccionales pueden remitir al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, los cuales también pueden ser impugnados mediante la excepción de ilegalidad prevista en el artículo 277 TFUE.¹⁷

B. Actos legislativos de la UE relevantes

1. Reglamento n° 1095/2010

9. El artículo 9, apartado 5, del Reglamento n° 1095/2010 faculta a la AEVM para prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o de parte del sistema financiero de la Unión, a través de una doble vía: puede hacerlo en los casos especificados y en las condiciones establecidas en los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n° 1095/2010¹⁸ o, si así se requiere en caso de una situación de emergencia, con arreglo a las condiciones establecidas en el artículo 18 del Reglamento n° 1095/2010.

2. Reglamento n° 236/2012

10. El artículo 2, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 236/2012 dispone lo siguiente:

«b) “venta en corto”: en relación con una acción o un instrumento de deuda, toda venta de los mismos sin que el vendedor los posea en el momento de cerrar el contrato de venta, incluso en el caso de que, en el momento de cerrar el contrato de venta, el vendedor haya tomado en préstamo, o acordado tomar en préstamo, la acción o el instrumento de deuda para su entrega en la fecha de liquidación. En esta definición no se incluyen:

[...]».

11. El artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, titulado «Poderes de intervención de la AEVM en circunstancias excepcionales», dispone lo siguiente:

«1. De conformidad con el artículo 9, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 1095/2010, y siempre que concurran las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, la AEVM:

a) exigirá a las personas físicas o jurídicas que mantengan posiciones cortas netas en relación con un instrumento financiero específico o una clase de instrumentos financieros que notifiquen a una autoridad competente o publiquen los detalles de tales posiciones, o

17 — Además, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal General, se pueden interponer recursos de indemnización contra las agencias, con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 340 TFUE sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea, aunque en dicha disposición no se haga referencia expresa a las agencias. Véase la sentencia *Sogelma/AER*, citada en la nota 14, en la que el Tribunal General consideró un recurso de indemnización sobre esa base contra la Agencia Europea de Reconstrucción.

18 — El artículo 1, apartado 2, del Reglamento en su versión modificada, dispone, entre otras cosas, que la AEVM actuará dentro del marco de competencias que le confiere dicho Reglamento y dentro del ámbito de aplicación de otra serie de actos jurídicos.

- b) prohibirá a las personas físicas o jurídicas realizar ventas en corto u operaciones que creen un instrumento financiero o se refieran a un instrumento financiero distinto de los instrumentos financieros contemplados en el artículo 1, apartado 1, letra c), y cuyo efecto, o uno de cuyos efectos, sea conferir una ventaja financiera a dicha persona en caso de que disminuya el precio o valor de otro instrumento financiero, o impondrá condiciones para ello.

Las medidas podrán aplicarse en circunstancias particulares o con las excepciones que especifique la AEVM. Podrán, en particular, establecerse excepciones aplicables a las actividades de creación de mercado y a las actividades del mercado primario.

2. La AEVM únicamente adoptará una decisión con arreglo al apartado 1, si:

- a) las medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) y b), están encaminadas a hacer frente a una amenaza, que tenga implicaciones transfronterizas, para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión, y
- b) las autoridades competentes no han tomado medidas para hacer frente a la amenaza o las medidas adoptadas no constituyen una respuesta adecuada frente a la misma.

3. Si se toman las medidas a que se refiere el apartado 1, la AEVM tendrá en cuenta hasta qué punto la medida:

- a) ataja de forma significativa la amenaza que pesa sobre el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o sobre la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión, o mejora de forma significativa la capacidad de las autoridades competentes de controlar la amenaza;
- b) no crea un riesgo de arbitraje regulador;
- c) no tiene un efecto perjudicial sobre la eficiencia de los mercados financieros, como el de reducir su liquidez o crear incertidumbre entre los participantes en el mercado, que resulte desproporcionado con respecto a las ventajas de la medida.

Cuando una o varias autoridades competentes hayan tomado alguna medida con arreglo a los artículos 18, 19, 20 o 21, la AEVM podrá adoptar cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo sin emitir el dictamen previsto en el artículo 27.

4. Antes de tomar la decisión de imponer o renovar alguna de las medidas a que se refiere el apartado 1, la AEVM consultará a la JERS y, cuando proceda, a otras autoridades pertinentes.

5. Antes de tomar la decisión de imponer o renovar alguna de las medidas a que se refiere el apartado 1, la AEVM notificará a las autoridades competentes pertinentes las medidas que se propone adoptar. La notificación especificará los pormenores de las medidas propuestas, la clase de instrumentos financieros y operaciones a la que se aplicarán, los datos que justifican las razones alegadas para la adopción de las medidas y la fecha prevista de entrada en vigor de éstas.

6. La notificación se efectuará con una antelación mínima de 24 horas con respecto a la fecha de entrada en vigor o renovación de la medida. En circunstancias excepcionales, la AEVM podrá realizar la notificación con menos de 24 horas de antelación con respecto a la fecha prevista de entrada en vigor de la medida, si resulta imposible observar un preaviso de 24 horas.

7. La AEVM publicará en su sitio web un aviso sobre cualquier decisión de imponer o renovar alguna de las medidas a que se refiere el apartado 1. El aviso especificará, como mínimo, lo siguiente:

- a) las medidas impuestas, incluidos los instrumentos y las clases de operaciones a las que se aplican y su duración, y
- b) las razones por las cuales la AEVM juzga necesario imponer las medidas, junto con los datos que justifican dichas razones.

8. Tras tomar la decisión de imponer o renovar alguna de las medidas a que se refiere el apartado 1, la AEVM notificará inmediatamente a las autoridades competentes las medidas adoptadas.

9. Las medidas comenzarán a surtir efecto cuando se publique el aviso en el sitio web de la AEVM o, con posterioridad, en el momento que se especifique en él, y se aplicarán únicamente a operaciones realizadas después de la entrada en vigor de las medidas.

10. La AEVM reexaminará las medidas que haya adoptado con arreglo al apartado 1 a intervalos apropiados y, como mínimo, cada tres meses. Si una medida no se renueva al cabo de ese período de tres meses, quedará automáticamente derogada. Los apartados 2 a 9 serán aplicables a la renovación de las medidas.

11. Las medidas adoptadas por la AEVM en virtud del presente artículo prevalecerán sobre cualquier medida adoptada previamente por una autoridad competente de conformidad con la sección 1.»

12. El artículo 30 en relación con el artículo 42 del Reglamento n° 236/2012 otorga a la Comisión poderes para adoptar, en particular, actos delegados, especificando los criterios y factores que deberá tener en cuenta la AEVM al determinar en qué casos se producen las amenazas a que se refiere el artículo 28, apartado 2, letra a).

13. El artículo 44 del Reglamento n° 236/2012, dentro de su capítulo VIII relativo a los «Actos de ejecución», contiene normas sobre el procedimiento de comité aplicable con motivo de la adopción de actos de ejecución por la Comisión.¹⁹

14. El artículo 24, apartado 3, del Reglamento Delegado n° 918/2012 de la Comisión establece lo siguiente:

«A efectos del artículo 28, apartado 2, letra a), por amenaza para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión se entenderá:

- a) cualquier amenaza de inestabilidad financiera, monetaria o presupuestaria grave en relación con un Estado miembro o el sistema financiero de un Estado miembro, cuando ello pueda poner seriamente en peligro el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión;
- b) la posibilidad de impago de cualquier Estado miembro o emisor supranacional;

19 — Reglamento de Ejecución (UE) n° 827/2012 de la Comisión, de 29 de junio de 2012, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los medios de publicación de las posiciones netas en acciones, el formato de la información que deberá facilitarse a la Autoridad Europea de Valores y Mercados en relación con las posiciones cortas netas, los tipos de acuerdos, pactos y medidas destinados a garantizar adecuadamente que las acciones o instrumentos de deuda soberana estén disponibles para liquidación, y las fechas y períodos de referencia para la determinación de la plataforma principal de negociación de una acción, con arreglo al Reglamento n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DO L 251, p. 11).

- c) cualquier daño grave en las estructuras físicas de emisores financieros importantes, las infraestructuras de mercado, los sistemas de compensación y liquidación y las autoridades de supervisión, que puedan afectar gravemente a los mercados transfronterizos, en particular cuando los daños sean el resultado de un desastre natural o de un atentado terrorista, si ello puede poner en peligro el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión;
- d) cualquier perturbación grave de un sistema de pago o de un proceso de liquidación, en particular en el contexto de operaciones interbancarias, que cause o pueda causar fallos o retrasos importantes en los pagos o en la liquidación en los sistemas de pago transfronterizos de la Unión, especialmente cuando pueda dar lugar a la propagación de tensiones financieras o económicas en el conjunto o una parte del sistema financiero de la Unión.»

C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

15. El Reino Unido, mediante escrito de 31 de mayo de 2012, recibido en el Tribunal de Justicia el 4 de junio de 2012, interpuso un recurso contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea con arreglo al artículo 263 TFUE, en el que solicitaba al Tribunal de Justicia que anulase el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 y condenase en costas a las partes demandadas.

16. El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea sostienen que el Tribunal de Justicia debe desestimar el recurso en su integridad por razones de fondo y solicitan que se condene en costas al Reino Unido.

17. La Comisión Europea, junto con el Reino de España, la República de Francia y la República de Italia, han intervenido en apoyo del Parlamento y del Consejo.

18. El Reino Unido, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión participaron en la vista celebrada el 11 de junio de 2013, así como España, Francia e Italia.

III. Apreciación jurídica

A. Las agencias en la Unión Europea

19. La Comisión ha definido la agencia reguladora europea como una «entidad jurídica autónoma creada por el legislador para participar en la regulación de un sector concreto, a escala europea, y en la ejecución de una política comunitaria determinada». ²⁰ Actualmente existen en la Unión Europea más de treinta agencias descentralizadas operativas ²¹ o en proceso de constitución, algunas de las cuales gozan de competencias para adoptar decisiones vinculantes. Como es sabido, el proceso de «agencificación» en la Unión Europea se ha intensificado significativamente en el nuevo milenio. Según se observa en un comentario, el reto actual y de siempre es lograr un equilibrio entre los beneficios funcionales e independencia de las agencias y la posibilidad de que se conviertan en «centros incontrolables de poder arbitrario». ²²

20 — «Proyecto de acuerdo interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas», de 25 de febrero de 2005, COM (2005) 59 final, p. 5. Asimismo, en comentarios académicos se han propuesto diversas definiciones. Por ejemplo, Griller y Orator, *op. cit.*, pp. 3 y 4, sugieren que las agencias son organismos permanentes relativamente independientes con personalidad jurídica emanada del Derecho derivado de la UE y a los que se encomiendan funciones específicas. Véase también, Chiti, E.: «Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne», pp. 73 y 74 en *Les agences de l'Union européenne*, Bruselas 2011, pp. 49 a 74.

