

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 22 de septiembre de 2005¹

I. Introducción

1. El Reglamento (CE) n° 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información² (en lo sucesivo, «Reglamento relativo a ENISA»)³ se basó en el artículo 95 CE. El Reino Unido sostiene que en lugar de éste debiera haberse invocado el artículo 308 CE y, en consecuencia, ha interpuesto un recurso de anulación.

2. Esta discusión jurídica tiene un significado importante para la práctica legislativa, dado que en los últimos tiempos el legislador comunitario ha dejado de basar la creación de agencias en el artículo 308 CE y recurre

de manera creciente a las competencias de cada ámbito específico.⁴

II. Marco jurídico

3. La base jurídica del Reglamento relativo a ENISA es el artículo 95 CE, apartado 1, segunda frase:

«El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.»

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 77, p. 1.

3 — ENISA corresponde a las siglas del nombre de la Agencia en lengua inglesa: European Network and Information Security Agency.

4 — Véanse el Proyecto de la Comisión de acuerdo interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas, de 25 de febrero de 2005, COM(2005) 59 final, pp. 4 y 14, y la Comunicación de la Comisión de 11 de diciembre de 2002 — El encuadramiento de las agencias reguladoras europeas, COM(2002) 718 final, p. 8.

4. La exposición de motivos del Reglamento relativo a ENISA explica las razones por las cuales es necesario crear la Agencia. El tercer considerando describe el estado de la cuestión:

«La complejidad técnica de las redes y de los sistemas de información, la diversidad de productos y servicios que están interconectados y el gran número de agentes privados y públicos responsables de aspectos determinados amenazan con dificultar un correcto funcionamiento del mercado interior.»

5. Los siguientes considerandos enumeran las distintas medidas de armonización que resultan relevantes⁵ y remiten a diversas

5 — Se trata de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108, p. 33), la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO L 108, p. 21), la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DO L 108, p. 51), la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) (DO L 108, p. 7), la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201, p. 37), la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1), la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DO 2000, L 13, p. 12), y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31).

disposiciones que pueden ser adoptadas al amparo de dichas normas. Ninguna de las disposiciones citadas contiene referencia alguna a ENISA. Por último, el décimo considerando establece:

«Estas medidas relativas al mercado interior exigen distintas formas de aplicaciones técnicas y de organización por parte de los Estados miembros y de la Comisión. Se trata de tareas técnicamente complejas sin soluciones únicas o evidentes. La aplicación heterogénea de estos requisitos puede dar lugar a soluciones ineficaces y poner trabas al mercado interior. Esta situación exige la creación de un centro de conocimiento especializado en el ámbito europeo que preste servicios de orientación, asesoramiento y, cuando se solicite, asistencia dentro de sus objetivos, al que puedan recurrir el Parlamento Europeo, la Comisión y los organismos competentes designados por los Estados miembros. [...]»

6. En los siguientes considerandos se desarrolla esta idea. Es necesario destacar el duodécimo considerando, en virtud del cual ENISA no debe interferir con las competencias de las entidades reguladoras nacionales, del Grupo de entidades reguladoras europeas, del Comité de comunicaciones a que se refiere la Directiva 2002/21,⁶ de los organis-

6 — Citada en la nota 5.

mos europeos de normalización ni de las autoridades de protección de datos.

7. La fijación de los objetivos de ENISA se concreta en los artículos 1 a 3 del Reglamento relativo a dicha Agencia:

«Artículo 1

Ámbito de aplicación

1. A efectos de garantizar un nivel efectivo y elevado de seguridad de las redes y de la información en la Comunidad y con el fin de desarrollar una cultura de la seguridad de las redes y de la información en beneficio de los ciudadanos, los consumidores, las empresas y las organizaciones del sector público de la Unión Europea, lo que contribuirá al correcto funcionamiento del mercado interior, se crea una Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, denominada en lo sucesivo “la Agencia”.

