

El fenómeno de la “agencificación” en la administración de la Unión Europea

O fenômeno da “agencificação” na administração da União Europeia

*Werner Miguel Kühn Baca** 

* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo.

Resumen: El artículo ofrece un análisis del proceso denominado “agencificación” que ha llevado a la UE a servirse de numerosas agencias a fin de cumplir con sus tareas administrativas. El enfoque se encuentra en el estatuto de estas agencias dentro del ordenamiento jurídico de la UE, la manera en la que éstas se establecen, su organización interna y financiamiento, los procedimientos de toma de decisiones, así como su funcionamiento. Se efectúa además una clasificación de las agencias conforme a determinadas categorías. Asimismo, se explican los desafíos a los que se enfrentan las agencias en su actividad cotidiana. Se expone igualmente su relación con las instituciones europeas, sobre todo en lo que respecta el control democrático y de legalidad que éstas últimas ejercen.

Resumo: O artigo oferece uma análise do processo que levou a UE a recorrer a numerosas agências para o cumprimento de suas tarefas administrativas. O enfoque recai sobre o estatuto dessas agências no sistema jurídico da UE, a forma como são estabelecidas, a sua organização interna e financiamento, os procedimentos de tomada de decisão, bem como o seu funcionamento. As agências também são classificadas de acordo com certas categorias. Da mesma forma, são explicados os desafios que as agências enfrentam em suas atividades diárias. É também exposta a sua relação com as instituições europeias, nomeadamente no que se refere ao controlo democrático e à legalidade que estas exercem.

Palabras clave: Proceso de integración, Derecho de integración económica regional, Administración supranacional, Agencias europeas, Unión Europea,

E-mail: iuseuropaeum@yahoo.de
Recibido: 06/11/2020. Aceptado: 8/03/2021.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

Espacio Económico Europeo, Espacio de libertad, Seguridad y justicia, Relaciones internacionales, Derecho administrativo.

Palavras-chave: Processo de integração, Direito de integração econômica regional, Administração supranacional, Agências europeias, União Europeia, Área Econômica Européia, Espaço de liberdade, Segurança e justiça, Relações Internacionais, Direito administrativo.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo explicar la denominada “agencificación” en la administración europea, un fenómeno que juega un papel cada vez más importante en la actividad de la Unión Europea (“UE”). De hecho, existen actualmente alrededor de más de treinta agencias descentralizadas, cada cual ejerciendo funciones distintas y muchas veces suplantando a las instituciones mismas. Esta diversidad implica el riesgo de un desarrollo caótico y descoordinado, capaz de afectar de manera negativa al ordenamiento jurídico de la UE. A fin de establecer criterios comunes para la creación de dichas agencias, las instituciones europeas adoptaron en el año 2012 el denominado “Planteamiento Común”, el cual introduce una serie de principios comunes, permitiendo así de hacer de la “agencificación” un proceso más coherente, eficaz y responsable. A continuación, se expondrán los elementos característicos de toda agencia europea, con miras a permitir al lector entender mejor los desafíos que la UE ha tenido que afrontar en el curso de la evolución de su estructura administrativa.

2. LAS AGENCIAS DENTRO DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DE LA UE

2.1. Denominación de las agencias

Cabe señalar en un principio que el nombre de una agencia en sí no dice mucho en cuanto a su estatuto jurídico. Las agencias pueden ser denominadas “agencias”, “oficinas”, “fundaciones”, “autoridades”, etc sin que se pueda deducir inmediatamente sus funciones precisas o su situación en la estructura institucional de la UE. Más bien es necesario analizar detalladamente su reglamentación interna para obtener más información. El presente trabajo tiene como objetivo demostrar que es posible resumir las características principales de las agencias a pesar de la gran diversidad que existe entre ellas.

2.2. Estatuto jurídico

Los tratados constitutivos de la EU mencionan “instituciones, agencias y otros organismos”, de lo que puede deducirse que existen importantes diferencias entre estas categorías. El artículo 13 del Tratado de la UE (“TUE”) contiene una lista exhaustiva de las instituciones de este sistema de integración, entre las cuales figuran el Parlamento Europeo, el Consejo,

la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), por solo mencionar las más importantes para los fines de este artículo. Cabe destacar que los tratados no incluyen ninguna lista similar de agencias. De hecho, salvo ciertas excepciones limitadas a EUROPOL, EUROJUST, EDA y la Fiscalía Europea (“EPPO”)¹, los tratados no las mencionan en absoluto. En consecuencia, resulta factible concluir que no existe ningún límite al número de agencias que puedan crearse, de manera que la UE puede hacer uso de esta facultad cuando lo considere necesario. En cuanto a las modalidades de su creación, cabe señalar que, a diferencia de las instituciones, las agencias no tienen su fundamento en los tratados constitutivos mismos, sino en actos jurídicos derivados del Derecho de la UE, concretamente en reglamentos, los cuales determinan los objetivos y las competencias de cada agencia. Conforme a la definición del artículo 288(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE (“TFUE”), el reglamento “tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. En otras palabras, las agencias son creadas una vez que sus reglamentos constitutivos entran en vigor en el ordenamiento jurídico de la UE, sin que sea necesario ningún tipo de transposición por parte de los Estados miembros. Estos últimos deberán aplicar el reglamento tal cual, en pleno reconocimiento de la agencia creada, lo que es particularmente importante para la cooperación entre la agencia y los Estados miembros. Además, mientras que las instituciones son establecidas por los tratados constitutivos, es decir, los instrumentos jurídicos de Derecho internacional público concluidos por los Estados miembros, las agencias son creadas únicamente por el legislador de la UE en el marco de un procedimiento legislativo como cualquier otro. Esto tiene la ventaja de poderse modificar más fácilmente las competencias y demás características de una agencia, sin que sea necesario recurrir al largo y políticamente arriesgado procedimiento de modificación de los tratados constitutivos, el cual requiere su aprobación conforme a las normas constitucionales de los Estados miembros que pueden prever que el acuerdo sea sometido a un referendo.

2.3. Personalidad y capacidad jurídica propia

Resulta importante resaltar el hecho de que las agencias están dotadas de personalidad jurídica. Gozan además en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que conceda la legislación nacional a las personas jurídicas. Estas características permiten a las agencias actuar por sí solas, es decir, independientemente de la UE, en el orden jurídico internacional y concluir acuerdos administrativos con instituciones, además de otras agencias de la UE, Estados miembros, Estados terceros y organizaciones internacionales. El ejercicio de dicha personalidad jurídica es, sin embargo, limitado a lo estrictamente necesario para que

¹ Fiscalía Europea (artículo 86 TFUE); EUROPOL (artículos 85, 86 y 88 TFUE); EUROJUST (artículo 88 TFUE); EDA (artículos 42(3) y 45 TUE).

las agencias puedan cumplir las funciones asignadas por el legislador de la UE. El alcance de dichas limitaciones se podrá generalmente deducir de las disposiciones del reglamento constitutivo, las cuales especificarán cuáles serán los procedimientos a seguir, así como las instituciones de las cuales se requerirá una autorización para poder concluir un acuerdo con las entidades anteriormente mencionadas. Normalmente, los acuerdos administrativos serán sometidos a la autorización previa de la Comisión, quien vela porque las agencias no excedan sus competencias, mientras que será suficiente informar al Parlamento una vez que el acuerdo haya sido concluido. El requisito de obtener una autorización previa implica que la Comisión tendrá igualmente derecho a exigir las modificaciones al proyecto de acuerdo administrativo que ésta considere necesarias. Por lo tanto, la Comisión podrá de cierta manera imponer a las agencias su visión de cómo éstas deberán cumplir sus funciones.

2.4. El papel de las agencias en la contratación pública europea

Estar dotado de capacidad jurídica es esencial en lo que respecta la contratación pública. Los reglamentos constitutivos especifican que la agencia “podrá adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles”, lo que implica la celebración de contratos de compraventa de bienes, así como de contratos que tienen como objeto la adquisición de servicios. Al igual que las instituciones de la UE, las agencias requieren de bienes y servicios para poder cumplir sus funciones. Dichos contratos pueden prever la adquisición de simple material de oficina o incluso de material altamente técnico. Los servicios adquiridos pueden estar relacionados a aspectos tan simples como la limpieza de infraestructura o prever actividades inherentes a sus funciones, como la vigilancia de las fronteras exteriores del espacio Schengen y el transporte de inmigrantes ilegales a su país de origen mediante aviones privados previamente alquilados. Siendo las agencias parte de la UE, están obligadas a aplicar las reglas de contratación pública establecidas en los reglamentos financieros². A fin de tener en cuenta el estatuto particular de las agencias, se aplican reglas específicas (establecidas en los “reglamentos financieros marco”)³, las cuales se incorporan a los reglamentos financieros de las respectivas agencias. Las agencias pueden celebrar contratos con instituciones, otras agencias y operadores económicos establecidos en la UE o en Estados terceros. En ciertos casos, la cooperación entre agencias está

² Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014 y (UE) n° 283/2014 y la Decisión n° 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 (DO L 193 de 30.7.2018, p. 1).

³ Reglamento Delegado (UE) 2019/715 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2018, relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos creados en virtud del TFUE y el Tratado Euratom y a los que se refiere el artículo 70 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 122 de 10.5.2019, p. 1).

expresamente prevista en los reglamentos constitutivos, a fin de asegurar la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico de la UE, como es el caso de la cooperación con el CDT y la Oficina de Publicaciones, entidades encargadas de cumplir funciones específicas.

Resulta importante recordar en este contexto que, al ejercer la UE de manera exclusiva las competencias de sus Estados en el área del comercio internacional en bienes y servicios⁴, los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (“OMC”) prevén que la UE es miembro de pleno derecho, junto con sus 27 Estados miembros. Por lo tanto, debe cumplir con las obligaciones que emanan de dichos acuerdos. Al no figurar explícitamente en el Acuerdo sobre Contratación Pública (“ACP”) como autoridades públicas sujetas a las disposiciones de este convenio, las agencias mismas no están obligadas a cumplir con las reglas de la OMC en materia de contratación pública, a diferencia de determinadas instituciones de la UE, como es el caso del Consejo, de la Comisión y del Servicio Europeo de Acción Exterior. Esta circunstancia significa para las agencias disponer de un mayor margen discrecional en la contratación pública con Estados terceros.

2.5. Autonomía administrativa

Las agencias gozan de autonomía administrativa en el sentido que pueden decidir libremente sobre su personal y su organización interna, a fin de responder de manera adecuada a sus respectivas necesidades, obviamente siempre y cuando se garantice la conformidad con el marco jurídico vigente. Pueden contratar y despedir personal conforme a las disposiciones del estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE, las cuales son aplicables respectivamente a funcionarios y a agentes temporales/contractuales⁵. Mientras que en las instituciones laboran funcionarios y agentes temporales/contractuales, predomina la segunda categoría de empleados en las agencias. Mientras que los funcionarios son nombrados por acto administrativo, los agentes concluyen un contrato de empleo con la agencia. La duración de dichos contratos puede variar de una agencia a otra, pudiendo ser de 3 años (renovables), como en FRONTEX, a 9 años (no renovables), tal como es el caso en EUROPOL.

Disponer de autonomía administrativa implica igualmente que las agencias pueden fijar sus propios objetivos concretos y adoptar las medidas necesarias para alcanzarlos, obviamente dentro de los límites establecidos por el reglamento constitutivo y de las prioridades políticas determinadas por las principales instituciones de la UE en la materia, es decir, por el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión⁶. Dichas instituciones

4 La competencia exclusiva de la UE en materia de comercio exterior en bienes y servicios resulta del artículo 2(1) TFUE en combinación con el artículo 3(1)(e) TFUE.

5 Reglamento n° 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

6 LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, 3ª ed., Oxford 2011, 13-123, p. 559.

establecen las prioridades políticas que deberán ser implementadas luego por las agencias a través de un plan de acción.

Las agencias disponen igualmente de cierta autonomía financiera, pudiendo decidir a qué proyectos deben asignarse fondos. Cada agencia adopta su propio reglamento financiero interno, el cual refleja las disposiciones del reglamento financiero aplicable a las instituciones y exige el cumplimiento de los principios financieros de la UE⁷. Cabe señalar en este contexto que el financiamiento de las agencias proviene en gran parte del presupuesto de la UE, de contribuciones de los Estados miembros y de aquellos Estados asociados que participan en las actividades de dichas agencias, así como de servicios prestados. Cuando Estados terceros participen en las actividades de las agencias, éstos estarán obligados a contribuir al presupuesto de la agencia respectiva, conforme a las disposiciones incluidas en los reglamentos constitutivos y en los acuerdos de asociación con la UE. Como se verá más adelante, es el Parlamento quien aprueba el presupuesto plurianual de la UE, el cual incluye los recursos que se asignarán a las respectivas agencias. Esta competencia da un poder considerable al Parlamento, haciendo de éste un garante del control democrático de las actividades de las agencias.

2.6. Una nueva forma de administración europea

a) La noción de administración

Desde un punto de vista jurídico, el concepto de “administración” significa la aplicación y la ejecución del Derecho de la UE por las autoridades competentes. La aplicación implica tanto una actividad de hecho, así como la adopción de normas y/o actos jurídicos de implementación. Se distingue de la actividad legislativa y judicial, atribuidas respectivamente al Parlamento y al Consejo, por una parte, y, por otra parte, al TJUE. La UE sigue de cierta manera el modelo de la división de poderes conocida a nivel estatal sin copiarlo por completo. En el curso de su historia, la UE ha desarrollado diversos tipos de administración, constituyendo la “agencificación” una nueva forma que, tal como se verá más adelante, ha suscitado interrogantes en cuanto a su compatibilidad con los tratados constitutivos. Antes de exponer en que consiste este nuevo tipo de administración, conviene describir brevemente sus formas más tradicionales.

b) Formas tradicionales de administración

Una de las formas tradicionales de administración es la aplicación directa del Derecho de la UE por las instituciones mismas. En este contexto se destaca el rol de la Comisión como órgano ejecutivo por excelencia. Otra forma de administración consiste en su aplicación indirecta por los Estados miembros, los cuales están llamados a determinar los órganos y

⁷ Estos son los principios de unidad, veracidad presupuestaria, anualidad, equilibrio, unidad de cuenta, universalidad, especialidad, buena gestión financiera y transparencia.

los procedimientos necesarios (“autonomía procesal”)⁸, imponiendo como única condición que la aplicación sea eficaz (“principio de eficiencia”) y que los derechos otorgados a los individuos no sean tratados de manera menos ventajosa que los derechos garantizados por el Derecho nacional (“principio de equivalencia”)⁹. El artículo 291(1) TFUE, conforme al cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la UE” parte de la premisa que ésta es la modalidad standard de administración¹⁰. El Derecho de la UE generalmente da libertad a los Estados miembros en cuanto a la aplicación del Derecho administrativo material y procesal, siempre y cuando no regule el mismo esta materia. Dentro de esta categoría de aplicación indirecta cabe identificar la constelación en la cual el Derecho de la UE no confiere a los Estados miembros ningún margen de discreción, exigiendo su aplicación tal cual por las autoridades nacionales. Según otra constelación, el Derecho de la UE confiere un margen de discreción a las autoridades nacionales, limitándose a determinar los objetivos a alcanzar, así como ciertos criterios útiles a tomar en cuenta, de manera que los Estados miembros están llamados a adoptar normas propias a fin de asegurar su aplicación a nivel nacional.

c) La administración a través de agencias

La administración a través de agencias, no prevista en el momento de la creación de la UE, se diferencia claramente de las formas más tradicionales descritas en el párrafo anterior, en el sentido de que prevé la creación de estructuras institucionales mixtas, haciendo posible la participación conjunta de entidades supranacionales y nacionales¹¹. En efecto, las agencias son entidades supranacionales que, no obstante, requieren la colaboración de los Estados miembros a fin de dotar de eficacia a sus acciones. Los Estados miembros están representados en las agencias por los miembros del consejo de administración, quienes tienen derecho a voto y participan en la elaboración de decisiones, así como en el control de la actividad de la respectiva agencia. Los Estados miembros se convierten de esta manera en parte de la administración en la medida en que están llamados a implementar las decisiones adoptadas por la agencia en su respectivo ámbito

8 El artículo 19(1) TUE hace referencia a la autonomía procesal de los Estados miembros. Sin embargo, se refiere a un ámbito específico relacionado a “las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la UE”. Por lo tanto, no es tan relevante en el contexto puramente administrativo que se discute en el presente artículo.