21 — http://europa.eu/about-eu/agencies/index_es.htm.

22 — Busuioc, *op. cit.*, p. 4, citando a Everson, M.: «Independent Agencies: Hierarchy Beaters», 1 *European Law Journal* 1 (1995), pp. 180 a 204, especialmente 190. Véase también Weiler, J.: «Epilogue: Comitology as Revolution Infranationalism, Constitutionalism and Democracy», en Joerges, C. y Vos, E. (eds.) *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics* (Hart Publishing, Oxford, 1999) pp. 347 a 349.

20. Sin embargo, las agencias de la Unión Europea difieren entre sí en cuanto a su fundamento jurídico, su organización y las competencias que se les confieren. La AEVM no pertenece al grupo de agencias creadas directamente mediante alguna disposición de los Tratados.²³ En el otro extremo del espectro, la AEVM tampoco figura en el tipo de agencias con funciones meramente consultivas, aunque esas competencias representan una parte importante de su labor.²⁴

21. Se puede catalogar a la AEVM como una agencia reguladora que colabora en las funciones de regulación en el ámbito de la Unión en relación con la expansión del mercado interior. Las principales diferencias entre las agencias ejecutivas y las reguladoras es que las primeras ejecutan programas de gastos y dependen directamente de la Comisión, ante la cual responden en exclusiva, mientras que las segundas establecen normas y prestan servicios comunes y operan bajo el control de un consejo de administración o de supervisión compuesto por representantes de los Estados miembros y algunos representantes de la Comisión.²⁵

22. La AEVM no es una agencia ejecutiva creada por la Comisión en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios.²⁶ Éstas son organismos que operan por subdelegación de poderes de la Comisión.²⁷

23. En cambio, la AEVM es una agencia decisoria del mismo tipo que la Oficina de Armonización del Mercado Interior («OAMI»),²⁸ la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales («CPVO»),²⁹ la Agencia Europea de Seguridad Aérea («EASA»),³⁰ la Agencia Europea de Productos Químicos («ECHA»),³¹ la Agencia Europea de Medicamentos³² y la Agencia para la Cooperación de los Reguladores Energéticos,³³ en el sentido de que la propia AEVM toma algunas decisiones por sí misma, incluidas las contempladas por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, sin que intervenga la Comisión.³⁴

23 — Como sucede, por ejemplo, en el caso de la Agencia Europea de Defensa (artículos 42 TUE, apartado 3, y 45 TUE) y la Oficina Europea de Policía (artículo 88 TFUE).

24 — Un repaso de las funciones de la AEVM se encuentra en Moloney, N.: «The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part 1: rule making», *European Business Organization Law Review* 12 (1) (2011) pp. 41 a 86 y «Part 2: rules in action», *European Business Organization Law Review* 12(2) (2011) pp. 177 a 225.

25 — Hofmann y Morini, *op. cit.*, p. 436.

26 — (DO 2003, L 11, p. 1). Se trata de la Agencia Ejecutiva de Competitividad e Innovación, la Agencia Ejecutiva de Salud y Consumo, la Agencia Ejecutiva de Educación, Audiovisual y Cultura, la Agencia Ejecutiva de la Red Transeuropea de Transporte, la Agencia Ejecutiva de Investigación y la Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación. Véase http://europa.eu/about-eu/agencies/executive_agencies/index_es.htm.

27 — Antes del Tratado de Lisboa se distinguía entre agencias «de la Comisión» y agencias «del Consejo», las primeras creadas en el marco del antiguo primer pilar y las segundas en virtud del segundo y el tercero. Véase Busuioic, *op.cit.*, pp. 21 y 22.

28 — Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO L 11, p. 1).

29 — Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (DO L 227, p. 1).

30 — Reglamento (CE) n° 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea (DO L 240, p. 1). El Reglamento n° 1592/2002 fue derogado por el Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento n° 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE (DO L 79, p. 1).

31 — Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) n° 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) n° 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión (DO L 396, p. 1).

32 — Reglamento (CE) n° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos (DO L 136, p. 1).

33 — Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (DO L 211, p. 1).

34 — La distinción entre las agencias de predecisión y las decisorias aparece en Griller y Orator, *op.cit.*, y Chamon, M., (2011), *op. cit.*

24. Sin embargo, existe una importante diferencia entre la AEVM y las agencias reguladoras que operan en campos distintos de los mercados financieros y que es fundamental para la resolución del presente asunto. Aunque a algunas de las agencias de más reciente creación, como la EASA o la ECHA, se les han conferido mayores competencias normativas que a las anteriores, el enrevesado método utilizado para ello y los múltiples controles a los que se sujetan esas competencias demuestran que no se pretendía reconocerles una clara autoridad jerárquica sobre sus homólogos nacionales.³⁵ Tal como reconoció la Comisión en la vista, otras agencias reguladoras no pueden adoptar decisiones jurídicamente vinculantes dirigidas a personas jurídicas concretas *en sustitución* de una decisión, o de la inacción, de una autoridad nacional competente que puede ser contraria a una decisión de la AEVM. Y eso es precisamente para lo que el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 faculta a la AEVM.³⁶ Con arreglo al artículo 28, apartado 11, del Reglamento n° 236/2012, las medidas adoptadas por la AEVM prevalecerán sobre cualquier medida adoptada previamente por una autoridad nacional competente.

25. Se ha señalado en las observaciones escritas del Parlamento que, aparte de las tres AES, sólo la Agencia Europea de Productos Químicos ha sido creada exclusivamente sobre la base jurídica del artículo 114 TFUE. Sin embargo, no goza de poderes de intervención similares a los previstos por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012.³⁷ Quiero llamar la atención sobre el hecho de que la Agencia Europea de Medicamentos se creó sobre la base de los artículos 114 TFUE y 168 TFUE,³⁸ y tanto la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) como la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales se crearon sobre la base del artículo 352 TFUE, mientras que la Agencia Europea de Seguridad Aérea vio la luz en virtud del artículo 100 TFUE.³⁹

26. A mi parecer, el cuarto motivo de anulación del recurso del Reino Unido, relativo a la idoneidad del artículo 114 TFUE como base jurídica para adoptar el artículo 28 del Reglamento n° 235/2012, precede lógicamente a la cuestión de si las facultades de la AEVM con arreglo a dicha disposición son conformes con el Derecho constitucional de la Unión y, en concreto, con lo establecido en las sentencias Romano y Meroni, antes citadas. Desde el punto de vista constitucional, la apreciación de la base jurídica del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, un acto legislativo con arreglo al artículo 289 TFUE, apartado 3, es anterior a las cuestiones jurídicas secundarias relativas a su contenido. Por lo tanto, comenzaré analizando el cuarto motivo de anulación planteado por el Reino Unido y a continuación me ocuparé de las otras tres cuestiones de forma conjunta.

35 — Véase Curtin, D. y Dehousse, R.: *European Union agencies: tipping the balance*, Busioiuc, M., Groenleer, M. y Tondal, J. (ed.), *op.cit.*, pp. 193 y ss., especialmente p. 195.

36 — Moloney, parte 1, *op.cit.*, punto 2.1, observa que la Junta de Supervisores de la AEVM, el principal órgano decisorio constituido con arreglo a los artículos 40 a 44 del Reglamento n° 1095/2010, representa ampliamente a las direcciones de las autoridades competentes de los Estados miembros, pero generalmente funciona por mayoría de votos, y en algunos casos por mayoría cualificada (véase el artículo 44 del Reglamento n° 1095/2010). Por lo tanto, esto significa que ninguna autoridad competente de un Estado miembro puede vetar las medidas del artículo 28.

37 — Las decisiones de la Agencia Europea de Medicamentos que se pueden recurrir ante su Sala de Recursos se establecen en el artículo 91 del Reglamento REACH y en el artículo 77 del Reglamento sobre biocidas. Véase: i) Reglamento n° 1907/2006 y ii) Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativo a la comercialización y el uso de los biocidas (DO L 167, p. 1).

38 — Véase la nota 32.

39 — Véanse las notas 28, 29 y 30, respectivamente.

B. El artículo 114 TFUE y las cuestiones relativas a la base jurídica

1. El artículo 114 TFUE como base jurídica para la creación de la AEVM

27. Según un reciente comentario, hasta hace una década casi todas las agencias se constituían tomando como base el artículo 352 TFUE.⁴⁰ En vista de ello, y habida cuenta de la facultad de la AEVM para «imponer decisiones vinculantes a los supervisores locales y a los operadores del mercado», no sorprende que se haya cuestionado la idoneidad del artículo 114 como base jurídica para tales facultades.⁴¹ En mi opinión es especialmente importante un riguroso control judicial de la utilización del artículo 114 TFUE, a la luz de la tendencia del legislador de la Unión, en los ocho últimos años, a fundar agencias recurriendo «a las competencias de cada ámbito específico» y no basándose en el artículo 352 TFUE.⁴² Sin embargo, debe diferenciarse a este respecto entre la base jurídica para crear una agencia y la aplicable a la atribución de las facultades específicas a esa agencia.

28. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el recurso al artículo 114 TFUE como fundamento para la creación de agencias y su papel en la adopción de actos jurídicos de la Unión ha sufrido un considerable desarrollo aproximadamente en la última década. Las fases de ese desarrollo han sido las siguientes.

29. En el asunto Reino Unido/Parlamento y Consejo (denominado «aromas de humo»),⁴³ el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 114 TFUE era la base jurídica correcta para la adopción de actos por la Comisión en estrecha colaboración con la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, pues constituía un «medio adecuado» para lograr «la aproximación deseada de las legislaciones de los Estados miembros». ⁴⁴ En dicho asunto, el Tribunal de Justicia admitió un modelo legislativo en varias etapas como medida de aproximación en el sentido del artículo 114 TFUE cuando el reglamento de que se trate constituya «un paso intermedio en el camino hacia una aproximación de las disposiciones jurídicas de los Estados miembros»,⁴⁵ en que la Comisión colabore a tal fin con la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria.

30. El alcance del artículo 114 TFUE como base jurídica para la creación de agencias fue objeto de un mayor desarrollo en el asunto Reino Unido/Parlamento y Consejo (ENISA).⁴⁶ El Tribunal de Justicia concluyó que la creación de una agencia que asesorase a la Comisión en cuestiones técnicas podía constituir una medida de aproximación con arreglo al artículo 114 TFUE, tanto por la necesidad de asesoramiento técnico⁴⁷ como por el hecho de que «el legislador comunitario [hubiese estimado] que la creación de un organismo comunitario como la Agencia era un medio adecuado para prevenir la aparición de disparidades que pudieran originar obstáculos al correcto funcionamiento del mercado interior en la materia».⁴⁸

40 — Busuioc, M., *op.cit.*, p. 18.