2. La Agencia prestará asistencia a la Comisión y a los Estados miembros, y en consecuencia cooperará con la comunidad empresarial, con el fin de ayudarlos a cumplir los requisitos en materia de seguridad

de las redes y de la información, incluidos los establecidos en la legislación actual y futura de la Comunidad, tales como los de la Directiva 2002/21/CE, garantizando así el correcto funcionamiento del mercado interior.

3. [...]

Artículo 2

Objetivos

1. La Agencia reforzará la capacidad de la Comunidad y de los Estados miembros y, en consecuencia, la de la comunidad empresarial para prevenir, tratar y dar respuesta a los problemas de seguridad de las redes y de la información.

2. La Agencia prestará asistencia y proporcionará asesoramiento a la Comisión y a los Estados miembros sobre cuestiones relacionadas con la seguridad de las redes y de la información que entren dentro de sus competencias, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento.

3. Apoyándose en las iniciativas a nivel nacional y comunitario, la Agencia alcanzará

un alto nivel de conocimientos especializados. La Agencia los utilizará para fomentar una amplia cooperación entre las partes interesadas de los sectores público y privado.

4. La Agencia prestará asistencia a la Comisión, cuando se le solicite, en los trabajos preparatorios de carácter técnico de actualización y desarrollo de la normativa comunitaria en el ámbito de la seguridad de las redes y de la información.»

8. El artículo 3 del Reglamento relativo a ENISA describe las funciones de esta Agencia. Corresponden a los ámbitos de obtención de información [letras a), g) e i)], asesoramiento [letras b), e), h) y k)] y fomento de la cooperación [letras c), d), e), f) y j)].

9. En el artículo 4 del Reglamento relativo a ENISA se definen una serie de conceptos. Los artículos 5 a 28 regulan cuestiones organizativas. En virtud del artículo 18, la Agencia tiene personalidad jurídica. Dispone de personal propio con arreglo al artículo 19. El artículo 15 prevé que la Agencia tenga un presupuesto propio sobre la base de las contribuciones de la Comisión y de terceros países. El artículo 20 la incluye dentro del ámbito de protección del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las Comunidades Europeas. El artículo 21 contiene un régimen de responsabilidad equivalente al del artículo 288 CE.

10. El órgano de control y gobierno de la Agencia es un Consejo de Administración previsto en el artículo 6 del Reglamento relativo a ENISA y compuesto por representantes de los Estados miembros y de la Comisión, junto con tres personas más sin derecho a voto. El Consejo de Administración establece en particular el programa de trabajo de la Agencia y nombra al Director Ejecutivo al amparo del artículo 7. Por último, conforme al artículo 8, la Agencia tiene adscrito un Grupo permanente de agentes interesados.

III. Pretensiones de las partes

11. El Reino Unido solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule el Reglamento (CE) n° 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información.
- Condene al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea al pago de las costas del Reino Unido.

12. El Parlamento y el Consejo solicitan al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso por infundado.

— Condene en costas al Reino Unido.

13. Subsidiariamente, para el caso de que se anule el Reglamento relativo a ENISA, el Consejo solicita que se mantengan sus efectos.

14. Finlandia y la Comisión han intervenido en el procedimiento en apoyo de las pretensiones del Parlamento y del Consejo.

IV. *Apreciación jurídica*

A. Sobre la elección de la base jurídica

15. El Reino Unido impugna la elección de la base jurídica del Reglamento relativo a ENISA.

16. Según jurisprudencia reiterada, la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto.⁷

17. El legislador comunitario basó el Reglamento relativo a ENISA en el artículo 95 CE, apartado 1. En virtud de éste deben adoptarse las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

18. Las medidas adoptadas sobre la base del artículo 95 CE, apartado 1, están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior; si bien esta disposición no atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior.⁸ El Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que esas

7 — Sentencias de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo (C-300/89, Rec. p. I-2867), apartado 10; de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 25; de 25 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo (asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97, Rec. p. I-1139), apartado 12; de 4 de abril de 2000, Comisión/Consejo (C-269/97, Rec. p. I-2257), apartado 43; de 19 de septiembre de 2002, Huber (C-336/00, Rec. p. I-7699), apartado 30; de 10 de diciembre de 2002, British American Tobacco (C-491/01, Rec. p. I-11453), apartado 93; de 29 de abril de 2004, Comisión/Consejo (C-338/01, Rec. p. I-4829), apartado 54; de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión (C-110/03, Rec. p. I-2801), apartado 78, y de 12 de mayo de 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia (C-347/03, Rec. p. I-3785), apartado 72.