9 Ver sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018 en el asunto C-571/16, *Kantarev*, EU:C:2018:807, apartados 124 y 125, así como sentencia de 8 de marzo de 2017, C-14/16, *Euro Park Service*, EU:C:2017:177, apartado 36.

10 FRENZ, W., “Vollzug des Europarechts”, *Handbuch Europarecht*, Berlin/Heidelberg 2010, apartado 1743, p. 523.

11 CALLIES, C. *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta* (ed. Christian Calliess/Matthias Ruffert), Múnich 2011, artículo 13 EUV, apartado 36, p. 221, habla de la creación de una “red europea de administración” a través de una unión de la administración nacional y supranacional.

nacional. Por lo tanto, los Estados miembros juegan un rol determinante en la preparación, adopción y aplicación de actos administrativos, lo cual tiene la ventaja de garantizar la aceptación de esta forma de administración. Esto tiene a su vez como consecuencia de asegurar la implementación efectiva del Derecho de la UE a nivel nacional. A través de su representación en el consejo de administración, los Estados miembros toman conciencia de su responsabilidad (“accountability”) en la toma de decisiones a nivel supranacional. La necesidad de dialogar con representantes de otros Estados miembros y de las instituciones les recuerda que existen realidades distintas que resulta necesario tener en cuenta. De cierta manera, los Estados miembros obtienen acceso a la perspectiva supranacional, obligándoles a dejar de lado egoísmos nacionales. Cabe señalar en este contexto que la posibilidad de tener un intercambio con colegas de otros Estados miembros sobre aspectos esencialmente técnicos tiene la ventaja de “despolitizar” muchos temas potencialmente sensibles, algo que la UE ya había logrado en los inicios del proceso de integración europeo mediante la asignación de tareas a la Comisión en su calidad de entidad supranacional.

Las agencias constituyen así una forma de administración intermedia entre la estrictamente supranacional y la descentralizada. Siendo los Estados miembros quienes se encargan de aplicar el Derecho de la UE, asistidos muchas veces por la agencia, el consejo de administración puede encargarse de verificar él mismo el cumplimiento de esta obligación y hacerlo constar en un reporte periódico de las actividades. Al informar a los Estados miembros del progreso en la implementación del Derecho de la UE a nivel nacional, pueden ellos ejercer presión política sobre aquellos que muestran déficits en el cumplimiento, lo que tiene como efecto de aliviar el trabajo de la Comisión, a quien recae generalmente el papel de “guardiana de los tratados” en el ordenamiento jurídico de la UE. Violaciones del Derecho por parte de los Estados miembros pueden ser así evitadas, haciendo innecesario que la Comisión abra recursos por incumplimiento contra ellos. Además del consejo de administración, la agencia cuenta con el apoyo de expertos nacionales, quienes pueden reunirse en la sede de la agencia y discutir problemas actuales. Esta representación de los Estados miembros les permite deducir que la agencia les “pertenece”, lo que, sin embargo, no debe llegar a la conclusión errónea de que la barrera entre el nivel supranacional y el nivel nacional cesa de existir. Esta forma de administración tiene como objetivo de lograr una mayor participación de los Estados miembros en la toma de decisiones a nivel supranacional.

d) Clasificación de las agencias

Al hablar de “administración” por parte de agencias, es indispensable tener en cuenta el tipo de funciones que éstas ejercen. La variedad de funciones permite clasificarlas de manera más precisa. Para evitar malentendidos, hay que señalar de antemano que el presente artículo trata únicamente de las

llamadas “agencias descentralizadas”, mas no de las “agencias ejecutivas”. La segunda categoría de agencias comprende entidades administrativas incorporadas en la estructura interna de la Comisión, sin personalidad jurídica propia, a las cuales se les ha asignado la tarea de ejecutar determinados programas de la misma. La primera categoría de agencias engloba las entidades administrativas dotadas de capacidad jurídica, tal como se ha mencionado anteriormente, cuyas funciones se distinguen de aquellas que la Comisión ejerce normalmente.

Respecto a las funciones generalmente asignadas a las agencias, cabe distinguir (i) la recopilación y diseminación de información, (ii) la asistencia técnica, (iii) la reglamentación de un ámbito determinado, (iv) supervisión/control y (v) la ejecución de operaciones¹². Mientras que ciertas agencias cumplen su función asistiendo a la Comisión y a los Estados miembros o produciendo documentos de “soft law”, permitiendo a estos últimos aplicar el Derecho de la UE de manera más eficiente, otras pueden influir directamente en el mercado interior, adoptando decisiones que afectan la posición jurídica de agentes económicos. Asimismo, algunas agencias están encargadas de enviar efectivos a los Estados miembros o incluso a Estados terceros, con el objetivo de ejecutar la normativa europea. Algunas agencias prestan servicios a otras, reforzando así la red de cooperación.

También es, en principio, posible clasificar las agencias conforme a su respectiva área de competencia, el pilar (comunitario o intergubernamental, según la división que existía antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) en el que se les estableció, por periodo de creación, tamaño, el círculo de beneficiarios de los servicios de la agencia, el origen de sus recursos y financiamiento, el tipo de consejo administrativo, etc. Sin embargo, dichos criterios de clasificación son menos extendidos, prefiriéndose el tipo de función como criterio relevante.

e) El concepto de “Derecho administrativo” en el ordenamiento jurídico de la UE

Conviene hacer un breve paréntesis para explicar el concepto de “Derecho administrativo” en el ordenamiento jurídico de la UE. Al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, este concepto incluye el Derecho administrativo material y procesal. Bajo Derecho “material” se entiende generalmente el conjunto de normas que articulan las políticas de la UE, sea a nivel supranacional o nacional, mientras que el Derecho “procesal” reglamenta la manera en que interactúan las instituciones de la UE, los Estados miembros e individuos.

El Derecho administrativo de la UE es tan antiguo como el proceso

¹² Existen varios tipos posibles de clasificación. Véase al respecto el informe de la Comisión de Asunto Constitucionales del Parlamento Europeo de 30 de enero de 2019 sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (procedimiento: 2018/2114(INI) / Texto: A8-0055/2019).

de integración mismo. No importa que se trate de la reglamentación de ayudas a la agricultura, de las disposiciones relativas a la unión aduanera, de la autorización de fusiones entre empresas, del registro de marcas, etc, el Derecho administrativo de la UE es hoy en día omnipresente. La UE nació como una organización altamente burocrática con miras a fomentar la cooperación entre los Estados miembros. Al asumir la UE cada vez más competencias, es obvio que el Derecho administrativo nacional sea remplazado por un nuevo Derecho administrativo supranacional de características propias. Este nuevo Derecho administrativo supranacional se nutrió de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, incorporando principios generales tan importantes como el principio de proporcionalidad y el de seguridad jurídica, la cual conoce a su vez diversas manifestaciones, tales como la confianza legítima y la prohibición de la retroactividad¹³. A éstos se suman otros principios esenciales del Derecho administrativo como la obligación de motivar las decisiones adoptadas por las instituciones de la UE y de permitir un acceso al expediente.

Estos principios muchas veces se encontraban codificados en el Derecho administrativo mismo, el cual podía constituir de un solo reglamento. Sin embargo, fue el TJUE quién, en primer lugar, exigió que se les tomara en cuenta incluso si no estaban codificados expresamente y, en segundo lugar, desarrolló otros principios que el legislador no había previsto en un inicio. Por lo tanto, el TJUE ha venido jugando un papel primordial en la evolución del Derecho administrativo supranacional. Muchos de estos principios creados por vía jurisprudencial fueron incorporados posteriormente en los códigos administrativos de la UE. Más importante aún, algunos de estos principios han sido incluso codificados en la Carta de Derechos Fundamentales¹⁴ (de no encontrarse ya en los tratados constitutivos mismos¹⁵), la cual tiene rango de Derecho primario en el ordenamiento jurídico de la UE¹⁶. Ha de

13 WIDDERSHOVEN, J. "Developing administrative law in Europe: Natural convergence or imposed university?", *Review of European Administrative Law*, vol. 7, nº 2, 2014, p. 9.

14 Véase el artículo 41 de la Carta que menciona el principio de buena administración, según el cual toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la UE traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Además, toda persona tiene derecho a la reparación por la UE de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Finalmente, toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la UE en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

15 Véase el artículo 5 TUE que hace referencia a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como el artículo 296 TFUE relativo a la obligación de motivar los actos jurídicos adoptados por las instituciones de la UE. Asimismo, el artículo 298(1) TFUE establece que "en el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la UE se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente".

16 Véase sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010 en el asunto C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, apartado 22.

señalarse que esta circunstancia no impide que el TJUE siga desarrollando principios de Derecho administrativo. Todo lo contrario, el TJUE tiene la competencia de interpretar los principios ya reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales y de hacerlos evolucionar, al mismo tiempo que crea nuevos principios¹⁷. La competencia del TJUE de hacer evolucionar el Derecho de la UE a través de su jurisprudencia ha sido reconocida incluso por los tribunales constitucionales de los Estados miembros¹⁸, dejando de lado casos determinados de oposición por parte de órganos judiciales nacionales¹⁹.

Conviene utilizar el término “códigos” en plural, pues no existe hasta la fecha un código administrativo único de la UE. El Derecho administrativo aplicable puede variar considerablemente dependiendo de la materia. Aunque existan muchas veces principios generales que, como lo dice el término mismo, sean de aplicación “general” (o “universal”), éstos pueden manifestarse de manera diferente conforme a las exigencias de la administración. Por ejemplo, la obligación de motivación puede depender del contexto administrativo y del interés que pueda tener un individuo en saber las razones por las cuales se adoptó una decisión administrativa determinada que le afecta²⁰. Tal decisión puede igualmente ser sujeta a un control menos estricto a la luz del principio de proporcionalidad, dependiendo del poder discrecional que tenga la administración. Asimismo, consideraciones relacionadas a la seguridad pública pueden exigir una aplicación matizada de estos principios²¹. Los plazos previstos para presentar una solicitud o interponer un recurso pueden ser más breves que otros, dependiendo del interés que tenga la administración en crear seguridad jurídica. Ciertos recursos pueden prever un análisis completo de legalidad o ser limitados a impedir decisiones arbitrarias²². Estas consideraciones impiden la creación de un código administrativo único.

17 Lo que se debe principalmente al hecho de que el artículo 6 TUE distinga entre los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, por un lado, y los principios generales del Derecho de la UE, por otro lado, los cuales son influenciados por la interpretación que se da Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

18 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010 en el asunto 2 BvR 2661/06, DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106, apartado 62.

19 Véase KÜHN, W.M. “La responsabilidad extracontractual de la UE a raíz de la violación por parte del TJUE del derecho fundamental a una duración razonable del proceso”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, 2018, año 6, n° 12.

20 Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de noviembre de 2012 en los asuntos C-539/10 P y C-550/10 P, *Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa*, EU:C:2012:711, apartado 139; de 11 de julio de 2013 en el asunto C-444/11 P, *Team Relocations y otros/Comisión*, no publicada, EU:C:2013:464, apartado 120, y de 28 de marzo de 2017 en el asunto C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, apartado 122.

21 Véase la sentencia de 15 de febrero de 2016 en el asunto C-601/15 PPU, J.N, EU:C:2016:84, apartado 53. Véase, en este sentido, VAN DROOGHENBROECK, S.; RIZCALLAH, C. *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne — Commentaire article par article*. Bruylant, Bruselas, 2018, pp. 1099 y 1103.

22 Véase las conclusiones del abogado general Pikamäe de 9 de setiembre de 2020 en los asuntos acumulados C-225/19 y C-226/19, *R.N.N.S. y K.A./Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2020:679, apartado 99.

Además, es importante tener en cuenta en este contexto que el Derecho administrativo de la UE no solo incluye principios generales dotados de fuerza jurídica, cuya vulneración puede llevar a la ilegalidad (e incluso a la nulidad) de la decisión administrativa, aparte de un derecho a indemnización por el perjuicio sufrido por el afectado, sino también otros principios cuyo cumplimiento simplemente se recomienda a fin de garantizar una “buena administración”. Efectivamente, existen ciertas exigencias que impone la “buena administración” que, de no ser cumplidos, no llevan necesariamente a la ilegalidad de una decisión administrativa. La falta de respeto de dichas exigencias constituye simplemente un mal ejemplo de administración que debe ser evitado. La distinción entre estas exigencias y los vicios legales no es siempre fácil, sobre todo porque ciertos vicios legales pueden ser subsanados por la administración misma por no ser considerados tan graves. Este es generalmente el caso de ciertos errores formales que no afectan el fondo de la decisión administrativa. Sin embargo, es importante poder diferenciar los diversos casos, ya que de ello depende la competencia de los órganos de la UE encargados de hacer respetar la legalidad. Es así que mientras que el TJUE se encarga únicamente del examen de vicios legales, el Defensor del Pueblo Europeo (“DPE”) se dedica además de examinar casos de “mala administración”, conforme al artículo 228 TFUE²³. Por lo tanto, su competencia es mucho más amplia, independientemente de los instrumentos muy específicos de los cuales éste dispone que consisten más que nada en denunciar públicamente los casos de mala administración y solicitar a las autoridades que se les remedie.

A pesar de la dificultad en crearse un código administrativo único de la UE, ya ha habido algunos intentos de por lo menos codificar los procedimientos. Cabe mencionar la resolución del Parlamento del 15 de enero de 2013 en que recomendaba a la Comisión la creación de una Ley de Procedimiento Administrativo de la UE²⁴. Por su parte, el Tribunal de Cuentas en su Dictamen N° 1/2015 abogaba por esta misma idea²⁵. El 13 de enero de 2016, se publicó la propuesta de reglamento de procedimiento administrativo para la UE y que adoptó la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento la semana anterior.

La codificación del Derecho administrativo de la UE tiene

23 El DPE y la Comisión han desarrollado separadamente “códigos de buena conducta administrativa”, los cuales no tienen valor jurídicamente vinculante. No obstante, tienen cierta autoridad en la práctica administrativa de las instituciones y otras entidades europeas en la medida que incorporan principios reconocidos por la jurisprudencia del TJUE, los tratados constitutivos de la UE, así como la Carta de Derechos Fundamentales.