41 — Moloney, N.: «EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: “More Europe” or More Risks», *Common Market Law Review* 47 (2010) pp. 1317 a 1383, especialmente p. 1341. Una expresión de las dudas acerca de la idoneidad del artículo 114 como base legal para la ABE, en Fahey, E.: «Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the legal Basis of the European Banking Authority», *Modern Law Review* (74) (2011), pp. 581 a 595, especialmente p. 593, y House of Commons Treasury Committee, «The Committee’s Opinion on proposals for European financial supervision», *Sixteenth Report of Session 2008-2009*, apartado 32. Argumentos a favor del artículo 114 TFUE como base jurídica correcta para crear la AEVM, en Hänle, F.: *Die neue Europäische Finanzaufsicht*, Hamburg 2012, pp. 40 a 44, y Frank, A.: *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden 2012, pp. 53 a 55. No obstante, este último autor deja abierta la cuestión de si esto se puede aplicar también a las competencias de la AEVM para adoptar medidas de ejecución obligatorias.

42 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto C-217/04, Reino Unido/Parlamento y Consejo (ENISA) (sentencia de 2 de mayo de 2006, Rec. p. I-3771).

43 — Sentencia de 6 de diciembre de 2005 (C-66/04, Rec. p. I-10553).

44 — Apartado 63.

45 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 8 de septiembre de 2005 en ese mismo asunto, punto 25.

46 — Citada en la nota 42.

47 — Apartado 64.

48 — Apartado 62.

31. Además, en la sentencia ENISA el Tribunal de Justicia observó que el artículo 114 TFUE sólo se podía aplicar como base jurídica cuando del propio acto jurídico se derivase objetiva y efectivamente que su finalidad era mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior.⁴⁹ Mediante la expresión «medidas relativas a la aproximación», que figura en dicha disposición, los autores del Tratado han querido conferir al legislador comunitario, en función del contexto general y de las circunstancias específicas de la materia que deba armonizarse, un margen de apreciación en cuanto a la técnica de aproximación más adecuada para lograr el resultado deseado, en especial en los ámbitos que se caracterizan por particularidades técnicas complejas.⁵⁰

32. Partiendo de esta premisa, el Tribunal de Justicia llegó a una importante conclusión sobre las competencias generales de las agencias para adoptar medidas jurídicamente vinculantes respecto a terceros. Dado que nada en la redacción del artículo 114 TFUE permitía concluir que las medidas adoptadas por el legislador de la Unión sobre la base de esta disposición debiesen limitarse, en lo que se refiere a sus destinatarios, exclusivamente a los Estados miembros, el legislador podía considerar necesario instituir un organismo de la Unión encargado de contribuir a alcanzar una armonización.⁵¹ En consecuencia, el artículo 114 TFUE era una base jurídica adecuada para adoptar el Reglamento n° 460/2004, en virtud del cual se creó la ENISA.

33. Podría parecer que problemas similares a los analizados por el Tribunal de Justicia en el asunto ENISA preocupaban al legislador de la Unión cuando decidió adoptar medidas específicas relativas a las ventas en corto, y más en concreto cuando optó por atribuir diversas funciones y responsabilidades a la AEVM en este campo. Así lo ilustra el primer considerando del Reglamento n° 236/2012, en el que se señala que las medidas adoptadas por los Estados miembros respecto a las ventas en corto a raíz de la crisis financiera de 2008 «fueron dispares, al carecer la Unión de un marco reglamentario común específico para hacer frente a la problemática de las ventas en corto». Algo similar se afirma en el segundo considerando del Reglamento n° 236/2012,⁵² según el cual es necesario armonizar las normas de las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, a fin de impedir, dada la probabilidad de que los Estados miembros sigan tomando medidas dispares, que se creen obstáculos para el correcto funcionamiento del mercado interior.

34. En consecuencia, soy del parecer de que en principio nada se puede objetar a la fundación de la AEVM y a que se regulen sus funciones y competencias sobre la base jurídica del artículo 114 TFUE. En términos generales, y desde el punto de vista de sus amplias funciones,⁵³ el papel de la AEVM en la aproximación de las normativas de los Estados miembros en relación con las ventas en corto cumple las condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia en la sentencia ENISA. Sin embargo, las facultades especiales de la AEVM en virtud del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 requieren un análisis más profundo.

49 — Apartado 42, citando la sentencia «aromas de humo».

50 — Apartado 43, citando la sentencia «aromas de humo».

51 — Apartado 44. Véanse también la sentencia de 9 de agosto de 1994, Alemania/Consejo (C-359/92, Rec. p. I-3681), apartado 37.

52 — El Tribunal de Justicia ha declarado que, «cuando existan obstáculos a los intercambios o sea probable la aparición de futuros obstáculos, derivados del hecho de que los Estados miembros hayan adoptado o estén en trámite de adoptar, en relación con un producto o con una categoría de productos, medidas divergentes que puedan garantizar niveles de protección distintos e impedir, por ello, que el producto o los productos de que se trate circulen libremente en la Comunidad, el artículo 95 CE faculta al legislador comunitario para que intervenga adoptando las medidas adecuadas, que respeten, por una parte, lo previsto en el apartado 3 de dicho artículo y, por otra, los principios jurídicos mencionados en el Tratado o establecidos por la jurisprudencia, en especial el principio de proporcionalidad». Véase la sentencia de 15 de julio de 2005, *The Queen* (C-154/04 y C-155/04, Rec. p. I-6451), apartado 32 y la jurisprudencia allí citada. De forma similar, véase la sentencia «aromas de humo», citada en la nota 43, apartado 41.

53 — Véase Moloney, *op.cit.*

2. El artículo 114 TFUE como base jurídica para el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012

35. Las objeciones formuladas por el Reino Unido en su cuarto motivo de anulación no son tan ambiciosas como una impugnación general de la base jurídica para la creación de la AEVM. Se refiere únicamente a las facultades conferidas a dicha agencia por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012.⁵⁴ El Reino Unido ha planteado su objeción de conformidad con el artículo 114 TFUE basándose en que dicha disposición del Tratado no puede autorizar medidas individuales dirigidas a personas físicas o jurídicas concretas de manera que, en tanto en cuanto el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 pretenda permitir tales medidas, excede lo contemplado en el artículo 114 TFUE.⁵⁵

36. Como ya he mencionado, *en principio* nada se ha de objetar a que se aplique el artículo 114 TFUE como base jurídica que faculte a las agencias para adoptar decisiones vinculantes respecto a terceros. Sin embargo, la piedra de toque para valorar si la atribución de tales facultades a una agencia está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 114 TFUE, es si las decisiones de dicha agencia contribuyen a la armonización del mercado interior, o constituyen tal armonización, en el sentido en que el Derecho de la Unión utiliza ese concepto.

37. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no respalda que se atienda al artículo 114 TFUE como única base jurídica para el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, pues la atribución de poderes decisorios a la AEVM en virtud de dicho artículo, en sustitución de las apreciaciones de las autoridades nacionales competentes, no puede considerarse una «medida relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tenga por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior», en el sentido del artículo 114 TFUE.⁵⁶

38. Las facultades atribuidas a la AEVM por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 van más allá de la armonización del mercado interior por las siguientes razones.

a) Análisis del contenido de las facultades atribuidas a la AEVM por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012

39. El efecto del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 consiste en elevar al nivel de la Unión, y más en concreto a la AEVM, una competencia de intervención que opera en circunstancias equivalentes a las que desencadenan los poderes de intervención de las autoridades competentes de los Estados miembros con arreglo a los artículos 18, 20 y 22 del Reglamento n° 236/2012. Además, las facultades del artículo 28 sólo pueden ejercerse si las citadas autoridades nacionales no han actuado para hacer frente adecuadamente a la amenaza que pesa sobre «el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o [sobre] la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión» [véase el artículo 28, apartado 2, letras a) y b), del Reglamento n° 236/2012].

54 — El Reino Unido se basa, sobre todo, en las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Alemania/Consejo, citadas en la nota 51, en que éste observó, en el punto 28, que el antiguo artículo 100 A «puede utilizarse sólo para adoptar medidas que establecen normas uniformes; la aplicación de dichas normas a los casos individuales es pues una cuestión que corresponde a las autoridades nacionales».

55 — A pesar del novedoso carácter de los términos usados en esta alegación y a la inexistencia de referencia expresa a la «falta de competencia» en la parte del recurso del Reino Unido que se refiere al artículo 114 TFUE, sus argumentos son suficientemente claros para que todas las partes y coadyuvantes puedan responder a ellos. Además, la «falta de competencia» es uno de los motivos que el Tribunal de Justicia formula de oficio por razones de orden público. Véanse, por ejemplo, la sentencia de 13 de julio de 2000, Salzgitter/Comisión (C-210/98 P, Rec. p. I-5843), apartado 56, y las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Parlamento/Consejo (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, C-355/10).

56 — En aras de la exhaustividad, quiero recordar que el artículo 115 TFUE tiene el mismo ámbito de aplicación material que el artículo 114, pero supedita las medidas de armonización, en los campos en él contemplados, a un procedimiento administrativo específico y exige la unanimidad del Consejo.

40. Como señaló el Reino Unido en la vista, por definición, la AEVM se formará opiniones sobre asuntos en que la autoridad competente de que se trate ya se haya formado una opinión distinta. Además, con arreglo al artículo 28, apartado 4, y al trigésimo tercer considerando del Reglamento n° 236/2012, la única entidad a la que la AEVM está obligada a consultar antes de imponer dichas medidas es la Junta Europea de Riesgo Sistémico («JERS»),⁵⁷ y ni el Consejo ni la Comisión participan como instituciones en el proceso de toma de decisiones. Como ya he mencionado, con arreglo al artículo 28, apartado 11, del Reglamento n° 236/2012, las medidas adoptadas por la AEVM prevalecerán sobre cualquier medida adoptada previamente por una autoridad competente nacional.

41. Dicho esto, no puede afirmarse que los poderes que el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 confiere a la AEVM sean absolutamente ilimitados. Como ya he señalado, el concepto que se esboza en el artículo 28, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 236/2012 ha sido precisado por el artículo 24, apartado 3, del Reglamento Delegado n° 918/2012 de la Comisión.⁵⁸

42. El ejercicio de los poderes conferidos por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 se sujeta a las siguientes condiciones y limitaciones: la AEVM está obligada a considerar hasta qué punto la medida «ataja de forma significativa la amenaza que pesa sobre el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o sobre la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión, o mejora de forma significativa la capacidad de las autoridades competentes de controlar la amenaza» [artículo 28, apartado 3, letra a)]; «no crea un riesgo de arbitraje regulador»; [artículo 28, apartado 3, letra b)], y «no tiene un efecto perjudicial sobre la eficiencia de los mercados financieros, como el de reducir su liquidez o crear incertidumbre entre los participantes en el mercado, que resulte desproporcionado con respecto a las ventajas de la medida» [artículo 28, apartado 3, letra c)].

