

Estatuto y Unión Europea



ESTATUTO Y UNIÓN EUROPEA

ESTATUTO Y UNIÓN EUROPEA

SEMINARIO

Barcelona, 2 de mayo de 2006

Manuel Cienfuegos Mateo Enoch Albertí Rovira David Ordóñez Solís Marcos Gómez Puente



Generalitat de Catalunya Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació Institut d'Estudis Autonòmics

> BARCELONA 2006

Biblioteca de Catalunya. Datos CIP:

Estatuto y Unión Europea : seminario, Barcelona, 2 de mayo de 2006. - (Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics ; 49)

Bibliografia

ISBN 84-393-7320-1

- I. Cienfuegos Mateo, Manuel II. Institut d'Estudis Autonòmics (Catalunya) III. Col·lecció: Institut d'Estudis Autonòmics (Col·lecció); 49
- Unió Europea Espanya Comunitats autònomes Congressos 2. Competència
 (Dret) Espanya Comunitats autònomes Congressos 3. Dret comunitari Congressos

342.25(460:4-6)(061.3)

Fotografía de la cubierta: Palau Centelles, Barcelona (siglo XVI). Detalle de la ventana-balcón geminada de arcos conopiales, con el escudo de armas Centelles-Carròs en el tímpano.

© Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics

Primera edición: diciembre de 2006

Tirada: 1.000 ejemplares ISBN: 84-393-7320-1

Depósito legal: B.54.341-2006

Impresión: El Tinter, SAL (empresa certificada ISO 14001 y EMAS)

SUMARIO

Presentación	
Miguel Ángel Cabellos Espiérrez	9
EL IMPACTO DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	
Manuel Cienfuegos Mateo	13
EL DESARROLLO Y LA EJECUCIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA COMPARTIDA CON EL ESTADO	
Enoch Albertí Rovira	79
LA GESTIÓN DE LAS SUBVENCIONES Y LAS AYUDAS COMUNITARIAS POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	105
David Ordóñez Solís	105
LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO	
MARCOS GÓMEZ PUENTE	153
Debate	197

PRESENTACIÓN

El Institut d'Estudis Autonòmics ha venido organizando, desde junio de 2005 hasta la actualidad, diversos seminarios dirigidos a analizar cómo están siendo tratados en los procesos de reforma estatutaria (y especialmente en el nuevo Estatuto catalán) diferentes temas relevantes para el funcionamiento del Estado autonómico. Los más de 25 años de andadura de éste han permitido ir identificando de modo preciso los problemas a que han debido enfrentarse las Comunidades Autónomas en el plano institucional, competencial o financiero, y los nuevos Estatutos intentan de modo diverso aportar soluciones a tales problemas, habida cuenta en cada caso de las causas que los produjeron. El modo, pues, como dichos Estatutos realizan ese intento debía ser, lógicamente, objeto de atención por parte del Institut.

A esa voluntad de tratar temas problemáticos afrontados en los actuales procesos estatutarios se unió la iniciativa del profesor Manuel Cienfuegos tendente a que el Institut pudiera abordar el análisis de algunos de los aspectos relativos a la relación de las Comunidades Autónomas con el Derecho comunitario y la Unión Europea en los que tradicionalmente aquéllas han ido encontrando mayores problemas, y ambas voluntades convergieron en la celebración de este seminario, centrado, por una parte, en el estudio de los mencionados aspectos y, en segundo lugar, en el análisis de cómo los mismos son tratados en los nuevos Estatutos o en los proyectos que en el momento de la celebración del seminario se conocían ya. La combinación de temas y ponentes resulta, como se verá, especialmente indicada para dicho fin: los profesores Enoch Albertí (Universidad de Barcelona), Manuel Cienfuegos (Universidad Pompeu Fabra), David Ordóñez (Magistrado de lo contencioso) y Marcos Gómez (Universidad de Cantabria) analizaron respectivamente los problemas derivados de la ejecución del Derecho comunitario, la vis expansiva de éste hacia ámbitos en principio propios de los Estados, la gestión de las ayudas y de los fondos comunitarios por parte de las Comunidades Autónomas y las vías para exigir la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario. No se agotan, así, todos los temas en que los nuevos Estatutos entran (baste citar como ejemplo el de la participación autonómica en la fase ascendente, objeto continuo de atención en la doctrina) pero sí se escogen cuatro de los más relevantes.

Los dos primeros temas tienen una relación estrecha entre sí, por cuanto a través de ambos se dan situaciones de pérdida competencial para las Comunidades Autónomas. En lo que a la ejecución se refiere, el Estado ha intentado ocuparse de ella, aun adentrándose en ámbitos autonómicos, a través de diversas justificaciones: la invocación a su posible responsabilidad en caso de incumplimiento; su pretendidamente necesario papel para la salvaguarda del principio de igualdad; el elemento de supraterritorialidad que, lógicamente, siempre subyacerá a la aplicación de toda norma comunitaria o, cuando se ha ceñido a justificar su intervención alegando que concurrían títulos estatales que la hacían legítima, en no pocas ocasiones lo ha hecho utilizando títulos horizontales o partiendo de un concepto amplio de bases. Todas estas vías son analizadas en el artículo del profesor Albertí, y merecerá especialmente detenerse en el discutido problema relativo a cómo determinar cuándo la normativa comunitaria sustituye a las bases estatales o no, y cuál ha de ser el papel de Estado y Comunidades Autónomas en cada caso.

Pero además, debe recordarse que las Comunidades Autónomas también perderán espacios competenciales por otra vía; la vis expansiva del Derecho comunitario, a través de muy diversas técnicas (competencias implícitas, competencias subsidiarias, armonización,...) perjudica al Estado y a las Comunidades Autónomas, pues lo que eran competencias compartidas de la Unión Europea acaban, por el juego de la preemption, deviniendo casi o del todo exclusivas; pero con la diferencia no menor de que el Estado al menos puede hacer valer su voz de modo sustancial en todo momento, especialmente mientras la norma se está elaborando, mientras que la presencia de las Comunidades Autónomas en las instituciones comunitarias y ante ellas es, como bien sabemos, débil. No sólo pueden perder en el momento de la ejecución, sino que poco pueden decir normalmente en el momento de la elaboración normativa. Los ejemplos que el profesor Cienfuegos recoge en su artículo, en el que se analiza en detalle el sistema competencial comunitario, las causas y los ámbitos de su expansividad y las consecuencias de todo ello, son particularmente ilustrativos.

Descendiendo a problemas más concretos, pero igualmente de una gran trascendencia práctica, se escogió abordar en el seminario la cuestión de la gestión de las subvenciones por parte de las Comunidades Autónomas y la de la responsabilidad por incumplimiento (esta última, base de uno de los

argumentos tradicionalmente invocados por el Estado, como se ha visto, para atraer a su competencia la ejecución del Derecho comunitario).

Por lo que respecta a la gestión de las ayudas financieras, se trata de un tema cuya importancia difícilmente podrá exagerarse, dada la dimensión que ha tenido en el caso español. La participación de los Estados en la gestión compartida de la mayoría de los fondos abría en nuestro caso el interrogante relativo a cómo las Comunidades Autónomas podrían intervenir cuando los fondos estuviesen destinados a ámbitos materiales en los que aquéllas ostentasen competencia. El Tribunal, al hilo de su jurisprudencia sobre ejecución del Derecho comunitario en general, y de la relativa a subvenciones (STC 13/1992), ha vinculado la gestión con las competencias, pero con unas dudas y contradicciones posteriores que el profesor Ordóñez pone de manifiesto con claridad y que explican el fracaso posterior de dicha jurisprudencia en el intento de dar una solución efectiva al problema. En este marco, la regulación del Estatuto de Autonomía de Cataluña se revela especialmente oportuna. Aunque la versión inicial del artículo 190, salida del Parlamento de Cataluña, fue severamente recortada en las Cortes, como recuerda el profesor Ordóñez, la referencia que el artículo 190 del texto final hace a los artículos 114 y 210 suple en parte ese recorte (si bien sólo en parte, como se muestra con detalle en el estudio) y ofrece una regulación en este ámbito. El Estatuto intenta así sentar reglas claras y asegurar la posición de la Comunidad allá donde por tener competencias no sería lógico que fuera excluida en la gestión de las ayudas, así como asegurar la participación de la Comunidad Autónoma en los momentos clave (por ejemplo, la toma de la decisión sobre si los fondos son territorializables o no).

Respecto al incumplimiento, no sólo ha de estudiarse aquel en el que puedan incurrir las Comunidades Autónomas, sino también el del Estado, que perjudique a éstas, o incluso el incumplimiento de una Comunidad que repercuta negativamente en otra u otras. Sobre esta materia, como pone de manifiesto el profesor Marcos Gómez en su trabajo, nada se encontrará en el marco de las actuales reformas estatutarias y el único mecanismo que se adivina viable es el de acudir a los tribunales, como acudiera La Rioja en el caso de las «vacaciones fiscales» frente a Navarra y País Vasco. Tampoco ofrece el sistema en su conjunto mecanismos para que las Comunidades Autónomas reclamen al Estado la reparación de los perjuicios que un incumplimiento que le sea imputable les haya causado (sí, en cambio, hay cauces regulados para que el Estado repita contra las Comunidades Autónomas

incumplidoras, como es sabido). El artículo del mencionado profesor explora, pues, cómo cubrir las lagunas que en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario existen aún en el plano interno y a las que tampoco los nuevos Estatutos están aludiendo, lo que hace tanto más necesario analizar a fondo el tema, dadas las evidentes repercusiones que tiene para las Comunidades Autónomas.

Así pues, frente a los problemas que se han ido mencionando, los nuevos Estatutos intentan, con las lógicas diferencias y exceptuando, como se ha visto, el tema de la responsabilidad por incumplimiento, ir acogiendo criterios que hasta ahora sostenían la doctrina o determinadas líneas jurisprudenciales, para intentar dotar a las Comunidades Autónomas del papel que ha de corresponderles, de manera que el hecho de la pertenencia a la Unión Europea no acabe significando para ellas, más allá de la retórica del principio de autonomía institucional, un vaciamiento constante de sus competencias con una participación simbólica en todo el proceso. El tiempo dirá si la fortuna acompaña o no a tales previsiones; de momento, el lector hallará en este libro un detallado análisis de las soluciones aportadas y de los problemas a los que éstas hacen frente.

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ Responsable del Área de Investigación Institut d'Estudis Autonòmics Barcelona. 17 de noviembre de 2006

EL IMPACTO DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

MANUEL CIENFUEGOS MATEO Profesor titular de Derecho Internacional Público Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. La Comunidad Europea, Organización internacional de integración regional. 1.1. Los principios que rigen el sistema competencial de la Comunidad Europea, en particular: atribución, especialidad, subsidiariedad y proporcionalidad. 1.2. Algunas consecuencias del sistema competencial comunitario: complejidad, oscuridad y flexibilidad. 2. La extensión de las obligaciones de los Estados miembros (y por vía de consecuencia de sus entes regionales) tras el ejercicio de las competencias de la Comunidad Europea. 2.1. La fuerza expansiva de las competencias de la Comunidad Europea 2.1.1. Las competencias implícitas y las competencias subsidiarias (artículo 308 del Tratado CE). 2.1.2. La aproximación de legislaciones para la consecución del mercado interior (artículos 94 y 95 del Tratado CE). 2.2. La limitación de la capacidad de actuación de los Estados miembros en los ámbitos competenciales nacionales. 2.2.1. La preemption. 2.2.2. Los principios estructurales del Derecho comunitario. 3. La codificación de las competencias de la Unión Europea llevada a cabo por el Tratado constitucional, ¿valdrá para algo realmente? 3.1. La vigilancia por el Tribunal de Justicia del ejercicio de las competencias comunitarias. 3.2. Los nuevos filtros establecidos por el Tratado constitucional. 4. Los entes regionales frente al sistema competencial de la Comunidad Europea. 4.1. Repercusiones de la vis expansiva de las competencias de la Comunidad Europea en las competencias autonómicas. 4.1.1. Las críticas de las regiones con competencias legislativas. 4.1.2. Un ejemplo reciente de incidencia inesperada de la expansión de las competencias de la Comunidad Europea en ámbitos competenciales autonómicos sensibles: el desarrollo urbanístico en la Generalitat Valenciana frente al Parlamento Europeo. 4.2. Mecanismos de defensa de los entes regionales frente a las incursiones de la Comunidad Europea en sus ámbitos competenciales en la actualidad y con el Tratado constitucional. 4.2.1. El rol de los entes regionales en asuntos europeos en la esfera comunitaria. 4.2.2. El acceso a los tribunales de justicia de la Unión. 4.2.3. Valoración crítica.

1 · La Comunidad Europea, organización internacional de integración regional

La Comunidad Europea (CE), y por extensión la Unión Europea (UE),¹ cuando entre en vigor el Tratado constitucional es una *Organización internacional de integración regional* y no de cooperación dada la intensidad y la amplitud de la cesión de competencias soberanas a su favor por parte de sus Estados miembros. Siguiendo a REUTER y SOBRINO HEREDIA² se puede distinguir esencialmente entre integración y cooperación en función del reparto de competencias entre la Organización internacional y sus miembros. Las Organizaciones internacionales a las que sus Estados miembros no han cedido competencias soberanas —las más numerosas— se proponen simplemente instituir una cooperación entre los mismos y coordinar sus actividades con vistas a la satisfacción de unos intereses comunes. Para eso disponen de una administración interna compuesta por representantes estatales cuyas decisiones suelen tomarse por unanimidad. Hay otras Organizaciones en las que se produce una

¹ En este trabajo aludimos generalmente a la CE pero a veces también a la UE para simplificar la exposición, pues bajo el generoso manto protector de la ambigua UE se entremezclan las actuaciones de la CE y de los Estados miembros hasta tal extremo que muchas veces no es fácil distinguir cuando actúan una y otros en su respectivo ámbito competencial. Esta confusión se debe en buena medida al complejo sistema de distribución de competencias entre la CE y sus Estados que posibilita que ambos puedan actuar, si bien de diferente manera e intensidad, en los ámbitos político, económico y de cooperación. También es tributaria de otros factores, como la manera con que suelen ejercitar las competencias, sea coordinada (acciones unilaterales sucesivas de ambos) o conjuntamente (en el marco de acuerdos internacionales mixtos) y el enrevesado sistema de representación exterior de la CE (de manera que los Jefes de Estado y de Gobierno pueden actuar en representación de su Estado y/o del Consejo de la UE). Los problemas vienen derivados igualmente de la estructura de la UE como la suma de un pilar comunitario más dos pilares intergubernamentales. El Tratado constitucional pondrá fin a esta situación al crear un único sujeto internacional: la Unión.

² P. REUTER, Organizaciones europeas, Barcelona: Bosch, 1968, pp. 29-30; J.M. SOBRINO HEREDIA, «Las Organizaciones internacionales. Generalidades», en M. Díez de Velasco, Las Organizaciones internacionales, 14ª ed., Madrid: Tecnos, 2006, pp. 51-53.

transferencia real de competencias soberanas —la excepción— que se caracterizan porque se atribuye el ejercicio de funciones superiores de un Estado (legislativas, ejecutivas y judiciales) a unos órganos formados a veces por personas independientes en su actuación y otras por representantes gubernamentales, pero en ambos supuestos con la facultad de pronunciarse por mayoría en muchos casos. Y sus decisiones pueden tener, en determinadas condiciones, efecto inmediato y directo en los órdenes jurídicos nacionales. Por último, el imperio del derecho suele garantizarse mediante órganos judiciales. Los Estados se someten de este modo a una autoridad exterior a ellos mismos en los ámbitos materiales transferidos.

Las Organizaciones en las que concurren en buena medida los últimos elementos se ubican en un punto equidistante de las Organizaciones internacionales tradicionales y los Estados de carácter federal, ya que reúnen elementos de ambas, sin poder identificarse con unas ni con los otros.³ El paradigma es la CE y, a fortiori, la UE. Sus competencias son de muy diferente intensidad según los sectores considerados (basta comparar la unión económica y monetaria de la CE con los dos pilares intergubernamentales que completan la UE). Pero constituye sin duda el estadio más avanzado de integración. Así resulta si se observan los vastos fines de integración postulados y, sobre todo, los logros alcanzados en su proceso de liberalización (estamos en una tercera fase de unión económica y monetaria que contiene, además, elementos propios de la integración política); su evolucionado y complejo entramado institucional (en el que la mayoría de las decisiones se toman por mayoría y existen órganos de composición no intergubernamental) y normativo (que presentan, inter alia, la particularidad de que generalmente son aplicables directamente y con primacía); el papel que juegan en la vida internacional (sus relaciones exteriores son en muchos aspectos asimilables a las de los Estados); el completo y eficaz sistema de control judicial (jurisdicción permanente, automática y obligatoria, entre otros rasgos), etcétera.

Ahora bien, por más que la CE y, grosso modo, la UE sean Organizaciones de integración, no dejan de ser Organizaciones internacionales. Singulares

³ M. MEDINA ORTEGA (La Comunidad Europea y sus principios constitucionales, Madrid: Tecnos, 1974, p. 25) recuerda que el Estado y la Organización internacional de cooperación son diferentes de la Organización supranacional o de federalización de funciones que representan las Comunidades Europeas.

y únicas, en tanto que compuestas por Estados y ciudadanos, pero Organizaciones internacionales a fin de cuentas.⁴

¿Qué importancia tiene ello? Que son sujetos internacionales creados por los Estados para el cumplimiento de ciertas funciones. Lógicamente, depende de estos objetivos que sus competencias sean más o menos extensas, inclusive tan amplias e intensas como las que tiene la CE. Pero no pueden ir más allá del marco general trazado por su misión, tal como resalta el principio de la especialidad⁵. Dicho de otro modo, los campos atribuidos pueden ser más o menos numerosos e importantes y afectar más o menos a la soberanía estatal, pero nunca se encuentra, como en el Estado unitario, frente a un ámbito de acción teóricamente ilimitado. Por lo demás, muchas de las principales competencias relacionadas hoy en día con el concepto de soberanía siguen siendo estatales, como la defensa y la policía.

1.1 · Los principios que rigen el sistema competencial de la Comunidad Europea, en particular: atribución, especialidad, subsidiariedad y proporcionalidad

La misión de una Organización internacional consiste en la realización de objetivos de interés común mediante la cooperación (y la integración) entre sus miembros. De lo anterior se deduce que las instituciones de la UE no pueden tomar decisiones a su libre albedrío ya que en su actuar están guiadas por determinados principios, en particular los principios de atribución de competencias, especialidad, subsidiariedad y proporcionalidad. De todos ellos, los dos que más afectan a este estudio son los de atribución de competencias y de especialidad.

⁴ Vid. en este sentido, A. MANGAS MARTÍN, La Constitución europea, Madrid: Iustel, 2005, p. 26.

⁵ En general, sobre este principio, véase C. CHAUMONT, «La signification du principe de spécialité des organisations internationales», en Mélanges offerts à Henri ROLIN. Problèmes de droit de gens, París: Pédone, 1964, pp. 55-66.

⁶ Véase en general sobre las competencias de la Comunidad y sus principios reguladores, R. ALONSO GARCÍA y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, «Competencias de la Comunidad Europea y competencias de las Comunidades Autónomas», en F. Rubio Llorente (Coord.), La Comunidad de Madrid en la Unión Europea, Madrid: Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 2000, pp. 21-62; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La regulación de las competencias de la Unión en el proyecto de Constitución», en M. OREJA AGUIRRE (Dir.), La Constitución europea, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 197-211; J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, El sistema de competencias de la Comunidad Europea, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

La CE sólo posee, según la expresión tradicional, *una simple competencia de atribución*, esto es, de poderes atribuidos (transferidos) por los Estados miembros para la realización de los objetivos que enuncian los Tratados. Lo que significa, *al contrario*, que carece de una competencia global (*allzunständigkeit*). Es el mismo principio que se aplica a las Organizaciones internacionales y en cuya virtud sus actividades pueden y deben desplegarse en un cierto número de ámbitos, más o menos amplios, pero limitativamente determinados por sus tratados constitutivos.

Esta idea está plasmada de diferentes maneras en los Tratados de la CE y de la UE. Así, el artículo 3 del Tratado CE indica que la acción de la Comunidad se realizará «a los fines señalados en el artículo anterior (...), en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado» y a continuación da una lista de las tareas a ejecutar y de los instrumentos a utilizar por las instituciones comunitarias y los Estados miembros a fin de lograr la realización de las finalidades del Tratado. Muy claro es el artículo 5 del Tratado CE al prever que «la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna». Finalmente, el artículo 7 dispone que cada institución actúe dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es asimismo expresiva cuando señala que «el principio de competencias de atribución debe ser respetado tanto en la acción interior como en la acción internacional de la Comunidad». Y es la idea que refleja el Consejo Europeo en sus conclusiones de Edimburgo de diciembre de 1992, al decir que «la competencia de los Estados miembros es la norma y la comunitaria la excepción». 8

Se pone de relieve así *la naturaleza secundaria y funcional de la CE*, en tanto que sujeto internacional creado por los Estados para el cumplimiento de ciertas misiones, tal como resalta el principio de la especialidad. Ello implica que en la CE —como en otras Organizaciones internacionales— lo fundamental es la función, la finalidad funcional, de manera que la competencia (poder) viene limitada por aquélla en atención a sus objetivos concretos, para conseguir los cuales se le dota de competencias especificas, determinadas (con algunos correctivos, como el artículo 308 del

⁷ Dictamen TJCE 2/94, del 28 de marzo de 1996, Rec. 1996, p. I/1763, fundamento 24.

⁸ Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo del 11-12 de diciembre de 1992, *R.I.E.*, 1993, pp. 369 ss.

Tratado CE). Por consiguiente, aunque dispone de poderes muy extensos, la CE no posee todas las competencias sino sólo una competencia determinada, limitada, expresa... En cambio el Estado es una organización territorial donde lo principal es el poder político y la función es secundaria porque el Estado es la institucionalización jurídica del poder político; su corolario es que «el poder estatal tiene unos fines generales, unos abstractos, es decir, una finalidad integral».

1.2 · Algunas consecuencias del sistema competencial comunitario: complejidad, oscuridad y flexibilidad

En función de los objetivos, las competencias de cada Organización pueden ser más o menos extensas pero no pueden ir más allá del marco general trazado por su misión. Y aquí está el problema porque la misión atribuida a la CE es de contornos jurídicos sumamente imprecisos, basta con mirar los artículos 2 y 3 del Tratado CE para constatarlo. ¿Cuál es, por ejemplo, el alcance exacto del principio de atribución de competencias? No se sabe con certeza porque los Tratados no han precisado de forma diáfana cuál es la esfera competencial propia de la Comunidad.

A diferencia de lo que sucede en la mayoría de las Constituciones de los Estados federales o autonómicos, en los Tratados comunitarios no existe un capítulo dedicado específicamente al reparto material de competencias. ¹⁰ Tampoco se sigue el método tradicional de los tratados constitutivos de Organizaciones internacionales que definen categorías de acciones a acometer con miras a alcanzar ciertos fines. En la CE lo que hay son disposiciones materiales concretas en las que se determinan sus competencias específicas con arreglo a un método particularmente complejo porque combina ambos sistemas, de tal suerte que la esfera comunitaria de competencias debe ser definida teniendo en cuenta que en unos ámbitos materiales (los del artículo 2, que ejemplifica el 3) se han cedido competencias a la

⁹ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN HOGUERAS, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, 5^a ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 115.

¹⁰ K. LENAERTS (Le juge et la constitution aux Etats-Unies et dans l'ordre juridique communataire, Bruselas: Buylant, 1988, pp. 459-460) añade que El Tratado CE tampoco ha precisado las relaciones existentes entre la esfera de competencias de la Comunidad y de los Estados miembros, de manera que los litigios han sido constantes a propósito del carácter exclusivo o no de las competencias de la CE.

CE para realizar, mediante una acción común, ciertas funciones y de esta suerte alcanzar ciertos fines (los del artículo 2).

No acaba aquí la complejidad porque si se examinan los Tratados nos encontramos con que en algunos casos hay verdaderas competencias (o competencias en sentido estricto sobre materias, por ejemplo, en relación con el comercio exterior: artículo 3.1.b del Tratado CE) junto a competencias funcionales (que se concretarán en consideración a los objetivos de la CE, según dispone el artículo 308) y meras acciones y medidas comunes (como en relación con la entrada y circulación de personas: artículo 3.1.d del Tratado CE). Por ejemplo, se confiere competencia a la Comunidad en el ámbito social (artículo 3.1.j del Tratado CE) para conseguir un fin del artículo 2 (principalmente un alto nivel de protección social y la elevación del nivel y la calidad de vida) lo que implica una acción de la CE y la atribución de poderes de acción con vistas a la instauración de una política social común, especialmente mediante la creación de un Fondo Social (artículo 3.1.j en relación con el título XI).

Debe observarse, empero, que *las atribuciones competenciales responden más a consideraciones funcionales que a criterios puramente materiales* porque como regla, la CE sólo dispone de poderes de acción en determinados ámbitos para alcanzar ciertos objetivos de naturaleza esencialmente económica. Falta pues, un puro reparto material de competencias, o sea, una enumeración de las materias atribuidas a la Comunidad. Es consecuencia del hecho de que la CE es una Organización internacional, por lo que no se puede utilizar la técnica de distribución de competencias generales (por materias) ya que al tratarse de competencias de atribución, han de ser específicas para alcanzar los fines concretos perseguidos. Si se estableciera un catálogo de materias, existirían títulos competenciales abstractos, lo que es propio del Estado (la finalidad integral) y no de una Organización internacional (la finalidad funcional).¹¹

Otro rasgo acusado del modo en que la CE ve reconocidas sus competencias en las disposiciones materiales concretas radica en su *dispersión y heterogeneidad*, tanto, que «si uno se atiene a los textos, la reconstitución de las competencias materiales de la Comunidad tiene que ser efectuada (...) sobre la base de cada una de las diferentes reglas del Tratado determinando no sólo las materias que constituyen su objeto, sino necesariamen-

¹¹ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, op. cit., p. 115.

te también la naturaleza y los poderes que son, en cada caso, atribuidos a la Comunidad en dichas materias y los objetivos generales perseguidos».¹²

A modo de resumen, las causas principales de la complejidad y falta de claridad del sistema competencial comunitario proceden de:

- 1) La forma en que se definen las competencias atribuidas en las distintas bases jurídicas impide delimitar con suficiente claridad el reparto de competencias entre la CE y los Estados miembros. Por ejemplo, unas bases jurídicas siguen una orientación marcadamente funcional —así, artículo 95—, mientras otras definen las competencias más por materias. En algunos casos se introducen excesivas precisiones —más propias de un texto legislativo que constitucional caso de los artículos en materia de medio ambiente—. La amplitud de los objetivos de la CE es el caldo de cultivo de los poderes implícitos, el artículo 308 presenta unos contornos sumamente imprecisos, etcétera.
- 2) El sistema en sí mismo no es lo bastante claro en cuanto a la naturaleza de las competencias en cuestión, por ejemplo, hay entrelazadas competencias legislativas, administrativas, de fomento, de coordinación, etcétera. Hay disposiciones de las que derivan obligaciones precisas e incondicionales junto con otras que precisan desarrollo normativo por los Estados miembros. Las competencias legislativas no siempre habilitan a la CE para la adopción del mismo tipo de normas (en unos casos reglamentos, en otros directivas, etcétera).
- 3) Los Tratados constitutivos casi nunca delimitan con claridad suficiente el alcance de las competencias comunitarias, esto es, el ámbito reservado a la acción de la CE, por lo que es difusa la distinción entre competencias exclusivas y compartidas. En la aplicación del principio de subsidiariedad, las instituciones comunitarias gozan de un amplio margen de apreciación.
- 4) Cada base jurídica atribuye una competencia y además establece un procedimiento decisorio, resultando a la postre una multiplicidad de procedimientos decisorios que hacen oscuro el sistema: distintas instituciones para decidir, distintas reglas de votación. No existe correspondencia entre el procedimiento de decisión, los tipos

¹² A. TIZZANO, «Las competencias de la Comunidad», en *Treinta años de Derecho comunitario*, Bruselas: OPOCE, 1984, p. 46.

- de medidas a aprobar y la naturaleza de la competencia atribuida en cada caso, etcétera.
- 5) Gran confusión en lo que se refiere a la tipología de actos derivada en buena medida de la falta de delimitación entre el poder legislativo y el poder de ejecución normativo. El proceso legislativo comunitario a veces se agota con la aprobación de reglamentos y directivas, pero muchas veces se reclama la aprobación de medidas comunitarias de ejecución en forma de reglamentos, directivas y decisiones de ejecución. A veces el Consejo de la UE se reserva para sí mismo el poder de ejecución normativo; la Comisión Europea interviene sometida a distintos procedimientos de comitología; etcétera.
- 6) La articulación de las competencias derivada de la existencia de tres pilares: el comunitario o de integración y los dos pilares intergubernamentales que están muy poco justificados porque incluso a nivel comunitario, existen mecanismos puros de cooperación.¹³

El tercer rasgo resaltable es el nivel variable de las competencias comunitarias específicas en el tiempo, por lo que reina un gran *dinamismo*—*flexibilidad evolutiva*—. Las competencias varían igualmente con el tiempo. Así en un mismo sector, eran distintas antes y después del periodo de transición, e incluso, tras la finalización de éste, continúan cambiando en función del estado concreto de ejercicio de las mismas por parte de las instituciones comunitarias en cada momento.

La conjunción de estas notas particulares tiene como consecuencia práctica que el *perfil competencial comunitario sea irregular y discontinuo*, variando tanto la extensión como la intensidad de las competencias comunitarias, según los ámbitos considerados y según el momento en que se haga, en función de la intensidad de la actividad legislativa de la CE hasta ese momento, que enmaraña las competencias comunitarias y estatales en la mayoría de los sectores y multiplicando los problemas de delimitación. Y todo ello sin contar con el carácter irracional de algunas líneas de partición que se derivan de las reticencias y oposiciones estatales a ceder sus pode-

¹³ J. BITTERLICH y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., La delimitación de competencias entre la Unión y los Estados, con especial consideración al nivel regional, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics y Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2003 (europafutura.org, núm. 3), pp. 25 ss.

res en ámbitos que consideran vitales de la actividad económica y social.¹⁴ El modo de atribución de competencias específicas por las sucesivas reformas de los Tratados en otros sectores (como medio ambiente, investigación y desarrollo) de acuerdo con estos cánones no contribuye, precisamente, a clarificar el sistema competencial comunitario.

La complejidad, la oscuridad y la flexibilidad aparecen, así, como los tres ejes del sistema competencial de la CE por lo que respecta a su atribución, introduciendo una nota de incertidumbre ya que no se puede realizar una radiografía precisa de las competencias comunitarias en un contexto determinado, sino tan sólo una delimitación puramente provisional, a pesar de que se trata de una cuestión trascendental porque las cuestiones de competencias plantean cuestiones de poder que afectan más al ámbito político que al jurídico. 15 Y al no disponer la Comunidad de una competencia general, todo aquello que no entre dentro del ámbito de sus objetivos, todo lo que no le haya sido conferido, permanece dentro de la competencia estatal, es competencia residual de los Estados miembros. La delimitación de las competencias comunitarias se presenta, por estos motivos, como una tarea especialmente ardua, delicada y complicada. En contrapartida, las tres mismas características reseñadas son responsables, en buena medida, del éxito del proceso de integración al dotarlo de una capacidad de adaptación a las cambiantes necesidades históricas de la que habría carecido con una lista cerrada de competencias. Por lo que bien puede preconizarse que la indefinición del ámbito competencial es un rasgo característico querido por los Estados miembros para que la CE disponga de una cierta capacidad de acción a su favor.¹⁶

A mejorar este estado de cosas no ayudan los otros dos principios básicos que delimitan no la atribución, sino el ejercicio de las competencias comunitarias: la subsidiariedad y la proporcionalidad.

El principio de subsidiariedad limita el ejercicio de las competencias de la CE que sólo podrá actuar si los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados satisfactoriamente por los Estados miembros y puedan lograrse mejor a nivel comunitario debido a la dimensión o los efec-

¹⁴ G. ISAAC, Manual de Derecho comunitario general, 4ª ed., Barcelona: Ariel, 1997, p. 49.

¹⁵ J. BITTERLICH y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., La delimitación de competencias entre la Unión y los Estados, con especial consideración al nivel regional, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 69-70.

tos de la acción referida (artículo 5.2 del Tratado CE). Aplicable exclusivamente a nivel Estados miembros y Comunidad, este principio de naturaleza federal consagra la cercanía a los ciudadanos como criterio para la toma de decisiones en la CE, relegando la actuación comunitaria cuando los objetivos de la acción a emprender puedan ser alcanzados de manera suficiente en un nivel inferior de decisión.

En la práctica de las instituciones comunitarias, el test de subsidiariedad supone la concurrencia de un triple criterio: la eficacia, la necesidad y la supranacionalidad o transnacionalidad.¹⁷

Tal como ha sido consagrado por el artículo 5.2 del Tratado CE, su ámbito potencial de aplicación material es vastísimo, sólo quedan al margen de la aplicación de la subsidiariedad las competencias exclusivas de la CE. que son las menos (política comercial común, conservación de los recursos vivos del mar, política monetaria, etcétera). El resto de las competencias previstas por el Tratado CE son compartidas entre los Estados y la Comunidad, de manera que en una determinada materia ambos pueden actuar *a priori* (se habla también por ello de competencia paralela), si bien cabe distinguir que los Estados miembros pueden intervenir tras el ejercicio de la competencia por la CE, bajo condición de que respeten los objetivos de los Tratados y, por extensión, los actos institucionales adoptados para su consecución dado el deber de cooperación leal (competencias compartidas complementarias); o que los Estados tan sólo puedan actuar mientras y en la medida en que la Comunidad no haya ejercido completamente su competencia y, en cualquier caso, con su autorización o bajo su control y teniendo en cuenta igualmente las exigencias del principio de colaboración leal (competencia compartida concurrente). 18 Puede constatarse fácilmente que el sistema comunitario de competencias difiere bastante de la

¹⁷ Vid. especialmente la comunicación de la Comisión relativa al principio de subsidiariedad del 27 de octubre de 1992, SEC (92) 1990 final, y el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado de Ámsterdam, espec. puntos 5-6.

¹⁸ Existe una abundante literatura acerca de la clasificación de las competencias comunitarias, bien reflejada en la caracterización y criterios de distinción que llevan a cabo R. ALONSO GARCÍA y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, «Competencias de la Comunidad Europea y competencias de las Comunidades Autónomas», op. cit., pp. 32-35 (distinguiendo entre competencias exclusivas y compartidas de carácter concurrente y complementario) y J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, El sistema de competencias de la Comunidad Europea, op. cit., espec. pp. 105-106 y 151-163 (diferenciando las competencias exclusivas, las compartidas y las complementarias).

forma con que se reparten las competencias entre el Estado y las Autonomías en España.¹⁹

A su vez, el principio de proporcionalidad implica que ninguna acción de la Comunidad puede exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (artículo 5, párrafo 3, del Tratado CE). La subsidiariedad actúa como especie de rule of reason que justifica la necesidad de la intervención comunitaria, mientras la proporcionalidad determina la intensidad (el quantum) de la competencia comunitaria.

Fue señalado antes que la indeterminación del ámbito competencial de la CE es una característica voluntariamente buscada por sus fundadores a la hora de atribuirle sus competencias que han facilitado su adaptación a las circunstancias cambiantes de cada época. Este hecho explica igualmente que, cuando se trata de su ejercicio, las instituciones comunitarias gocen generalmente de un amplio margen discrecional a la hora de elegir el instrumento jurídico adecuado para cumplir su misión, toda vez que los Tratados no suelen imponer una forma jurídica determinada. Esta libertad permite modular mejor la intensidad normativa con la acción comunitaria, pero empleada sin rigor es susceptible de causar problemas de seguridad jurídica y de ahí que el poder discrecional de las Instituciones haya sido limitado por la necesidad de la acción comunitaria, la finalidad perseguida y el contenido del acto.

Así lo prevé el Protocolo relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, añadido por el Tratado de Ámsterdam, cuando enuncia que, al ejercer las competencias que le han sido conferidas, «cada institución debe garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad» y, cumpliéndose este requisito, están obligadas a elegir el acto más adecuado según el principio de proporcionalidad porque «ninguna acción de la Comunidad ha de exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado». Ello significa que «la forma de actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La

¹⁹ En nuestro país las dos tipologías más extendidas de clasificación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas son: a) competencias exclusivas, concurrentes, compartidas e integrativas; y b): competencias exclusivas, concurrentes, compartidas e indistintas (véanse estos y otros criterios en E. Albertí Rovira et alt., Manual de Dret públic de Catalunya, Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 190-192; C. VIVER PI-SUNYER, Materias competenciales y Tribunal Constitucional. La delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional, Barcelona: Ariel, 1989).

Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, es preferible la directiva al reglamento, y las directivas marco a las medidas detalladas».

Se aprecia fácilmente que la subsidiariedad y la proporcionalidad se configuran como límites a la actuación que las instituciones comunitarias podrían llevar a cabo con una interpretación generosa de los poderes de acción atribuidos. Otra cosa es la efectividad de estos principios, porque todavía no están claros del todo aspectos básicos como su alcance material, ni su dimensión temporal, ni los límites de su justiciabilidad, a pesar de que no se han escatimado esfuerzos para concretar estos aspectos en la doctrina²⁰ y por las instituciones comunitarias y el Consejo Europeo, inclusive introduciendo reglas orientativas al nivel del Derecho primario.²¹

Estos desvelos tienen su razón de ser porque, más allá de la pura cuestión competencial, *lo que está en juego es legislar mejor.*²² Mas no han evitado las fricciones entre la CE y sus Estados miembros que el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han tenido que resolver.²³ El Tribunal de Justicia ha tenido que precisar que el control del respeto de la subsidiariedad está circunscrito a los supuestos de error manifiesto en la apreciación, desviación de poder, clara extralimitación en la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias²⁴ y falta de motivación.²⁵ Por su parte, el

²⁰ Vid, por todos, A. G. TOTH, «Is the Subsidiarity Justiciable?», E.L.R., 1994-3, pp. 268-285.

²¹ Véase especialmente el documento aprobado por el Consejo Europeo de Edimburgo (11 y 12 de diciembre de 1992), titulado «Enfoque general de la aplicación por el Consejo del principio de subsidiariedad y del artículo 3 B del TUE», R.I.E., 1993, pp. 369 ss; el acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sobre los procedimientos para la aplicación del procedimiento de subsidiariedad, del 25 de octubre de 1993, D.O.C.E. núm. C 329, del 6 de diciembre de 1993; y el Protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

²² De conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la Comisión publica anualmente —si bien con retrasos considerables—informes titulados «legislar mejor», que contienen ejemplos de la aplicación de tales principios. Vid., por ejemplo, el apartado 3 del 11 informe de la Comisión, Legislar mejor, 2003, del 12 de diciembre de 2003, COM (2003) 770 final.

²³ Véase en general sobre el tema, A. ESTELLA DE NORIEGA, «La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3 B.2 del tratado de la Comunidad Europea», R.E.D.A., núm. 101, 1999, pp. 71-98; E. T. SWAINE, «Subsidiarity and Self Interest: Federalism in the European Court of Justice», H.I.L.J., vol. 41, 2000-1, pp. 1-128.

²⁴ STJCE del 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94, Reino Unido c./ Consejo, Rec. 1996, p. I/5755.

²⁵ STJCE del 13 de mayo de 1997, asunto C-233/94, Alemania c./ Parlamento Europeo y Consejo Rec. 1997, p. I/2405 s.

Tribunal de Primera Instancia ha indicado que la proporcionalidad constituye un principio de Derecho comunitario en cuya virtud, «los actos de las instituciones comunitarias no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la medida de que se trate, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos gravosa» y «las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con arreglo a los objetivos perseguidos». Lo que implica que el principio de proporcionalidad es también justiciable, a pesar de que otorgue un amplio margen de apreciación a las instituciones. 27

2 · La extensión de las obligaciones de los estados miembros (y, por vía de consecuencia, de sus entes regionales) tras el ejercicio de las competencias de la Comunidad Europea

Es frecuente en la doctrina referirse a la *vis expansiva* de las competencias de la CE para llamar la atención respecto a que el proceso comunitario de integración posee un carácter tan dinámico y evolutivo que sus objetivos y sus potencialidades no pueden conseguirse completamente con arreglo a las competencias de atribución expresas (las bases jurídicas concretas). Consecuentemente, es preciso recurrir a diversos mecanismos de expansión de las competencias comunitarias.

Algunos fueron establecidos expresamente por los padres fundadores para los casos en que no se hubiera previsto específicamente una competencia comunitaria, o esta fuera insuficiente, como es el caso de los artículos 94 y 95 del Tratado CE (aproximación de legislaciones) y, sobre todo, el artículo 308 (competencias subsidiarias). En estos casos, la competencia comunitaria ya existe pero no es expresa, dada la falta de base jurídica concreta para llegar a cabo una actuación determinada. Otros supuestos resultan de la práctica, como es la doctrina de los poderes implícitos, en que la competencia comunitaria no está prevista pero es imprescindible para que una competencia específica tenga efecto útil.

Aunque con diferente intensidad, en estos tres supuestos la CE ha expandido su competencia para poder cumplir sus objetivos, pudiendo incluso

²⁶ STPI del 1 de diciembre de 1999, asuntos T-125 y 152/96, *Boehringer, Rec.* 1999, p. II/3427.

decirse, en algunos casos, que ha llegado a ejercer competencias novedosas visto el ámbito y la intensidad de la acción comunitaria.

Se trata pues, de *competencias que no aparecen recogidas específica- mente en el Tratado CE pero que son necesarias para el buen desenvolvi- miento de sus cometidos*. Conviene insistir en que los propios Estados miembros así lo han querido, en la medida en que redactaron los Tratados en términos de objetivos a alcanzar, funciones a cumplir, y ellos mismos previeron algunos mecanismos de adaptación de la competencia específica a la misión de la Comunidad.

Frente a estos casos de expansión de las competencias comunitarias, se ubican otros en los que igualmente se produce una extensión de las obligaciones de los Estados miembros en relación con la CE, pero con la diferencia de que, realmente, no se produce una expansión de sus competencias, sino *una mera limitación de la capacidad de actuación de los Estados miembros tras el ejercicio de la competencia comunitaria*. Por más que, en ocasiones, llegue a incidir en ámbitos de competencia estatal, inclusive insospechados cuando se celebraron los Tratados constitutivos, la competencia comunitaria ya existe y lo que hace la CE es ejercerla, sin que se produzca una ampliación de la misma. Sucede básicamente a resultas de la aplicación de la doctrina de la *preemption* en los ámbitos de competencia concurrente y de los principios estructurales de la Unión.

2.1 · La fuerza expansiva de las competencias de la Comunidad Europea

Las insuficiencias de las competencias expresas para conseguir los objetivos de la CE se afrontan fundamentalmente con los poderes implícitos, las competencias subsidiarias y la aproximación de legislaciones, haciendo así posible la adaptación del derecho a la evolución continua de la Organización y el entorno en el que se desenvuelve.

2.1.1 · Las competencias implícitas y las competencias subsidiarias (artículo 308 del Tratado CE)

Las competencias implícitas y las subsidiarias son dos cauces que sirven para el desarrollo y extensión de las competencias comunitarias y cuya

razón de ser común estriba en la percepción de que la atribución de competencias en forma de poderes específicos puede obstaculizar, cuando no impedir, a la CE alcanzar plenamente sus fines. Así pues, *ambas contribuyen a una completa realización de las tareas comunitarias*. Pese a esta característica común, se trata de dos tipos de competencias distintas aun cuando en la práctica su aplicación haya originado problemas de delimitación.²⁸

La teoría de los poderes implícitos supone el reconocimiento de competencias no previstas (no escritas) de las que puede disponer la Comunidad para facilitar el ejercicio razonable de las competencias expresamente enumeradas, a fin de que éstas tengan efecto útil. *Grosso modo*, equivalen a la *necessary and proper clause* del derecho estadounidense (sentencia *McCullock v. Maryland* del Tribunal Supremo, de 1819) y los *implied powers* en el Derecho internacional (dictamen sobre daños sufridos por agentes al servicio de Naciones Unidas del Tribunal Internacional de Justicia, de 11 de abril de 1949).

Cabe citar, a modo de ejemplo, el primer uso de esta teoría en el ámbito de las CE, por la sentencia *Fedechar* del Tribunal de Justicia, de 29 de noviembre de 1956 (asunto 8/55). El Tribunal reconoció, sin recurrir al artículo 95 del Tratado CECA (que se corresponde con el artículo 308 del Tratado CE) que el poder de adoptar ciertas medidas al objeto de asegurar la bajada de los precios del carbón belga conferido a la Alta Autoridad por el parágrafo 26 de la Convención relativa a las disposiciones transitorias, implicaba necesariamente el de fijar dichos precios pese a que las disposiciones transitorias nada decían al respecto. El razonamiento de la jurisdicción comunitaria es sumamente expresivo: «se trata en el caso de autos de un poder sin el cual (...) la perecuación no puede funcionar de acuerdo con la intención del parágrafo 26 de la Convención, es decir, sobre la base de una bajada de precios inmediata y asegurada (...) es lícito, sin librarse a una interpretación extensiva, aplicar una regla de interpretación generalmente admitida tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional y según la cual las normas establecidas por un Tratado internacional o por una ley implican las normas sin las cuales las primeras no tendrían sentido o no permitirían una aplicación razonable y útil».

²⁸ Véase para mayores detalles de lo que sigue, G. CEREXHE, Les compétences implicites et leur application en droit belge, Bruselas: Bruylant, 1989; G. OLMI, «La place de l'article 235 CEE dans le système des attributions de compétence à la communauté», en Mélanges offerts à F. DEHOUSSE, tomo II, París: Nathan y Bruselas: Labor, 1979, pp. 325-349.

Por tanto puede afirmarse que la doctrina de los *implied powers* aplicada en la CE permite la extensión de sus competencias sin que una competencia precisa haya sido directamente atribuida en los Tratados, y ello se justifica por la relación funcional que mantiene la competencia no mencionada con las expresamente enumeradas. Esta relación funcional supone la existencia de un vínculo de necesidad razonable entre lo expresamente previsto y lo que es indispensable para lograrlo. El Tribunal de Justicia así lo reconoce cuando, en el dictamen 2/94 sobre la adhesión de la CE al Convenio Europeo de Derechos del Humanos, confirma que en ausencia de una base jurídica, la técnica de las competencias implícitas no puede servir para crear competencias *ex novo*, basadas exclusivamente en los objetivos previstos por el Tratado (la excepción es el artículo 308, que como tal es una base jurídica). Lo que a la postre significa que el principio de atribución de competencias sigue siendo eficaz porque con las competencias implícitas se hace útil lo expresamente previsto.

El uso de la teoría de las competencias implícitas dentro de la UE no es de amplio espectro tal como ha refrendado el Tribunal de Justicia en una relativamente parca jurisprudencia.²⁹ Probablemente la manifestación más significativa y evolutiva de las competencias implícitas se ha producido en materia de relaciones exteriores, dando lugar a la conocida teoría del paralelismo de las competencias internas y externas. La sentencia open sky del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002 (asunto C-467/98) en relación con determinados acuerdos internacionales regulatorios del tráfico aéreo, confirma la vigencia de esta teoría en el ámbito comunitario al recordar que la competencia comunitaria no sólo puede resultar de una atribución expresa del Tratado, sino que también puede derivarse de manera implícita de las disposiciones de éste. Y el Tratado Constitucional corrobora que el paralelismo de competencias internas y externas y por ende, la teoría de los poderes implícitos, sigue vigente en su artículo I-13.2, al señalar que la UE dispondrá de competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales cuando dicha celebración sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes (efecto AETR).

²⁹ Vid. sobre el tema, N. EMILIOU, «Implied Powers and the Legal Basis of Community Measures», E.L.R., 1993, pp. 138-144; R. KOVAR, «Les compétences implicites: jurisprudence de la Cour et pratique communautaire», en J. P. Demaret. (Dir.), Les rélations extérieures des Communautés Européennes et marché interieur: Aspects juridiques et fonctionels, Bruselas: Storia et Scientia, 1988, pp. 15-36.

Los Tratados contienen otra válvula de escape a las deficiencias de las competencias expresas al permitir en el artículo 308 del Tratado CE (antiguo artículo 235 del Tratado CEE) la extensión de la competencia específica hasta los límites de los objetivos generales de los artículos preliminares, de tal suerte que pueden coincidir la competencia funcional expresada en atribuciones concretas y la competencia material marcada por la especialidad de la Comunidad. Naturalmente ello le permite adaptar sus poderes de acción a las exigencias de cada época, si bien esta actuación en ámbitos no previstos inicialmente se realiza con carácter subsidiario ya que el artículo 308 sólo puede invocarse cuando no existe base jurídica o ésta es incompleta.³⁰

Distinto del artículo 308 es el artículo 6.4 del Tratado UE (la UE se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y llevar a cabo sus políticas), que no es un mecanismo adecuado para fundamentar una expansión de las competencias de la UE; tan sólo es un compromiso de la UE y de sus Estados miembros en poner todo su empeño para realizar los objetivos de los Tratados. Y se diferencia también del artículo 43 del Tratado UE que simplemente establece un mecanismo de atribución de competencias a la UE al señalar una pasarela para que las acciones intergubernamentales contempladas en el artículo 29 queden incluidas en el pilar comunitario (título IV).

Dado que el artículo 308 del Tratado CE encierra en sí mismo el germen de su revisión, para su utilización se deben cumplir ciertas condiciones; tres positivas y una negativa. Las condiciones positivas son: 1) que la acción proyectada tienda a realizar uno de los objetivos de la Comunidad; 2) que se sitúe dentro del marco del funcionamiento del mercado común; 3) que sea necesaria. La condición negativa es que el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto. Nótese, con carácter general, que estamos en presencia de *una válvula de escape de amplio alcance* porque es fácil razonar que la acción proyectada tiende a realizar un objetivo de la Comunidad. A fin de cuentas, existe toda una gama de objetivos de la CE de carácter ético, político y socioeconómico: unión más

³⁰ J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES (El sistema de competencias de la Comunidad Europea, op. cit., pp. 28 y 214) afirma en este sentido que el artículo 308 modula el principio de competencia de atribución para que la Unión pueda, teniendo en cuenta sus objetivos generales, ejercer competencias no previstas, actuando en ámbitos no previstos, porque es imposible prever expresamente todas las competencias.

estrecha entre los pueblos, desarrollo armonioso de las actividades económicas, elevación del nivel de vida, alto nivel de empleo...

Si conjuntamos todos los límites se puede afirmar que *la única fronte-* ra infranqueable por el artículo 308 del Tratado CE es, en principio, la especialidad socioeconómica de la Comunidad. Todas las medidas que se sitúen en un contexto económico, entendido en su acepción más amplia y comprensiva de los aspectos sociales vinculados directa o indirectamente a este contexto, entran dentro de su ámbito potencial de aplicación. Al contrario, sólo las acciones que no tengan estos rasgos, como las que afecten a cuestiones puramente de defensa o penales, serían inadmisibles, porque implicarían una revisión del Tratado.³¹

He aquí las causas de que el artículo 308 haya tenido una vida fecunda, ya que ha proporcionado el soporte jurídico a acciones tan dispares entre sí como la creación de nuevos órganos (como el FECOM), la conclusión de acuerdos internacionales (como el acuerdo concluido por la CEE con los países andinos en 1984) y la puesta en marcha de nuevos mecanismos de financiación (como el NIC). En ocasiones su repercusión ha sido mucho más intensa porque ha servido en el pasado incluso para crear políticas comunitarias complementarias nuevas, hoy en día recogidas por el Tratado CE, como la política de medio ambiente y la política de protección de los consumidores.

Igualmente, por ello se pueden comprender las reacciones judiciales contrarias a este precepto³² así como las propuestas para su derogación planteadas por instancias políticas estatales y regionales con ocasión de las últimas conferencias intergubernamentales para la reforma de los Tratados, al ver en el artículo 308 del Tratado CE una vía que socava las competencias nacionales debido a su utilización abusiva por el Consejo de la UE, a

³¹ El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia alude a ello cuando menciona un límite infranqueable para la ampliación de competencias ex artículo 308, ya que no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado CE sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo.

³² Vid. especialmente la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 12 de octubre de 1993, sobre la compatibilidad del Tratado de Maastricht, con comentario de T. STEIN, «La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht», R.I.E., 1994-3, pp. 745-769; y la sentencia del Tribunal Supremo danés del 6 de abril de 1998, con comentario de P. Dyrberg, «La Constitución danesa y la Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés del 6 de abril de 1998», R.D.C.E., 1998-4, pp. 573-590. Ambos tribunales critican el uso (abusivo en su opinión) del artículo 235 por las instituciones de la Comunidad y recalcan su derecho a controlar el principio de competencia de atribución.

pesar de lo cual, el Tratado constitucional mantiene esta válvula de escape, si bien con reformas, como se expone después.

2.1.2 · La aproximación de legislaciones para la consecución del mercado interior (artículos 94 y 95 del Tratado CE)

Los artículos 94 y 95 del Tratado CE se encuentran en estrecha relación con el artículo 308: de acuerdo con la doctrina atribuyen una competencia específica sobre la base principalmente de que se corresponde con uno de los objetivos comunitarios intermedios consignados en el artículo 3 («la aproximación de legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común»). Otras características comparables entre estos preceptos son que la competencia es expresa y no precisada (el contenido de derecho material no vinculado a ámbito alguno concreto). Su finalidad es parecida: armonizar toda disposición legislativa, reglamentaria o administrativa, que pueda incidir en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Y su potencialidad para la extensión de los ámbitos materiales de la Comunidad es también similar, pudiendo inclusive, en algunos aspectos, ir más allá al no estar circunscrito a una materia precisa sino que permite armonizar toda «norma» nacional que pueda incidir de modo directo en «el establecimiento o funcionamiento del mercado común». Es de posible aplicación a normativas nacionales de diversa naturaleza: técnicas, fiscales, sociales, alimenticias, educativas, penales, etcétera.33

Los artículos 94 y 95 del Tratado CE están impregnados de una orientación marcadamente funcional (cuando sea necesario armonizar toda disposición legislativa, reglamentaria o administrativa nacional que pueda incidir en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común), por lo que produce *una indeterminación excesiva de las competencias de aproximación de legislaciones atribuidas a la CE*. Lo que quiere decir que ámbitos materiales, en principio externos al Tratado, pueden ser objeto de regulación (indirecta) comunitaria en virtud de estos preceptos.

³³ Vid. en general sobre el tema, W. VAN GERVEN, «Harmonization Within and Beyond», en M. VAN EMPEL (Ed.), From Paris to Nice. Fifty Years of Legal Integration in Europe. International Pallas Conference, Nijmegen, May 24, 2002, La Haya: Kluwer, 2003, pp. 1-14.

Por eso no faltan autores para quienes estos preceptos suponen cláusulas de apoderamiento de competencias,³⁴ mientras que otros autores lo niegan pero admiten que se trata de una competencia expresa de la CE que deja un margen discrecional relevante al legislador comunitario, lo que ha permitido la intervención de la CE en ámbitos materiales que probablemente no habían sido previstos por los redactores de su Tratado constitutivo.³⁵ Por ejemplo, en materia medioambiental y de protección de los consumidores que sólo a partir del Acta Única Europea fueron expresamente introducidas dentro de las competencias específicas del Tratado CE.