24 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (procedimiento: 2012/2024(INL) ; texto presentado : A7-0369/2012).

25 Dictamen n° 1/2015 del Tribunal de Cuentas de la UE sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) no 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (2015/C 52/01) (DO C 52 de 13.2.2015, p. 1).

consecuencias importantes, pues tiene como efecto complementar o incluso desplazar al Derecho administrativo nacional. Esto significa que las autoridades nacionales deberán aplicar conceptos autónomos conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico de la UE. Cuando el legislador no prevea procedimientos administrativos específicos, el Derecho material podrá ser aplicado conforme a los procedimientos conocidos en el Derecho administrativo nacional, respetándose la autonomía procesal de los Estados miembros, ya mencionada anteriormente. Sin embargo, a medida que el legislador de la UE se vaya aventurando a reglamentar los procedimientos a seguirse para aplicar el Derecho administrativo material, esto obviamente significará que la autonomía procesal se verá reducida cada vez más.

2.7. Apertura institucional

La UE es muy recelosa de la integridad de su ordenamiento jurídico, habiendo enfatizado el TJUE en muchas ocasiones la necesidad de preservar su unidad, coherencia y primacía²⁶. Si bien es cierto que el proceso de integración europeo ha evolucionado hasta el punto de aceptar una “integración de velocidades distintas”, permitiendo que los Estados miembros se unan a los diversos proyectos de integración que ofrece la UE (por ejemplo: la unión monetaria, el área de libertad, seguridad y justicia, la creación del Tribunal Unificado de Patentes (“TUP”) mediante el mecanismo de “cooperación reforzada” con arreglo al artículo 329 TFUE²⁷, la cooperación en materia de seguridad y defensa en el marco de la denominada “cooperación estructurada permanente” prevista en los artículos 42(6) y 46 TFUE²⁸, etc) cuando lo consideren conveniente, es claro que se han establecido ciertos límites a tal flexibilidad. Tal como se ha visto recientemente durante las negociaciones entre la UE y el Reino Unido relacionadas al retiro de este país y a la conclusión de un acuerdo de partenariado que aún debe ser definido en términos contractuales, la UE se opone a todo tipo de segmentación del mercado interior²⁹. Por lo tanto, la UE rechaza la proposición del Reino Unido de poder permanecer en el mercado interior tras convertirse en un Estado tercero,

26 Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 respecto a la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos, apartados 164 y siguientes.

27 El TUP no está incorporado en el TJUE, sino que constituye una jurisdicción aparte, creada por iniciativa de la mayoría de Estados miembros (Polonia, España e Italia estaban opuestas en un inicio) y algunos Estados terceros a base de un acuerdo internacional. A pesar de su origen en el Derecho internacional, el TUP deberá aplicar el Derecho material de patentes creado por la UE mediante dos reglamentos. Las patentes emitidas tendrán doble efecto, en el sentido de tener naturaleza supranacional y nacional (en la totalidad de los Estados participantes). La sede del TUP se situará en París, con secciones en Londres y Múnich, y divisiones regionales y locales (véase WATHELET, M.; WILDEMEERSCH, J. *Contentieux européen*, 2ª ed. Bruselas, 2014, p. 89).

28 Véase LOPEZ-JACOISTE DIAZ, E. “La Nueva Cooperación Estructurada Permanente: Impulso Definitivo para una Verdadera Política Común de Seguridad y Defensa en Europa”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 2018, p. 1075, para mayores detalles.

29 Ver respecto al Brexit, KÜHN, W. M. “Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, 2016, año 4, n° 8, p. 64.

excluyendo completamente o, por lo menos, limitando considerablemente la libre circulación de trabajadores.

A excepción de este caso particular, la UE ha aceptado en ciertas ocasiones que Estados terceros se unan voluntariamente al proceso de integración sin tener que adherirse a la UE y obtener el estatuto de miembro de pleno derecho. Tal es el caso de la integración en el marco del mercado interior con ciertos Estados miembros de la Asociación de Libre Comercio (“European Free Trade Association” o “EFTA” por sus siglas en inglés)³⁰, lograda por medio de la conclusión del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (“EEE”). Este acuerdo permite una extensión de las libertades del mercado interior de la UE hacia dichos Estados³¹. Otro ejemplo que ilustra la apertura del proceso de integración europeo es la participación de los Estados de EFTA en el acervo jurídico de Schengen, es decir el conjunto de normas que permite la libre circulación de personas exento de controles fronterizos en el espacio geográfico conformado por los Estados participantes³². Esta participación es posible gracias a los acuerdos concluidos entre la UE y los respectivos Estados de EFTA.

Debido al alto grado de integración en las áreas mencionadas y teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho de la UE, es necesario prever una cooperación institucional muy estrecha. Precisamente en este contexto el aspecto administrativo es esencial. Resulta importante destacar que el método que se ha seguido para lograr la incorporación de los Estados de EFTA en el mercado interior y en el espacio Schengen es muy distinto. Mientras que en el primer caso se han creado instituciones paralelas bastante complejas en el seno de EFTA (estructura denominada de los “dos pilares”), garantizando así una autonomía formal, en el segundo caso los Estados de EFTA se han asociado individualmente a la UE a base de acuerdos bilaterales que solo prevén una institucionalidad básica, en forma de comités mixtos. La participación de los Estados de EFTA en ambos proyectos planteó ciertos problemas, teniendo en cuenta que el fenómeno de la agencificación se presenta igualmente en ambas áreas. Al operar varias agencias en el ámbito del mercado interior y del espacio Schengen, hubo que desarrollarse la manera de permitir una participación de los Estados de EFTA en la actividad de dichas agencias. De lo contrario, hubiera sido muy difícil garantizar la implementación en dichos Estados de las decisiones adoptadas en el seno de las agencias. También hubiera sido complicado resolver el sensible problema relacionado a la legitimidad democrática de la vigencia del Derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos de los Estados de EFTA.

30 Los Estados miembros de EFTA son Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza. Los tres primeros forman parte del Espacio Económico Europeo.

31 Véase respecto al Espacio Económico Europeo, KÜHN, W. M. “Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Lecciones de la experiencia integracionista europea”, *Política Internacional*, n° 109, julio-septiembre 2013.

32 Todos los Estados miembros de EFTA forman parte del espacio Schengen.

Además, hubiera sido un desperdicio de recursos prescindir del conocimiento técnico de expertos provenientes de estos países. Es necesario recordar que el Acuerdo sobre el EEA mismo exige en su artículo 100 la participación de dichos Estados en la fase previa al procedimiento legislativo, en la cual influyen las opiniones de expertos (“decision shaping”). Esa forma de participación es perfectamente compatible con los tratados de la UE, pues no confunde la calidad de “Estado miembro” y de “Estado asociado”. Cabe recordar que, en el Derecho de la UE, el estatuto de “Estado asociado” está generalmente dotado de menos privilegios en comparación al estatuto de “Estado miembro”, en la medida que el primer estatuto no prevé ningún tipo de participación en el proceso legislativo de la UE en el seno del Consejo. Más bien, el Estados asociado debe aceptar los actos legislativos adoptados por el legislador de la UE y, de estar previsto en los acuerdos de asociación, de incorporarlos en su ordenamiento jurídico nacional³³. Se entiende que la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE no se ve perjudicada por una participación de tipo simplemente “tecnócrata”, al servicio del buen funcionamiento del EEE. Los reglamentos constitutivos de ciertas agencias prevén la participación de los Estados de EFTA como miembros con derecho a voto (en las materias que les conciernen) en el consejo de administración, mientras que en otras agencias se prevé por lo menos un estatuto de observador³⁴.

La apertura institucional en las agencias no se limita a Estados terceros, sino que se extiende incluso a organizaciones internacionales. Al constituir las agencias verdaderos focos de competencia técnica³⁵, sería inconcebible desechar el apoyo de organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales que operan en el mismo ámbito. Los reglamentos constitutivos de diversas agencias tienen cuenta de ello al prever la participación de entidades especializadas en el seno de los órganos de consulta de las respectivas agencias, lo cual permite un útil intercambio de ideas. En ciertos casos, organizaciones internacionales están incluso representadas en el consejo administrativo, no obstante, sin tener derecho a voto. La participación de organizaciones internacionales, de las cuales la UE en sí no es miembro (mas sí sus Estados miembros) – como es el caso de la Agencia de la ONU para los Refugiados (“UNHCR”, por sus siglas en inglés) en el consejo administrativo de EASO y en el fórum de consultación de FRONTEX – constituye un hecho remarcable que demuestra el compromiso de la UE con la comunidad internacional.

33 Sin embargo, esto no impide que se efectúen adaptaciones puntuales a los actos legislativos de la UE en el marco del comité mixto (el órgano decisorio de la asociación) a fin de tener en cuenta las necesidades del Estado asociado.

34 OESCH, M.; LANG, A. “EU-Agenturen und die Schweiz”. *Zeitschrift für Europarecht*, n° 6, noviembre 2014, p. 136.

35 CHITI, E. “Is EU Administrative law failing in some of its crucial tasks”. *European Law Journal*, 2016, vol 22, n° 5, p. 589.

2.8. Consecuencias del Brexit

a) Posible participación futura del Reino Unido en las actividades de las agencias

Es probable que la apertura institucional de las agencias de la UE se ponga a prueba tras el Brexit. El 31 de enero de 2020 a medianoche, el Reino Unido dejó de ser un Estado miembro de la UE. Como consecuencia de ello, se ha convertido en un país tercero, independientemente de que el Acuerdo de Retirada³⁶ estableciera que algunas de sus obligaciones derivadas del Derecho de la UE seguirían en vigor a lo largo del año 2020. Esto significa que el Reino Unido ya no tiene derecho a participar en las actividades de las agencias de la UE a menos que se disponga lo contrario. Dicho esto, cabe señalar que, en el momento de la publicación de este artículo, la UE y el Reino Unido han celebrado y declarado provisionalmente aplicable un denominado “Acuerdo de comercio y cooperación”³⁷ (un acuerdo de asociación desde la perspectiva del Derecho de la UE). Ciertamente, no compensa la pérdida de la pertenencia a la UE, ya que su alcance es menos ambicioso, lo que significa que el Reino Unido no estará obligado a buscar la participación en todas las agencias de la UE.

Esto es cierto en el caso de la Fiscalía Europea, ya que esta agencia salvaguarda los intereses financieros de la UE (aunque no puede descartarse que la Fiscalía Europea tenga que dirigirse a las autoridades británicas de forma bilateral en determinadas circunstancias). Otros ejemplos de agencias que podrían no ser pertinentes para el Reino Unido son las encargadas de aspectos específicos del mercado interior. La razón es que dicho Acuerdo de Asociación reconoce explícitamente la autonomía de ambas partes en materia de regulación. Se trata de una petición expresa del Reino Unido que la UE ha aceptado. En otras palabras, el Reino Unido está ahora autorizado a adoptar sus propias normas, en particular en el ámbito de la protección laboral y medioambiental, sin tener que participar en el proceso de fijación de normas de la UE (ya sea en el marco de una agencia reguladora de la UE o en el marco de los procedimientos legislativos de la UE). Se trata de una diferencia significativa con respecto a la asociación con los Estados EFTA/EEE ya explicada anteriormente.

No obstante, ambas partes tendrán que evaluar cuidadosamente si la aplicación de dicho acuerdo de asociación hace obligatorio o, al menos, deseable que el Reino Unido se adhiera a una agencia específica. Para ello, el Reino Unido tendría que celebrar acuerdos administrativos con agencias

36 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO L 29 31.1.2020, p. 7), firmado el 24 de enero de 2020. Entró en vigor el 31 de enero de 2020 a medianoche, cuando el Reino Unido abandonó la Unión Europea.

37 Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DO L 444 de 31.12.2020, p. 14).

individuales, obviamente con la aprobación de la UE. La futura cooperación entre la UE y el Reino Unido sería de naturaleza estrictamente bilateral, similar al tipo de relaciones con otros países terceros. Europol ofrece un ejemplo clásico de cooperación bilateral con países terceros (con la participación de países como Albania, Australia, Colombia, Georgia, etc.), posibilitado por numerosos acuerdos. En esta fase, es demasiado pronto para decir con certeza cómo podría evolucionar esta cooperación, dado que dicho acuerdo de asociación se ha celebrado recientemente y que varios aspectos aún requieren un examen más detenido, así como una implementación a través de acuerdos bilaterales específicos. Desde esta perspectiva, el Brexit debe considerarse un proceso inacabado.

b) Empleo de ciudadanos británicos en las agencias

Para el personal británico que trabaja en agencias de la UE, el nuevo estatuto del Reino Unido como país tercero trae ciertas desventajas con respecto a sus colegas. Es más probable que reciban un trato distinto, ya que el principio de equilibrio geográfico podría obligar a las agencias a privilegiar a los ciudadanos de la UE a la hora de ocupar puestos de trabajo. No puede excluirse que el personal británico pueda ser sustituido gradualmente por este último a largo plazo. No obstante, cabe señalar que, de conformidad con el estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE, las agencias pueden mantener al personal británico si esta forma de actuar es “en el interés del servicio” (*“dans l’intérêt du service”*), es decir, si es “indispensable” para el funcionamiento de la agencia. Se trata de un requisito estricto para cada agencia, debido a su autonomía en materia de personal, que deberá evaluarse si se cumple en cada caso. Esta excepción ya se ha aplicado por analogía en otros casos, en los que las instituciones de la UE consideraron necesaria la contratación de ciudadanos de países terceros para aprovechar la experiencia y los conocimientos especializados de profesionales altamente calificados. En este contexto, el estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE ya ofrecen soluciones adecuadas para garantizar una transición a la era posterior al Brexit.

2.9. Cooperación entre las agencias

Al formar parte de la estructura institucional de la UE, es consecuente que las agencias estén llamadas a cooperar entre ellas en las áreas de común interés. Ya se ha mencionado anteriormente la cooperación que tienen las agencias con el CDT y la Oficina de Publicaciones en el marco de la contratación pública, prevista expresamente en los reglamentos constitutivos. Aparte de esto, las agencias que operen en un ámbito similar o estén interesadas en una categoría determinada de servicios pueden cooperar, adquiriéndolos de manera conjunta (“joint procurement”). Los reglamentos financieros de la UE prevén este tipo de cooperación a fin de aprovechar las ventajas que trae, es

decir, el ahorro de recursos financieros y el beneficio de efectos sinérgicos. Este tipo de cooperación exige generalmente que dos o más agencias se pongan de acuerdo sobre los servicios o bienes que se planea adquirir (por ejemplo, la adquisición de servicios de vigilancia aérea entre FRONTEX, EFCA y EMSA), las modalidades de cooperación inter partes (asignación interna de recursos o bienes adquiridos conforme a las necesidades de cada agencia), así como cual agencia se encargará de organizar el procedimiento de contratación pública (publicación de la licitación, evaluación de ofertas, adjudicación del contrato).

Muchas agencias están destinadas a cooperar entre ellas por el hecho de operar en la misma área. El legislador de la UE muchas veces ha incluso previsto una complementariedad de funciones, haciendo de determinadas agencias aliadas naturales. Tal es el caso de agencias como FRONTEX, EUROPOL y EUROJUST, las cuales están encargadas de luchar contra la delincuencia en el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia que el artículo 3(2) TUE establece. Se podría incluir también a eu-LISA a esta lista debido a su apoyo informático a las agencias mencionadas que operan en esta área. En el caso que los tratados no prevean una cooperación explícita, ésta se verá reglamentada de manera abstracta en los reglamentos constitutivos, otorgando a las agencias respectivas el poder de concluir acuerdos administrativos entre ellas, en los cuales la cooperación será reglamentada de manera más detallada. El requisito de someter tales acuerdos administrativos a la aprobación de la Comisión (y se informe al Parlamento de ello) asegura que se respete el requisito de compatibilidad con la normativa de la UE, como se explicará más adelante.