43. Además, el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 prevé las siguientes garantías procesales. Como ya he mencionado, la AEVM está obligada a consultar a la JERS. Cuando proceda, también se ha de consultar a otras autoridades pertinentes, pero no es obligatorio (artículo 28, apartado 4). La AEVM está obligada a notificar a las autoridades competentes las medidas que se propone adoptar o renovar con una antelación mínima de 24 horas con respecto a la fecha de entrada en vigor o renovación de la medida, a menos que concurren «circunstancias excepcionales» (artículo 28, apartados 5 y 6) y, una vez adoptadas, las medidas deben ser notificadas a las autoridades competentes (artículo 28, apartado 8). Por último, la AEVM está obligada a publicar en su sitio web cualquier decisión de imponer o renovar medidas, indicando las razones para ello (artículo 28, apartado 7), y además está obligada a reexaminar toda medida adoptada cada tres meses; de lo contrario, queda automáticamente derogada (artículo 28, apartado 10). Volveré a ocuparme de las salvedades al ejercicio de los poderes de la AEVM previstos en el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 cuando analice la pertinencia de la jurisprudencia Meroni para resolver el litigio.

44. Sin embargo, es importante ser consciente de la magnitud de las facultades otorgadas a la AEVM frente a terceros. Como ya he comentado, la intervención de la AEVM con arreglo al artículo 28, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 236/2012 puede implicar obligaciones de divulgación para las personas jurídicas en cuanto a sus posiciones cortas netas en relación con un instrumento financiero concreto o una clase de instrumentos financieros. Asimismo, la AEVM puede imponer prohibiciones o condiciones relacionadas con las ventas en corto y otras operaciones similares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 236/2012.

57 — Creada por Reglamento (UE) n° 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (DO L 331, p. 1).

58 — Véase el punto 14 de las presentes conclusiones.

45. A mi parecer, y en contra de la argumentación que contienen las observaciones escritas de la Comisión, esto va mucho más allá de una facultad para «adoptar medidas relativas a un producto o a una categoría de productos determinados y, en su caso, medidas individuales referentes a estos productos».⁵⁹ De hecho, en este contexto, la AEVM no está desarrollando normas específicas y más detalladas sobre un determinado producto o servicio financiero, como sucede, por ejemplo, cuando la Comisión ejerce sus facultades para unificar la política de los Estados miembros en relación con un producto peligroso en virtud del artículo 13 de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, adoptada con arreglo al artículo 114 TFUE.⁶⁰ Lo que hace la AEVM es intervenir en las condiciones de competencia en un mercado financiero concreto, dentro del ámbito competencial de una autoridad nacional, cuando se dan ciertas circunstancias excepcionales. A mi parecer, el caso más parecido en el Derecho de la Unión al de las facultades conferidas por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 a la AEVM lo constituyen las facultades de intervención de la Comisión en materia de agricultura y antidumping, es decir, en áreas en las que la Comisión desarrolla una política común de la Unión.

46. Por lo tanto, un acto adoptado sobre la base del artículo 114 TFUE debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del artículo 114 TFUE como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia. Se impediría entonces al Tribunal de Justicia ejercer la función que le incumbe en virtud del artículo 19 TUE de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado.⁶¹ Por ello, al controlar si el artículo 114 TFUE es la base jurídica adecuada para un determinado acto de la Unión, el Tribunal de Justicia debe verificar si el acto cuya validez se cuestiona persigue efectivamente los verdaderos objetivos de mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior invocados por el legislador de la Unión.⁶²

47. Además, tampoco es suficiente la posibilidad de que aparezcan futuros obstáculos a los intercambios comerciales a causa de las disparidades en la legislación de los Estados miembros: la aparición de tales obstáculos debe ser probable y la medida de que se trate debe tener por objeto su prevención.⁶³

b) El artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 114 TFUE como base jurídica

48. En la sentencia ENISA, el Tribunal de Justicia declaró que el legislador de la Unión podía considerar necesario instituir un organismo comunitario encargado de contribuir a alcanzar una armonización «en situaciones en las que, para facilitar la ejecución y aplicación uniformes de actos basados en dicha disposición, se considera que es adecuado adoptar medidas no vinculantes de acompañamiento y encuadramiento».⁶⁴

59 — La Comisión cita la sentencia Alemania/Consejo, citada en la nota 51, apartado 37, en que se expone este principio.

60 — DO 2002, L 11, p. 4. Es interesante observar que las decisiones de la Comisión en virtud de esta disposición exigen su aplicación por las autoridades nacionales competentes en un plazo de veinte días, salvo que en la decisión concreta se especifique otro plazo.

61 — Sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419), apartado 84.

62 — Apartado 85 y jurisprudencia citada.

63 — Apartado 86. De forma similar, véase la sentencia de 8 de junio de 2010, Vodafone y otros (C-58/08, Rec. p. I-4999), apartado 33.

64 — Citada en la nota 42, apartado 44.

49. Asimismo, el Tribunal de Justicia subrayó que las misiones confiadas a dicho organismo deben estar estrechamente ligadas a las materias que son objeto de actos de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, lo que ocurre, en particular, cuando el organismo presta a las autoridades nacionales, o a los operadores, una asistencia que tiene repercusión sobre la puesta en práctica homogénea de los instrumentos de armonización y que puede facilitar su aplicación.⁶⁵

50. Sin embargo, los poderes decisorios que confiere a la AEVM el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 guardan poca semejanza con los actos descritos por el Tribunal de Justicia en tan importantes pasajes de la sentencia ENISA. En primer lugar, las decisiones adoptadas en virtud del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 son jurídicamente vinculantes, mientras que el Tribunal de Justicia, en la sentencia ENISA, analizaba medidas no vinculantes jurídicamente. Aunque esto no es de por sí un óbice, resulta difícil imaginar cómo el ejercicio de una facultad conferida por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 puede contribuir a una armonización como la descrita por el Tribunal de Justicia en la sentencia ENISA. Su función es más bien elevar las competencias de aplicación de los artículos 18, 20 y 22 del Reglamento n° 236/2012 desde el plano nacional hasta el de la Unión en caso de discrepancia entre la AEVM y la autoridad nacional competente o entre autoridades nacionales.

51. De hecho, el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 crea un mecanismo de toma de decisiones de emergencia en el plano de la Unión que entra en funcionamiento cuando las autoridades nacionales competentes en cuestión no están de acuerdo en cuanto a las medidas oportunas. Debido a las reglas de mayoría de la AEVM, esta actuación se puede llevar a cabo en virtud de una mayoría cualificada de su Junta de Supervisores.⁶⁶

52. Por lo tanto, el resultado de la activación de las facultades de la AEVM previstas en el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 no es la armonización ni la adopción de prácticas uniformes en el plano de los Estados miembros, sino la sustitución de la toma de decisiones a escala nacional conforme a los artículos 18, 20 y 22 del Reglamento n° 236/2012 por la toma de decisiones a escala de la Unión.

53. Por lo tanto, aunque son correctas las observaciones escritas del Parlamento cuando afirma que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se pueden crear agencias y se les pueden atribuir funciones en virtud del artículo 114 TFUE siempre que formen parte de un contexto normativo que aproxime las disposiciones relevantes para el mercado interior,⁶⁷ el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 excede esos límites.

3. El artículo 352 TFUE como base jurídica adecuada para el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012

54. En aras de la exhaustividad, quisiera añadir que en mi opinión el artículo 352 TFUE podría haber constituido una base jurídica adecuada para el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012. En efecto, existe una clara necesidad de actuación por parte de la Unión, dado que en un mercado integrado de instrumentos financieros una inacción o una actuación inadecuada de una autoridad nacional competente en relación con las ventas en corto pueden tener efectos transfronterizos significativos. Entre ellos cabe mencionar las distorsiones en los sistemas bancarios de los Estados miembros distintos de aquel en que se encuentra el mercado donde se realizan ventas en corto. Por lo tanto, en situaciones que pongan en peligro el buen funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de todo o parte del sistema financiero de la Unión, resultaría tan necesario como

65 — Apartado 45.

66 — Las decisiones de la AEVM las adopta la Junta de Supervisores. Sólo son miembros con derecho a voto los máximos representantes de las autoridades públicas nacionales competentes en materia de supervisión de los participantes en los mercados financieros (artículo 40 del Reglamento n° 1095/2010). Como he mencionado en la [nota 36], las decisiones de la Junta se adoptan bien por mayoría simple o, excepcionalmente, por una mayoría cualificada de los miembros con derecho a voto (artículo 44, apartado 1, del Reglamento n° 1095/2010).

67 — El Parlamento se remite a la sentencia ENISA, citada en la nota 42, apartados 42 a 45, 59 y 60, para respaldar esta alegación.

proporcionado un procedimiento centralizado de toma de decisiones que permitiese una aplicación uniforme de la normativa de la Unión sobre las ventas en corto. Pero, por las razones antes expuestas, un procedimiento centralizado y urgente de adopción de decisiones que sustituya a la decisión de la autoridad competente del Estado miembro sin su consentimiento, o que supla la falta de tal decisión, no puede considerarse comprendido en el concepto de «aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros» con arreglo al artículo 114 TFUE.

55. Dicho esto, a mi parecer, el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 es «necesario» en el sentido del artículo 352 «para alcanzar uno de los objetivos» fijados por los Tratados. Estoy pensando ahora en la sentencia *Massey-Ferguson*,⁶⁸ en la que el Tribunal de Justicia declaró que el funcionamiento del mercado común exigía «necesariamente» la determinación uniforme del valor en aduana de las mercancías importadas de países terceros, de forma que el nivel de la protección materializada en el Arancel Aduanero Común fuese el mismo en toda la Comunidad.⁶⁹ Por razones que ya he expuesto, los poderes de intervención de la AEVM en virtud del artículo 28, apartado 1, del Reglamento n° 236/2012 tienen el mismo grado de «necesidad» para alcanzar los objetivos del mercado interior, debido a las repercusiones transfronterizas de una actuación inadecuada de los Estados miembros respecto a las ventas en corto.