Un ejemplo de actualidad sirve para ilustrar el uso de estos preceptos. La Directiva 2003/55/CE fue aprobada el 26 de junio de 2003 por el Parlamento Europeo y el Consejo para establecer normas comunes para el mercado interior del gas natural. La base jurídica es múltiple: los artículos 47.2, 55 y 95 del Tratado CE. Sin embargo, este último precepto es el fundamento real de su aprobación, toda vez que no se menciona expresamente el sector energético en la redacción de los otros dos artículos en el Tratado CE. En efecto, el artículo 47 se refiere exclusivamente a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas que se aprobará por unanimidad cuando se aprueben directivas que impliquen la modificación de los principios legales vigentes, relativos al régimen de las profesiones por lo que se refiere a la formación y las condiciones de acceso a ellas de las personas físicas; y el artículo 55 se limita a decir que las disposiciones de la libertad de establecimiento son aplicables a la prestación de servicios.

Y sólo si se mira atentamente en otras partes del Tratado CE, se hallarán menciones incidentales a la energía: 1) el artículo 3.u que prevé que la CE adoptará medidas en el ámbito de la energía para alcanzar los objetivos generales del artículo 3; 2) el artículo 175.2 que establece que en el ámbito de la política medioambiental, el Consejo de la UE aprobará medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético; y, finalmente, 3) el artículo 155 que contempla

³⁴ R. Alonso García, *Derecho comunitario*. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea, Madrid: CEURA, 1994, pp. 529 ss.

³⁵ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, op. cit., pp. 51-55.

acciones de fomento de la UE para la creación de redes transeuropeas en el sector de la energía, favoreciendo la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales y el acceso a las mismas.

Ello significa que, basándose en el artículo 95 del Tratado CE (aproximación de legislaciones en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común) se adoptan normas comunes para crear un mercado interior del gas natural en el que esté garantizado su transporte, distribución, suministro y almacenamiento. A pesar de que se trata de una materia (energía) que sólo muy indirectamente aparece mencionada en el Tratado y que estas normas comunes entrañan necesariamente una modificación de las disposiciones legales y reglamentarias nacionales en este ámbito y en otros conexos, como la competencia, las libertades de circulación de factores productivos y el medio ambiente.

Como apunte adicional, la Directiva 2003/55/CE es una de las normas jurídicas que están en el punto de mira de las autoridades nacionales y comunitarias en relación con la doble oferta pública de adquisición de acciones sobre la empresa Endesa, primero de Gas Natural y después de EoN. Diversos contactos a nivel gubernamental más elevado y los reiterados toques de atención de la Comisión Europea, incluida la decisión de 26 de septiembre de 2006 que declara contrarias al Derecho comunitario las condiciones a la OPA de EoN impuestas por la Comisión Nacional de la Energía, están surtiendo efecto y se espera un final razonable de esta embrollada situación en un futuro no lejano.

Cabe incidir en el recurso frecuente a los artículos 94 y 95 del Tratado CE para la aprobación de normas comunitarias hasta el extremo de que entre un 25% y un 33% de las directivas encuentran su base jurídica en ellos.³⁶ A pesar de que en las sucesivas reformas de los Tratados se han introducido bases jurídicas específicas para permitir a la Comunidad actuar en la mayoría de los ámbitos materiales que, en el pasado, sólo quedaban vinculados al Derecho comunitario por la vía de aquéllos preceptos.

Quizás por este motivo el Tribunal de Justicia se ha mostrado más riguroso en los últimos años a la hora de apreciar la conexión de las normas de

³⁶ A modo de ejemplo, los artículos 94 y 95 fueron invocados en 13 directivas de las 40 aprobadas en 1999, en 13 de las 49 directivas de 2000 y en 17 de las 59 directivas de 2001 (datos tomados de J. M. PÉREZ MEDINA, «La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos: visión desde la administración General del Estado», en D. J. LIÑÁN HOGUERAS (Dir.), La reforma de la relimitación competencial en la futura Unión Europea, Granada: Universidad de Granada, 2003, p. 226).

armonización con la construcción del mercado interior. Así, en su sentencia *publicidad del tabaco*, de 5 de octubre de 2000 (asunto C-376/98), anuló la Directiva 98/43/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos de tabaco, basada en consideraciones de mercado interior por cuanto su fundamento debía haber sido la salud pública.³⁷

2.2 · La limitación de la capacidad de actuación de los Estados miembros en los ámbitos competenciales nacionales

A diferencia de los casos anteriores, aquí se trata tan sólo de las consecuencias inesperadas de la obligación de respetar lo decidido por la CE en el ejercicio de sus competencias previstas.

2.2.1 · La preemption (en los ámbitos de competencias concurrentes)

Dado el peculiar sistema de atribución de competencias a la CE, por lo general existe una partición o reparto competencial entre ella y los Estados miembros sin excluir incursiones recíprocas. De ahí que se distinga entre competencias reservadas a los Estados miembros, las competencias compartidas (concurrentes y complementarias) y las competencias exclusivas de la CE, con el significado y las consecuencias expuestas en el apartado anterior.

En los ámbitos de competencia (compartida) concurrente de la CE juega su papel la teoría de la *preemption* (*ocupación del terreno*) para, como regla, desplazar la competencia nacional en relación con los aspectos reglamentados por el legislador comunitario (efecto desplazamiento). Desplazamiento que implica adicionalmente la pérdida de toda capacidad de actuación en el sector objeto de la competencia concurrente cuando la norma comunitaria lo regula completamente (efecto preclusión). Por vía de con-

³⁷ Vid. su comentario en J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario: la difícil cohabitación entre las competencias de mercado único y de salud pública. Comentario a la sentencia del TJCE del 5 de octubre de 2000, Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo, C-376/98», G. J. de la U.E., núm. 213, 2001, pp. 75-89.

secuencia, queda excluida la aplicación de la norma nacional que entra en un ámbito de competencia concurrente ejercitado por la CE (efecto inaplicación) salvo que medie autorización comunitaria para la intervención estatal y ésta respete las normas comunitarias vigentes y los objetivos de los Tratados.³⁸

La teoría de la *preemption* ha sido criticada doctrinalmente y a nivel político estatal y regional, denunciándose que su efecto centralizador puede llegar a convertir en competencias exclusivas del poder europeo algunas que en el Derecho originario figuran como concurrentes. Con todo, coincidimos con quienes aseveran que es una consecuencia natural del mecanismo de distribución de poder entre el poder europeo y los poderes nacionales que han facilitado el desarrollo armonioso de las competencias comunitarias y ha evitado numerosas lagunas que se habrían producido si la CE hubiera pretendido ejercer plenamente sus competencias desde el principio. Porque si la Comunidad desplaza una competencia estatal es porque esa competencia le corresponde ya que le ha sido atribuida por el Tratado CE. Y lo que realmente permite este principio es evitar la rígida exclusión *ab initio* de cualquier competencia estatal en los ámbitos de potencial competencia comunitaria concurrente.³⁹

De lo anterior se infiere que *el problema no está en la doctrina de la preemption en sí misma, sino en las consecuencias que se pueden derivar de su aplicación en la medida en que la aprobación de un acto comunitario derive de una interpretación extensiva de una base jurídica concreta.* Valga, como ejemplo, la interpretación extensiva del artículo 137.2 del Tratado CE que llevó al Parlamento Europeo y el Consejo a aprobar la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre de 2002, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Sorprendentemente, la base jurídica sólo se refiere a la mejora de las condiciones de

³⁸ Véase en general sobre la doctrina de la preemption, y su distinción con figuras parecidas como la jerarquía, la prevalencia y la competencia, E. CROSS, «Preemption of Member States Law in the European Economic Community. A Framework for Anaylisis», C.M.L.Rev., núm. 29, 1992, pp. 447-472; M. WAELBROECK, «The Emergent doctrine of Community Preemption. Consent and Delegation», en T. SANDALOW y E. STEIN, Courts and Free Markets. Perspectives from USA and Europe, Oxford: Oxford University Press, 1982, pp. 548-580.

³⁹ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, op. cit., pp. 58-59. Este autor cita a D. CHALMERS (et alt., European Union Law, Aldershot, 1998, pp. 236-244) para un resumen de la polémica que ha suscitado el principio de la preemption.

trabajo y, sin embargo, de la actuación comunitaria se derivan consecuencias importantes para los Estados miembros que deben respetar el terreno ocupado por las instituciones comunitarias en relación no sólo con las condiciones de trabajo sino también con determinados aspectos de los procedimientos de insolvencia de los empresarios en los Estados miembros que la directiva regula. Y adviértase que de un ámbito laboral en el que se reconoce expresamente la competencia comunitaria, se ha pasado sin solución de continuidad a uno puramente mercantil que no está expresamente reconocido como competencia de la Unión, 40 expandiéndose de este modo la competencia comunitaria (que tendrá carácter de competencia concurrente, además, en tanto derivada de la política social que posee esta naturaleza y cuyo efecto útil garantiza), con el condicionamiento subsiguiente de las competencias de los Estados miembros.

Los problemas se multiplican si además las normas de la CE contienen una regulación prolija del tema que deja un margen estrecho para la intervención interna, sea estatal y/o regional. Es el caso de los reglamentos sobre las organizaciones comunes de mercado (cereales, carne porcina, vino, etcétera, de gran repercusión para las Comunidades Autónomas españolas), ya que regulan cuestiones de comercio exterior, aspectos sanitarios, el régimen de producción y comercialización de bienes agrícolas, y su protección mediante indicaciones de origen u otras formas, etcétera...⁴¹

En la misma línea se puede inscribir la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a los servicios en el mercado interior del 13 de enero de 2004, más conocida como *directiva Bolkenstein*, que ha originado tantas controversias a nivel social y político, que estará muy descafei-

⁴⁰ El artículo 44, apartado 2, letra g) del Tratado CE establece la coordinación de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros. Pero no es aplicable para fundar la aprobación de normas sobre insolvencia empresarial porque no afecta a la creación y funcionamiento de sociedades, esto es, a la libertad de establecimiento, sino a su extinción.

⁴¹ Así, el artículo 1 del Reglamento (CE) 1493/1999 del Consejo del 17 de mayo de 1999 por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola (DO L 179 de 14.7.1999, p. 1) declara que «la organización común del mercado vitivinícola comprende normas para regular el potencial de producción de vino, los mecanismos de mercado, las agrupaciones de productores y las organizaciones sectoriales, las prácticas y tratamientos enológicos, la designación, la denominación, la presentación y la protección de los productos, los vinos de calidad producidos en regiones determinadas (V.C.P.R.D.) y el comercio con terceros países».

nado el texto que finalmente pueda llegar a aprobarse. ⁴² A priori esta propuesta regula sólo el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en el mercado interior. Pero su influencia se deja sentir en ámbitos conexos (y no tanto), como los derechos de los consumidores, la organización de la administración nacional, la política nacional de empleo, la cooperación y asistencia recíproca entre administraciones nacionales, etcétera.

En contrapartida a lo anterior, el principio de la ocupación del terreno se ha revelado fructífero para salvaguardar las competencias comunitarias. Ello explica que haya sido objeto de consagración expresa por el Tratado constitucional, cuyo artículo I-12.2 lo enuncia como principio aplicable a las competencias compartidas concurrentes en general, al señalar que «los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la UE no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla». Y los apartados 3 y 4 del artículo I-14 excluyen su aplicación en determinados ámbitos de competencia compartida concurrente como son la investigación y el desarrollo tecnológico, el espacio, la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria.

2.2.2 · Los principios estructurales del Derecho comunitario

Una de las consecuencias más visibles de la integración europea es la exigencia impuesta a los Estados miembros de que respeten los principios fundamentales del Derecho comunitario en el ejercicio de las competencias no transferidas. Esta obligación puede conllevar limitaciones que no habían sido previstas por sus fundadores, que pueden resultar especialmente delicadas cuando, como a veces ocurre, *se producen en el marco de competencias estatales cercanas al núcleo de la soberanía del Estado* como son la fiscalidad directa, el derecho penal, el régimen de trabajo de los nacionales de terceros Estados, la transmisión del régimen de propiedad de las privatizaciones de empresas públicas o inclusive el ejército nacional. A la postre, lo que plantea es que no hay ningún núcleo de la soberanía estatal que pueda ser invocada frente a la Comunidad o, lo que es lo mismo, que el Derecho comunitario no admite la noción de competencia nacional exclusiva. 43

⁴² Vid. el texto en COM (2004) 2 Final. Y para su iter legislativo, http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=188810

⁴³ Vid. para mayores detalles, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, op. cit., pp. 32 y 59-63.

Por ejemplo, en relación con el ejército nacional, la sentencia Kreil del Tribunal de Justicia del 11 de enero de 2000 (asunto C-295/98) es esclarecedora. Una ciudadana alemana quería ocupar un puesto de trabajo que conllevaba el empleo de armas en el ejército alemán a pesar de que la Constitución alemana establece, en su artículo 12 A, que las mujeres no pueden en ningún caso prestar un servicio con armas. El Tribunal de Justicia parte de que la defensa nacional es una competencia estatal, si bien indica a continuación que los Estados miembros deben ejercer sus competencias respetando el Derecho comunitario. En consecuencia, «no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública (...). Reconocer la existencia de tal reserva podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario». De manera que se había producido una violación de la Directiva 76/207/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y muieres en el ámbito laboral, que la Ley Fundamental alemana no podía subsanar.44

La sentencia *Marks & Spencer* del 13 diciembre de 2005 (asunto C-446/03) constituye otro caso revelador. El Tribunal de Justicia considera que las autoridades británicas no pueden excluir con carácter absoluto la posibilidad de que sus empresas puedan deducir del beneficio obtenido en territorio británico las pérdidas que hayan sufrido sus filiales establecidas en otros Estados miembros. ⁴⁵ A pesar de que la competencia comunitaria sobre la fiscalidad directa es sumamente limitada, el derecho de establecimiento prohíbe esta legislación nacional, en tanto contraria a lo que disponen los artículos 43 y 48 del Tratado CE.

⁴⁴ Véase su comentario en M. A. MARTÍN VIDA, «La reforma del artículo 12 A de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia Kreil del TJCE», Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 1, 2004, pp. 357-382.

⁴⁵ Textualmente, la parte dispositiva reza: «los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste».

Finalmente, diversas sentencias del Tribunal de Justicia establecen que la CE puede imponer a los Estados miembros que instauren sanciones penales en una serie de campos, como el medio ambiente, los consumidores, la agricultura y la competencia, cuando es sabido que la competencia penal sigue siendo —salvo excepción— *domaine réservé* de los Estados. Y declaran el incumplimiento de los Estados miembros que no han adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para la ejecución de las normas comunitarias que prevén estas sanciones. 46

Afectando directamente a los entes regionales y locales cabe mencionar la sentencia *Parking Brixer* del 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03). El Tribunal de Justicia declara que «pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad». Y, a continuación, juzga que la adjudicación de un contrato de concesión de gestión de un servicio público (en el caso de autos, un aparcamiento público de pago en un ayuntamiento en el norte de Italia) tiene que ser siempre objeto de una licitación pública previa para que no resulten vulnerados los artículos 43 CE y 49 CE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Se recorta así de manera significativa el poder de decisión de los ayuntamientos en materia de servicios públicos.

Los principios estructurales del Derecho comunitario están teniendo igualmente una incidencia importante fuera del mercado interior y las cuatro libertades de circulación que lo rigen que constituyen su espacio natural. Basta con indicar que *el principio de no discriminación por razón de nacionalidad está repercutiendo en el ámbito del derecho civil de las personas y la familia en los Estados miembros en cuestiones como el cambio de sexo y apellidos, la doble nacionalidad, la discriminación inversa*, etcétera.⁴⁷

⁴⁶ Así, STJCE del 2 de octubre de 2003, C-322/00, *Comisión c. Países Bajos*, *Rec.* 2003, p. I/11267, en materia medioambiental y consumidores.

⁴⁷ Vid. sobre el tema, M. GARDEÑES SANTIAGO, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona», G.J.. de la U.E., núm. 230, 2004, pp. 19-26; J. D. JANER TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», R.D.C.E., núm. 14, 2003, pp. 305-320; A. QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)», R.D.C.E., núm. 18, 2004, pp. 507-529.

Así las cosas, puede comprenderse la preocupación de los Estados miembros y de las entidades regionales con competencias legislativas por evitar excesos en estas zonas grises de frontera entre el Derecho comunitario y el derecho nacional. Se volverá después sobre esta cuestión.

3 · La codificación de las competencias de la Unión Europea llevada a cabo por el Tratado Constitucional, ¿valdrá para algo realmente?

3.1 · La vigilancia por el Tribunal de Justicia del ejercicio de las competencias comunitarias

La liberalidad con que en el pasado las instituciones decisorias comunitarias interpretaron el Tratado CE a la hora de ejercer sus poderes de acción provocó la impresión de que regía el principio de que aquí valía todo, de tal suerte que podían invadir ámbitos competenciales nacionales cada vez que les diera la gana. Valgan como ejemplo, los actos comunitarios expuestos en los apartados precedentes. El Tribunal de Justicia no fue ajeno a este fenómeno ya que avaló con frecuencia las actuaciones amplias del legislador europeo y él mismo brindó interpretaciones extensivas de las competencias comunitarias, especialmente cada vez que lo que estaba en juego era la consolidación del proceso de integración, empleando argumentos *pro communitate* que merecieron justamente una dura crítica.⁴⁸

Así, la interpretación *ex* artículo 30 del Tratado CEE (actual artículo 28 del Tratado CE) relativo a la noción de medida de efecto equivalente en el marco de la libre circulación de mercancías, le llevó a considerar contrarias al Derecho comunitario normativas nacionales —estatales y regionales— que no tenían el menor efecto proteccionista y, por lo tanto, no eran restrictivas de la libre circulación de mercancías. La excusa de salvaguardar los objetivos de la integración coartó la libertad de reglamentación nacional de los mercados hasta un extremo innecesario. Es lo que sucedió, por ejemplo, al calificar como medida de efecto equivalente la prohibición existente en Francia de comercializar películas de vídeo hasta que transcu-

⁴⁸ Se ha llegado a acusar al Tribunal de Justicia de haber demolido el principio de atribución de competencias con sus interpretaciones de las competencias comunitarias (J. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bolonia: Il Mulino, 1985, p. 115).

rriese un año desde el comienzo de su proyección en salas de cine, al objeto de proteger a la industria cinematográfica nacional y extranjera (sentencia *Cinethèque* del 17 de julio de 1985, asuntos 60/84 y 61/84).

Hoy en día con las sentencias Keck y Mithouard del 24 de noviembre de 1993 (asunto C-267/91) y otras posteriores, la jurisprudencia comunitaria está más acertada en este tema⁴⁹ que en otros que podrían mencionarse porque, por lo general, la jurisprudencia comunitaria se presenta más equilibrada. Ciertamente el Tribunal de Justicia vigila las intromisiones de los Estados miembros en los ámbitos competenciales de la CE a la vez que lleva a cabo simultáneamente una eficaz defensa de las competencias nacionales en otros casos, adoptando una posición de self restraint que casa mejor con el principio de la especialidad de la Comunidad, controlando con mayor rigor la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, interpretando menos restrictivamente las excepciones a la libre circulación, vigilando atentamente para que se cumplan estrictamente las condiciones para la aplicación de los artículos 94, 95 y 308 del Tratado CE, etcétera. Ello significa que en la labor del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional comunitario está comprendida igualmente la defensa de las competencias nacionales frente a las injerencias de las instituciones comunitarias.50

Para demostrar que hoy en día el Tribunal de Justicia no sólo vela por el interés comunitario, sino que se encarga también de preservar las competencias nacionales, cabe mencionar la sentencia *Alemania c. Parlamento y Consejo* del 5 de diciembre de 2000 (asunto C-376/98). Estaba en juego la Directiva 98/43/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos de tabaco. El Tribunal de Justicia dio la razón al Estado miembro demandante respecto a la impropiedad de las bases jurídicas escogidas para llevar a cabo una acción comunitaria en esta materia ya que se había basado en consideraciones de mercado interior cuando debía haberlo sido sobre la base jurídica de la salud pública y, por consiguiente, anuló la directiva.

⁴⁹ Vid. sobre el tema, J. J. EZQUERRA UBERO, La jurisprudencia Cassis-Keck y la libre circulación de mercancías, Madrid: Marcial Pons, 2006; M. LOPEZ ESCUDERO, «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard», G.J. de la C.E., 1997, D-28, pp. 47-94.

⁵⁰ Véase al respecto L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, op. cit., pp. 63, 79 y 343-345.

Otros casos jurisprudenciales corroboran que el Tribunal de Justicia no siempre mantiene una posición favorable a la competencia de la Comunidad, por ejemplo, el dictamen 1/94 del 15 de diciembre de 1994 relativo a la competencia de la Comunidad Europea para celebrar el acuerdo OMC y en el que el Tribunal de Justicia recuerda la competencia exclusiva de la CE en materia comercial (AGCM) y la rechaza respecto al Acuerdo multilateral de servicios (AGCS o GATS) porque incluye cuatro modalidades de prestación de servicios⁵¹ y sólo la modalidad a) es competencia exclusiva de la CE, siendo competencias compartidas en los otros tres casos. Y lo mismo sucede en cuanto al Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) ya que sólo son competencias exclusivas de la Comunidad Europea los derechos de propiedad intelectual referidos a la prohibición de despacho a libre práctica de las mercancías con usurpación de marca, y siendo compartidas en el resto de las hipótesis.⁵²

En esta línea se inscribe igualmente el dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1996 sobre la adhesión de la CE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que el Tribunal de Justicia subraya significativamente que «el respeto del principio de las competencias de atribución se impone para la acción internacional de la Comunidad» y refuta que el artículo 235 del Tratado CE sea base jurídica suficiente para la adhesión comunitaria al Convenio Europeo, a pesar de la posición favorable de la Comisión Europea porque las modificaciones institucionales que resultarían serían «de envergadura constitucional».⁵³

En contrapartida, es posible enumerar sentencias recientes del Tribunal de Justicia que hacen una interpretación favorable al Derecho comunitario

⁵¹ Las cuatro modalidades son: a) los suministros transfronterizos, que no implican desplazamiento alguno de personas; b) el consumo en el extranjero, que supone el desplazamiento del prestatario del servicio al territorio del miembro de la OMC donde el prestador del servicio está establecido; c) la presencia comercial, a saber, la presencia de una filial o una sucursal en el territorio del miembro de la OMC donde se debe suministrar el servicio; y d) la presencia de personas físicas de un Estado miembro de la OMC que presta sus servicios en el territorio de cualquier otro miembro.

⁵² Vid. para su comentario L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «El Tratado de Ámsterdam y las relaciones económicas exteriores de la Comunidad», B.E.U.R. núm. 1, suplemento, 1997, pp. 18-30; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la OMC (comentario al dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)», R.I.E., 1995-2, pp. 593-618.

⁵³ Vid. para su comentario N. FERNÁNDEZ SOLA, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», Noticias UE, núm. 144, 1997, pp. 41-54.

que incide en buena medida en competencias exclusivas nacionales, por lo que han originado malestar en Europa, en particular de los gobiernos alemán y danés y determinados entes regionales con competencias legislativas. Es el caso de las sentencias *Kreil, Mark & Spencer* y otras referidas en el apartado anterior.

3.2 · Los nuevos filtros establecidos por el Tratado constitucional

La mayor ecuanimidad que guarda el Tribunal de Justicia hoy en día en su labor de delimitación de las competencias comunitarias y estatales no ha servido para disipar el recelo de determinados Estados y entes regionales. Desde esta perspectiva se comprende que se haya planteado en diversas ocasiones, al nivel doctrinal y gubernamental, la *inclusión de un catálogo de competencias de la UE* siguiendo el modelo de los Estados federales, presuponiendo que con esta carta la delimitación competencial será «transparente, estable y susceptible de un más fácil control de constitucionalidad».⁵⁴

Si bien en la conferencia intergubernamental de 1996 la cuestión fue soslayada deliberadamente, recobró su vigor en la conferencia intergubernamental de 2000 bajo influjo de Alemania, y sobre todo en la de 2004, uno de cuyos objetivos básicos fue clarificar el reparto de competencias entre las CE y los Estados miembros, dado que la Declaración sobre el futuro de la UE (núm. 23) del Tratado de Niza y el Consejo Europeo de Laeken así lo exigieron.

El Tratado constitucional de 2004 establece un régimen parcialmente diferente de las competencias de la UE en sus artículos I-11 al 18 y en algunos protocolos anexos. Las tres principales características de la delimitación competencial consisten en: 1) la confirmación expresa de la vigencia de los principios tradicionales de atribución de competencias, de subsidiariedad y de transparencia; 2) el establecimiento de un listado de competencias que, en lo sustancial, respeta las categorías tradicionales (exclusivas, compartidas y complementarias) y las enuncia caso por caso; 3) y, finalmente, el reforzamiento de los mecanismos de control del respeto de la subsidiariedad que se traducen básicamente en el sistema de aler-

⁵⁴ Véase para mayores detalles, J. Martín y Pérez De Nanclares, El sistema de competencias de la Comunidad Europea, op. cit., pp. 228-233.

ta temprana y la legitimación otorgada, en ciertas condiciones, a los parlamentos nacionales y al Comité de las Regiones para recurrir en anulación ante el Tribunal de Justicia cuando se cuestione el incumplimiento de aquel principio.

Valorando estas modificaciones, Díez-Hochleitner resalta que el título III de la primera parte del Tratado constitucional no introduce cambios significativos en el sistema. Se enuncian en él los principios que rigen el (actual) sistema competencial y —esta es la principal novedad— los ámbitos en los que se atribuyen competencias a la UE clasificados por el alcance de la competencia atribuida (competencias exclusivas, compartidas, etc.), remitiendo a la tercera parte la definición concreta de las competencias atribuidas mediante la inclusión en ella de las bases jurídicas del Tratado CE y las disposiciones pertinentes en materia de PESC y de CPJP debidamente revisadas». Así las cosas, se puede decir que se establece un catálogo competencial *sui generis* a la vez que una explicación global del funcionamiento del sistema competencial» y «se mantienen las actuales bases jurídicas (revisadas). Con ello se gana en transparencia y coherencia. 55

¿Valdrá este catálogo de competencias para ceñir mejor el ejercicio de las competencias de la Unión? Ciertamente mejora la situación presente, lo que debe valorarse positivamente. Pero *no será la panacea que resuelva todos los problemas.* ⁵⁶ En primer lugar, porque no hay un cambio radical en la naturaleza de las competencias de la UE, ni tampoco se ha revisado suficientemente la redacción de las bases jurídicas para reducir efectivamente el amplio margen de interpretación que permiten hoy en día. Seguramente porque ello habría sido difícilmente conciliable con el carácter funcionalista y dinámico de la Unión, la existencia del artículo 308 y el hecho de que generalmente las competencias de la UE sean concurrentes con las de los Estados miembros. Un cambio tan radical habría transfor-

⁵⁵ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, «El sistema competencial de la Unión Europea en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea», en E. Albertí Rovira (Dir.) y E. Roig Molès, (Coord.), El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 213-214.

⁵⁶ Cabe apuntar adicionalmente que muchos autores se muestran críticos a la codificación, considerando que presenta más inconvenientes que ventajas (véase por todos, J.-V. Louis, «Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996», R.I.E., 1995, pp. 26-30). Ya anteriormente otros autores se habían pronunciado en contra del establecimiento de un catálogo competencial porque introduciría rigidez a la hora de alcanzar los fines comunitarios (así, V. Constantinesco, Compétences et pouvoirs dans la Communauté européenne. Contribution á l'étude de la nature juridique des CE, París: L.G.D.J., 1974, pp. 89 ss).

mado la naturaleza del proceso de integración y para llevarlo a cabo habría sido necesario abrir un proceso constituyente, puesto que se trataría no de una reforma, sino de una refundación de la UE.⁵⁷

Corolario de lo anterior, *las competencias concretas de la UE siguen siendo excesivamente casuísticas* y hay que seguir buscando las bases jurídicas a lo largo de un texto excesivamente amplio y no siempre bien preciso en el que continúa prevaleciendo lo funcional sobre lo material y en el que no están señalados con mucha más claridad que antes los objetivos comunitarios particulares gracias a los que estas competencias específicas pueden fundar una acción comunitaria en una determinada materia. El Tratado constitucional persiste muy impregnado de la idea de objetivos a alcanzar, fines a conseguir, la teleología a la que aludía el juez Pierre PESCATORE cuando definía a los primitivos Tratados fundacionales como *pétris de téléologie*.⁵⁸

Al margen de la mejora —potencial, por los motivos que luego se comentan— que suponen los nuevos filtros políticos de la subsidiariedad y la proporcionalidad, la situación que regiría con el Tratado constitucional guarda un notable parecido con la que impera hoy en día. Y, permítasenos la licencia, *a río revuelto ganancia de pescadores*, porque la UE podrá seguir interviniendo en numerosos ámbitos incluso no previstos específicamente, si es capaz de justificar razonablemente la necesidad de una acción comunitaria para alcanzar uno de los objetivos de la integración, sean los concretos de cada base jurídica o los más generales del Tratado.

En segundo lugar, y con independencia de que se acepte o se discrepe de si el Tratado constitucional contiene realmente un catálogo de competencias (a la postre, todo listado de competencias lo es de una manera u otra), el problema puede ser el siguiente: no existe en ningún Estado una lista completamente cerrada de competencias por materias que no requiera prácticamente interpretación y que no suscite ningún problema de delimitación de poderes entre las partes, máxime cuando los títulos competenciales no suelen definirse sólo y exclusivamente por materias y contienen

⁵⁷ Tal y como apuntaban antes de la finalización de los trabajos de la Convención Europea J. BITTERLICH y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., La delimitación de competencias entre la Unión y los Estados, con especial consideración al nivel regional, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁸ P. PESCATORE, «Les objectifs de la CEE comme principes d'intégration dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux», en *Miscellanea W. J. Ganshof Van Der Meersch*, tomo II, Bruselas: Ed. Bruylant, 1972, pp. 325-363.

criterios funcionales. *Problemas de esta naturaleza existen en los Estados federales más acreditados y también ocurre en España, donde existen unas listas competenciales bastante heterogéneas con definiciones por materias y por funciones, o entremezclando ambas, y cuya aplicación ha generado un vasto contencioso constitucional*, en particular para controlar lo que es básico, en cuyo caso se sale casi del Derecho positivo y se entra en el Derecho natural.⁵⁹

En tercer lugar, se mantienen vigentes los diversos mecanismos a través de los cuales se pueden expandir las competencias de la UE y lo único que se ha hecho es tratar de limitar su alcance. Basta con leer la nueva redacción de los preceptos dedicados a la aproximación de legislaciones y las competencias subsidiarias para notar, sin problemas, que el margen discrecional de las instituciones comunitarias a la hora de hacer uso de ellos continúa siendo amplio, en razón del espíritu funcional que todavía los inspira. Y si las instituciones comunitarias justifican bien sus actuaciones, podrán seguir aprobando normas que dejen un estrecho margen de apreciación a los Estados miembros. Todo dependerá de la motivación de la necesidad de la acción.

El nuevo sistema competencial no ha podido, por lo tanto, resolver todos los problemas que podrían plantearse, seguramente porque era una tarea imposible en términos jurídicos y políticamente no existía la voluntad para intentarlo. En las circunstancias descritas es poco factible que funcione a la perfección el reparto competencial establecido por el Tratado constitucional, más bien al contrario; será inevitable que coincidan las actuaciones estatales y comunitarias en muchos ámbitos y nada extraño que puedan colisionar.

Antes de concluir este apartado y como complemento a lo anterior, unas breves líneas se imponen respecto a los nuevos filtros políticos introducidos por el Tratado constitucional para el control por los parlamentos nacionales de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, dados unos hechos recientes de indudable trascendencia. ¿Por qué afirmábamos antes que sólo introducen una mejora potencial? Porque es diáfano que, tras lo

⁵⁹ Intervención de Carles VIVER PI-SUNYER en la monografía ya citada de J. BITTERLICH y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, La delimitación de competencias entre la Unión y los Estados, con especial consideración al nivel regional, resultante del coloquio con el mismo título celebrado en el Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat de Cataluña en 2003, en el marco de uno de los debates de Europa futura (vid. p. 55).

sucedido con el Tratado constitucional, algunas de las novedades que serán retomadas en un futuro texto afectan sin duda a estos nuevos filtros. De ahí que, ante una representación de las cámaras legislativas estatales, el presidente de la Comisión Europea se comprometiera en los albores de 2006 a remitir sus propuestas legislativas a los Parlamentos nacionales. Con ello se activaría, de una manera un tanto peculiar, cuando jurídicamente no irregular, el sistema de alerta temprana contemplado por el Protocolo 2 del Tratado constitucional.

En cumplimiento de esta promesa, la Comisión ha reenviado diversas propuestas legislativas a los parlamentos nacionales. Recientemente, con fecha 3 de julio de 2006, los presidentes de las Cámaras holandesas han dirigido al vicepresidente de la Comisión Europea —F. Frattini— en tanto que comisario de justicia, libertad y seguridad, una carta con un dictamen motivado adjunto en el que instan a la Comisión a que revise su propuesta de directiva sobre medidas penales en materia de propiedad intelectual —COM (2006) 168 Final—. Para ambas cámaras la propuesta de directiva no es conforme con el principio de subsidiariedad en relación con la necesidad de crear tipos penales y sus sanciones mínimas porque la Comisión no ha demostrado que son medidas indispensables para luchar contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual. Cuestionan incluso que la CE tenga competencias para realizar los objetivos perseguidos por la propuesta de directiva considerando que el artículo 95 del Tratado CE alegado por la Comisión forma parte del primer pilar (comunitario), cuando en el caso de autos se trata de una competencia penal que dependería del tercer pilar (cooperación policial y judicial penal) y no se ha utilizado la pasarela para la transferencia de ciertas competencias de este pilar intergubernamental al comunitario. Además en la carta, los presidentes de ambas cámaras holandesas justifican su iniciativa en el artículo 5 del Tratado constitucional y el Protocolo 30 anexo al Tratado de Ámsterdam relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como las conclusiones de la XXXIV reunión del COSAC celebrada en Londres en octubre de 2005, sobre la puesta en práctica del control de la subsidiariedad por los parlamentos nacionales.⁶⁰

El reto está sobre la mesa de la Comisión Europea que tendrá que reflexionar —y razonar adecuadamente— su respuesta dado que, en función de

⁶⁰ Textos inéditos que amablemente me ha proporcionado Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO.

cómo reaccione, comenzará a vislumbrarse la viabilidad y utilidad real del nuevo mecanismo de interlocución directa entre el ejecutivo europeo y los poderes legislativos nacionales.

4 · Los entes regionales frente al sistema competencial de la Comunidad Europea

El sistema de competencias de la CE no generó durante mucho tiempo problemas especiales pero desde la década de los noventa del siglo pasado se han levantado numerosas voces críticas de las que destacaremos las de los entes regionales⁶¹ una vez constataron cómo iban perdiendo progresivamente más y más competencias.

4.1 · Repercusiones de la vis expansiva de las competencias de la Comunidad Europea en las competencias autonómicas

Sabiendo cuáles son las competencias específicas de la CE, es posible predecir la incidencia de su ejercicio sobre las competencias reservadas a los Estados miembros y, por vía de consecuencia, a los entes regionales, dado que pierden capacidad de decisión autónoma, especialmente legislativa, incluso cuando la norma europea no tenga efecto directo. Ahora bien, a causa de los mecanismos de expansión de las competencias comunitarias y a la capacidad de limitación de las competencias nacionales, las consecuencias pueden producirse en ámbitos inesperados y engendrar de este modo inseguridad jurídica.

Valga el siguiente ejemplo claro de las incursiones de la competencia comunitaria en ámbitos competenciales reservados a los Estados y sus entes

⁶¹ Por lo general, en este trabajo se emplea el término «región» y «ente regional» en alusión genérica a las entidades subestatales descentralizadas que, con independencia de su autonomía política, se sitúan en el nivel inmediatamente después del Estado. El término posee, pues, la acepción neutra con que se utiliza por las instituciones comunitarias y, por lo tanto, desprovista del valorativo matiz «nacional» con el que suele caracterizarse en el debate político a determinados entes territoriales. En general, sobre el tema, véase F. ARROYO y F. FERNÁNDEZ, Regiones y Naciones de Europa, Madrid: Salvat, 1987; M. KIRCHNER BALIU, El Parlamento Europeo y las regiones en la UE, Barcelona: Centro Europeo de Regiones y Oficina de Información del Parlamento Europeo, 2006, pp. 9-14; R. RIBÓ y E. ROIG, Las regiones especiales en el proceso de reforma de los Tratados de la Unión Europea, Barcelona: ICPS, 2005.

regionales, a fin de que el efecto útil de los Tratados no se vea puesto en entredicho. La política de enseñanza y de formación hasta el Tratado UE era competencia reservada a los Estados y en España es competencia concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.30 de la Constitución española). El Tratado de Maastricht confiere competencia complementaria en educación a la Comunidad, pero mucho antes de su entrada en vigor, a finales de 1993, el Tribunal de Justicia había prohibido a los Estados miembros invocar su competencia en materia educativa para imponer a los hijos de los trabajadores inmigrados, beneficiarios del derecho de residencia, un régimen discriminatorio para su admisión en los centros de enseñanza (sentencia *Casagrande* del 3 de julio de 1974, asunto 9/74). Así resultaba de la interpretación del artículo 10 del Tratado CE que impone un deber de colaboración leal a los Estados miembros que vale igualmente en este ámbito para evitar que la finalidad de los Tratados no sea comprometida.

Otro ejemplo actual de impacto de primer orden de las normas comunitarias en las competencias autonómicas limitando notablemente su capacidad de acción a resultas de la forma jurídica y el contenido del nuevo acto comunitario porque se sustituye una directiva por un reglamento, es el Reglamento 1/2005 del 22 de diciembre de 2004 relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas y por el que se modifican determinadas directivas y reglamentos. Este reglamento deroga, a partir del 5 de enero de 2007, la Directiva 91/628/CEE relativa a la protección de los animales durante el transporte y el Reglamento (CE) núm. 411/98 relativo a normas complementarias sobre la protección de los animales aplicables a los vehículos de carretera utilizados en el transporte de ganado en viajes de más de ocho horas de duración. Asimismo, introduce diversas modificaciones en la Directiva 64/432/CEE relativa a problemas de policía sanitaria en materia de intercambios intracomunitarios de animales de las especies bovina y porcina; la Directiva 93/119/CE sobre protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza; y el Reglamento (CE) 1255/97 del Consejo del 25 de junio de 1997 sobre los criterios comunitarios que han de cumplir los puntos de parada y por el que se adapta el plan de viaje mencionado en el anexo de la Directiva 91/628/CEE.

Para darse cuenta de la magnitud de la afectación de competencias autonómicas en España, basta con indicar que tanto la ganadería como el transporte terrestre son —en el ámbito catalán— competencia exclusiva de la Generalitat. Además, ésta tiene delegadas las competencias de intervención del Estado en materia de transporte de mercancías por carretera de ámbito supracomunitario. Finalmente, el transporte de animales vivos es objeto de un convenio internacional auspiciado por el Consejo de Europa respecto al cual la Generalitat tiene, en principio, competencia para ejecutarlo en el ámbito de sus competencias.

Siquiera a título incidental, cabe plantearse si en este caso es realmente necesario que se haya aprobado un reglamento en sustitución de las directivas anteriores porque en la disyuntiva entre un reglamento y una directiva, el protocolo sobre subsidiariedad opta —como dijimos— por la directiva a la vista del carácter generalmente más detallado del reglamento.

La incidencia de la normativa comunitaria produce en ocasiones inseguridad jurídica porque su tenor literal no dilucida completamente a los entes regionales qué tipo de actividades pueden llevar a cabo en esos ámbitos materiales sobre los que repercute aquélla. Así, tras la liberalización impuesta por la CE de determinados servicios de interés general que correspondían a la competencia de las regiones (televisión, correo urgente, etcétera), ¿qué margen discrecional deja a los entes regionales en cuanto a las actividades que pueden realizar?

En el Libro Blanco sobre los servicios de Interés General del 12 de mayo de 2004, se puede leer que «en «el Libro Verde [sobre los servicios de interés general del 21 de mayo de 2003] se señaló que, en algunos ámbitos, la aplicación de la normativa comunitaria a los servicios de interés general no es suficientemente clara. Fueron frecuentes las alusiones específicas a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la financiación de servicios de interés general y a las normas relativas a contratos públicos y concesiones de servicios. Asimismo, se mencionó la situación de los servicios sociales y sanitarios. La Comisión, consciente de los complejos problemas que podría plantear la aplicación del Derecho comunitario a los servicios de interés general, se esforzará permanentemente en mejorar la seguridad jurídica a ese respecto sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CE y del Tribunal de Primera Instancia (...). La Comisión ya ha efectuado una actualización de las normas de contratación pública vigentes y emprendido iniciativas en el ámbito de las ayudas estatales y en relación con las asociaciones público-privadas». Y en otras partes del Libro Blanco se hace hincapié en la necesidad de reforzar la seguridad jurídica y simultáneamente garantizar una articulación coherente y armoniosa entre, por un lado, el objetivo de mantener servicios de interés general de calidad y, por otro, la aplicación rigurosa de las normas sobre el mercado interior y la competencia.⁶²

Ello ha forzado a la Comisión Europea a ir aprobando sin interrupción decisiones y otros actos en relación con los servicios de interés general para aclarar el marco de actuación de los Estados miembros y, por ende, de sus colectividades territoriales; por ejemplo, en relación con los criterios para verificar si ciertas ayudas estatales para compensar servicios públicos prestados por servicios de interés general son conformes al Derecho comunitario.⁶³

4.1.1 · Las críticas de las regiones con competencias legislativas

El sistema competencial comunitario ha sido objeto de una pertinaz crítica por parte de determinadas regiones con competencias legislativas en los últimos años.⁶⁴ Ello es debido en buena medida a la constatación por estos entes regionales de que *las actuaciones de las instituciones comunitarias tienen un impacto grande en sus competencias, en ámbitos que podrí-*

⁶² Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General, de 12 de mayo de 2004, COM (2003) 270 final. Véase en general sobre el tema, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Mercado único y libre competencia en la Unión Europea, Madrid: Colex, 2003, pp. 597 ss. Más particularmente, respecto al concepto de servicio público y la influencia del Derecho comunitario, vid. J. E. LÓPEZ CANDELA, Sobre la necesidad de un concepto de servicio público, Madrid: CGPJ, 2004, pp. 13-35.

⁶³ Así, Decisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86.2 del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, D.O. L 312, de 29 de noviembre de 2005. Vid. también la STJCE de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, Altmark, Rec. 2003, p. I/7747.

⁶⁴ En general, sobre las regiones con competencias legislativas y su posición tras el Tratado constitucional, vid. F. Domínguez García, Las regiones con competencias legislativas. Un estudio comparado de su posición constitucional en sus respectivos Estados y en la Unión Europea, Barcelona: Tirant lo Blanch, 2005. Para comparar con la situación de los Estados, vid. J. Tajadura, «La posición de los Estados miembros en el Tratado constitucional europeo», R.D.P., núm. 65, 2006, pp. 115-146. Y para una síntesis de la posición de las regiones con competencias legislativas, véase la carta del Presidente de las regiones con competencias legislativas, véase la carta del Presidente de las regiones con competencias legislativas, Sr. Schausberger, de 5 de mayo de 2003, a los 15 representantes de los jefes de Estado o de Gobierno en la Convención Europea y a los miembros del Praesidium (accesible en http://european-convention.eu.int), en la que resume la función de las regiones en los asuntos europeos, expone las críticas y sistematiza las reivindicaciones regionales respecto al principio de subsidiariedad, el acceso al Tribunal de Justicia, la consulta regional en los procesos decisorios y el Comité de las Regiones.

an inferirse fácilmente de la lectura de los Tratados y también, con frecuencia, en zonas grises ubicadas en la difusa frontera entre la competencia nacional y la comunitaria,65 pero es a ellos finalmente a quienes afecta quedando desprovistos de su competencia. Y ello tiene lugar a menudo sin que el ente regional hava estado presente en el Consejo, a pesar de que el artículo 203 del Tratado CE permite la participación de los gobiernos regionales dentro de la delegación estatal en el Consejo y, por el contrario, con el consentimiento de su Estado, que sí ha podido participar en el procedimiento comunitario de adopción del acto que sustrae un ámbito a la capacidad de decisión del ente regional a través de la representación estatal en el Consejo. De esta manera, la pertenencia de su Estado a la UE puede llegar a alterar el reparto constitucional interno de competencias en algunos Estados miembros a pesar de que teóricamente no debería ser así ya que los gobiernos centrales, mediante su participación en el Consejo, acrecientan sus poderes de intervención y pueden conseguir una influencia en el proceso comunitario de decisión sobre temas que, en la distribución material interna de competencias, les estaría vetados por tratarse de competencias autonómicas.66

En la práctica se produce, pues, una recentralización en la toma de decisiones comunitarias (fase ascendente) dando intervención al poder central estatal en las instituciones comunitarias en relación con materias de competencia regional, con lo que se altera de hecho el reparto constitucional interno de competencias.⁶⁷

⁶⁵ Verbigracia, el Derecho comunitario tiene una incidencia directa en las siguientes competencias autonómicas: audiovisual; política agrícola; ciudadanía; política forestal; consumidores; política regional; cultura y deporte; investigación; educación, formación y juventud; salud pública; inmigración; servicios de interés general; lengua; política social; medio ambiente; telecomunicaciones; empleo; transportes; pesca; y turismo (vid. ejemplos en http://www.infoeuropa.org/catala/ regions/index_pol.htm). Más concretamente, el conjunto de normas comunitarias adoptadas entre 2005 y 2006 sobre la gripe aviar ha afectado a competencias autonómicas en materia de puertos y aeropuertos, agricultura y ganadería, pesca, turismo, sanidad e higiene, etcétera.

⁶⁶ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, op. cit., pp. 71-72 y 323 ss.

⁶⁷ Vid. la contribución de Marcos Gómez Puente a esta monografía. En sentido análogo, E. AJA y C. VIVER PI-SUNYER («Valoración de 25 años de autonomía», R.E.D.C., núm. 23, 2003, p. 106) aseveran que la falta de participación de los entes regionales en el Consejo significa que «pierden todo el poder de decisión en las políticas comunitarias que recaen sobre materias que hasta hace poco eran de su competencia y ahora son reguladas por el Consejo», dado el traslado material de competencias desde las Comunidades Autónomas a las instituciones comunitarias, en las que participa su Estado. Abogan por ello a favor de restablecer el equilibrio inicial forjado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Si tenemos en cuenta, por otra parte, determinadas tendencias centralizadoras que existen para la ejecución nacional del Derecho comunitario en algunos Estados miembros, los entes regionales corren, además, el peligro de que en la fase descendente intervenga el poder central en los ámbitos competenciales de aquéllos. Es el caso de España en buena medida.⁶⁸ Por ejemplo, el reciente Real Decreto 94/2006 del 3 de febrero por el que se regula la interoperabilidad de los sistemas de telepeaje instalados en las carreteras estatales, desarrollando la Directiva 2004/52/CE sobre la materia. Se alega que se dicta al amparo de lo dispuesto por el artículo 149.1.1 y 24 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre tráfico y circulación de los vehículos a motor y sobre obras públicas de interés general, y atribuye a la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento la definición de criterios de implantación del servicio europeo de telepeaje en España y la coordinación con la Comisión Europea, sin perjuicio de actuaciones que puedan corresponder a otros órganos de la Administración General del Estado. En la misma línea cabe mencionar que, en materia de agricultura y ganadería, uno de los principales ámbitos competenciales autonómicos, el Estado ha aprobado el Real Decreto 520/2006 del 20 de abril que regula las entidades que presten servicio de asesoramiento a las explotaciones agrícolas y la concesión de ayudas a su creación, adaptación y utilización. En su virtud, el Gobierno central se atribuye la competencia para autorizar aquellas entidades que actúen en más de una Comunidad Autónoma así como para llevar a cabo la evaluación periódica del sistema de asesoramiento. El Govern de la Generalitat de Cataluña ha interpuesto un requerimiento de incompetencia por entender que se vulneran sus competencias.

El trasvase de competencias regionales a la UE y su ejercicio centralizado a través, fundamentalmente, del Consejo formado por los repre-

⁶⁸ Respecto a las causas que invoca el Estado para justificación por el Estado de sus incursiones en competencias autonómicas de ejecución del Derecho comunitario (la responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario, el principio de igualdad de los ciudadanos en relación con el disfrute de los derechos que reconoce el ordenamiento comunitario, la supraterritorialidad, el ejercicio de competencias propias para ejecutar el Derecho comunitario porque éste afectaría a competencias concurrentes del Estado y las CCAA, etcétera), vid. J. A. Montilla Martos, Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas, Madrid: CEPC, 2005. Véase asimismo la contribución de Enoch Albertí Rovira en esta monografía.

sentantes con rango ministerial del los Estados miembros, da origen al fenómeno del «doble efecto centralizador de la UE sobre las Comunidades Autónomas».⁶⁹

A modo de compensación, se entienden las reivindicaciones regionales para mejorar su participación y su control de los asuntos europeos en sede nacional y también comunitaria sin demasiado éxito en términos generales, como se expone después. Por ejemplo, en relación con el artículo 308 del Tratado CE se vienen sucediendo en las últimas conferencias intergubernamentales propuestas de los medios políticos regionales para su derogación al ver, en la utilización de este precepto, una vía que socava las competencias regionales. No les falta razón, pero esta actitud afecta igualmente a las competencias de los poderes centrales. Y, como señala MANGAS MARTÍN, 70 lo que es realmente criticable es que esta competencia evolutiva o supletoria no venga acompañada de unas garantías de participación y control democráticos. En un mundo en constante y radical transformación en el que aparecen abruptamente problemas que requieren necesariamente respuestas casi inmediatas, esta cláusula es imprescindible porque permite corregir y contrapesar el sistema de competencias específicas. Además esta cláusula aparece también, bajo diversas formulaciones, en numerosos sistemas constitucionales, federales o similares. Su permanencia debe, por tanto, ser indiscutible. Lo que no se puede mantener es su procedimiento al margen del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales e incluso de los regionales. Del Parlamento Europeo sólo se recaba su dictamen consultivo. Absolutamente al margen están los parlamentos nacionales y regionales que ven cómo para extender la competencia comunitaria no previamente especificada que fue autorizada por ellos, se les ignora.

El Tratado constitucional mantiene esta válvula de escape (artículo I-18) pero mejora el control democrático al exigir la aprobación previa del Parlamento Europeo y la notificación por la Comisión de la acción común propuesta a los Parlamentos nacionales para asegurarse de que no se exten-

⁶⁹ E. Albertí Rovira, «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: las nuevas perspectivas del Tratado constitucional y la participación interna», en E. Albertí Rovira, L. Ortega Alvárez y J. A. Montilla Marcos, Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea, Madrid: CEPC, 2005, pp. 11-15.

⁷⁰ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN HOGUERAS, Instituciones y Derecho de la UE, op. cit., pp. 124-125.

derá más allá de lo necesario para resolver, de forma eficaz, un problema de alcance europeo. Se introduce adicionalmente otra novedad ya que no podrá invocarse el artículo I-18 para llevar a cabo una armonización de disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros en ámbitos en que la Constitución excluya expresamente dicha armonización.

A cambio, este precepto permite atender cualquiera de los objetivos del Tratado constitucional pues ya no se dice que sea necesario lograr en el funcionamiento del mercado común uno de los objetivos de la Comunidad sino, simplemente, que la acción comunitaria hace falta para cualquiera de las políticas definidas en la parte III. Interpretada en sentido estricto, esta modificación consagra el principio de los poderes implícitos operando en los casos en que las bases jurídicas de la parte III no atribuyan expresamente poderes suficientes para lograr los objetivos perseguidos en el ámbito de las políticas a las que sirven. Si así fuera, se produciría un retroceso muy importante porque —como indica doctrina autorizada— el principio de los poderes implícitos no podría servir como parámetro de interpretación de las bases jurídicas de la parte III, permitiendo fundar en ellas la acción de la Unión (siguiendo el procedimiento que prescriban, que normalmente no será la unanimidad); por el contrario, sería necesario basar la acción en el ámbito del nuevo artículo respetando el procedimiento decisorio en el previsto y, por lo tanto, la unanimidad. Ahora bien, no parece que deba interpretarse de este modo la modificación reseñada. Entonces, ¿qué significa que la acción debe recaer en el ámbito de las políticas definidas en la parte III? ¿Se excluye una acción de la Unión que tenga por objeto lograr uno de los objetivos previstos en el Tratado constitucional (así, turismo) si no hay una base jurídica específica (en la parte III)? Pensamos que no es así. Lo único que ocurre es que la redacción está mal lograda y sería mejor decir «si fuera necesaria una acción de la Unión para el logro de uno de los objetivos fijados por el Tratado constitucional dentro del ámbito de acción que éste le reconoce».71

⁷¹ J. Díez-Hochleitner, «El sistema competencial de la Unión Europea en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea», op. cit., pp. 219-221.

4.1.2 · Un ejemplo reciente de incidencia inesperada de la expansión de las competencias de la Comunidad Europea en ámbitos competenciales autonómicos sensibles: el desarrollo urbanístico en la Generalitat Valenciana frente al Parlamento Europeo

Mejor que continuar señalando sumariamente casos particulares de incursiones de la CE en ámbitos competenciales nacionales y los problemas que suscita, deberíamos centrar la atención en un suceso de actualidad que lo pone de relieve sintomáticamente y de la manera más clara posible: *la intervención del Parlamento Europeo en el desarrollo urbanístico en la Comunidad Valenciana. Ámbito que —en principio— es de competencia exclusiva de las Autonomías*, si bien hay igualmente incursiones del Estado en virtud de sus títulos horizontales como —por ejemplo— las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles.⁷²

La resolución del Parlamento Europeo del 5 de diciembre de 2005 sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) en la Comunidad Valenciana y sus repercusiones para los ciudadanos europeos fue adoptada para responder a unas 15.000 peticiones presentadas ante su Comisión de Peticiones por ciudadanos europeos que denuncian destrucción del medio ambiente, excesos urbanísticos y vulneración del derecho de propiedad, derivados de la aplicación abusiva de la LRAU.⁷³

La resolución del Parlamento Europeo no es, evidentemente, un acto jurídico vinculante; en realidad se limita a «exhortar» a las autoridades a poner fin a las situaciones constatadas de violación de los derechos humanos y el Derecho comunitario y aconseja que se interponga recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Sin embargo, el Parlamento se arroga competencia para intervenir en este caso (urbanismo) para proteger derechos fundamentales y el propio Derecho comunitario. Y lo que importa realmente es llamar la atención acerca de su *modus operandi*.

En una exposición de motivos se puede leer que «la intervención europea sólo puede basarse en el Derecho comunitario y, en el caso que nos

⁷² Respecto a las incursiones estatales en esta materia de competencia autonómica, vid. M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ, Distribución competencial: derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁷³ Parlamento Europeo, Documento de sesión A6-0382/2005 final.

ocupa, en una posible infracción de la Directiva que regula los contratos públicos (la Comisión ha iniciado una investigación a ese respecto). Sobre la cuestión ambiental resulta más complejo y difícil actuar en este asunto porque el desarrollo urbanístico no forma parte de las competencias actuales de la Unión y el medio ambiente no figura entre las competencias exclusivas de la UE (véanse los artículos I-13 y I-14). Por último, en cuanto al respeto de los derechos humanos propiamente dichos, la Carta de los Derechos Fundamentales no tiene fuerza vinculante».

Sin embargo, prosigue la resolución europarlamentaria, las instituciones europeas (y por ello el propio Parlamento Europeo) tienen el deber de velar por el cumplimiento de las disposiciones de los Tratados comunitarios y de la legislación aprobada en virtud de los mismos teniendo en cuenta, en particular, los derechos y las obligaciones de la ciudadanía europea. Y sobre esta base afirma que el Parlamento Europeo tiene la responsabilidad de resolver, en colaboración con los Estados miembros, los problemas que afectan a los ciudadanos europeos.