La cooperación entre las agencias puede concretizarse igualmente a través de un intercambio de conocimiento y de experiencia en ámbitos que pueden comprender temas tan diversos como asuntos de función pública, contratación pública, litigios, así como la creación de una escuela europea para los hijos de funcionarios en el Estado miembro de acogida. El intercambio de conocimiento puede ser directamente entre las agencias o en un marco más institucionalizado como es la “Red de agencias de la UE”, a la cual es también suele ser invitada la Comisión. Al verse las agencias confrontadas a desafíos muy similares, resulta comprensible que se haya desarrollado una cooperación tan estrecha. Se benefician así las agencias más “jóvenes” de la experiencia adquirida por las agencias más antiguas. Las reuniones de la Red de agencias tienen lugar en formatos diversos, conforme a los respectivos temas a tratarse. De particular interés es la red de juristas, en la que se discuten temas jurídicos de actualidad. Generalmente se organizan en la sede de la agencia que ocupa la presidencia de turno.

3. CREACIÓN Y BASE JURÍDICA

3.1. Método de creación

Tal como se ha indicado en un inicio, las agencias son creadas mediante la adopción de reglamentos constitutivos que determinan los objetivos y las competencias de cada agencia, así como la estructura orgánica y los procedimientos de toma de decisiones. Reglamentan asimismo aspectos fundamentales del Derecho de la EU, tales como la personalidad y la capacidad jurídica, la responsabilidad extracontractual, la facultad de concluir acuerdos, la sede de la agencia, inmunidades, la aplicación de los reglamentos financieros y del personal, el régimen lingüístico, disposiciones relativas al acceso público a documentos y a la protección de datos. El uso del reglamento como instrumento jurídico permite una creación rápida, así como una modificación flexible del funcionamiento de la agencia, ya que, de ser necesario, el legislador de la UE puede proceder a una modificación “puntual” de las disposiciones relevantes. Es así como el legislador ha respondido repetidas veces a las crisis, como la crisis de la migración que condujo a una ampliación de competencias de las agencias FRONTEX y EASO³⁸. Asegura además una aplicación inmediata y uniforme por parte de los Estados miembros, sin que sea necesaria una transposición en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Si bien es cierto que, hipotéticamente, se podría recurrir a otros instrumentos jurídicos mencionados en el artículo 288 TFUE, tales como la directiva o la decisión, cabe señalar que solo el reglamento garantiza que el acto constitutivo tenga el valor normativo suficiente como para reglamentar aspectos tan importantes como la personalidad jurídica, así como de carácter material y procesal, prescindiendo así por completo de un complemento legislativo a nivel nacional que podría poner en peligro la uniformidad legislativa y administrativa. Esas son las razones principales por las cuales el reglamento constituye el instrumento jurídico predilecto para la creación de agencias. El establecimiento de EUROPOL confirma lo dicho, pues esta agencia fue creada en un inicio (en el año 1992) a base de un acuerdo internacional (que no entró en vigor hasta 1998), el cual fue sustituido posteriormente por una decisión marco y finalmente por un reglamento. EUROPOL pasó así de ser una entidad intergubernamental a una agencia supranacional³⁹. EUROJUST pasó por una evolución similar, debido al hecho de que la cooperación en materia penal comenzó realizándose dentro de un marco estrictamente intergubernamental. Con la disolución de la estructura de pilares supranacionales e intergubernamentales (denominada “estructura de templo griego”) a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la

38 PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ª ed., vol. 1 (EU Immigration and Asylum Law), Oxford 2016, p. 150.

39 MÖLLERS, R. *Polizei in Europa – Die Sicherheitsagenturen EUROPOL und FRONTEX im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, 2ª ed., Frankfurt, 2017, p. 53.

cooperación penal reposa en un nuevo fundamento legal, el cual, no obstante, aún conserva ciertas particularidades.

Aunque el presente artículo se enfoca en la creación de agencias, es necesario tener en cuenta el legislador tiene igualmente la competencia de cerrarlas, siguiendo el mismo procedimiento legislativo que condujo a su creación. Asimismo, tiene la competencia para modificar sus reglamentos constitutivos y de fusionarlas con otras agencias. Cabe señalar que hasta la fecha, ninguna de las agencias ha sido cerrada, fusionada ni modificada significativamente en su ámbito de actuación, salvo la Agencia Europea de Reconstrucción, que se creó en 1999 y fue liquidada en 2008. Durante los últimos diez años, la Comisión ha propuesto en dos ocasiones fusionar agencias por motivos de coherencia, pero no obtuvo el acuerdo del Parlamento⁴⁰. En 2007, la evaluación de impacto de la Comisión que acompañaba la propuesta de una Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas (que pasó a ser la Oficina del ORECE en 2009) sugería fusionar ENISA con la nueva autoridad, pero el legislador optó en cambio por crear un nuevo organismo separado que coexistiera con ENISA. CEPOL imparte sesiones de formación en línea y presenciales para agentes de policía y está estrechamente vinculada a EUROPOL. En 2013, la Comisión presentó un paquete legislativo, basado en una evaluación de impacto, en el que proponía fusionar EUROPOL y CEPOL por motivos de eficiencia. El Parlamento rechazó la propuesta. Es por ello que el proceso de agencificación parece más bien progresar en lugar de retroceder.

3.2. El acuerdo sede concluido con el Estado miembro de acogida

Las agencias europeas de cierta manera reflejan la idea de una UE federal y descentralizada, debido al hecho de que tienen sus sedes fuera de Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo, denominadas informalmente como “capitales de la UE”. En cierta manera, la agencificación en la UE se inspira en procesos similares que han tenido lugar en otras partes del mundo, sobre todo en Estados de estructura federal tales como EEUU y Alemania. La idea de la descentralización responde a la necesidad de crear una institucionalidad más cercana al ciudadano. La agencificación constituye así una reacción al resentimiento hacia Bruselas, muy cultivado por ciertos grupos de euroescépticos y nacionalistas. Por otra parte, la idea de convertirse en sede de una agencia se ha hecho muy popular entre los Estados miembros, los cuales incluso compiten para verse adjudicados tal estatuto. Tal ha sido el caso recientemente de la agencia EMA, la cual tras años en el Reino Unido ha tenido que buscar otro Estado sede a raíz del Brexit. Varios Estados miembros presentaron propuestas de ciudades que podrían ofrecer condiciones adecuadas para acoger a dicha agencia, siendo finalmente seleccionada Ámsterdam. Lo mismo ocurrió con EBA, la cual también tuvo su sede en

40 Tribunal de Cuentas, Informe especial “Futuro de las agencias de la UE – Es posible reforzar la flexibilidad y la cooperación”, 2020, p. 22.

Londres antes del Brexit y se trasladó a París. Existen motivos de diversa índole que explican tal actitud tan positiva hacia las agencias, como la reputación de ser Estado sede, los beneficios esperados de la contratación pública y del empleo de ciudadanos de dicho Estado miembro, la esperanza de poder influir de alguna manera en la política de la agencia, entre otros. El Estado sede de una agencia es determinado por común acuerdo de los Estados miembros en el seno del Consejo. Recientemente, fue la Comisión la que ha venido proponiendo ciudades sede, basándose en candidaturas previamente presentadas por los Estados miembros, los cuales hacen destacar las ventajas de sus respectivas ciudades, por ejemplo, ubicación geográfica, conectividad, infraestructura, disponibilidad de edificios, calidad de vida, etc. Ciertamente, todos estos criterios juegan un papel importante en la elección de la ciudad sede.

Aunque los reglamentos constitutivos (complementados por las disposiciones previstas en los tratados) contienen disposiciones legales que permiten a una agencia operar de manera autónoma inmediatamente tras su creación, al regular éstos aspectos esenciales tales como finanzas, inmunidades, empleo, funciones, etc, resulta inevitable en la práctica tener que concluir acuerdos sede con los Estados miembros de acogida⁴¹. De hecho, los reglamentos constitutivos lo exigen expresamente. Son varios los aspectos que deben ser reglamentados más detalladamente en un acuerdo sede, por ejemplo, las relaciones con las autoridades nacionales, el respeto de la inviolabilidad e inmunidad de la agencia (infraestructura, archivos, telecomunicaciones) y su personal, la disponibilidad de una escuela multilingüe para los hijos del personal, la construcción y disponibilidad de infraestructura, la protección del local de la agencia, exenciones tributarias y de derechos de aduana, acceso al sistema nacional de salud, permisos de entrada y estadía, etc. Todos estos aspectos requieren negociaciones entre la agencia y el Estado miembro de acogida que en algunos casos incluso han durado años. De un punto de vista jurídico, el acuerdo sede es un instrumento de Derecho internacional público que puede ser concluido por la agencia misma gracias a su personalidad jurídica. Al mismo tiempo, no se puede negar que también forma parte del ordenamiento jurídico de la UE, ya que implementa disposiciones del Derecho primario y derivado. Aunque su celebración y modificación se efectúa conforme a las reglas del Derecho internacional público (y del Derecho constitucional del Estado sede), resulta imposible interpretar sus disposiciones sin tener en cuenta los objetivos del Derecho de la UE. Por lo tanto, se puede concluir que el acuerdo sede constituye un complemento necesario para asegurar el funcionamiento de toda agencia. La existencia de un acuerdo sede garantiza la seguridad jurídica en el Estado de acogida, pues ocurre algunas veces que las autoridades

41 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the Joint Statement and Common Approach on the location of the seats of decentralized agencies, COM(2019) 187 final, p. 8.

nacionales no son completamente conscientes de las prerrogativas de una agencia europea en su territorio. La posibilidad de poder consultar un documento jurídico redactado en la lengua oficial de dicho Estado miembro es un aspecto de un valor inmensurable en la práctica administrativa.

3.3. Conflicto con los principios de atribución de competencias y de equilibrio institucional

La existencia de un gran número de agencias permite suponer que su creación no hace frente a obstáculos difíciles de superar. Precisamente en ello reside un gran problema que es necesario discutir a continuación. En la medida que las agencias se ven atribuidas cada vez más competencias, existe el riesgo de que las instituciones de la UE, cual entidades expresamente creadas por los tratados constitutivos, interpreten este fenómeno como una delegación implícita de competencias y, en consecuencia, rechacen toda responsabilidad por la violación de los derechos de particulares. Efectivamente, no se puede excluir la posibilidad de que la creación de agencias dotadas de poderes soberanos haga difusa la repartición de competencias prevista en los tratados. La incertidumbre respecto al alcance de las competencias de las respectivas agencias puede llevar incluso a que una agencia exceda indebidamente su facultad de actuar (actividad “ultra vires”)⁴². Los ejemplos mencionados sugieren que el fenómeno de la agencificación podría ser incompatible con dos principios centrales del Derecho de la UE: la atribución de competencias y el equilibrio institucional.

a) El principio de atribución

La UE únicamente tiene las competencias atribuidas por los tratados. De acuerdo con este principio, estipulado en el artículo 5(2) TUE, la UE solo puede actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos previstos en el mismo. Las competencias no atribuidas a la UE mediante tratados corresponden a los Estados miembros. El Tratado de Lisboa aclara el reparto de competencias entre la UE y los países de la UE. Estas competencias se dividen en tres categorías principales: competencias exclusivas; competencias compartidas; y competencias de apoyo. En principio, al no prever los tratados la posibilidad de crear agencias, salvo aquellas que se mencionan explícitamente, se podría alegar que solo las instituciones enumeradas en el artículo 13 TUE pueden ejercer las competencias atribuidas a la UE.

Por otra parte, cabe señalar que no existe disposición alguna en los tratados que prohíba expresamente una atribución de competencias a otras entidades, sean éstas agencias u organismos, sobre todo si estas competencias son únicamente puntuales y si esta atribución se efectúa voluntariamente. Como se explicará más adelante, la creación de agencias no ocurre en un vacío jurídico, sino que se recurre cada vez a una base jurídica en los tratados que

⁴² LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011, 17-21, p. 708.

permita la adopción del reglamento constitutivo correspondiente, siguiendo para este fin un procedimiento legislativo que refleje en la medida de lo posible un consenso entre las instituciones relevantes, es decir el Consejo y el Parlamento. Siendo la Comisión la institución encargada de presentar propuestas legislativas, ya ha ocurrido que ella y el Consejo, cual órgano colegislador, han tenido opiniones divergentes en cuanto a la elección de la base jurídica apropiada. El hecho de que el Consejo haya optado en no pocas oportunidades por modificar la propuesta legislativa, haciendo referencia a una base jurídica distinta, demuestra lo controvertido que puede ser este tema. Ideal sería una modificación de los tratados a fin de introducir una base jurídica específica para la creación de agencias. Esto contribuiría a garantizar la seguridad jurídica y evitaría litigios ante el TJUE. Sin embargo, no existen actualmente indicios de que haya voluntad política en favor de una reforma.

b) El principio del equilibrio institucional

Con arreglo al artículo 13(2) TUE, cada institución de la UE actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los tratados con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Esta disposición constituye la expresión del principio de equilibrio institucional, característico de la estructura institucional de la UE, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás ⁴³. Teniendo en cuenta este principio, se podría argumentar que, al asumir determinadas competencias, las agencias “usurpan” los poderes conferidos inicialmente a las instituciones. Además, se podría alegar que, al crear nuevas entidades diferentes de las instituciones, se evita el control democrático y de legalidad que los tratados imponen a las instituciones. El fenómeno de agencificación sería por lo tanto un atentado al sofisticado equilibrio institucional establecido por los tratados.

Sin embargo, este argumento ignoraría el hecho de que las agencias solo asumen competencias puntuales, en áreas muy especializadas, sin que esto implique privar a las instituciones de la posibilidad de ejercer sus competencias originarias. De hecho, las agencias operan en un ámbito altamente técnico, al cual una institución difícilmente se aventuraría, de no ser que se modifiquen los tratados. Por lo tanto, lejos de “usurpar” competencias, las agencias ocupan nuevas áreas de competencia a base de una atribución expresa, concretizada por el reglamento constitutivo. En cuanto al argumento relacionado a la supuesta falta de control democrático y de legalidad expuesto en el párrafo anterior, es importante recordar que las agencias no operan de manera arbitraria y sin control absoluto. Todo lo contrario, tal como se explicará más adelante, las agencias están obligadas a presentar reportes detallados de su actividad a las principales instituciones,

43 Sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2015 en el asunto C73/14, *Consejo/Comisión*, EU:C:2015:663, apartado 61; sentencia de 14 de abril de 2015 en el asunto C409/13, *Consejo/Comisión*, EU:C:2015:217, apartado 64.

así como al público en general. Asimismo, existen obligaciones de transparencia que deben cumplir, tal como el acceso público a documentos. En cuanto al necesario control de legalidad, es necesario recordar que los actos adoptados por las agencias con efectos jurídicos para particulares pueden ser impugnados por éstos últimos, ante órganos internos de carácter judicial y el TJUE⁴⁴. Por lo tanto, se puede afirmar con razón que el legislador de la UE ha desarrollado mecanismos apropiados a fin de garantizar que las agencias no eviten su responsabilidad democrática y legal.

c) El principio de subsidiaridad

Otro principio que juega un rol importante en el contexto de la creación de agencias es el principio de subsidiaridad, reglamentado en el artículo 5(3) TUE y en el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la UE, el principio de subsidiariedad persigue proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y legitima la intervención de la UE cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción, sino que estos pueden alcanzarse mejor a escala de la UE, “debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida”. Así, la finalidad de la inclusión de este principio en los tratados europeos es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible, con arreglo al principio de proximidad enunciado en el artículo 10(3) TUE. Debido a que el Derecho de la UE prevé varias formas de administración, sería posible afirmar que la creación de una agencia constituye un acto innecesario de centralización. En efecto, tal como se ha explicado anteriormente, el Derecho de la UE puede ser aplicado de manera descentralizada por los Estados miembros, mientras que la Comisión y el TJUE se encargan de asegurar que éstos cumplen con sus obligaciones.