8 — Sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419), apartado 83.

medidas «deben tener efectivamente dicho objeto, contribuyendo a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia».⁹

19. Indiscutiblemente, las medidas de promoción de la seguridad de las redes y de los sistemas de información que sean coherentes en el ámbito comunitario pueden prevenir la creación de obstáculos a la libre circulación de mercancías y servicios, por el simple hecho de que impiden la existencia de medidas nacionales distintas. Así, por ejemplo, la realización de transacciones transfronterizas o la ejecución de éstas con la ayuda de redes y sistemas de información presupone la existencia de procedimientos de identificación que funcionen a escala transfronteriza, los cuales necesitan al menos una coordinación en el ámbito comunitario.

20. Como afirman todas las partes a excepción del Reino Unido, ENISA contribuiría a este objetivo en la medida en que recopila información, proporciona un foro de discusión y, en su caso, asesora a las instituciones de la Comunidad o a los organismos nacionales. Incluso el Gobierno del Reino Unido reconoce que la creación de ENISA era deseable.

21. No obstante, el Reino Unido critica esencialmente, al igual que en el asunto C-66/04,¹⁰ relativo al Reglamento sobre los aromas de humo,¹¹ que la creación de ENISA no constituye una medida relativa «a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros» en el sentido del artículo 95 CE, apartado 1. Sostiene que tales medidas deben constituir una orientación para el Derecho nacional de los Estados miembros. Considera que no puede usarse esta base jurídica para justificar medidas que no sean ejecutadas por los propios Estados miembros, por separado o conjuntamente. Pues bien, una agencia comunitaria no puede crearse por medio de la adopción simultánea de disposiciones idénticas en los distintos Estados miembros.

22. En mis conclusiones presentadas en el asunto C-66/04¹² ya expliqué que el artículo 95 CE, apartado 1, al referirse a la «aproximación» de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas «de los Estados miembros», exige que exista una relación entre las medidas de Derecho comunitario y el Derecho nacional. Tal relación existe cuando las disposiciones de ejecución del Derecho comunitario en todos los Estados miembros crean regulaciones internas armonizadas. Pero también las normas de Derecho comunitario de aplicación directa y preferente, como por ejemplo un reglamento, que excluyen o impiden la aplicación de las disposiciones internas de

10 — Véanse mis conclusiones de 8 de septiembre de 2005, Reino Unido/Parlamento y Consejo (aún no publicadas en la Recopilación).

11 — Reglamento (CE) n° 2065/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de noviembre de 2003, sobre los aromas de humo utilizados o destinados a ser utilizados en los productos alimenticios o en su superficie (DO L 309, p. 1).

12 — Citadas en la nota 10, puntos 31 y ss.

9 — Véase la sentencia *British American Tobacco*, citada en la nota 7, apartado 60.

contenido contrario, acreditan la existencia de dicha relación con el Derecho nacional. En cambio, las medidas estrictamente de Derecho comunitario, que *se yuxtaponen* al Derecho interno sin modificar su valor normativo, no producen aproximación alguna del Derecho de los Estados miembros. Así lo afirmó el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en el ámbito de la propiedad intelectual, respecto a los nuevos títulos que se yuxtapongan a los títulos nacionales existentes.¹³

23. A juicio de la Abogado General Stix-Hackl, esta jurisprudencia debe entenderse en el sentido de que no basta que una medida cuya «característica esencial» es la «creación de algo nuevo» tenga por objeto impulsar el mercado interior. En consecuencia, rechazó que la creación de nuevas figuras societarias, tales como la sociedad cooperativa europea, pueda basarse en el artículo 95 CE, apartado 1.¹⁴