Afirmada genéricamente su competencia para intervenir, el Parlamento Europeo analiza las peticiones que había recibido. En esencia se planteaba:

1) La vulneración de derechos fundamentales (en particular, el de propiedad), tanto de la Convención Europea de Derechos Humanos (por remisión del artículo 6 del Tratado UE) como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

A pesar de que la cuestión previa que se suscita es si los ciudadanos europeos tienen derecho a invocar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, dada su naturaleza jurídica no vinculante, el Parlamento Europeo zanja la cuestión de modo categórico como sigue:

«Considerando que la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y las declaraciones de los Presidentes de las instituciones europeas en las que afirman que dichas instituciones respetarán la Carta significan, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que los ciudadanos pueden esperar legítimamente gozar de los derechos consagrados en la Carta.

Considerando que los Estados miembros están obligados a cumplir la Carta cuando aplican, o están obligados a aplicar, el Derecho comunitario en todas aquellas situaciones en que las disposiciones de la Carta son relevantes; y que existe un estrecho vínculo entre el método de adjudicación de contratos, por una parte, y las modalidades de expropiación y determinación de las compensaciones pertinentes, por otra».

El Parlamento Europeo traza a continuación los principales problemas que surgen de la aplicación de la LRAU en relación con el derecho de propiedad: el cometido del agente urbanizador (el urbanizador), los medios (inadecuados) de determinación y publicación de los contratos que son objeto de adjudicación, la notificación (insuficiente) a los propietarios de los terrenos y la falta de definiciones claras de los conceptos de interés público y compensación pertinente. Pues bien, se promueven «cuestiones todas ellas en las que la ley debe ser conforme a las normas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CE y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre». Y sobre esta base proclama sin solución de continuidad que los métodos de expropiación no son conformes a lo que disponen la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en relación con el derecho de propiedad.

2) La vulneración de la normativa comunitaria sobre contratos públicos. En concreto la Directiva 92/50/CEE del Consejo del 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; y la Directiva 93/37/CEE del Consejo del 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

El Parlamento Europeo asevera simplemente que la falta de transparencia, así como de criterios claros establecidos de antemano, pone de manifiesto que los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en España no se ajustan a los principios del Derecho comunitario, lo que ha dado lugar a que la Comisión dirigiera a este Estado un escrito de requerimiento en 2005. Y añade, a mayor abundamiento, que «el número de casos de corrupción confirmados o sobre los que existen sospechas fundadas hace patentes las deficiencias de la ley y de su aplicación».

3) La vulneración de la normativa comunitaria sobre protección del medio ambiente; en concreto, la Directiva 85/337/CEE del Consejo del 27 de junio de 1985 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; la Directiva 97/11/CE del Consejo del 3 de marzo de 1997 por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; y la

Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

El Parlamento Europeo pone de manifiesto que las obligaciones contenidas en estas directivas (como las de evaluación estratégica del impacto ambiental y de prevención del deterioro de las aguas superficiales continentales, etcétera) no se han satisfecho visto que algunos planes de urbanización tienen un impacto desastroso en el medio ambiente y la ecología de numerosas zonas costeras y, más en concreto, en las condiciones futuras de abastecimiento de agua, «una cuestión que preocupa a la UE». Esto es lo que explicaría que la Comisión Europea haya remitido un dictamen motivado a España debido a la transposición inadecuada de la directiva básica sobre el agua.

En definitivas cuentas, según el Parlamento Europeo, en los últimos años se ha producido una aplicación abusiva de la LRAU por parte de los agentes interesados en el proceso de urbanización y en la gestión realizada por los poderes públicos competentes, especialmente algunos ayuntamientos valencianos y la Generalitat Valenciana.

La resolución parlamentaria considera los niveles de responsabilidad del Gobierno español, de la Generalitat Valenciana y de las autoridades locales, en función de sus competencias respectivas. Alienta a la Comunidad Valenciana en su esfuerzo por resolver este problema con mayor diligencia para así probar su interés por las inquietudes de los ciudadanos y se congratula de que esté elaborando una nueva ley que sustituya a la LRAU para evitar las desviaciones constatadas en su aplicación. Y si bien declara que no es de su incumbencia modificar el proyecto de la nueva ley, el Parlamento Europeo insta a la Generalitat Valenciana a que las normas futuras de expropiación respeten, tanto en el fondo como en la forma, los derechos de los propietarios y a que los proyectos de urbanismo integren con especial cuidado las preocupaciones sobre el desarrollo sostenible, el medio ambiente y la ecología, que son objeto de políticas fundamentales de la Unión.

Por si no fuera bastante con lo anterior, y en aras de resolver los problemas que origina la LRAU en los aspectos ligados a la protección de los derechos de propiedad ya que se suscitan cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como respecto a la normativa comunitaria en materia de contratación pública, *el Parlamento*

Europeo invita a las autoridades competentes españolas a que tengan en cuenta las siguientes recomendaciones:

- 1) La inclusión en la nueva ley de una definición clara del concepto de «interés público» de forma que descarte sin ambigüedades toda posibilidad de que la justificación del interés público de una expropiación —que constituye una condición sine qua non de cualquier expropiación, de acuerdo con las normas europeas de los derechos humanos y los derechos fundamentales— pueda utilizarse para la promoción de intereses con un carácter más privado que público.
- 2) El establecimiento de criterios obligatorios para el cálculo de las indemnizaciones en casos de expropiación sobre la base de las normas y principios reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre.
- 3) La revisión profunda de las bases de selección del urbanizador así como del procedimiento de adjudicación de contratos al urbanizador seleccionado, de forma que esta función sea compatible con la legislación europea dado que —como se desprende del procedimiento de infracción en curso— existen serias dudas al respecto. Todo en aras de la transparencia del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos y con el fin de garantizar la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos europeos.
- 4) La adopción de medidas que garanticen que todo propietario inmobiliario afectado por cualquier plan de urbanización sea informado, de forma individual, efectiva y a su debido tiempo, tanto del plan en cuestión como de todos aquellos aspectos del mismo que puedan afectar a su propiedad y a sus derechos fundamentales con el fin de garantizar plenamente la posibilidad de utilizar las vías de recurso pertinentes.

Además, el Parlamento Europeo insiste en la necesidad urgente de que se suspenda la tramitación y la aprobación de programas de actuación integrada (PAI) que incorporan suelos no urbanizables al proceso urbanizador tanto de nueva formulación, como los que se encuentran en tramitación actualmente, en tanto no entre en vigor la legislación revisada; pide a la Comunidad Valenciana que le informe sobre las medidas preventivas que adopte para evitar que se reproduzcan las desviaciones a que ha dado lugar la aplicación de la ley anterior; y, finalmente, solicita a la Comisión Europea que prosiga las tareas de control e investigación para garantizar la conformidad

de la nueva Ley Urbanística Valenciana aprobada en diciembre de 2005, con el Derecho comunitario en el ámbito de la contratación pública y otros ámbitos afines, y que informe plenamente al Parlamento Europeo y a su comisión competente sobre las evoluciones en dichos ámbitos. Y, sobre todo, apremia a la Comisión Europea para que extraiga las consecuencias generales de este caso y examine qué medidas de salvaguardia —legislativas, administrativas o simplemente consultivas— serían las apropiadas para proteger y asistir a los ciudadanos que efectúan esas operaciones de contratación e inversión tan importantes fuera de la esfera jurisdiccional de su propio país.

¿Valoración de esta actuación europarlamentaria? La actuación de la Eurocámara está plenamente justificada en su fondo porque hay que poner freno a los abusos que la especulación urbanística, derivada de un lucro empresarial desmesurado, combinada con la dejadez de funciones de las administraciones centrales, autonómicas y locales, interesadas, está produciendo a lo largo del litoral valenciano como en otras partes del Estado español. Y si los poderes públicos españoles no intervienen en un nivel político superior —como es la UE— habrá que tomar medidas porque, a la postre, lo que está en juego es el respeto del Derecho comunitario relativo al medio ambiente y la contratación pública. Así pues, desde la perspectiva de fondo no hay ninguna objeción a la resolución del Parlamento Europeo. Una cuestión diferente es si, en las circunstancias del caso, su actuación respeta el principio comunitario de equilibrio interinstitucional (artículo 7.1 del Tratado CE). 74 Y sobre todo, sorprende —negativamente— la forma en que interviene el Parlamento Europeo en el supuesto de autos porque su resolución no justifica adecuadamente los aspectos que habrían fundado fácilmente su actuación (la vulneración de las normas comunitarias medioambientales y de contratación respecto a lo que la CE posee competencias claras que podrían justificar su intervención), ni tampoco lo que

⁷⁴ En efecto, cabe plantearse si corresponde al Parlamento Europeo llevar a cabo *esta* defensa del Derecho comunitario, cuando la Comisión Europea, la garante última de su cumplimiento, había iniciado en la fecha de la resolución europarlamentaria procesos de incumplimiento contra el Estado español por su política medioambiental y de contratación pública. El propio Parlamento Europeo lo reconoce en su resolución. ¿No estará infringiendo el principio de equilibrio interinstitucional al actuar en este caso como lo hizo, por más que se le hubiera elevado peticiones por más de 15.000 personas y deba responderlas, ya que podría haber dado contestación a las mismas remitiéndose a las actuaciones comunitarias en curso y, adicionalmente, elevando el tema a la Comisión Europea para que procediese contra España otra vez, en caso de estimarlo necesario?

encuentra más difícil fundamento: los derechos humanos, dado el carácter no vinculante de la Carta y el urbanismo en sí mismo por carecer la Comunidad de competencia al respecto. La argumentación en el primer caso es insuficiente y en el segundo es deficiente. No basta con vencer, hay que convencer, y para ello es preciso argumentar adecuadamente. En particular, debería haber argumentado mejor en materia de contratación pública para que se viese claro que el Parlamento Europeo, con su resolución, lo único que perseguía es forzar al cumplimiento del Derecho comunitario. De una u otra forma, tenemos aquí un buen ejemplo de la extensión de las obligaciones de los Estados miembros debido al ejercicio de las competencias comunitarias, en concreto, el respeto de los principios básicos del Derecho comunitario y la doctrina de la preemption.

De hecho, lo más suave que podemos decir es que el modus operandi del Parlamento Europeo causa turbación, visto que en una parte de la resolución (exposición de motivos) se reconoce expresamente —y es cita literal—que «la intervención europea sólo puede basarse en el Derecho comunitario y, en el caso que nos ocupa, en una posible infracción de la Directiva que regula los contratos públicos (la Comisión ha iniciado una investigación a ese respecto). Sobre la cuestión ambiental, resulta más complejo y difícil actuar en este asunto porque el desarrollo urbanístico no forma parte de las competencias actuales de la Unión y el medio ambiente no figura entre las competencias exclusivas de la UE (véanse los artículos I-13 y I-14). Por último, en cuanto al respeto de los derechos humanos propiamente dichos, la Carta de los Derechos Fundamentales no tiene fuerza vinculante». Si tuviéramos que graduar la importancia que otorga a cada uno de los motivos de su intervención, resultaría que la intervención del Parlamento Europeo se cimenta en la vulneración de derechos fundamentales en primer lugar, después en las directivas medioambientales y, final y casi subsidiariamente, en las directivas de contratación. En sentido inversamente proporcional a la competencia comunitaria en la materia.

Al actuar de esta suerte, el Parlamento Europeo busca reafirmar su legitimidad como representante de los pueblos y a los ojos del lego en derecho quizás lo ha logrado. Mas los expertos en el ordenamiento comunitario no dejarán de extrañarse por este comportamiento tan anómalo que se salta todos los filtros (de prudencia, transparencia, técnica jurídica, etcétera) que deben presidir la aprobación de actos por cualquier poder público.

No se trata, por lo demás, de un caso aislado. En este mismo ámbito del desarrollo urbanístico, las actuaciones de la CE han llevado a la amplia-

ción de las pistas de Baqueira en Arreu, ya que todo el valle ha quedado dentro de la Red Natura 2000 que excluye la edificación residencial (septiembre de 2006). Adicionalmente, al obrar de este modo, la Generalitat de Cataluña da un paso decisivo para el archivo de los procedimientos de infracción iniciados por la Comisión contra España por sus actuaciones contrarias al Derecho comunitario, ya que no hay que olvidar que *la Comisión Europea persigue los incumplimientos del Derecho comunitario de los Estados miembros, aunque el responsable material sea una entidad regional*. Basta con apuntar que, por esas fechas (abril de 2006), la Comisión Europea ha exigido al Gobierno de Murcia que no autorice la construcción de 4.000 viviendas en una zona especial de protección de aves en Sierra Almenara, las Moreras y Capo Cope, so pena de iniciar nuevos procedimientos de infracción contra España.

Sucede también que en abril de 2006 la Comisión Europea ha enviado dictamen motivado a España por la nueva legislación urbanística valenciana aprobada en diciembre de 2005 al estimar que no corrige los problemas que planteaba la normativa anterior, comunicados en la oportuna carta de emplazamiento, y, por lo tanto, sigue atentando contra las reglas europeas de contratación pública. Y simultáneamente, el ejecutivo comunitario ha abierto otros dos procedimientos contra España por sendas actuaciones urbanísticas en las costas valencianas (proyecto de Las Atalayas en Peñíscola) y de Almería (complejo turístico en El Algarrobico, en el parque natural del Cabo de Gata). En ambos casos porque no se elaboraron los estudios de impacto ambiental ni se adoptaron medidas de salvaguarda del valor ecológico de las zonas afectadas.

En definitiva, *obligado es modificar la legislación española, estatal y autonómica, en materia de contratación pública y de medio ambiente para adaptarse a las exigencias europeas.* ⁷⁶ Se están dando ya los primeros pasos en esta dirección.

⁷⁵ Vid. el Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 5 de septiembre de 2006, accesible en http://www10.gencat.net/gencat/binaris/AG_13092005_tcm32-28948.pdf#search= %22acords%20de%20govern%20projecte%20xarxa%20natura%202000%22.

⁷⁶ En general, para reflexiones de interés sobre la contratación administrativa en España y el Derecho comunitario, véase J. M. GIMENO FELIU, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma, Navarra: Thomson Civitas, 2006. Y respecto a la legislación medioambiental comunitaria y el Derecho español, vid. F. J. De AHUMADA RAMOS, «Planificación territorial y medio ambiente en España y en la Unión Europea», Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, 2004, núm. 5, pp. 139-168.

En cuanto a la contratación pública hay que destacar la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la Resolución del Parlamento de Cataluña en el desastre del barrio barcelonés del Carmel (hundimiento de bloques de viviendas y afectación grave a otros en la ejecución de las obras de la línea 5 del Metro de Barcelona). Tras un repaso a las directivas comunitarias en materia de contratación y de la jurisprudencia comunitaria más relevante, la Junta Consultiva recomienda modificar la legislación urbanística estatal y catalana para adecuarse a lo que dispone el Derecho comunitario, en particular en materia de publicidad de las contrataciones, inter alia mediante la realización de una planificación sistemática de la contratación anual y la inserción de anuncios indicativos en los diarios oficiales. Incide también en otras cuestiones como las relativas a la transparencia administrativa, el fomento de la competencia en los procedimientos de licitación, etcétera, para adecuarse mejor a lo que establece el Derecho comunitario.⁷⁷ Cabe mencionar igualmente el anteproyecto de ley de contratos del sector público que pretende ajustarse al Derecho comunitario, si bien sólo lo conseguirá limitadamente porque sólo transpone la Directiva 2004/18 y deja fuera los contratos públicos en los sectores especiales, con lo que tendrán que aprobarse otras normas para los sectores de agua, energía, transportes, servicios postales...⁷⁸

Y respecto a la política medioambiental es preciso resaltar que, en julio de 2006, el Ayuntamiento de Conil de la Frontera ha recalificado como no urbanizables 4.5 millones de metros cuadrados en primera línea de playa para evitar la construcción en un pinar de alto valor ecológico y en su decisión han pesado consideraciones afines a las normas europeas de protección del medio ambiente. Aquí se inscribe asimismo la reciente aprobación (septiembre de 2006) del proyecto de ampliación de la Red Natura 2000 antes mencionado por la Generalitat de Cataluña.

Para terminar, debe hacerse hincapié en que, en el ámbito de urbanismo, la injerencia de la CE puede ser mucho más intensa que la que resulta de la resolución del Parlamento Europeo. Basta con enumerar que el Derecho comunitario ha incidido en temas urbanísticos mediante: 1) nor-

⁷⁷ Recomendación 4/2005, de 12 de diciembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Cataluña, sobre medidas a adoptar en el ámbito de la contratación administrativa, accesible en http://www.gencat.net/economia/ambits/contractacio/jcca/index.html.

⁷⁸ Vid. sobre el tema, F. URÍA FERNÁNDEZ, «Primeras impresiones en relación con el anteproyecto de ley de contratos del sector público», La Ley, núm. 6435, de 6 de marzo de 2006, pp. 1-4.

mas de protección del medio ambiente (así, estudios de impacto, prevención de riesgos industriales grandes, protección de determinadas especies animales, afectación del uso del suelo, etcétera); 2) el derecho de propiedad; 3) libertades de circulación de personas y servicios (así, autorización de centros comerciales); 4) contratos públicos (de personas y servicios); 5) derecho de la competencia (ayudas de estado a empresas públicas, etcétera); 6) cooperación transfronteriza (verbigracia, programa Interreg, en virtud del cual la CE aporta una ayuda financiera a proyectos de cooperación transfronteriza); 7) política regional (proyectos pilotos urbanos para la renovación de barrios degradados, por ejemplo).⁷⁹

4.2 · Mecanismos de defensa de los entes regionales frente a las incursiones de la Comunidad Europea en sus ámbitos competenciales, en la actualidad y con el Tratado constitucional

En aras a proteger mejor a los entes regionales de las hondas repercusiones que les produce el ejercicio de las competencias comunitarias, o en su caso compensarles por ello, es posible utilizar los instrumentos que hoy en día ya existen, si bien perfeccionándolos para dotarles de mayor eficacia; se trata, en particular, de ampliar y reforzar los supuestos de participación directa en la formación interna de la voluntad del Estado y en el procedimiento comunitario de toma de decisiones y de vigorizar los mecanismos de control del cumplimiento de los principios que regulan la atribución y el ejercicio de las competencias de la CE.

4.2.1 · El rol de los entes regionales en asuntos europeos en la esfera comunitaria

Hemos visto anteriormente que las regiones fueron seguramente las grandes perjudicadas por la integración europea puesto que perdieron en gran medida capacidad de decisión autónoma en diferentes ámbitos materiales, al igual que el poder central, pero —a diferencia de éste— no están generalmente presentes en los principales órganos decisorios de la UE, ni

⁷⁹ Vid. Para mayores detalles, J. B. AUBY, «Droit de l'urbanisme et droit européen», L'Actualité Juridique Droit Administratif, 20 octubre 1995, pp. 667-673.

disponen tampoco de su legitimación privilegiada para recurrir ante los tribunales de justicia europeos en defensa de sus prerrogativas e intereses. De ahí que desde hace tiempo y coincidiendo con sus reclamos de establecimiento de mecanismos internos de intervención en los asuntos europeos, ⁸⁰ se han venido sucediendo ininterrumpidamente las reivindicaciones regionales para estar más asociadas a los foros europeos de decisión. ⁸¹

De modo muy parcial se ha hecho caso a sus sugerencias. Un primer paso se dio con la creación del Comité de las Regiones por el Tratado UE de Maastricht en 1992.⁸² La situación de las regiones en la construcción europea mejora con el Tratado constitucional, pero no son demasiado significativos los avances a pesar de que la cuestión regional fue ampliamente debatida durante el proceso convencional.⁸³

Siguiendo a Mangas Martín en la exposición.⁸⁴ cabe apuntar que el Tratado constitucional alude más que ningún otro Tratado comunitario anterior a las regiones: se alude a ellas en la política de empleo, compatibili-

⁸⁰ En relación con los mecanismos internos de participación en España y su evolución, vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, L. ORTEGA ALVÁREZ y J. A. MONTILLA MARCOS, Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea, Madrid: CEPC, 2005; M. A. ARIAS MARTÍNEZ, Comunidades Autónomas y elaboración del Derecho comunitario europeo, Oñati: IVAP, 1998; P. PÉREZ TREMPS (Coord.), M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ y E. ROIG MOLÉS, La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas, Barcelona: Marcial Pons e Institut d'Estudis Autonòmics, 1997.

⁸¹ Véase en general sobre las reivindicaciones regionales de participación en sede comunitaria y el grado de aceptación por el Tratado constitucional, C. R. AGUILERA DE PRAT, «De la Europa de las regiones a la Europa con las regiones», Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, núm. 2, 2006, pp. 47-76; J. CANTERO MARTÍNEZ, «La presencia autonómica en Europa», en L. ORTEGA ÁLVAREZ (Dir.), La reforma del Estado autonómico, Madrid: CEPC, 2005, pp. 31-64; G. JÁUREGUI, «La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea», Revista catalana de dret públic, núm. 31, 2005, pp. 137-172; J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «Comunidades Autónomas y Unión Europea: hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario», R.D.C.E., núm. 22, 2005, pp. 759-805; F. MORATA y R. RAMÓN, Regiones y Constitución europea, Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus, 2005; J. M. PÉREZ MEDINA, «Tratamiento de la cuestión regional en el proyecto de Tratado constitucional de la Unión Europea», Revista General de Derecho Europeo (Iustel), núm. 4, 2004; M. SOBRIDO PRIETO, «El papel de las regiones en la Constitución Europea», Revista General de Derecho Europeo (Iustel), núm. 8, 2005.

⁸² En general, sobre la creación del Comité de las Regiones y sus limitaciones, *vid.* L. HUICI SANCHO, *El Comité de las Regiones: su función en el proceso de integración europea*, Barcelona: Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 2003.

⁸³ Un análisis del debate de la cuestión regional en el proceso convencional en E. Albertí Rovira, «Las regiones en el nuevo proyecto de Constitución Europea», en E. Albertí Rovira (Dir.) y E. Roig Molès, (Coord.), El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa, op. cit., pp. 449-483.

⁸⁴ A. MANGAS MARTÍN, La Constitución europea, op. cit., pp. 133-140.

dad de las ayudas públicas, cohesión, política medioambiental, regiones transfronterizas, periféricas, ultraperiféricas, desfavorecidas, muy pobres, etcétera. Ahora bien, no deben extraerse conclusiones apresuradas y superficiales de esa mera constatación cuantitativa, que simplemente revela una cierta sensibilidad de los Estados miembros hacia el hecho regional... Sin demasiadas consecuencias prácticas porque el Tratado constitucional no va más allá de esas meras menciones. Ciertamente, el Comité de las Regiones donde están representados específicamente los intereses regionales, ve reforzada su posición con la legitimación ante el Tribunal de Justicia para la defensa de sus prerrogativas, si bien sus competencias siguen siendo consultivas. Y —como agrega esta autora— esta situación no debe sorprender porque no puede asociarse a las regiones la formación y cumplimiento del Derecho comunitario sin modificar la organización interna de los Estados: son los propios Estados miembros de estructura territorial compleja (España, Alemania, Bélgica, etcétera) los que deben organizar internamente, como estimen oportuno, la participación de sus entres regionales en el proceso comunitario de decisión y de ejecución.

Resulta, además, que tampoco es posible esta asociación regional más estrecha en la formación del Derecho comunitario sin alterar la organización propia de la UE (en concreto el principio de equilibrio de poderes) y para ello hace falta la unanimidad, mientras que no todos los Estados miembros, en particular los nuevos, tienen esta sensibilidad. A fin de cuentas, el hecho regional afecta sólo a un número limitado de Estados miembros, por importantes que puedan ser algunos como la República Federal de Alemania. Ello explica que se cayera del informe Lamassoure (la versión inicial del 6 de febrero de 2002, no el finamente aprobado) la propuesta de otorgar un Estatuto de región asociada a la Unión y en virtud de la cual la Comisión se comprometía a consultar a las regiones cuando sus iniciativas pudieran afectar a competencias propias de las mismas. Ello aclara igualmente el fracaso del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, del 25 de julio de 2001, en lo que afecta al objetivo de una mejor participación de los ciudadanos en los temas europeos a través de la democracia local y regional que partía de la constatación de que son los entes locales y regionales los responsables primarios, en los últimos años, de aplicar numerosas políticas comunitarias (agrícola y medioambiental, por ejemplo) y los fondos estructurales europeos. Esta colaboración se llevaría a cabo fundamentalmente mediante contratos y acuerdos tripartitos (la Comisión Europea, el Estado miembro y alguna o varias de sus autoridades subestatales), pero sólo en contadas ocasiones se ha puesto en práctica.⁸⁵

Con todo, el Tratado constitucional contiene una novedad que podría ser significativa en relación con el hecho regional, concretamente en relación con el control de la subsidiariedad (Protocolo número 2 sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad). ⁸⁶ En primer lugar porque este Protocolo exige a la Comisión que, cuando elabore sus propuestas normativas, no se aísle y lleve a cabo diversas consultas y tenga en cuenta la dimensión regional y local de las acciones consideradas (artículo 2), por lo que puede ser un cauce indirecto de participación regional en los asuntos europeos, o lo que es lo mismo, un mecanismo de interlocución directa de los entes regionales con la Comisión. Ahora bien, hay que tener en cuenta que «en casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas». Y además, esta institución ya ha indicado que los interlocutores regionales adecuados para el diálogo regional serán el Comité de las Regiones y las asociaciones nacionales y europeas de colectividades locales y regionales, dado que existen 250 regiones en Europa y 100.000 colectividades locales.87

En segundo lugar, el Protocolo impone a la Comisión Europea que en todo proyecto legislativo incluya una ficha con todos los pormenores que permitan evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, su impacto financiero y, en el caso de una ley marco europea —la directiva en la actualidad—, sus efectos sobre la normativa interna, local y regional de los Estados (artículo 5). Por lo que los entes regionales estarán —en teoría, al menos— bien informados de las propuestas legislativas que les afecten.

Ello tiene su importancia porque los entes regionales podrán influir en la puesta en marcha del mecanismo de alerta temprana (antes de la aprobación del acto legislativo) y la interposición del recurso de anulación

⁸⁵ Vid. la Comunicación de la Comisión «El marco de los contratos y convenios tripartitos de objetivos entre la Comunidad, los Estados y las autoridades regionales y locales», COM (2002) 709 Final, de 11 de diciembre de 2002. Y para una valoración la fase piloto y sus resultados, vid. G. VARA ARRIBAS, «Nuevas herramientas para la gobernanza multinivel: los contratos tripartitos por objetivos», R.E.D.E., núm. 18, 2006, pp. 205-225.

⁸⁶ Para más detalles de lo que sigue, A. MANGAS MARTÍN, «El control del principio de subsidiariedad», en La Constitucionalización del proceso de integración europea, Madrid: BOE, AEP-DIRI y Escuela Diplomática (núm. 9 de la Colección Escuela Diplomática), 2005, pp. 53-79.

⁸⁷ Comisión Europea, «Diálogo con las asociaciones de colectividades territoriales sobre la elaboración de las políticas de la Unión Europea», COM (2003) 811 final, de 19 de diciembre de 2003.

(cuando ya está en vigor) que contempla el Protocolo número 2. Ciertamente, el Protocolo se refiere a los Parlamentos nacionales, entendiendo por tal los parlamentos estatales, no los regionales. Mas a través de ellos, y en particular del Senado, los entes regionales podrán controlar el cumplimiento del principio de subsidiariedad puesto que en todos los Estados miembros existe una segunda cámara regional en la que están representados directamente, con arreglo a diversas modalidades, los entes regionales, por lo que es en este foro donde deben tratar de ejercer su influencia.

Además, el protocolo avala que los Parlamentos nacionales consulten a los parlamentos regionales antes de decidir sobre las propuestas legislativas de la Comisión. Cada Parlamento nacional dispone de dos votos y, como es el caso de España con dos cámaras, cada una dispone de un voto que puede ejercer autónomamente, por lo que no tienen que estar de acuerdo el Congreso y el Senado. Pero los parlamentos regionales, aunque sean consultados o estén representados en los parlamentos nacionales, no son titulares del derecho de voto en relación con el dictamen y el procedimiento de alerta temprana que corresponde inequívocamente a los Parlamentos nacionales.

A la postre, en España todo pasará, *rebus sic stantibus*, por un Senado carente de legitimidad autonómica y la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, que no acaba de despegar. Por lo que no es de extrañar que los entes regionales estén reivindicando con fuerza una transformación profunda de la cámara territorial. No es de recibo que el Parlamento español pueda adoptar sus decisiones en materias de competencias autonómicas sin tener en cuenta la opinión de sus parlamentos regionales, como en buena medida sucede en la actualidad. Será preciso pues, articular un nuevo marco institucional de relación entre los Parlamentos regionales y estatales.

Centrándonos en España, la reforma de la Constitución que se está estudiando por estas fechas puede ser un buen momento para llevar a cabo la necesaria revisión del Senado. 88 Además la Comisión Mixta para

⁸⁸ Cabe indicar en este sentido que el Pleno del Consejo de Estado aprobó el 16 de febrero de 2006 el *Informe sobre la reforma de la Constitución* que le había encargado el Gobierno sobre cuatro puntos: sucesión a la Corona, construcción europea, denominación de las Comunidades Autónomas y reforma del Senado. Pues bien, fijar una posición sobre la reforma del Senado ha sido uno de los puntos más conflictivos. Vid el texto en http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/ce.php. Y para una aproximación actual al estado del tema, véase M. A. APARICIO PÉREZ, «¿Qué reforma constitucional?», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, 2006, pp. 101-124.

la UE ha creado en su seno, un grupo de trabajo para estudiar la aplicación del Protocolo sobre el uso de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ya que parece haber consenso en que serán recogidos en el futuro cherry-picking constitucional. En diversas sesiones celebradas ante el pleno de la Comisión Mixta para la UE en la primavera de 2006 (en particular, las sesiones 16 a 18) han ido compareciendo expertos en Derecho comunitario, españoles y de otros Estados miembros, incluidos funcionarios de las instituciones comunitarias. Uno de los temas estrella que han tratado concierne al mecanismo de la alerta temprana y su aplicación por los parlamentos estatales y también regionales con ideas interesantes que veremos cómo se plasman en la práctica. En todo caso, las distintas comparecencias coinciden en la necesidad de vincular estrechamente a los parlamentos autonómicos en la aplicación de este mecanismo de alerta temprana y en un Senado reformado como uno de los cauces que facilitaría este proceso. 89 Por si acaso, las reformas estatutarias en curso hablan expresamente de la participación de los parlamentos nacionales en la puesta en marcha de la alerta rápida, como se comenta después.

Señalemos incidentalmente que la Declaración de Milán de los presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales de Europa (CALRE), del 26 de octubre de 2004, exige la adaptación de las legislaciones nacionales para garantizar que las decisiones sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad se tomarán en las asambleas regionales si se trata de ámbitos de su competencia. Como regla, los Estados no han hecho nada relevante en este sentido hasta el presente, pero no cabe duda de que el nuevo sistema de alerta temprana acabará impulsando este cambio. Y a pesar de no estar obligado por el Protocolo sobre la subsidiariedad en relación con la cuestión regional, el Parlamento Europeo ha anunciado la reforma de su Reglamento interno para que una representación de los Parlamentos regionales con capacidad legislativa pueda participar con regularidad en los trabajos de su comisión competente en asuntos regio-

⁸⁹ Vid. Comisión Mixta para la Unión Europea, Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas, VIII Legislatura, 2006, núm. 62 (sesión 16, de 30 de marzo de 2006), núm. 67 (sesión 17, de 27 de abril de 2006) y núm. 68 (sesión 18, de 11 de mayo de 2006). Véanse especialmente las intervenciones de ENOCH ALBERTÍ en la sesión 17, ya que está centrada en la posible participación de los parlamentos regionales en el procedimiento de alerta temprana, y de José Martín y Pérez de Nanclares en la sesión 18, en la que dedica un apartado a la dimensión regional del mecanismo de alerta rápida.

nales (la Comisión de Desarrollo Regional). 90 Tres años después de esta iniciativa sigue pendiente la reforma del reglamento de la Eurocámara.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el Protocolo 2 del Tratado constitucional confiere a los Parlamentos nacionales legitimación para recurrir en anulación un acto legislativo comunitario que vulnere el principio de subsidiariedad, si bien a través del Gobierno del Estado miembro. El Protocolo se remite al derecho nacional para que éste decida si el Gobierno nacional está obligado a interponer el recurso a petición del Parlamento nacional. A falta de una normativa al respecto en España, lo razonable es que el poder ejecutivo dé curso a la petición de cualquiera de las dos Cámaras. Ello significa que, a petición del Senado, el Gobierno debería interponer el recurso, por lo que nuevamente es en esta sede donde las Comunidades Autónomas deberían jugar sus cartas, y he aquí una razón más de su insistencia en reformarlo. De todas formas este control *ex post* del principio de subsidiariedad no será la panacea que resuelva todos los problemas, vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, antes mencionada, relativa a los límites del control jurisdiccional.⁹¹

Una vez expuestos los avances del Tratado constitucional en lo concerniente al fenómeno regional, hay que indicar sus carencias porque *los resultados distan de las reivindicaciones proclamadas por las entidades subestatales con mayores competencias*. Muy sintéticamente se ha hecho caso omiso de sus peticiones relativas a: 1) la obligación de la Comisión de responder a los dictámenes del Comité de las Regiones justificando las razones por las que no ha tenido en cuenta su opinión; 2) la configuración del Comité de las Regiones como una segunda cámara legislativa comunitaria; 3) la supresión del artículo 308 y la limitación del alcance de los artículos 94 y 95 del Tratado CE; 4) la inclusión de un listado negativo de competencias exclusivas regionales en las que no fuera posible ninguna injeren-

⁹⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre la delimitación de las competencias entre la UE y los Estados miembros, de 31 de julio de 2003, punto 40. Para un estudio específico acerca de las posibilidades de participación de los Parlamentos regionales en la arquitectura institucional europea, vid. E. Albertí Rovira, «Los Parlamentos regionales en la Unión Europea», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), La encrucijada constitucional de la UE, Madrid: Civitas, 2002, pp. 351-363.

⁹¹ En el mismo sentido, J. Díez HOCHLEITNER (intervención en la Comisión Mixta para la Unión Europea, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, Comisiones Mixtas, VIII Legislatura, 2006, núm. 68 (sesión 18, de 11 de mayo de 2006), p. 20) indica que no cree que el control del principio de subsidiariedad por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de anulación sea efectivo porque no podrá ir más allá de «un control formal vinculado a la verificación del respeto en la toma en consideración del principio en el procedimiento decisorio».

cia comunitaria; 5) la inclusión de un protocolo anexo a la Constitución sobre los Parlamentos legislativos regionales con derechos similares a los de los Parlamentos nacionales. 92 A ello hay que añadir lo que se dice a continuación en cuanto al acceso directo ante los tribunales de justicia europeos, reivindicación regional insatisfecha.

Albertí Rovira sistematiza la aportación del Tratado constitucional en materia regional en los siguientes términos: a) *el reconocimiento del hecho regional es indirecto y de baja intensidad*, a pesar de algunas menciones generales a las regiones; b) se abren nuevas posibilidades de intervención regional directa en la vida comunitaria pero aparecen subordinadas a la decisión interna de los Estados, manteniéndose de este modo en lo sustancial el principio tradicional de autonomía institucional; c) el Comité de las Regiones, que no ha mejorado significativamente su estatuto jurídico, sigue siendo el cauce fundamental para la participación regional institucionalizada en sede europea.⁹³

4.2.2 · El acceso a los tribunales de justicia de la Unión

Los Estados miembros y las instituciones de la UE disfrutan de legitimación privilegiada ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en el Tratado CE. Este no es el caso de los entes regionales ni del Comité de las Regiones, que sólo pueden acceder de manera limitada.⁹⁴

Por un lado, el Tratado CE les confiere legitimación activa directa para presentar un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia únicamente en el supuesto de que sean los destinatarios de una decisión o, no siendo el caso, que estén afectados directa e individualmente por un reglamento o una decisión. El Tratado asimila a los entes regionales con cualquier persona física o jurídica.

⁹² L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, *op. cit.*, pp. 327 ss.

⁹³ E. Albertí Rovira, «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: las nuevas perspectivas del Tratado constitucional y la participación interna», *op. cit.*, pp. 24-38.

⁹⁴ Vid. en general sobre el tema, E. Albertí Rovira, «El acceso de las Comunidades Autónomas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA.VV., Integración europea y poder judicial, Oñate: I.V.A.P., 2006, pp. 157-166; R. M. Díaz, «Comunitats autònomes i jurisdicció comunitària», El Clip, núm. 32, 2005, pp. 1-17; C. Ortega Santiago, Las Comunidades Autónomas ante la jurisdicción comunitaria, Madrid: Iustel, 2005.

El quid de la cuestión está en la prueba de esta afectación directa e individual. La sentencia Jégo-Queré del Tribunal de Primera Instancia del 3 de mayo de 2002 (asunto T-177/01) marca un punto de inflexión en la jurisprudencia comunitaria relativa a las condiciones de acceso de los particulares ante los jueces comunitarios. Según esta sentencia, la noción de afectación individual en el sentido del artículo 230 del Tratado CE no se interpretará de la manera tan restrictiva del pasado que sólo permitía a título excepcional a los particulares impugnar un reglamento comunitario, sino en el sentido de que «una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que le afecta directamente si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica, restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones». Mas los vaivenes que ha experimentado esta liberalizadora jurisprudencia desde entonces hacen todavía muy dificultoso el cumplimiento del requisito de la afectación directa e individual. 95 De hecho, los tribunales de justicia comunitarios siguen siendo en general bastante reacios a reconocer legitimación activa a los entes regionales cuando el recurso de anulación se dirige contra un reglamento. 96 El contencioso comunitario en materia de ayudas públicas otorgadas por regiones constituye el paradigma de esta dificultad.⁹⁷

A su vez, el artículo III-365 del Tratado constitucional cambia, en relación con los reglamentos, la afectación individual por el requisito de que no requieran medidas de ejecución (esto es, que sean aplicables directamente). Si bien no está claro que la situación descrita antes cambie radicalmente en caso de que entre en vigor porque se excluyen expresamente

⁹⁵ Véase en general sobre el tema, B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «De nuevo sobre la legitimación de los particulares para impugnar directamente actos formativos comunitarios y la tutela judicial efectiva: el restablecimiento del *statu quo*», *La Ley. Unión Europea*, núm. 5645, de 31 de octubre de 2002, pp. 1-7; J. M. CORTES MARTÍN, «afectación individual (230.4 CE): ¿un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?», *R.D.C.E.*, núm. 17, 2003, pp. 1119-1173.

⁹⁶ Para una panorámica general de la jurisprudencia comunitaria, B. MARTÍN BAUMEISTER, «El reconocimiento de legitimación activa a las regiones europeas en recursos de anulación bajo el artículo 230.4 CE. El elemento de la afectación individual», G.J. de la U.E., núm. 234, 2004, pp. 29-45.

⁹⁷ Vid. al respecto el pormenorizado análisis de M. SOBRIDO PRIETO, M., Las comunidades autónomas ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 212-279.

los actos legislativos y porque habrá que ver cómo se aplica el nuevo criterio de la aplicabilidad directa.

En cualquier caso, los entes regionales no consiguieron su objetivo principal porque el *Praesidium* de la Convención Europea rechazó categóricamente que las regiones con poder legislativo pudieran tener, no ya un acceso privilegiado al Tribunal de Justicia, sino siquiera *una legitimación activa similar a la que ha sido reconocida a los Parlamentos nacionales* en el Protocolo número 2 en relación con actos comunitarios que puedan infringir el principio de subsidiariedad.

En segundo lugar, los entes regionales pueden recurrir frente a un acto comunitario a través del Comité de las Regiones. El Tratado constitucional reconoce una vieja aspiración de este Comité otorgándole legitimación activa ante el Tribunal de Justicia, pero de manera parcial, porque su legitimación no es general (demandante privilegiado), sino tan sólo para la defensa de sus prerrogativas (al igual que el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas) en el marco de un recurso de anulación y siempre tratándose de proyectos de actos para cuya aprobación se requiera su consulta previa (artículo III-365-3). Además, el artículo 8 del Protocolo 2 precisa que, de conformidad con este precepto (artículo III-365.3), el Comité de Regiones podrá interponer recursos de nulidad por incumplimiento del principio de subsidiariedad. Se trata de dos preceptos vinculados pero de distinto alcance porque en este caso se circunscribe a los actos legislativos, de tal suerte que las propuestas de actos de naturaleza ejecutiva en las que se pudiera quebrar el principio de subsidiariedad no pueden ser recurridos en anulación por el Comité de las Regiones. 98

Como quiera que pueda resultar complicado alcanzar una mayoría suficiente dentro del Comité de las Regiones para accionar el recurso de anulación, puesto que su composición es muy heterogénea, se aprecia por qué las regiones con competencias legislativas no están conformes con el hecho de que la defensa de sus prerrogativas pase a través del Comité de las Regiones.

⁹⁸ A. MANGAS MARTÍN, La Constitución europea, op. cit., pp. 131-132 y 139-140. Vid. adicionalmente E. Albertí, E. Fossas y M. A. Cabellos, El Principi de subsidiarietat a la Unió Europea: la seva consagració en el Tractat pel qual s'estableix una constitució per a Europa i les perspectives per a les regions amb poders legislatius i, en especial, per als seus parlaments, Barcelona: Parlament de Catalunya, 2005.

4.2.3 · Valoración crítica

En el Tratado constitucional no hay realmente un reconocimiento regional sino simplemente un reconocimiento, y limitado además, de la dimensión regional de la integración europea. Basta con traer a la memoria que el principio de subsidiariedad sigue siendo una cuestión a precisar en el ámbito interno de cada Estado y no tiene garantizado en sede comunitaria su aplicación a favor del escalón regional. Tampoco las regiones encuentran un espacio propio en el sistema de distribución de competencias, ni se aprecian avances significativos en cuanto a la posible presencia institucional de las regiones en el Parlamento Europeo o en el consejo de Ministros, y su capacidad para acudir ante el Tribunal de Justicia sigue siendo limitada. En fin, el Comité de las Regiones continúa con su híbrida composición regional y local que tan poco agrada a los entes regionales con competencias legislativas, sin alcanzar el rango institucional y sin que su ámbito material de intervención difiera mucho del configurado por el Tratado de Niza. Y si bien la regulación del denominado mecanismo de alerta rápida y su posible uso por parte de los parlamentos regionales despierta un claro interés, se supedita a que el correspondiente Estado arbitre un sistema interno que la haga posible en el nuevo sistema de control de la subsidiariedad.99

Es pues comprensible el desaliento expresado por diferentes entes regionales con competencias legislativas, así como que las Comunidades Autónomas estén aprovechando las reformas estatutarias en curso para positivizar los mecanismos actuales de participación en asuntos europeos y adicionalmente recoger muchas de sus reivindicaciones pendientes a este respecto. 100

Por ejemplo, el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña del 19 de julio de 2006 ha establecido un capítulo III para las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea con 9 preceptos. Pues bien, en el artículo 188 del Estatuto catalán se proclama la participación del Parlamento autonómico en el control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el Derecho de la UE en relación con las propuestas legisla-

⁹⁹ J. M. PÉREZ MEDINA, «Tratamiento de la cuestión regional en el proyecto de Tratado constitucional de la Unión Europea», Revista General de Derecho Europeo (Iustel), núm. 4, 2004, pp. 1-2.

¹⁰⁰ En general, para una aproximación a este fenómeno, vid. P. CRUZ VILLALÓN, «La reforma del Estado de las Autonomías», Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, núm. 2, 2006, pp. 77-99.

tivas europeas que afecten a competencias de la Generalitat. Por otro lado, el artículo 191 reglamenta el acceso al Tribunal de Justicia¹⁰¹ con cláusulas que plasman el régimen jurídico establecido por el Derecho comunitario descrito y por determinada normativa española interna, como es el caso del Acuerdo de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas del 11 de diciembre de 1997 sobre la participación de las Autonomías en los procesos ante la Comisión y el Tribunal de Justicia. Finalmente, otros preceptos proclaman y regulan con detalle la participación en los Tratados de la UE (artículo 185), la formación de las posiciones del Estado (artículo 186) y en las instituciones y organismos europeos (artículo 187), el desarrollo y aplicación del derecho de la UE (artículo 189), la gestión de los fondos europeos (artículo 190)¹⁰² y la delegación de la Generalitat ante la UE (artículo 192).

Estos preceptos no llevan a cabo sino un desarrollo coherente de la disposición general (artículo 184) del Estatuto catalán, según el cual «la Generalitat participa, en los términos que establece el presente Estatuto y la legislación del Estado, en los asuntos relacionados con la UE que afecten a las competencias o los intereses de Cataluña». ¹⁰³ Una regulación prácticamente idéntica o con fuertes semejanzas se encuentra en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (artículo 61) y los proyectos de Estatutos de Autonomía de Andalucía (artículos 226 a 235), Baleares (artículos 107 a 113), Aragón (artículos 92 a 95) y Canarias (artículos 87 a 89). ¹⁰⁴

¿Están legitimadas las Comunidades Autónomas para incluir previsiones estatutarias que reflejen la participación que están teniendo en asuntos europeos e incluso sus peticiones irresueltas? No hay ningún problema en relación con la aplicación del Derecho comunitario (fase descendente)

¹⁰¹ Su tenor literal reza: «1. La Generalitat tiene acceso al Tribunal de Justicia de la UE en los términos que establezca la normativa europea. 2. El Gobierno de la Generalitat puede instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de la UE en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Generalitat. La Generalitat colaborará en la defensa jurídica. 3. La negativa del Gobierno del Estado a ejercer las acciones solicitadas debe ser motivada y se comunicará inmediatamente a la Generalitat».

¹⁰² Respecto a esta cuestión, vid. la contribución de David Ordóñez Solís a esta monografía.

¹⁰³ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Vid. para un primer comentario al Estatut, L. SANTOS, L. BONET, D. FUENTES, El nou Estatut. Comentaris a peu d'obra, Barcelona: Fundació Rafael Campanals, 2006.

¹⁰⁴ Véanse los textos de las reformas estatutarias en la dirección de Internet del Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat de Cataluña, http://www10.gencat.net/drep/AppJava/cat/recerca/reforma.jsp

ya que basta con retomar por escrito la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. Más problemas causa la fase ascendente porque el establecimiento de los mecanismos de participación de las Autonomías en los asuntos comunitarios es fundamentalmente una decisión de carácter general a decidir entre el Estado y todas las Comunidades Autónomas, y no unilateral, propia a cada una de éstas. No obstante, «este necesario carácter [general] no excluye ni que los Estatutos puedan prever una relación bilateral con el Estado para tratar aquellas cuestiones que son específicas de la Comunidad o para dar cauce a un interés específico de participación en aquellos asuntos europeos que la afecten de forma especial, ni tampoco que los Estatutos puedan afirmar la facultad de participación que asiste a la Comunidad Autónoma y que hallará su cauce a través de los mecanismos que se acuerden» que pueden ser de carácter multilateral y general, pero también de carácter bilateral. 105 Además, la previsión estatutaria de la facultad de participación de cada Autonomía en temas europeos deberá adecuarse a lo que pueda disponer la Constitución una vez terminado su proceso de reforma en lo que respecta al derecho de participación de las Autonomías en los asuntos europeos y los principios básicos que la rigen en las fases ascendente y descendente. 106 Una vez concluidos los procesos de reforma estatutaria y constitucional se podrá enjuiciar caso por caso si lo anterior se cumple.

¹⁰⁵ E. Albertí Rovira, «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: las nuevas perspectivas del Tratado constitucional y la participación interna», op. cit., pp. 40-42.

¹⁰⁶ Para un desarrollo de esta cuestión, vid. J. A., «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: una evolución posible», en E. Albertí Rovira, L. Ortega Álvarez y J. A. Montilla Marcos, Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea, op. cit., pp. 90-95.

EL DESARROLLO Y LA EJECUCIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA COMPARTIDA CON EL ESTADO

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA Catedrático de Derecho Constitucional Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La doctrina general sobre la ejecución del derecho comunitario europeo por parte de las Comunidades Autónomas. 3. La intervención del Estado en la ejecución del derecho comunitario por parte de las Comunidades Autónomas. 3.1. La intervención basada en la responsabilidad internacional del Estado. 3.2. La intervención basada en el principio de igualdad. 3.3. La intervención basada en la supraterritorialidad. 3.4. La intervención basada en el ejercicio de competencias propias. La extensión del ámbito material de las competencias. La presencia de títulos horizontales del Estado y su articulación con las competencias autonómicas. La interposición de *bases* estatales. 4. Las reformas de los Estatutos de Autonomía ante la ejecución del derecho comunitario europeo

1 · Introducción

Es para mí, como siempre, un placer poder participar en las actividades que organiza el Institut d'Estudis Autonòmics y quisiera agradecer así, en primer lugar, la amable invitación que me cursaron en su momento tanto su director, el profesor Carles Viver, como el coordinador de este seminario, el profesor Miguel Ángel Cabellos. En este caso, además, constituye para mí un motivo de satisfacción especial tomar parte en un seminario dedicado a la ejecución autonómica del Derecho comunitario europeo, toda vez que el primer libro¹ que publicó el Institut, hace ya veinte años, trató

¹ L'aplicació del dret de la Comunitat Europea pels organismes subestatals, IEA, Barcelona, 1986, con contribuciones de J. M. VILASECA, C. GASÒLIBA, J. ROMERO, E. ANDREU, C. DE DALMAU, G. GARZÓN, G. ALBIOL, J. L. PIÑOL y B. VILÀ.

precisamente sobre la ejecución del Derecho comunitario por parte, como se las llamó en aquel momento, de las entidades subestatales, una expresión que quizá hoy no utilizaríamos. Fue un libro publicado en enero del año 1986 y hay que recordar que España firmó el Tratado de adhesión en 1985 e ingresó en la Comunidad Europea con efectos de 1 de enero de 1986. Ello pone de relieve el interés tan temprano que el Institut manifestó en esta cuestión que se ha repetido y aún intensificado después, con la organización de múltiples actividades para tratar estos problemas. Por ello para mí es un placer y un honor poder contribuir, aunque sea en una medida muy pequeña, a esta trayectoria.

El tema que se me asignó en su momento fue el de la ejecución del Derecho comunitario por parte de las comunidades autónomas, especialmente en el ámbito de las competencias de carácter compartido —compartido o concurrente, pues aquí, como se sabe, existe un debate terminológico—. En definitiva, en aquellos sectores o ámbitos en que el establecimiento de las bases corresponde al Estado y el desarrollo normativo y la ejecución a las comunidades autónomas. El tema es muy extenso y en las ponencias posteriores se tratan cuestiones importantes que guardan una estrecha relación con este objeto y por tanto no me voy a referir a ellas, o en todo caso, haré sólo las alusiones que resulten imprescindibles. Así, por ejemplo, la ejecución del Derecho comunitario por parte de las comunidades tiene mucho que ver con la gestión de las subvenciones que David Ordóñez va a tratar en su ponencia; y, del mismo modo, tiene que ver también con la responsabilidad del Estado por el incumplimiento, atribuible a cualquier instancia interna, de las obligaciones que dimanan del Derecho comunitario, cuestión que va a ser tratada también posteriormente, en la ponencia de Marcos Gómez. Ambas cuestiones, a pesar de su muy estrecha conexión con la ejecución autonómica del derecho comunitario europeo, van a quedar pues al margen de mi intervención.

Una vez dicho lo que no voy a tratar, voy a indicar ahora qué voy a hacer. Voy a tratar básicamente cuatro cuestiones, algunas con mayor extensión que otras. En primer lugar, cuál es la doctrina general de la ejecución autonómica del Derecho comunitario, tanto desde una perspectiva comunitaria como también interna. En segundo lugar, cuáles son los problemas que se han planteado en este ámbito, tanto con carácter general como específicamente en relación con las competencias de carácter compartido o concurrente, aquellas que asignan al Estado la determinación de las *bases*, mientras que su desarrollo y su ejecución corresponden a las Comunidades

Autónomas. Vamos a ver, en tercer lugar, qué es lo que hacen los estatutos de autonomía al respecto frente a estos problemas y, muy especialmente, qué hacen los estatutos recientemente reformados (el de la Comunidad Valenciana y el de Catalunya), así como algunas de las actuales propuestas de reforma de estatutos en trámite ya que los vigentes —a excepción de los nuevos estatutos valenciano y catalán— no dicen absolutamente nada al respecto. Y finalmente, voy a terminar con una reflexión general de carácter prospectivo sobre qué es lo que queda pendiente aún y por dónde podría avanzarse en el futuro inmediato previsible.

2 · La doctrina general sobre la ejecución del derecho comunitario europeo por parte de las Comunidades Autónomas

Como simple recordatorio, y al solo efecto de enmarcar la cuestión que nos ocupa, puede resultar útil traer a colación, muy brevemente, la doctrina general sobre la ejecución del derecho comunitario europeo por parte de las entidades regionales (para emplear el término de uso común en derecho comunitario) en los estados miembros de estructura compuesta o descentralizada.

Esta cuestión, como se sabe, puede contemplarse tanto desde una perspectiva comunitaria europea como desde la perspectiva constitucional interna de cada Estado miembro. Vista desde la primera, la cuestión se resuelve con relativa simplicidad acudiendo al principio de autonomía institucional y procedimental que ha constituido el enfoque tradicional de la Comunidad Europea en la materia. En virtud del mismo, como se sabe, se sostiene que la Comunidad, o la Unión en su caso, nada tiene que decir sobre quién debe ejecutar las normas comunitarias en el interior de cada Estado miembro, ni sobre cómo debe hacerlo. Estas son cuestiones que corresponden al ámbito doméstico de cada uno de ellos. La Comunidad es *ciega*, en expresión de Ipsen² que hizo fortuna, ante la estructura constitucional interna de cada Estado, de modo que no puede ni debe inmiscuirse en la decisión acerca de qué instituciones internas deben desarrollar y aplicar el derecho de la Comunidad ni a través de qué procedimientos ello debe hacerse. La Co-

² Länderblindheit de la Comunidad (H.P. IPSEN, «Als Bundesstaat in der Gemeinschaft», en Ernst von Caemmerer, Hans-Jürgen Schlochauer und Ernst Steindorff (Ed.) Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Klostermann, Frankfurt a.M, 1966, p. 248 y sig.).

munidad, obviamente, tiene interés en el cumplimiento fiel y efectivo de las obligaciones que tanto los tratados originarios como el derecho derivado imponen a los Estados, de modo que se consigan los resultados y los efectos previstos. Pero quién debe asumir estos deberes y revisar cómo se cumplen en el interior de cada Estado son cuestiones cuya decisión les corresponde exclusivamente a ellos.

Esta es, al menos, la aproximación tradicional y clásica de la Comunidad a la ejecución interna del derecho comunitario que se ha venido sosteniendo en múltiples sentencias del Tribunal de Justicia. Éste ha declarado, en efecto, ya desde la muy conocida *Internacional Fruit Co.* de 1971, que «cuando las disposiciones de los tratados o de los reglamentos reconocen poderes a los Estados miembros o les imponen obligaciones con el fin de aplicar el derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de estas obligaciones pueden ser confiadas por los Estados miembros a determinados órganos internos, corresponde únicamente al sistema constitucional de cada Estado». En relación con las directivas cuya transposición está en el centro de los problemas que vamos a tratar aquí, el propio Tribunal tuvo ocasión de aplicar expresamente esta doctrina general declarando que «Todo Estado miembro es libre para distribuir como considere conveniente las competencias internas y de ejecutar una directiva por medio de las autoridades regionales o locales».⁴

Ciertamente, esta libertad tiene límites que en general pueden reconducirse al *efecto útil* de las directivas o, en general, del derecho comunitario, que encuentra su fundamento a su vez en el principio de lealtad que recoge el artículo 10 TCE, el cual obliga a los Estados no sólo a abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de la Comunidad, sino también, en positivo, a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que deriven del derecho comunitario y a colaborar activamente con las instituciones comunitarias para el cumplimiento de su misión. Estos límites generales van acompañados por otros más específicos aplicables más concretamente al ámbito que nos ocupa, como el de que las directivas no pueden ser transpuestas mediante actos sin valor jurídico-normativo⁵ o mediante

³ STJCE International Fruit Co., de 17-12-1971 (51-54/71).