56. Al mismo tiempo, quiero recalcar que el hecho de que el funcionamiento del mercado común se vea «afectado» por las ventas en corto no basta para admitir el artículo 114 TFUE como base jurídica del artículo 28 del Reglamento n° 236/12.⁷⁰ Dicho de otra manera, el artículo 114 TFUE no es base jurídica disponible y alternativa que pueda impedir el recurso al artículo 352 TFUE.⁷¹ Las intervenciones que la AEVM está facultada para emprender en virtud del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 van más allá de una armonización en virtud del artículo 114 TFUE. Sin embargo, son necesarias para el funcionamiento del mercado interior de la Unión, debido a las perturbaciones que causaría el hecho de que algún Estado miembro no previniese las consecuencias de las ventas en corto en circunstancias excepcionales.⁷² Asimismo, el recurso al artículo 352 TFUE no puede «servir de base para ampliar el ámbito de competencias» de la Unión «más allá del marco general que resulta» de las disposiciones del Tratado UE y, «en particular, de las que definen las misiones y acciones» de la Unión.⁷³

57. Además, el Tribunal de Justicia ha admitido expresamente el recurso al artículo 352 TFUE para medidas «específicamente dirigidas contra particulares»,⁷⁴ cuando dichas medidas estén vinculadas a ciertos objetivos de la Unión a efectos del artículo 352 TFUE.⁷⁵ A mi parecer, y debido a los efectos que para el funcionamiento del mercado pueden derivarse de una falta de actuación adecuada por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros respecto a las ventas en corto, los objetivos del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 se corresponden con los de la Unión a los que se refiere el artículo 352 TFUE.⁷⁶

68 — Sentencia de 12 de julio de 1973 (8/73, Rec. p. 897).

69 — Apartado 3.

70 — Sentencia de 26 de marzo de 1996, Parlamento/Consejo (C-271/94, Rec. p. I-1689), apartado 32.

71 — Sentencias de 26 de marzo de 1987, Comisión/Consejo (45/86, Rec. p. I-1493), y de 13 de julio de 1995, España/Consejo (C-350/92, Rec. p. I-1985), apartado 26.

72 — Estoy de acuerdo con la afirmación de A. Dashwood en el artículo titulado «Article 308 EC as the Outer Limits of Expressly Conferred Community Competence», en Barnard, C., y Odudu, O., (ed.): *The Outer Limits of European Union Law* (Hart Publishing, Oxford, 2009) pp. 35 a 44, especialmente p. 40, en el sentido de que «el artículo 308 [actualmente artículo 352] puede seguir siendo un instrumento útil y constitucionalmente adecuado, al permitir que se amplíen las facultades de las instituciones sujetas a bases jurídicas específicas, cuando se manifieste necesario para alcanzar el objetivo comunitario para el cual se confirió la facultad de que se trate».

73 — Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (C-402/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 203.

74 — Sentencia Kadi y Al Barakaat, antes citada, apartado 235.

75 — Sentencia Kadi y Al Barakaat, antes citada, apartado 220.

76 — Sentencia Kadi y Al Barakaat, antes citada, apartado 227.

58. Dado que el artículo 352 TFUE exige unanimidad entre los Estados miembros, la idoneidad de la base jurídica para la adopción del Reglamento n° 236/2012, desde el punto de vista de la amplitud del consenso que respaldó la adopción del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, no es asunto baladí. El Reino Unido se opuso al artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 en el proceso legislativo con arreglo al artículo 114 TFUE, que requiere únicamente mayoría cualificada en el Consejo.⁷⁷ Como ya he señalado, no se aplica derecho de veto cuando la Junta de Supervisores de la AEVM ejerce sus facultades con arreglo al artículo 28 del Reglamento n° 236/2012. Desde el Tratado de Lisboa, el artículo 352 TFUE, apartado 2, contiene una obligación para la Comisión de formular propuestas a los Parlamentos nacionales basadas en dicha disposición.⁷⁸ Por lo tanto, el recurso al artículo 352 TFUE como base jurídica para el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, habría abierto una importante vía para reforzar la participación democrática.⁷⁹

59. Por las razones expuestas, llego a la conclusión de que el Tribunal de Justicia debe anular el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 por falta de competencia, puesto que el artículo 114 TFUE no era base jurídica adecuada para su adopción.⁸⁰

C. Alegaciones del Reino Unido basadas en las sentencias Meroni y Romano a la luz de los artículos 290 TFUE y 291 TFUE

1. Consideraciones preliminares

60. En vista de mi conclusión acerca del cuarto motivo de impugnación formulado por el Reino Unido ante el Tribunal de Justicia, mi argumentación respecto a los motivos primero a tercero se presenta sólo para el caso de que el Tribunal de Justicia considere que el artículo 114 TFUE constituye base jurídica adecuada para la adopción del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012. En mi opinión, los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, tanto los dirigidos a aclarar la distinción entre medidas (normativas) delegadas y facultades (ejecutivas) de aplicación,⁸¹ como las modificaciones que sujetan el control judicial de los actos de las agencias de la Unión a la arquitectura jurídica de ésta significan que la jurisprudencia Romano y Meroni precisa ser acomodada al entramado actual del Derecho constitucional de la Unión.

77 — Actas de la sesión n° 3148 del Consejo de la Unión Europea celebrado en Bruselas el 21 de febrero de 2012, punto 1 del orden del día. Huelga decir que los principios generales de la constitucionalidad y el Estado de Derecho impiden atender a ninguna consideración de conveniencia política al determinar la base jurídica adecuada para un acto legislativo de la Unión, que debe basarse exclusivamente en criterios objetivos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce que la cuestión de si el procedimiento legislativo precedente se ve afectado por una elección de la base jurídica ha de determinar si el Tribunal de Justicia debe o no conocer de este asunto. Sentencia de 9 de septiembre de 2004, España y Finlandia/Parlamento y Consejo (C-184/02 y C-223/02, Rec. p. I-7789), apartados 42 a 44. Véase, en sentido similar, la sentencia del Tribunal General de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros (T-213/00, Rec. p. II-913), apartados 85 a 103. En el apartado 103, el Tribunal General concluyó que «procede desestimar el motivo de las demandantes basado en una elección errónea de la base jurídica, por cuanto el error alegado no privó a las partes de las garantías de procedimiento establecidas en los reglamentos pertinentes y no produjo ninguna consecuencia negativa en su situación jurídica». Esta sentencia fue recurrida sin éxito ante el Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/CMA CGM y otros (C-236/03 P), auto de 28 de octubre de 2004.

78 — En cambio, como se ha observado en un comentario, cuando «se empezaron a crear agencias conforme al procedimiento de codecisión, el Parlamento Europeo tuvo ocasión de desempeñar un papel significativo en el diseño de sus contratos». (Busuioc, *op. cit.*, p. 117).

79 — Una observación similar hizo el Tribunal de Justicia respecto del Parlamento Europeo en la sentencia Kadi y Al Barakaat, antes citada, apartado 235.

80 — Reconozco que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, reflejada por ejemplo en la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/Consejo (C-338/01, Rec. p. I-4829), apartados 56 y 57, excepcionalmente, «si resulta probado que el acto persigue al mismo tiempo distintos objetivos que están inseparablemente unidos, sin que pueda considerarse que uno es secundario y complementario con respecto al otro, dicho acto deberá adoptarse sobre las distintas bases jurídicas pertinentes (véanse, en particular, las sentencias de 19 de septiembre de 2002, Huber, C-336/00, Rec. p. I-7699, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Comisión/Consejo, C-281/01, Rec. p. I-12049, apartado 35, y de 11 de septiembre de 2003, Comisión/Consejo, antes citada, apartado 40, así como el dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. p. I-9713, apartado 23). Sin embargo, la acumulación de dos bases jurídicas queda excluida cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica son incompatibles (sentencias de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo, denominada «dióxido de titanio», C-300/89, Rec. p. I-2867, apartados 17 a 21, y de 25 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo, C-164/97 y C-165/97, Rec. p. I-1139, apartado 14). Evidentemente, estos principios se aplican a toda base jurídica alternativa sobre la que pudiera fundamentarse el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012.

81 — Véase Lenaerts, K. y van Nuffel, P.: *European Union Law* (tercera edición, Sweet and Maxwell, Londres, 2011) apartados 17-008 a 17-011.

a) La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Meroni

61. La sentencia Meroni, antes citada, de 1958, se refería a una impugnación del sistema de compensación de chatarra importada de terceros países establecido con arreglo al Tratado CECA y, más en concreto, a una suma recaudada por la Alta Autoridad en virtud de dos decisiones de la Oficina Común de Consumidores de Chatarra y de la Caja de Compensación de Chatarra (en lo sucesivo, «organismos de Bruselas»), a quienes la Alta Autoridad de la CECA había confiado la aplicación del sistema. Los dos organismos de Bruselas eran entidades de Derecho privado constituidos con arreglo a la legislación belga.

62. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que la Alta Autoridad estaba facultada para delegar sus competencias en organismos externos. Sin embargo, tal delegación estaba sujeta a las restricciones impuestas por el Tratado CECA. El Tribunal de Justicia consideró que la Alta Autoridad no podía atribuir a la autoridad delegada facultades distintas de las que la Alta Autoridad poseía en virtud del Tratado CECA.⁸² Por ejemplo, las decisiones de los organismos de Bruselas no estaban sometidas al control del Tribunal de Justicia en las condiciones previstas por el artículo 33 del Tratado CECA, limitación que sí afectaba a los actos jurídicos de la Alta Autoridad.⁸³ Además, el Tribunal de Justicia observó que las delegaciones de facultades sólo eran legítimas si eran necesarias para la realización de los cometidos de la Alta Autoridad, y toda delegación de facultades sólo podía referirse a facultades de ejecución, exactamente definidas, y totalmente controladas en el uso que se hace de ellas, por la Alta Autoridad.⁸⁴

63. En este contexto es cuando el Tribunal de Justicia llegó a su conocida conclusión de que «la delegación de facultades hecha en favor de los organismos de Bruselas mediante la Decisión nº 14/55 les otorga una libertad de apreciación que implica una amplia facultad discrecional y que no puede considerarse compatible con las exigencias del Tratado».⁸⁵

64. Por lo tanto, en vista del contexto en que el Tribunal de Justicia resolvió el asunto Meroni, antes citado, para mí está claro que le preocupaban dos problemas: en primer lugar, la ausencia de todo control judicial sobre los actos de los organismos de Bruselas y, en segundo lugar, el que la Alta Autoridad delegase facultades más amplias que las suyas propias, que calificó de tan amplias que llegaban a la arbitrariedad. Así pues, en mi opinión el Tribunal de Justicia lo que hizo fue defender los imperativos constitucionales de control judicial efectivo y equilibrio institucional.

b) Las conclusiones del Tribunal de Justicia en el asunto Romano

65. Preocupaciones similares impregnan las conclusiones del Tribunal de Justicia en el asunto Romano, en que conoció de una petición de decisión prejudicial de un tribunal laboral belga sobre la interpretación y validez de la Decisión 101 de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (en lo sucesivo, «Comisión Administrativa»)⁸⁶ y la interpretación del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo

82 — Sentencia Meroni, citada en la nota 11, página 150. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló que «la posibilidad para los organismos de Bruselas de tomar decisiones sin atenerse a los requisitos a los cuales hubieran estado sometidos si se hubieran adoptado directamente por la Alta Autoridad, da de hecho a los organismos de Bruselas facultades más amplias de las que la Alta Autoridad recibe del Tratado».

83 — Página 149.

84 — Página 152.

85 — Página 154.