Por otra parte, se podría alegar contra este argumento que la agencificación no tiene necesariamente como efecto centralizar la administración. Como ya se ha indicado anteriormente, la agencificación no priva a los Estados miembros del derecho a aplicar y ejecutar ellos mismos la normativa de la UE a nivel nacional. La administración permanece de manera significativa en manos de los Estados miembros, limitándose las agencias generalmente a tareas de coordinación y de evaluación de rendimiento en el alcance de los objetivos trazados. Precisamente esta tarea de coordinación y evaluación constituye uno de los motivos principales en favor de la creación de agencias, pues ellas disponen del conocimiento técnico y poseen la imparcialidad necesaria para verificar el cumplimiento de dichos objetivos. Al crearse una instancia a nivel supranacional se garantiza la eficiencia de la administración, ya que ésta puede ejercer una sana presión sobre los Estados miembros con miras a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Los reglamentos constitutivos generalmente justifican en detalle de qué manera

44 LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011, 17-022, p. 709.

el legislador ha tenido en cuenta el principio de subsidiariedad. El motivo de dicha justificación es respetar las exigencias del artículo 8 del protocolo nº 2 del TUE, conforme al cual los Estados miembros (a iniciativa de sus parlamentos nacionales) pueden presentar ante el TJUE un recurso de anulación contra un acto legislativo determinado, alegando una presunta violación del principio de subsidiariedad. Hasta la fecha, el TJUE se ha mostrado muy reservado en pronunciarse en cuanto al respeto de este principio.

3.4. La base jurídica en los tratados

Desde que se crearon las primeras agencias, la UE ha hecho uso de diversas bases jurídicas que se presentarán a continuación. De hecho, se habla comúnmente de “generaciones” de agencias, dependiendo del tipo de base jurídica empleada para su establecimiento. Cada base jurídica tiene sus propios requisitos y funciones, por lo que no son simplemente intercambiables. La elección de la base jurídica adecuada es muy importante en el Derecho de la UE. Al constituir ésta una “Unión de Derecho”, tal como lo ha recordado en repetidas veces el TJUE⁴⁵, la elección de la base jurídica garantiza que el legislador de la UE actúe en conformidad con el Estado de Derecho y respete los principios básicos mencionados anteriormente, es decir, de atribución, de equilibrio institucional y de subsidiariedad. En consecuencia, de no cumplir con esta exigencia, el legislador estaría excediendo sus competencias, arriesgando como sanción la anulación del acto “ultra vires” por parte del TJUE. Esto podría ocurrir en el marco de un recurso de anulación (artículo 263 TFUE), de un envío prejudicial destinado a verificar la vigencia de un acto jurídico (artículo 267 TFUE) o de una acción de inaplicabilidad (artículo 277 TFUE)⁴⁶. A fin de permitir un control jurisdiccional efectivo de la actividad legislativa, el Derecho de la UE prevé que cada acto legislativo deberá mencionar la base jurídica aplicada y explique en sus considerandos los motivos que llevaron al legislador a adoptar tal acto.

a) La cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE

La primera base jurídica a la que la UE recurrió con el objetivo de crear agencias fue la denominada cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE⁴⁷. Esta disposición autoriza a la UE a adoptar un acto necesario para alcanzar los objetivos asignados por los tratados cuando estos no hayan previsto los poderes de acción necesarios para alcanzar dichos objetivos. El artículo 352 TFUE solo puede servir de base jurídica si se cumplen las condiciones siguientes: la acción prevista resulta “necesaria para lograr, en el marco de

45 Véase sentencia de 26 de junio de 2012 en el asunto C-335/09 P, *Comisión/Polonia*, EU:C:2012:385, apartado 48 y de 29 de junio de 2010, *E y F*, C-550/09, EU:C:2010:382, apartado 44. El TJUE ha enfatizado que la UE “es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con el Tratado y con los principios generales del Derecho”.

46 LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011, 17-022, p. 709.

47 Equivale al artículo 308 TCE y antiguo artículo 235 TCEE.

las políticas definidas por los tratados (con excepción de la Política Exterior y de Seguridad Común), uno de los objetivos de la UE”; ninguna disposición de los tratados prevé acciones para lograr ese “objetivo”; la acción prevista no debe conducir a ampliar las competencias de la UE más allá de lo previsto por los tratados.

Esta base jurídica se empleó ampliamente en los inicios del proceso de integración⁴⁸ y esta práctica fue también considerada conforme con el Derecho de la UE por la jurisprudencia del TJUE⁴⁹. Sin embargo, esta práctica tiene el inconveniente de fomentar un uso demasiado extenso debido a que la base jurídica está formulada en términos algo ambiguos. No resulta demasiado difícil encontrar en los tratados un objetivo que sirva como justificación para la creación de una agencia. Quizás éste no constituyó un verdadero problema en un inicio. Sin embargo, a medida que aumenta el número de agencias, se presenta el riesgo de una proliferación que llegue incluso a socavar el papel de las instituciones. Además, el artículo 352 TFUE se basa en la teoría del “implied powers”, según la cual se asume que una organización internacional debe poder disponer de los poderes necesarios para alcanzar sus objetivos, incluso si su acuerdo constitutivo no confiere expresamente dichos poderes. Si bien es cierto que la teoría del “implied powers” tiene su origen en el Derecho internacional público⁵⁰, es necesario señalar que este tipo de presunción es difícil de reconciliar con el principio de atribución, propio del Derecho de la UE. Por otra parte, la idea de permitir que el legislador pueda “completar” de manera puntual un vacío jurídico dejado involuntariamente en los tratados por medio de una atribución de competencias basada en el artículo 352 TFUE refleja de cierta manera este principio. Podemos así concluir que, aunque la cláusula de flexibilidad puede, en principio, servir como base jurídica, no constituye la elección más idónea. Quizás sea éste el motivo por el cual esta práctica fue abandonada con el tiempo, dándose preferencia a otras bases

48 La evolución de la historia jurídica de la Unión Económica y Monetaria y la utilización del artículo 352 TFUE van de la mano. Tanto la gestión de los primeros mecanismos de apoyo a las balanzas de pagos como la creación del Fondo Europeo de Cooperación Monetaria (“EMCF”, por sus siglas en inglés) y la unidad monetaria europea se basaron en la cláusula de flexibilidad. Esta disposición podría aplicarse para llevar la Unión Económica y Monetaria a su siguiente etapa lógica: un Fondo Monetario Europeo en el marco de los tratados, mediante la transposición del actual Mecanismo Europeo de Estabilidad (“ESM”) al Derecho de la UE. De este modo, la integración del ESM en el marco de la UE puede hacerse a través de un reglamento basado en el artículo 352 TFUE. Para garantizar una continuación sin trabas de las actividades, los Estados miembros acordarían que el capital del ESM se transfiera al Fondo Monetario Europeo, mediante compromisos individuales o un acto multilateral simplificado.

49 Véase la sentencia de 27 de noviembre de 2012 en el asunto C-370/12, *Pringle*, EU:C:2012:756, en la cual el TJUE no excluyó explícitamente que se pueda establecer el ESM usando el artículo 352 TFUE como base jurídica. Sin embargo, no tuvo necesidad de pronunciarse al respecto, dado el hecho de que se había creado a base de un acuerdo internacional que en un inicio se encontraba fuera de los tratados constitutivos de la UE. Cabe señalar que posteriormente se modificaron los tratados para prever la creación del ESM.

50 Véase *Reparation for injuries suffered in the service of the Nations*, dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949, [1949] ICJ Rep 174, ICGJ 232 (ICJ 1949), Naciones Unidas.

jurídicas. Entre las agencias que fueron creadas en virtud del artículo 352 TFUE cuentan Cedefop, EUROFOUND, ENISA, FRA y CPVO.

b) La cláusula de armonización del mercado interior del artículo 114 TFUE

Otra base jurídica a la cual se recurrió con el propósito de crear agencias fue la cláusula de armonización del mercado interior del artículo 114 TFUE. Esta disposición permite la adopción de “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”⁵¹. Si bien es cierto que esta base jurídica fue muy útil en sus días, hoy en día plantea ciertos problemas legales debido a que su aplicación está limitada a un solo sector, el mercado interior. Aunque resultó indispensable en la fase de formación del mercado interior, hoy su relevancia ha disminuido tras haberse básicamente alcanzado este objetivo en el año 1993. Obviamente, esto no excluye que el artículo 114 TFUE pueda seguir siendo usado como base jurídica, debido a que el mercado interior de la UE evoluciona conforme a las exigencias del momento, por ejemplo, para tener en cuenta el desarrollo tecnológico y la necesidad de proteger al consumidor. No obstante, de no poder recurrirse al artículo 114 TFUE debido a que la agencia no operará en el ámbito del mercado interior, el legislador deberá servirse del artículo 352 TFUE cual base jurídica subsidiaria. Otro problema que se plantea es la restricción a “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros”. De qué manera la creación de una agencia en sí debe constituir una aproximación de disposiciones o si basta que su creación constituya una medida que “facilite” o “contribuya” a tal objetivo, es objeto de controversia. La jurisprudencia del TJUE parece inclinarse hacia una interpretación más bien amplia del ámbito de aplicación del artículo 114 TFUE, en reconocimiento del poder discrecional del legislador, al exigir únicamente que la actividad de la agencia contribuya a una aproximación de legislaciones con miras a asegurar el funcionamiento del mercado interior. Entre las agencias que fueron creadas en virtud del artículo 114 TFUE cuentan ECHA, ACER, EBA, ESMA, EMA, EIOPA, EUIPO y ENISA.

c) Disposiciones sectoriales del TFUE

Recientemente, el legislador ha venido utilizando como base jurídica aquellas disposiciones en los tratados que confieren competencias a la UE en determinadas áreas. Aunque dichas disposiciones no prevén expresamente la creación de agencias, sí autorizan a la UE a adoptar “medidas” para

⁵¹ Otros sistemas de integración como la Unión Económica Eurasiática y la Comunidad Andina de Naciones prevén igualmente la armonización de legislación nacional con miras a establecer un mercado interior. Véase KÜHN, W.M. “The Eurasian Economic Union (II) – Institutions, Law and Policies for Economic Integration”. *European Law Reporter*, 2016, n° 7, p. 268).

alcanzar objetivos concretos. El término de “medida” es generalmente interpretado en el sentido que la competencia conferida permite también la adopción de actos legislativos, incluyendo reglamentos que establecen agencias. En su calidad de entidades administrativas, las agencias constituyen sin lugar a dudas medidas adecuadas para hacer frente a los problemas que se presentan en el proceso de integración. Esta práctica puede considerarse establecida y aprobada por la jurisprudencia del TJUE. Es la que además suscita menos dudas en cuanto a su legalidad, pues es la que más busca cumplir con el requisito de perseguir un objetivo legítimo, así como con la exigencia de basarse en una competencia prevista específicamente en los tratados. Efectivamente, el término “medida” es suficientemente vasto como para incluir la creación de agencias, sobre todo tomando en cuenta el amplio margen discrecional del cual dispone el legislador en la elección de medidas para alcanzar los objetivos definidos en los tratados. Entre las agencias que fueron creadas en virtud de disposiciones sectoriales cuentan EEA, ECDC, EASA, FRONTEX, EASO y EFSA.

4. ESTRUCTURA ORGÁNICA

Debido a que una agencia es una entidad autónoma, no puede depender ésta de la Comisión o de otra institución a fines de definir su política. Por otra parte, los reglamentos constitutivos generalmente establecen que los programas de trabajo de las agencias deberán ser compatibles con las prioridades definidas por la Comisión o la UE en general. En consecuencia, cada agencia dispone de un órgano que define su política. Además, dicho órgano será igualmente responsable de adoptar las medidas administrativas necesarias, permitiendo así a la agencia funcionar. A continuación, se explicará brevemente la estructura orgánica general de las agencias, aunque cabe recordar que diferencias importantes pueden existir de una agencia a otra, como consecuencia de la proliferación algo descoordinada que ha tenido lugar en las últimas décadas. Efectivamente, no fue hasta la adopción del denominado “Planteamiento Común”⁵², en el cual las principales instituciones de la UE se pusieron de acuerdo respecto a las características comunes que deberían presentar las nuevas agencias, que se creó un cierto orden en el proceso de agencificación. En principio, cada agencia dispone de una estructura orgánica conformada por su consejo de administración y su director ejecutivo. No obstante, puede además prever otros órganos dotados de funciones consultativas.

4.1. El consejo de administración

La estructura orgánica de las agencias prevé la creación de consejos, los cuales asumen dos tipos distintos de funciones: la definición de la política

⁵² “Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralized agencies”. Disponible en: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/joint_statement_and_common_approach_2012_en.pdf>

de la agencia y el ejercicio de funciones administrativas. Mientras que en algunas agencias es el mismo consejo que ejerce estas funciones, otras prevén una división de funciones entre dos tipos de consejos distintos. A fin de tener en cuenta la función del respectivo consejo, los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente prevén que los miembros deberán cumplir ciertos requisitos, más concretamente, tienen que disponer de conocimiento y experiencia en el ámbito de actividad de la agencia. El nombre de dichos órganos puede variar de una agencia a otra, aunque las funciones sean similares. A fin de facilitar la comprensión, se utilizará el término general de “consejo de administración”. Conforme a las disposiciones relevantes en los reglamentos constitutivos de las agencias o los reglamentos de procedimiento de los consejos, estos órganos convocan reuniones de sus miembros periódicamente, un mínimo de veces al año o cuando un cierto porcentaje de sus miembros lo soliciten. El objetivo de estas reuniones es discutir aspectos relacionados con la actividad de la agencia, sobre todo en lo que concierne la estrategia a seguir, así como de adoptar las decisiones necesarias para asegurar su funcionamiento.

En general, cada consejo de administración está compuesto de representantes de todos los Estados miembros. Sin embargo, existen unas pocas excepciones, en las que existe una representación de la Comisión, del Consejo y del Parlamento respectivamente. Generalmente los consejos prevén una representación de la Comisión a través de por lo menos uno (hasta seis miembros) con derecho a voto. En algunas agencias, la Comisión solo tiene estatuto de observadora. En todo caso, la Comisión ha venido tratando en vano de ampliar su influencia en los consejos administrativos, exigiendo una representación paritaria con el Consejo. De hecho, la presencia de la Comisión en el consejo administrativo resulta indispensable a fin de no privar a la agencia de su carácter supranacional. De solo preverse una representación de los Estados miembros se correría el riesgo de eliminarse la distinción entre la institucionalidad de la UE y la de sus Estados miembros. La agencia podría convertirse en una entidad intergubernamental a merced de las autoridades nacionales, lo que resulta irreconciliable con la idea de la supranacionalidad de la UE. Teniéndose en cuenta la experiencia y el conocimiento técnico de la Comisión, resulta consecuente exigir una representación conmensurada de esta institución.