24. Comparto la conclusión de la Abogado General Stix-Hackl en el caso de la creación

de nuevas formas societarias cuando éstas *se yuxtaponen* a las formas societarias previstas en los ordenamientos jurídicos nacionales. En tal caso falta la relación necesaria con dichos ordenamientos, que produzca la aproximación. No obstante, es necesario aclarar que también es posible que a través de la aproximación de las legislaciones se cree algo nuevo. Así, la armonización *preventiva* antes de la previsible adopción de regulaciones internas¹⁵ exige en principio el establecimiento de disposiciones *nuevas* sin que existan en los Estados miembros disposiciones análogas.¹⁶

25. No obstante, no sólo las medidas que realizan por sí mismas la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros constituyen «medidas *relativas*»^[17] a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros» en el sentido del artículo 95 CE, apartado 1. Como afirman las Instituciones, también contribuyen a la aproximación las medidas que sólo producen tal aproximación de las legislaciones de los Estados miembros como resultado de su aplicación, como por ejemplo las medidas que establecen un

13 — Véanse las sentencias de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento y Consejo (C-377/98, Rec. p. I-7079), apartados 24 y 25, y de 13 de julio de 1995, España/Consejo (C-350/92, Rec. p. I-1985), apartado 23, así como el dictamen de 15 de noviembre de 1994 en el procedimiento 1/94 (Competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual, Rec. p. I-5267), apartado 59. En relación con la creación de nuevas formas societarias, véanse las conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl de 12 de julio de 2005 presentadas en el asunto C-436/03 (aún no publicadas en la Recopilación).

14 — Conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl en el asunto C-436/03, citadas en la nota 13, punto 96.

15 — Véanse la sentencia Países Bajos/Parlamento y Consejo, citada en la nota 13, apartado 15; la sentencia Alemania/Parlamento y Consejo, citada en la nota 8, apartado 86, y las conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl en el asunto C-436/03, citadas en la nota 13, puntos 57 y 58.

16 — Por ello, también la Abogado General Stix-Hackl, en sus conclusiones en el asunto C-436/03 (citadas en la nota 13), aplica el rasgo distintivo de la novedad únicamente a las nuevas formas jurídicas, por ejemplo títulos en el ámbito de la propiedad intelectual o formas societarias.

17 — El subrayado es mío.

procedimiento que no provoca la aproximación de manera inmediata, sino en varias etapas con pasos intermedios.¹⁸

26. El Reglamento relativo a ENISA contiene por una parte regulaciones que podrían constituir un paso intermedio como los citados, a saber, las disposiciones acerca de las funciones y competencias de ENISA. Pero, por otra parte, el Reglamento regula la constitución y organización de ENISA. Es evidente que estas disposiciones –mucho más numerosas que las otras– no contribuyen directamente a la aproximación de las normativas de los Estados miembros. Por ello insiste el Gobierno del Reino Unido en que la creación de una agencia no puede fundarse en el artículo 95 CE, apartado 1.

27. En el caso de autos, se observa a primera vista que el Reglamento relativo a ENISA persigue un doble objetivo, a saber, por una parte, la fijación de determinadas funciones de ENISA y, por otra, la constitución de dicha Agencia. Desde este punto de vista, debería elegirse la base jurídica correspondiente al objetivo preponderante.¹⁹ Sin embargo, la división del Reglamento relativo

a ENISA en dos partes separadas provoca confusión. En efecto, la creación de la Agencia no puede separarse de las funciones de ésta, sino que constituye el medio necesario para alcanzar el fin deseado. En consecuencia, el citado Reglamento persigue un único objetivo, que se desprende ante todo de las disposiciones relativas a las funciones de ENISA.

28. Aunque el objetivo sea único, sigue siendo necesario preguntarse si el Reglamento relativo a ENISA constituye un paso intermedio hacia la aproximación de las legislaciones en el sentido del artículo 95 CE, apartado 1. Dicho Reglamento no realiza tal aproximación. Además, ENISA no puede adoptar por sí misma regulaciones para la aproximación, ni tampoco participa en un procedimiento específico para la adopción de dichas regulaciones. Por tanto, la contribución a la aproximación de las legislaciones del Reglamento relativo a ENISA no se percibe a primera vista.