86 — DO 1976, C 44, p. 3; EE 05/02, p. 78.

a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad.⁸⁷ La Comisión Administrativa había sido creada con arreglo a este último Reglamento, y había tomado una decisión que afectaba negativamente al importe que debía percibir el Sr. Romano en concepto de pensión de jubilación.

66. Al resolver sobre las facultades de la Comisión Administrativa, el Tribunal de Justicia llegó a la conocida conclusión siguiente:

«[...] tanto del artículo 155 del Tratado como del sistema jurisdiccional creado por el Tratado y, en particular, por sus artículos 173 y 177, se desprende que un órgano como la Comisión Administrativa no puede ser habilitado por el Consejo para adoptar actos de carácter normativo.»⁸⁸

67. Tal y como se señaló en la vista, las versiones francesa, neerlandesa, alemana y española de la sentencia Romano, antes citada, demuestran que su alcance se limitaba a prohibir la adopción de *actos de carácter normativo* por los organismos. Por ejemplo, los «actos de carácter normativo» del apartado 20 de la sentencia Romano, antes citada, se expresan en el texto francés como «acts revêtant un caractère normatif». Por lo tanto, la traducción inglesa «acts having the force of law» debe entenderse a la luz de las demás versiones.

2. Las sentencias Meroni y Romano, antes citadas, en el contexto de la actual legislación de la Unión sobre agencias reguladoras

68. Se ha afirmado que el Tribunal de Justicia debe aplicar ahora los preceptos de la sentencia Meroni, antes citada, a todas las agencias actuales de la Unión.⁸⁹ En resumen, el problema reside en conciliar la proliferación de agencias con la prohibición establecida en la sentencia Meroni, antes citada, de delegar a favor de agencias y otros organismos facultades discrecionales desmesuradamente amplias o insuficientemente definidas,⁹⁰ y la prohibición de que las agencias adopten actos «de carácter normativo», de conformidad con la sentencia Romano, antes citada.

69. Es necesario subrayar las diferencias fundamentales en cuanto al contexto fáctico y jurídico entre las agencias consideradas por el Tribunal de Justicia en 1958 en la sentencia Meroni, antes citada, y la forma en que dichas agencias funcionan hoy en día. En cierto comentario se describieron de la siguiente manera:

«Los organismos de Bruselas [considerados en el asunto Meroni] eran entidades de Derecho privado, mientras que las agencias de la UE son organismos públicos sujetos al Derecho de la Unión. Aunque es perfectamente válido designar a los primeros como “organismos externos”, no es así para las segundas. Los organismos de Bruselas habían recibido facultades de la Alta Autoridad, mientras que las agencias de la UE las crea y les atribuye facultades el legislador de la Unión. Además, la sentencia Meroni se dictó durante la vigencia del Tratado CECA, mientras que las agencias actuales de la UE se rigen por los Tratados de la UE.»⁹¹

87 — DO L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156.

88 — Sentencia Romano, citada en la nota 12, apartado 20. El Abogado General Warner fue más contundente al negar el carácter normativo de las decisiones de la Comisión Administrativa atendiendo a la ausencia de facultades de control judicial. Véanse sus conclusiones presentadas el 20 de noviembre de 1980 en dicho asunto, punto 1265.

89 — Chamon (2011) *op.cit.*, p. 1056. No obstante, el autor observa que el Abogado General Geelhoed, en sus conclusiones presentadas el 21 de enero de 2003 en el asunto Comisión/Parlamento y Consejo (C-378/00, Rec. p. I-937), abogó en una nota a pie de página por la aplicación de la jurisprudencia Meroni, antes citada, a las agencias, pero no desarrolló el argumento.

90 — Chamon (2011), *op. cit.*, p. 1058.

91 — Chamon (2011), *op.cit.*, p. 1059.

70. Las limitaciones a la posibilidad de aplicar la sentencia Romano, antes citada, a la actual legislación sobre agencias se ilustran en la propia sentencia. A mi parecer, es evidente que, al impedir la atribución de poderes legislativos a la agencia de que se trataba, el Tribunal de Justicia era consciente de la falta de un instrumento en el Tratado CEE, en su versión de entonces, para el control judicial de dichas medidas. Sin embargo, el Tratado de Lisboa cubrió ese vacío, reestructuró la delegación de poderes legislativos en el artículo 290 TFUE y aclaró el alcance y el funcionamiento de los poderes de ejecución en el artículo 291 TFUE.

71. En cuanto a la sentencia Meroni, antes citada, las preocupaciones del Tribunal de Justicia acerca del equilibrio institucional y la necesidad de proscribir la delegación de facultades desmesuradamente amplias o arbitrarias son tan vigentes ahora como lo eran en 1958. Sin embargo, también deben afrontarse teniendo en cuenta la evolución del Derecho primario de la Unión, reflejada en los artículos 290 TFUE y 291 TFUE.

72. Como voy a exponer en el siguiente epígrafe, la transformación del Derecho constitucional de la Unión a raíz del Tratado de Lisboa ha resuelto los problemas fundamentales de que se ocupó el Tribunal de Justicia en las sentencias Meroni y Romano, antes citadas: la falta de unos criterios basados en el Tratado para atribuir y delegar funciones de manera que se garantizase el respeto del equilibrio institucional, y el vacío en cuanto al control judicial de los actos jurídicamente vinculantes de las agencias.

3. Los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa

73. Como ya he señalado, la competencia del Tribunal de Justicia para revisar los actos de los «órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros» ha sido confirmada ahora por el párrafo primero del artículo 263 TFUE, mientras que el párrafo segundo establece que el Tribunal de Justicia tiene a su disposición, al revisar los actos de las agencias, los motivos tradicionalmente existentes en el Derecho de la Unión.⁹² Con arreglo al párrafo primero del artículo 265 TFUE, el recurso por omisión también se puede ejercitar para impugnar la labor de las agencias, y la letra b) del párrafo primero del artículo 267 TFUE garantiza que el control de validez por los órganos jurisdiccionales nacionales también se pueda aplicar a las agencias. Las agencias han sido incluidas en el último nivel de la arquitectura judicial de la UE mediante su mención en el recurso de ilegalidad del artículo 277, aplicable a los actos de alcance general. En cambio, no se hace ninguna referencia a las agencias en las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión y a la indemnización, concretamente los artículos 268 TFUE y 340 TFUE, si bien, conforme a la jurisprudencia, la acción de indemnización se puede ejercer frente a los actos de las agencias.⁹³

74. En vista de las citadas disposiciones del Tratado, es evidente que se puede atribuir a las agencias facultades para tomar decisiones jurídicamente vinculantes dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros. De lo contrario, estas modificaciones del Tratado carecerían de sentido. Por lo tanto, a mi parecer, al igual que en principio no puede haber óbice para que agencias como la AEVM adopten medidas con efectos jurídicos frente a terceros, como los inversores y los agentes de valores, en principio tampoco puede haber óbice para tales medidas de conformidad con la jurisprudencia Meroni o la jurisprudencia Romano, antes citadas.

92 — Con arreglo al párrafo quinto del artículo 263 TFUE, los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión pueden prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos. Con arreglo al artículo 61 del Reglamento n° 1095/2010, el Tribunal General y, en último término, el Tribunal de Justicia ejercen el control judicial relativo a la aplicación del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012.

93 — Sentencia Sogelma/AER, citada en la nota 14.

75. Dicho esto, reconozco que, aunque el Tratado de Lisboa traza claramente el régimen de control judicial de las leyes y decisiones de las agencias, resulta más enigmático a la hora de delimitar los poderes de éstas.⁹⁴ Ello se debe a la falta de referencia a las agencias tanto en el artículo 290 TFUE, que prevé la delegación de la regulación a la Comisión en actos legislativos, como en el artículo 291 TFUE, que atribuye facultades de ejecución a los Estados miembros, a la Comisión y, en algunos casos específicos, al Consejo. Antes del Tratado de Lisboa se combinaban dos tipos de poderes bajo la expresión «facultades de ejecución», pese a su diferente carácter. Se trataba de la facultad de adoptar un acto normativo que modificase o complementase un acto legislativo de base, y la facultad de aplicar o ejecutar a escala de la Unión un acto legislativo de ésta o alguna de sus disposiciones.⁹⁵ En la Convención Europea se propuso delimitar claramente estos dos aspectos,⁹⁶ lo que se incluyó en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.⁹⁷ Este cambio definitivo halló su encaje en el Tratado de Lisboa en los artículos 290 TFUE y 291 TFUE.⁹⁸

76. En esencia, el artículo 290 TFUE permite la delegación de poderes para adoptar normas que complementen o modifiquen determinados elementos no esenciales de un acto legislativo.⁹⁹ Dichos poderes sólo se pueden delegar en la Comisión. En otras palabras, un acto delegado de conformidad con el artículo 290 confiere a la Comisión el poder de realizar cambios no esenciales en actos legislativos específicos y la facultad de complementarlos. Sin embargo, al mismo tiempo, el artículo 290 supedita la delegación a estrictas condiciones, a fin de preservar la responsabilidad democrática en la actividad normativa de la UE. Con arreglo al artículo 290, apartado 1, los «objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de poderes» deben quedar expresamente delimitados en los actos legislativos de que se trate.¹⁰⁰

77. El artículo 291 TFUE, relativo a las facultades de ejecución, persigue un objetivo diferente. En primer lugar, establece la norma fundamental de que la ejecución de la legislación de la Unión es competencia de los Estados miembros. En segundo lugar, cuando no sea posible asegurar de otra forma la aplicación uniforme de las medidas de la Unión jurídicamente vinculantes, se pueden conferir competencias de ejecución a la Comisión o, con ciertas condiciones restrictivas, al Consejo. En consecuencia, las facultades de ejecución se pueden ejercer en el ámbito de la Unión en lugar de en el ámbito nacional. Por lo tanto, estoy de acuerdo con los autores que ven el objetivo de las facultades de ejecución del artículo 291 TFUE en permitir que se dote de un contenido normativo más detallado al acto que se ha de ejecutar, a fin de facilitar su aplicación. Se trata de un objetivo muy distinto del de

94 — Como observan Hofmann y Morini, *op.cit.*, p. 420.

95 — Piris, J-C.: *The Constitution for Europe. A legal Analysis* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006) p. 73.

96 — Véase el Informe final del Grupo de Trabajo IX, sobre Simplificación, de 29 de noviembre de 2002, CONV 424/02, WG IX 12, pp. 10 a 12.

97 — Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DO 2004, C 310, p. 1, artículo I-36, sobre Reglamentos europeos delegados, y I-37, sobre Actos de ejecución. Un análisis detallado de las normas jurídicas últimamente adoptadas al amparo del Tratado de Lisboa lo encontramos en Hofmann, H.: «Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality», *European Law Journal* 15 (2009), pp. 482 a 505.