En algunas agencias, el Parlamento está también representado o puede nombrar personalidades del ámbito científico. Salvo excepciones en las que únicamente se les asigna estatuto de observadores, estos representantes son generalmente miembros de pleno derecho del consejo administrativo. Las propuestas legislativas de la Comisión no preveían en un inicio una representación del Parlamento. Sin embargo, ésta última las modificó para asegurar su presencia en las agencias. Por una parte, esta presencia tiene la ventaja de que el Parlamento pueda asumir su función de control democrático de la actividad de las agencias. Por otra parte, incorporar

al Parlamento en las actividades de las agencias trae como consecuencia el riesgo de que se confunda la influencia en la actividad de las agencias con el control democrático. Ya de por sí el Parlamento dispone de medios eficaces para asegurar que las agencias cumplan con la normativa aplicable y respondan por sus actos. En un futuro, sería preferible que el Parlamento se limite a insistir en preservar sus medios tradicionales de control en lugar de influir directamente en la actividad de las agencias, una competencia que le corresponde más bien al poder ejecutivo.

Los consejos administrativos de determinadas agencias permiten la representación de otras entidades aparte de las instituciones y los Estados miembros de la UE. Ya se discutido anteriormente la participación de Estados terceros y organizaciones internacionales en los consejos administrativos en el marco de la apertura del proceso de agencificación. Asimismo, ciertas agencias prevén la representación de grupos de interés sin derecho a voto, los cuales son nombrados conforme a procedimientos específicos.

En el “Planteamiento Común” las instituciones acordaron que los consejos administrativos estarían compuestos de un representante por cada Estado miembro, dos representantes de la Comisión, uno del Parlamento y, de ser apropiado, de un número limitado de grupos de interés. Este acuerdo puede ser considerado como una derrota para la Comisión, quién había insistido en una paridad con el Consejo. Constituye, a su vez, una importante victoria para el Parlamento, el cual tiene un derecho legítimo a exigir ser representado en todos los consejos de administración a pesar de las dudas respecto a su rol específico.

4.2. El director ejecutivo

El director ejecutivo es el órgano de mayor importancia en la agencia después del consejo administrativo. Al igual que este último, el director ejecutivo no tiene un nombre armonizado, sino que suele ser denominado de acuerdo con la terminología que introduce el reglamento constitutivo. Él representa a la agencia hacia el exterior y es responsable de su administración diaria. Asimismo, su función consiste en asistir al consejo administrativo en la preparación de los documentos esenciales de la agencia. A fin de ejercer su función, el director ejecutivo idealmente deberá disponer de conocimientos fundados de administración pública, management e incluso experiencia profesional en el área en el que opera la agencia. Sin embargo, resulta interesante destacar el hecho que los reglamentos constitutivos no contienen especificación alguna respecto a los requisitos que todo candidato deberá cumplir a fin de aspirar a dicho cargo, por lo que en la práctica recaerá en el consejo administrativo el deber de elegir al candidato adecuado.

En efecto, el nombramiento del director ejecutivo tiene lugar por decisión del consejo administrativo, a base de una proposición de la Comisión Europea. Aunque este es el procedimiento regular en la gran mayoría de las agencias y es además conforme al “Planteamiento Común”, existen

importantes excepciones, al prever algunas agencias un nombramiento por el Consejo, a base de una proposición del consejo administrativo, o por una decisión del consejo administrativo mismo, a base de una lista de candidatos establecida por un comité de selección (o la Comisión) y aprobada por el Consejo y el Parlamento. Cabe señalar que, aunque solo los reglamentos constitutivos de CEPOL y EUROJUST mencionan expresamente la participación de un comité de selección, normalmente la legislación de la UE en materia de función pública lo prevé como una exigencia. Las diferencias en el proceso de nombramiento que aún existen de una agencia a otra son el resultado de un proceso no coordinado en la agencificación, producto de la lucha entre las instituciones por obtener el control, por lo que no están justificadas por razones objetivas. Lo más coherente sería que el director ejecutivo fuese únicamente nombrado por el consejo administrativo, órgano al cual el director ejecutivo normalmente está obligado a rendir cuentas. Si bien es cierto que la Comisión tiene un cierto poder al proponer un cierto número de candidatos al cargo de director ejecutivo, no es menos cierto que el Parlamento ha logrado extender su influencia. De hecho, los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente prevén que los candidatos deberán presentarse ante el Parlamento y responder preguntas, siguiendo un procedimiento similar al nombramiento de los miembros de la Comisión⁵³.

Algunos de los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente enfatizan la independencia del director ejecutivo de las instituciones en cuanto a su gestión de la agencia. Obviamente, esto no significa que el director ejecutivo no deba rendir cuenta de sus actos. Todo lo contrario, tal como se ha indicado anteriormente, el director ejecutivo es responsable ante el consejo administrativo y puede, por lo tanto, ser despedido por este último por motivos de un incumplimiento de sus deberes, conforme al procedimiento previsto en el respectivo reglamento constitutivo. La reglamentación de dicho procedimiento puede ser detallado o dejar cierto margen de discreción, variando así de una agencia a otra.

4.3. Órganos consultativos

Dependiendo de su función específica, la estructura institucional de la

⁵³ Este constituye un hecho remarcable, pues no todos los procedimientos destinados a nombrar a altos líderes de la UE prevén un deber de comparecer ante el Parlamento. Cabe señalar en este contexto que, conforme al artículo 255 TFUE, los jueces del TJUE deben comparecer únicamente ante “un comité compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del TJUE y del TG, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento”. El nombramiento se basa así únicamente en el conocimiento y la experiencia de un candidato. Por lo tanto, a diferencia del procedimiento previsto en EEUU para nombrar a los miembros de la Corte Suprema, el nombramiento de los jueces del TJUE no está sometido al voto de una asamblea parlamentaria. Sin embargo, el Parlamento ha solicitado en más de una oportunidad que se modifique el procedimiento a fin de permitirle ejercer un rol más importante.

agencia podrá incluir una serie de órganos consultativos, los cuales gozarán de relativa independencia a pesar de su pertenencia formal a la agencia. Entre los órganos consultativos de FRONTEX se destacan el responsable de la protección de datos, el fórum consultativo y al agente responsable en materia de derechos humanos. Los órganos consultativos pueden constituir el foro que reúne a las organizaciones internacionales invitadas a participar en el trabajo de la agencia, de no preverse una membresía en el consejo administrativo. Otras agencias pueden prever órganos compuestos de expertos técnicos, especializados en el área en el que opera la agencia. Según su rol respectivo, estos órganos consultativos pueden presentar opiniones o dictámenes, tratar demandas de particulares, así como exhortar a la agencia a actuar de una manera determinada.

5. PROCEDIMIENTOS DE TOMA DE DECISIONES

Los diversos órganos de la agencia adoptan decisiones en sus respectivas áreas de competencia. Mientras que el consejo administrativo trata aspectos estratégicos, el director ejecutivo se encarga del funcionamiento diario de la agencia, así como de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la aplicación de las decisiones del consejo administrativo cuando el reglamento constitutivo o las decisiones del consejo administrativo mismas lo prevean. Asimismo, el consejo administrativo puede delegar ciertas tareas de carácter administrativo y/o de implementación al director ejecutivo. Las decisiones se adoptan conforme a los procedimientos respectivos previstos en los reglamentos constitutivos, regidos en mayor detalle por las reglas de procedimiento que la agencia se encarga de adoptar. Si bien es cierto que el director ejecutivo y el consejo administrativo tienen competencias distintas, no se puede dudar que siempre existirá un cierto solapamiento temático. No obstante, cabe señalar que existe una relación jerárquica entre ambos tipos de decisiones. En la medida que asegura la ejecución de decisiones del consejo administrativo y actúa conforme a una delegación de poderes, el director ejecutivo no hace más que actuar según el mandato que le otorga el consejo administrativo. Por lo tanto, al examinarse la legalidad de una decisión, se deberá tener en cuenta la jerarquía normativa. Esto implica que las decisiones de implementación y de delegación del director ejecutivo deberán acatar las instrucciones impartidas en las decisiones del consejo administrativo. Las decisiones de la agencia deberán a su vez respetar sin excepción las disposiciones del reglamento constitutivo, así como toda la normativa relevante de la UE, es decir, de aplicación por parte de la agencia.

Además de las decisiones propiamente hablando, las agencias pueden adoptar actos administrativos con efectos vinculantes para los Estados miembros o individuos, pudiendo variar la terminología de una agencia a otra. El interrogante respecto a que si un acto administrativo adoptado por la agencia genera efectos jurídicos debe responderse mediante una interpretación de las bases jurídicas que permiten a los órganos de la agencia adoptar dichos

actos, debiéndose tomar en cuenta el objetivo que debe cumplir dicho acto. La respuesta es de suma importancia, ya que permite determinar si un acto administrativo puede ser el objeto de un examen jurídico, un tema que se expondrá más adelante. Otra categoría importante de actos administrativos que adoptan las agencias es la de “soft law”, ya mencionada anteriormente, que incluye todo tipo de manuales, circulares, líneas directrices, etc cuya función consiste esencialmente en dar cierta orientación a los órganos nacionales y supranacionales en cuanto a la manera de aplicar e interpretar correctamente la normativa de la UE. Si bien recae en el TJUE el monopolio interpretativo del Derecho, cabe recordar que las agencias poseen, al igual que la Comisión, de un gran conocimiento técnico, por lo que no debe subestimarse la importancia que revisten estos instrumentos de “soft law”. En efecto, dichos instrumentos muchas veces rellenan las lagunas que ha dejado el Derecho derivado, además de dar orientación a la administración respecto a la mejor manera de hacer uso del margen discrecional que le haya podido haber otorgado el legislador de la UE. Hoy en día, los instrumentos de “soft law” elaborados tanto por la Comisión como por las agencias deben considerarse imprescindibles en la práctica administrativa europea.

6. MEDIDAS DE CONTROL SOBRE LAS AGENCIAS

6.1. Aspectos generales

La proliferación de agencias en tantas áreas de competencia de la UE suscita dudas en cuanto a la posibilidad de controlar verdaderamente su actividad administrativa. Esta inquietud es comprensible si se compara la administración a través de agencias con otros tipos de administración mencionados anteriormente. Cuando los Estados miembros implementan el Derecho de la UE, serán generalmente la Comisión y el TJUE los que se encarguen de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones. De ser la Comisión la que aplique el Derecho de la UE, normalmente recaerá en instituciones como el TJUE, el Parlamento⁵⁴ y el Tribunal de Cuentas el deber de verificar la implementación correcta. En el caso de las agencias, este aspecto es mucho más complicado. Al no existir disposición alguna en los tratados que prevea explícitamente el establecimiento de agencias, es evidente que tampoco existirán disposiciones que regulen aspectos tan importantes como el control de su actividad administrativa. Consciente de este problema, el legislador ha tenido que incorporar mecanismos específicos para llenar esta laguna en el ordenamiento jurídico de la UE. Los mecanismos de control son de diverso tipo y son aplicados por varias instituciones, como se explicará a continuación. El objetivo siempre es el mismo, es decir, asegurar que las agencias asuman la responsabilidad por sus actos al actuar de manera transparente y conforme al marco legal.

54 Véase European Parliamentary Research Service, “EU agencies, common approach and parliamentary scrutiny – Implementation assessment” (noviembre 2018).

6.2. Los requisitos impuestos por la base jurídica elegida

El mecanismo de control más elemental está relacionado a la elección de la base jurídica adecuada a fin de crear una agencia. Como se ha indicado en un inicio, la base jurídica determina el procedimiento legislativo a seguirse y con ello los requisitos que las instituciones involucradas en dicho procedimiento deberán cumplir. De requerirse unanimidad en el Consejo, como sería el caso de aplicarse el artículo 352 TFUE como base jurídica, los Estados miembros podrán oponerse a la creación de la agencia respectiva. Este es igualmente el caso si la adopción del reglamento constitutivo exige una mayoría calificada de votos entre los Estados miembros reunidos en el Consejo, tal como lo requiere la base jurídica del artículo 114 TFUE. De ser el Parlamento co-legislador en dicho proceso, igualmente podrá oponerse o más bien exigir enmiendas legislativas que reflejen sus intereses. Obviamente, una vez que la agencia haya sido creada, se pierde dicho control, salvo si el reglamento constitutivo requiere modificaciones posteriormente, por lo que se deberá iniciar nuevamente el proceso legislativo. Al no ocurrir esto tan frecuentemente, las instituciones involucradas deberán hacer sabio uso de su influencia en el proceso legislativo.

6.3. Preparación, negociación y aprobación del presupuesto

Otro mecanismo de control importante es el relativo a la posibilidad de asignar medios financieros a las agencias mediante la aprobación del presupuesto de la UE. El Consejo prevé los medios considerados necesarios, mientras que corresponde al Parlamento aprobar dicho presupuesto. Tanto los Estados miembros como el Parlamento pueden lograr que se realicen las modificaciones deseadas a la actividad de la agencia al ejercer presión política. Gracias a su poder de iniciativa, recae en la Comisión la tarea de proponer el presupuesto, pudiendo asignar medios financieros a las actividades que considere oportunas para alcanzar los objetivos trazados.

6.4. La influencia de la Comisión en la actividad de las agencias

De todas las instituciones, es la Comisión la que probablemente tenga la mayor influencia en la actividad de las agencias debido al hecho de que se les está confiada una actividad administrativa a todas ellas. Además, si bien es cierto que las agencias son entidades especializadas, la Comisión es la institución dotada de competencias de desarrollo de políticas y de su ejecución. Asimismo, tiene funciones de coordinación, ejecución y de gestión, conforme al artículo 17(1) TUE. Para ilustrar un ejemplo, aunque sea FRONTEX la agencia encargada de proteger las fronteras exteriores de la UE, es el Directorado General Justicia y Asuntos de Interior el que desarrolla una política en este ámbito y, tras su aprobación por el Consejo, se ocupa de verificar que FRONTEX actúe dentro del marco de esta política. Como “guardiana de los tratados”, la Comisión intervendrá para asegurar que la agencia actúe en el marco de su mandato y de las respectivas políticas de

la UE. Además, la Comisión será consultada de manera formal (o informal) por los diversos servicios de la agencia en aspectos relacionados a la legalidad de su actividad, a pesar de la independencia institucional de la cual goza la agencia. La Comisión parece estar consciente de esta relación de “semi-subordinación” al considerar a las agencias abiertamente como sus “satélites”. Asimismo, la Comisión exigirá normalmente que se respeten sus prerrogativas en ciertas áreas, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones exteriores. Por lo tanto, la Comisión se opondrá a que las agencias actúen independientemente al tratar con Estados terceros. El desarrollo de acuerdos administrativos con dichos países generalmente requerirá la autorización de la Comisión antes de que éstos puedan concluirse. A fin de evitar que la agencia usurpe sus poderes – o de la UE misma – en el ámbito internacional, la Comisión parte de la premisa que los acuerdos administrativos concluidos entre las agencias y Estados terceros no constituyen tratados de Derecho internacional público. Asimismo, negará su efecto jurídicamente vinculante, reduciéndolos a simples “expresiones de voluntad”. Por lo más cuestionable que pueda ser esta interpretación desde un punto de vista jurídico, tiene mucho sentido para la UE en términos políticos, ya que evita el riesgo de una responsabilidad internacional hacia Estados terceros a raíz de una actividad descoordinada por parte de un sinnúmero de agencias.