⁴ STJCE Comisión v. Bélgica, de 14 de enero de 1988 (227-230/85).

⁵ SSTJCE de 2 de diciembre de 1986 (239/85), de 14 de octubre de 1987 (208/85) y de 9 de junio de 1993 (C-95/92), entre otras.

simples prácticas administrativas,⁶ sino que la transposición requiere normas vinculantes. Pero quién debe adoptarlas y cómo, siguen siendo cuestiones que deben decidirse en el interior de los Estados según sus reglas constitucionales domésticas.

La perspectiva constitucional interna es pues la fundamental para decidir cómo debe desarrollarse y ejecutarse en el interior de cada Estado el derecho comunitario. Y es sabido que ello puede hacerse según modelos diversos, como muestran las experiencias alemana, italiana o belga, que resuelven la cuestión de forma muy distinta. En España, el problema fue abordado muy pronto por el Tribunal Constitucional, que lo resolvió mediante una doctrina clara (al menos en cuanto a los principios que la inspiran) y en general no discutida, aunque presenta también algunos problemas.

El Tribunal Constitucional, en efecto, parte de la idea fundamental de que en el bloque de la constitucionalidad no existe un título competencial específico relativo a la ejecución del derecho comunitario europeo.⁸ No lo es el que la Constitución reserva al Estado en el artículo 149.1.3 CE en materia de relaciones internacionales; y tampoco pueden tener esta función las cláusulas que contienen algunos Estatutos de Autonomía, mediante las cuales se dice que la Comunidad Autónoma respectiva «adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales en todo aquello que afecte a las materias atribuidas a su competencia». A falta de un título competencial general, la cuestión debe resolverse, como apunta por otra parte la cláusula citada que se contiene en algunos Estatutos de Autonomía, por remisión a las reglas internas de reparto de competencias, de modo que la ejecución del derecho comunitario europeo deberá seguir las normas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas contenidas en el bloque de la constitucionalidad. Así lo ha expresado con total claridad el propio Tribunal Constitucional que en la primera ocasión que tuvo para pronunciarse sobre esta cuestión dejó sentado con total nitidez el principio que debía orientar su resolución: «son las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso

⁶ SSTJCE de 23 de mayo de 1985 (29/84) y de 11 de noviembre de 1999 (C-315/98), entre otras.

⁷ Un análisis general de estos modelos, en la literatura española, en D. ORDÓNEZ SOLÍS, La ejecución del derecho comunitario europeo en España, Civitas, Madrid, 1994, esp. pag. 180 y sig.

⁸ SSTC 236/1991, de 12 de diciembre, 79/1992, de 28 de mayo y 141/1993, de 22 de abril, entre otras.

⁹ Así, p.e., art. 27.3 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, de 1979, art. 20.3 del Estatuto del País Vasco; art. 23.2 del Estatuto de Andalucía; art. 40.4 del Estatuto de Aragón.

han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas» con ocasión de la ejecución del derecho comunitario europeo en España (STC 252/1988 del 20 de diciembre, FJ 2).

Este principio general es aceptado tanto por el Estado, como por las Comunidades Autónomas tal y como pone de manifiesto el Acuerdo de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las conferencias sectoriales, del 30 de noviembre de 1994, que recoge este criterio general¹⁰ y establece diversos mecanismos de cooperación en la materia, esencialmente en forma de intercambio de información y de posible adopción de acuerdos en asuntos de común interés. Y su aceptación se pone de manifiesto, igualmente, en los numerosos conflictos que el Tribunal Constitucional ha resuelto en este ámbito, en los que este criterio general no ha sido puesto en cuestión por las partes.¹¹

Existe por tanto, un principio general que orienta la resolución de esta cuestión bien establecido por el Tribunal Constitucional y aceptado por las partes. Pero ello no significa que la cuestión se halle exenta de problemas y de controversias. ¿De dónde proceden? Pues básicamente de ciertas intervenciones, o de pretensiones de intervención del Estado en aquellos casos en los que la competencia correspondería a las Comunidades Autónomas y que son discutidas por éstas. No se trata, por tanto, de que una parte, generalmente el Estado, se arrogue una competencia general para ejecutar el derecho comunitario, sino de que pretenda actuar o intervenir, con gra-

¹⁰ Así, se establece en el pacto undécimo: «En el marco del principio de autonomía institucional que rige en todos los Estados miembros en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados, así como del principio de que la aplicación en España del Derecho comunitario europeo debe llevarse a cabo conforme a la distribución de competencias resultante del bloque de constitucionalidad, la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas se comprometen a residenciar en la respectiva Conferencia Sectorial el tratamiento con arreglo al principio de cooperación de todos aquellos asuntos de mutuo interés relacionados con la aplicación del Derecho comunitario europeo y de los actos de las instituciones.»

¹¹ Así p.e., explícitamente en la STC 115/1991, de 23 de mayo, FJ 3.3: «ambas partes aceptan que esta traslación de la normativa comunitaria al derecho interno ha de seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a través del orden competencial establecido, que no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias».

dos de intensidad que pueden ser diversos, en aquellos casos en los que la competencia interna *primaria* corresponde a la otra parte, y así es incluso reconocido por quien pretende intervenir. No se discute el principio general de ejecución según las reglas constitucionales internas, sino que se aducen motivos que justificarían, en un caso determinado, una intervención en el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas. A continuación voy a tratar, de forma sintética, estas diversas intervenciones, o pretensiones de intervención, intentando examinar su etiología, también diversa.

3 · La intervención del Estado en la ejecución del derecho comunitario por parte de las Comunidades Autónomas

3.1 · La intervención basada en la responsabilidad internacional del Estado

El artículo 93 CE, como se sabe, establece que corresponde al Estado la garantía del cumplimiento de los tratados internacionales mediante los cuales se ha atribuido a instancias supranacionales el ejercicio de poderes internos así como de las resoluciones emanadas de los organismos titulares de la cesión. Ello es, a su vez, plenamente congruente con la responsabilidad del Estado por el cumplimiento de las obligaciones que derivan del Tratado de adhesión a las Comunidades y del resto del derecho originario de la Comunidad que incluye, naturalmente, la ejecución del derecho derivado, responsabilidad establecida firmemente desde el propio derecho comunitario europeo. Sin embargo, como también se sabe, no existe en la Constitución ninguna previsión específica sobre el modo de articular esta responsabilidad cuando pueda tener su origen en incumplimientos de las Comunidades Autónomas. La responsabilidad frente a la Comunidad y al resto de estados miembros de la Unión Europea corresponde, en todo caso, al Estado, pero éste, entendido en su acepción corta como poder central, no dispone de instrumentos específicos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de las Comunidades Autónomas o para corregir o reparar, en su caso, los incumplimientos que se produzcan. En este ámbito hay un acuerdo bastante general acerca de que el mecanismo de la ejecución estatal forzosa previsto en el artículo 155 CE, al que alguna vez se ha hecho referencia en este sentido, constituye un remedio inadecuado y desproporcionado para esta finalidad, al menos con carácter general.

De ahí, de esta *laguna* constitucional, a veces se ha intentado extraer a partir del mismo artículo 93 CE algunos poderes a favor del Estado frente a las Comunidades Autónomas que le confieran una capacidad de intervención suficiente para obligarlas al cumplimiento de sus obligaciones comunitarias. 12 Lo cierto, sin embargo, es que ni directamente ni en conjunción con otras disposiciones constitucionales (en especial, la cláusula de supletoriedad del derecho estatal que contiene el artículo 149.3 CE)¹³ parece adecuado, y sobre todo, seguro, derivar poderes de intervención autónomos del Estado frente a las Comunidades Autónomas para obligarlas al cumplimiento de sus obligaciones comunitarias europeas y evitar así incurrir él mismo en responsabilidad. La Constitución nada prevé al respecto y es bien conocida la doctrina constitucional sobre la improcedencia de establecer más controles estatales sobre la actuación de las Comunidades Autónomas de los previstos en la Constitución. 14 El Estado, ante estas situaciones, deberá acudir a los mecanismos ordinarios de que dispone, y especialmente a los tribunales de justicia, para mantener a las Comunidades en el cumplimiento de las obligaciones que derivan del derecho comunitario europeo y, en caso de tener que hacer frente ante la Comunidad a las responsabilidades contraídas por incumplimientos de aquéllas, podrá sin duda repercu-

¹² Así, p.e., L. Ortega Alvarez, «El artículo 93 de la Constitución como título estatal de competencia concurrente para los supuestos de incumplimientos autonómicos de las obligaciones comunitarias», REDA, 55, 1987, pag. 361 y sig. Del mismo modo, y acudiendo explícitamente al artículo 155 CE, S. Muñoz Machado, El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española, Civitas, Madrid, 1980, esp. pag., 128 y sig., que sostiene en este trabajo la capacidad del Estado para intervenir frente a situaciones de incumplimiento.

¹³ Como se ha defendido en ciertas ocasiones, aunque con alcances diversos (R. ALONSO GARCÍA, P. PÉREZ TREMPS, A. MANGAS MARTÍN). Vid una explicación general al respecto en D. ORDÓNEZ SOLÍS, op. cit., pag. 458 y sig. El Tribunal Constitucional ha sostenido también en alguna ocasión la posibilidad de intervención del Estado por la vía de la supletoriedad para cumplir la función de garantía que el artículo 93 CE le atribuye, aunque con carácter limitado, sólo en casos de incumplimiento por omisión. El Consejo de Estado, en su reciente Informe sobre las modificaciones de la Constitución española, de febrero de 2006, considera insuficiente la cláusula de supletoriedad, tal como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, para dar cauce adecuado a la función de garantía del Estado que establece el artículo 93 CE, y aboga por la introducción expresa en el texto de la Constitución de mecanismos adecuados, en forma de desincentivos financieros y de poderes de sustitución o de avocación de competencias en casos de incumplimientos de las Comunidades Autónomas declarados por el TJCE («Informe sobre modificaciones de la Constitución española», en F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco, El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos. Consejo de Estado, CEPC, Madrid, 2006, esp. pag. 120 y sig.

¹⁴ SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12, 63/1986, de 21 de mayo, FJ 9, entre otras.

tirles las mismas. Ello, sin duda, no resuelve todos los problemas que se presentan en este ámbito, y especialmente los que nacen de los incumplimientos por omisión. De ahí que haya sostenido en otros lugares la necesidad de establecer de forma clara y precisa mecanismos e instrumentos constitucionales adecuados, quizá en forma de poderes de sustitución provisional. Pero éste es otro tema, y además, la posterior ponencia de Marcos Gómez se encarga de tratar esta cuestión. Aquí quisiera simplemente dejar claro que, al menos en mi opinión, la garantía estatal del cumplimiento de las obligaciones comunitarias que establece el artículo 93 CE no puede fundamentar poderes autónomos a favor del Estado que le habiliten para intervenir cuando la ejecución del derecho comunitario corresponda a las Comunidades Autónomas.

3.2 · La intervención basada en el principio de igualdad

Dada la extraordinaria amplitud con la que acostumbra a interpretarse en España el principio de igualdad, podría pensarse que tal principio puede ser alegado para justificar algún tipo de intervención estatal en la ejecución del derecho comunitario, cuando el mismo corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud de las reglas internas de reparto de las competencias destinadas a asegurar el igual disfrute, por parte de los ciudadanos españoles, de los derechos contenidos en las normas comunitarias europeas, tanto si se trata de directivas que requieren transposición o de reglamentos que deben ser aplicados por las Administraciones. En este segundo caso, cobra un sentido especial la gestión de las subvenciones europeas, la cual ha sido objeto de un amplio tratamiento por parte del Tribunal Constitucional y que constituye un mundo en sí misma, por lo que me remito a la ponencia de David Ordóñez en este mismo seminario.¹⁶

La igualdad en el disfrute de los derechos (o en la carga de las obligaciones) contenidos en las normas comunitarias europeas puede contemplarse desde dos perspectivas distintas aunque complementarias: desde el pro-

¹⁵ Me remito a mi trabajo «La cláusula europea en la reforma de la Constitución española», F. RUBIO LLORENTE y J. ÁLVAREZ JUNCO, El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos, cit., pag. 475 y sig.

¹⁶ Vid. igualmente el reciente trabajo de este mismo autor, Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos, Bosch, Barcelona, 2006.

pio derecho comunitario europeo y desde el derecho interno. Desde el primer punto de vista la exigencia básica que se deriva del derecho comunitario europeo es la aplicación uniforme de las normas comunitarias, cuestión que se remite, como se sabe, al cumplimiento fiel de las mismas y a su efecto útil que exige que se consigan los resultados que se prevén de ellas. De lo que se trata es de que cada instancia, central o territorial, cumpla adecuadamente con las obligaciones establecidas en las normas comunitarias, aunque su actuación pueda ser diversa. Esta diversidad no sólo es posible y aceptable, sino que se halla implícita en la propia concepción del desarrollo y ejecución del derecho comunitario, especialmente de las directivas, a la que es consustancial. Los Estados, como se ha reconocido invariablemente en la jurisprudencia del TJCE, son competentes para elegir la forma y los medios de ejecución de las directivas y disponen de un poder de apreciación para transponer las directivas a su ordenamiento interno y asegurar su efecto útil.¹⁷ La igualdad en la aplicación del derecho comunitario no es, en este sentido, rígida uniformidad o monolitismo, sino estricto cumplimiento de las obligaciones que dimanan del mismo. Pues bien, este mismo principio que se aplica a los Estados en la ejecución del derecho comunitario puede aplicarse también en el interior de los mismos cuando tal ejecución corresponde a las instancias territoriales de gobierno. No hay ningún motivo comunitario para sostener que, en este caso, la igualdad en la ejecución de la norma comunitaria no deba consistir también en la estricta observancia de su cumplimiento y en asegurar su efecto útil, reconociendo a las instancias territoriales el mismo margen de apreciación y la misma libertad de elección de medios que se reconocería al Estado si a éste le correspondiera la ejecución de la directiva. En este sentido el Tribunal Constitucional rechazó hace años ya la pretensión del Estado de que la aplicación interna del derecho comunitario europeo debía ser igual, idéntica o uniforme, y que exigía por tanto con carácter general una norma uniformizadora del Estado. 18

El hecho de que no existan motivos comunitarios para variar la posición de las Comunidades Autónomas en la ejecución de las normas comunitarias europeas no significa, automáticamente, que no puedan existir motivos de derecho interno que muevan a ello y que obliguen a condicionar o limitar su actividad por razón del principio de igualdad en su vertiente cons-

¹⁷ Entre muchas otras, STJCE de 17 de octubre de 1996 (C-283/94).

¹⁸ STC 141/1993, de 22 de abril.

titucional interna. ¿Es ello así? ¿Pueden sostenerse restricciones a la actuación de las Comunidades Autónomas o, en positivo, intervenciones del Estado cuando las Comunidades ejecutan el derecho europeo, basadas en el principio constitucional de igualdad?

Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta que el principio de igualdad no es, en nuestro sistema constitucional, una regla competencial. En primer lugar, no existe ningún principio genérico de igualdad, fuera de la Constitución, del que se desprendan mandatos para los poderes públicos, ni aún menos competencias que actúen por encima o al margen de la distribución de competencias realizada por el bloque de la constitucionalidad. Existe sólo en el plano jurídico la igualdad constitucional. Y ésta, tanto la que prescribe el artículo 14 CE como la que exige el artículo 139.1 CE, que reflejan el principio de igualdad que establece la Constitución, consiste esencialmente en una prohibición de discriminación: en el primer caso, de discriminación por la ley en razón de las circunstancias personales; y, en el segundo, que recoge la igualdad federal que se contenía ya, aunque mejor formulada, en el artículo 17 de la Constitución de 1931 de discriminación en los derechos y obligaciones por razones territoriales. Son, en ambos casos, cláusulas de prohibición que pueden dar lugar también a obligaciones positivas para el conjunto de los poderes públicos, pero que bajo ninguna circunstancia otorgan competencias adicionales al Estado o a las Comunidades Autónomas.

El principio de igualdad también tiene, no obstante, una traducción competencial en nuestro sistema constitucional: el título que el artículo 149.1.1 CE otorga al Estado para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Pero si se produce una actuación estatal basada en este título, estamos ya ante el ejercicio de una competencia del Estado y no ante la aplicación de un supuesto principio general de igualdad que conceda al Estado facultades extra de intervención. Lo que habrá que examinar, en este supuesto, es si se dan las condiciones de un legítimo ejercicio de este título competencial, que ofrece, dicho sea de paso, como se verá más adelante, un margen muy estrecho para la actuación del Estado en este terreno. Pero así, en todo caso, la justificación de la intervención del Estado deberá encontrarse en el uso de un título competencial propio, lo que nos sitúa en este ámbito y no en el de la aplicación general de un supuesto principio de igualdad al que se atribuya una virtualidad competencial.

3.3 · La intervención basada en la supraterritorialidad

Si se admite la posibilidad de una intervención del Estado cuando el asunto a tratar rebase, por su interés o su dimensión, el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas aún cuando la competencia les corresponda de forma primaria, deberá concluirse que, casi por definición, la intervención estatal estará justificada casi siempre cuando se trate de asuntos comunitarios europeos.

Esta idea puede tener cierto predicamento a la luz de la vacilante y ambigua jurisprudencia constitucional acerca de la extraterritorialidad o la supraterritorialidad. Así, junto a determinados pronunciamientos que reconocen la competencia del Estado cuando el objeto sobre el que recae tenga una dimensión supraterritorial, ¹⁹ hay otros que niegan de forma rotunda que la supraterritorialidad se convierta en un título competencial. ²⁰ Y, en fin, hay algunos en los que se acepta sólo con carácter extraordinario «en aquellos casos excepcionales en que la intervención separada de las diversas Comunidades Autónomas no permitieran salvaguardar la eficacia de las medidas a tomar y resulte necesaria una decisión unitaria del Estado a causa de poderosas razones de seguridad y grave y urgente necesidad». ²¹

Sobre esta cuestión, la Sentencia 243/1994 del 21 de julio, seguida después por alguna más, ²² estableció un criterio que parece muy razonable: la dimensión supraterritorial del objeto de una competencia autonómica o los posibles efectos extraterritoriales de su ejercicio no constituyen, en sí, justificación para despojar a la Comunidad Autónoma de la misma y trasladarla al Estado. Tal trasvase, siempre con carácter excepcional, sólo podrá producirse cuando la actividad pública en que consiste la competencia no pueda fraccionarse de modo que pueda ser ejercida por las diversas Comunidades competentes, o bien, incluso si no puede ser fraccionada, cuando la actuación correspondiente no pueda llevarse a cabo mediante meca-

¹⁹ SSTC 86/1989, de 11 de mayo y 173/2005, de 23 de junio, entre otras. Vid, en relación con esta última, el voto particular formulado por la Presidenta del Tribunal Constitucional y el Magistrado D. PABLO PÉREZ TREMPS.

²⁰ SSTC 102/1995, de 26 de junio, FJ 19, 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 16, y 33/2005, de 17 de febrero, FJ 6.

²¹ STC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 4.

²² STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 11.

nismos de cooperación o de coordinación.²³ En todo caso, la dimensión supraterritorial del objeto sobre el que recaen las competencias autonómicas no provoca, ni de modo automático ni de forma natural, una transferencia de la competencia hacia la esfera del Estado.

Este principio (que parece incuestionable en su formulación general, bajo riesgo, en caso de negarlo, de liquidar gran parte de las competencias autonómicas), incluso con la matización que introduce el criterio para valorar las excepciones que se contiene en la Sentencia 243/1994, resulta, sin embargo, problemático en su aplicación en España debido muy en especial a la falta de cultura (y de mecanismos adecuados) de cooperación horizontal. Este es el modo en que se resuelven este tipo de problemas en los Estados federales con más tradición que compatibilizan el necesario tratamiento unitario de ciertos problemas, con la también necesaria preservación de las competencias de las entidades territoriales de gobierno. Sobre el problema de la extraterritorialidad y la forma en que han intentado hacerle frente las recientes reformas de algunos Estatutos de Autonomía, volveré más adelante.

3.4 · La intervención basada en el ejercicio de competencias propias

El caso, sin duda, más claro y en general menos problemático de intervención estatal es aquel en el que tal intervención se justifica por la existencia de títulos competenciales propios que concurren con los de la Comunidad Autónoma y que por tanto habilitarían una actuación estatal junto a la autonómica, que resultaría condicionada y/o limitada por la misma. Este supuesto de intervención es claro y no problemático, al menos en su definición general, ya que responde al principio que orienta la ejecución interna del derecho comunitario que es plenamente aceptado por todas las partes: la ejecución corresponde a quien detente la competencia interna. Por tanto, si el Estado posee un título en el ámbito material y funcional en el que se proyecta la ejecución de la norma comunitaria, el Estado podrá actuar en virtud del mismo y en la misma extensión e intensidad que aquél le conceda. Dicho de otro modo: si entre la norma comunitaria y la competencia de desarrollo y ejecución de las Comunidades Autónomas queda

²³ Vid. especialmente FJ 6 de la STC 243/1994 (en relación con entidades de inspección de seguridad industrial), así como SSTC 33/2005, cit., FJ 7 y 11 (en relación con entidades encargadas de la acreditación de verificadores medioambientales).

un espacio que corresponda a la competencia del Estado, éste, naturalmente, podrá ejercerla. La regla general, en este caso, es fácil de formular y de justificar. Sin embargo, pueden plantearse aquí diversos problemas y controversias originados tanto por la extensión que quiera otorgarse a ciertos títulos competenciales, como por la presencia de algunos títulos estatales de carácter horizontal y también, en suma, por la profundidad y la extensión que se pretenda dar a las «bases» estatales, cuando la norma comunitaria europea se proyecta sobre un terreno disciplinado competencialmente en el ámbito interno bajo este régimen de concurrencia. Es conveniente examinar los tres supuestos por separado.

La extensión del ámbito material de las competencias

Existen algunos títulos estatales respecto de los cuales puede resultar fácil pensar que su ámbito material incluye o se proyecta sobre una amplia gama de actuaciones comunitarias, o incluso sobre todas ellas, con carácter general. Ello es lo que ocurre, en particular, con el título relativo al «comercio exterior» (artículo 149.1.10 CE) que atribuye al Estado la competencia exclusiva en esta materia, pero podría también extenderse a otros (como el relativo a la «sanidad exterior» ex artículo 149.1.16 CE). Si se entiende que el desarrollo y la ejecución de las normas comunitarias, por razón de su procedencia «exterior», afecta o incide en el campo del comercio exterior (o los otros títulos semejantes que se aduzcan), la consecuencia sería la de atribuir tales funciones al Estado por situarse la actuación correspondiente en el campo material de estos títulos competenciales. Habida cuenta de que los poderes de la Comunidad Europea tienen una proyección esencialmente económica, podría aventurarse que una interpretación de este tipo atraería aproximadamente la totalidad de las actuaciones de desarrollo y ejecución de las normas comunitarias a la órbita de la competencia del Estado sobre el «comercio exterior», cerrando el paso a prácticamente cualquier intervención de las Comunidades Autónomas.

En este terreno es posible observar una importante y rápida evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En un primer momento operó con un concepto muy amplio del «comercio exterior» (y de la «sanidad exterior») que le hizo considerar, por ejemplo, que los controles veterinarios sobre productos destinados al comercio con otros Estados miembros de la Comunidad Europea se encuadraban en el ámbito material del

comercio y la sanidad *exteriores*²⁴ y que, por tanto, la ejecución de las normas comunitarias en la materia correspondía al Estado. Sin embargo, en pocos años, el propio Tribunal Constitucional modificó su posición y pasó a sostener una interpretación mucho más restrictiva del ámbito del «comercio exterior» hasta excluir prácticamente de él las relaciones comerciales entre Estados miembros de la Comunidad Europea.²⁵ El comercio intracomunitario ha dejado de ser considerado comercio exterior y ha pasado a equipararse, a efectos competenciales, al «comercio interior», en consonancia con la misma evolución que se ha producido en otros ámbitos donde los asuntos comunitarios dejan de pertenecer al ámbito «exterior» y reciben la consideración de asuntos internos.²⁶

La presencia de títulos horizontales del Estado y su articulación con las competencias autonómicas

La intervención estatal puede producirse en otros casos por la presencia de títulos competenciales estatales de carácter horizontal que incidan en

²⁴ STC 252/1988, de 20 de diciembre, especialmente FJ 3. En esta importante sentencia se establece, como se ha dicho ya, el principio de ejecución interna del derecho comunitario según el orden constitucional de distribución de competencias, pero, a la vez, se opera una interpretación muy extensiva de las competencias estatales, con el resultado de que, finalmente, la actuación controvertida se atribuye a la competencia del Estado.

²⁵ SSTC 236/1991, de 12 de diciembre, 79/1992, de 28 de mayo, 313/1994, de 24 de noviembre y 67/1996, de 18 de abril, entre otras. En la STC 313/1994 (FJ 2) el Tribunal Constitucional, de forma muy elocuente, indica que «Por otra parte respecto de los productos procedentes de la CEE se ha destacado en la jurisprudencia constitucional la necesidad de aplicar con suma cautela el título de comercio exterior a las relaciones comerciales entre los Estados que forman la Comunidad, ya que, como se insiste en varias Sentencias recientes, una aplicación extensiva de este título competencial acabaría por vaciar de contenido la premisa consolidada en la doctrina constitucional conforme a la cual el ingreso de España en la CEE y la consiguiente transposición de las normas de Derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias "ya que sería muy difícil encontrar normas comunitarias que no tuvieran incidencia en el comercio exterior, si éste se identifica, sin más matización, con comercio intracomunitario" (STC 236/1991 y en sentido similar STC 79/1992)».

²⁶ En un sentido general, resulta muy significativa la STC 165/1994, de 26 de mayo, relativa a las oficinas de las Comunidades Autónomas ante la Comunidad Europea, cuando dice que «cabe estimar que cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como "interno"» (FJ 4).

el ámbito en el que deba actuar la Comunidad Autónoma en ejecución de la norma europea correspondiente. Puede descartarse prácticamente una aplicación autónoma del título estatal ex artículo 149.1.1 CE relativo a la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, por los motivos que se han aducido ya en relación con el principio de igualdad: no cabe entender que las normas europeas deban aplicarse en el interior del Estado con un plus de uniformidad respecto del que exige la competencia interna que se está ejerciendo debido precisamente a su procedencia europea. El título estatal ex artículo 149.1.1 CE no presta en modo alguno una cobertura *general* para que el Estado intervenga para uniformizar la aplicación interna, por parte de las Comunidades Autónomas, de las normas comunitarias europeas más allá de donde le permita el orden interno de distribución de competencias.²⁷

Mayor juego puede dar, sin embargo, otro de los grandes títulos horizontales que la Constitución reconoce a favor del Estado: la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.13 CE sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». En efecto, del modo en el que ha sido entendida por el Tribunal Constitucional, ²⁸ esta competencia habilita al Estado para establecer la «ordenación general de la economía» y le concede poderes de «dirección de la economía» de tal manera que, proyectándose las actuaciones europeas fundamentalmente en el campo económico, no resulta difícil encontrar un espacio entre la norma comunitaria europea y la acción ejecutora de las Comunidades Autónomas en el que pueda introducirse el Estado alegando que afecta a la «ordenación general de la economía». Y ello, en consonancia con la doble dimensión de este título estatal tanto para habilitar una acción positiva como para establecer límites a la actuación de las Comunidades Autónomas. La fuerza expansi-

²⁷ Una mayor argumentación al respecto, también en este sentido excluyente, en J. A. MONTILLA MARTOS, Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas, CEPC, Madrid, 2005, esp. pag. 172 y sig., acogiendo la línea de interpretación restrictiva del título del artículo 149.1.1 CE de M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ, Distribución de competencias, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario, CEPC, Madrid, 2001.

²⁸ Sobre la configuración jurisprudencial de este título competencial me remito a mi trabajo Autonomía política y unidad económica, Civitas, IEA, Madrid, 1995, esp. pag. 227 y sig. Vid. igualmente M. Carrasco Durán, El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica, Tirant lo Blanch, IEA, Valencia 2005.

²⁹ En expresión, que ha hecho fortuna, de la STC 29/1986, de 20 de febrero.

³⁰ En ocasiones, el Tribunal Constitucional utiliza esta expresión, más contundente que la anterior (p.e., entre otras, SSTC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4, y 96/1990, de 26 de mayo, FJ 3).

va del título estatal contenido en el artículo 149.1.13 CE, en la configuración que le ha dado el Tribunal Constitucional, resulta especialmente visible en el ámbito del desarrollo y la ejecución autonómica del derecho comunitario, corriendo el riesgo de que se permita una interposición casi general del Estado entre la norma comunitaria europea y la acción de las Comunidades Autónomas, que convierta en concurrentes o compartidas todas las competencias autonómicas cuando su ejercicio comporte la ejecución del derecho comunitario europeo y que desvirtúe de hecho el principio de neutralidad competencial que, en relación con la ejecución del derecho comunitario europeo, ha establecido con claridad el propio Tribunal Constitucional.³¹

Sin duda, es posible una intervención del Estado ex artículo 149.1.13 CE que se sitúe entre una norma comunitaria y una actuación autonómica realizada para su ejecución cuando la competencia interna le corresponde. Pero tal intervención deberá basarse en motivos específicos sustentados en los mismos criterios que justifican el ejercicio de esta competencia estatal y no, en general, en el hecho de que se trata de ejecutar una norma comunitaria europea de carácter económico. La ejecución del derecho comunitario europeo no puede implicar en sí una habilitación a la intervención estatal ex artículo 149.1.13 CE. Ésta sólo podrá producirse cuando concurran las circunstancias que permiten el ejercicio de tal competencia y observando igualmente las mismas condiciones y límites que debe respetar su ejercicio, ³² lo cual, en este caso, no supone ningún gran alivio para las Comunidades Autónomas dada la concepción que de tal título competencial sostiene el Tribunal Constitucional, pero al menos sitúa la cuestión en los mismos términos que se dan en el ejercicio normal de la competencia estatal ex artículo 149.1.13 CE, sin que la conexión comunitaria europea le añada ningún plus de poderes.

³¹ Este riesgo de expansión, especialmente en relación con la ejecución del derecho comunitario, ha sido puesto de relieve, entre otros, por R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Ordenamiento comunitario y ordenamiento autonómico: Algunos problemas en la adaptación del Derecho comunitario por los parlamentos autonómicos (El papel de la ley autonómica en la transposición del derecho comunitario)», RVAP, 53 — II, p. 172 y sig., M. A. CABELLOS, op. cit., pag. 388 y sig., y J. A. MONTILLA, op. cit., pag. 174 y sig.

³² En especial, que la medida afecte realmente a la ordenación *general* de la economía, que se limite a los elementos y aspectos de trascendencia general en el sector correspondiente y que deje espacio suficiente para el ejercicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas. Vid sobre ello la bibliografía citada en las notas anteriores.

La interposición de bases estatales

En algunos momentos el Estado ha pretendido dictar normas básicas cuando las Comunidades Autónomas debían ejecutar el derecho comunitario europeo en aquellos sectores disciplinados internamente bajo un régimen competencial de concurrencia, de modo que entre la norma comunitaria y la autonómica se interpusiera en todo caso una norma estatal de carácter básico. Esta pretensión, si se formula con carácter general, debe ser rechazada, y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional³³ que ha recordado que las directivas comunitarias son de obligado cumplimiento por parte de todas las autoridades centrales y territoriales de los Estados miembros, que éstas vinculan a las Comunidades Autónomas por el hecho de ser derecho comunitario (sin necesidad de que tal fuerza vinculante se deba derivar de su inclusión en normas básicas estatales) y que el desarrollo y la aplicación de las normas comunitarias deberá hacerse según las reglas constitucionales de distribución de competencias, que no se altera por la conexión comunitaria de las actuaciones correspondientes.

Pero tampoco cabe rechazar de principio y con carácter general que, en estos casos, cuando se trata de ejecutar derecho comunitario que se proyecta en el ámbito de las competencias concurrentes, el Estado pueda dictar normas básicas que se interpongan entre la norma europea y las actuaciones autonómicas. Puede suceder, en efecto, que no coincidan los ámbitos materiales y funcionales de la norma europea y de la competencia básica del Estado de modo que aquélla no cubra completamente el campo de acción de ésta. Si la norma comunitaria no agota el ámbito de las bases, el Estado podrá, sin duda, hacer uso de su competencia en el espacio —material y funcional—que no haya sido ocupado por la misma. En el resto, hay que considerar que la Comunidad ha ocupado la posición del Estado y que a éste no le queda margen para intervenir.

Este debe ser, sin duda, el criterio general a emplear en estos supuestos, en plena consonancia con el principio de pleno respeto al orden interno de distribución de competencias que rige la ejecución del derecho comunitario por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas: el Estado podrá ejercer su competencia para dictar bases (y sólo podrá hacerlo) cuando la norma comunitaria europea haya dejado espacio para ello. Naturalmente,

³³ SSTC 141/1993, de 22 de abril, FJ 2, y 13/1998, de 22 de enero, FJ 3.

valorar si existe este espacio o no y cuáles son sus dimensiones, no es una tarea sencilla habida cuenta de la laxitud y la complejidad de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para delimitar las bases estatales,³⁴ pero, como ocurría ya en los casos anteriores, esta afirmación tiene la virtud de situar la cuestión en los mismos términos con los que se presenta el ejercicio *ordinario* de la competencia básica por parte del Estado, sin que la conexión comunitaria que aquí aparece añada ningún plus a las facultades estatales ni les reste tampoco ninguna porción.

Partiendo de este criterio se resuelven con relativa facilidad los dos supuestos que han suscitado mayor controversia en este ámbito. En primer lugar, si las Comunidades Autónomas pueden actuar directamente a partir de la norma comunitaria sin interposición de normas básicas estatales. Y en segundo lugar, si el Estado, a pesar de que la norma comunitaria europea ocupe el espacio que corresponde a las bases, puede dictar normas de este carácter aun cuando sean mera reproducción de las europeas. Respecto a la primera, parece claro que si la norma comunitaria europea ha ocupado el mismo ámbito, material y funcional, que corresponde a la competencia básica del Estado, las Comunidades Autónomas pueden ejercer directamente, a partir de la misma, sus propias competencias de desarrollo y ejecución. En realidad, las bases habrían sido establecidas por Bruselas sustituyendo en este caso al Estado, y las Comunidades Autónomas, al adoptar las medidas de desarrollo y ejecución, no harían otra cosa que moverse dentro de su propio ámbito competencial sin invadir el del establecimiento de las bases, que no les corresponde. Si por el contrario no existe plena coincidencia entre los ámbitos de la norma comunitaria y de la competencia básica del Estado, éste podrá sin duda hacer uso de la misma en la parte no cubierta por la primera, debiendo las Comunidades Autónomas atenerse también a las normas básicas estatales y no sólo a las normas comunitarias europeas, para ejercer sus propias competencias. La concreta delimitación de ambos ámbitos en cada caso puede que no resulte fácil, o que sea controvertida, pero el criterio general para resolver la cuestión creo que se halla suficientemente claro.

Respecto a la segunda, parece razonable sostener que si la norma comunitaria ocupa el mismo espacio de las bases, aquélla ha agotado el ámbito de éstas y el Estado no puede ya dictar en él mismo normas básicas, o, al menos, no puede dictarlas con un contenido distinto al establecido por la norma

³⁴ Una panorámica general de la cuestión, por todos, en G. FERNÁNDEZ FARRERES, La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico, Iustel, Madrid, 2005, esp. pag. 237 y sig.

comunitaria, bajo riesgo de incurrir en un incumplimiento del derecho comunitario. Así, sólo podría dictar bases que, en el ámbito de coincidencia, reprodujeran exactamente el contenido de las normas comunitarias con los problemas de seguridad jurídica que comporta el uso de las *leges repetitae*. ³⁵ En ocasiones se ha considerado, sin embargo, que el Estado sí puede hacer uso también en estos casos de su competencia básica, e incluso que es conveniente y hasta necesario que así lo haga, dictando normas básicas que prácticamente reproduzcan las europeas, en una suerte de normas recepticias, pues con ello se mantendría el pleno respeto del orden constitucional de distribución de competencias y quedarían salvaguardados los poderes estatales.³⁶ Pero hay que tener en cuenta, a mi juicio, que el Estado no pierde para nada sus competencias si renuncia a dictar normas básicas que reproduzcan el contenido de las europeas, pues en el caso de que en el futuro las normas comunitarias se retiren total o parcialmente del ámbito material o funcional que han ocupado (extremo que puede suceder, por ejemplo, por aplicación del principio de subsidiariedad), el espacio que quede al descubierto debe ser ocupado por el Estado, si a éste le corresponde la competencia interna. No hay peligro alguno, pues, de pérdida o declinación de la competencia estatal y en cambio se evitan los problemas asociados a las leges repetitae si el Estado, simplemente, no dicta normas básicas propias cuando el ámbito de su competencia básica haya sido ocupado y agotado por las normas europeas.

4 · Las reformas de los Estatutos de Autonomía ante la ejecución del derecho comunitario europeo

Los Estatutos de Autonomía *originales* aprobados en el momento fundacional de las Comunidades Autónomas, hasta 1983, nada decían sobre la ejecución del derecho comunitario europeo y contenían, a lo sumo, como se ha visto ya, una cláusula de ejecución de los tratados internacionales en

³⁵ El Tribunal Constitucional admite la constitucionalidad de esta técnica en este caso, aunque también ponga en duda su corrección, aun admitiendo que las normas europeas hayan absorbido la competencia estatal. El Tribunal Constitucional pone de manifiesto que el margen que queda a la norma interna estatal puede se muy estrecho, y se limite a aspectos procedimentales y organizativos de carácter complementario, destinados a hacer posible la ejecución de las normas (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 3). Estos aspectos complementarios, sin embargo, no se sitúan en el círculo de coincidencia, y ello es lo que explica que puedan dictarse sobre ellos normas internas (por parte del Estado, si se dan los presupuestos competenciales para ello).

³⁶ J. A. MONTILLA, op. cit., pag. 191 y sig.

aquellos ámbitos que correspondían a sus competencias. Con los nuevos Estatutos, aprobados o en fase de aprobación a partir de 2006, esta situación cambia y los procesos de reformas estatutarias que se han abierto se han visto como una buena oportunidad para abordar esta cuestión e intentar resolver alguno de los problemas que plantea. Voy a limitar mi exposición, muy brevemente además, a aquellos Estatutos que han sido aprobados ya (el de la Comunidad Valenciana y el de Catalunya) y a los que se están tramitando, en julio de 2006, en las Cortes Generales (Andalucía y Baleares).

Cabe destacar, en primer lugar, que todas las reformas estatutarias contempladas establecen expresamente la competencia de la Comunidad Autónoma respectiva para desarrollar y ejecutar el derecho comunitario europeo en el ámbito de sus competencias internas,³⁷ recogiendo así el cri-

- «3. La Comunitat Valenciana, como región de la Unión Europea, sin perjuicio de la legislación del Estado:
- d) Ostenta la competencia exclusiva para el desarrollo y ejecución de las normas y disposiciones europeas en el ámbito de sus competencias.»

EA Catalunya (art. 189)

- «1. La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto.
- 2. Si la ejecución del derecho de la Unión Europea requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la Generalitat sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas. La Generalitat debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo.
- 3. En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas.»

EA Andalucía (propuesta, art. 231)

«1. La Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía. 2. En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Junta de Andalucía podrá adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas.»

EA Illes Balears (art. 109)

«Es competencia de la comunidad autónoma el desarrollo y la ejecución del derecho comunitario en las materias de su competencia exclusiva. En el caso de que sea ineludible realizar la transposición del derecho europeo en las materias de su competencia exclusiva mediante una ley estatal, por el hecho de que la norma europea tenga un alcance superior al de la comunidad autónoma, ésta será consultada con carácter previo de acuerdo con los mecanismos internos de coordinación previstos en una ley estatal.»

³⁷ Para facilitar la comprensión de este apartado, se transcriben a continuación los textos estatutarios correspondientes:

EA Comunidad Valenciana (art. 61.3.d):

terio general sentado ya en esta cuestión por el Tribunal Constitucional, como se ha comentado anteriormente. Aunque existan algunas diferencias terminológicas y aunque alguna expresión empleada tenga igualmente una interpretación no fácil, ³⁸ el hecho inequívoco es que los nuevos textos estatutarios se hacen eco del principio general manifestado por el Tribunal Constitucional y establecen la competencia autonómica para actuar en ejecución del derecho comunitario europeo en toda la extensión de su ámbito competencial.³⁹

Pero a partir de ahí acaban las coincidencias y mientras algún texto ya no contiene más referencias a esta cuestión (Estatuto de la Comunidad Valenciana), otros añaden algunos elementos normativos más sobre aspectos concretos de la ejecución autonómica del derecho comunitario europeo que son o han sido en algún momento problemáticos o controvertidos. Dos son las cuestiones abordadas: la posibilidad de actuación directa de la Comunidad Autónoma a partir de las normas comunitarias europeas cuando éstas hayan ocupado la posición de las bases estatales, en primer lugar; y la posible intervención del Estado por motivos de supraterritorialidad.

En relación con la primera, el Estatuto catalán y la propuesta andaluza coinciden (en términos idénticos en los que sólo cambia el tiempo verbal) en la misma solución normativa: afirman la facultad de la Comunidad Autónoma para actuar directamente a partir de la legislación comunitaria en el caso en que ésta «sustituya a la normativa básica del Estado». Como se ha visto ya, ésta es la regla que cabe aplicar cuando coinciden los ámbitos de las bases estatales y de la normativa comunitaria europea. Ambos Estatutos han fijado pues en sus textos respectivos, el criterio doctrinal y jurisprudencial establecido en esta materia, despejando al mismo tiempo, al menos en apariencia, una de las cuestiones más problemáticas que se plantean en este campo: la de la valoración de la coincidencia de los ámbitos de las bases y de la normativa comunitaria europea a efectos de determinar cuándo podrán las Comunidades Autónomas actuar directamente a

³⁸ P.e., la alusión a la ley del Parlamento de Andalucía que hace el apartado 1 del artículo 231 de la propuesta de Estatuto de dicha Comunidad, de difícil interpretación, pues ni puede equivaler a una reserva general de ley para estos casos ni tampoco parece que pueda consistir en una remisión a la ley autonómica para establecer las modalidades de ejecución del derecho comunitario.

³⁹ Excepto en el caso de Baleares, que limita la competencia de ejecución al ámbito de «las materias de su competencia exclusiva» (artículo 109).

partir de las normas comunitarias europeas. Ambos Estatutos recurren a una fórmula en principio objetiva: que la normativa europea sustituya a las normas básicas estatales. Si tal sustitución es en realidad un reemplazo de la norma estatal por la europea, nos hallamos sin duda ante un criterio objetivo que no debe suscitar dudas. Pero la sustitución puede referirse también al ámbito de lo básico, a la ocupación por parte de la norma comunitaria del campo reservado a las bases estatales, ocupado u ocupable por éstas (más allá del reemplazo formal de una normativa por otra), y en este caso la aparente objetividad de dicho criterio desaparece y con ello, la simplicidad que se le atribuye para resolver la cuestión. Porque está claro, a mi juicio, que la sustitución en términos de reemplazo es en realidad el reflejo de una regla más general ya explicada en su momento: la Comunidad Autónoma podrá actuar directamente a partir de la normativa europea siempre que ésta ocupe la posición de las bases estatales, actuando en su lugar. En el fondo pues, a menos que se produzca un simple reemplazo formal de normas, habrá que valorar y decidir si efectivamente la normativa europea sustituye a la estatal, por ocupar el espacio material y funcional que corresponde a la competencia básica del Estado.

En relación con la segunda, sin embargo, el tratamiento estatutario es más diverso. El Estatuto valenciano y la propuesta andaluza nada dicen al respecto, mientras que el Estatuto catalán y la propuesta balear sí lo contemplan, aunque otorgándole soluciones distintas. El problema, como se sabe, es el de la posible actuación del Estado más allá de sus competencias estrictas (pues si se mueve dentro del ámbito de las mismas no hay cuestión) en los casos en que corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo y/o la ejecución de la normativa comunitaria, debido a la necesidad de adoptar medidas internas de carácter supraterritorial para asegurar una adecuada aplicación de tal normativa. Tanto el Estatuto catalán como la propuesta balear parten de la idea de que tal intervención estatal es posible (aunque en el caso balear se contempla sólo la transposición por ley estatal de normativa europea en el ámbito de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, mientras que en el Estatuto catalán se contempla el supuesto genérico). Pero una vez admitida la posible intervención estatal por motivos de supraterritorialidad, ambos difieren notablemente en cuanto a las garantías y a las compensaciones que se ofrecen a la Comunidad Autónoma por esta invasión objetiva de sus competencias. El Estatuto de Catalunya prevé a modo de precaución general una doble condición antes de que el Estado actúe: en primer lugar, que la medi-

da de alcance supraautonómico que deba adoptarse no pueda ser aprobada mediante mecanismos de colaboración o de coordinación con las demás Comunidades Autónomas competentes; y en segundo lugar, para el caso de que no sea posible la colaboración horizontal, que el Estado consulte a la Generalitat antes de adoptar la medida, sobre las circunstancias que concurren y que hacen imposible la actuación separada o cooperativa de las Comunidades Autónomas. Una vez decidida la intervención estatal, previa consulta a la Generalitat, ésta debe participar en los órganos estatales que van a adoptar las medidas correspondientes o si tal participación no fuera posible (se entiende que por la naturaleza del órgano o circunstancias semejantes), la Generalitat deberá al menos emitir un informe con carácter previo a la adopción de tales medidas. Como es fácil de observar y se ha dicho ya, el Estatuto catalán trata de asegurar la posición de la Comunidad en aquellas actuaciones que objetivamente recaen bajo su competencia, pero que las circunstancias hacen que vayan a ser adoptadas por el Estado. No se niega tal posibilidad, pero se establecen ciertas precauciones y condiciones para que la ingerencia sea de la menor amplitud e intensidad posibles, recurriendo a la técnica de las consultas y la participación, tan vinculadas al principio general de lealtad institucional y de colaboración, firmemente anclado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La propuesta de Estatuto balear rebaja de forma significativa estas garantías respecto de la posición de la Comunidad Autónoma al establecer sólo que ésta «será consultada con carácter previo de acuerdo con los mecanismos internos de coordinación previstos en una ley estatal» (artículo 109). Por tanto, sólo consulta previa a la adopción de la medida (ley de transposición) estatal y remisión, además, de la misma, a los términos que establezca la legislación estatal.

Como se ve, los Estatutos de Autonomía, al menos los aprobados hasta la fecha y las propuestas que se están tramitando en las Cortes Generales asumen un papel más bien modesto en la materia que nos ocupa, pero que tampoco es en absoluto irrelevante. No introducen novedades significativas (a excepción, quizá, de las previsiones contenidas en el Estatuto catalán acerca de las intervenciones supraterritoriales del Estado, aunque tales previsiones podrían deducirse hoy ya de una recta interpretación de la distribución de las competencias y de los principios de lealtad institucional y de colaboración entre todas las instancias de gobierno), pero anclan en el bloque de la constitucionalidad algunas reglas importantes que hasta hoy tenían sólo una base doctrinal y jurisprudencial. Se consolida el principio

de ejecución del derecho comunitario según la distribución interna de las competencias; se afirma positivamente la capacidad de actuación directa de las Comunidades Autónomas a partir de las normas comunitarias europeas cuando éstas ocupan el lugar de las bases estatales; y se limitan y establecen condiciones y garantías para que las inevitables intervenciones del Estado más allá de sus competencias estrictas, debido al alcance supraterritorial de algunas de las medidas que exige la ejecución del derecho comunitario, no se extralimiten y respeten la posición de las Comunidades Autónomas.

LA GESTIÓN DE LAS SUBVENCIONES Y LAS AYUDAS COMUNITARIAS POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

SUMARIO: I. Introducción. II. La gestión de los fondos de la Unión Europea: presupuestos comunitarios europeos y régimen jurídico español. A) El presupuesto, las políticas y la gestión de los fondos en la Unión Europea. B) La experiencia en la gestión de los fondos europeos en España: jurisprudencia constitucional y soluciones legislativas. 1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la gestión de los fondos europeos. 2. La regulación española de la gestión de los fondos europeos: normas estatales, normas autonómicas y convenios de colaboración. III. La regulación en el Estatuto de autonomía para Cataluña de la gestión de los fondos europeos. A) El régimen de la gestión de los fondos europeos en el artículo 190 del nuevo Estatuto para Cataluña. 1. La gestión de los fondos europeos y el blindaje estatutario de competencias autonómicas: el artículo 190 del Estatuto propuesto por el Parlamento catalán. 2. La gestión de fondos europeos en el artículo 190 del Estatuto para Cataluña. B) La nueva regulación estatutaria de la gestión de los fondos europeos y sus efectos en el ejercicio de competencias por Cataluña. 1. La decisión sobre la no territorialización de los fondos europeos: la colaboración entre el Estado y Cataluña en el artículo 190 (en relación con el art. 114.5) del nuevo Estatuto catalán. 2. La gestión de los fondos europeos territorializados y el artículo 190 (en relación con el art. 114.2 a 4) del nuevo Estatuto para Cataluña. C) La regulación estatutaria autonómica y sus efectos en el estado autonómico español: bilateralidad y multilateralidad en la gestión de los fondos europeos. D) Las consecuencias de la nueva regulación autonómica y la gestión de los fondos europeos en la Unión Europea. IV. Conclusión.

I · Introducción

El Estado autonómico español —fundado en la Constitución de 1978 y en los 17 Estatutos de Autonomía, adoptados entre 1979 y 1983— se

puso en marcha al mismo tiempo que se negociaban las condiciones de adhesión a las Comunidades Europeas —negociaciones iniciadas en 1979 y que concluyeron con la firma del Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985 y la integración efectiva el 1 de enero de 1986—. De hecho, en los primeros dos o tres años de la integración europea hubo serios riesgos de que la participación en Europa tuviese un efecto bumerán en el proceso de descentralización territorial impulsado por la Constitución de 1978. No obstante, y al poco tiempo de la paulatina integración en Europa, el mismo desarrollo del Estado de las Autonomías y la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya línea jurisprudencial resultó inequívoca en sentencias de 1992 y 1994, permitieron una implicación más efectiva de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de adopción y de ejecución del Derecho y de las políticas de la Unión Europea. En efecto, el Tribunal Constitucional elaboró una doctrina muy simple sobre la ejecución del Derecho comunitario conforme a la cual la integración europea «no afecta a los repartos constitucional y estatutario de competencias», tal como se refleja en la sentencia 79/1992 relativa a la gestión de los fondos agrícolas por las Comunidades Autónomas;² y, al mismo tiempo, amparó en la sentencia 165/1994 la decisión del Gobierno vasco de establecer una Oficina de Representación en Bruselas.3

Desde bien pronto la ejecución del Derecho europeo requirió inexcusablemente la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que, primero informalmente, y después a través de un marco institucional estable cuyo exponente más importante fue el «Pacto autonómico de 1992» celebrado por el Gobierno central, el Partido socialista y el Partido popular, se estableció una Conferencia de Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas en cuyo seno se adoptaron sucesivos acuerdos en materias tan distintas como la notificación a la Comisión de las ayudas de Estado, los procedimientos por incumplimiento del Derecho comunitario o la participación en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia. El último exponente de esta concertación se manifestó en diciembre de 2004

¹ Sobre las primeras posiciones doctrinales y las propuestas políticas en el momento de producirse la adhesión, véase mi estudio *La ejecución del Derecho comunitario en España*, Civitas, Madrid, 1993, especialmente, pp. 153-206.

² TC (Pleno), Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, sobre instrumentación de ayudas del Feoga-Garantía (ponente: RODRÍGUEZ BEREJIO).

³ TC (Pleno), Sentencia 165/1994, de 26 de mayo, sobre la Oficina del Gobierno vasco en Bruselas (ponente: LÓPEZ GUERRA).

al establecerse los mecanismos para permitir una participación limitada dentro de la propia delegación española y con un nivel equivalente al de ministro de los consejeros autonómicos en determinados Consejos de la Unión Europea.

Ahora bien, uno de los elementos esenciales de la adhesión de España a las Comunidades Europeas ha sido desde el primer momento la financiación a través de los distintos fondos europeos que representan el aspecto más tangible de las políticas europeas, especialmente de la política agrícola y de la política de desarrollo regional. Sin embargo y a pesar de la importancia de esta dimensión financiera, en las dos décadas de integración europea no se ha llevado a cabo una regulación estatal apropiada de la canalización de los fondos europeos en España que, en particular, delimite claramente la participación del Estado, de las Comunidades Autónomas e incluso de los Entes locales en la gestión de estos fondos europeos.

En este contexto el Parlamento catalán adoptó en septiembre de 2005 un Proyecto de Estatuto para Cataluña⁴ cuyo artículo 190, titulado «Gestión de fondos europeos», tenía el siguiente tenor:

- «1. Corresponde a la Generalidad la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia.
- 2. La gestión de los fondos, en el ámbito de las competencias legislativas de la Generalidad, incluye las facultades de decidir el destino concreto, las condiciones de concesión, la regulación del procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago y el control y la inspección. En el ámbito de las competencias ejecutivas de la Generalidad, la gestión de los fondos incluye, como mínimo, la regulación del procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago y el control y la inspección.
- 3. En el caso de que los fondos europeos no puedan territorializarse, el Estado debe motivar y fundamentar en derecho esta circunstancia, y la Generalidad debe participar en los órganos o en el procedimiento de distribución. La participación de la Generalidad tiene carácter determinante para el Estado en el caso de que los fondos afecten al ejercicio de competencias exclusivas. Corresponden, en todos los casos, a la Generalidad las facultades de tramitación, pago, control e inspección».

⁴ Parlament de Catalunya, *Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña*, Tram. 206-0003/07, Pleno del Parlamento, Barcelona, 30 de septiembre de 2005.

No obstante, la redacción definitiva ha quedado a primera vista bastante mermada al suprimirse los apartados 2 y 3, pero es ilustrativa de la importancia que esta regulación estatutaria supone para el reparto de competencias entre el Estado y Cataluña. Así, el artículo 190, tal como ha sido aprobado en marzo de 2006 por las Cortes Generales, tiene esta redacción:

«Corresponde a la Generalitat la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia en los términos previstos en el artículo 114 y 210».⁵

Es decir, se mantiene la regla general del artículo 190 del Proyecto aprobado por el Parlamento catalán pero sus particularidades remiten al artículo 114 del Estatuto que se refiere al ejercicio de competencias autonómicas relativas a la «actividad de fomento» y al artículo 210 del Estatuto que regula la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat.

Pues bien, con el fin de comprender esta nueva regulación estatutaria conviene examinar, por una parte, el vigente marco comunitario europeo en el que se inscribe el régimen constitucional español de la gestión de los fondos europeos; y, por otra parte, a continuación es preciso analizar el significado y el alcance de la nueva «cláusula estatutaria catalana» sobre la gestión de los fondos europeos en España.