98 — Véase, en general, Schwarze, J.: «European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon», *European Public Law* 18 (2012), pp. 285 a 304, especialmente pp. 294 a 296; Peers, S. y Costa, M.: «Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon», *European Law Journal* 18 (2012), pp. 427 a 460, especialmente pp. 439 a 460. A los artículos 290 TFUE y 201 TFUE precedieron los artículos 145 CEE y 155 CEE y los artículos 202 CE y 211 CE, que, sin embargo, no distinguían entre delegación de facultades normativas y aplicación en el sentido de ejecución.

99 — Sobre el artículo 290 en general, véase Blumann, C., «À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les “nouveaux” actes délégués», *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué* (Daloz, París, 2010) pp. 127 a 144; Garzón, C., «Les actes délégués dans le système des sources du droit de l'Union Européenne», *ERA Forum* 12 (2011) pp. 105 a 134.

100 — En su sentencia de 5 de septiembre de 2012, Parlamento/Consejo (C-355/10), apartados 64 a 66, el Tribunal de Justicia consideró que «según reiterada jurisprudencia, la adopción de las normas esenciales de la materia de que se trata está reservada a la competencia del legislador de la Unión [...] Las normas esenciales de la materia de que se trata deben adoptarse en la normativa de base y no pueden ser objeto de delegación [...] De ese modo, no pueden ser objeto de una delegación de ese tipo las disposiciones cuya adopción hace necesarias elecciones políticas comprendidas en las responsabilidades propias del legislador de la Unión [...] De ello se desprende que las medidas de ejecución no pueden ni modificar elementos esenciales de una normativa de base ni completar ésta mediante nuevos elementos esenciales».

las medidas adoptadas en virtud de una delegación con arreglo al artículo 290, a saber, liberar al legislador de la Unión de la necesidad de modificar o complementar elementos no esenciales de un acto legislativo, a la vez que se le reserva la decisión acerca de los aspectos esenciales en ese campo.¹⁰¹

78. Obviamente, no siempre es fácil trazar el límite entre complementar un acto legislativo con elementos no esenciales y adoptar normas detalladas de ejecución.¹⁰² Sin embargo, tal como apunta un filósofo, «la existencia de casos límite no implica la ausencia de casos claramente positivos o negativos».¹⁰³

79. Sin embargo, en contra de los argumentos del Reino Unido en su recurso de anulación, esto no significa que una medida de ejecución del artículo 291 TFUE no pueda ser de alcance general. Y, cuando lo es, equivale a un acto reglamentario en el sentido del artículo 263, párrafo cuarto.¹⁰⁴ Esta conclusión se deriva necesariamente del hecho de que el Tratado de Lisboa añadió una referencia a las agencias en el artículo 277 TFUE que, como se señala en las observaciones escritas del Parlamento, prevé un recurso de ilegalidad respecto a los actos de «alcance general». A esto deseo añadir la referencia a las agencias en el control de validez del artículo 267, que tradicionalmente afecta a los actos normativos.

80. Además, las medidas de ejecución del artículo 291 TFUE pueden adoptar la forma de decisiones administrativas individuales.¹⁰⁵ Sin embargo, las decisiones administrativas individuales, obviamente, están excluidas por el artículo 290 TFUE. Por lo tanto, los artículos 290 TFUE y 291 TFUE únicamente se solapan en el hecho de que los actos que sean materialmente normativos con arreglo al artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, y tengan la forma jurídica de un reglamento o una decisión de alcance general, pueden adoptarse en virtud de cualquiera de las dos disposiciones.

81. De aquí se deduce que el Tratado FUE, a diferencia de los anteriores Tratados, ha introducido una estricta distinción conceptual entre actos delegados y actos de ejecución. Los actos delegados con arreglo al artículo 290 TFUE son actos no legislativos (reglamentarios) de alcance general adoptados por la Comisión a fin de modificar o complementar elementos no esenciales de un acto legislativo. Los actos de ejecución del artículo 291 TFUE pueden ser actos normativos o decisiones administrativas individuales. Pueden ser adoptados por la Comisión o por el Consejo con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las medidas de la Unión jurídicamente vinculantes. Por otro lado, debido a la inserción obligatoria de las palabras «delegado» o «de ejecución» en su título, ambos tipos de actos ejecutivos se pueden distinguir ahora formalmente de los instrumentos utilizados para adoptar los actos legislativos.¹⁰⁶

101 — Kröll, T.: «Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band 66, 2011, pp. 253-298, especialmente p. 284.

102 — Acerca de la delimitación entre los artículos 290 y 291, véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Aplicación del artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», Bruselas 9 de diciembre de 2009, COM(2009) 673 final, punto 2.2. Un resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las competencias de ejecución, en las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas el 17 de abril de 2012 en el asunto Parlamento/Consejo, citado en la nota 101, puntos 26 a 29.

103 — Körner, S.: *Experience and Conduct. A Philosophical Enquiry into Practical Thinking*, (Cambridge University Press, Cambridge, 1980) p. 186.

104 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 17 de enero de 2013 en el asunto Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo (C-583/11 P), punto 56.

105 — Sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión/Parlamento (C-122/04, Rec. p. I-2001), apartado 37 y la jurisprudencia allí citada. Véase también el artículo I-37, apartado 4, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, citado en la nota 97, conforme al cual los actos de ejecución de la Unión podrían haber revestido la forma de reglamento europeo de ejecución o de decisión europea de ejecución.

106 — Lenaerts y van Nuffel, *op.cit.*, apartado 17-006.

82. De hecho, esta distinción se refleja en el propio Reglamento n° 236/2012, en el que las competencias delegadas y las de ejecución se regulan en capítulos diferentes. Las competencias de ejecución se confieren a la Comisión mediante el artículo 44 (capítulo VIII) del Reglamento n° 236/2012, mientras que la competencia para adoptar actos delegados se confiere en el artículo 42 (capítulo VII).¹⁰⁷

4. Consecuencias constitucionales

83. La principal cuestión constitucional relativa a los actos delegados en virtud del artículo 290 TFUE se refiere a la responsabilidad democrática.¹⁰⁸ En otras palabras, ¿cuántas competencias legislativas pueden delegarse y cómo puede controlar el legislador el ejercicio de esas competencias delegadas? En cambio, los principales aspectos constitucionales en relación con los actos de ejecución en virtud del artículo 291 TFUE son el respeto de la competencia primaria de los Estados miembros para la ejecución del Derecho de la Unión, y el equilibrio institucional entre el Consejo y la Comisión cuando asumen funciones de ejecución.

84. En mi opinión, tal como se ha señalado en las observaciones escritas de la Comisión, sólo ésta puede recibir las competencias delegadas del artículo 290 TFUE. Ello significa que, en este contexto, la prohibición de la doctrina Romano de atribuir a las agencias poderes legislativos o cuasi-legislativos sigue siendo válida tanto en el sentido de que el legislador de la Unión no debe delegar sus poderes legislativos a una agencia como en el sentido de que sería ilícita una subdelegación de la Comisión a una agencia de los poderes delegados a ella en virtud del artículo 290 TFUE.¹⁰⁹

85. Las agencias deben necesariamente quedar excluidas de las delegaciones de competencias en virtud del artículo 290, pues el ejercicio de dichas competencias modifica el contenido normativo de los actos legislativos, si bien respecto a sus elementos no esenciales. La exclusión de las agencias y de todos los demás organismos externos a la Comisión también se deriva de la redacción del artículo 290 TFUE. Además, el mecanismo relativo a las condiciones a las que el legislador puede someter la delegación prevista en el artículo 290 TFUE, apartado 2, excluye claramente a las agencias, pues éstas no pueden participar en el sistema de equilibrio y control interinstitucionales. El principio de democracia, consagrado en los artículos 2 TUE y 10 TUE, establece necesariamente que toda competencia para adoptar un acto de la Unión que pueda alterar elementos no esenciales de un acto legislativo de la Unión debe ejercerlo una institución de la UE que sea democráticamente responsable, es decir, la Comisión, que responde en último término ante el Parlamento Europeo.¹¹⁰

86. Por el contrario, no existe ninguna restricción similar para las competencias de ejecución del artículo 291 TFUE. Obviamente, al igual que el artículo 290 TFUE, el artículo 291 TFUE no menciona a las agencias como entidades a las que se puedan conferir competencias de ejecución en el ámbito de la UE. Sin embargo, dado que dichas competencias no se extienden a los actos legislativos que

107 — Véanse también los considerandos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero del Reglamento n° 236/2012. Es interesante observar que la Comisión ha manifestado que alberga «serias dudas acerca de la compatibilidad con los artículos 290 TFUE y 291 TFUE de las restricciones a su papel en la adopción de actos delegados y actos de ejecución [en el sector de los servicios financieros]». Véase «Declaraciones de la Comisión», Adenda de la nota punto «I/A» del orden del día del Consejo de la Unión Europea, 10 de noviembre de 2011, documento del Consejo 15649/10 Add 1.

108 — Como ejemplos de asuntos en que el Tribunal de Justicia ha resuelto cuestiones de equilibrio institucional y competencia remitiéndose a la protección del principio democrático véanse las sentencias de 29 de octubre de 1980, *Roquette Frères* (138/79, Rec. p. 3333); de 23 de abril de 1986, *Les Verts* (294/83, Rec. p. 1339); de 4 de octubre de 1991, *Parlamento/Consejo* (70/88, Rec. p. I-4529), y la sentencia «dióxido de titanio», citada en la nota 80. Ante el Tribunal de Primera Instancia, véase la sentencia de 17 de junio de 1998, *UEAPME* (T-135/96, Rec. p. II-2335).

109 — También se ha señalado que los procedimientos de comitología no son compatibles con el ejercicio de las competencias del artículo 290 TFUE. Véase Piris, J.C. «Les articles 290 et 291 du TFUE: Les compétences “déléguées” ou “conférées” à la Commission par le législateur européen. Les actes délégués et les actes d’exécution» *Publications de Congrès FIDE XXIII 2008-2009* pp. 247 a 251.

110 — Véase el artículo 17 TUE, apartado 8.

modifican o complementan añadiendo nuevos elementos, a mi parecer no hay ningún principio constitucional que impida al legislador atribuir las mencionadas competencias como solución intermedia entre otorgar el poder de ejecución a la Comisión o al Consejo, por un lado, y dejarlo a los Estados miembros, por otro.

87. Esta forma de proceder podría ser especialmente adecuada cuando se necesitasen complejas valoraciones técnicas para aplicar una medida de la UE. Como se señala en las observaciones escritas del Parlamento, la atribución de tales competencias a las agencias siempre ha sido una excepción a los principios generales de los Tratados en materia de competencias de ejecución. Se trata aquí de un tema en el que las agencias durante mucho tiempo han mantenido una importante función, y para cambiar la situación habría sido necesaria una referencia expresa a la abolición en el Tratado de Lisboa. Además, como ya he expuesto, diversas disposiciones de los tratados reconocen ahora implícitamente la posibilidad de que las agencias tomen decisiones jurídicamente vinculantes con efectos frente a terceros. Por ejemplo, resulta difícil imaginar cuáles podrían ser las decisiones de las instituciones, órganos y organismos a que se refiere el artículo 267 TFUE, apartado 1, letra b), si el legislador no pudiese atribuirles competencias de ejecución.