Por otra parte, cabe señalar que la influencia que la Comisión pueda ejercer en el proceso decisorio interno, es decir, en el consejo administrativo, no es suficiente como para poder hablar de un “control” de la actividad de la agencia. Como ya se ha explicado, la Comisión generalmente no dispone de más de un par de representantes en dicho consejo, viéndose su influencia reducida con cada adhesión de nuevos Estados miembros a la UE. Aunque la Comisión se esfuerce en subrayar su conocimiento técnico y su experiencia en la materia, este hecho no debería llevar a pensar que ello bastará para hacer prevalecer su opinión ante los demás miembros del consejo administrativo. Mucho menos podrá la Comisión ejercer una influencia determinante en el quehacer diario de las agencias al poder proponer o rechazar candidatos al cargo del director ejecutivo. La posición de la Comisión dentro del consejo administrativo no dejará de ser minoritaria.

6.5. Relaciones públicas y acceso público a documentos internos

Las agencias no operan en la anonimidad, aunque sea muchas veces la Comisión la que se beneficie públicamente del éxito en sus actividades. Algunas agencias gozan de cierta celebridad, dependiendo del ámbito que se les haya asignado. En consecuencia, las agencias están llamadas frecuentemente a responder preguntas planteadas por la prensa o miembros del Parlamento respecto a legalidad e idoneidad de sus acciones. Las agencias asumirán la responsabilidad por sus acciones, explicando de manera directa o por medio de comunicados de prensa las razones que las llevaron a tomar ciertas decisiones. Además, las agencias deberán ofrecer acceso público a

sus documentos conforme a la normativa de la UE, generalmente declarada aplicable con arreglo a los reglamentos constitutivos. Se trata concretamente del reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁵⁵. Parte de la actividad administrativa consiste en procesar las solicitudes de acceso público a documentos internos, justificar la denegación de acceso y, de ser necesario, defender esta decisión ante el TJUE en caso de que se impugne tal decisión mediante un recurso de anulación⁵⁶. Los mecanismos mencionados aseguran un control efectivo de la actividad de las agencias por parte del público en general.

6.6. La responsabilidad del director ejecutivo y del presidente del consejo administrativo

La agencia rinde igualmente cuentas a través de su director ejecutivo, quién asume la responsabilidad política por las acciones de la agencia ante instituciones como la Comisión y el Parlamento. Dichas instituciones pueden solicitar que el director ejecutivo o el presidente del consejo administrativo comparezcan y respondan a las preguntas que se les plantee. De ser el Parlamento quien solicite su disponibilidad, dicha invitación provendrá generalmente del comité competente en la materia.

6.7. La obligación de presentar un programa de trabajo y un reporte anual

La principal fuente de información que permite a las instituciones ejercer su poder de control son los reportes que las agencias deben presentar periódicamente, siendo el programa de trabajo y el reporte anual los más importantes. Los dos reportes son, en principio, caras de la misma medalla. Mientras que el programa de trabajo explica cuáles son la política y los objetivos del año entrante, el reporte anual expone las actividades del año precedente. En cuanto al programa de trabajo, normalmente son los reglamentos constitutivos los que imponen la obligación de presentarlo. No obstante, las agencias reconocen dicha obligación aún si los reglamentos constitutivos no lo prescriban explícitamente. Obviamente, el programa de trabajo deberá ser compatible con la política de la UE en el ámbito respectivo. El reporte anual permite a las instituciones que asumen control de verificar si la agencia ha alcanzado sus objetivos. Generalmente los reglamentos constitutivos no especifican con mucho detalle los requisitos que deberán cumplir los reportes en cuanto a contenido, dando así a las agencias un cierto margen de discreción. A fin de lograr un cierto grado de armonización,

55 OJ L 145, 31.5.2001, p. 43–48.

56 Véase sentencias del TG de 27 de noviembre de 2019 en el asunto T-31/18, *Izuzquiza y Semsrott/ Frontex*, EU:T:2019:815 y del TJUE de 22 de enero de 2020 en el asunto C-175/18 P, *PTC Therapeutics International/EMA*, EU:C:2020:30.

el “Planteamiento Común” da algunas sugerencias, proponiendo que sea la Comisión la que tome la iniciativa y adopte medidas para asegurar la coherencia y la comparabilidad de dichos reportes. En todo caso, los reglamentos constitutivos determinan cuales son las instituciones a las cuales se deberá enviar dichos reportes, pudiendo ser éstos el Consejo, la Comisión, el Parlamento, el Tribunal de Cuentas, el Comité de Regiones y el Comité Económico y Social, entre otros.

7. EL CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS

Las medidas de control que se han expuesto en la sección anterior aseguran más que nada el control democrático de la actividad ejercida por las agencias y, en un menor grado, el control de legalidad, es decir el examen de compatibilidad con la normativa de la UE. En cuanto al segundo tipo de control, cabe señalar que existen mecanismos específicos para lograr dicho objetivo que se presentarán a continuación.

7.1. Examen de legalidad por las salas de recursos

Como ya se indicado previamente, existe la posibilidad de exigir un examen de legalidad de un acto administrativo, siempre y cuando éste produzca efectos en la posición jurídica de un Estado miembro o de un individuo. Consciente de la necesidad de ofrecer una protección jurídica efectiva y teniendo en cuenta el conocimiento sumamente técnico de las agencias regulatorias, el legislador de la UE ha optado por dotar a dichas agencias de salas de recursos⁵⁷. Entre las agencias que disponen de dichas salas de recurso cuentan ECHA y EUIPO. La ventaja de dichas salas de recurso reside en la posibilidad de aprovechar el conocimiento especializado de las agencias, al mismo tiempo que se alivia la carga de trabajo del sistema judicial de la UE. Las salas de recurso han servido de inspiración en la creación de órganos judiciales tales como el (hoy difunto) Tribunal de la Función Pública y el TUP. No se puede excluir que algún día se creen salas especializadas en ámbitos determinados en el TJUE a base de la experiencia adquirida en la práctica de las agencias.

Dichas salas de recursos permiten un examen de legalidad de las decisiones adoptadas por las agencias mismas. Los reglamentos constitutivos prevén varios mecanismos a fin de garantizar su imparcialidad e independencia, como, por ejemplo, la exigencia respecto a sus miembros de no ser funcionarios de la agencia misma y de ser nombrados por concurso externo, aunque los requisitos y los procedimientos de nombramiento pueden variar de una agencia a otra. Los reglamentos constitutivos o procesales prevén que los miembros de la sala de recurso deberán ser independientes

⁵⁷ Véase respecto a las salas de recurso ARANA GARCÍA, E. “Los recursos administrativos en la Unión Europea: Hacia un modelo común de justicia administrativa”. *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 2015, n° 27, Universidad Complutense.

y no obedecerán instrucción alguna cuando tomen sus decisiones, no pudiendo además ejercer otras funciones en la agencia. Los miembros de la sala de recurso no podrán participar en procedimiento alguno de recurso si tienen intereses personales en él o si han actuado o participado en la decisión recurrida. Para garantizar estas prohibiciones generales, los reglamentos establecen un régimen de abstención y recusación. Los miembros de sala normalmente solo pueden ser removidos por falta grave, tras la intervención de los órganos de la agencia y a base de una decisión del TJUE. Las salas de recursos operan como tribunales incorporados en las agencias, mas provistas de un alto grado de independencia de los órganos administrativos.

Un común denominador es la exigencia de reunir miembros de sala especializados en el ámbito técnico respectivo o en el Derecho de la UE, lo que permite la adopción de decisiones de calidad. Generalmente, la función de presidente de la sala de recurso es ejercida por un jurista especializado en Derecho de la UE. El mandato de los miembros de sala dura varios años, generalmente 5 años, haciendo así posible una actividad continua y libre de interferencias externas. El número de miembros de una sala de recursos puede variar dependiendo de la agencia, teniendo algunas de 3 a 6 miembros con los respectivos miembros suplentes.

El control de legalidad ejercido por las salas de recursos se extiende a las decisiones adoptadas por la agencia. El efecto del recurso puede ser el de anular o modificar la decisión respectiva. Asimismo, la sala de recurso puede decidir ella misma si dispone de todos los hechos para hacerlo o reenviar el asunto a los órganos administrativos para continuar el trámite necesario, impartiendo ciertas orientaciones que permitan a éstos tomar la decisión correcta desde un punto de vista técnico o jurídico.

Las reglas que rigen el procedimiento ante las salas de recurso se encuentran generalmente establecidas en los reglamentos constitutivos de cada agencia. Sin embargo, en el caso de ciertas agencias, el derecho procesal está reglamentado en actos jurídicos adoptados por la Comisión como producto de una delegación por parte del legislador de la UE. Las agencias mismas pueden adoptar actos administrativos en los cuales se especifica con mayor detalle el derecho procesal. En todo caso, el derecho procesal se inspira claramente en las reglas aplicables al TJUE, lo que crea una cierta homogeneidad jurisdiccional.

Dependiendo de la agencia, el recurso puede ser facultativo u obligatorio. La posibilidad de interponer un recurso antes de presentar un asunto ante un tribunal propiamente dicho no es nada nuevo, pues es un fenómeno ampliamente conocido a nivel del derecho administrativo nacional. La gran mayoría de los Estados miembros prevén algún tipo de recurso administrativo ante la misma entidad o la entidad superior encargada de efectuar el control de legalidad⁵⁸. Generalmente, dichos recursos permiten

58 Véase el análisis de Derecho comparado contenido en la Decisión de la Autoridad de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio de 22 de marzo de 2017 (Case No:

a la entidad administrativa verificar la legalidad de sus propias decisiones, teniendo así un efecto que se podría calificar de “didáctico”, además de ser compatible con el principio de economía procesal⁵⁹. En efecto, no todos los asuntos merecen ser tratados por el sistema judicial de la UE. El recurso administrativo dispone de las ventajas que ya se han señalado, es decir, el beneficio del conocimiento técnico, además de estar las salas de recurso situadas geográficamente en la sede de la agencia donde se adoptó la decisión recurrida. De ser obligatorio el recurso, este hecho hace que sea un requisito de admisibilidad de toda acción ante el TJUE. En otras palabras, de no haberse interpuesto un recurso ante la agencia antes de llamar al TJUE, la acción de nulidad iniciada por la persona afectada será desestimada por ser inadmisibile. Evidentemente, esto no ocurre cuando el recurso administrativo es simplemente facultativo. Será el Tribunal General de la UE (TG) la jurisdicción competente para decidir sobre el recurso interpuesto contra la decisión que adoptó la sala de recurso de la agencia.

7.2. Examen de legalidad por el TJUE

El mecanismo central que permite un control de legalidad de la actividad de las agencias es el sistema jurisdiccional creado por los tratados, en el cual el TJUE juega un rol preponderante. Tal como se ha indicado en los párrafos anteriores, recae generalmente en el TG la responsabilidad de examinar la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la UE de las decisiones adoptadas por las agencias. Cabe señalar, a fin de evitar malentendidos, que, aunque los tratados hagan referencia al TJUE, dicha referencia debe interpretarse como una mención de la institución, siendo el TG la jurisdicción generalmente competente dentro del TJUE. Este es el caso de recursos de anulación destinados a examinar la legalidad de los actos de una agencia, como se explicará más adelante. No obstante, será el TJUE como jurisdicción superior la que se encargará exclusivamente de examinar recursos de anulación dirigidos contra los reglamentos constitutivos de agencias por tratarse de actos legislativos de la UE. Este tipo de procedimiento prevé generalmente la intervención del Consejo y del Parlamento como colegisladores, los cuales serán invitados a presentar observaciones respecto a los motivos de ilegalidad invocados por el demandante. Por lo tanto, el nombre “TJUE” puede entenderse como una referencia a la institución o a la jurisdicción superior, dependiendo de las circunstancias.

78421, Document No: 845549, Decision N° 061/17/COL), en el que se presentan varios ordenamientos jurídicos nacionales en los cuales se prevé un control administrativo de legalidad (facultativo u obligatorio) antes de poder acceder a los tribunales nacionales. Tal como se desprende de dicha decisión, la coexistencia de una variedad de sistemas de recursos refleja las tradiciones jurídicas en Europa.

59 Véase las conclusiones del abogado general Pikamäe de 22 de enero 2020 en el asunto C-114/19 P, *Comisión/Di Bernardo*, EU:C:2020:22, apartado 93.

a) Recurso de anulación

De las vías de recurso disponibles será el recurso de anulación la vía apropiada para examinar la legalidad de los actos de una agencia, incluidas las decisiones de las salas de recurso. El artículo 263(4) TFUE estipula que “toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que *la afecten directa e individualmente* y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”⁶⁰. Esta disposición excluye, por definición, la “actio popularis”, garantizando que solo pueda interponer recurso el que verdaderamente se vea perjudicado por la decisión adoptada por una agencia.

Tal como lo determina la segunda oración del artículo 263(1) TFUE, el TJUE “controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”⁶¹. Por tratarse de una noción bastante amplia, se entiende que la referencia a “órganos y organismos” incluye a las agencias. Dicha disposición contrasta con la primera oración del mismo apartado, en el que se mencionan como actos impugnables a “los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”. De no existir la segunda oración existiría un vacío en la tutela judicial de particulares, lo que sería incompatible con la imagen de “Unión de Derecho” de la UE que ha cementado el TJUE en su jurisprudencia. La posibilidad de interponer un recurso de anulación contra “actos legislativos” permite un examen de legalidad de los reglamentos constitutivos de agencias. En repetidas veces, Estados miembros impugnaron dichos reglamentos constitutivos, afirmando que el legislador de la UE habría excedido sus competencias al optar por la creación de una agencia dotada con determinados poderes. Tal como se ha mencionado anteriormente, estas ocasiones permitieron al TJUE confirmar la aplicabilidad de determinadas disposiciones como bases jurídicas. Esto nos lleva a los motivos que pueden justificar un recurso de anulación. Conforme al artículo 263(2) TFUE, el TJUE “será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder”, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento, el Consejo o la Comisión.

Tal como se desprende del artículo 264 TFUE, “si el recurso fuere fundado, el TJUE declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado”. No obstante, la misma disposición señala que el TJUE “indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban

⁶⁰ Véase KÜHN, W.M. “The Draft Protocol on the creation of the Court of Justice of Mercosur - A new milestone in the judicialisation of regional integration law”. *Journal of the Belarusian State University. International Relations*, 2017, nº 2, p. 62, sobre el recurso de anulación ante el TJUE y otros tribunales supranacionales.