II · La gestión de los fondos de la unión europea: presupuestos comunitarios europeos y régimen jurídico español

En la Unión Europea la gestión de los fondos europeos consiste simplemente en la canalización de las distintas partidas del Presupuesto de la Unión; se trata de un procedimiento que no debe confundirse con el «régimen de ayudas de Estado», referido sustancialmente a las subvenciones

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Informe de la Ponencia, 7 de marzo de 2006, Serie B: Proposiciones de ley, nº 210-11. Esta es la redacción adoptada por la Comisión Constitucional y por el Pleno del Congreso de los Diputados que se pronunció el 30 de marzo de 2006; en estos momentos se está tramitando en el Senado: BOCG, Senado, 31 de marzo de 2006, Serie III B: Núm. 12 (a), Núm. exp. 127/000003; aunque no parece que el texto sufra mayores modificaciones.

concedidas por las autoridades nacionales y que pueden distorsionar la libre competencia en el mercado único europeo.⁶

Aun cuando cada «fondo europeo» tiene su propia regulación y responde a una determinada política de la Unión Europea, es posible analizar en su conjunto las líneas básicas de su gestión tanto en el contexto comunitario europeo como en el ordenamiento español.

A · El presupuesto, las políticas y la gestión de los fondos en la Unión Europea

El Presupuesto de la Unión Europea constituye uno de los ejes fundamentales de la integración europea como lo revela, por ejemplo, la adopción por el Consejo Europeo, bajo la presidencia británica en diciembre de 2005, de las Perspectivas financieras 2007-2013. Sin embargo y paradójicamente, el presupuesto europeo es significativamente muy reducido ya que en estos momentos representa poco más de 1% del PIB de sus Estados miembros, mientras que los presupuestos públicos de los Estados miembros significan alrededor del 45% del PIB.⁷

La importancia relativa del presupuesto europeo se proyecta expresamente en el desarrollo de algunas políticas comunitarias. Así, por ejemplo, el artículo 175.4 del Tratado CE dispone: «Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente». En cambio, por razones que sólo pueden comprenderse a la luz de la evolución de la integración europea, dos políticas comunitarias, la agraria y la de cohesión económica y social, concentran el 80% de todo el pre-

⁶ En mi estudio Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos, Editorial Bosch, Barcelona, mayo de 2006 (en prensa), examino comparativamente estos dos conceptos y expongo sus correspondientes regímenes comunitarios y nacionales, en especial el adoptado en el Derecho español.

⁷ El Presupuesto europeo supone en 2006 y para la Unión Europea de 25 Estados un importe de 111.970 millones de euros (DOUE nº L 78, de 15 de marzo de 2006, p. 1). El límite del Presupuesto europeo se fija plurianualmente y si bien en un momento su techo fue el 1,27% del PIB de la Unión Europea, luego se rebajó al 1,24%; y en las nuevas Perspectivas financieras 2007-2013, adoptadas por el Consejo Europeo en diciembre de 2005, se ha reducido aún más hasta quedar fijado en el 1,045 % (Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 19 de diciembre de 2005 (20.12) (OR. en 15915/05 CADREFIN 268); en cambio, los presupuestos nacionales de la Unión Europea con 15 Estados miembros suponían, grosso modo, el 44,7 % del PIB, según el informe elaborado por André SAPIR (ed.), An Agenda for a Growing Europe. Making the EU Economic System Deliver, Bruselas, julio de 2003, p. 20.

supuesto comunitario; ventilándose el resto del presupuesto europeo entre los gastos de personal (un 6%) y alguna política europea como la de investigación y desarrollo tecnológico (un 3%) o la de cooperación con terceros países (un 7%). Reparto porcentual que sólo con reajustes internos se mantendrá en el período 2007-2013 para una Unión Europea de 25 Estados.

En la canalización de estos fondos europeos son básicamente dos los procedimientos más utilizados en la ejecución del presupuesto comunitario: el primero consiste en que sean las instituciones comunitarias, particularmente la Comisión Europea, quienes los gestionen directamente y se siga un procedimiento íntegramente comunitario europeo —«ejecución centralizada»—; y el otro procedimiento exige una actuación coordinada entre las instituciones comunitarias y las autoridades nacionales —«ejecución compartida»— a través de la cual los fondos llegarían a sus destinatarios naturales, sean los agricultores o pescadores, o las empresas o los particulares, a través de las administraciones nacionales, sin perjuicio de la intervención y del control de la Comisión Europea.¹⁰

⁸ El reparto de los gastos en el Presupuesto europeo de 2006 (*DOUE* nº L 78, de 15 de marzo de 2006, p. I-10) es, respecto de los 111.969.607.449 euros del total, como sigue: a la agricultura 50.991.020.000 euros (45,54%); a las intervenciones estructurales 35.639.599.237 euros (31,83%); a las políticas internas 8.889.218.143 euros (7,94%), de las cuales la investigación supone 3.524.747.779 euros (3,15% del total); para la acción exterior 5.369.049.920 (4,79%); a la administración o «eurocracia» 6.656.369.817 euros (5,94%); y para la estrategia de preadhesión 2.892.850.000 euros (2,58%).

⁹ En la distribución de gastos adoptada por el Consejo Europeo en diciembre de 2005 se prevé destinar al «crecimiento sostenible» un 43%, canalizándose especialmente a través del FEDER, del FSE y del Fondo de Cohesión; a la conservación y la gestión de los recursos naturales se dedica otro 43%, pero se rebaja hasta un 34% el presupuesto dedicado al sostenimiento de los precios de los productos agrarios; a los gastos de la burocracia europea se siguen destinado un 5,80% y también se mantiene el nivel de recursos dedicados a la actuación de la UE en la cooperación internacional en un 5,80%; en cambio, no se ha dedicado más que un testimonial 1,16% a la rúbrica «ciudadanía, libertad, seguridad y justicia».

¹⁰ El Reglamento financiero general, contenido en el Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002 (DOCE nº L 248, de 16 de septiembre de 2002, p. 1) se refiere en el apartado 16 de su preámbulo a cuatro métodos de ejecución posibles: «ejecución centralizada por la Comisión, ejecución compartida con los Estados miembros o descentralizada con terceros países beneficiarios de ayudas exteriores, o bien, por último, ejecución conjunta con organizaciones internacionales. La gestión centralizada debe ser asumida, bien directamente por los servicios de la Comisión, bien indirectamente por delegación en organismos de Derecho comunitario o de Derecho público nacional. Las diferentes formas de ejecución deben garantizar, con independencia de la entidad que se encargue de la ejecución total o parcial, el cumplimiento de procedimientos tendentes a proteger los fondos comunitarios, al tiempo que deben confirmar que la responsabilidad última de la ejecución presupuestaria compete a la Comisión, de conformidad con el artículo 274 del Tratado».

Por una parte, la reducida capacidad administrativa de la Comisión Europea y las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea han aconsejado que la regla general sea la gestión compartida de los fondos europeos para lo que deben cooperar estrechamente tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales. En efecto, aun cuando en los años 70 y 80 la Comisión Europea intentó llevar a cabo una gestión centralizada de los fondos europeos, por ejemplo respecto del Feoga-Orientación, del FEDER o del Fondo Social Europeo, pronto comprendió la imposibilidad material de los eurofuncionarios de gestionar sistemáticamente los distintos proyectos financiados con fondos europeos. De hecho, en aquéllos ámbitos en que se llevó a cabo la gestión centralizada por la Comisión Europea, ésta no fue especialmente afortunada como reveló el informe encargado por el Parlamento Europeo y que en marzo de 1999 provocó la dimisión de la Comisión presidida por Jacques Santer. 11

Ahora bien, en el supuesto de que la Unión Europea elija como método de gestión de los fondos europeos el centralizado, las distintas funciones administrativas y de control se atribuyen a la Comisión Europea. De modo que tanto el régimen normativo aplicable como el procedimiento seguido, que deben respetar las previsiones del Reglamento financiero, son plenamente europeos. El poder de decisión de la Comisión Europea en la concesión de las subvenciones europeas suele someterse a la vigilancia de un comité consultivo de gestión o de reglamentación, cuya composición refleja la del Consejo y que, en mayor o menor medida, permite a las autoridades nacionales estar informadas o incluso bloquear la adopción de decisiones por la Comisión Europea. Del mismo modo, los procedimientos de control financiero interno y externo, así como el control jurisdiccional, se encomiendan a las instituciones comunitarias: Comisión, Tribunal de Cuentas europeo y Tribunales comunitarios.¹²

¹¹ Comité de Expertos Independientes, Second Rapport sur la réforme de la Commission. Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude, Bruselas, 10 de septiembre de 1999; el primer informe había sido presentado en marzo de 1999.

¹² Un ejemplo paradigmático de esta gestión centralizada lo representan en materia de financiación de la política de investigación tecnológica las denominadas «acciones indirectas IDT» financiadas por la Comisión Europea, cuya convocatoria, examen, resolución y control es totalmente «europeo»; no obstante, también en este ámbito ha puesto al descubierto el Tribunal de Cuentas europeo las deficiencias de gestión de la Comisión; véase, por ejemplo, su Informe especial nº 1/2004, de 12 de febrero, sobre la gestión de las acciones indirectas de IDT del quinto programa marco (V PM) en materia de investigación y desarrollo tecnológico (1998-2002) acompañado de las respuestas de la Comisión (DOUE nº C 99, de 23 de abril de 2004, p. 1).

Por otra parte, la «gestión compartida de los fondos europeos» ofrece una doble perspectiva que es preciso tener en cuenta: la comunitaria europea, que, obviamente, es determinante al tratarse de fondos procedentes del presupuesto europeo y que están al servicio de determinadas políticas comunitarias europeas; y la nacional, que ofrece principalmente las vías institucionales y procedimentales, e incluso en ocasiones la cofinanciación, lo cual ocurre ahora con más frecuencia; es decir, las propias autoridades nacionales deben cofinanciar las intervenciones europeas, deben aportar sus propios fondos nacionales como complemento de la financiación europea. En esta gestión compartida resulta manifiesto que la autonomía institucional y procedimental de que gozan las autoridades nacionales en la gestión de los fondos europeos no impide que la Comisión Europea lleve a cabo un control financiero y una supervisión de la eficacia.

En el supuesto de la gestión compartida, el régimen de cada uno de los fondos europeos se corresponde con el diseño comunitario europeo de la política en cuestión y establece los procedimientos específicos para cada fondo. Sin embargo, la gestión por las autoridades nacionales goza, por lo general, de una amplia autonomía institucional y procedimental. Tal es el caso de la gestión compartida de los fondos agrarios y de cohesión cuya regulación se ha reformado o se está renovando para el período 2007-2013. Para el nuevo período de programación y en el ámbito agrario, el Fondo Europeo de Agrícola de Garantía (Feaga) será una continuidad del Feoga-Garantía y el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) no es más que un mero trasunto del Feoga-Orientación, si bien desligado ya de la regulación de los Fondos estructurales;¹³ lo mismo que el nuevo Fondo Europeo de la Pesca que sustituirá al actual Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (Ifop). Del mismo modo y también en la programación 2007-2013 los Fondos estructurales intervendrán a través del Feder. del Fondo Social Europeo y del Fondo de Cohesión.¹⁴

En el caso de la gestión compartida, a la Comisión Europea se le atribuye un poder de decisión en la programación de cada uno de los grandes

¹³ El Reglamento (CE) nº 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre financiación de la política agrícola común (DOUE nº L 209, de 11 de agosto de 2005, p. 1) y el Reglamento (CE) nº 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE nº L 277, de 21 de octubre de 2005, p. 1).

¹⁴ Véase el origen y la articulación de estos instrumentos financieros, por ejemplo, en mi estudio Fondos estructurales europeo. Régimen jurídico y gestión administrativa, Marcial Pons, Madrid, 1997.

fondos, para lo cual queda sometida a la vigilancia de los distintos comités consultivos, de gestión y de reglamentación de organizaciones comunes de mercado o de las intervenciones estructurales. Por tanto, en el supuesto de la gestión compartida podría decirse que la Comisión Europea actúa bajo la vigilancia de las autoridades nacionales, pero también éstas están sometidas al poder permanente de la Comisión Europea. El ejemplo más elocuente de este último control de la Comisión sobre la gestión de los fondos europeos por las autoridades nacionales lo constituyen las «correcciones financieras» o, lo que es lo mismo, los «procedimientos de liquidación de cuentas» que se aplicaron primero en el ámbito del Feoga-Garantía y que se han generalizado a partir de 2000 en la aplicación de los Fondos estructurales y de cohesión.

En suma y aun cuando se elija una gestión centralizada o una gestión compartida de los fondos europeos, la Comisión Europea conserva un poder general de control de la ejecución de tales fondos que no dejan de ser en ningún momento una parte del Presupuesto de la Unión.¹⁵

B · La experiencia en la gestión de los fondos europeos en España: jurisprudencia constitucional y soluciones legislativas

A pesar de dos décadas de integración europea y de que España ha percibido, por ejemplo, en el período de programación comunitaria 2000-2006 más de dos billones de pesetas anuales del presupuesto europeo, lo que representa anualmente alrededor del 2% del PNB español, que se han canalizado por las distintas Administraciones españolas, hasta ahora no se ha adoptado un marco jurídico claro y transparente de la gestión en España de los fondos europeos.¹⁶

¹⁵ A tal efecto, resulta de trascendental importancia el tenor del artículo 274.1 del Tratado CE, fundamento de los poderes de control conferidos a la Comisión Europea para la gestión administrativa de los fondos europeos y conforme al cual: «la Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto de conformidad con las disposiciones de los reglamentos adoptados en virtud del artículo 279, con arreglo al principio de buena gestión financiera. Los Estados miembros cooperarán con la Comisión para garantizar que los créditos autorizados se utilizan de acuerdo con el principio de buena gestión financiera».

¹⁶ Ministerio de Economía y Hacienda, Relaciones financieras entre España y la Unión Europea 2004, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuesto, Madrid, 2005.

En un primer momento el Tribunal Constitucional estableció unos criterios muy generales en su jurisprudencia, recaída en los numerosos conflictos de competencia promovidos por las Comunidades Autónomas —en especial, Cataluña y el País Vasco— o por el propio Estado central, conforme a los cuales se ha regido hasta ahora la gestión de los fondos europeos. Más recientemente, con la aprobación en 2003 de la Ley General de Subvenciones y de la Ley General Presupuestaria, se ha tratado de establecer un régimen estatal básico y homogéneo en esta materia que, sin embargo, no termina por ser una referencia apropiada del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas así como de los procedimientos de gestión y de control de los fondos europeos en España.

No obstante, también debe reconocerse que esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha modificado sustancialmente la participación de las distintas Administraciones en la gestión de los fondos europeos. Por referirnos a los datos de 2003 en relación con las distintas políticas y los diversos niveles de gobierno en España: el Feoga-Garantía fue gestionado por las Comunidades Autónomas en un 92,53%, mientras que a través del Estado central sólo se canalizó el 7,46% restante; y casi en la misma proporción el Feoga-Orientación fue gestionado en un 76,81% por las Administraciones autonómicas y sólo en un 12,27% por la Administración central. En cambio, en el caso de los Fondos estructurales y de cohesión, la participación de las Administraciones es más igualada, apreciándose una implicación, al menos, significativa de los Entes locales.

(en millones de euros)

	Administra- ción central	Comunidades Autónomas	Administra- ciones locales	Otros	Total
Feoga-Garantía	482,15	5.976,92	_	_	6.459,07
Feoga-Orientación	156,32	978,24	19,40	11,41	1.273,52
FEDER	1.596,59	1.976,37	455,50	1.315,27	5.343,73
FSE	792,26	769,01	_	91,46	1.652,61
Fondo de cohesión	145	281,37	240,70	1.133,10	1,799,27
	3.172,32	9.981,91	715,60	2.551,24	16.528,20

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda, *Relaciones financieras entre España y la Unión Europea* 2004, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuesto, Madrid, 2005, p. 109.

Por tanto, puede comprobarse a la vista del análisis que sigue la acertada constatación que hace el Consejo de Estado en su Informe, de 16 de febrero de 2006, referido a la reforma de la Constitución española, conforme al cual:

«Formalmente [...] el Tribunal Constitucional ha dicho en multitud de ocasiones que la integración en Europa no altera el orden interno de competencias; en la práctica, sin embargo, no cabe ignorar que se ha producido una alteración que hasta el presente se ha intentado corregir con medidas de carácter reglamentario o legal de efectos muy limitados».¹⁷

1 · La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la gestión de los fondos europeos

A la hora de elaborar una doctrina sobre la gestión de los fondos europeos, el Tribunal Constitucional ha seguido la pauta establecida en relación con la ejecución del Derecho comunitario. Se trata, en definitiva, de una jurisprudencia que se desarrolla a partir de la primera sentencia pronunciada en diciembre de 1988¹8 y que, sin duda, tiene su exponente en la sentencia 79/1992 que, por lo demás, se remite a los criterios que con carácter general había establecido el Tribunal Constitucional para la gestión de las subvenciones en la sentencia 13/1992. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional no ha dejado de repetir y, en algunos casos, de precisar esta jurisprudencia bien establecida a partir de 1992.

La regla general que deduce el Tribunal Constitucional del reparto constitucional de competencias es que la gestión de los fondos europeos debe llevarse a cabo por quien ostente la competencia en la materia de que se trate, sea agricultura, desarrollo regional, industria, etc. Ahora bien, cabe, con carácter excepcional, una «gestión centralizada de los fondos por un órgano de la Administración del Estado u organismo de ésta dependiente, cuando resulte imprescindible, para asegurar la plena efectividad de las

¹⁷ Consejo de Estado (Pleno), Informe E-1/2006, de 16 de febrero de 2006, sobre modificaciones de la Constitución española, p. 116.

¹⁸ TC (Pleno), Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, sobre autorización para el intercambio intracomunitario de carnes frescas (ponente: Rubio Llorente).

ayudas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados al sector. En todo caso, la procedencia de esta gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate». ¹⁹

Sin embargo y a pesar de dos décadas de integración y de ejecución del Derecho comunitario, el Tribunal Constitucional no acierta a explicar bien cómo deben aplicarse estas reglas sobre el reparto constitucional de competencias. A efectos ilustrativos se reproduce un resumen, al que últimamente es tan aficionado el Tribunal Constitucional, de su propia jurisprudencia, tal como se emplea en la sentencia nº 173/2005, de 23 de junio, para referirse a «la incidencia del Derecho comunitario europeo en los procesos constitucionales», y que se expresa así:

«A este respecto, hemos afirmado reiteradamente que «el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales» (entre otras, SSTC 128/1999, de 1 de julio, FJ 9; 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 4; 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7; y 38/2002, de 14 de febrero, FJ 11). Consecuentemente, las controversias competenciales han de ser resueltas de acuerdo con los criterios establecidos al respecto en las normas que integran el bloque de constitucionalidad (por todas, STC 38/2002, FJ 11, y las resoluciones allí mencionadas). En el bien entendido que, como advirtiéramos en la STC 102/1995, de 26 de junio (FJ 5), no cabe ignorar que la propia interpretación del orden competencial tampoco se produce en el vacío, por lo que prestar atención a la forma en que se ha configurado una determinada institución en el Derecho comunitario «puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial» (SSTC 13/1998, de 22 de enero, FJ 3, y 38/2002, de 14 de febrero, FJ 11) e, incluso, para concluir que la controvertida es una cuestión que «cae dentro de la esfera del Derecho comunitario y no en la del reparto interno de competen-

¹⁹ TC (Pleno), Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, sobre instrumentación de ayudas del Feoga-Garantía (ponente: RODRÍGUEZ BEREIJO, FJ 2).

cias» (SSTC 236/1991, de 12 de diciembre, FJ 10, y 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7)». ²⁰

El examen de estos tres principios, que acaba de enunciar el Tribunal Constitucional, revela su escasa consistencia. Así, los dos primeros principios, conforme a los cuales el Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad y las controversias competenciales han de resolverse de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, resultan sustancialmente afectados por el tercer criterio que se ha resaltado de que la interpretación del orden competencial no se produce en el vacío sino que hay que tener en cuenta el contexto comunitario europeo, hasta el punto, se podría añadir, de que en algunos casos este contexto puede fácilmente difuminar la aplicabilidad de las mismas normas constitucionales españolas de reparto de competencias.

Si esta jurisprudencia la vinculamos a la gestión de los fondos europeos, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la gestión de las subvenciones en el marco constitucional español, es decir, la deducida de la sentencia 13/1992; y que con apenas matizaciones se aplica al contexto comunitario europeo tal como se hizo específicamente a partir de la sentencia 79/1992 donde por primera vez el Tribunal Constitucional enjuicia la gestión por la Administración central y por las Administraciones autonómicas de numerosas ayudas provenientes del Feoga-Garantía. En este caso, el Tribunal Constitucional admitió que en determinados supuestos estaría justificada una «centralización» de competencias que, propiamente, corresponderían a las Comunidades Autónomas. A tal efecto, precisó cómo podía operar esta «recentralización» en cuanto se refiere a las «competencias para regular las condiciones de otorgamiento de las subvenciones y su tramitación»:

«Primero, porque se trata de una materia —la agricultura y la ganadería— en la que existen competencias estatales concurrentes de ordenación general del sector en todo el territorio nacional lo que legitima esa intervención normativa estatal, al menos con alcance supletorio (STC 147/1991). Segundo, porque, a falta de la consiguiente actividad legisla-

²⁰ TC (Pleno), Sentencia nº 173/2005, de 23 de junio (recurso de inconstitucionalidad de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 30/1995, de 8 noviembre, de los seguros privados) (ponente: CASAS BAAMONDE, FJ 9, *in fine*).

tiva o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (art. 93 CE, conforme al que ha de interpretarse también al alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE). Tercero, porque de lo contrario podría llegarse (y de hecho se hubiera llegado) a la absurda conclusión de que, ante la pasividad normativa de todas o algunas Comunidades Autónomas, los agricultores y ganaderos de las mismas no podrían percibir las ayudas que les corresponden según la reglamentación comunitaria aplicable, resultado éste que nunca puede quedar justificado en virtud de una rígida interpretación del orden constitucional de competencias y que, precisamente, una cláusula de cierre como la del art. 149.3 CE contribuye a evitar.

Por último y decisivamente, porque la aplicabilidad de las ayudas del FEOGA en España, que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que se reciben de la Comunidad Económica Europea, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y a su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera indirecta en la Hacienda General (art. 149.1.14 CE). Si bien ello no priva a las Comunidades Autónomas de las competencias que les correspondan en la aplicación del Derecho derivado, sí justifica la adopción por el Estado de las normas con alcance eventualmente supletorio que sean precisas a fin de que esas relaciones financieras no queden al albur de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes en la materia».²¹

Pero también el Tribunal Constitucional establece, en segundo lugar, reglas específicas en cuanto se refiere a «la gestión administrativa de las ayudas» de modo que «en aquellos casos en que la Comunidad Económica Europea asigna al Reino de España ayudas a la agricultura y la ganadería fijando una cantidad máxima global para todo el territorio del Estado, está justificado como aspecto básico de la ordenación del sector y por razones de coordinación (art. 149.1.13 CE), atribuir a un órgano u organismo del Estado la resolución de las solicitudes, previa selección unificada de las mismas, no lo está en cambio atraer también hacia el Estado otras funciones ejecutivas relacionadas con dicha ayudas que, en virtud de sus compe-

²¹ Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, citada, FJ 3.

tencias sobre la materia, corresponden a las CCAA del País Vasco y Cataluña». Es decir, como ya había señalado el Tribunal Constitucional, si en determinados supuestos está justificada «la resolución centralizada de los expedientes», esto no significa que también lo estén el resto de las operaciones de gestión, que enumera: «la recepción de solicitudes, verificación de sus datos, tramitación, liquidación o pago de las ayudas y actividades de inspección o control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los beneficiarios».²²

Por último, el Tribunal Constitucional se pronuncia en la misma sentencia 79/1992 sobre el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo que se refiere al «pago de las ayudas procedentes del Feoga-Garantía», tanto a la resolución de los expedientes como al abono de las subvenciones. A tal efecto, el Tribunal Constitucional establece como regla general que «el acto de pago de las ayudas es un acto de ejecución que, conforme a las reglas generales antes expuestas debe corresponder en principio a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia». Esto no impide que en determinados supuestos, es decir cuando estuviese justificada una centralización de la gestión en los términos reseñados anteriormente por la sentencia, por razones de eficacia administrativa el pago pueda atribuirse al Estado.²³

La anterior doctrina jurisprudencial debe considerarse apropiada y razonable. Sin embargo, resulta formulada en términos excesivamente vagos de tal modo que ha propiciado una batalla continua entre el Estado y las Comunidades Autónomas en cuanto se refiere a determinados aspectos de la gestión de los fondos. Obviamente, el Estado invocará títulos competenciales genéricos como los que derivan del artículo 149.1.1 —referido a las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles—, del artículo 149.1.13 —relativo a las bases de la planificación de la actividad económica— o del artículo 149.1.14 —que establece la competencia estatal sobre la Hacienda general—; e, incluso, acude al artículo 93 de la Constitución, en cuanto atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno central la garantía del cumplimiento del Derecho de las organizaciones supranacionales en las que participe España; en cambio, las Comunidades Autónomas invocan el vaciamiento de competencias que produciría la ejecución centralizada del Derecho comunitario o la gestión estatal de los fondos europeos.

²² Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, antes citada, FJ 4.

²³ Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, ya citada, FJ 5.

De hecho, en esta batalla tanto unos como otros no dudan en tratar de enturbiar el debate. Así lo refleja, por ejemplo, la sentencia nº 175/2003, de 30 de septiembre, sobre un programa estatal denominado «Iniciativa de Apoyo a la Tecnología, la Seguridad y la Calidad Industrial» (ATYCA) donde, aun cuando no se trataba de gestionar fondos europeos, se invocaban razones que justificaban una «recentralización» llevada a cabo por el Estado. No obstante, el Tribunal Constitucional recordó en este caso la doctrina general establecida en la sentencia 13/1992 y, al modo más propio de un manual académico que de un órgano jurisdiccional, resume el régimen jurídico aplicable.²⁴ Pues bien, en este supuesto y a pesar de que el programa ATYCA estaba financiado exclusivamente con fondos estatales, el Abogado del Estado invocó la jurisprudencia sobre gestión de fondos europeos para justificar la normativa estatal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional distingue, por una parte, la jurisprudencia sobre gestión de fondos europeos; y, por otra parte, diferencia entre el régimen de ayudas de Estado y el régimen de los fondos europeos:

«En efecto, la doctrina tradicional de este Tribunal en lo relativo a la gestión administrativa de las subvenciones ha insistido en que la misma debe corresponder a la Administración competente para realizar las funciones ejecutivas en la materia de que se trate, pues el poder subvencional no es autónomo respecto del reparto constitucional de competencias (por todas, STC 13/1992, FJ 8). Sin embargo, en algunos casos excepcionales hemos admitido que, frente al criterio general aludido, el Estado pueda gestionar las subvenciones aun careciendo de competencias de ejecución en la materia. Esos supuestos son los recogidos en el FJ 8 d) de la tan citada STC 13/1992.

Dando un paso más en la misma dirección de gestión excepcional de subvenciones por parte del Estado cuando éste carece de título suficiente para ello, la STC 79/1992, de 28 de mayo, estableció una doctrina (reiterada después, entre otras, por la STC 70/1997, de 10 de abril) para los casos en que las ayudas provienen de los fondos comunitarios. Así, la propia STC 79/1992 centraba el objeto entonces debatido indicando que los conflictos positivos de competencia acumulados «se han planteado en relación con disposiciones normativas que instrumentan o articulan la conce-

²⁴ TC (Pleno), Sentencia nº 175/2003, de 30 de septiembre (programa ATYCA de apoyo a la tecnología, la seguridad y la calidad industrial) (ponente: GAY MONTALVO, FJ 4).

sión de ciertas ayudas a los agricultores o ganaderos, con fondos procedentes del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA), Sección Garantía, de la Comunidad Europea» (STC 79/1992, FJ 1).

A continuación, la misma Sentencia examinaba la problemática suscitada por el Abogado del Estado respecto de las ayudas en las que «los Reglamentos comunitarios aplicables asignan al Reino de España una cantidad de ECUS global y máxima, de manera que si las solicitudes de ayuda superan esa cifra, se hace necesario bien un procedimiento de selección de solicitudes, o bien reducir proporcionalmente la cuantía de las ayudas a otorgar a cada agricultor o ganadero solicitante. A juicio del Abogado del Estado ésta es una de las razones que justifican la gestión centralizada de las ayudas» (STC 79/1992, FJ 4).

En relación con esta cuestión declaramos entonces que «es ciertamente difícil aplicar en estos casos la regla general de distribución previa de los fondos destinados a las ayudas entre las Comunidades Autónomas. Si así se hiciera, puesto que el número de solicitudes puede variar sustancialmente de unas Comunidades a otras, se podría perjudicar la eficacia plena de la medida, que consistiría en la máxima utilización potencial del montante global de los recursos comunitarios asignados al Reino de España para cada tipo de ayuda. O bien se podría resentir la igualdad entre los posibles beneficiarios de las ayudas, que podrían acceder o no a ellas, en igualdad de condiciones, dependiendo del número de solicitudes formuladas en su respectiva Comunidad Autónoma. Por estas razones, y ante la eventualidad de que las solicitudes sobrepasen la cuantía máxima global asignada a España, está justificado en los supuestos concretos que analizamos centralizar en un órgano de la Administración del Estado o en un organismo dependiente de ésta la resolución de los expedientes» (STC 79/1992, FJ 4).

Pues bien, el supuesto ahora controvertido no responde a la problemática que se acaba de exponer, toda vez que **las ayudas reguladas en la Orden de 25 de abril se financian exclusivamente con fondos estatales**, según se desprende meridianamente de las aplicaciones presupuestarias contenidas en el punto decimocuarto de la misma. El hecho de que estas ayudas no puedan superar, junto con otras que pueden instrumentar las Comunidades Autónomas para los mismos fines (punto decimotercero), los límites fijados por la normativa comunitaria para las llamadas «ayudas de Estado» (reguladas en los arts. 92 a 94 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, que contienen, simplemente, los criterios de com-

patibilidad con la Unión Europea de las ayudas otorgadas por los Estados miembros), nada tiene que ver con la procedencia de los fondos, que en este caso no son comunitarios sino exclusivamente estatales.

En definitiva, al tratarse de fondos estatales no puede ser acogido el planteamiento del Abogado del Estado, por lo que deberemos atenernos al canon general de enjuiciamiento contenido en nuestra reiterada doctrina constitucional, concluyendo que la gestión de estas ayudas debe corresponder a la Generalidad de Cataluña al no haber aportado aquél ninguna de las justificaciones que, según dicho canon —STC 13/1992, FJ 8 b), c) y d)— podrían determinar que el Estado gestionara excepcionalmente estas ayudas.

Obsérvese, además, que, debiendo garantizarse el cumplimiento de la normativa comunitaria sobre la fijación de límites a las ayudas que para estos fines puedan otorgar el Estado y las Comunidades Autónomas, la gestión autonómica de estas ayudas tendrá necesariamente que asegurar, con mayor automatismo que si lo hiciera el Estado, la observancia de dichos límites, al disponer aquéllas de todos los fondos existentes al efecto, es decir, de los fondos propios y de los estatales, sin que, en ningún caso, puedan todos ellos superar, así, los límites establecidos en la normativa comunitaria». ²⁵

En otros caso, el Tribunal Constitucional, también de modo confuso, ha apelado al artículo 93 de la Constitución donde se hace referencia a la garantía del Estado —las Cortes Generales y el Gobierno—; sin embargo, frente a la inicial agitación interesada que el Estado hacía de una eventual responsabilidad «internacional» del Reino de España, el Tribunal Constitucional ha insistido en que esta función de «garantía» no supone una atribución de competencias en favor del Estado. Así se expresa, por ejemplo, en la sentencia 148/1998, de 2 de julio, donde el Tribunal Constitucional, después de declarar que la competencia controvertida sobre ayudas a la modernización de buques pesqueros corresponde al País Vasco, puntualiza:

«Todo ello no queda desvirtuado por el hecho de que, como apunta el Abogado del Estado, pudieran generarse responsabilidades financieras del Estado ante las instituciones comunitarias de las irregularidades o como consecuencia negligencias derivadas de la actuación de las Co-

²⁵ TC (Pleno), Sentencia nº 175/2003, de 30 de septiembre, ya citada, FJ 16.

munidades Autónomas competentes para gestionar las ayudas. En la STC 252/1988, fundamento jurídico 2º, se dijo que «no cabe ignorar la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 C.E.», criterio recogido también en la STC 79/1992, fundamento jurídico 1º y, a tal efecto, esta última sentencia ya dejó apuntado en su fundamento jurídico 5°, y ahora no cabe sino reiterarlo, que «esa responsabilidad *ad extra* de la Administración del Estado no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, aunque tampoco le impide repercutir ad intra, sobre las Administraciones Públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda». Corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria, así como los sistemas de compensación, interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatara por las instituciones comunitarias».²⁶

Respecto de otros fondos europeos distintos del Feoga-Garantía, también ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional que ha abordado, en particular, la cuestión de la cofinanciación nacional. La sentencia 128/1999, de 1 de julio, se refiere, precisamente, a la cofinanciación de medidas socio-estructurales en el ámbito de aplicación del Feoga-Orientación en Cantabria, debiendo advertir el Tribunal Constitucional, frente a las pretensiones del Estado central, sobre los principios básicos de la territorialización de las subvenciones estatales cuando sea posible y de la voluntariedad de la cofinanciación autonómica:

«En este sentido, el respeto a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas exige, en lo esencial, la garantía de dos principios complementarios: la territorialización de las partidas presupuestarias del Estado destinadas a estas finalidades estructurales, cuando sea posible realizarla (STC 79/1992), y, la voluntariedad de la aportación financiera autonómica. En cuanto al primer principio, el Estado debe territorializar, por Comunidades Autónomas todas las dotaciones presupuestarias relativas a las líneas

²⁶ TC (Pleno), Sentencia 148/1998, de 2 de julio, sobre ayudas para la modernización de buques pesqueros en el País Vasco (ponente: RODRÍGUEZ BEREIJO, FJ 8).

de ayuda, o modalidades técnicas de las mismas, que, decida financiar y debe hacerlo mediante criterios objetivos relacionados con las orientaciones que persiga. En cuanto al segundo principio, las Comunidades Autónomas no están obligadas a aportar una financiación complementaria. Del mismo modo que el Estado, en virtud de soberanía financiera, puede decidir las líneas que apoya y el volumen de su aportación, las Comunidades Autónomas pueden decidir libremente también, contribuir financieramente o no a los mismos fines, pues su autonomía financiera se refiere a «su capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades» (STC 13/1992, f. j. 7°). Sin embargo, la opción autonómica de cofinanciar o no el programa estatal no altera su derecho a la necesaria percepción de los fondos estatales que le correspondan para cada línea de ayuda o modalidad técnica que el Estado financie. De modo que no resultaría conforme con el orden constitucional de distribución de competencias condicionar la financiación estatal a una efectiva cofinanciación autonómica. El establecimiento de diferencias entre Comunidades Autónomas en cuanto a la financiación estatal que éstas hayan de percibir en función de su decisión libre de cofinanciar o no vulneraría su autonomía financiera y menoscabaría sus competencias en materia de agricultura y ganadería, al mermar sus ingresos presupuestarios concebidos como hemos dicho «con un fuerte predominio de las fuentes exógenas de financiación» (STC 13/1992) vinculadas al gasto público».²⁷

Así pues, los riesgos de «recentralización» a través de la gestión de los fondos europeos son permanentes en la medida en que el Estado está dispuesto a recurrir a títulos competenciales amplios como pueden ser la «ordenación general de la economía», la «Hacienda general» o, incluso, la «responsabilidad internacional del Estado», y en su caso a defender la invasión de competencias ante el Tribunal Constitucional. Pero también en determinados supuestos resulta necesaria una gestión centralizada o estatal de los fondos europeos lo cual exige que se respete, en la medida de lo posible, el reparto interno de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.²⁸

²⁷ TC (Pleno), Sentencia 128/1999, de 1 de julio, sobre cofinanciación de acciones de mejora de las estructuras agrarias en Cantabria (ponente: Casas BAAMONDE, FJ 11).

²⁸ Véase, por ejemplo, el análisis de Manuel Medina Guerrero, Los Fondos estructurales en Andalucía: La distribución de competencias entre la Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.

2 · La regulación española de la gestión de los fondos europeos: normas estatales, normas autonómicas y convenios de colaboración

A partir de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional se ha desarrollado una práctica administrativa que sólo muy lenta y fragmentariamente se ha plasmado en normas reguladoras estatales, principalmente, la Ley General de Subvenciones²⁹ y la Ley General Presupuestaria.³⁰ Del mismo modo, los regímenes autonómicos de la gestión de determinados fondos europeos apenas se han desarrollado coherente y razonablemente, sin perjuicio de que algunas Comunidades Autónomas se hayan preocupado de estas cuestiones como lo revela la adopción de reglamentaciones específicas. En fin, la vía convencional, tan apropiada para regular una gestión necesariamente compartida, no se ha utilizado más que en contadas ocasiones y sus efectos prácticos han sido más bien escasos. En definitiva, se puede comprobar que en España no se ha adoptado un modelo normativo preciso de gestión de los fondos europeos ni se han engrasado convenientemente los procedimientos de cooperación y de coordinación financiera y administrativa que permitan exponer una práctica racional y coherente de la gestión de los fondos europeos.

Por lo que se refiere a la regulación estatal de la gestión de los fondos europeos ha habido que esperar hasta 2003 a que se intentase establecer un marco básico estatal. En este sentido, el artículo 6 de la Ley General de Subvenciones, titulado «Régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea», pretende definir en estos términos el marco normativo aplicable:

- «1. Las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas.
- 2. Los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta ley tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea».

²⁹ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (*BOE* n° 276, de 18 de noviembre).

³⁰ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE nº 284, de 27 de noviembre).

Y el artículo 7 de la Ley General de Subvenciones se titula «Responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea» y contiene un régimen de ventilación de responsabilidades entre las distintas Administraciones que se enuncia así en su artículo 7.1:

«Las Administraciones públicas o sus órganos o entidades gestoras que, de acuerdo con sus respectivas competencias, realicen actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por cuenta del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (secciones Orientación y Garantía), Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Instrumento Financiero de Orientación Pesquera y Fondo de Cohesión, así como de cualesquiera otros fondos comunitarios, asumirán las responsabilidades que se deriven de dichas actuaciones, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea, y especialmente en lo relativo al proceso de liquidación de cuentas y a la aplicación de la disciplina presupuestaria por parte de la Comisión Europea».

A estos efectos, el preámbulo de la nueva Ley General Presupuestaria lo expresa meridianamente al declarar que pretende «el establecimiento legal de un marco permanente y eficaz para el flujo de fondos entre España y la Unión Europea», que los artículos 82 a 84 se encargan de centralizar y de poner en manos del Ministerio de Economía.

De este modo, por ejemplo, el artículo 141 de la nueva Ley General Presupuestaria, que supone una consolidación de los logros alcanzados hasta el momento y que se titula «Control de subvenciones y ayudas», contiene la siguiente disposición:

«La Intervención General de la Administración del Estado ejercerá el control sobre entidades colaboradoras y beneficiarios de subvenciones y ayudas concedidas por los sujetos del sector público estatal y **de las financiadas con cargo a fondos comunitarios** de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Subvenciones y en la normativa comunitaria».

También el artículo 45 de la Ley General de Subvenciones, titulado «Control financiero de ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios» y al que se confiere la naturaleza de legislación estatal básica, establece una regulación que tiene valor vinculante para todas las Administraciones, de modo que en su apartado 1 dispone:

«En las ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios, la Intervención General de la Administración del Estado será el órgano competente para establecer, de acuerdo con la normativa comunitaria y nacional vigente, la necesaria coordinación de controles, manteniendo a estos solos efectos las necesarias relaciones con los órganos correspondientes de la Comisión Europea, de los entes territoriales y de la Administración General del Estado.

También en ámbitos sectoriales se puede apreciar el intento de regular legalmente la gestión de los fondos europeos, tal como ocurre con la nueva Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo,³¹ en relación con el Fondo Social Europeo. En esta Ley estatal se recuerda en su preámbulo:

«El método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo ha dado paso a planteamientos más descentralizados con transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las comunidades autónomas. De otra parte, la financiación de estas políticas tiene un componente importante de fondos procedentes de la Unión Europea, a través del Servicio Público de Empleo Estatal, aun cuando la gestión de las mismas se lleva a cabo por las Administraciones autonómicas.»

En el caso de las Comunidades Autónomas tampoco se ha hecho un gran esfuerzo de clarificación normativa y de transparencia en la gestión de los fondos europeos. Ni siquiera en ámbitos como el agrario o el de desarrollo regional se han adoptado normas autonómicas que realmente permitan canalizar apropiadamente los fondos europeos correspondientes. Sólo ocasional y en todo caso fragmentariamente alguna Comunidad Autónoma ha adoptado medidas normativas referidas a algún aspecto relevante de la gestión de los fondos europeos: sea para la programación, sea en cuanto al procedimiento de concesión de fondos, sea, en fin, respecto de los mecanismos de control.³²

³¹ BOE n° 301, de 17 de diciembre de 2003.

³² El intento más relevante de regulación autonómica con un cierto interés práctico se manifestó en forma de tres leyes autonómicas muy similares relativas a la aplicación de los Fondos estructurales en el período 1994-1999: la Ley 2/1994, de 27 de enero, reguladora de los programas operativos de la Comunidad Autónoma de Cantabria, dentro del marco comunitario de apoyo (BOE nº 52, de 2 de marzo de 1994); la Ley 8/1994, de 6 de julio, sobre planes y programas de

Y por lo que se refiere a la regulación convencional, llevada a cabo por el Estado y las Comunidades Autónomas, los resultados en cuanto a la gestión de los fondos europeos son escasos y, en todo caso, indirectos. De hecho, basta con referirse a dos ámbitos abordados en el marco de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas que tienen una cierta relevancia para la gestión de los fondos europeos: el primero es el Acuerdo, de 30 de noviembre de 1994, sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales;³³ el segundo se refiere a los acuerdos adoptados a partir de 1997 entre las Comunidades Autónomas con el fin de participar junto con el representante estatal en determinados comités que actúan ante la Comisión Europea.

Sin embargo, en asuntos europeos puede considerarse, a la vista de 20 años de experiencia, que tales procedimientos fueron adoptados siempre en caso de debilidad del Gobierno central. Así, por ejemplo, en el período comprendido entre 1996 y 2000 se adoptó la Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas³⁴ y el Acuerdo de 11 de diciembre de 1997 de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.³⁵ Nuevamente, en la actual legislatura, iniciada con las elecciones de marzo de 2004 y en la que ningún partido estatal alcanza mayoría absoluta en el Congreso, se reactiva el marco negociador en relación con la participación en la Unión Europea, lo que se refleja de modo elocuente en los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004, de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas en relación con la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos

la Comunidad de Madrid en relación con los Fondos Estructurales de la Unión Europea (*BOE* nº 206, de 29 de agosto de 1994); y la Ley 9/1994, de 7 de octubre, reguladora de los Planes de Desarrollo Regional de los Fondos Estructurales de la Unión Europea en Aragón (*BOE* nº 276, de 18 de noviembre de 2004).

³³ Acuerdo de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales (BOE nº 69, de 22 de marzo de 1995).

³⁴ *BOE* n° 64, de 15 de marzo de 1997.

³⁵ BOE nº 79, de 2 de abril de 1998.

de trabajo del Consejo de la Unión Europea; y sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea.³⁶ En todo caso la eficacia de estas iniciativas, especialmente en períodos con un Gobierno central que no necesite para gobernar apoyos de otros grupos políticos distintos del suyo deja mucho que desear como lo demuestra *grosso modo* la legislatura 2000-2004 en la que se reduce la misma actividad de la Conferencia para Asuntos Europeos.

El Acuerdo de 1994 sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales contiene una prolija y compleja regulación de la que, para nuestro propósito, basta con recodar este compromiso, contenido en el artículo 3º, sobre la implicación de la posición de las Comunidades Autónomas en la adopción de decisiones por el Estado en la Unión Europea:

- «1. En el desarrollo por cada Conferencia Sectorial del procedimiento marco deberá ser tenida en cuenta, a efectos de determinar el grado de intensidad y el contenido concreto de la participación de las Comunidades Autónomas, la naturaleza y el nivel de competencias, tanto de las asumidas por las Comunidades Autónomas como de las reservadas al Estado.
- 1.1 Cuando el asunto comunitario europeo afecte exclusivamente a las competencias reservadas del Estado y las Comunidades Autónomas invoquen su interés, la Administración del Estado les informará oportunamente en el marco de la Conferencia Sectorial respectiva.
- 1.2 Cuando los aspectos esenciales de un asunto comunitario afecten a las competencias legislativas exclusivas de las Comunidades Autónomas, si en el procedimiento de concertación interno, previo a la decisión del Consejo, se ha llegado a una posición común entre ellas, ésta será tenida en cuenta de forma determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.
- 1.3 En aquellos asuntos que incidan sobre competencias compartidas o concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los que previamente a la decisión del Consejo exista un acuerdo entre la posición común de las Comunidades Autónomas y la posición de la Administración del Estado, tal acuerdo será determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado».

³⁶ BOE nº 64, de 16 de marzo de 2005.

También resulta significativa la importancia que en la gestión de los fondos europeos tiene el Acuerdo, adoptado en 1997, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los comités de la Comisión Europea. Este sistema de participación se puso en marcha en la primavera de 1998 con 55 comités ofrecidos por el Estado central y que posteriormente y a partir de 2003 se ampliaron significativamente a otros 74 comités.

Por último, es necesario referirse a la situación absolutamente precaria en se encuentran las Administraciones locales para las que la gestión de los fondos europeos sólo se alcanza una vez concedida la venia por el Estado o por la respectiva Comunidad Autónoma, teniendo una participación meramente testimonial en la gestión de los fondos europeos.

En suma, la legislación española no ha sido particularmente afortunada a la hora de establecer procedimientos de colaboración y coordinación en la gestión de los fondos europeos. Ahora bien, tampoco debe confiarse la solución a nuevas leyes generales que finalmente habría que desarrollar reglamentariamente ni la experiencia permite albergar especiales esperanzas en la implicación de órganos constitucionales como sería el caso del Senado. Precisamente el Consejo de Estado ha apuntado en 2006 en su Informe sobre la reforma de la Constitución la siguiente posibilidad:

«Sería conveniente, pues, que en esta reforma de la Constitución para adaptarla a nuestra pertenencia a la Unión Europea, se incluyese la remisión expresa a una ley estatal que desarrolle los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario que sean imputables a una Comunidad Autónoma y el procedimiento para repercutir dicha responsabilidad en ella. Dado que en nuestro sistema constitucional existe una reserva de ley con carácter generalizado en materia presupuestaria y financiera, la Constitución debería remitir a una ley, que debería tener el rango de ley orgánica por asimilación a lo establecido en el artículo 158, la articulación del detalle de cómo hacer efectiva esa reclamación de responsabilidad, incluyéndose esta materia, además, si así se estima conveniente, entre las listadas en el artículo 74 a efectos de la intervención del Senado, especialmente si este acaba configurándose como Cámara de representación territorial (véase el apartado 5.1 de la parte V de este Informe)».³⁷

³⁷ Consejo de Estado (Pleno), Informe E-1/2006, de 16 de febrero de 2006, sobre modificaciones de la Constitución española, ya citado, especialmente el apartado III sobre «La recepción en la Constitución del proceso de integración europea», pp. 126-127.

Pero tampoco puede esperarse que el Senado, que en su momento pudo haber asumido un cierto protagonismo en la gestión de los fondos europeos, desempeñe función alguna en este ámbito de distribución de los fondos europeos que, con tanto optimismo, por ejemplo, parece vislumbrar el propio Consejo de Estado.³⁸

Este es, por tanto, el marco jurisprudencial y legal en el que debe entenderse la renovación de los Estatutos de Autonomía emprendida en 2005 y que, desde luego y por cuanto se refiere a la gestión de los fondos europeos, tiene su primer y más acabado exponente en la regulación del nuevo Estatuto para Cataluña.

III · La regulación en el Estatuto de autonomía para Cataluña de la gestión de los fondos europeos

Resulta comprensible que cuando en 1979 se aprobó el Estatuto de autonomía para Cataluña no se hiciese mención expresa a la integración europea dado que la adhesión de España no se produjo efectivamente hasta el 1 de enero de 1986. Sin embargo, el nuevo Estatuto catalán, adelantándose a las previsiones de reforma de la propia Constitución española, ³⁹ contiene un capítulo referido a la Unión Europea donde incluye un artículo específico dedicado a la «Gestión de los fondos europeos». ⁴⁰

³⁸ El Consejo de Estado en el *Informe* citado, de 16 de febrero de 2006, p. 260, al referirse a otros ámbitos de especialización del Senado, incluye expresamente, entre otros, los «asuntos cofinanciados con fondos de la Unión Europea y el Fondo de Compensación Interterritorial»; pero, no obstante, concluye a tal efecto que no es necesario señalar expresamente tales funciones en la reforma de la Constitución: «Parece preferible mantener el procedimiento actual, ya que no se advierte fundamento sólido para introducir tales criterios de difícil discernimiento y de segura complejidad en el debate presupuestario, así como otros muchos que se han defendido. En cualquier caso, algunas de las preocupaciones o aspiraciones sobre las que con rigor y minuciosidad insisten los especialistas podrían atenderse o encauzarse en los Reglamentos de las Cámaras».

³⁹ Consejo de Estado (Pleno), Informe E-1/2006, de 16 de febrero de 2006, sobre modificaciones de la Constitución española, ya citado, pp. 40-127.

⁴⁰ En el Proyecto de Reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi, presentado por el Parlamento vasco, el artículo 65, relativo a la Unión Europea, preveía en su apartado 3: «El Gobierno vasco y el Gobierno español arbitrarán los sistemas de coordinación precisos que garanticen la participación efectiva de la Comunidad de Euskadi en la elaboración, programación, distribución y ejecución de los diferentes fondos comunitarios» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, nº 149-1, de 21 de enero de 2005); no obstante, este Proyecto fue rechazado por el Congreso de los Diputados el 4 de febrero de 2005.

En el mismo sentido se había adoptado esta estrategia en la reforma del Estatuto valenciano, aprobado finalmente por las Cortes Generales mediante la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, donde también se recoge un capítulo dedicado a la Unión Europea; no obstante, a diferencia del texto catalán, las referencias en el Estatuto valenciano a los fondos europeos sólo se recogen diluidamente en otros capítulos, concretamente cuando trata de la asunción de competencias y cuando aborda la regulación de la hacienda autonómica valenciana. En efecto, el artículo 51.1.10ª del Estatuto valenciano tiene la siguiente redacción: «Corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: Fondos europeo y estatal de garantía agraria en la Comunitat Valenciana». Asimismo, el artículo 72 contiene el siguiente tenor: «La Hacienda de la Comunitat Valenciana está constituida por: j) Los ingresos procedentes de fondos de la Unión Europea».

De modo que la regulación estatutaria catalana es, ciertamente, original y aborda una cuestión de particular importancia política y con efectos económicos y administrativos de gran envergadura. A continuación examinamos la génesis del artículo 190 del nuevo Estatuto catalán y analizamos sus efectos en el marco del propio Estatuto, en relación con el Estado de las Autonomías y en la Unión Europea.

A · El régimen de la gestión de los fondos europeos en el artículo 190 del nuevo Estatuto para Cataluña

La negociación del artículo 190 del nuevo Estatuto catalán es muy ilustrativa del alcance que quiso darle el Parlamento catalán a la nueva cláusula y la redacción final que adoptarán las Cortes Generales. En este caso basta comparar la propuesta del Parlamento catalán con la versión final adoptada por las Cortes Generales. Aun cuando aparentemente el artículo 190 resulta podado sustancialmente, por vía de remisión a otras disposiciones estatutarias consigue, básicamente, alcanzar el objetivo que sin duda se había propuesto el Parlamento catalán.

⁴¹ Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE nº 86, de 11 de abril de 2006); la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana había sido aprobada por las Cortes Valencianas en julio de 2005 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie B, Proposiciones de ley, nº 196-1, 15 de julio de 2005, p. 1).

1 · La gestión de los fondos europeos y el blindaje estatutario de competencias autonómicas: el artículo 190 del Estatuto propuesto por el Parlamento catalán

El nuevo artículo estatutario sobre la gestión de los fondos europeos se redactó en el Parlamento catalán como un título específico de asunción de competencias frente al Estado. En efecto, la redacción del artículo 190 del Estatuto por el Parlamento catalán emplea sus tres apartados para intentar, a la vista de la jurisprudencia constitucional, agotar las distintas habilitaciones posibles para que Cataluña gestione los fondos europeos.

El apartado 1 constituye la regla general, tal como la ha establecido inequívocamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; de modo que la gestión de los fondos europeos debe realizarse de acuerdo con el reparto constitucional y estatutario de competencias, por tanto, «Corresponde a la Generalidad la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia». De hecho, esta regla estatutaria recuerda a la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional conforme a la cual y sin matización alguna venía a decir que «la ejecución del Derecho comunitario en España no ha alterado el reparto constitucional de competencias».

Pero, como ha precisado más tarde el propio Tribunal Constitucional y dado que la ejecución del Derecho comunitario europeo no puede hacerse en el vacío, en determinados supuestos resultará una cierta centralización de la gestión de los fondos europeos que es asumida por el Estado aunque, específicamente, parece que no tiene competencia alguna porque la Comunidad Autónoma la haya asumido «en exclusiva», o porque las competencias estatales sean concurrentes con las autonómicas y, en uno y otro caso, su ejercicio resulta afectado por la regulación comunitaria europea. Precisamente, como un antídoto frente a una «recentralización» estatal encubierta, el apartado 2 y el 3 del artículo 190 trataban de proteger la competencia autonómica: el artículo 190.2 se refería a los supuestos de fondos europeos «territorializables» y el artículo 190.3 regulaba los supuestos de fondos europeos «no territorializables». Obviamente, el artículo 190.1 impedía que en el supuesto de competencias exclusivas de Cataluña pudiese interferir el Estado en la gestión de los fondos europeos.

El apartado 2 del artículo 190 intentaba ejemplificar lo que significaba que a Cataluña correspondiese la gestión de los fondos europeos cuando ésta compartía el ejercicio de competencias con el Estado; y, así, distinguía entre los supuestos en que las competencias catalanas fuesen «legislativas»,

lo que, obviamente, suponía una competencia estatal concurrente también normativa, por ejemplo básica, y lo supuestos en que la competencia autonómica fuese de mera ejecución administrativa, lo que suponía el reconocimiento de una competencia estatal normativa concurrente.

Para el supuesto de la competencias legislativas autonómicas, el artículo 190 redactado por el Parlamento catalán explicaba cuál sería el alcance competencial de Cataluña: «las facultades de decidir el destino concreto, las condiciones de concesión, la regulación del procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago y el control y la inspección». Nótese que la clave del blindaje frente a una tentación del Estado en este caso radica precisa y gradualmente en las primeras funciones: destino concreto, condiciones de concesión o la regulación del procedimiento; de este modo, por ejemplo, la legislación estatal básica veía reducido notablemente su alcance.

En el caso de que la competencia autonómica catalana sea meramente ejecutiva o de gestión administrativa, pero concurrente con la estatal, también se establecía un contenido mínimo a disposición de Cataluña que incluye, «como mínimo, la regulación del procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago y el control y la inspección». Gradualmente se oponía una importante barrera a los intentos estatales de invadir las competencias asumidas por Cataluña y en las que se pretendía canalizar fondos europeos.