88. Así, como se señala en las observaciones escritas de la Comisión, la jurisprudencia Meroni, antes citada, sigue siendo aplicable en cuanto a la delegación de competencias de ejecución en una agencia. Más en concreto, dicha jurisprudencia sigue siendo relevante en cuanto a que: i) una agencia no puede recibir competencias diferentes de las competencias de ejecución que el legislador de la Unión haya conferido a la autoridad delegante, ya sea la Comisión o el Consejo; ii) las competencias delegadas deben estar suficientemente bien definidas para evitar su ejercicio arbitrario. En otras palabras, el acto de delegación debe aportar unos criterios suficientemente claros como para que la competencia de ejecución sea susceptible de control judicial. La autoridad delegante «debe adoptar una decisión explícita de delegación y dicha delegación sólo puede referirse a facultades de ejecución, exactamente definidas».¹¹¹

5. Aplicación de estos principios generales al presente asunto

89. Sin duda alguna, el principio constitucional general, actualmente expresado en el párrafo segundo del artículo 290 TFUE, apartado 1, que reserva los elementos esenciales de una determinada materia al acto legislativo, no sólo restringe el alcance de los actos delegados, sino también el de los actos de ejecución. Este principio ha sido claramente observado en el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012. De lo contrario, el artículo 290 TFUE sería irrelevante para valorar la compatibilidad de las competencias atribuidas a la AEVM por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 con el Derecho constitucional de la Unión. Como se ha señalado en las observaciones escritas de la Comisión, el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 no faculta a la AEVM para complementar ni modificar sus disposiciones. Pero si lo hiciese, por las razones antes expuestas, la atribución de tales poderes a la AEVM, como agencia, sería necesariamente ilícita.

90. Sin embargo, el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 tampoco implica una subdelegación en una agencia de facultades de ejecución con arreglo al artículo 291 TFUE que hayan sido conferidos previamente a la Comisión o al Consejo. En otras palabras, las facultades que el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 otorga a la AEVM no le han sido conferidas en virtud de un acto de «ejecución» con arreglo al artículo 291, apartado 4, adoptado por la Comisión o por el Consejo, sino directamente por el legislador de la Unión mediante un acto legislativo con arreglo al artículo 289 TFUE, apartado 3.

111 — Sentencia de 26 de mayo de 2005, Tralli/Banco Central Europeo (C-301/02 P, Rec. p. I-4071), apartado 43, citando la sentencia Meroni.

91. Es ésta una distinción importante, ya que la atribución de poderes por el legislador, de por sí, no puede someterse a las restricciones formuladas en la sentencia Meroni, antes citada. De hecho, el legislador de la Unión no actúa como «autoridad delegante» en el sentido de la sentencia Meroni, antes citada, cuando confiere facultades de ejecución a las instituciones, agentes u otros organismos de la Unión, sino como actor constitucional que ejerce su propia competencia legislativa otorgada por un acto constitucional superior, el Tratado de Lisboa. Las competencias ejecutivas y jurisdiccionales que el legislador de la Unión puede conferir a las instituciones y organismos son cualitativamente diferentes de sus propias competencias. Por ejemplo, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden crear tribunales especializados en virtud del artículo 257 TFUE, párrafo primero, pero huelga decir que en ningún caso ellos mismos puede considerarse investidos de una competencia jurisdiccional que puedan delegar en otros organismos. Lo único que hace falta es que los tribunales especializados se creen sobre una base jurídica adecuada, con arreglo al Tratado de Lisboa.

92. Sin embargo, en mi opinión el principio antes expresado de la sentencia Meroni, antes citada, relativo a la prohibición de competencias de ejecución desmesuradamente amplias o arbitrarias sigue siendo aplicable a la valoración de la legalidad constitucional del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 en el Derecho de la Unión. El legislador de la Unión no puede otorgar a la AEVM la facultad de adoptar medidas de ejecución que pudieran quebrantar dicho principio, ya que una competencia de ejecución únicamente será válidamente conferida si es lo suficientemente precisa, en el sentido de que deberá indicar claramente los límites de la competencia atribuida. De lo contrario, no se garantizarían el equilibrio institucional ni la posibilidad de control judicial efectivo del uso de las competencias de ejecución.¹¹²

93. Además, no se puede facultar a la AEVM para adoptar decisiones políticas.¹¹³ Por ejemplo, una disposición legislativa que faculta a una autoridad de ejecución a escala de la Unión para prohibir las ventas en corto «cuando sea necesario» constituiría una atribución inconstitucional de competencias de ejecución excesivas sobre dicha base, con independencia de que se concediesen a la Comisión o a una agencia.¹¹⁴ En esto se refleja el principio general del papel preeminente del legislador democrático, reconocido en las constituciones de diversos Estados miembros y en el artículo 290 TFUE y que implica que la legislación no puede ser tan imprecisa o abierta como para que las decisiones políticas esenciales o los juicios de valor deban adoptarse en la fase de ejecución.

94. Estoy de acuerdo con las alegaciones del Gobierno francés en la vista en el sentido de que la actuación que la AEVM está facultada y obligada a realizar en virtud del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 constituye una aplicación (ejecución). A esta conclusión no obsta el hecho de que, al aplicar el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, se pueda exigir a la AEVM que efectúe complejas apreciaciones de hechos o que aplique términos semánticamente imprecisos como «seriamente», «correcto» e «integridad de los mercados financieros» contenidos en el artículo 24, apartado 3, del Reglamento Delegado n° 918/2012 de la Comisión. La cuestión es si el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 otorga unas competencias ejecutivas definidas con suficiente claridad. Como ya he esbozado en los puntos 41 a 43 de las presentes conclusiones, el ejercicio de dichas competencias ha sido precisado y definido de diversas maneras.

112 — Sentencias de 5 de julio de 1988, *Central-Import Münster* (291/86, Rec. p. 3679), apartado 13, y *Tralli*, apartado 43.

113 — Sentencia Parlamento/Consejo (C-355/10), apartado 65, en la que el Tribunal de Justicia consideró que «no pueden ser objeto de una delegación de ese tipo las disposiciones cuya adopción hace necesarias elecciones políticas comprendidas en las responsabilidades propias del legislador de la Unión». A diferencia del Abogado General, el Tribunal de Justicia vinculó los elementos esenciales a los que implican elecciones políticas. Véase Chamon, M.: «How the concept of essential elements of a legislative act continues to elude the Court», *Common Market Law Review* 50 (2013) pp. 849 a 860, especialmente p. 854.

114 — De hecho, la ejecución de un programa de la UE tampoco puede delegarse a una agencia ejecutiva si ello implica «un margen de valoración que pueda plasmarse en opciones políticas». Véanse el quinto considerando y el artículo 6, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios (DO L 11, p. 1).

95. El artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 impone a la AEVM la obligación de adoptar determinadas medidas, en las condiciones en él enunciadas, cuyo significado viene profundizado por el artículo 24, apartado 3, letra a), del Reglamento Delegado n° 918/2012. Además, el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 define expresamente el contenido de las medidas, su procedimiento de adopción y sus efectos en el tiempo. Los destinatarios de tales medidas son tanto personas físicas como jurídicas con ciertas posiciones cortas netas de uno o varios instrumentos financieros específicos, o que pretendan participar en la venta en corto de un instrumento financiero.

96. Así pues, con arreglo al artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, la AEVM está obligada a actuar en ciertas circunstancias en relación con determinados instrumentos financieros o clases de instrumentos financieros, según proceda. Las medidas adoptadas en virtud del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 normalmente afectan a una categoría abstracta de personas, por lo que, una vez ejercidas, constituyen una decisión administrativa de alcance general.

97. El Reglamento n° 236/2012 y, más en concreto, su artículo 28 son producto de una elección política fundamental del legislador en el sentido de que, en circunstancias normales, las ventas en corto son útiles, pero en ciertas circunstancias excepcionales pueden amenazar al correcto funcionamiento del mercado interior. La siguiente elección política ha sido hacer frente a dicha amenaza, si es preciso, actuando a escala de la Unión. Por lo tanto, los juicios de valor esenciales que subyacen en el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 los ha realizado el legislador de la Unión y no se han dejado a la AEVM.

98. Además, cuando se dé la situación excepcional, con arreglo al artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 y al artículo 24, apartado 3, del Reglamento Delegado n° 918/2012, la AEVM no tiene la facultad para decidir si actúa o no: está obligada a hacerlo.

99. Por último, aunque la aplicación de los criterios y términos del artículo 28 del Reglamento n° 2012 requiere complejas apreciaciones de hecho, la AEVM se creó precisamente para ese fin. La AEVM es una estructura mixta que reúne a autoridades nacionales especializadas obligadas a consultar a la JERS. A mi parecer, la necesidad de hacer apreciaciones de tal dificultad técnica sobre una base objetiva y no política es un argumento que respalda la atribución de las facultades en cuestión a una agencia especializada en lugar de a la Comisión.

100. En contra de las alegaciones formuladas por el Reino Unido en la vista, la posibilidad de discrepancia entre los expertos sobre un tema concreto no implica necesariamente la existencia de juicios subjetivos o una discrecionalidad sin límites en algún aspecto jurídicamente relevante. No es infrecuente que los expertos, o incluso los jueces, discrepen entre sí. De hecho, la objetividad depende de garantías procesales que aseguren que quienes han de decidir fundamenten sus valoraciones en unos hechos amplios y en un método válido, tras haber consultado a las partes implicadas. Estos requisitos se reflejan en el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012.

101. En mi opinión, si el Tribunal de Justicia considerase necesario pronunciarse sobre la compatibilidad del artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 con las normas constitucionales relativas al otorgamiento de poderes directamente por el legislador de la Unión a una agencia (en este caso, la AEVM), debería concluir que se han respetado plenamente los requisitos establecidos en el artículo 291 TFUE y los principios constitucionales generales que rigen el otorgamiento de competencias de ejecución.

IV. Conclusión

102. Así pues, llego a la conclusión de que debe estimarse la primera de las pretensiones del Reino Unido y anularse el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012, ya que el artículo 114 TFUE no constituía una base jurídica adecuada; sin embargo, debe desestimarse la segunda pretensión del Reino Unido, relativa a las costas. No han prosperado los tres primeros motivos formulados por el Reino Unido, en el sentido de que las competencias concedidas a la AEVM por el artículo 28 del Reglamento n° 236/2012 infringen las doctrinas Romano y Meroni. Así, en virtud del artículo 138, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cada parte debe cargar con sus propias costas.

103. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que anule el artículo 28 del Reglamento (UE) n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, y que cada parte cargue con sus propias costas.