⁶¹ LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. *EU Procedural Law*, Oxford 2014, apartado 7.70, p. 304.

ser considerados como definitivos.” En general, el TG podrá decidir él mismo sobre la acción de nulidad o reenviar el asunto nuevamente a la agencia para que ésta pueda pronunciarse sobre ciertos aspectos, en particular de carácter técnico. El segundo caso es evidente, ya que el TG difícilmente podrá sustituir la apreciación efectuada por la administración por sus propias consideraciones. Los recursos interpuestos ante el TJUE no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el TJUE podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

b) Responsabilidad extracontractual

Debido a que los reglamentos constitutivos prevén la responsabilidad extracontractual de las agencias de la UE por daños causados a raíz de actos ilegales cometidos hacia terceros, el TG es competente para tratar litigios de este tipo con arreglo al artículo 340(2) TFUE. La existencia de responsabilidad extracontractual de la UE se sujeta a la existencia de tres requisitos: el primero, la ilegalidad de la conducta de la institución o del agente; el segundo, la existencia de un perjuicio sufrido por el recurrente; y el tercero, una relación de causalidad entre la conducta de la institución o del agente y el citado perjuicio. La reparación de estos daños se realizará conforme a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

c) Responsabilidad contractual

A diferencia de lo se aplica en el caso de la responsabilidad extracontractual, mencionado anteriormente, el artículo 340(1) TFUE prevé que “la responsabilidad contractual de la UE se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate”. Por lo tanto, cuando agencias concluyan contratos con terceros, sean éstos agentes privados o públicos, se deberá precisar en dichos contratos los casos que darán lugar a la responsabilidad de la agencia, por ejemplo, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Asimismo, de un punto de vista procesal, cabe recordar que el artículo 274 TFUE dispone que “sin perjuicio de las competencias que los Tratados atribuyen al TJUE, los litigios en los que la UE sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales”. Esta disposición debe entenderse en el sentido que no se puede deducir del simple hecho que una de las partes contractuales sea una agencia de la UE que el TJUE tenga competencia originaria para resolver posibles controversias. Al contrario, de no preverse específicamente en los contratos, la competencia recaerá en los tribunales nacionales. En el caso de contratos celebrados en el marco de la contratación pública, dichos contratos preverán generalmente una competencia de los tribunales del Estado sede de la agencia. Asimismo, se especificará que el Derecho de dicho Estado sede será aplicable cuando el contrato no prevea disposiciones específicas. Debido a que las agencias constituyen entidades supranacionales y el Derecho nacional no siempre prevé soluciones a los problemas jurídicos que pudieran surgir durante

la ejecución del contrato, no es inhabitual especificar que “el Derecho contractual de la UE” llenará las lagunas jurídicas que pudieran presentarse. El resultado puede describirse como un Derecho contractual “mixto”, compuesto del Derecho nacional y de los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia contractual.

Conviene precisar que la responsabilidad contractual de una agencia por el posible incumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato debe distinguirse de la legalidad del procedimiento de contratación pública, el cual, como ya se ha explicado previamente, se efectúa conforme a las reglas previstas en los reglamentos financieros de la UE⁶². Por tener como objeto la aplicación de un reglamento de la UE, los participantes a un procedimiento de contratación pública (al que se le atribuyó el contrato u otro participante) que invoquen la ilegalidad del procedimiento deberán presentar un recurso ante el TG, cuya jurisdicción es obligatoria⁶³. Los recursos posibles pueden ser un recurso de anulación o una demanda por responsabilidad extracontractual, con arreglo a disposiciones citadas.

d) Recurso de casación

El TJUE es competente para conocer de los recursos de casación que se limiten a cuestiones de Derecho y vayan dirigidos contra las sentencias y los autos del TG. Los recursos de casación no tienen efecto suspensivo. Cuando se admita y estime el recurso de casación, el TJUE anulará la resolución del TG y resolverá él mismo el litigio, o devolverá el asunto al TG, que estará vinculado por la resolución del TJUE.

7.3. Responsabilidad ante la Comisión

Como ya se ha indicado anteriormente, las agencias son generalmente responsables ante la Comisión en lo que concierne la ejecución de las políticas de la UE. Las agencias normalmente consultan a la Comisión en una amplia gama de interrogantes que incluye igualmente la legalidad de ciertas medidas. La Comisión es el punto de contacto natural para hacer consultas en cuanto a la aplicación del Derecho administrativo de la UE, independientemente de la autonomía de la cual disponen las agencias. Existe además una responsabilidad ante la Comisión cuando el Derecho administrativo o los reglamentos constitutivos lo prevean explícitamente, por ejemplo, en el marco de procedimientos que exijan una cooperación entre la agencia y la Comisión o la aprobación de un acto por ésta última.

62 Las disposiciones contenidas en los reglamentos financieros, únicamente aplicables a las instituciones y otras entidades de la UE, presentan una gran similitud con las disposiciones de las directivas de la UE relativas a la contratación pública que los Estados miembros están obligados a aplicar. Para una descripción de estas directivas, véase KÜHN, W. M., “The reform of the EEA rules on public procurement”, *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 2015, nº 2, p. 150.

63 POULSEN, S.; JAKOBSEN, P.; KALSMOSE-HJELMBORG, S. *EU public procurement law*, 2ª ed., Copenhagen, 2012, p. 50.

7.4. Examen de legalidad por otras entidades

Existen además otras entidades que asumen el rol de vigilantes en lo que respecta el control de legalidad. Su rol puede extenderse a todas las actividades de una agencia o limitarse a un ámbito específico. Ya se ha mencionado al DPE cuya función consiste en examinar casos de ilegalidad y de mala administración. Los dictámenes emitidos por el DPE en los asuntos llevados a su atención no son jurídicamente vinculantes, pero tienen cierta autoridad. El DPE incluirá el resultado de sus investigaciones en su reporte al Parlamento, por lo que se genera presión política. Generalmente, las agencias tendrán en cuenta la apreciación contenida en dichos dictámenes y tratará de remediar en la medida de lo posible cualquier tipo de mala administración que se haya detectado⁶⁴.

Conviene mencionar además al Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), el cual es una autoridad supervisora independiente que tiene como objetivo principal garantizar que las instituciones y órganos de la UE respeten el derecho a la intimidad y la protección de datos cuando tratan datos de carácter personal y desarrollan nuevas políticas. El SEPD es elegido para un mandato renovable de cinco años. El reglamento (UE) 2018/1725⁶⁵ establece las funciones y competencias del SEPD, así como su independencia institucional en su calidad de autoridad de control. También establece las normas para la protección de datos en las instituciones de la UE. En la práctica, las funciones del SEPD pueden dividirse en tres funciones principales: control, asesoramiento y cooperación. En el marco de su función consultiva, el SEPD asesora a la Comisión, al Parlamento, al Consejo pero también a las agencias sobre asuntos de protección de datos en una serie de ámbitos de intervención política. Esta función consultiva está relacionada con las propuestas de nueva legislación, así como con otras iniciativas que pueden afectar a la protección de datos personales en la UE. Normalmente, dicha función tiene como resultado un dictamen formal, pero el SEPD también puede proporcionar orientación en forma de comentarios o documentos de orientación. Generalmente, la intervención del SEPD está prevista en los reglamentos constitutivos, por ejemplo, cuando se trata de concluir acuerdos entre agencias respecto al intercambio de datos personales, como es el caso entre FRONTEX y EUROPOL.

64 Tal como lo indicó la Abogada General Trstenjak en sus conclusiones de 28 de marzo de 2007 en el asunto C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds/Comisión*, EU:C:2007:191, apartados 56 y 57, la finalidad primordial del DPE en el ejercicio de sus funciones es “la optimización de la administración comunitaria” y no la garantía de la tutela jurídica individual. El DPE “buscará con la institución u órgano afectado una solución que permita eliminar los casos de mala administración y satisfacer la reclamación del demandante, lo cual confiere a la figura del DPE un carácter más bien administrativo”.

65 Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE (OJ L 295, 21.11.2018, p. 39).

8. EL FUTURO DEL PROCESO DE AGENCIFICACIÓN

Las pasadas décadas han puesto en evidencia que la agencificación de la administración de la UE es un proceso que se encuentra en plena evolución. Sin embargo, pueden observarse ya algunas tendencias que permiten predecir su futuro hasta cierto punto. Primeramente, la proliferación algo caótica que tuvo lugar en un inicio fue remediada gracias a los criterios del “Planteamiento Común”, los cuales ofrecen un marco más claro para la creación de agencias. El legislador de la UE podrá servirse de ahora en adelante de esas herramientas para establecer cierto orden a la hora de configurar su estructura interna. Asimismo, los litigios ante el TJUE han permitido al legislador identificar las bases jurídicas apropiadas ante la necesidad de cumplir con las tareas administrativas que se presentan. La reciente creación de ELA el 20 de junio de 2019 demuestra que aún se apuesta en la agencificación como método adecuado de administrar la UE.

Obviamente, la tendencia de las agencias será de aumentar en número a medida que se le atribuyen cada vez más competencias a la UE y mientras que las ventajas de la agencificación no se cuestionen. No se puede excluir la posibilidad de que se cierren o fusionen agencias e incluso se incorporen a las instituciones una vez que pierdan su razón de ser. No obstante, no parece haber una tendencia clara hacia tal escenario. Más bien parece que ciertas agencias podrían evolucionar para jugar un rol determinante en ciertas áreas, como es el caso de FRONTEX en el ámbito de la protección de las fronteras exteriores, la cual será dotada de un cuerpo propio de guardas de fronteras y costas. Igualmente, no se puede excluir la posibilidad que ECDC se convierta en una entidad aún más importante debido a la pandemia y a la necesidad de apoyar la acción de los Estados miembros en el área de salud⁶⁶. En consecuencia, las agencias se quedarán e influenciarán de manera determinante el funcionamiento de la UE.

Cual “satélites” de la UE, las agencias son representantes de la esfera supranacional en el territorio de los Estados miembros. La distancia geográfica y la descentralización constituyen desafíos que ponen en riesgo la coherencia de la acción administración por parte de las agencias. Dichos desafíos solo pueden vencidos a través del uso de medios de telecomunicación, tecnologías modernas, la celebración de reuniones continuas, intercambios de personal, etc. El trabajo en una agencia exige, por lo tanto, un cierto esfuerzo. Las ventajas no son manifiestas, pero responden a una exigencia política de asegurar una mayor representatividad de la UE en los Estados miembros a través de una descentralización administrativa.

66 Respecto a la evolución de la política de la salud pública en la UE, véase KÜHN, W. El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública. *Agenda Internacional*, año 12, nº 23, 2006, p. 327.

9. CONCLUSIONES

El presente artículo ha presentado diversas facetas del fenómeno de agencificación en la administración europea, explicando el estatuto de las agencias dentro del ordenamiento jurídico de la UE, la manera en la que éstas se establecen, su organización interna y financiamiento, los procedimientos de toma de decisiones, así como su funcionamiento. Se ha efectuado además una clasificación de las agencias conforme a determinadas categorías a fin de facilitar la comprensión de su razón de ser. Asimismo, se han presentado los desafíos a los que se enfrentan las agencias en su actividad cotidiana. Se ha enfocado igualmente en su relación con las instituciones de la UE, sobre todo en el control de legalidad que éstas últimas ejercen. Se ha demostrado así que las agencias están muy lejos de operar en un vacío jurídico. Más bien se encuentran firmemente ancladas en la estructura institucional de la UE y sometidas a un estricto control de legalidad por parte de diversos actores, entre otros la Comisión, el Parlamento, el DPE y el TJUE. La agencificación ha logrado imponerse como una nueva forma de administración mixta, no prevista inicialmente en los tratados, que incorpora a los Estados miembros, favoreciendo así aún más la aceptación del Derecho de la UE por éstos últimos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANA GARCÍA, E. “Los recursos administrativos en la Unión Europea: Hacia un modelo común de justicia administrativa”. *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 2015, n° 27.

CALLIES, C. *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*. Ed. Christian Calliess, Matthias Ruffert. Múnich, 2011.

CHITI, E. “Is EU Administrative law failing in some of its crucial tasks”. *European Law Journal*, 2016, vol 22, n° 5, pp. 576-596.

FRENZ, W. “Vollzug des Europarechts”. *Handbuch Europarecht*, Berlin: Heidelberg, 2010.

KÜHN, W. M. “The reform of the EEA rules on public procurement”. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 2015, n° 2, p. 150.

KÜHN, W. M. “Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el Mercosur. Lecciones de la experiencia integracionista europea”. *Política Internacional*, 2013, n° 109.

KÜHN, W. “El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública”. *Agenda Internacional*, 2006, año 12, n° 23, pp. 327-363.

KÜHN, W.M. “La responsabilidad extracontractual de la UE a raíz de la violación por parte del TJUE del derecho fundamental a una duración razonable del

proceso”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2018, año 6, nº 12.

KÜHN, W.M. “The Draft Protocol on the creation of the Court of Justice of Mercosur - A new milestone in the judicialisation of regional integration law”. *Journal of the Belarusian State University. International Relations*. 2017, nº 2, p. 62.

KÜHN, W.M. “The Eurasian Economic Union (II) – Institutions, Law and Policies for Economic Integration”. *European Law Reporter*, 2016, nº7, p. 268.

LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. *EU Procedural Law*. Oxford, 2014.

LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011.

MÖLLERS, R. *Polizei in Europa – Die Sicherheitsagenturen EUROPOL und FRONTEX im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*. 2ª ed., Frankfurt, 2017.

OESCH, M.; LANG, A. “EU-Agenturen und die Schweiz”. *Zeitschrift für Europarecht*, 2014, nº 6, pp. 131-141.

PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ta edición, vol. 1 (EU Immigration and Asylum Law). Oxford, 2016.

POULSEN, S.; JAKOBSEN, P.; KALSMOSE-HJELMBORG, S. *EU public procurement law*. 2ª ed. Copenhague, 2012.

VAN DROOGHENBROECK, S.; RIZCALLAH, C. *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2018.

WATHELET, M.; WILDEMEERSCH, J. *Contentieux européen*, 2ª ed. Bruselas 2014.

WIDDERSHOVEN, J. “Developing administrative law in Europe: Natural convergence or imposed universality?”. *Review of European Administrative Law*, 2014, vol 7, nº 2, pp. 5-17.



The phenomenon of “agencification” in the administration of the European Union

Abstract: The present article offers an analysis of the process called “agencification” that has led the EU to resort to numerous agencies in order to fulfill its administrative tasks. The focus is on the status of these agencies within the EU legal system, the manner in which they are established, their internal organization and financing, the decision-making procedures, as well

as their functioning. Furthermore, the agencies are classified according to specific categories. The article explains as well the challenges that agencies face in their daily activities. Their relationship with the European institutions is also explained, especially as regards the democratic control and the control of legality exercised by the latter.

Keywords: Integration process, Regional economic integration law, Supranational administration, European agencies, European Union, European Economic Area, Area of freedom, Security and justice, International relations, Administrative law.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Werner Miguel Kühn Baca es Doctor en Derecho por la Universidad de Kiel (Alemania). Especialización en Derecho de la integración económica regional (Unión Europea, Comunidad Andina, MERCOSUR, Espacio Económico Europeo y Unión Económica Euroasiática). Ejerció de 2004 a 2012 la función de letrado ("référéndaire") en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo; trabajó de 2013 a 2017 como funcionario jurídico superior en la Autoridad de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio en Bruselas; laboró de 2017 a 2019 como funcionario jurídico superior y jefe adjunto del servicio jurídico de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) en Varsovia. Labora desde 2019 nuevamente como letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.