Puede observarse un solapamiento entre el ámbito competencial normativo y el ámbito competencial ejecutivo. Esto se debe, probablemente, a que el Parlamento catalán al redactar su propuesta pensaba en la gestión de fondos europeos concretos: en el primer caso, sin duda, tendría en mente los fondos agrarios; y, probablemente, en el segundo caso pensaría en cualesquiera otros fondos o instrumentos financieros comunitarios.

Con el apartado 3 del artículo 190 sobre la gestión de fondos europeos el Parlamento catalán pretendía establecer límites a la acción del Estado cuando resultase habilitado para una gestión centralizada, de modo que blindaba las competencias de Cataluña «en el caso de que los fondos europeos no puedan territorializarse».

Los límites que establecía el Estatuto, tal como se aprobó en el Parlamento catalán, eran tres: la necesidad de que el Estado fundamentase jurídicamente la imposibilidad de territorialización; la participación de Cataluña en los órganos o en el procedimiento de distribución; y la reserva en favor de Cataluña de «las facultades de tramitación, pago, control e inspección».

Asimismo, a las anteriores condiciones se añade una regla de especial trascendencia consistente en que «La participación de la Generalidad tiene

carácter determinante para el Estado en el caso de que los fondos afecten al ejercicio de competencias exclusivas».

En la redacción del artículo 190 que adoptó el Parlamento catalán se llevaba a cabo, por utilizar las expresiones de Albertí i Rovira, un «blindaje» de competencias autonómicas en un «sector de riesgo»; es decir, se sigue la estrategia de intentar garantizar las competencias de la Generalidad de Cataluña a través de previsiones estatutarias que, en realidad, no son una novedad en cuanto a sus contenido, por lo menos en cuanto a la sustancia, dado que reproducen doctrinas que, como hemos expuesto, están consolidadas por el Tribunal Constitucional, aunque, ciertamente, suponen una garantía adicional de protección frente al Estado.⁴²

2 · La gestión de fondos europeos en el artículo 190 del nuevo Estatuto catalán

Como ya se ha indicado, el artículo 190 del Estatuto catalán aprobado por el Parlamento autonómico fue podado por las Cortes Generales y desde el Informe de la ponencia del Congreso de los Diputados su redacción ha cristalizado en la siguiente fórmula:

«Corresponde a la Generalitat la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia en los términos previstos en el artículo 114 y 210».

A primera vista se consagra la situación jurídica tal como ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, si la gestión de los fondos europeos se enmarca, naturalmente, en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión Europea, hubiese sido suficiente la disposición contenida en el artículo 113 del nuevo Estatuto para Cataluña conforme al cual:

«Corresponde a la Generalitat el desarrollo, la aplicación y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de sus

⁴² ENOCH ALBERTÍ I ROVIRA, «El blindatge de les competències i la reforma estatutària», *Revista catalana de dret públic* nº 31, 2005, pp. 109-136; y en especial, p. 128.

competencias, en los términos que establece el Título V ["De las relaciones institucionales de la Generalitat"; y Capítulo II: "Relaciones de la Generalitat con la Unión Europea"]».

O, más precisamente, sería suficiente una previsión contenida en el artículo 189.1 relativo al «desarrollo y aplicación del Derecho de la Unión Europea»:

«La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto».

Ahora bien, se ha considerado conveniente una regulación específica de esta ejecución de los fondos europeos, la del artículo 190 que, no obstante, debe leerse de acuerdo con los artículos 114 y 210 del mismo Estatuto catalán. Por eso debe recordarse que la atribución expresa de competencias, subsidiaria o tributaria en todo caso de su ejercicio previo en la Unión Europea, tampoco se hace, parafraseando el propio Tribunal Constitucional, en el vacío, sino que debe tenerse el nuevo contexto estatutario. Y esto es lo que significa la remisión expresa al artículo 114 y al artículo 210 del propio Estatuto.

El artículo 114 del Estatuto se refiere a la «actividad de fomento» y, a tal efecto, contiene las siguientes regulaciones:

- «1. Corresponde a la Generalitat, en las materias de su competencia, el ejercicio de la actividad de fomento. A tal fin, la Generalitat puede otorgar subvenciones con cargo a fondos propios.
- 2. Corresponde a la Generalitat, en las materias de competencia exclusiva, la especificación de los objetivos a los que se destinan las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión.
- 3. Corresponde a la Generalitat, en las materias de competencia compartida, precisar normativamente los objetivos a los que se destinan las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables así como completar la regulación de las condiciones de otorgamiento y toda la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión.

- 4. Corresponde a la Generalitat, en las materias de competencia ejecutiva, la gestión de las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables, incluyendo la tramitación y la concesión.
- 5. La Generalitat participa en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias. Asimismo, participa, en los términos que fije el Estado, en su gestión y tramitación».⁴³

Del mismo modo, el artículo 210 del Estatuto regula la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat y, en particular, le atribuye en el artículo 210.2.d) una competencia específica consistente en «Negociar el porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos». Y, asimismo, recoge una previsión con una referencia europea en su apartado 3 conforme al cual:

«En consonancia con lo establecido en el artículo 209, la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat propondrá las medidas de cooperación necesarias para garantizar el equilibrio del sistema de financiación que establece el presente Título cuando pueda verse alterado por decisiones legislativas estatales o de la Unión Europea».

Asimismo y como se ha hecho en la reforma del Estatuto valenciano, el nuevo Estatuto catalán incluye entre los recursos de la Hacienda de la Generalitat, tal como dispone el artículo 202.3.k): «Los recursos procedentes de la Unión Europea y de programas comunitarios».

El artículo 190 del nuevo Estatuto tiene, por tanto, prácticamente los mismos efectos que el inicialmente propuesto por el Parlamento catalán. No obstante, las diferencias que presenta radican claramente en la dulcificación de los términos con que blindaba el Parlamento catalán la intervención estatal. Si bien el esquema se mantiene respecto de la propuesta inicial del artículo 190, en especial, al distinguir entre fondos europeos «territorializables» y «no territorializables», las funciones que en uno y otro caso debe reservarse a Cataluña son más limitadas o lo que es lo mismo la intervención del Estado es muy intensa cuando se trata de fondos europeos no territorializables y puede ser importante en el caso de los fondos europeos territorializables, incluso cuando se trate de competencias «exclu-

⁴³ Este apartado 5 se añadió a la Propuesta del Parlamento catalán en el Congreso de los Diputados y desde la Ponencia de la Comisión Constitucional.

sivas» de Cataluña y desde luego cuando sean competencias «compartidas» bien normativas, bien administrativas.

Por tanto, la clave de este reparto competencial entre el Estado y Cataluña reside en si los fondos son susceptibles de territorialización. El nuevo Estatuto introduce una regla que, en principio, será la que debe aplicarse en casi todos los casos y que actúa, nuevamente, como barrera a una pretendida «recentralización» de competencias estatutarias por mor de la integración europea: «La Generalitat participa en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias. Asimismo, participa, en los términos que fije el Estado, en su gestión y tramitación». De este modo si los fondos europeos no son territorializables debe implicarse a Cataluña en tal decisión y, seguidamente, se establece una participación de Cataluña en la gestión y en la tramitación, pero tal como lo disponga el Estado, respecto de tales fondos europeos no territorializables. Como puede observarse, la diferencia sustancial entre la propuesta del Parlamento catalán y la redacción final del nuevo Estatuto consiste precisamente en esta cláusula sobre el procedimiento por el que se decide si los fondos no son territorializables y el peso que en tal decisión y en la gestión corresponde a Cataluña.

En cambio, cuando se trata de fondos susceptibles de territorialización opera una detallada distinción entre los distintos tipos de competencias autonómicas que incluye también las competencias «exclusivas» de Cataluña —lo que incluye la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, por emplear la tipología del artículo 110 del Estatuto—y no sólo las competencias «compartidas» —o sea la potestad legislativa y la reglamentaria, junto a la función ejecutiva, en desarrollo de las bases legislativas estatales (art. 111)— y las competencias «ejecutivas» —ejerciendo la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, respetando las competencias normativas estatales (art. 112)—.

En segundo lugar, se suaviza el contenido de las potestades o las funciones que en la gestión de los fondos europeos asume Cataluña: por ejemplo, «las facultades de decidir el destino concreto» se transforma en «precisar normativamente los objetivos a los que se destinan las subvenciones».

En tercer lugar, se produce un desplazamiento de funciones atribuidas en la Propuesta del Parlamento catalán: todas para el caso de competencias exclusivas; siete funciones en las competencias «legislativas» y cinco funciones en las competencias «ejecutivas»; mientras que la redacción final sólo hay una mención expresa de cinco funciones para las competencias exclusivas, otras cinco paralelas pero más limitadas para las competencias compartidas y sólo dos para las competencias ejecutivas.

Por último, es importante subrayar que la redacción final de la gestión de fondos europeos no incluye el control ni la inspección como funciones que necesariamente se reserva Cataluña. En realidad, ya hemos visto con anterioridad como la regulación estatal había establecido regulaciones en este ámbito encomendado funciones especiales de coordinación en las actuaciones de control a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y cómo la función general de supervisión de la ejecución del Presupuesto comunitarios, de los fondos europeos, corresponde, en último término, a la propia Comisión Europea.

Por lo que se refiere a las *competencias exclusivas* de Cataluña la regla para la gestión de los fondos europeos sería que corresponde en todo caso a Cataluña: «la especificación de los objetivos a los que se destinan las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión».

En cuanto a las *competencias compartidas* por el Estado central y Cataluña, denominadas en el artículo 190 del Parlamento catalán «competencias legislativas», la regla es la siguiente: corresponde a Cataluña «precisar normativamente los objetivos a los que se destinan las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables así como completar la regulación de las condiciones de otorgamiento y toda la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión». Por tanto, no se incluyen las funciones de control ni de inspección.

Y cuando se trata de *competencias ejecutivas* asumidas por Cataluña la regla es que corresponde a Cataluña «la gestión de las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables, incluyendo la tramitación y la concesión». En este caso el blindaje resulta bastante rebajado pues en la propuesta del Parlamento catalán en este supuesto las funciones reservadas eran mucho más amplias, al incluir, como mínimo, el procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago, y el control y la inspección.

En fin, el nuevo Estatuto catalán implica expresamente a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales, una comisión bilateral, para supervisar «el equilibrio del sistema de financiación» por efecto de la legislación estatal o por regulación de la Unión Europea.

B · La nueva regulación estatutaria de la gestión de los fondos europeos y sus efectos en el ejercicio de competencias por Cataluña

Observando el tenor de la nueva disposición estatutaria puede comprobarse que su redacción se ha hecho en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, antes examinada, y que se aplica hasta ahora en materia de gestión de fondos europeos. La cuestión clave es saber si una vez que entre en vigor el Estatuto afectará a la misma y exigirá, al menos respecto de Cataluña, una reformulación de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere al reflejo de la doctrina jurisprudencial en la norma estatutaria resulta patente en la formulación de la regla general conforme a la cual «Corresponde a la Generalidad la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia». No obstante, la primera cuestión es si procede o no la territorialización de los fondos y cuál es la implicación de la Comunidad Autónoma en la decisión sobre la procedencia de un fondo territorializado o no territorializado. Y, en segundo lugar, es preciso observar el reparto de funciones normativas y administrativas en los distintos ámbitos competenciales afectados por la gestión de los fondos europeos.

1 · La decisión sobre la no territorialización de los fondos europeos: la colaboración entre el Estado y Cataluña en el artículo 190 (en relación con el 114.5) del nuevo Estatuto catalán

La regla que se deduce de la regulación estatutaria es que debe existir una decisión estatal sobre la naturaleza territorializable de los fondos europeos. De la regla 5ª del artículo 114 se deduce la necesaria implicación de la Generalitat «en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias». Tal requisito, obviamente, se cumple con la mera audiencia de la Comunidad Autónoma y en modo alguno puede exigirse, como se pretendía en la redacción inicial del artículo 190 de la propuesta del Parlamento catalán, que «el Estado debe motivar y fundamentar en derecho esta circunstancia, y la Generalidad debe participar en los órganos o en el procedimiento de distribución. La participación de la Generalidad tiene carácter determinante para el Estado en el caso de que los fondos afecten al ejercicio de competencias exclusivas. Corresponden,

en todos los casos, a la Generalidad las facultades de tramitación, pago, control e inspección».

En la regulación finalmente adoptada, la decisión sobre la no territorialización no está sometida a un procedimiento estricto de motivación y fundamentación en los términos que resultaban del proyecto propuesto por el Parlamento catalán. En este caso, la solución será la que se deduzca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuya clave, sin duda, es que la decisión de no territorializar los fondos europeos se fundará partiendo de las siguientes premisas:

«La gestión de los fondos destinados al fomento de las actividades del sector consignados en los Presupuestos Generales del Estado corresponde, por regla general, a las Comunidades Autónomas, lo que implica que deben ser distribuidos entre ellas conforme a criterios objetivos o mediante Convenios, sin consignarlos en favor de ningún organismo intermediario. Esta regla puede ser excepcionada, sin embargo, de manera que se proceda a la gestión centralizada de los fondos por un órgano de la Administración del Estado u organismo de ésta dependiente, cuando resulte imprescindible, para asegurar la plena efectividad de las ayudas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados al sector. En todo caso, la procedencia de esta gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate».44

En determinados supuestos y a pesar de aplicar el principio jurisprudencial de la gestión autonómica de los fondos europeos, corresponderá una gestión centralizada al Estado de los fondos europeos no territorializables. El nuevo Estatuto catalán establece distintas reglas que cuidan de que la «recentralización» de los fondos europeos no territorializables no vaya más allá de lo necesario.

La primera regla es que el Estado debe decidir en aquellos supuestos en los que aprecie la imposibilidad de territorializar los fondos europeos. A diferencia de la propuesta del Parlamento catalán que exigía contunden-

⁴⁴ STC 79/1992, ya citada, FJ 2.7.

temente una motivación y fundamentación en Derecho de la no territorialización, ahora no requiere una decisión jurídica expresa y bastará una decisión o un acuerdo meramente político.

La segunda regla consiste en que la Generalidad participe en los órganos o en el procedimiento de distribución. Se trata de una exigencia de extraordinaria importancia en la medida que obliga a establecer órganos de colaboración o procedimientos de distribución y que en ambos casos esté implicada Cataluña. Tampoco en la redacción finalmente adoptada se exige que, cuando se trate de competencias exclusivas de Cataluña, la participación de la Comunidad Autónoma en los órganos o en los procedimientos sea «determinante». Es decir, sólo es preciso implicar a Cataluña en la determinación del carácter no territorializable de los fondos europeos.

En fin, de acuerdo con la tercera regla la Generalidad podrá participar en la gestión y tramitación de tales fondos europeos no territorializables. Téngase en cuenta que la redacción propuesta por el Parlamento catalán reservaba «en todos los casos, a la Generalidad las facultades de tramitación, pago, control e inspección». En cambio, la redacción adoptada sólo prevé una implicación en la gestión y en la tramitación de los fondos europeos no territorializables «en los términos que fije el Estado».

2 · La gestión de los fondos europeos territorializados y el artículo 190 (en relación con el art. 114.2 a 4) del nuevo Estatuto para Cataluña

La regla general de la que parte el Estatuto catalán es que los fondos europeos serán territorializables, en cuyo caso establece una serie de límites a cualquier intento estatal de erosionar las competencias de Cataluña. De modo que cuando los fondos europeos sean territorializables se aplican las distintas reglas establecidas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 114 del Estatuto catalán.

En cada uno de estos casos distingue el Estatuto, en primer lugar, entre las «materias de competencia *exclusiva*» en cuyo caso corresponde a Cataluña «la especificación de los objetivos a los que se destinan las subvenciones [...] así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión». A diferencia de la propuesta del Parlamento catalán, que no preveía excepción alguna al ejercicio por Cataluña de la gestión de los fondos europeos en el supues-

to de competencias autonómicas exclusivas, en este supuesto la asunción de competencias exclusivas no impide una importante intervención estatal, sin perjuicio de reservarse a Cataluña la regulación de la aplicación y la gestión administrativa. Las funciones enunciadas expresamente en este caso incluyen la especificación de los objetivos, la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión, que incluye la tramitación y la concesión. Este es, por tanto, el ámbito en el que obviamente se limita o se blinda más férreamente las competencias autonómicas que nominalmente eran «exclusivas».

En segundo lugar, cuando se trata de «materias de competencia *compartida*», la gestión de los fondos europeos que corresponde a Cataluña consistirá en «precisar normativamente los objetivos a los que se destinan las subvenciones [...] así como completar la regulación de las condiciones de otorgamiento y toda la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión». En la previsión estatutaria que había aprobado el Parlamento de Cataluña se incluían en el ámbito de las «competencias legislativas» de la Generalidad las facultades de decidir el destino concreto, las condiciones de concesión, la regulación del procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago y el control y la inspección. Ahora, sin embargo, no se hace referencia a la inspección ni al control; y, además, se suaviza el contenido de las funciones permitiendo una intervención estatal de una cierta entidad.

Y en tercer lugar, cuando se trata de «materias de competencia ejecutiva» se atribuye a Cataluña «la gestión de las subvenciones [...] incluyendo la tramitación y la concesión». Téngase en cuenta que la redacción del Estatuto del Parlamento catalán atribuía a la Generalidad en la gestión de los fondos europeos «como mínimo, la regulación del procedimiento de otorgamiento, la tramitación, el pago y el control y la inspección». La rebaja en este supuesto es, con la graduación que se aprecia, bastante relevante pues el blindaje frente a la intervención general es bastante flexible al reservarse Cataluña la gestión en general, lo que incluye la tramitación y la concesión; evitando en este último caso el término «pago».

En los tres casos puede observarse el intento en blindar más o menos minuciosamente los supuestos en que de no procede una «recentralización» que vayan más allá de lo fijado en el nuevo Estatuto y que, en este supuesto de subvenciones territorializables y en ámbitos materiales autonómicos, el Tribunal Constitucional sólo consideraba justificada de manera excepcional. La diferencia entre la propuesta del Parlamento catalán y la redacción final del Estatuto consiste en que se ha suavizado el blindaje en los

tres supuestos, admitiendo, teóricamente, una mayor intervención o recentralización estatal en la gestión de los fondos europeos.

En cuanto al alcance que la nueva asunción de competencias tenga en la jurisprudencia constitucional es difícil hacer un pronóstico dado que, obviamente, ahora la formulación de la asunción de competencias ya no es meramente jurisprudencial sino que también la minuciosa regulación estatutaria adquiere fuerza interpretativa que habrá de ser ponderada por el Tribunal Constitucional.

C · La regulación estatutaria autonómica y sus efectos en el Estado autonómico español: bilateralidad y multilateralidad en la gestión de los fondos europeos

Una de las notas características del nuevo Estatuto radica en la pretensión de llevar a cabo una acción bilateral en materia europea. Ahora bien, desde una perspectiva europea y en materia financiera la bilateralidad resulta difícil de comprender; y no porque sea negativa o esté vedada en el Derecho de la Unión Europea sino, simplemente, por la imposibilidad desde un punto de vista meramente cuantitativo de establecer excepciones al régimen general, no ya respecto de un número de Estados bastante difícil de manejar, sino respecto de un número de regiones imposible de gestionar.

La bilateralidad entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas en el contexto de la integración europea resulta una tarea ardua. No obstante, debe tenerse en cuenta que los 20 años de integración europea han supuesto, por las razones que sean, una lucha decidida por la descentralización emprendida por Cataluña y el País Vasco, que finalmente se ha generalizado a las demás Comunidades Autónomas.

Así se aprecia, claramente, en las batallas libradas ante el Tribunal Constitucional donde los primeros conflictos de competencia en la ejecución del Derecho comunitario europeo los plantearon catalanes y vascos. Ciertamente, con el paso del tiempo las otras Comunidades Autónomas han luchado con el Estado pero siempre que habían abierto brecha las dos Comunidades Autónomas referidas.

Lo mismo se puede decir del liderazgo catalán y vasco en las actividades y en los convenios y acuerdos adoptados desde finales de 1988 en el seno de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas. Aunque en este caso debe tenerse en cuenta que la voz cantante la tuvo casi siempre el Estado, que necesitaba en determinados ámbitos la inexcusable colaboración de las Comunidades Autónomas. De hecho, en algunos de los Convenios adoptados el País Vasco y, en menor medida, Cataluña exigieron que se estableciesen cláusulas que reservaban el establecimiento de relaciones bilaterales y, de acuerdo con tales previsiones se constituyeron las respectivas Comisiones bilaterales Estado-Cataluña y Estado-País Vasco. No obstante, debe reconocerse que más tarde otras Comunidades Autónomas, singularmente en el supuesto de Canarias, han pugnado eficazmente por conseguir un estatuto especial en la Unión Europea vinculado a su «ultraperifericidad» y por obtener unas relaciones bilaterales con el Estado.

Pues bien, de las manifestaciones de bilateralidad en los asuntos europeos del Estatuto catalán conviene destacar, en primer lugar, la Comisión Bilateral Generalitat-Estado que establece el artículo 183 del nuevo Estatuto catalán se le encomienda, en particular en su apartado 2, la función siguiente:

«g) El seguimiento de la política europea para garantizar la efectividad de la participación de la Generalitat en los asuntos de la Unión Europea».

En el ámbito de la Unión Europea la bilateralidad se manifiesta de manera decidida en el artículo 186.2 del Estatuto para Cataluña:

«La Generalitat debe participar de forma bilateral en la formación de las posiciones del Estado en los asuntos europeos que le afectan exclusivamente. En los demás casos, la participación se realiza en el marco de los procedimientos multilaterales que se establezcan».

Y a continuación en el artículo 186.3 del nuevo Estatuto para Cataluña se imponen límites a la actuación del Estado en la Unión Europea en determinados supuestos:

«La posición expresada por la Generalitat es determinante para la formación de la posición estatal si afecta a sus competencias exclusivas y si de la propuesta o iniciativa europeas se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña. En los demás casos, dicha posición debe ser oída por el Estado».

En fin, tal como ya hemos señalado, el artículo 210 del Estatuto encomienda a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat para, por una parte, «Negociar el porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos» (art. 210.2.d); y para que, por otra, esta misma Comisión Mixta proponga «las medidas de cooperación necesarias para garantizar el equilibrio del sistema de financiación que establece el presente Título cuando pueda verse alterado por decisiones legislativas estatales o de la Unión Europea» (art. 210.3).

Por tanto, la inevitable adopción en los nuevos Estatutos de un capítulo europeo no significará en todos los supuestos la inclusión de una previsión expresa, «a la catalana», relativa a los fondos europeos. En este sentido, el modelo valenciano podría ser igualmente útil siempre y cuando no se limite a determinados fondos europeos, como los agrarios o los estructurales, sino que haga referencia con más precisión a todo tipo de «fondos europeos». Por lo demás, estas nuevas cláusulas estatutarias están justificadas por la importancia financiera de los fondos europeos en determinadas Comunidades Autónomas cuyos ingresos presupuestarios proceden significativamente del Presupuesto de la Unión. Estatutos de una previsión expresso proceden significativamente del Presupuesto de la Unión.

⁴⁵ Este parece ser el enfoque de la Proposición de Reforma del Estatuto para Andalucía, cuyo artículo 209 titulado «Gestión de fondos europeos» está contenido en un capítulo relativo a las «Relaciones con las instituciones de la Unión Europea» y cuyo tenor es: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión de los fondos provenientes de la Unión Europea y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, salvo que las competencias de ejecución en la materia objeto de la financiación correspondan al Estado»; pero también en otros capítulos se recoge, por ejemplo dentro de la Hacienda autonómica, el artículo 160 titulado también «Gestión de los fondos europeos» conforme al cual: «1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión, planificación y ejecución de los fondos europeos destinados a Andalucía, en especial de aquellos aprobados en aplicación de criterios de convergencia o derivados de la situación específica de Andalucía. 2. Los fondos que se reciban en estos conceptos podrán ser modulados con criterios sociales y territoriales por la Comunidad Autónoma andaluza, dentro del respeto a las normas europeas aplicables. 3. La cuantía de los fondos estructurales de la Unión Europea que se asignen a Andalucía se determinará de acuerdo con los criterios empleados por aquélla en esta materia. (Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 374, Séptima Legislatura Andalucía, de 9 de febrero de 2006).

⁴⁶ A título ilustrativo y teniendo en cuenta los datos de las respectivas Leyes autonómicas de Presupuestos para 2006 puede observarse cómo Extremadura prevé ingresos de los fondos agrarios y estructurales por importe de 625,13 millones de euros, respecto de unos ingresos totales de 4.539 millones de euros; o sea, los fondos europeos representan casi un 14% de todo el presupuesto autonómico; en el caso de Andalucía y respecto de un presupuesto de 27.378 millones de euros, proceden de los fondos europeos 1.549 millones de euros, cerca del 6% de todos sus ingresos.

D · Las consecuencias de la nueva regulación autonómica y la gestión de los fondos europeos en la Unión Europea

Los fondos europeos están sufriendo una transformación paulatina y profunda tanto en lo que se refiere al destino de su financiación como a la propia gestión de los fondos.

Por lo que se refiere a las intervenciones financieras, resulta patente el cambio de perspectiva que se ha producido en los últimos años en que se ha invertido la tendencia de los fondos agrarios que llegaron a suponer? partes del presupuesto europeo (1979) mientras que ahora ya suponen menos del 50%; en cambio, los fondos estructurales y de cohesión tuvieron un desarrollo espectacular desde que en 1975 se creó el Feder y en los dos períodos de programación 1989-1999 y 2000-2006 han alcanzado alrededor del 35% del Presupuesto europeo.

Sería difícil que la Unión Europea reconozca la competencia de las autoridades regionales en la gestión de los fondos europeos; no obstante, los Reglamentos comunitarios siempre se hace referencia a las «autoridades nacionales» o, si se quiere, a los «Estados miembros». Sin embargo, basta observar, por ejemplo, que en la gestión de los fondos europeos más importantes hasta ahora, el Feoga-Garantía y el Feder, la regionalización es patente. Por ejemplo, en el supuesto del Feoga-Garantía las reformas llevadas a cabo en 1995 permitieron que se estableciesen los 91 organismos pagadores que hay en estos momentos, de los cuales 18 organismos pagadores son españoles y se corresponden con el Fondo Español de Garantía Agrícola (Fega) y con las 17 Comunidades Autónomas.⁴⁷

En cuanto a la gestión de los fondos europeos respecta, las sucesivas reformas, en particular de los fondos agrarios y de los fondos estructurales, pretenden una equilibrada participación de los distintos niveles de gobierno, en especial de las Regiones europeas y, en determinados supuestos, de los Entes locales. Así se deduce de la aplicación de principios como

⁴⁷ El Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, *Informe anual sobre la ejecución presupuestaria de 2004*, presenta el «desglose de los organismos pagadores por gastos declarados en 2004», de los cuales y por lo que a España se refiere ocupan los mayores volúmenes Andalucía, Castilla y León, y Castilla-La Mancha, es decir, el 7°, 12ª y 15° puesto en toda la Unión Europea; en el caso de Cataluña, ocupa, por volumen de fondos, el puesto 35° de los 91 organismos pagadores en la Unión Europea de 25, y canalizó en 2004 unos 349,54 millones de euros, es decir un 0,81% del total europeo (*DOUE* n° C 301, de 30 de noviembre de 2005, p. 90).

la cooperación, la subsidiariedad y la gobernanza. 48 Es previsible que una mayor implicación de Cataluña y de las demás Comunidades Autónomas en la adopción de decisiones comunitarias en las que participa España en la Unión Europea permita la discusión de una regulación de la Unión Europea más sensibles con la implicación regional y local.

Asimismo, en cada uno de los niveles de gobierno en el marco de la Unión Europea sería muy conveniente alentar la participación en la gestión de los fondos europeos de todas las instituciones, no sólo de gobierno y administración, sino las de deliberación y decisión, como es el caso de los Parlamentos regionales. De este modo se conseguiría conjurar, aun cuando sea parcialmente, el manifiesto peligro de «desparlamentarización» en la gestión de los asuntos comunitarios europeos.⁴⁹

IV · Conclusión

La nueva regulación estatutaria para Cataluña de la gestión de los fondos europeos tiene una primera dimensión, de naturaleza política, de reafirmación mediante un Estatuto que se inscribe e impulsa el proceso de integración europea y que reclama la implicación en la gestión de las políticas comunitarias y la canalización de los fondos correspondientes; dimensión política con una vocación europea innegable y que, desde luego, en este aspecto, resulta encomiable; y una segunda dimensión, la jurídica, que constituye, en realidad, un intento de limitar o de blindar frente al Estado el ejercicio de competencias asumidas por el Estatuto de Autonomía. Por eso se presentan a continuación tres consideraciones referidas a la necesidad de tener presente en todo caso el contexto comunitario europeo; a los efectos previsibles de la nueva regulación estatutaria y a las propuestas que, con fines prácticos, se sugieren para mejorar la gestión de los fondos europeos en Cataluña.

En primer lugar, la regulación de la gestión de los fondos europeos que se establezca tanto en España como en Cataluña en relación con la gestión de los fondos europeos debe tener en cuenta que se trata de un ámbito rela-

⁴⁸ ENOCH ALBERTÍ, Enric FOSSAS y Miguel Ángel CABELLOS, *El principi de subsidiarietat a la Unió Europea*, Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 87.

⁴⁹ Miquel PALOMARES AMAT, Parlaments regionals i procediment d'adopció de decisions a la Unió Europea, Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 95.

tivo a la ejecución del Derecho de la Unión Europea. Por tanto, la gestión de los fondos europeos está sometida, ante todo, al Derecho comunitario; y si bien las autoridades nacionales gozan de una importante autonomía institucional y procedimental, ésta debe aplicarse, sea cual sea la norma constitucional, estatutaria o de cualquier otra naturaleza o rango, sin que pueda ponerse en peligro la efectividad o la equivalencia de la regulación comunitaria relativa a los fondos europeos. Por tanto, el presupuesto de la gestión de los fondos europeos será siempre el contexto de la Unión Europea, es decir, la cuestión clave radica en la configuración que se establezca en la regulación de la Unión Europea de la gestión de los distintos fondos europeos; y sólo resulta una cuestión subsidiaria la determinación del reparto interno de competencias, por ejemplo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o la distribución de poderes en cada uno de los niveles de gobierno nacional, por ejemplo, entre las Administraciones y los Parlamentos respectivos.

A tal efecto, debe señalarse que los nuevos fondos europeos se caracterizan por una dotación financiera más escasa y por la necesidad de establecer mecanismos que favorezcan el control y la mejora de su gestión. Por tanto, cada vez es más frecuente la aplicación de las correcciones financieras, bien establecidas en los fondos agrícolas y en el último período de programación de los fondos estructurales; y también se han generalizado las denominadas «reservas de eficacia». En definitiva, se trata de vincular la asignación de los fondos europeos a aquellos que más lo necesiten pero, sobre todo, a aquellos que sean más eficaces en su gestión, a aquellos que mejor los aprovechen.

Pero también la aplicación de los principios comunitarios que más afectan a las relaciones entre niveles de gobierno en la Unión Europea —cooperación, subsidiariedad y gobernanza— puede constituir un procedimiento apropiado para exigir, en el contexto europeo, una implicación decisiva de las Regiones e incluso de los Entes locales. Debe recordarse la doble dimensión, política y jurídica, que ofrecen tales principios; así, por ejemplo, el principio de subsidiariedad ha de entenderse no sólo como «criterio político o regla de razón» sino también como principio jurídico, susceptible de control por los tribunales comunitarios y, obviamente, por los tribunales nacionales. De hecho, en el nuevo Estatuto para Cataluña se refiere en cuatro ocasiones a la subsidiariedad estableciendo, a modo de principio en el mismo preámbulo, «Los poderes públicos están al servicio del interés general y de los derechos de la ciudadanía, con respeto al principio de subsidiariedad».

En segundo lugar y una vez definido el margen que a las autoridades nacionales ofrece el Derecho de la Unión Europea en la gestión de los fondos europeos, éstas deben actuar de acuerdo con los límites constitucionales internos. No obstante, en España se puede constatar el déficit de regulación referido a la gestión de los fondos europeos y tampoco la jurisprudencia constitucional ha contribuido a delimitar nítidamente los respectivos ámbitos competenciales que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas. Estas circunstancias han permitido, ciertamente, una mayor flexibilidad en la administración de los fondos, pero lo ha sido en detrimento de la seguridad jurídica.

Por esa razón, la nueva regulación estatutaria en Cataluña de la gestión de los fondos europeos supone un intento de establecer reglas más claras y transparente para la gestión. Sin embargo, la solución propuesta pretende reproducir o inspirarse en los principios deducidos en términos generales por el Tribunal Constitucional lo que requiere que en prácticamente todos los supuestos sea necesario examinar cada uno de los fondos europeos afectados para determinar la procedencia de su territorialización y, en su caso, del reparto de funciones de gestión entre el Estado central y Cataluña. Y, además, como ha expuesto Albertí i Rovira, la estrategia seguida por el Estatuto, de blindaje de competencias, tiene «una eficacia forzosamente limitada [dado que] no puede impedir de manera absoluta cualquier intervención del Estado en los sectores supuestamente blindados». ⁵⁰ Con mayor razón, el ejercicio de competencias autonómicas en el contexto comunitario europeo desbarata cualquier intento de establecer rígidamente los límites en el ejercicio de competencias de una determinada Comunidad Autónoma, como es el caso de Cataluña. Del mismo modo, el intento de bilateralizar la gestión de los fondos europeos por parte de Cataluña resulta difícil de aplicar en la práctica dado que no se entendería una gestión de los fondos europeos que no sea de aplicación en toda España.

Por razones históricas y sobre todo a la vista de los conflictos de competencias promovidos por el Estado central, se puede comprender que una Comunidad Autónoma como Cataluña lleve a cabo un «blindaje» de las competencias ya asumidas. La redacción del nuevo Estatuto catalán ha seguido la estrategia del blindaje de competencias y lo ha apoyado en técnicas jurídicas irreprochables que demuestran un conocimiento extraordi-

⁵⁰ ENOCH ALBERTÍ I ROVIRA, «El blindatge de les competències i la reforma estatutària», ob. cit., pp. 128-129.

nariamente profundo del la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, se echa en falta una visión «más política» o, si se quieren una visión «más constitucional» a la hora de implicar más y mejor a una Comunidad Autónoma en la gestión de los fondos europeos. En efecto, en un contexto como el de la integración europea, cuya vocación federal es innegable, podría haberse acudido a principios flexibles y maleables como son la cooperación, la subsidiariedad o la gobernanza que, ciertamente, afectan al ejercicio del poder por los distintos niveles de gobierno, especialmente cuando este poder se manifiesta tangiblemente en recursos financieros; pero también se trata de principios que deberían aplicarse a todos los que ejercen legítimamente el poder, sea en el legislativo, en el ejecutivo o incluso en el judicial, y cualquiera que sea el nivel de gobierno: local, regional, estatal o europeo, dado que el poder pertenece a los ciudadanos y sólo debe ejercerse en favor de los ciudadanos. Por eso, cuando se trata de gestionar fondos, la cooperación, la subsidiariedad y la gobernanza son simplemente la manifestación del «principio de buena gestión financiera».

Y ya, en tercer lugar, es conveniente tener en cuenta algunas propuestas o perspectivas que se derivan de la reforma estatutaria y que resultan de igual interés en la gestión de los fondos europeos. Así, por ejemplo, en el nuevo Estatuto catalán no se ha abordado un aspecto particularmente importante en la gestión de los fondos europeos: la ventilación interna de responsabilidades. Aun cuando está en vigor una regulación legal estatal, el artículo 7 de la Ley General de Subvenciones, no se ha establecido el procedimiento administrativo de aplicación. En este sentido, la aplicación de procedimientos serios de responsabilidad financiera tanto en España como en la Unión Europea es, sin lugar a dudas, un incentivo para la mejora de la gestión de los fondos europeos y la esperanza de que a las regiones europeas más avanzadas, como es indudablemente el caso de Cataluña, puedan canalizar fondos europeos adicionales.

Podría ser interesante, asimismo, asociar a los distintos Parlamentos en la gestión por las Administraciones españolas de los fondos europeos. Esta propuesta se refiere no sólo a cada ámbito autonómico sino también a la coordinación y a la colaboración entre los tres niveles de gobierno en España. Con esta propuesta se podría conjurar el proceso de «desparlamentarización», lo que incluiría la posibilidad de implicar, ciertamente sólo si se es radicalmente optimista, al Senado en el ámbito estatal, y a los Parlamentos regionales en el respectivo ámbito autonómico en la programación y en el control de la gestión de los fondos europeos. En fin, 2006 puede ser un año

apropiado para esta implicación parlamentaria en la gestión de unos fondos europeos cuyas previsiones plurianuales cubren precisamente el período 2007-2013.⁵¹

En suma, la reforma emprendida por Cataluña y, en particular, la que se refiere a la gestión de los fondos europeos, debe ser bienvenida en la medida en que se entienda como un intento de mejorar los procedimientos de gestión de las políticas públicas, como un propósito de aportar una mayor calidad en el ejercicio del poder y, en resumidas cuentas, como un ejercicio para mejorar la democracia.

⁵¹ En 2006 serán frecuentes las noticias periodísticas referidas a la «batalla» en España por la distribución de fondos europeos; el siguiente titular de *El País*, de 17 de abril de 2006, p. 58, es significativo: «Las comunidades ricas presionan a Solbes para recibir más fondos europeos. Siete autonomías reclaman a Economía cambios en los criterios de distribución de ayudas». Estas siete Comunidades Autónomas son Aragón, Baleares, Cataluña, Madrid, Navarra, La Rioja, País Vasco y Cantabria, que tratan de participar en los 52.137 millones de euros que se gestionarán en España de 2007 a 2013 en el ámbito de la política europea de cohesión.

LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

MARCOS GÓMEZ PUENTE Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. Introducción. La participación de Cataluña en los asuntos europeos comunitarios. 2. La garantía interna del cumplimiento de las obligaciones comunitarias. 2.1. El Estado ante el incumplimiento autonómico. 2.2. La Comunidad Autónoma ante el incumplimiento estatal o autonómico. 3. Los diferentes ámbitos de la responsabilidad por incumplimiento de la normativa comunitaria. 3.1. La responsabilidad comunitaria del Estado. 3.2. La responsabilidad interna de las instituciones del Estado. 3.2.1. La repercusión de la responsabilidad estatal sobre las instituciones autonómicas o locales. 3.2.2. La responsabilidad patrimonial de las instituciones nacionales. ¿Un cauce para exigir la reparación de perjuicios causados a las CCAA por incumplimiento estatal del Derecho Comunitario? 4. Un caso concreto: la pérdida autonómica de fondos comunitarios (FEOGA-Garantía) por incumplimiento estatal del Derecho Comunitario. Nota bibliográfica.

1 · Introducción. La participación de Cataluña en los asuntos europeos comunitarios

La negociación política y la discusión parlamentaria de la reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña ha devuelto actualidad a algunos viejos problemas de la articulación territorial del Estado relacionados con su integración en instituciones u organizaciones internacionales y con la actuación ante ellas de los entes regionales y locales.

Detrás de estos problemas se descubre la tensión resultante de la conjunción de dos fenómenos políticos contrapuestos que, sin desconocer formalmente la soberanía del Estado, en la que descansa su identidad exterior y la unidad de sus instituciones internas, reducen los espacios o ámbitos de decisión política de la organización estatal, sea por cederlos a los órganos o instancias supranacionales (como sucede con la integración eurocomu-

nitaria), sea por considerarlos propios de las nacionalidades o regiones (en el caso de la descentralización autonómica). Pero al mismo tiempo la actuación internacional del Estado o su integración en organizaciones supranacionales requiere una unidad de acción que se ve desfavorecida o complicada por la descentralización territorial y la decisión política, sin perjuicio de los imprescindibles mecanismos de colaboración, cooperación y coordinación territorial, que deben trasladarse de las regiones al Estado, único sujeto de la responsabilidad internacional. Por este motivo en la práctica se produce una recentralización de la decisión o actuación política, dando intervención o participación al Estado en materias de competencia regional alterándose de hecho, si no de derecho, el reparto constitucional interno de competencias.

La antedicha tensión se aprecia fácilmente en el decurso de la formación de la Unión Europea y de la evolución de las instituciones comunitarias. Aunque la principal competencia decisoria corresponde al Consejo, órgano en el que están representados los Estados, el Tratado de la Unión Europea de 1992 destacó la dimensión regional de la Comunidad instituyendo el Comité de las Regiones (arts. 263 a 265 TCE, cito por la versión consolidada), un órgano consultivo formado por representantes de los entes regionales y locales de cada Estado cuyo dictamen resulta preceptivo para la adopción de actos comunitarios en ciertas materias (educación y juventud, cultura, salud pública, fondos estructurales, etc.). Además, la Comisión se muestra partidaria de promover una participación regional y local más intensa en el desarrollo de las políticas comunitarias para favorecer su proximidad a los ciudadanos y la implicación de éstos (según se desprende del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea).² En fin, el proyectado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa también reconoce el hecho regional y contiene algunas disposiciones para ampliar la participación de las regiones en la vida comunitaria (aunque de forma limitada e indirecta), vinculándola incluso al principio de subsidiariedad.³

En cualquier caso, puesto que la Comunidad cuenta con un aparato administrativo relativamente reducido y la realización de los objetivos comu-

¹ Corresponden a España 22 miembros en este Comité resultando propuestos los 17 Presidentes autonómicos y una corta representación de los Alcaldes en la que, hasta la fecha, han estado siempre los de Madrid y Barcelona y el Presidente de la Federación de Municipios.

² Véase el documento COM(2001)428 final, 25 de julio de 2001.

³ A través del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al citado Tratado.

nitarios debe apoyarse en la actuación de las autoridades nacionales, la integración de los Estados ha requerido el necesario ajuste de los ordenamientos internos, no sólo en el plano normativo, sino también en el institucional u organizativo y en el procedimental (siendo a veces suficiente, en este último caso, la introducción de medios informales de interlocución y negociación, prácticas o hábitos administrativos que dan fluidez a las relaciones entre la Comunidad, el Estado y las CCAA).

No ha de extrañar, por tanto, que la aplicación territorialmente descentralizada del ordenamiento comunitario haya ido planteando en los Estados problemas de articulación competencial entre las instituciones estatales y regionales, ni que el Derecho Comunitario, por más que formalmente respete la organización interna de los Estados miembros, haya ido impulsando cambios en esta organización a la búsqueda de soluciones políticas o jurídicas para dichos problemas, siendo éste un proceso que no puede considerarse completado y que, presumiblemente, seguirá abierto por las propias exigencias evolutivas de la Unión Europea (cuyo horizonte más inmediato se halla en la Constitución Europea) o del modelo territorial nacional (que no parece terminado en el caso español y está siendo ahora objeto de revisión en el caso alemán, por poner dos ejemplos).

Dichos problemas han sido básicamente de dos órdenes: de un lado, los referidos a la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado ante las instituciones comunitarias; de otro, los referidos a la participación de las Comunidades Autónomas en la aplicación del Derecho Comunitario y en la ejecución de las políticas comunitarias (incluida la gestión de los recursos o fondos asignados a ellas). A diferencia de otras realidades constitucionales europeas (como la alemana o la italiana), nuestra Constitución no regula expresamente dicha participación. El art. 93 CE fundamenta la integración y articula las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, pero no ordena las relaciones entre las instituciones y los ordenamientos del Estado y de las CCAA en lo que respecta a su participación en la formación y aplicación nacional de la política comunitaria. Mas para salvar este vacío normativo y ordenar dichas relaciones que necesariamente deben dirigirse por el reparto constitucional y estatutario de competencias, se han hecho algunos cambios normativos, procedimentales y orgánicos.

Entre estos últimos destaca la institucionalización de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), actualmente regulada por Ley 2/1997 del 13 de marzo. Un órgano que

trata de promover y coordinar la participación efectiva de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal (fase ascendente) y en la ejecución del derecho comunitario (fase descendente) y en cuyo seno se han adoptados diversos acuerdos que han ayudado a superar algunos de esos problemas por medio de la colaboración.⁴ En estos acuerdos, algunas disposiciones dictadas por el Estado en el ejercicio de sus títulos competenciales y la jurisprudencia constitucional han venido estableciendo la forma y el alcance de la participación autonómica en los asuntos comunitarios, cuyo necesario punto de partida debe ser el respeto del reparto constitucional interno de competencias entre el Estado y las CCAA. Ahora, tras el anuncio de una reforma constitucional y en pleno proceso de reforma de algunos Estatutos de Autonomía, cabe sensatamente plantearse la conveniencia de llevar a los textos constitucionales y estatutarios los principios o reglas jurídicos por los que debe regirse y organizarse dicha participación autonómica y articularse, para ese mismo ámbito de lo comunitario, el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas.

En esta línea, el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña dedica un capítulo a las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea (Capítulo II del Título V), con el propósito de concretar y fijar (con la garantía de permanencia que ofrece el «bloque» de la constitucionalidad) los términos en que las instituciones políticas catalanas pueden participar en los asuntos comunitarios «que afecten a las competencias o los intereses de Cataluña» (art. 184 PREAC).⁵ Los nuevos preceptos se refieren tanto a la participación ascendente como a la descendente, enun-

⁴ Por ejemplo, el Acuerdo sobre colaboración en los procedimientos por incumplimiento y de la cuestión prejudicial y sobre notificación de ayudas públicas (29 de noviembre de 1990); el Acuerdo sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias sectoriales (1994); el Acuerdo para la creación de la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (REPER)(1996); el Acuerdo sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (11 de diciembre de 1997); y los más recientes Acuerdos sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea y sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea (9 de diciembre de 2004).

⁵ Salvo expresa indicación. Se cita por los preceptos de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (PREAC) aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados del 30 de marzo de 2006 (BOCG Congreso, serie B, núm. 210-15, del 31 de marzo de 2006).

ciando unas modalidades generales sin perjuicio de su concreción y desarrollo por la legislación estatal y de la previsión por ésta de otros mecanismos o procedimientos.

En la fase ascendente el PREAC prevé que la Generalitat (i) sea informada de las iniciativas de revisión de los tratados fundacionales y que pueda elevar al Estado las observaciones que estime pertinentes e incluso tener representantes en las delegaciones españolas que participen en los procesos de revisión y negociación de los tratados cuando afecten a sus competencias exclusivas (art. 185); (ii) sea informada y participe en la formación de las posiciones comunitarias del Estado realizando las alegaciones u observaciones oportunas bien mediante los procedimientos de carácter multilateral generalmente previstos, bien por medios bilaterales, en cuanto se trate de asuntos que le afecten exclusivamente, reconociéndose incluso el carácter determinante (que no vinculante)6 de su criterio en este último caso o cuando puedan derivarse consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña (art. 186); (iii) tenga representación en las delegaciones españolas ante la Unión Europea (en el Consejo y otros órganos consultivos y preparatorios de éste o de la Comisión) cuando se traten asuntos de su competencia legislativa, participando incluso en la designación de los miembros de la representación permanente del Estado ante aquélla (art. 187); y (iv) participe en los procedimientos de control de la subsidiariedad y proporcionalidad de la acción comunitaria previstos por el ordenamiento comunitario (art. 188).⁷

⁶ Precisión que importa mucho destacar, como lo ha hecho, desde la perspectiva de la constitucionalidad del proyecto estatutario original el Consell Consultiu catalán; véase, por ejemplo, el fundamento octavo del Dictamen sobre la propuesta de proposición de ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía para Cataluña y se deroga la Ley Orgánica 4/1979 del 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía para Cataluña (Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía, Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 217, 6 de septiembre de 2005).

⁷ El precepto guarda relación con la previsión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que exige a las instituciones comunitarias que apliquen el principio de subsidiariedad de conformidad con un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y que, conforme al mismo, motiven todos los proyectos de actos legislativos europeos (art. I-11). Dicho Protocolo prevé que los parlamentos nacionales puedan exponer mediante dictamen motivado las razones por las que consideran que los proyectos no se ajustan al citado principio de subsidiariedad, pudiendo antes consultar, a tal efecto, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas (apdos. 5, 6 y 7 del Protocolo). Hallándose esta posibilidad reservada a la decisión de cada Estado, el PREAC la incorporaría al ordenamiento español en lo que respecta a las competencias de Cataluña.

Por lo que se refiere a la fase descendente, el PREAC sigue de cerca la jurisprudencia constitucional vertida sobre la ejecución nacional del Derecho Comunitario que ha declarado reiteradamente la inalterabilidad del reparto constitucional de competencias.

Así, el PREAC recuerda expresamente que (i) el sistema de distribución constitucional de competencias rige también para la ejecución del Derecho comunitario (art. 189.1), de manera que el desarrollo, la aplicación y la ejecución de las normas comunitarias no constituyen una competencia específica o autónoma, sino que corresponden a la instancia que ostente la competencia sobre la materia y función (legislativa, ejecutiva) de que se trate;8 (ii) el ámbito competencial propio de la legislación estatal básica puede agotarse con la reglamentación comunitaria, resultando entonces (vedada la intermediación normativa del Estado y) posible su desarrollo directo por el legislador autonómico (art. 189.3);9 y (iii) la adopción por el Estado de medidas suprarregionales para la ejecución de la normativa comunitaria sólo es admisible cuando no puedan ser adoptadas mediante la colaboración o coordinación de las CCAA competentes, 10 por lo que la Generalitat, además de ser previamente consultada, debe participar siempre que sea posible en los órganos que adopten dichas medidas (art. 189.2).

Además, habida cuenta de que la ejecución nacional de las políticas comunitarias consiste en gestionar los fondos europeos (que representan más del 85 por 100 del presupuesto comunitario), el PREAC se refiere expresamente a esta gestión (art. 190, que remite a los arts. 114 y 210) desgranando el alcance de las facultades de la Generalitat según el carácter de las subvenciones (territorializables o no) y de la competencia que ostente (exclusiva, compartida, meramente ejecutiva) siguiendo también

⁸ Así, por ejemplo, SSTC 252/1988 del 20 de diciembre, 64/1991, del 22 de marzo, 76/1991, del 11 de abril, 115/1991, del 23 de mayo, 236/1991, del 12 de diciembre, 79/1992, del 28 de mayo, 102/1995, del 26 de junio, 146/1996, del 19 de septiembre, 148/1998, del 2 de julio, 45/2001, del 15 de febrero, y 96/2002, del 25 de abril.

⁹ Criterio —no exento de controversia— que se infiere de las SSTC 79/1992 del 28 de mayo y 128/1999 del 1 de julio.

¹⁰ Previsión que parece derivada de la jurisprudencia constitucional (SSTC 32/1983 del 28 de abril, 76/1983, del 5 de agosto, 79/1992, del 28 de mayo, o 102/1995, del 26 de junio) sobre el alcance y contenido de las facultades de coordinación que otorgan al Estado diferentes títulos competenciales (por ejemplo, art. 149.1.13ª, 15ª y 16ª CE).

aquí esencialmente la pauta de delimitación competencial marcada por la doctrina constitucional.¹¹

Por último, pensando en la garantía jurisdiccional del cumplimiento del ordenamiento comunitario, el PREAC prevé que la Generalitat pueda acceder al TJUE (obviamente, en los términos que establezca dicho ordenamiento; art. 191.1) e instar del Gobierno el ejercicio ante dicho órgano de acciones en defensa de los legítimos intereses y competencias de aquélla (art. 192.2 y 3, que trae causa de un acuerdo adoptado en el seno de la CACER).¹²

En estos términos se concreta la participación de Cataluña en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a sus competencias o intereses, articulándose de este modo las relaciones entre aquélla y el Estado conforme a la delimitación constitucional y estatutaria de competencias y las demás disposiciones que contemple la legislación del Estado.

Las citadas previsiones estatutarias, salvo en lo que respecta al ejercicio de acciones ante el TJUE, no se refieren al incumplimiento de la normativa comunitaria ni a los mecanismos internos de garantía o responsabilidad frente a dicho incumplimiento, sea autonómico o estatal. Tampoco la Constitución aborda expresamente este asunto más allá de la genérica atribución del art. 93 CE: «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de esos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales». No obstante, en la legislación estatal encontramos algunos mecanismos

¹¹ Esto es, en materias de su exclusiva competencia, corresponde a la Generalitat especificar los objetivos de las subvenciones comunitarias territorializables, regular sus condiciones de otorgamiento y gestionarlas —tramitación y concesión— (art. 114.2); en materias sobre las que también ostente el Estado competencia (bases, coordinación concurrente por superposición de títulos) se deja margen a la Generalitat para precisar los objetivos de dichas subvenciones y para completar las condiciones de otorgamiento, asumiendo íntegramente la gestión —tramitación y concesión— (art. 114.3); en materias sobre las que ostente sólo competencia ejecutiva le corresponde únicamente la gestión —tramitación y concesión— de las subvenciones territorializables (art. 114.4). Esquema estatutario en el que se reconoce la doctrina que recapitula la STC 13/1992, del 6 de febrero, y reiteran, entre otras muchas, las SSTC 95/2002, del 25 de abril, 230/2003, del 18 de diciembre, y 77/2004, del 29 de abril (las últimas citadas resolviendo conflictos planteados por la Generalitat).

El PREAC también prevé que la Generalitat participe en la determinación del carácter de las subvenciones no territorializables y en la gestión y tramitación en los términos que fije el Estado (art. 114.5). La negociación del porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos corresponde a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat (art. 214.2.d).

¹² Acuerdo del 11 de diciembre de 1997 relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(como los de reintegro de fondos, corrección financiera o regreso por responsabilidad patrimonial) para salvaguardar los intereses del Estado frente al eventual incumplimiento autonómico de las obligaciones comunitarias. Mas, por el contrario, cuando son los intereses autonómicos los que pueden verse afectados por el incumplimiento estatal, no hay ningún mecanismo similar en el ordenamiento español.

Pues bien, no parece inapropiado que los estatutos autonómicos incluyan algún principio o mecanismo de garantía frente al incumplimiento estatal, o incluso sobre el propio incumplimiento autonómico, articulándose de este modo las relaciones entre el Estado y las CCAA en lo que respecta a la garantía interna del cumplimiento del ordenamiento comunitario. Aunque hallándose en juego, de un lado, la responsabilidad exterior del Estado y de otro, los intereses y competencias de las organizaciones nacionales (estatal y autonómica), parece que la sede normativa idónea para regular los principios de este mecanismo de garantía recíproca es la propia Constitución.

2 · La garantía interna del cumplimiento de las obligaciones comunitarias

Como es sabido, el control comunitario del cumplimiento de las obligaciones comunitarias por los Estados descansa en la actividad supervisora de la Comisión y en la intervención jurisdiccional del TJUE (esencialmente a través del recurso por incumplimiento o de la cuestión prejudicial). Pero dicho control comunitario puede ser promovido o excitado por los propios Estados cuando lo crean conveniente ante la vulneración del ordenamiento comunitario.

La actuación del Estado ante la Comunidad tendrá que decidirla las autoridades u órganos que determine el Derecho interno, pudiendo esta atribución hacerse, en los Estados territorialmente descentralizados, considerando el alcance interno del incumplimiento; esto es, su repercusión sobre los intereses o competencias del Estado o de las regiones. Además, formando parte el ordenamiento comunitario del propio Derecho interno, su cumplimiento también puede asegurarse a través de los mecanismos administrativos o jurisdiccionales de garantía de la legalidad y de relación o control político existentes en el ordenamiento interno, por los que también puede lograrse la tutela de los intereses o de las competencias del Estado o de las regiones eventualmente afectados.