29. Sin embargo, a juicio de las Instituciones y del Gobierno finlandés, ENISA contribuye a la armonización en la medida en que recopila información, asesora a los órganos comunitarios y a las autoridades regulatorias nacionales y fomenta la cooperación entre los agentes interesados.

30. Por otra parte, como destacó el Gobierno del Reino Unido especialmente en la vista, las funciones de ENISA relacio-

18 — Véanse mis conclusiones en el asunto C-66/04, citadas en la nota 10, puntos 32 y 33.

19 — Sentencia de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo (C-155/91, Rec. p. I-939), apartados 19 y 21, y sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión/Consejo, apartado 55, y de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión, apartado 79, citadas en la nota 7. Véanse asimismo las sentencias Parlamento/Consejo, apartado 14; Huber, apartado 31, y British American Tobacco, apartado 94, citadas también en la nota 7.

nadas con la cooperación entre los agentes privados y con la información a los usuarios privados [artículo 3, letras c), e) e i)] no pueden apenas considerarse un paso intermedio hacia la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

31. Aun así, no cabe excluir del todo que ENISA contribuya a la aproximación de las legislaciones mediante el resto de sus actividades. En particular, el asesoramiento proporcionado por ENISA a las instituciones comunitarias podría facilitar también su actividad legislativa y posiblemente la aproximación de las regulaciones de los Estados miembros. Además, con arreglo al artículo 3, letra k), ENISA puede expresar sus conclusiones y orientaciones y prestar asesoramiento sobre asuntos contenidos en su ámbito de actuación y objetivos, y con ello impulsar una aproximación de las legislaciones.

32. Por lo demás, cabe pensar que ENISA, por su mera existencia como foro de discusión y centro de conocimiento en el ámbito europeo, fomenta la aproximación de las regulaciones de los Estados miembros por el hecho de que los organismos internos se comporten voluntariamente en el mismo sentido. A este respecto, el Gobierno finlandés destaca la competencia técnica y la independencia que debe alcanzar ENISA, así como la responsabilidad de su Consejo de Administración de coordinar el trabajo de ésta con las actuaciones de los Estados miembros y en el ámbito comunitario. Por su parte, el Reino Unido afirma que la actividad de asesoramiento no vinculante

que realiza ENISA, en la práctica, podría incluso aumentar las diferencias existentes entre los Estados miembros si algunos de ellos siguen las recomendaciones de la Agencia y otros no, crítica que resulta exagerada.

33. Sin embargo, estas contribuciones potenciales de ENISA a la aproximación de las legislaciones no son suficientes para considerar que su creación constituye una medida para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros.

34. En realidad, es imposible prever si ENISA contribuirá a dicha aproximación y de qué manera lo hará. Ello depende de muy variados factores. Además del trabajo y los conocimientos de ENISA, es necesaria, en particular, la cooperación de las instituciones, los organismos de los Estados miembros y los agentes interesados. Por ello, no puede excluirse que en la práctica no se agote el potencial de aproximación de las legislaciones que tiene esta Agencia. Aun en el caso de que ENISA contribuya a la aproximación de las legislaciones, no es obligatorio que las correspondientes medidas se adopten sobre la base del artículo 95 CE, apartado 1. Así, la actividad de dicha Agencia podría producir normas que regulen el ejercicio de una profesión, que posiblemente debieran basarse en el artículo 47 CE.