Por consiguiente, la garantía del cumplimiento de las obligaciones comunitarias tiene una dimensión interna que es la que nos interesa ahora. Existiendo varias instancias territoriales responsables del desarrollo, cumplimiento y ejecución del Derecho Comunitario, el incumplimiento comunitario de cualquiera de ellas puede repercutir sobre los intereses y competencias de las demás. Y también pueden verse afectados o comprometidos dichos intereses y competencias estatales y autonómicos por la asimetría o ausencia de medios internos de reacción o control para prevenir o combatir el incumplimiento, o reparar sus indeseados efectos. Por ello mismo, puede ser conveniente incorporar al cuerpo normativo (no sólo, ni necesariamente al Estatuto) sobre el que descansa la articulación territorial del Estado, algunos principios o reglas que ordenen la relación del Estado y las regiones en lo que atañe a la garantía interna del cumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

En este sentido, uno de los asuntos que ha requerido mayor dedicación de la doctrina es la identificación de los medios estatales de intervención y control del Estado sobre las CCAA ante el eventual incumplimiento autonómico de las determinaciones comunitarias que arriesga la responsabilidad internacional (comunitaria) de aquél. Latía tras esta dedicación una preocupación próxima a la desconfianza (política y de capacidad material), que el tiempo se ha encargado de disipar a la vista del índice de incumplimiento autonómico de la normativa comunitaria, mucho menor de lo esperado. No ha suscitado la misma preocupación, en cambio, la hipótesis del incumplimiento estatal de las obligaciones comunitarias que puede repercutir sobre los intereses regionales y condicionar (aunque sea sólo materialmente) el ejercicio de las competencias autonómicas, ni se ha puesto mucha dedicación a la identificación de los medios autonómicos de reacción o control frente al inadecuado desarrollo o la deficiente aplicación o ejecución estatal del Derecho Comunitario. Eventualidad ante la que, pudiendo resultar afectadas las competencias e intereses autonómicos, no sería injustificado incluir alguna previsión estatutaria o legal.

2.1 · El Estado ante el incumplimiento autonómico

La identificación de los medios estatales de garantía frente al incumplimiento autonómico puede abordarse desde una óptica preventiva y reactiva. La perspectiva preventiva nos pone, en primer lugar, ante la función constitucionalmente encomendada a la legislación estatal en aquellas materias en las que (i) el Estado comparte competencia con las CCAA bien sea para regularlas íntegramente (siendo la ejecución autonómica), para determinar lo que es básico (siendo autonómico el desarrollo normativo y la ejecución), o sólo para coordinar o armonizar la política autonómica (normativa y ejecutiva); (ii) concurren o se superponen sobre las competencias autonómicas exclusivas algunos títulos competenciales del Estado de carácter horizontal (por ejemplo, la regulación estatal de las condiciones básicas que garantizan la igualdad —art. 149.1.1ª CE—, ordenación general de la actividad económica —art. 149.1.13ª CE—, Hacienda general —art. 149.1.14ª CE—); o (iii) la aplicación supletoria de la legislación estatal art. 149.3 CE—, integrando una laguna normativa autonómica incompatible con el ordenamiento europeo, permite asegurar el cumplimiento temporáneo de éste (aunque la actual jurisprudencia constitucional otorga un papel residual y casi testimonial a la cláusula de supletoriedad de la normativa estatal). ¹³ El encuadramiento por el Estado, en ejercicio de sus propias competencias, de la actividad normativa o ejecutiva de las CCAA en el ejercicio de las suyas puede ayudar a prevenir el incumplimiento autonómico de las determinaciones comunitarias.

¹³ La primera jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta el diferente grado de autonomía de las CCAA y las asimetrías competenciales entre ellas, no consideró inconveniente que el Estado pudiera válidamente legislar en materias de competencia autonómica, sin perjuicio de considerar que en estas materias las normas estatales sólo eran aplicables supletoriamente en defecto de norma autonómica (entre otras, SSTC 5/1981, del 13 de febrero, 85/1983, del 25 de octubre, y 95/1984, del 18 de octubre). Posteriormente, el Tribunal aclaró que la supletoriedad no podía ser invocada como «cláusula universal atributiva de competencias» (SSTC 15/1989, del 26 de enero, y 103/1989, del 8 de junio), sin que ello impidiera al Estado dictar normas con vocación de aplicación sólo supletoria en materias de competencia compartida o incluso autonómica para anticiparse al eventual incumplimiento de las obligaciones comunitarias y evitar la consecuente responsabilidad por dicho incumplimiento (STC 79/1992, del 28 de mayo). Y finalmente ha rechazado que el Estado pueda dictar normas sobre cualquier materia o ámbito impropio de su competencia, ni siquiera con carácter supletorio de la legislación autonómica (SSTC 118/1996, del 27 de junio, y 61/1997, del 20 de marzo). Aunque paradójicamente, en un caso (STC 195/1998, del 1 de octubre), tras declarar inconstitucional una ley estatal dictada en materia de competencia autonómica y constatar una laguna en el ordenamiento autonómico, no declaró la nulidad de aquélla, sino que la mantuvo (supletoriamente) vigente para evitar el incumplimiento de obligaciones comunitarias (proteger como espacio natural las Marismas de Santoña) por falta de una ley autonómica que las atendiera y hasta que se dictará ésta.

Un comentario sobre la evolución de la jurisprudencia citada y el juego de la supletoriedad frente a la inactividad del legislador autonómico en mi libro *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 119 a 136.

En segundo lugar se ha de mencionar el poder estatal de vigilancia o las facultades de alta inspección sobre la actuación autonómica, inherente al carácter compartido de muchas competencias estatales, al propio objeto de otras (por ejemplo, relaciones internacionales, 149.1.3ª; defensa del patrimonio cultural, 149.1.28ª CE) y al ejercicio de algunas funciones constitucionales que tiene atribuidas el Estado (como la de garantizar el cumplimiento de los tratados internacionales y las resoluciones de las organizaciones supranacionales o internacionales —art. 93 CE—).

Y, en tercer lugar, pueden cumplir una notable función preventiva los órganos y las técnicas de relación interadministrativa articulados multilateralmente para el conjunto del Estado. Me refiero al papel que pueden jugar las Conferencias Sectoriales 14 y otros órganos de cooperación (art. 5 LRJPAC) o la incorporación de representantes autonómicos en las delegaciones estatales:15 la participación en la formación de la posición comunitaria del Estado y el seguimiento de la negociación europea disminuye la desafección autonómica, ayuda a evitar la renuencia o los recelos en la aplicación de la norma europea y facilita su aceptación y aplicación uniforme en los territorios autonómicos. Importa también la celebración de convenios de colaboración (art. 6 LRJPAC) con carácter multilateral o bilateral según lo requiera el alcance de su objeto, a través de los cuales puede el Estado fomentar o estimular, con aportaciones financieras incluso, el desarrollo de actuaciones pro comunitate. Y, por supuesto, la elaboración o definición de estrategias, planes o programas conjuntos para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias, técnica que a veces viene impuesta por la propia normativa europea.

Desde la perspectiva reactiva se ha de citar, en primer lugar, el ordinario control de legalidad de la actuación administrativa (también de la inactividad, pues) de las CCAA en la vía administrativa o ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Del art. 93 CE se desprende el interés del Estado por el cumplimiento de las obligaciones internacionales y, por tanto, su legitimación para impugnar cualquier actuación autonómi-

¹⁴ Téngase en cuenta el Acuerdo de la CARCE del 30 de noviembre de 1994 sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales.

¹⁵ Ahora en los términos de los Acuerdos de la CARCE del 9 de diciembre de 2004 sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión europea y sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del mismo.

ca (y local) contraria al ordenamiento comunitario (art. 19.1.c LJ); legitimación que también ostenta, obviamente, cualquier otro titular de derecho o interés legítimo eventualmente afectado por el incumplimiento (art. 19.1.a LJ). Aunque el objeto propio de este cauce de control es la actuación normativa o ejecutiva de la Administración autonómica, de la que pueda traer causa el incumplimiento de las obligaciones comunitarias, en algún caso puede también llegar a controlarse la inactividad del legislador autonómico (por ejemplo, gracias a la doctrina del efecto directo de las directivas comunitarias que permite salvar la falta de trasposición autonómica).

Como segunda vía de reacción estatal debe mencionarse, por limitadas que sean sus posibilidades, el acceso a la jurisdicción constitucional. Me refiero a la utilización del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad como garantía del cumplimiento de las obligaciones comunitarias frente a la ley autonómica anticomunitaria, o al planteamiento de conflictos de competencia ante las omisiones o excesos del gobierno autonómico.

Respecto del primer supuesto señalado, no desconozco la tradicional reticencia del Tribunal Constitucional a enjuiciar o declarar la inconstitucionalidad de las leyes por su incompatibilidad comunitaria, posibilidad rechazada también por un amplio sector de la doctrina. Su jurisprudencia, partiendo de la irrelevancia constitucional de la norma comunitaria, ha negado radicalmente su competencia para intervenir en defensa del orden comunitario al excluir que su vulneración por acciones u omisiones legislativas suponga una violación del art. 93 CE —SSTC 28/1991 del 14 de febrero y 64/1991 del 22 de marzo—). No es la ocasión de examinar en detalle esta cuestión,16 pero sí me parece necesario destacar que, desde el punto de vista comunitario, no existe ningún impedimento para que el Tribunal Constitucional plantee una cuestión prejudicial con el fin de obtener un juicio de comunitariedad de la ley nacional impugnada (estatal o autonómica) previo al juicio de constitucionalidad que internamente sólo a él le corresponde efectuar y que, desde el punto de vista interno, no puede descartarse apriorísticamente que la inconstitucionalidad de una ley traiga causa de su anticomunitariedad (sea porque el legislador estatal falta al deber de garantía que le impone el art. 93 CE, sea porque la vulneración o el desarrollo por el legislador autonómico de la legislación comu-

¹⁶ De la que puede el lector tomar cuenta en mi libro *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, cit., págs. 162 a 183 y 250 a 252.

nitaria que directamente regule las bases de una materia revele una extralimitación o infracción del orden constitucional de competencias, por poner dos ejemplos), ni tampoco que puedan verse vulnerados principios o derechos constitucionales por infracción de la legislación comunitaria (como la propia jurisprudencia constitucional admite en los procesos de amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en no plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE —SSTC 111/1993 del 25 de marzo y 58/2004 del 19 de abril—), del mismo modo que, para evitar el incumplimiento de las obligaciones comunitarias o internacionales del Estado y evitar perjuicios ambientales, el propio Tribunal Constitucional no ha tenido reparo en postergar los efectos de la declaración de nulidad anudada a la constatación de la inconstitucionalidad de una ley (STC 195/1998 del 1 de octubre).

Y por lo que atañe al conflicto de competencias, también es limitada su instrumentación para la garantía de las obligaciones comunitarias. Además de ser inviable ante la omisión legislativa autonómica, el planteamiento de un conflicto negativo por las omisiones de la Administración autonómica expresivas de un incumplimiento comunitario sólo resulta posible cuando la omisión esté fundada en una discrepancia sobre el ámbito competencial propio (SSTC 156/1990 del 18 de octubre y 300/1993 del 20 de octubre). Algo más de juego puede dar el conflicto positivo, pues aunque la jurisprudencia constitucional rechaza formalmente que el Derecho Comunitario sirva de parámetro para perfilar los límites de las competencias estatales o autonómicas (SSTC 252/1988 del 20 de diciembre y 132/1989 del 18 de julio), en la práctica, el Tribunal se ve obligado a considerar la normativa europea para resolver la controversia (por ejemplo, SSTC 236/1991 del 12 de diciembre, 13/1998 del 22 de enero, o 45/2001 del 15 de febrero), de manera que el control del exceso o intromisión competencial de hecho puede entrañar también una reprobación del incumplimiento comunitario que lleve implícito.

Hallándonos inmersos en un proceso de integración supranacional en el que han de articularse el ordenamiento comunitario y los ordenamientos internos (estatales y regionales), resulta cada vez más difícil negar alguna relevancia constitucional a la normativa comunitaria y mantener la tajante separación formal entre dichos ordenamientos tal y como viene haciendo la jurisprudencia constitucional. En cualquier caso, parece claro que el problema (de articulación competencial) que representa para el Estado el incumplimiento autonómico del ordenamiento comunitario (o viceversa) en pocas

ocasiones podrá atajarse instando la intervención de la jurisdicción constitucional.

Y en tercer lugar, como vía de reacción frente al incumplimiento autonómico de las obligaciones comunitarias suelen citarse los poderes estatales de intervención que contemplan los arts. 150 (leyes de armonización) y 155 CE (coerción estatal de sustitución). Pero cuesta admitir que las leyes de armonización, por su carácter principal, por su limitado objeto (persiguen sólo un encuadramiento o ajuste normativo que puede ser insuficiente para atajar el cumplimiento comunitario) y por sus rígidos presupuestos formales (debe previamente apreciarse la necesidad de su adopción por mayoría absoluta de cada una de las cámaras de las Cortes Generales) puedan emplearse y servir para hacer frente al incumplimiento comunitario autonómico. Y a la misma conclusión cabe llegar en lo que atañe al poder estatal de sustitución: sin poner en duda que la infracción autonómica del Derecho Comunitario constituye un incumplimiento de obligaciones establecidas por la Constitución (art. 93 CE) y las leyes (los tratados y las leyes de incorporación a las Comunidades), la adopción estatal de medidas de sustitución requeriría que se hubiera declarado previamente dicho incumplimiento (por la jurisdicción comunitaria), que éste atentara «gravemente al interés general de España» (lo que no tiene por qué darse ante cualquier incumplimiento), que se hubiera desoído el requerimiento efectuado por el Gobierno y haberse autorizado la intervención por mayoría absoluta del Senado. Si a lo dicho añadimos el carácter excepcional de esta intervención que constituye una suspensión singular de la autonomía constitucionalmente reconocida, no resulta difícil colegir la inidoneidad de esta vía para corregir los incumplimientos autonómicos, en algún caso incluso inintencionados, de una forma ordinaria o natural, sin provocar quebrantos ni conflictos políticos en la relación interinstitucional.

La contemplación de los descritos medios preventivos y reactivos no permite valorar positivamente el sistema nacional o interno de garantía del Derecho Comunitario. Objeción común que puede hacerse a todos ellos es que no están específicamente concebidos para ofrecer esa garantía. Los de índole preventiva responden a la necesidad de articular las relaciones entre el Estado y las CCAA y se han formulado exclusivamente desde la óptica interna de la delimitación competencial: su única finalidad u objeto es concretar y preservar las respectivas competencias estatales o autonómicas, ordenar su ejercicio concurrente y evitar el conflicto. Inspirados por una lógica formal y descentralizadora, aun partiendo

del principio de colaboración y lealtad institucional, no potencian suficientemente la actuación conjunta e integrada que exige la garantía interna del ordenamiento europeo sin que ello permita menospreciar los logros de la CARCE y la importancia de los acuerdos alcanzados en su seno. Otro tanto puede decirse de los medios de índole reactiva. Con independencia de que puedan servir para controlar el incumplimiento y restablecer el orden comunitario, las medidas de índole jurisdiccional o excepcional que se han enunciado ponen en evidencia la deficiente articulación del conjunto y constatan siempre un fracaso; de un lado, porque revelan la existencia de un conflicto jurídico, competencial o político entre las instituciones públicas, siempre indeseable; y de otro lado, porque tratándose de una garantía reaccional, se aplicarán estas medidas cuando la obligación comunitaria ya ha sido incumplida y, por tanto, se ha puesto en juego la responsabilidad internacional del Estado.

A la vista de ello, parece necesario continuar indagando en las técnicas o mecanismos de garantía interna. Pero también es preciso reforzar la confianza recíproca entre el Estado y las CCAA y la percepción de la lealtad institucional como un valor basal del sistema, un objetivo que no depende sólo de las técnicas jurídicas. Con estos presupuestos debe mejorarse la articulación de la acción estatal, autonómica o local, para anticiparse al incumplimiento comunitario y evitarlo. Si es preciso, incluso, otorgando al Estado, en cuanto que último responsable del cumplimiento ante la Comunidad, alguna facultad o poder específico para lograrlo, un mecanismo o cláusula de garantía estatal de cumplimiento del Derecho Comunitario que, por su misma finalidad y carácter, convendría incorporar a la Constitución sin perjuicio de su desarrollo o concreción en los Estatutos de Autonomía o mediante ley orgánica. Propuesta que viene circulando entre la doctrina al socaire de los vientos de las reformas estatutarias y constitucionales anunciadas.

Esta idea de *lege ferenda* no parece desacertada. Ciertamente, el tiempo se ha encargado de atemperar la preocupación inicial por el incumplimiento autonómico que no ha sido tan frecuente como se vaticinaba. Pero no ha de olvidarse que hasta mediados de los años noventa tampoco las CCAA habían asumido tantas competencias como las que actualmente ejercen. Así que no debe despreciarse el riesgo de incumplimiento autonómico y la conveniencia de anticiparse al mismo y evitarlo. Y de hecho se aprecia un ligero repunte de las sentencias de condena recaídas sobre el Estado español por incumplimientos autonómicos del Derecho Comunitario

(incumplimientos omisivos, por regla general), sobre todo en materia ambiental.¹⁷

No se trata de recentralizar competencias atribuidas a las CCAA, sino de garantizar el funcionamiento armónico de un sistema descentralizado que debe responder unitariamente ante un fenómeno supranacional de integración. Y, por ello mismo, también debe lograrse una adecuada articulación desde la perspectiva inversa, la del incumplimiento comunitario estatal (o autonómico) que estorbe la descentralización interna.

2.2 · La Comunidad Autónoma ante el incumplimiento estatal o autonómico

Aun siendo igualmente relevante, no ha suscitado tanta atención o preocupación la eventual repercusión negativa que sobre los intereses de una
Comunidad Autónoma puede tener el incumplimiento comunitario de otra
Comunidad (por ejemplo, por el denominado efecto frontera entre regiones limítrofes) o del Estado y la identificación de los medios autonómicos
de reacción o control ante el inadecuado desarrollo o la deficiente ejecución del ordenamiento comunitario. Y si las competencias o los intereses
de una Comunidad pueden verse comprometidos o afectados por decisiones o actuaciones estatales (o de otras CCAA) contrarias al Derecho
Comunitario, no parece injustificado incluir en su Estatuto de Autonomía
algún principio o mecanismo de garantía del interés regional secundum
comunitate legem.

La única previsión que contiene el PREAC en relación con esta garantía se refiere al incumplimiento exterior de la normativa comunitaria; esto es, al que pueda imputarse a un tercer Estado o a las propias instituciones comunitarias. Para este caso el art. 191 contempla la posibilidad de instar del Gobierno el ejercicio de acciones ante el TJUE en los términos que se convinieron en el seno de la CARCE mediante el Acuerdo del 11 de diciembre de 1997 relativo a la participación de las CCAA en los procedimientos ante dicho Tribunal. De acuerdo con estas previsiones, el Gobierno puede

¹⁷ Por citar algunos de los más recientes ejemplos en materia ambiental: SSTJUE del 28 de abril (vertederos), 9 de junio (caza de paloma torcaz) y 15 de diciembre (cría de moluscos) de 2005 y 16 de marzo de 2006 (evaluación de impacto ambiental). Pero hay otros en materia de agricultura, transporte, función pública u otras competencias regionales.

negarse a ejercitar dichas acciones siempre que motive su decisión. No parece, por otra parte, que esta decisión pueda ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa salvo en lo que atañe al cumplimiento del deber de motivación u otros aspectos formales (art. 2.a LJ), pues sobre su contenido, el Gobierno goza de la más amplia discrecionalidad (se trata, en realidad, de un acto de política exterior). Y tampoco parece que frente a la negativa del Gobierno, la Comunidad Autónoma pueda plantear un conflicto constitucional de competencias, puesto que dicha negativa no evidencia ninguna diferencia competencial entre el Estado y la Comunidad, ni entraña una limitación o intromisión estatal (interna) en el ámbito competencial autonómico, ni equivale a una declinación de la competencia estatal (de hecho el Estado ejerce su competencia en política exterior resolviendo no ejercer acciones ante el TJUE). En consecuencia, a la Comunidad Autónoma no le queda otra alternativa que someterse al dictado estatal, dicho sea esto sin descartar que el Estado pueda incurrir en responsabilidad patrimonial ante la Comunidad Autónoma por los perjuicios que se le irroguen (asunto sobre el que luego volveré) y que ésta pueda denunciar por su cuenta el incumplimiento ante la Comisión, como pueden hacerlo los particulares. No obstante, hay que preguntarse si esta última conducta es compatible con la lealtad institucional que han de guardarse las instituciones nacionales, sobre todo cuando el Estado (atendiendo quizás a criterios de política exterior) ya se ha manifestado contrario al ejercicio de acciones ante la Comisión o la jurisdicción comunitaria.

Bajo esta misma perspectiva exterior, en la dirección que prevé el proyecto de tratado por el que se establece una Constitución para Europa (su Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad), podría haberse indicado expresamente que las instituciones políticas autonómicas pudieran dirigirse al Gobierno para solicitar que interponga recurso ante el TJUE por vulneración del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad en materias de competencia autonómica donde no esté ya prevista a nivel comunitario, con ese mismo fin, la intervención del Comité de las Regiones. Aunque atendiendo a los términos del art. 191 PREAC nada impide que la Generalidad plantee dicha solicitud.

Sobre los incumplimientos del Estado u otras CCAA que puedan comprometer los intereses o las competencias de Cataluña el PREAC guarda silencio. Salvada la posibilidad de alcanzar algún acuerdo que evite el incumplimiento en el seno de los órganos multilaterales de cooperación (conferencias sectoriales, consejos) o en virtud de negociaciones bilaterales informales, los mecanismos de garantía actualmente disponibles son únicamente reaccionales: ya se trate de la antedicha denuncia ante la Comisión Europea, ya de la impugnación ante la jurisdicción ordinaria (reglamentos, actos u omisiones administrativas), o constitucional (leyes) de las actuaciones expresivas del incumplimiento (en el último caso citado, además, con el limite derivado de la jurisprudencia constitucional sobre la falta de relevancia constitucional de la infracción comunitaria, asunto al que ya me he referido antes).

Muestra del empleo conjunto de estos mecanismos reactivos nos la ofrece el conflicto que mantuvo La Rioja con las Comunidades del País Vasco y Navarra por los inconvenientes que para la economía riojana tenían, por el denominado «efecto frontera», ciertas medidas tributarias y de fomento establecidas por estas regiones (ayudas a la inversión, emisiones de especiales activos financieros, reducción de tipos impositivos en algunos tributos o las denominadas «vacaciones fiscales») que la Comunidad riojana no podía contrarrestar con otras de corte similar y que se consideraban contrarias al ordenamiento comunitario. Por la Cámara de Comercio e Industria de La Rioja, la Federación de Empresarios de La Rioja y dos empresas riojanas se formularon denuncias ante la Comisión Europea. Y La Rioja interpuso recurso contencioso-administrativo contra las normas forales, al que se adhirió luego el propio Estado, siendo necesario elevar cuestión prejudicial al TJUE para su resolución. Además, para no incurrir en infracción comunitaria por discriminar a los contribuyentes que, por residir fuera de España, no podían acogerse a ciertos beneficios tributarios de la legislación vasca y navarra pese a operar en los territorios de estas Comunidades, el Estado tuvo que dictar una disposición legal para extenderles dichos beneficios (DA 8^a Ley 42/1994 del 20 de diciembre), motivo por el que La Rioja interpuso también recurso de inconstitucionalidad contra esta última disposición (estimado por la controvertida STC 96/2002 del 25 de abril). De la jurisprudencia dictada en este asunto interesa destacar el reconocimiento de la amplia legitimación activa que ostentan las CCAA para interponer el recurso contencioso-administrativo o el de inconstitucionalidad siempre que por la vulneración de la legalidad ordinaria o constitucional resulte afectado algún interés que constituya objeto propio de las competencias que corresponden a su ámbito de autonomía, aunque tales competencias no se vean en invadidas ni menoscabadas en sí mismas.

El anterior ejemplo, un conflicto prolongado durante casi diez años, permite visualizar la insuficiencia (peor, la inexistencia) de mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones comunitarias mediante una adecuada articulación de los ordenamientos internos. Seguramente, no es tarea fácil la de identificar qué medios puedan ser esos. Aunque parece obvio que ha de evitarse, en cuanto sea posible, la vía del litigio o del conflicto siendo preferible la de la colaboración, en la que se han dado ya acertados y numerosos pasos en la fase ascendente de la participación autonómica. Quizás pudiera concebirse, realzando la funcionalidad territorial del Senado, algún tipo de control parlamentario ante esta Cámara en el que la Comunidad Autónoma afectada por el eventual incumplimiento comunitario del Estado o de otra Comunidad Autónoma pueda plantear tal situación e instar la adopción de medidas para garantizar o restablecer la legalidad comunitaria o reparar los perjuicios que se le hayan irrogado.

Y en este último orden de la responsabilidad, los apartados siguientes pretenden hacer una reflexión general y aportar alguna idea acerca de los mecanismos de que disponen las CCAA para exigir la responsabilidad del Estado por los perjuicios que los incumplimientos comunitarios de éste hayan podido causarles. Perjuicios que ya se han dejado sentir en algún caso, como el de los descuentos o correcciones financieras realizados por la Comunidad, a raíz de un incumplimiento estatal, sobre fondos comunitarios cuya programación (aplicación) y gestión (asignación y pago) correspondía a una Comunidad Autónoma según las reglas nacionales de distribución de competencias.

3 · Los diferentes ámbitos de la responsabilidad por incumplimiento de la normativa comunitaria

Uno de los pilares en que descansa el sistema jurídico que denominamos Derecho de gentes es la responsabilidad internacional de los Estados, que han de soportar determinadas consecuencias jurídicas negativas asociadas a la infracción de las obligaciones o los deberes de conducta que asumen en virtud de los tratados y acuerdos internacionales en que participan. Principio esencial del Derecho Internacional sobre el que, obviamente, se han levantado también el ordenamiento y las instituciones de la Unión Europea nacidas de los tratados internacionales concluidos por los Estados miembros. Por ello, los deben adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados fun-

dacionales y de los actos (reglamentos, directivas, decisiones, sentencias...) de las instituciones comunitarias (art. 10 TCE).

Ese vínculo internacional entre los Estados miembros resulta reforzado por la garantía jurisdiccional que ofrece el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 227 TCE). Por este cauce jurisdiccional resulta posible constatar la ilicitud comunitaria de las actuaciones (u omisiones) de los Estados miembros e imputarles la responsabilidad que por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias les corresponda ante la Comunidad u otros Estados miembros. Responsabilidad de la que surge el deber de adoptar cuantas medidas sean necesarias para restaurar la legalidad infringida en los términos apropiados para la ejecución del fallo. Y si éste no se lleva a debido efecto puede imponerse al Estado una multa coercitiva o condenarle al pago de una suma a tanto alzado (art. 228 TCE).

El descrito es un sistema de responsabilidad internacional o externa; o sea, de responsabilidad del Estado miembro frente a la comunidad supranacional de la que forma parte. Sistema cuyo presupuesto y límite jurídicoformal es la personalidad o subjetividad internacional del Estado, de manera que se circunscribe a las relaciones jurídicas constituidas entre la Comunidad y los Estados miembros en las que, por tanto, no son formalmente parte los sujetos de Derecho interno; esto es, las personas físicas y las organizaciones privadas o públicas que tienen reconocida personalidad o capacidad jurídica con arreglo a la legislación nacional de cada Estado. En consecuencia, los sujetos jurídicos nacionales no pueden instar dicho control jurisdiccional —reservado a la Comisión y a los Estados miembros—, ni puede recaer sobre ellos la citada responsabilidad que debe atribuirse o imputarse en todo caso al Estado de su nacionalidad, aun cuando el incumplimiento del ordenamiento comunitario tenga origen en alguna acción u omisión de aquéllos. Conclusión que tiene especial interés en Estados territorialmente descentralizados, como el nuestro, donde el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado depende, internamente, de la actuación conjunta de varias organizaciones territoriales con competencias políticas y administrativas y personalidad jurídica propia, pero carentes de la capacidad o el reconocimiento jurídico necesarios para soportar dicha responsabilidad.

Por ello mismo, el Derecho Comunitario no tiene en consideración la estructura constitucional interna de los Estados miembros. Respeta su autonomía institucional y, a la hora de exigir responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones asumidas, se dirige únicamente contra aquéllos,

obviando las reglas nacionales de delimitación o distribución competencial. En efecto, de acuerdo con una larga y arraigada jurisprudencia comunitaria, el Estado no puede escudarse en el propio ordenamiento interno para justificar dicho incumplimiento y debe responder de las consecuencias de éste cualquiera que sea la entidad nacional (estatal, autonómica o local) a cuya conducta pueda achacarse, «incluso si se trata de una institución constitucionalmente independiente» (SSTJ Comisión c. Bélgica del 5 de mayo de 1970 [apdo. 15], Comisión c. Italia de 18 de noviembre de 1970 [apdo. 9]).

Ahora bien, aunque la responsabilidad (internacional) ante las instituciones comunitarias sea imputable únicamente al Estado, no hay que descartar que del incumplimiento del Derecho Comunitario pueda derivarse también alguna responsabilidad (interna) para las instituciones nacionales (estatales, autonómicas o locales) a quienes quepa atribuir la conducta comunitaria, adoptada de conformidad con las propias reglas de delimitación competencial. Responsabilidad exigible con arreglo a las normas del Derecho nacional toda vez que de él forma también parte el Derecho Comunitario que se integra en el ordenamiento interno del Estado.

Por consiguiente, aunque la responsabilidad comunitaria recaiga sólo sobre la organización del Estado, no sólo ésta resulta obligada por el ordenamiento comunitario. También lo están las organizaciones regionales y locales (así, STJ Alemania c. Comisión del 12 de junio de 1990) pudiendo atribuirse tanto a estos como a aquélla, en caso de incumplimiento, la responsabilidad que les corresponda según el orden nacional o interno. Esto es; resulta posible exigirles por los procedimientos y ante la jurisdicción nacionales tanto el cumplimiento de las obligaciones comunitarias que les incumban, como la reparación de los daños o perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento. Por eso digo que al ordenamiento europeo no le resulta por completo indiferente la organización interna del Estado, motivo por el que también puede llegar a tener alguna relevancia constitucional (lo que rechaza el Tribunal Constitucional, según he dicho).

Desde la última perspectiva apuntada, la de las consecuencias económicas o patrimoniales del incumplimiento, interesa comparar la situación jurídica en que se hallan el Estado y las CCAA. Pues, si bien resulta razonable una cierta asimetría entre sus respectivas situaciones, en razón de la citada responsabilidad exterior que recae sólo sobre el Estado, se advierte entre ambas alguna diferencia que no parece muy justificada. De ello encontramos algún ejemplo, como digo, en el supuesto de los descuentos o correcciones financieras que realiza la Comisión sobre fondos comunitarios inter-

namente atribuidos a las CCAA a raíz de algún incumplimiento que es imputable al Estado también desde el punto de vista interno. Luego lo veremos.

3.1 · La responsabilidad comunitaria del Estado

El cauce ordinario para exigir la responsabilidad (internacional) del Estado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del TCE es el recurso por incumplimiento ante el TJ que pueden promover la Comisión o los demás Estados (arts. 226 ss). Recurso cuya finalidad es constatar y declarar la infracción comunitaria cometida por el Estado y, con ella, su responsabilidad por el incumplimiento. Para el Estado condenado, esta responsabilidad se traduce en la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la ejecución de la sentencia (art. 228.1), soportar la imposición de multas coercitivas hasta que sea llevada a cumplido efectos, o satisfacer la suma que según las circunstancias del incumplimiento se considere adecuada (art. 228.2).

Como indiqué antes, con arreglo a los principios del ordenamiento comunitario (e internacional), respetuosos con el ordenamiento interno y la autonomía organizativa o institucional de los Estados, la responsabilidad es imputable al Estado cualquiera que sea el órgano, organismo o institución nacional, cuya acción u omisión haya dado lugar al incumplimiento. No obstante, la jurisprudencia comunitaria advierte que «incumbe a la totalidad de las autoridades de los Estados miembros, ya sean centrales, federales u otras de índole territorial, garantizar la observancia del Derecho Comunitario dentro del ámbito de sus competencias» (STJ Alemania c. Comisión del 12 de junio de 1990 [FJ 13]). Una necesaria consecuencia de la peculiar posición ordinamental de las normas comunitarias que, como se indicó antes, se integran en el ordenamiento nacional de los Estados.

Por lo tanto en razón de la citada autonomía institucional, la adopción de las medidas necesarias para la ejecución del fallo, lo mismo que el cumplimiento de las normas comunitarias, corresponderá a los órganos nacionales que tengan competencia para hacerlo según las normas del Derecho nacional. En consecuencia, la citada responsabilidad comunitaria del Estado se desdobla también hacia adentro; se traslada por el propio ordenamiento interno a los organismos nacionales y puede así recaer, además de sobre el Estado, sobre las instituciones o administraciones autonómicas y locales. Y en este último caso, cuando son las CCAA o los entes locales los obli-

gados a adoptar las medidas necesarias para dar cumplido efecto a la sentencia (como lo fueron a cumplir las normas vulneradas), parece forzoso reconocer al Estado la facultad de repercutir sobre ellos el importe de las multas coercitivas que se le impongan, pues de otro modo no tendrían efecto coercitivo alguno sobre los órganos de quienes realmente depende, desde el punto de vista interno, el cumplimiento efectivo del fallo. Asimismo, por análogas razones, también deben ser los órganos materialmente competentes los que soporten las consecuencias económicas del incumplimiento, hallándose igualmente el Estado autorizado a repercutir sobre ellos el importe de las sumas que hubiera tenido que abonar a las instituciones comunitarias (o a otros Estados).

Así lo entiende la propia jurisprudencia constitucional, como se advierte por la STC 148/1998 del 2 de julio (o la 96/2002 del 25 de abril):

«...no queda desvirtuado por el hecho de que, como apunta el Abogado del Estado, pudieran generarse responsabilidades financieras del Estado ante las instituciones comunitarias como consecuencia de las irregularidades o negligencias derivadas de la actuación de las Comunidades Autónomas competentes para gestionar las ayudas. En la STC 252/1988, fundamento jurídico 2.º, se dijo que no cabe «ignorar la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 CE», criterio recogido también en la STC 79/1992 fundamento jurídico 1.º y, a tal efecto, esta última sentencia ya dejó apuntado en su fundamento jurídico 5.º, y ahora no cabe sino reiterarlo, que «esa responsabilidad ad extra de la Administración del Estado no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, aunque tampoco le impide repercutir ad intra, sobre las Administraciones Públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda». Corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria, así como los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatara por las instituciones comunitarias» (FJ 8°).

Todo ello sin perjuicio de que el Estado, para controlar la ejecución autonómica (o local) del ordenamiento comunitario, pueda servirse tam-

bién de otros medios que le otorga el ordenamiento nacional para garantizar la legalidad de la conducta de las autoridades autonómicas y locales (el recurso jurisdiccional, el drástico remedio del art. 155 CE, o los medios de fiscalización o tutela de las entidades locales previstos en los arts. 64 ss. LRBRL). Y sin descartar su eventual implicación en el incumplimiento (hipótesis probable cuando Estado y CCAA tienen competencias normativas compartidas), supuesto en que será obligado el reparto de la citada responsabilidad tanto en lo que se refiere a las medidas normativas o administrativas a adoptar, como a las consecuencias económicas de aquél. Pero ésta es ya, como vengo diciendo, una cuestión de Derecho interno que merece por ello ser estudiada separadamente.

En cualquier caso la proyección interna del incumplimiento comunitario, tanto en su origen como en sus consecuencias, exige y justifica la participación de las CCAA (quizás también, eventualmente, la de los entes locales) en el procedimiento ante las instituciones comunitarias. Participación que, reservada la condición de parte a los Estados, se articula mediante fórmulas de colaboración interna a las que he hecho alusión en un epígrafe anterior.

3.2 · La responsabilidad interna de las instituciones del Estado

El principio de responsabilidad por infracción del ordenamiento comunitario que acabamos de examinar no despliega sus efectos únicamente ante las instituciones comunitarias. Por la propia vocación integradora de la Unión Europea, las normas comunitarias forman también parte del ordenamiento interno de los Estados; se incorporan a la legislación nacional y, como ésta, tienen (caso de los reglamentos) o pueden llegar a tener (caso de las directivas)¹⁸ eficacia jurídica directa sobre los sujetos de Derecho nacionales. De manera que la responsabilidad por vulneración del Derecho Comunitario se extiende también al ámbito de relaciones jurídicas internas.

¹⁸ Cuando no ha sido debidamente traspuesta en plazo y su contenido dispositivo es suficientemente preciso e incondicional (SSTSJUE Ratti del 5 de abril de 1979, Ursual Becker del 19 de enero de 1982, Marleasing del 13 de noviembre de 1990). En principio se trata sólo de una eficacia jurídica vertical (esto es, para el Estado respecto de los particulares); en otras palabras, no tendrían eficacia horizontal (para un particular respecto de otro), si bien los órganos nacionales se hallan obligados a interpretar y aplicar con arreglo al Derecho comunitario normas públicas —como las de consumo, protección ambiental, etc.— que inciden sobre las relaciones jurídico privadas y, en cierto modo, ordenan las relaciones entre particulares (STJUE Conygar Quarry del 7 de enero de 2004).

No me refiero únicamente a la repercusión sobre las instituciones locales o autonómicas de las sumas o multas exigidas al Estado (central) por las instituciones europeas en virtud de la mentada responsabilidad comunitaria, sino también a la responsabilidad patrimonial a que puede dar lugar la vulneración del ordenamiento comunitario por los daños ocasionados a los sujetos nacionales. En efecto, una bien asentada jurisprudencia, apoyándose también en el referido principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario, reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños derivados del mismo como algo inherente al propio sistema del TCE. Ahora bien, aunque los daños derivados de la infracción comunitaria deban ser reparados, la reparación no ha de correr siempre a cargo del Estado, pues juega también aquí el referido principio de autonomía institucional y debe atribuirse o distribuirse dicha responsabilidad conforme la interna distribución de competencias.

Dos distintas hipótesis de responsabilidad interna sobre las que pretendo detenerme para examinar, de un lado, los cauces de regreso de los importes satisfechos por el Estado a las instituciones comunitarias (esto es, cómo exige el Estado esta suerte de responsabilidad ascendente de las CCAA); de otro lado, los cauces para exigir de las instituciones estatales, autonómicas o locales la responsabilidad patrimonial por los daños derivados del incumplimiento comunitario. Y, además, en este último caso, tenemos que preguntarnos si entre los perjudicados por el incumplimiento comunitario puede incluirse a las entidades autonómicas o locales cuando no han tenido ninguna participación en él (esto es, cuando la vulneración del ordenamiento comunitario, desde el punto de vista interno, es únicamente imputable al Estado).²⁰

¹⁹ Dicha jurisprudencia arranca de la célebre STJUE Francovich Bonifaci del 19 de noviembre de 1991, y continúa por los fallos de los asuntos Wagner Miret, del 16 de diciembre de 1993, Brasserie du pêcheur, del 5 de marzo de 1996, Blázquez – El Corte Inglés, del 7 de marzo de 1996, Brinkmann, del 24 de septiembre de 1998, y otras más recientes.

²⁰ La proyección nacional o interna de la responsabilidad internacional del Estado no es exclusiva del ámbito comunitario. Así, por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos pone a cargo de los Estados la reparación de los perjuicios derivados de la violación de los derechos fundamentales que proclama. Dicha satisfacción debe darla el Estado (esto es, la Administración del Estado) cualquiera que sea el origen interno de la violación; o sea, tanto si es imputable a las instituciones u organismos estatales, como si es atribuible a las acciones u omisiones de otras instituciones o Administraciones nacionales (autonómicas o locales). De manera que también en estos casos hay que preguntarse si el Estado tiene vía de regreso contra ellas (si bien en este caso, hallándose confiada a los tribunales la tutela de los derechos fundamentales, la vulneración no

3.2.1 · La repercusión de la responsabilidad estatal sobre las instituciones autonómicas o locales

Cuando la infracción del ordenamiento comunitario es internamente atribuible a las CCAA (o a los entes locales), nadie pone en duda que el Estado pueda repercutir sobre ellas el importe de las sumas que haya tenido que devolver o abonar a las instituciones comunitarias por el incumplimiento. Como he apuntado antes, ello parece una consecuencia necesaria de la común corresponsabilidad interna de las instituciones nacionales en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias, cada una de ellas en el ámbito propio de su respectiva competencia, y cuenta con el respaldo de la jurisprudencia constitucional antes apuntada.

Este principio, sin embargo, no ha tenido explícito reconocimiento en la legislación nacional hasta fechas recientes y sólo de forma sectorial y parcial. Me refiero, por ejemplo, a la Ley 55/1999 del 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social para el año 2000, cuyo art. 44 reguló las líneas generales del procedimiento para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad financiera en el específico ámbito de la gestión nacional de las ayudas de los fondos comunitarios. Precepto del que trae causa el vigente art. 7 de la más reciente Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003 del 17 de noviembre) que, en lo que atañe a la denominada responsabilidad financiera (consistente en la pérdida, reducción o devolución de ayudas otorgadas con cargo a fondos comunitarios), dispone lo siguiente:

1. Las Administraciones públicas o sus órganos o entidades gestoras que de acuerdo con sus respectivas competencias realicen actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por cuenta del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (secciones Orientación y Garantía), Fondo

parece que pueda atribuirse sólo a las instituciones autonómicas o locales sino en concurrencia con las estatales). La hipótesis, por cierto, está ahora mismo sobre la mesa, tras la reciente condena al Estado español a indemnizar los daños morales derivados de la violación del derecho a la intimidad domiciliaria por consentir los ruidos excesivos del ocio nocturno (STEDH Moreno Gómez c. España del 16 de noviembre de 2004); consentimiento internamente imputable, sin embargo, al Ayuntamiento de Valencia, por las licencias otorgadas y la inactividad acreditada en la prevención y control de los referidos ruidos. Aunque también fallaron los mecanismos jurisdiccionales (estatales) de garantía interna, que no ampararon debidamente el derecho fundamental agredido.

Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Instrumento Financiero de Orientación Pesquera y Fondo de Cohesión, así como de cualesquiera otros fondos comunitarios, asumirán las responsabilidades que se deriven de dichas actuaciones, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea, y especialmente en lo relativo al proceso de liquidación de cuentas y a la aplicación de la disciplina presupuestaria por parte de la Comisión Europea.

- 2. Los órganos competentes dela Administración General del Estado para proponer o coordinar los pagos de las ayudas de cada fondo o instrumento, previa audiencia de las entidades afectadas mencionadas en el apartado anterior, resolverán acerca de la determinación de las referidas responsabilidades financieras. De dichas resoluciones se dará traslado al Ministerio de Hacienda para que se efectúen las liquidaciones, deducciones o compensaciones financieras pertinentes a aplicar a las entidades afectadas.
- 3. Las compensaciones financieras que deban realizarse como consecuencia de las actuaciones señaladas en el apartado anterior se llevarán a cabo por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, mediante la deducción de sus importes en los futuros libramientos que se realicen por cuenta de los citados fondos e instrumentos financieros de la Unión Europea, de acuerdo con la respectiva naturaleza de cada uno de ellos y con los procedimientos que se establezcan mediante orden conjunta de los Ministerios de Economía y de Hacienda, previo informe de los departamentos competentes.

Precepto al que se remite la actual Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003 del 26 de noviembre), ya de forma general en lo que se refiere al reintegro de ayudas y de la responsabilidad financiera. En efecto, su art. 84 dice así:

«El reintegro de ayudas y la responsabilidad financiera derivados de la gestión de los fondos procedentes de la Unión Europea se someterá a lo previsto en la Ley General de Subvenciones y en la normativa comunitaria. En el ámbito de la Política Agraria Común y en el caso de que la Comunidad Europea no asuma un importe que previamente ha sido anticipado por las diferentes Administraciones públicas, el importe no reembolsado por la Comunidad afectará a las diferentes Administraciones públicas en relación con sus respectivas actuaciones».

Más reducido alcance tiene, por su carácter sectorial, el art. 121 bis de la Ley de Aguas (añadido por la Ley 62/2003 del 30 de diciembre), que prevé también de modo explícito la repercusión o reparto interno de la responsabilidad comunitaria. Lo hace bajo la siguiente formula:

«Las Administraciones Públicas competentes en cada demarcación hidrográfica, que incumplieran los objetivos ambientales fijados en la planificación hidrológica o el deber de informar sobre estas cuestiones, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán en la parte que le sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba».

Disposiciones legales novedosas que han venido a respaldar previos usos o prácticas administrativas que en algún caso descansaban sobre meras disposiciones reglamentarias sectoriales (referidas a las gestión de fondos comunitarios y adoptadas en aplicación o ejecución de normas europeas) aunque contaban con el respaldo de la jurisprudencia constitucional antes citada. En el ámbito de la aludida responsabilidad financiera, en efecto, no ha sido infrecuente la detracción o compensación de importes en el curso de las ordinarias transferencias de fondos del Estado o de las instituciones comunitarias hacia las CCAA, sea por decisión unilateral de aquél, sea en virtud de acuerdos no formalizados alcanzados bilateralmente o en el seno de los órganos interadministrativos sectoriales de colaboración entre el Estado y las CCAA.

Convendría, sin embargo, que la repercusión nacional de la responsabilidad comunitaria del Estado estuviera reconocida por la ley (quizás por los Estatutos) de manera general, no de forma fragmentada o sectorial como actualmente sucede; que la repercusión no estuviera legalmente prevista sólo en el específico ámbito de las ayudas, sino de modo general, para darle adecuada cobertura legal en todas las situaciones en que resulte procedente y para que no resulte jurídicamente incierta su viabilidad o cauce formal. Convendría que estuvieran debidamente articulados las modalidades y los procedimientos de la repercusión para que ésta se lleve a cabo con las debidas garantías formales, el debido respeto de la autonomía de las instituciones afectadas y en las condiciones de paridad que el principio de lealtad institucional y colaboración exigen.

Desde esta última perspectiva, precisamente, debe destacarse el hecho de que las citadas disposiciones parecen referirse únicamente a la repercusión ascendente; esto es, a la que permite al Estado exigir a las CCAA los importes necesarios para trasladarles la cuota de responsabilidad por incumplimiento que les sea imputable. Pero ¿qué hay de la repercusión descendente? Una Comunidad Autónoma que, a consecuencia de un incumplimiento sólo imputable al Estado, perdiera fondos o padeciera cualquier otro perjuicio patrimonial, ¿cómo podría exigir al Estado responsabilidad por dicha pérdida?

La respuesta, probablemente, no pueda ser la misma que en el caso anterior, pues la posición institucional del Estado y de las CCAA es distinta tanto desde el punto de vista nacional como comunitario. Internamente y desde el punto de vista financiero, el Estado actúa como caja o hacienda común de la que parten las transferencias económicas hacia las regiones; externamente, es el receptor de los fondos comunitarios y el único responsable ante las instituciones comunitarias. Por ello, la asimetría de régimen jurídico en la forma de repercutir dichas responsabilidades parece justificada. Pero no parece estarlo, en cambio, en el fondo, en la irresponsabilidad o la inmunidad del Estado frente a las CCAA perjudicadas, a la que podría llegarse por la inexistencia de cauces formales o mecanismos financieros para repercutir sobre aquél los perjuicios que hubieran padecido (cauces que podrían concretar los Estatutos).

Pues bien, en defecto de procedimientos legalmente previstos de repercusión o exigencia de responsabilidades por las CCAA, ¿pueden las perjudicadas exigir la reparación por las reglas de la responsabilidad patrimonial? Parece posible aventurar una respuesta afirmativa a tenor del régimen general del instituto de la responsabilidad que resulta de la conjunta aplicación de la legislación comunitaria y nacional.

3.2.2 · La responsabilidad patrimonial de las instituciones nacionales. ¿Un cauce para exigir la reparación de perjuicios causados a las CCAA por incumplimiento estatal del Derecho Comunitario?

Como avancé antes, la vulneración del ordenamiento comunitario puede engendrar una responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados a los sujetos nacionales; se trata de un arraigado principio comunitario que la jurisprudencia considera inherente al sistema del TCE. Ahora bien, de la

misma forma que la infracción comunitaria cometida por cualquier institución u órgano nacional compromete *ad extra* la responsabilidad del Estado, el deber estatal de reparación *ad intra* debe ser imputado, haciendo el recorrido inverso, al órgano o institución internamente responsable del incumplimiento. Es la necesaria consecuencia del aludido principio de autonomía institucional (y procedimental), pues el principio comunitario que impone al Estado el deber de reparar no permite realizar ninguna atribución de competencia interna, ni alterar o subvertir las reglas nacionales de delimitación competencial, con arreglo a las cuales debe establecerse la responsabilidad por el indebido ejercicio de la propia competencia. Por lo tanto, el cumplimiento del deber de reparar el daño, como el de cualquier otra obligación o norma comunitaria, corresponderá al órgano o institución competente de acuerdo con las reglas nacionales. Y por los procedimientos en ella previstos podrá exigirse dicho cumplimiento.²¹

Mas el deber de reparar los daños derivados del incumplimiento podría también fundarse, desde el punto de vista exclusivamente interno, en el principio constitucional de responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 106.2 CE), legalmente concretado en los arts. 139 ss. LRJPAC, supuesto que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar daños o perjuicios antijurídicos, como cabría considerar los derivados de una acción u omisión en infracción del ordenamiento comunitario. Deber que se pone a cargo de las Administraciones públicas correspondientes (art. 139.1) —esto es, de aquéllas a las que fuera jurídicamente imputable en cada caso la conducta lesiva—, ante las cuales puede dirigirse la pertinente acción indemnizatoria en los términos y con arreglo a los procedimientos previstos en la LRJPAC (y su normativa de desarrollo).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el régimen de responsabilidad patrimonial que contemplan los arts. 106.2 CE y 139 LRJPAC no parece prestar cobertura a los daños causados por causa de las leyes (la responsabilidad del legislador que puede ser también el infractor de la norma comunitaria).²² Esta es una cuestión controvertida (que el art. 139.3 LRJPAC no aclara suficientemente), pues si el fundamento de la responsabilidad es

²¹ O incluso ante las propias instituciones comunitarias si el ordenamiento nacional carece de cauces procesales adecuados para exigir la responsabilidad y lograr la satisfacción merecida (véase al respecto la STJ Khron del 26 de marzo de 1986).

²² Así, por ejemplo, García de Enterría, E./Fernández Rodríguez, T. R., Curso de Derecho Administrativo, t. II, 9ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 411 ss.

la lesión y esta noción parte de la antijuridicidad del daño, difícilmente podría calificarse como lesión el menoscabo o perjuicio inferido de una ley; daño que, por tanto, tendría causa legal... a menos que la propia ley fuera antijurídica por haberse dictado con infracción del ordenamiento jurídico (al que se hallan sujetos todos los poderes públicos, art. 9 CE), ya sea por vulnerar la Constitución, que es norma de superior rango, ya por desconocer el Derecho Comunitario al que, por el principio comunitario de primacía, los legisladores nacionales se hallan vinculados.

En el primer caso —vulneración constitucional— pueden darse dos clases de situaciones. En primer lugar, que la ley determinante del menoscabo o perjuicio patrimonial sea materialmente una ley expropiatoria de derechos cuya constitucionalidad quepa cuestionar por la imprevisión legal de la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE). En tal caso no estaríamos, en puridad, ante un supuesto de responsabilidad patrimonial (del legislador), sino de expropiación forzosa; de manera que no se trataría tanto del deber de reparar una lesión (un daño antijurídico), cuando del deber de compensar por la forzosa privación o ablación de derechos. Pero puede darse también un segundo tipo de situaciones: que la ley menoscabe derechos de la personalidad, o sea, derechos fundamentales. Sería asimismo inconstitucional y cabría tener por producida una lesión (daño antijurídico), pero su reparación vendría exigida por la propia efectividad del derecho fundamental, no por un abstracto principio de responsabilidad patrimonial. Así pues, en ambas clases de situaciones, el deber de compensación vendría determinado por el juicio de constitucionalidad de la propia medida legislativa y, por ello, reservado al Tribunal Constitucional y ligado al cumplimiento o ejecución de la sentencia constitucional, sin que del art. 139.3 LRJPAC pueda deducirse otra cosa (esto es, que pueda reclamarse directamente ante la Administración o declararse por la jurisdicción contencioso-administrativa) y sin que pueda apreciarse, en ninguno de los casos mencionados, una responsabilidad administrativa por hecho del legislador.

En cambio, en el caso de una vulneración del Derecho Comunitario, la antijuridicidad del menoscabo o perjuicio patrimonial derivado de ella no ofrece dudas. Ya no se trata sólo de la falta de previsión legal de una compensación, sino de la ausencia de una suficiente o legítima causa que justifique la privación o ablación de derechos, pues la que cabría reconocer en la propia ley sería antijurídica por contravenir ésta el ordenamiento comunitario. Y siendo este ordenamiento de preferente y directa aplicación por los poderes internos del Estado, por la Administración y por

los tribunales ordinarios, éstos podrían inaplicar la ley nacional y aun declarar la responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de ella (planteando antes una cuestión prejudicial ante el TJUE si lo estimaran preciso). De manera que, en este caso, constatado que la lesión sí trae causa del funcionamiento de los servicios públicos (en sentido amplio, de los órganos o instituciones públicos nacionales) sí parece posible exigir la responsabilidad patrimonial del legislador ante las Administraciones públicas correspondientes por el procedimiento general regulado en la legislación común.

Alguna dificultad ofrece, sin embargo, el determinar cuál es la Administración correspondiente que debe hacerse cargo de la responsabilidad deducible de actos legislativos. La imputación resulta sencilla cuando la violación comunitaria reside en una decisión legislativa de la exclusiva competencia del Estado o de las CCAA, pero se complica cuando resulta del efecto combinado de la legislación estatal y autonómica, como puede darse el caso en presencia de competencias normativas compartidas. En situaciones de esta clase, parece posible recurrir analógicamente a lo dispuesto en el art. 140.1 LRJPAC, haciendo recaer la responsabilidad solidariamente sobre la Administración estatal y la autonómica, de manera que el particular afectado pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellas. Ello, claro está, sin perjuicio del ulterior reparto de responsabilidad entre las mismas, establecido por medio de una deseable concertación o determinado contenciosamente previa reclamación administrativa, considerando la intervención o grado de participación de cada organización en el incumplimiento (con los criterios que ofrece el propio art. 140.2 LRJPAC: titularidad y alcance de la respectiva competencia, intensidad de la intervención, relevancia del interés público tutelado).

Por el procedimiento general de la LRJPAC debe reclamarse también la reparación de los daños o perjuicios no directamente derivados de las leyes anticomunitarias, sino de los actos administrativos dictados en su ejecución. Mas para establecer la antijuridicidad del perjuicio resultante de un acto ajustado a la ley nacional, antes será preciso enjuiciar la conformidad comunitaria de ésta. Algo que podría hacer la propia Administración al examinar la reclamación de responsabilidad (acompañada o no de la revisión del acto), pero que en última instancia corresponde al órgano judicial que, en caso de duda, puede plantear la cuestión prejudicial. Por otra parte, la antijuridicidad de los perjuicios también puede venir confirmada por la anulación en vía administrativa o jurisdiccional de los actos o disposiciones

administrativos determinantes de aquéllos, aunque, como advierte el art. 142.4 LRJPAC, dicha anulación no confiere por sí sola derecho a la indemnización si no concurren los demás requisitos de la responsabilidad patrimonial.

En estos casos la imputación no ofrece dificultad, pues debe responder la Administración autora del acto incluso cuando no aplique la legislación propia. Me refiero al supuesto de los daños derivados de actos o disposiciones dictados por una Administración autonómica en la aplicación o ejecución de la legislación estatal básica contraria al ordenamiento comunitario; o de los dictados por una Administración local en la aplicación o ejecución de la legislación estatal o autonómica igualmente anticomunitaria. Cuestión distinta es que la Administración obligada a reparar tales daños pueda accionar en vía de regreso, también como perjudicada por el incumplimiento comunitario, contra la Administración del correspondiente poder legislativo. Nada parece oponerse a esta posibilidad.

Ciertamente, se trata de una cuestión de Derecho interno sobre la que el Derecho Comunitario poco puede aportar. Pero si la jurisprudencia comunitaria reconoce el derecho de los particulares a la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento, ¿por qué motivo no habrían de tener idéntico derecho los sujetos públicos que, por la interna distribución de competencias y por su más intensa vinculación a la ley, tampoco han tenido participación alguna en el incumplimiento? ¿Tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de la aplicación o ejecución de una ley anticomunitaria que no estaba en sus manos eludir? No parecería muy justificado que así fuera y es posible que el ordenamiento español descarte un deber tal.

De entrada aunque la cláusula general de responsabilidad patrimonial se refiera a «los particulares» (arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC), no debe considerarse excluida la responsabilidad interadministrativa. No existe ningún impedimento legal para que una Administración exija de otra la reparación de los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, noción amplia en la que se considera incluida cualquier actuación u omisión, material o jurídica, atribuible a una Administración pública (y, por extensión, a la organización política en que se inserta). La jurisprudencia (entre otras SSTS del 24 de febrero [Arz. 1235] y 14 de octubre de 1994 [Arz. 8741], 26 de junio de 2001 [Arz. 6690], 8 de junio de 2000 [pérdida de ingresos en concepto del Impuesto de Actividades Económicas; Arz. 7383] y SSAN 2 y 24 de marzo de 2001 [pérdida de ingre-

sos tributarios por lentitud de otra Administración; JT 889, JT 1092]), la doctrina del Consejo de Estado y la científica son concluyentes a este respecto siempre, claro está, que se den las condiciones legales tradicionalmente exigidas (lesión, causalidad, imputación, ausencia de fuerza mayor, vigencia de la acción).

Por consiguiente, cuando del incumplimiento del ordenamiento comunitario se derive alguna lesión o algún perjuicio que ni la normativa comunitaria ni la nacional obliguen a soportar, quien la padece, de acuerdo con el régimen general de la responsabilidad patrimonial y en los términos que antes hemos indicado, tiene derecho a una indemnización, incluso si se trata de una Administración. Y por tanto, no parece infundada la idea de que por esta vía, a falta de más idóneos cauces, las CCAA puedan intentar resarcirse de los perjuicios derivados de un incumplimiento comunitario sólo al Estado imputable.

Contra esta idea no parece posible argüir que el principio de lealtad institucional impone a las CCAA (o a las entidades locales) el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de la actuación de alguna de ellas o del Estado. Lo que imponen la cooperación y colaboración interadministrativa exigibles con arreglo a dicho principio es la conveniencia —y aun la necesidad— de alcanzar acuerdos sobre los términos y modalidades de la reparación, para evitar el siempre indeseable planteamiento de reclamaciones y litigios interadministrativos, pero no una interna solidaridad nacional o territorial entre las CCAA y el Estado que pueda equivaler a la irresponsabilidad de éste. De hecho, la propia legislación común ofrece argumentos para rechazar tal interpretación de la lealtad institucional, como puede serlo el que prevea la distribución o reparto *inter partes* de la responsabilidad solidaria derivada de fórmulas de actuación conjunta entre las Administraciones (art. 140.1 LRJPAC); distribución determinada en el «instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta» (un convenio, normalmente). Instrumento del que carecemos en la hipótesis que venimos planteando por no haberse formalizado acuerdo alguno al respecto (lo que bien podría lograrse a través de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas), ni haberse aprobado alguna disposición legal para regular un cauce general de repercusión o regreso en favor de las CCAA.

Es más, la irresponsabilidad del Estado ante las CCAA resultaría contraria al referido principio de lealtad institucional, pues éste obliga a ponderar la totalidad de los intereses públicos implicados en el ejercicio de las

competencias propias (del Estado) y, por tanto, a respetar el ejercicio de las competencias ajenas (de las CCAA), pudiendo este ejercicio verse comprometido, en términos económicos, con gastos o cargas financieras no previstas ni generadas en el marco propio de la actuación regional.

En esta misma línea de reflexión aparecerían los problemas de legalidad presupuestaria pues la autonomía financiera de las CCAA (y, en relación con ella, las exigencias del principio de suficiencia financiera en la medida en que ésta pueda verse afectada por la necesidad de afrontar gastos no previstos y provocados por el ejercicio de competencias estatales) se vería reducida en la medida que hubieran de hacerse cargo de las consecuencias económicas negativas del incumplimiento estatal.

Y tampoco parece compatible con el principio de lealtad institucional en que descansa nuestro sistema político-territorial un régimen de repercusión unidireccional, pues resulta contrario a un elemental principio de equidad y carece de justificación que el Estado puede resarcirse de los gastos que le originan los incumplimientos autonómicos y no puedan las CCAA hacer lo propio con los perjuicios que les ocasionen los incumplimientos del Estado.

Por todo ello, no parece que la lealtad institucional y el deber de colaboración que han de presidir las relaciones entre las Administraciones públicas les obliguen a soportar los perjuicios derivados del incumplimiento del ordenamiento comunitario, ni les priven del derecho a ser justamente indemnizados por aquéllos. Aunque sí les obligue, desde luego, a alcanzar acuerdos sobre los términos y modalidades de esta reparación para evitar el planteamiento de reclamaciones y litigios interadministrativos poco deseables.

4 · Un caso concreto: la pérdida autonómica de fondos comunitarios (FEOGA-Garantía) por incumplimiento estatal del Derecho Comunitario

La existencia de asimetrías no suficientemente justificadas en el régimen de imputación o reparto nacional de la responsabilidad derivada del incumplimiento comunitario puede ilustrarse con un ejemplo ligado a la actual regulación del régimen de los organismos nacionales pagadores y de coordinación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (RD 327/2003 del 14 de marzo). Esta regulación estatal pone a cargo de las CCAA correcciones o descuentos financieros practicados por la Comisión en razón

de incumplimientos de la normativa comunitaria que no les son imputables. Así se ha podido constatar en el caso que seguidamente explicaré.

Por Sentencia del 15 de mayo de 2003, el TJUE declaró que España había incumplido las obligaciones comunitarias derivadas de la Directiva 89/665/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo del 18 de junio de 1992). Concretamente había vulnerado los arts. 1 y 2 de dicha Directiva por no haber extendido el sistema de recursos previsto en ella a las decisiones adoptadas por las sociedades mercantiles públicas (esto es, las sociedades de Derecho Privado específicamente creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad esté mayoritariamente financiada, gestionada o controlada por Administraciones públicas u otras entidades de Derecho Público) y por subordinar la adopción de medidas cautelares en relación con las actuaciones administrativas propias de la adjudicación y ejecución de los referidos contratos a la previa interposición de un recurso contra ellas.

Infracciones de la normativa comunitaria atribuibles a la legislación administrativa de contratos entonces vigente (primero la Ley 13/1995 del 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; luego, el Real Decreto Legislativo 2/2000 del 16 de junio que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [LCAP]) que. conjuntamente considerada con la legislación común en materia de procedimiento administrativo (la Ley 30/1992 del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —modificada por la Ley 4/1999 del 13 de enero— [LRJPAC]) y con la legislación procesal (esto es, con la Ley 29/1998 del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [LJ]), no garantizaba que las adjudicaciones contractuales efectuadas por sociedades mercantiles públicas quedarán sometidas al sistema de recursos y garantías procesales (incluidas las de índole cautelar) exigido por la legislación comunitaria en aras de la transparencia y de la protección de la libre competencia.

Pues bien, bajo la vigencia de dichas leyes — esto es, observando una legislación estatal básica y común de exclusiva competencia del Estado y de obligado cumplimiento para las CCAA que ninguna participación tuvie-

ron en su elaboración y aprobación—, las Administraciones autonómicas (como también otras) venían adjudicando y celebrando en nuestro país los contratos administrativos en muchos casos financiados con cargo a fondos comunitarios. Y de esta misma financiación comunitaria se beneficiaban también otras actuaciones promovidas por sociedades mercantiles de titularidad íntegra o mayoritariamente pública; esto es, por sociedades instrumentales de las Administraciones públicas pero de naturaleza jurídica privada que adjudicaban y celebraban contratos sin necesidad de sujetarse a las condiciones y garantías de índole formal previstas para los entes públicos, aunque hubieran de respetar los principios de publicidad y concurrencia (salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuera incompatible con dichos principios, DA 6ª LCAP).

Se sigue de lo anterior que se estaban sufragando con fondos comunitarios la ejecución de contratos adjudicados y celebrados por pública iniciativa sin respetar lo dispuesto en la legislación comunitaria. Y por este motivo, una vez fue declarado judicialmente el incumplimiento, la Comisión decidió hacer los oportunos descuentos o correcciones sobre los fondos originariamente reconocidos al Estado, teniendo en cuenta el número y volumen económico de las actuaciones nacionales involucradas en el incumplimiento.

Como puede deducirse, entre dichas actuaciones estaban las adjudicaciones efectuadas por las antedichas sociedades mercantiles de titularidad autonómica; esto es, por empresas privadas que constituían medio propio e instrumental de las Administraciones regionales, encargadas de realizar diversas actividades y proyectos de acuerdo con los objetivos y directrices de éstas y con cargo a diversos programas de ayuda, financiados con fondos comunitarios, que se vieron afectados por los descuentos acordados por la Comisión. En efecto, siendo el Estado responsable del cumplimiento de las obligaciones comunitarias ante las instituciones europeas, la Comisión efectuó ante aquél diversas correcciones o ajustes en las liquidaciones de cuentas de los referidos fondos. Y posteriormente, el Estado trasladó o repercutió dichas correcciones sobre las partidas financieras reconocidas a las CCAA, que vieron reducido el importe de las ayudas inicialmente asignadas a sus programas y fueron así obligadas a soportar económicamente la responsabilidad de un incumplimiento comunitario que, desde el punto de vista interno, era imputable sólo al Estado.

Por eso no parece justificada dicha repercusión financiera que tuvo lugar con arreglo al procedimiento de regularización y corresponsabilidad

financiera previsto en el ya citado RD 327/2003, regulador del régimen de los organismos pagadores y de coordinación con el FEOGA-Garantía. Una disposición reglamentaria con anclaje legal en el art. 44 de la Ley 55/1999 del 29 de diciembre —cuyos términos reproduce casi literalmente el vigente art. 7 de la LGSub— y en la propia normativa comunitaria (Reglamento CEE 729/70 del Consejo del 21 de abril, sobre financiación de la política agrícola común, modificado por el Reglamento CEE 1287/95 del Consejo del 22 de mayo de 1995).

De acuerdo con esta última normativa, la responsabilidad del control de los gastos realizados con cargo al FEOGA-Garantía corresponde a los Estados miembros, que son quienes designan los servicios u organismos nacionales que han de realizar y coordinar los pagos correspondientes. En España, la coordinación la tiene confiada el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), entidad pública que actúa también (junto con el Fondo de Regulación y Organización del Mercado de los productos de la Pesca y Cultivos Marinos [FROM]) como organismo pagador de ámbito nacional, mientras que las CCAA designan cada una de ellas un organismo pagador propio de ámbito regional, en relación con las ayudas FEOGA cuya gestión, resolución y pago les competa.

Pues bien, según lo previsto en las leyes antes citadas y el art. 12 del RD 327/2003, dichos organismos pagadores son los que internamente han de asumir las responsabilidades que se deriven de las actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por cuenta del FEOGA, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea. Responsabilidad interna que corresponde determinar al FEGA previa audiencia de los organismos pagadores afectados y teniendo en cuenta las reglas de reparto que enuncia el propio RD. Estas reglas imputan a los organismos pagadores regionales el pago de las correcciones financieras debidas por actuaciones derivadas de la gestión, resolución, pago, control y régimen sancionador de las ayudas que les competa a ellos o sus respectivas Administraciones autonómicas (art. 12.3.a.1°), así como por las actuaciones derivadas de la gestión por su Comunidad Autónoma de las ayudas cuyas competencias de resolución y pago correspondan a la Administración General del Estado cuando no pueda atribuirse a esta última la causa de las correcciones practicables (art. 12.3.a.2°).

Por la imputación de responsabilidad que realizan, ninguna objeción parece posible oponerse a dichas reglas. Pero no es por la imputación que hacen, sino por la que dejan de hacer, por lo que merecen crítica dichas

disposiciones. Porque la norma no señala, en efecto, quién debe responder de las correcciones por actuaciones derivadas del control o la gestión por el Estado de ayudas cuya competencia de resolución y pago corresponda a las CCAA y no hayan sido provocadas por éstas (caso, por ejemplo, de que el Estado programara los fondos pero reservara a las CCAA la adjudicación y pago de las ayudas). Ni contemplan la hipótesis de que, aun siendo autonómica la gestión, la resolución, el pago, el control y el régimen sancionador de las ayudas, la corrección comunitaria no resulte imputable a la actuación de la Comunidad Autónoma o de su organismo pagador, sino al Estado. Estos son los dos supuestos que denotan la asimetría a la que me refería antes.

El último de los mencionados era el caso, precisamente, de las ayudas concedidas a sociedades mercantiles de titularidad pública regional para la realización de diversos proyectos de interés autonómico cuya ejecución material fue confiada a terceros mediante contratos. Éstos fueron adjudicados y celebrados de conformidad con el Derecho nacional pero sin satisfacer determinadas exigencias formales que imponía la legislación comunitaria y que, según lo explicado antes, no fueron debidamente traspuestas al ordenamiento interno. Esto es, dichos contratos fueron adjudicados atendiendo a principios de publicidad y concurrencia, pero sin las garantías procedimentales y reaccionales previstas en la legislación básica de contratos administrativos (y, por extensión, en la legislación del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo), al no ser aplicables a la contratación de las sociedades mercantiles según las normas nacionales.

De lo expuesto se sigue que las Administraciones autonómicas (sus sociedades mercantiles instrumentales) se limitaron a cumplir la legislación nacional vigente y que el origen de la infracción comunitaria residía en la propia legislación estatal común o básica, que no había transpuesto adecuadamente las directivas comunitarias. Por otra parte, las CCAA no tenían ninguna responsabilidad o competencia interna sobre la transposición, pues siendo de exclusiva competencia estatal la legislación procesal (la tutela judicial cautelar), el régimen de recursos (procedimiento administrativo común) y el régimen básico de la contratación administrativa (arts. 149.1.6° y 18ª CE), carecían de potestades normativas para trasponer por sí mismas las directivas y no hubieran podido apartarse o separarse de lo dispuesto en legislación estatal. Por consiguiente, por más que fueran de competencia autonómica la gestión, la resolución, el pago y el control de las ayudas, ninguna responsabilidad tuvieron las CCAA en el incumpli-

miento determinante de las correcciones financieras, las cuales traían causa exclusivamente de un comportamiento del Estado y, por tanto, debían ser asumidas por éste.

Mas el citado RD no contemplaba un supuesto como este. Ciertamente, el silencio de la norma podía haberlo salvado la propia Administración del Estado, asumiendo ella misma el importe de las correcciones. Tal proceder, aunque no estuviera expresamente previsto o autorizado en dicha normativa, hubiera podido considerarse conforme a Derecho y ajustado al principio de corresponsabilidad. Aunque, a decir verdad, teniendo en cuenta la literalidad de la formulación legal de este principio —y no su espíritu tampoco parecía muy fundada esa solución (pues según el art. 7 LGSub las Administraciones públicas deben asumir las responsabilidades que se deriven de sus propias actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas con fondos comunitarios y en el caso que nos ocupa dichas actuaciones fueron autonómicas y, por tanto, según el tenor literal del precepto, de responsabilidad autonómica, por más que las correcciones financieras no tuvieran origen en las actuaciones de gestión y control propiamente dichas, sino en la falta de trasposición de directivas). Pero el Estado no asumió el importe de las correcciones, sino que lo repercutió sobre las CCAA sirviéndose para ello del procedimiento para la determinación de responsabilidades regulado en el art. 13 RD 327/2003.

La tramitación de este procedimiento corresponde al FEGA y no es muy complejo: este organismo coordinador hace una propuesta motivada de imputación de la corrección aplicable, pudiendo el organismo pagador afectado realizar las alegaciones que considere oportunas en el plazo de un mes. Estudiadas las alegaciones que se hubieran presentado, el FEGA convoca al organismo pagador a una reunión bilateral con el fin de alcanzar algún acuerdo y se elabora, con o sin avenencia, una propuesta definitiva de imputación que se somete a consulta, no vinculante, de la Comisión Sectorial de Coordinación de Organismos Pagadores. Finalmente, a la vista del expediente, es el FEGA quien dicta la resolución definitiva que será impugnable en vía contencioso-administrativa, previo recurso de alzada ante el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Contra este procedimiento se han vertido algunas críticas. Algunas opiniones consideran que su acentuada unilateralidad no parece compatible con el carácter compartido de la responsabilidad que se dirime en él, siendo preferible que resolviera sobre la imputación un órgano de composición paritaria. Consideran, a estos efectos, que la intervención de la Comisión

Sectorial antes citada aporta muy poco, pues sus informes no son vinculantes. Y piensan que, por este defecto de participación, las resoluciones de imputación están avocadas al litigio, de manera que dicho procedimiento, en lugar de prevenir la conflictividad interadministrativa, la favorece. Lo cual, además, puede conducir a situaciones procesales poco lógicas, como la paradoja de que el Estado sostenga en sede contencioso-administrativa la previa imputación de responsabilidad contra una Comunidad Autónoma y defienda en sede comunitaria (ante la Comisión o el Tribunal de Justicia) la inexistencia de un incumplimiento o la falta de responsabilidad financiera de España (y, por tanto, de la Comunidad Autónoma a la que internamente ya se la imputó).

Ciertamente, las soluciones negociadas o pactadas son siempre preferibles a las del conflicto, y en este sentido, las objeciones apuntadas pueden ser atendidas. Pero también debe tenerse presente que ante la Comunidad, es el Estado quien responde y actúa como interlocutor, lo cual justifica que se le atribuyan funciones de coordinación entre las que no parece estar de más la facultad de resolver sobre la imputación de responsabilidades, máxime cuando el procedimiento previsto para ello garantiza la audiencia del organismo pagador afectado y la participación de todos los demás, siendo además preceptivo el informe de la Comisión Sectorial, y la resolución definitiva puede ser impugnada jurisdiccionalmente. A la vista de lo cual parecen menos graves las objeciones expuestas.

A mi modo de ver, los problemas surgidos en la aplicación de esta normativa no descansan tanto en el procedimiento de imputación (art. 13) cuanto en sus reglas (art. 12). Esto es; en la insuficiencia de los criterios de imputación (pues no contemplan todas las situaciones posibles) o en su incorrecta aplicación al caso concreto, pero en ambos casos la Comunidad Autónoma afectada tiene a su alcance la vía del recurso jurisdiccional para cuestionar la legalidad de la imputación de responsabilidad que se le hace (y aun la legalidad del RD 327/2003).

A estos efectos, a la hora de impugnar la imputación que hace a la Comunidad Autónoma, no parece relevante el dato de que el incumplimiento estatal tenga origen en la propia ley y no en una decisión administrativa. Pero sí puede adquirir relevancia, por el contrario, que los criterios de imputación (repercusión interna) de la responsabilidad comunitaria del Estado estén o no previstos en normas con rango de ley.

En efecto, el órgano jurisdiccional nacional debe limitarse a constatar el origen del incumplimiento que ha dado lugar a la responsabilidad comu-

nitaria del Estado —ya previamente declarada por las instituciones europeas—, con el fin de determinar la responsabilidad entre los órganos nacionales y, establecida ésta, confirmar o anular la imputación hecha por la Administración del Estado. Pero puede suceder que ésta haya hecho la única imputación posible con arreglo a la legislación aplicable; que haya repercutido la responsabilidad sobre la Administración autonómica porque las disposiciones legales o reglamentarias no dejen otra alternativa. Y entonces la declaración de ilegalidad y la anulación de la decisión estatal podría dar algún reparo formal. Si las reglas de imputación están contenidas en meras disposiciones reglamentarias, el juez podría inaplicarlas sin más, dando preferencia a los principios legales sobre responsabilidad a que he aludido antes. Pero si son las propias leyes las que, por contemplar únicamente la imputación autonómica de la responsabilidad comunitaria del Estado, la determinan en todo caso, incluso cuando el incumplimiento comunitario no tiene origen autonómico, el control de la decisión estatal ya no estará sólo en manos del juez ordinario. En efecto, en este caso el juez ordinario tendrá que plantear ante la jurisdicción constitucional la eventual inconstitucionalidad (por omisión) de la legislación estatal que, por atribuir a la Comunidad Autónoma una responsabilidad económica que no le corresponde, podría estar vulnerando los principios constitucionales antes mencionados (lealtad institucional, autonomía presupuestaria y financiera, delimitación constitucional de competencias...); juicio previo de constitucionalidad del que dependerá la anulación de la decisión estatal de repercutir sobre la Comunidad Autónoma las consecuencias económicas de la responsabilidad por un incumplimiento en el que no ha tenido ninguna participación.

Distinto puede ser el caso cuando los perjuicios padecidos por la Comunidad Autónoma no se producen en el escenario propio de los intercambios financieros. Por ejemplo, cuando la Administración regional que aplicó legislación básica del Estado contraria al ordenamiento comunitario ha tenido que responder patrimonialmente ante un particular por los daños que le causó a éste el incumplimiento de la normativa comunitaria. En esos casos, partiendo de los principios generales de la responsabilidad patrimonial (interadministrativa, en este caso) y asumido que la Administración regional no tiene el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de un incumplimiento estatal (antijuridicidad), ningún inconveniente parece existir para que aquélla se dirija en vía de regreso contra la Administración estatal.

Nota bibliográfica

- Albertí Rovira, E., «Las regiones en el proyecto de nueva Constitución Europea», en *El proyecto de nueva Constitución Europea*, libro conjunto con E. Roig, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. / ORTEGA ÁLVAREZ, L. / MONTILLA MARTOS, J. A., *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Alonso García, R., *Derecho comunitario*, *Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989.
- Baño León, J. M., «La ejecución autonómica del derecho comunitario ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 62, 1989, págs. 259 a 268.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- CIENFUEGOS MATEO, M., «La intervención de las comunidades autónomas en cuestiones relativas a las Comunidades Europeas a través de la Comisión General de las Comunidades Europeas», *Autonomies*, núm. 22, 1997, pags. 155 a 204. «La coordinación de los asuntos europeos en las administraciones autonómicas», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 108, 2000, pags. 103-142.
- GÓMEZ PUENTE, M., La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La ejecución del Derecho comunitario por las CCAA en la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 21, 1995, págs. 181 a 202.
- Mangas Martín, A., en *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*. *Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, págs. 315 a 348.
- MONTILLA MARTOS, J. A., *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- MORENO VÁZQUEZ, M., *Comité de las Regiones y Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- Muñoz Machado, S., El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea, Civitas, Madrid, 1986.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., La ejecución del Derecho comunitario en España, Civitas Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1994. «Responsabilidad del Estado, Comunidades Autónomas y Derecho comunitario europeo», Cuadernos de Derecho Público, núm. 6, enero-abril 1999, págs. 37 ss. «Comunidades Autónomas, financiación europea y responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 59, 2001, págs. 155 ss. «Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea», Cuadernos de Derecho Local, Thomson-Aranzadi, núm. 7, 2005, págs. 115 ss.
- ORTIZ VAAMONDE, S., «El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, págs. 301 a 348.
- PÉREZ CALVO, A., *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PÉREZ TREMPS, P., Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- REMIRO BROTONS, A., «La responsabilidad por incumplimiento de las Comunidades Autónomas. Posibles soluciones», en Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991.
- Ruiz, F., «La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, págs. 159 a 188.
- SORIANO, J. E., «La participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria», *Autonomies*, núm. 10, 1989, págs. 73 a 88 (también en el libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi, coord. por R. Gómez-Ferrer, 1989, pags. 1295 a 1310).
- Tejedor Bielsa, J. C., La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad, Civitas, Madrid, 2000.
- Tornos Mas, J., «Algunos problemas competenciales en la ejecución interna de Directivas comunitarias», *Autonomies*, núm. 13, 1991, págs. 31 a 44.

DEBATES

Participantes

- Enoch Albertí Rovira, catedrático de Derecho Constitucional, Universitat de Barcelona.
- Ferran Armengol Ferrer, Asesoría Jurídica del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas y profesor asociado de Derecho Comunitario, Universitat Pompeu Fabra.
- José M. Pérez Medina, director general de Relaciones de Colaboración con las Comunidades Autónomas. Ministerio de Administraciones Públicas.
- Manuel Cienfuegos Mateo, profesor titular de Derecho Internacional Público, Universitat Pompeu Fabra.
- Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, responsable del Area de Investigación del Institut d'Estudis Autonòmics.
- Montserrat Pi Llorens, profesora titular de Derecho Internacional Público, Universitat Autònoma de Barcelona.

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS

Disponemos efectivamente, como comentaba el profesor Viver, de unos veinte minutos. Yo creo que, dada la calidad de las ponencias, podríamos aprovechar para debatir en torno a ellas y únicamente les rogaría, dado que el contenido de las ponencias y de los debates será objeto de publicación, que se identificaran, que indicaran su nombre para después poder atribuir a cada cual su intervención.

Sin más prolegómenos, si alguien quiere abrir el fuego, bien por alusiones o por cualesquiera otras razones, puede hacerlo.

José M. Pérez

Moltes gràcies, Miquel Àngel. Començaré parlant en català tot i ser un director general de Madrid. A més a més és molt curiós perquè jo sóc una mica a Madrid l'enemic de l'Estat central i aquí, a Barcelona, tinc la sensació que sóc l'enemic de les Comunitats Autònomes, però bé, és el problema del càrrec que tinc.

El meu nom és José M. Pérez Medina, sóc director general de Relacions de Col·laboració amb les Comunitats Autònomes al Ministeri d'Administracions Públiques i vull dir que tinc una mica de responsabilitat en aquestes coses que ha parlat sobretot en David, que s'ha referit expressament a la CARCE, a la Conferencia de Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, de la qual, d'alguna manera, jo sóc el secretari efectiu. I des d'aquí parlaré en castellà, si em permeteu, perquè parlo millor el castellà que el català.

La verdad es que, haciendo una reflexión, yo creo que mi mejor posible aportación a este debate podría ser exponer algunas sensaciones que pueda tener la Administración del Estado con respecto a esta discusión y a estas cuestiones que se han planteado, sobre todo con respecto al futuro porque yo he aprendido mucho de las intervenciones que se han producido esta mañana, me han parecido muy interesantes, pero también es ver-

dad que estamos un poco a la expectativa, por no decir preocupados, de cómo puede desarrollarse el Estatuto próximamente y también los otros posibles estatutos de autonomía que vendrán más o menos, como ya hemos podido ver, en la línea del Estatuto catalán.

La primera sensación que tengo de esto, evidentemente, es que hay una confusión competencial muy grande, o sea, el papel del MAP, del Ministerio de Administraciones Públicas, en definitiva consiste en intentar velar porque los ministerios y las comunidades autónomas no se excedan en sus ámbitos competenciales; intentamos hacer de mediadores e intentamos que cada uno actúe dentro de su ámbito competencial. Obviamente eso no siempre es posible; siempre hay excesos por parte de un lado y de otro.

Cuando nos llegan los actos y normas derivados del derecho comunitario, el problema que tenemos es que vemos una confusión competencial muy grande. Evidentemente hay una *vis* expansiva, como decía el profesor Cienfuegos, clarísima, pero también es verdad que la *vis* es muy desordenada, porque para el buen ejemplo que ha puesto de protección de los trabajadores en el artículo 137 del Tratado, luego vienen determinadas cláusulas que son claramente de Derecho mercantil y ahí ya la distribución de competencias y la posible automaticidad de esa directiva comunitaria se nos viene abajo.

Así pues, ese es el mayor problema que tenemos en el Estado español actualmente: que la distribución competencial comunitaria no se ajusta, ni muchísimo menos, al ámbito de distribución interno y que, lógicamente, hay constantes *décalages*. También a mí se me estaba ocurriendo el ejemplo de las OCM de los productos agrícolas. Como sabéis, hay muchísimas OCM —seguro que hay algún funcionario de agricultura aquí— y dentro de una OCM hay ayuda a la producción, claramente competencia exclusiva de la comunidad autónoma, pero también es verdad que hay unos contenidos muy importantes de comercio exterior, competencia exclusiva del Estado. En fin, hay de todo, aspectos sanitarios incluidos, por supuesto.

Entonces toda esta confusión competencial, ¿qué quiere decir? O, ¿a dónde quiero llegar? A que perjudica la claridad de la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y del propio Estado. Es decir, tenemos que reconocer claramente que a nivel de Administración central, o Administración general del Estado, hay una confusión entre el papel, por ejemplo, del Ministerio de Agricultura y el del Ministerio de Sanidad. Hay muchos aspectos en que obviamente hay discrepancias, grandes discrepancias.

Y voy más allá: estas discrepancias ¿se producen también dentro de los ámbitos autonómicos? Yo diría que sí. No es mi responsabilidad conocer ese tema, pero daría por seguro que sí. Al final lo que sí percibimos es que los intereses y la postura de la Conserjería de Agricultura de una comunidad autónoma coinciden con los del Ministerio de Agricultura y son diferentes de los del Ministerio de Sanidad como ocurrió con el tema de las vacas locas, gripe aviar, etcétera. Yo creo que son buenos ejemplos de esta similitud de planteamientos que hay. Deberíamos olvidar la idea o posible idea de que existe un antagonismo entre la postura del Estado y la postura de las comunidades autónomas. En realidad son los intereses propios los que están en juego.

Acabo de recordar que el viernes pasado mientras escuchaba a los ponentes me llamó alguien y me dijo: «Bueno, ¿cuál es la postura de las comunidades autónomas acerca de la Directiva de servicios?» A este respecto Imma Boldú, aquí presente, seguro que podría decir mucho ya que yo, francamente, no lo sé. Supongo que no hay una postura única, ni siquiera de una única comunidad, o de una sola comunidad autónoma. Seguro que si preguntamos en el Departamento de Economía, la Directiva de servicios tiene una posición diferente de si preguntamos en el de Sanidad o el de Trabajo. Cada sector evidentemente tiene una visión distinta.

El problema que tenemos con el debate que hemos planteado esta mañana en realidad es éste: la distribución de competencias es imposible de ajustar a la distribución interna. Debemos establecer un nuevo mecanismo para vivir en el día a día sin vulnerar la distribución de competencias, cosa realmente compleja. Francamente tengo que reconocer que no sé cómo hacerlo, porque en Madrid tenemos un cierto poder de coordinación que lleva el Ministerio de Asuntos Exteriores, cosa también discutible ya que venimos de una herencia del pasado en que Exteriores negoció el Tratado de Adhesión y posteriormente, ha sido heredero de aquella negociación y lo gestiona todavía a día de hoy. Realmente es cierto que algunas veces la propia presidencia del Gobierno o vicepresidencia, como ente coordinador, debería ser quien delimitara cuál tiene que ser el comportamiento del reino de España en el exterior.

Y *mutatis mutandis* en las comunidades autónomas. Algunas veces, ante la discrepancia de dos departamentos, debe de establecerse un punto de autoridad política superior en cada comunidad autónoma que será quien establezca las pautas que han de seguir o la postura de una comunidad autónoma con respecto a la materia.

Así pues, el sistema de distribución de competencias, magníficamente explicado por el profesor Cienfuegos, me parece que tiene muy difícil solución, lamento ser tan pesimista. Tenemos que vivir con esta *vis* expansiva que realmente es galopante y que —como tú decías— puede alcanzar la legislación penal, fuerzas armadas, etc. En definitivamente, cada vez que abres el Diario Oficial de la Unión Europea encuentras una cuña que entra por aquí y otra y otra y otra, y realmente ya no se sabe cómo solventar este problema de la inseguridad jurídica que plantea el Derecho comunitario, del que tampoco sabemos la funcionalidad.

Y también me llama la atención una cosa —a la que también creo que te has referido tú—: la falta de filtros jurídicos porque a nivel del estado no se nos ocurriría nunca hacer un proyecto de ley o un proyecto de decreto que no sea visto por el Ministerio de Administraciones Públicas ni por el Servicio Jurídico del Estado, Consejo de Estado inclusive. En fin, hay una cantidad de filtros jurídicos que a nivel comunitario no existen. Filtro jurídico: cero. El ejemplo de Valencia es claro; la Comunidad Europea es claramente incompetente, por así decir, y sin embargo aquello sigue su marcha y, vista la fuerza política que tiene el Parlamento o el deseo de fuerza que tiene, aquello sale adelante.

También me llama la atención el deseo de las instituciones de reafirmarse como tal cada vez más y es un proceso que también a veces me recuerda al que vivió Estados Unidos entre 1776 y 1787, creo recordar de memoria. Esos primeros años de la confederación norteamericana, luego la federación, donde hay una pugna entre qué puede hacer el poder central y qué el poder de los estados. Es un debate que si releemos ahora aquellas publicaciones de los Founding Fathers, observamos que se parece demasiado al que hay actualmente en Europa. O sea, si podemos comparar perfectamente el debate constitucional americano con el debate de la convención europea, porque hay unas similitudes bastante grandes, probablemente vamos a la construcción de un espacio político europeo. No sé si un estado o un «opni», un objeto político no identificado como lo ha calificado alguien, pero es evidente que la tendencia estatalizadora está ahí y claro, eso es lo que perpetúa, digamos, y perjudica el debate.

Entonces, ¿a dónde quiero llegar con esto? A mí me preocupa y es mi función ocuparme de las relaciones entre Estado y comunidades autónomas, pero también es verdad que conforme veo el proceso de construcción de la Unión Europea, cada vez me llama más la atención dicho proceso y creo que el sistema de distribución de competencias Estado-comunida-

des autónomas interno es más secundario, así de claro. O sea, estoy realmente asustado ante la amplitud del proceso comunitario. Creo que, en definitiva, el que haya un conflicto sobre quién tiene que trasponer una directiva o sobre si el Estado se ha excedido legislando la materia comunitaria, me parece relativamente secundario, es relativamente menos importante.

Bueno, no sé, no sé si esta perspectiva mía es demasiado simplificadora, pero así lo veo, con toda sinceridad.

También un tema que creo que no ha salido suficientemente a debate, o no lo habéis planteado quizás con demasiada claridad, pero a mí también me llama la atención, es la precisión enorme del Derecho comunitario. Es tan preciso que el margen que deja tanto al Estado como a las comunidades autónomas para el desarrollo, realmente algunas veces es prácticamente imposible de detectar por cuando encontramos esas directivas con unos anexos técnicos, con unas mediciones aritméticas tan precisas, uno dice: «¿qué puede hacer el Estado después de que la Unión Europea ha legislado con tanto detalle?» Realmente el margen de maniobra que le queda a los poderes internos, Estado y comunidades autónomas, es mínimo.

En fin, no sé, son reflexiones que se me han ido ocurriendo y tal cual las voy contando... También hay un efecto que quizá puede darse, y es que en todo este proceso comunitario el problema que se puede plantear es que surja una desidia y una dejación de los poderes internos, tanto estatales como autonómicos. Un poco que lleguemos a la triste visión de: «Bueno, esto de la Unión Europea es muy complicado, la ampliación aún lo ha complicado más», que también es un tema del que podríamos hablar largo y tendido, «el Consejo cada vez es más complicado, con veinticinco estados cada vez es más difícil que los estos intervengan... Bueno, voy a procurar no meterme demasiado y que sea lo que Dios quiera, que legisle Bruselas, que de todas maneras tenemos que cumplirlo exactamente igual.» Y eso sí que me parece un riesgo.

Con respecto al futuro del Estatuto... Bueno, es verdad que, a partir de este momento, el Estado, la Administración general del Estado, tendrá que establecer algún sistema nuevo de relacionarse con las comunidades autónomas con respecto al tema comunitario. El contenido del Estatuto catalán yo creo que obliga a ello.

¿Cuáles van a ser estos nuevos mecanismos? La verdad es que yo tampoco lo tengo claro; no lo hemos mirado todavía con demasiada atención. Yo creo que estamos en una fase, bueno, todavía el Estatuto catalán formalmente no está aprobado, pero tenemos que ir mirando qué posibilidades hay. Y sí que de verdad yo he de reconocer que nos plantea un pequeño problema, que es el de la bilateralidad, multilateralidad que siempre al final, en el Estado autonómico español, a poco que rascas un poco siempre sale ese problema. O sea, evidentemente el Estatuto establece unas fórmulas bilaterales, pero es verdad que a mí se me antoja difícil administrar diecisiete bilateralidades —si se ponen en nuestro papel creo que lo comprenderán— cuando al final el problema va a ser el mismo y entonces habrá que establecer alguna geografía variable, multilateralidad, bilateralidad, no sé muy bien cómo, pero alguna fórmula tendremos que ir buscando. Están las comisiones bilaterales, que existen con Cataluña y con el País Vasco y también existen con Canarias, el sistema tercero con Canarias, que por cierto es el más activo, porque Canarias es la que tiene mayor peculiaridad con respecto a la aplicación del Derecho comunitario.

Y también yo diría que todo esto lo que requiere es un comportamiento diferente del Estado, que obviamente tiene que cambiar o tiene que seguir cambiando muchos esquemas mentales muy centralistas que tiene, que eso es evidente, pero también es verdad que requiere un ejercicio de trabajo serio y continuado por parte de los actores autonómicos. Todos sabemos que la realidad es difícil de cambiar y que es pertinaz. Entonces para cambiar la realidad es necesario también que algunas veces el comportamiento político de los actores sea pertinaz y sea constante en la exposición de unos nuevos planteamientos que son lo que el Estatuto exige en el momento en que se promulgue.

ENOCH ALBERTÍ

Voy a intervenir sólo sobre una cuestión, que además no afecta a mi ponencia, para debatir contigo y con Manuel Cienfuegos, que es la cuestión de la *vis* expansiva de las competencias comunitarias, que a mí me parece que hoy por hoy —hoy por hoy— está en gran parte agotada. Es cierto que tuvo un crecimiento extraordinario en los años setenta la utilización del art. 235, hoy 320, pero hoy las competencias implícitas se han limitado a muy pocos sectores. Estados Unidos ha afectado a las relaciones internacionales y poco más, y sí, en cambio, se ha hecho un uso intensivo —y eso lo contaba Manuel Cienfuegos— del art. 235,

actual 308, la cláusula de habilitación de competencias, vamos a decir, fuera de las expresamente atribuidas y también de la armonización de legislación especialmente con la implantación, ya definitiva, del mercado interior.

Yo creo que hoy esto está no agotado pero sí muy limitado y lo que hace el Tratado constitucional precisamente es intentar limitarlo más aún. Y ahí creo que sí hay un esfuerzo importante por concretar algunas competencias y por establecer, sobre todo, filtros que tú echabas en falta y filtros importantes para el ejercicio de algunas competencias que históricamente han permitido la ampliación extraordinaria de los poderes de la Unión y, por tanto, el principio de subsidiariedad y los mecanismos nuevos de control que se han establecido creo que van en esta línea.

Pero después vosotros os sorprendéis mucho del caso de Valencia. Yo estoy encantado con el caso de Valencia, ¿por qué? Porque en Valencia no se trata de decidir quién decide sobre urbanismo, sino cómo se decide en materia de urbanismo. Es muy distinto establecer una habilitación a la actuación, por tanto una norma de carácter competencial, que establecer obligaciones que hay que cumplir en el ejercicio de los poderes, sean del Estado, sean de las comunidades, a mí me da absolutamente igual. Lo que me parece extraordinario, pero ya no desde un punto de vista jurídico sino político, es que tengamos que acudir a Bruselas para salvar el litoral valenciano. Lo que se pueda salvar hoy del litoral valenciano, que es muy poco ya. Pero, a mi juicio, distinguir entre las dos cosas me parece absolutamente fundamental y que se tengan que respetar las normas comunitarias en el ejercicio de las competencias, se actúe en el ámbito del urbanismo o se actúe en el ámbito de la defensa y la organización interna de los ejércitos, como el caso Kreil. A mí me parece absolutamente normal y ahí no hay crecimiento de los poderes de las comunidades, lo que sí hay, naturalmente, es una extensión de las obligaciones que se derivan de los tratados del Derecho comunitario, que efectivamente afectan a muchos, prácticamente a todos, no queda ninguno libre, a todos los sectores de la actuación de los poderes públicos, sean estos del Estado o sean de las comunidades.

Yo creo que además tenemos que acostumbrarnos a esto y no podemos derivar de ahí la idea de que la comunidad crece en sus competencias. La competencia para aprobar los planes de urbanismo la tendrán las entidades locales valencianas y, en su caso, la comunidad autónoma, pero no hay

trasvase competencial, por tanto, trasvase de capacidad de decisión en absoluto.

Y después, una última cuestión. Yo estuve trabajando en el MAP hace veinte años y veo que desgraciadamente los problemas siguen siendo los mismos por la confusión competencial. Yo creo que en veinte años hubiéramos tenido que avanzar un poquito más y por eso, precisamente, porque no se ha avanzado todo lo que se debiera avanzar, hay una propuesta de estatuto de Cataluña en el sentido que tiene el blindaje, palabra que tampoco me gusta, pero que es la que se ha puesto en circulación. Y cuidado, a mí me parece que si no se ha podido resolver en estos veinte años, aún tenemos que hacer esfuerzos para resolver esta confusión. O sea, yo creo que no podemos resignarnos a vivir en la confusión. Los alemanes no se han resignado y tenían un sistema de interrelación competencial a través de la multiplicación de mecanismos de cooperación que han dicho que les asfixia y que no pueden seguir más y que, por tanto, tienen que recuperar espacios de actuación propia las distintas instancias de gobierno para que cada una sea responsable de sus actuaciones y se sepa cuáles son las actuaciones realmente federales. Y los *länder* exactamente lo mismo. Y ésta, a mi juicio, es la filosofía de fondo que preside la reforma alemana.

Y nosotros, partiendo de situaciones que son muy distintas, creo que estamos también abocados a lo mismo. O sea; a intentar fijar con la mayor claridad posible, que nunca será absoluta, espacios de responsabilidad y de actuación vamos a decir diferencial o al menos donde las distintas instancias se hagan responsables. Y eso no tanto por una cuestión de autogobierno, que también, sino por una cuestión de salud democrática porque los ciudadanos tienen que saber a quién atribuir las distintas actuaciones. Y la confusión de actuaciones genera confusión de responsabilidades y ello acaba esclerotizando el sistema político, el sistema democrático. A mí me parece este efecto muy grave y contra esto han reaccionado los alemanes y nosotros yo creo que deberemos hacerlo partiendo de nuestra propia realidad y con otros medios seguramente, pero tendremos que conseguir el mismo objetivo.

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS

Havien demanat la paraula, primer, en Manuel Cienfuegos, després Montse Pi i Ferran Armengol en tercer lloc. Endavant.

MANUEL CIENFUEGOS

David había sido muy duro con el Parlamento europeo y las palabras de Enoch ahora van un poco en esta línea, en el sentido que no se atrevería a decir públicamente las cosas como yo las he dicho y vista la opinión que él daba del sistema institucional español, el funcionamiento de la Administración general del Estado y el Senado, pues yo casi diría que he sido muy suave con el Parlamento Europeo. Lo que pasa es que con las premuras del tiempo no he dicho todo lo que quería decir.

Yo no discuto el fondo de lo que ha hecho el Parlamento Europeo, discuto la forma en que el Parlamento Europeo lo ha hecho porque el Parlamento Europeo ha justificado de una manera, a mi parecer insuficiente, su intervención en el ámbito de que tratamos. Si uno coge la resolución del Parlamento Europeo de 5 de diciembre del 2005 se encuentra con que en el ámbito en que realmente hay una competencia comunitaria clara para actuar es en el ámbito de la contratación administrativa, en este ámbito prácticamente él no razona, lo da por supuesto y se remite a la Comisión. No dice mucho. En cambio en el ámbito que políticamente le parece mucho más interesante, que es el de los derechos humanos, ahí dice lo que quiere, y en el ámbito de medio ambiente, un poco lo mismo.

A ver, yo no sé si hoy en día la *vis* expansiva es una expresión adecuada o no para hablar de las competencias comunitarias porque todo depende quizá del concepto que se tenga de *vis* expansiva. ¿Expansión de competencias? En algunos casos sí que la ha habido en el pasado y sigue habiendo. ¿Extensión de nuestras obligaciones derivadas de los tratados? También. Todo depende de cómo use la competencia la Comunidad Europea. Cuando las instituciones comunitarias actúan esa competencia ya la tienen, es una competencia prevista, una competencia atribuida. Lo que pasa es que a veces es clara y a veces nos encontramos con que se actúa en ámbitos que en principio son insospechados, que pueden llamar la atención y que incluso en algún caso sorprenden.

La vinculación, por ejemplo, de la Unión Europea con el ejército, cuando dice el TJCE que hay que respetar la normativa comunitaria sobre igualdad de discriminación por razón de sexo, seguramente los fundadores cuando redactaron los tratados no la podían sospechar, de hecho hay algunos preceptos en los tratados que excluyen que las cuestiones relativas a seguridad y defensa o bienes de doble uso pueda ser compe-

tencia de la comunidad europea. Pero quizá lo que habría que precisar es ese concepto de *vis* expansiva.

Evidentemente el Tratado constitucional intenta limitar este uso y quizá lo mejor sería cumplir ya no lo que dice el Tratado constitucional sino lo que hoy en día está en vigor: los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad aconsejan que el uso que haga una institución de la competencia comunitaria, por ejemplo al dictar una directiva, no sea extensivo y deje el mayor margen de discrecionalidad posible al Estado para intervenir. Pero todavía hay normas comunitarias que cuando uno las lee tiene serias dudas de que no sean detalladas, de que no sean excesivamente precisas y de que se estén cumpliendo eficazmente.

Mecanismos de Tratado constitucional, como por ejemplo la alerta temprana, son formas que si se aplican bien van a ayudar a limitar esta fuerza, esta capacidad de extensión de la competencia comunitaria en el futuro, pero también, por ejemplo, el Tribunal de Justicia que siempre ha sido muy criticado por su activismo judicial y su expansión de las competencias comunitarias en el pasado, si miramos sentencias de los últimos años, nos encontramos con que cada vez es más estricto con la competencia comunitaria y que cada vez, además, defiende mejor la competencia estatal residual. Y estoy pensando ahora en materia, por ejemplo, de competencia de la Comunidad Europea para celebrar el acuerdo OMC, para concluir el acuerdo sobre la Convención Europea o en las sentencias sobre los cielos abiertos, casos en los cuales realmente el Tribunal de Justicia hace casi cualquier cosa menos defender una *vis* expansiva del Derecho comunitario.

Pero el fenómeno está ahí; la Comunidad Europea sigue ampliando sus competencias a pesar de las mejoras que existen en el Tratado constitucional y por esto hacía la pregunta hipotética ¿valdrá el catálogo éste competencial para algo? Porque a pesar de todo lo que intenta hacer seguimos viendo que hay una impregnación funcional muy clara en el catálogo de competencias, entre comillas, que establece el Tratado constitucional. El margen de discrecionalidad de que dispone la Comunidad Europea a la hora de actuar todavía es amplio y la cuestión está en que los mecanismos de control se apliquen eficazmente pero el margen sigue siendo amplio; no sé si será mejor o peor que la situación del pasado, habrá que esperar a que se aplique efectivamente pero el margen es amplio.

MONTSERRAT PI

Mi intervención era sobre el mismo tema que han estado debatiendo las últimas aportaciones los ponentes. Algunas de las cosas que yo quería decir ya se han dicho, las ha dicho el profesor Enoch Albertí o incluso ahora el profesor Cienfuegos.

Yo quería un poco introducir esa idea de que sí es cierto que hay una vis expansiva, pero también hay unos mecanismos —en los últimos años, como tú muy bien decías ahora, Manuel, el propio Tribunal de Justicia ha intervenido de una manera quizás más clara— y hay unos principios, como el principio de subsidiariedad en el que se ha avanzado y quizá el uso de las competencias implícitas del artículo 308 ahora es relativamente limitado. Por tanto, yo quería desmentir esa sensación de que la Comunidad Europea hace cualquier cosa o puede hacer cualquier cosa.

Pero en esa línea quiero añadir un elemento más en la reflexión. Se ha hablado aquí de la importancia de los mecanismos de control pero yo quería enfocar también otro tema, que es la importancia de cuál de los actores decide, porque eso a veces también resulta un poco oscuro cuando hablamos de «es que la Comunidad Europea legisla de manera demasiado amplia o toca demasiados temas», «es que Bruselas invade...» Bueno, ¿quién es Bruselas? Es decir, Bruselas básicamente son, todavía hoy, a pesar de lo mucho que han aumentado las competencias el Parlamento Europeo, básicamente los Estados.

Y eso me servirá luego para enlazar sobre el tema del seminario pero quiero decir que yo creo que no hay que desconocer que muchas veces si las normas comunitarias son quizá excesivamente detalladas o si muchas veces en la normativa europea cuando se regula una cuestión se abarcan muchos otros temas conexos es porque a los Estados les va bien que sea así. Y, por tanto, la confusión competencial, en cualquier caso, es responsabilidad de muchos actores, no sólo de las instituciones que asimilamos más a Bruselas; como la Comisión o el Parlamento Europeo.

Y ahí viene el otro tema. Desde el punto de vista de las comunidades autónomas eso tiene interés porque, si bien es cierto como muy bien ha explicado el profesor Cienfuegos, que las competencias estatutarias y las competencias de las comunidades autónomas se ven enormemente afectadas por esta actividad legislativa de la Comunidad Europea, entonces cobra plenamente sentido el decir cómo pueden participar las comunidades autónomas, cómo pueden incidir en esa toma de decisiones.

El seminario de hoy, por el cual quiero felicitar y agradecer al Instituto, ha abordado muy bien, yo creo, la fase más descendiente de cómo participan las comunidades autónomas, la ejecución, problemas de incumplimiento, problemas de gestión de fondos. Entonces, yo invito a que el director del Instituto tenga en cuenta lo interesante que podría ser un seminario, quizá cuando el Estatuto ya sepamos definitivamente qué nos va a decir, sobre qué aporta el Estatuto en esta otra vertiente. Es decir, en cómo las comunidades autónomas pueden defender sus competencias en la toma de decisiones en Bruselas o en el seno de las instituciones comunitarias.

FERRAN ARMENGOL

Quería plantear dos cuestiones. La primera, sobre todo dirigida al profesor Cienfuegos un poco como continuación de su exposición, haría referencia a un aspecto que realmente incidiría sobre esa *vis* expansiva sobre las competencias autonómicas, que sería plantear hasta qué punto la elección de una forma, de un tipo de norma determinado, puede incidir en estas competencias. Se trataría, por ejemplo, en materia de transporte de animales vivos, por poner un ejemplo práctico, de que una materia hasta ahora regida por una directiva ha pasado a ser objeto, a partir de enero de 2007, de un reglamento.

La segunda cuestión va dirigida a la mesa en general. Se ha hablado repetidas veces de cooperación horizontal. A nivel de los programas comunitarios, de programas financieros con fondos comunitarios, hay diversos ejemplos de cooperación horizontal, no sólo entre entes regionales o subestatales de un solo Estado, sino de Estados diversos que llegan a acuerdos, emprenden acciones, incluso pueden tener repercusiones normativas —estoy pensando, por ejemplo, en iniciativas a nivel de gobierno electrónico.— Quería plantear esta cuestión y qué consecuencias puede tener sobre todo a nivel jurídico.

MANUEL CIENFUEGOS

Respecto a la primera pregunta. No conozco el texto de ese reglamento, tendría que mirar a ver exactamente qué es lo que dice. Ahora, en principio mucho me temo que ese reglamento desde el momento que en princi-

pio no precise medidas de ejecución, será más detallado que la directiva que existía anteriormente.

Claro, ¿esto se contradice o no, enlazando un poco con lo que decíamos antes, con las conclusiones de diferentes consejos europeos y el uso de la subsidiariedad y la proporcionalidad? Básicamente estos documentos se refieren sobre todo a las directivas pero también dicen que en el caso de que se pueda usar un reglamento o una directiva, mejor escoger el que menos limite la actividad de los Estados. ¿Si está justificado? Tendría que mirar el texto exactamente porque así, hablar a bote pronto de una norma que no conozco me parece, como mínimo, aventurado.

FERRAN ARMENGOL

De hecho, en la exposición de motivos viene a decir más o menos que esta normativa hasta ahora se había llevado a cabo a partir de un principio de aproximación de legislaciones. El argumento es decir que como esto no es suficiente, entonces hace falta una norma con carácter de reglamento.

Manuel Cienfuegos

Permíteme que aproveche entonces que está José María aquí presente. José María, si recuerdo bien, en el 2003 publicaste un artículo que se llamaba «La participación de las comunidades autónomas en temas europeos: una visión desde la Administración general del Estado» y me parece que ahí hacías un recuento estadístico del caso del uso de las directivas y de la participación regional en la ejecución de las directivas. Creo que por alusiones, dado que tu has estudiado exactamente el tema en los últimos años, podrás contestar mejor que yo.

José M. Pérez

Sí, está en un libro que coordinaron Liñán y López Jurado de la Universidad de Granada. Sí, hicimos un recuento de datos, etcétera. La verdad es que yo creo que al final, si cuentas directivas y reglamentos, ganan los reglamentos por goleada, lo estábamos hablando con Guillém Rovira

esta mañana. O sea que el margen que queda de posible desarrollo a un Estado o a la comunidad autónoma que supone la directiva es poco. Es poco porque son pocas en número, así de claro, sencillamente por eso.

Ahora, a la hora de la verdad, yo tampoco conozco los textos, obviamente, Manuel, pero lo mismo no se diferencian demasiado. O sea yo, como lector del Diario Oficial de la Unión Europea, lo que sí que veo es que cada vez las directivas se parecen más a los reglamentos o cada vez es más difícil diferenciar entre ambos, con lo cual toda esta construcción jurídica comunitaria de que la directiva obliga sólo con respecto a los fines no es verdad, así de claro. No es verdad.

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS

Seguro que han quedado muchas cuestiones en el tintero, pero el reloj manda y habida cuenta de lo avanzado de la hora, si les parece podemos dar ya la jornada por finalizada. Ya el doctor Viver agradeció a los ponentes sus excelentes ponencias y desde luego también hemos de agradecerles a ustedes su presencia hoy porque es lo que justifica la celebración de nuestros seminarios.

Muchas gracias.

Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics

El Institut d'Estudis Autonòmics ha venido organizando desde junio de 2005 diversos seminarios dirigidos a analizar cómo están siendo tratados en los procesos de reforma estatutaria (y especialmente en el nuevo Estatuto catalán) diferentes temas relevantes para el funcionamiento del Estado autonómico. En el seminario cuyas ponencias se recogen en este libro, y que tuvo lugar el 2 de mayo de 2006, se abordó el análisis de algunos de los aspectos relativos a la relación de las Comunidades Autónomas con la Unión Europea en los que tradicionalmente se han suscitado mayores problemas para aquéllas, analizando cómo y en qué medida son recogidos y regulados en los nuevos Estatutos o en los proyectos en curso. En concreto, se analizaron los problemas derivados de la ejecución del Derecho comunitario, la vis expansiva de éste hacia ámbitos en principio propios de los Estados, la gestión de las ayudas y fondos comunitarios por parte de las Comunidades Autónomas y las vías para exigir la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario.