35. Si bien el artículo 1, apartado 2, y la exposición de motivos del Reglamento relativo a ENISA relacionan a ésta con las medidas de armonización existentes, lo que destacan especialmente el Parlamento y la Comisión, no existe ningún vínculo concreto con la adopción de las medidas de ejecución necesarias en virtud de dicha normas. Como expone el Reino Unido, por una parte, las funciones de ENISA van mucho más allá de la ejecución de esas directivas y, por otra, tal ejecución no forma parte de la competencia de ENISA, sino de la competencia de la Comisión y de los organismos de los Estados miembros. Incluso se han creado estructuras particulares para el asesoramiento en la ejecución de las citadas medidas, en concreto el «Comité de Comunicaciones»,²⁰ el «Grupo de entidades reguladoras europeas»²¹ y, en el ámbito de la protección de datos, el «Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales».²²

36. Por tanto, más que un paso intermedio hacia la aproximación de los Derechos de los Estados miembros, el Reglamento relativo a ENISA es un paso hacia lo desconocido. En cierto modo, esta Agencia se constituye «en previsión», con la esperanza de que produzca resultados útiles. No es improbable que se dé tal utilidad (para el mercado interior), pero no por ello el Reglamento constituye una

medida para la aproximación de las legislaciones.

37. Sin embargo, las Instituciones que son parte en el presente procedimiento formulan una serie de argumentos para demostrar que la creación de ENISA puede basarse en el artículo 95 CE, apartado 1, con independencia de que contribuya a la aproximación de las legislaciones.

38. En primer lugar, señalan que la creación de ENISA afecta a las competencias de los Estados miembros mucho menos de lo que lo haría la adopción de medidas de armonización para fomentar la seguridad de las redes y de los sistemas de información a las que hubiera que adaptar los Derechos internos. Además, la constitución de ENISA es más razonable que una armonización, dado que en estos momentos la necesidad de adoptar medidas de armonización aún no es clara. Según afirman dichas Instituciones, ENISA constituye un medio para obtener certeza al respecto.

39. Si bien ello es cierto, no permite extender el alcance del artículo 95 CE, apartado 1, a medidas que no contribuyen a la aproximación de las legislaciones.²³ Lo prohíbe el principio de atribución expresa de competencias limitadas (artículo 5 CE). Si

20 — Artículo 22 de la Directiva 2002/21, citada en la nota 5.

21 — Decisión 2002/627/CE de la Comisión, de 29 de julio de 2002, por la que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 200, p. 38).

22 — Artículo 29 de la Directiva 95/46, citada en la nota 5.

23 — Ehlermann, «The Internal Market Following the Single European Act», *Common Market Law Review*, 1987, pp. 361 y ss., especialmente p. 385, ya calificó el tenor del artículo 100 A del Tratado CEE como «unfortunate» (desafortunado).

la base jurídica no cubre la adopción del Reglamento, la Comunidad no puede adoptarlo sobre la base de esa disposición del Tratado. A este respecto, carece de importancia que la medida prevista afecte a las competencias nacionales en menor medida que un reglamento que realmente aproximase las legislaciones.

40. Por otro lado, es innecesario examinar si es acertada la opinión del Consejo según la cual la aproximación de la práctica administrativa de los Estados miembros constituye una aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en el sentido del artículo 95 CE, apartado 1. La contribución de ENISA a esta forma de aproximación tampoco está regulada de manera suficientemente concreta como para considerar su creación una medida de armonización.

41. Por su parte, la Comisión alude al «objetivo real» del artículo 95 CE para afirmar que la formulación «*relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*» constituye en conjunto una fórmula que justifica la supresión de los obstáculos al mercado interior. Sin embargo, la tesis de la Comisión da lugar a reconocer la competencia general para regular el mercado interior cuya existencia negó el

Tribunal de Justicia.²⁴ Además, dejaría vacío de contenido el rasgo distintivo de aproximación de las legislaciones que exige el artículo 95 CE, apartado 1. Ello no es compatible con el tenor de esta base jurídica ni tampoco con su génesis histórica. Lo cierto es que, en las negociaciones previas a la adopción del Acta Única Europea, los Estados miembros no siguieron la sugerencia de la Comisión de establecer una base jurídica para la adopción de *cualquier* acto jurídico que favorezca la realización del mercado interior.²⁵ En lugar de ello, los Estados miembros acordaron la redacción del artículo 95 CE, apartado 1, que, en esencia, aún está vigente en la actualidad.

42. La postura de la Comisión tampoco es sostenible a juicio de la doctrina especializada referente a la sentencia IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger. En ella, el Tribunal de Justicia declaró que «el legislador comunitario es precisamente el competente para [adoptar un reglamento] con arreglo al artículo 100 A del Tratado CEE [actualmente artículo 95 CE, tras su modificación], dado que la eliminación de los obstáculos debidos a la territorialidad de las marcas nacionales es necesaria para el establecimiento y para el funcionamiento del mercado interior».²⁶

43. Dicha doctrina deduce de lo anterior, en parte, que el artículo 95 CE, apartado 1, permite de manera general suprimir los

24 — Sentencia Alemania/Parlamento y Consejo, citada en la nota 8, apartado 83.

25 — Véanse el artículo 2 de la Nota de la Comisión relativa al mercado interior de 16 de septiembre de 1985 y el artículo 2, apartado 3, de la versión revisada de 5 de octubre de 1985, ambas publicadas por Ehlermann (citado en la nota 23, pp. 405 y ss.).

26 — Sentencia de 22 de junio de 1994 (C-9/93, Rec. p. I-2789), apartado 58.

obstáculos derivados de las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros o de su aplicabilidad limitada en el espacio.²⁷ En consecuencia, la referencia al Derecho de los Estados miembros sigue desempeñando una función, la de servir de *punto de conexión* para la aproximación, pero ello no excluye que el resultado no tenga relación alguna con el Derecho interno.²⁸ Según esta doctrina, en consecuencia, también cabe que existan, en particular, medidas que no tengan relación con el Derecho de los Estados miembros, sino que, por ejemplo, se yuxtapongan a él.

44. Este punto de vista no es compatible con el tenor del artículo 95 CE, apartado 1. Si se admitiese, la referencia a la aproximación de las legislaciones quedaría en mera literatura sin efecto alguno, ya que la limitación territorial del Derecho nacional siempre existe necesariamente.

45. Además, esta corriente doctrinal se basa en una interpretación errónea del extracto citado de la sentencia IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger, antes citada. La afirmación contenida en él se refiere únicamente al establecimiento del mercado interior, pero no a los medios que deben utilizarse. No se percibe que el Tribunal de Justicia quisiese permitir las medidas que no realizan una aproximación de las legislacio-

nes de los Estados miembros. Por el contrario, dicho Tribunal ha destacado la necesidad de que exista tal aproximación al rechazar en otras sentencias que la creación de nuevas formas jurídicas se base en el artículo 95 CE, apartado 1, cuando se yuxtaponen al Derecho interno.²⁹

46. Por último, no procede examinar si existen obstáculos de principio que impiden que la creación de una agencia con personalidad jurídica propia se realice utilizando como base el artículo 95 CE, apartado 1, o bien, de manera específica, alguna otra disposición del Tratado CE, sin aplicar el artículo 308 CE. Aunque el Tribunal de Justicia planteó la pregunta en la vista, las partes no se pronunciaron con detalle al respecto.³⁰ En cualquier caso, dado que el Reglamento relativo a ENISA no establece de modo suficiente la contribución de ENISA a la aproximación de las legislaciones y que ninguna de las interpretaciones más amplias acerca de la aplicabilidad del artículo 95 CE,

29 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 13.

30 — No obstante, las Instituciones parten de que la creación de agencias constituye una forma de actuación admisible en principio con arreglo al artículo 95 CE, apartado 1. Se basan, entre otras cosas, en los «implied powers» que reconoce la sentencia de 9 de julio de 1987, Alemania y otros/Comisión (asuntos acumulados 281/85, 283/85 a 285/85 y 287/85, Rec. p. 3203), apartado 28, y señalan que al menos dos Reglamentos por los que se crean Agencias ya se han basado en el artículo 95 CE, apartado 1: el Reglamento (CE) n.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (DO L 31, p. 1), y el Reglamento (CE) n.º 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). Sin embargo, ambos se fundaron en otras bases jurídicas además del artículo 95 CE.

27 — Pipkorn, Bardenhewer-Rating y Taschner: capítulo dedicado al artículo 95 CE de *EU-/EG-Vertrag Kommentar*, von der Groeben/Schwarze (edit.), 6.ª ed., 2003; apartados 25, 36 y 41; Leible: capítulo dedicado al artículo 95 CE de *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Streinz (edit.), 2003, apartado 29.

28 — Pipkorn, Bardenhewer-Rating y Taschner (citados en la nota 27, apartado 41) afirman que es suficiente «la supresión de diferencias y contradicciones entre los Derechos».

apartado 1, puede prosperar, procede anular el Reglamento relativo a ENISA.

para volver a crear en breve una agencia similar. Ello afectaría en particular al personal que ya ha sido contratado.

B. Sobre la restricción de los efectos temporales de la sentencia

47. El Consejo ha solicitado, con carácter subsidiario, que, en aras de la seguridad jurídica, se mantengan los efectos jurídicos del Reglamento relativo a ENISA hasta que éste se adopte de nuevo con una base jurídica distinta. El Reino Unido ha declarado expresamente que no tiene objeción alguna contra esta restricción de los efectos de la sentencia.

48. En lo referente a la restricción de la eficacia temporal de las sentencias, el Tribunal de Justicia se funda en el principio de seguridad jurídica y, en especial, en el hecho de que se afecte a terceros.³¹

49. La creación de ENISA en la práctica está plenamente en marcha.³² No tendría ningún sentido anular ahora las medidas adoptadas

50. Por otra parte, no es seguro que una nueva adopción del Reglamento relativo a ENISA sea posible. Es cierto que el Reino Unido fue el único Estado miembro que se pronunció en contra del Reglamento, y además sólo lo hizo debido a la elección de la base jurídica. No obstante, dicho Reglamento se aprobó antes de la última ampliación de la Unión, de las últimas elecciones al Parlamento Europeo y de la toma de posesión de los miembros de la actual Comisión. Por tanto, es imposible realizar pronósticos acerca de la voluntad futura del legislador comunitario. En consecuencia, sólo deben mantenerse los efectos del Reglamento relativo a ENISA hasta que quede claro si va a adoptarse de nuevo o no. Para ello debería bastar con dos años de ejercicio presupuestario, habida cuenta de que entre la propuesta de la Comisión para la adopción del Reglamento relativo a ENISA, de 11 de febrero de 2003,³³ y su adopción el 10 de marzo de 2004 transcurrió poco más de un año. Este plazo permitiría además tener en cuenta, a la hora de tomar una decisión sobre la nueva adopción del Reglamento relativo a ENISA, la evaluación de la actividad de ésta que debe realizar la Comisión a más tardar el 17 de marzo de 2007 con arreglo al artículo 25 del Reglamento.

31 — Sentencias de 31 de marzo de 1992, Consejo/Parlamento (C-284/90, Rec. p. I-2277), apartado 37; de 7 de julio de 1992, Parlamento/Consejo (C-295/90, Rec. p. I-4193), apartado 26; de 5 de julio de 1995, Parlamento/Consejo (C-21/94, Rec. p. I-1827), apartado 31, y de 30 de septiembre de 2003, Alemania/Comisión (C-239/01, Rec. p. I-10333), apartado 78.

32 — Véase el sitio web de ENISA: www.enisa.eu.int.

33 — COM(2003) 63 final.

V. Costas

formulado, procede condenar en costas al Parlamento y al Consejo.

51. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que el Reino Unido ha pedido tal condena y que, en virtud de las anteriores consideraciones, se estiman los motivos que ha

52. En virtud del artículo 69, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros y las instituciones que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. En consecuencia, la Comisión y la República de Finlandia cargarán con sus propias costas.

VI. Conclusión

53. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que:

- 1) Anule el Reglamento (CE) nº 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información.

- 2) Declare que se mantienen los efectos del Reglamento anulado hasta la entrada en vigor de un Reglamento adoptado con una base jurídica adecuada pero sólo, como máximo, hasta el final del segundo ejercicio presupuestario desde la fecha en que se dicte sentencia.

- 3) Condene en costas al Parlamento y al Consejo.

- 4) Declare que la Comisión y la República de Finlandia cargarán con sus propias costas.