85

Transposición de directivas y autogobierno

El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico

Xabier Arzoz Santisteban (dir.)

Generalitat de Catalunya
Departament de Governació
i Relacions Institucionals
Institut d'Estudis Autonòmics

TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS Y AUTOGOBIERNO

Col·lecció
Institut
d'Estudis
Autonòmics
85

TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS Y AUTOGOBIERNO

El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico

Xabier Arzoz Santisteban (dir.)
Miguel Azpitarte Sánchez
Hèctor López Bofill
Alba Nogueira López
José Manuel Pérez Fernández
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Generalitat de Catalunya
Departament de Governació
i Relacions Institucionals
Institut d'Estudis Autonòmics

BARCELONA
2013

Biblioteca de Catalunya. Dades CIP:

Transposición de directivas y autogobierno : el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el estado autonómico. – (Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics ; 85)
Referències bibliogràfiques
ISBN 9788439390749
I. Arzoz Santisteban, Xabier ed. II. Institut d'Estudis Autonòmics (Catalunya) III. Col·lecció: Institut d'Estudis Autonòmics (Col·lecció) ; 85
1. Unió Europea – Espanya – Comunitats autònomes
2. Dret comunitari – Espanya – Comunitats autònomes
341(460:4-6)

La publicación por parte del IEA de este libro no implica responsabilidad alguna sobre su contenido.

No se permite la reproducción total o parcial de esta publicación, incluido su diseño, ni su almacenamiento, ni tampoco su transmisión por cualquier forma o medio sin la autorización previa del titular del *copyright*.

Fotografía de la cubierta: Palau Centelles, Barcelona (siglo XVI). Detalle de ornamentación en el falso techo de las salas del lado sur de la planta noble.

© **2013 Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics**
Primera edición: noviembre de 2013
ISBN: 978-84-393-9074-9
Depósito legal: B. 25398-2013
Producció: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions

MIXT
Paper procedent de fonts responsables
FSC® C016706
FSC www.fsc.org

Imprès en paper certificat FSC®

SUMARIO

Presentación
Xabier Arzoz Santisteban 9

Introducción
Xabier Arzoz Santisteban 11

Capítulo I
El contexto de la directiva: Principios jurídicos que ordenan el reparto de responsabilidades sobre la producción normativa en la Unión Europea
Miguel Azpitarte Sánchez 23

Capítulo II
Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos
Xabier Arzoz Santisteban 75

Capítulo III
La distribución interna de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión
Miguel Azpitarte Sánchez 147

Capítulo IV
La transposición de directivas de la Unión Europea en el Estado autonómico: una aproximación de Derecho comparado
Hèctor López Bofill 185

Capítulo V
La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini 231

Capítulo VI
La transposición de Directivas ambientales en el Estado autonómico
Alba Nogueira López 281

Capítulo VII
La transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
José Manuel Pérez Fernández 345

Capítulo VIII
La transposición de directivas en el Estado autónomico: diagnóstico y perspectivas de futuro
Xabier Arzoz Santisteban 491

Anexo
Listado elaborado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea sobre las normas estatales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 a petición del Consejo de Estado para la elaboración del Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010 565

PRESENTACIÓN

El volumen que el lector tiene en sus manos recoge los resultados de un proyecto de investigación financiado por el Institut d'Estudis Autonòmics, a través de una beca para trabajos colectivos obtenida en concurrencia competitiva en la convocatoria de 2010. Como se detalla en la introducción, la obra analiza crítica y empíricamente la transposición de directivas en el Estado autonómico.

En este periodo de tres años hemos recibido ayuda de diversas instituciones y personas. Queremos expresar nuestra gratitud al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en la persona de su entonces subdirector general de Publicaciones y Documentación, el profesor Luis E. Delgado del Rincón, por las facilidades concedidas para utilizar una de sus salas con objeto de realizar una reunión de trabajo de los miembros del equipo en mayo de 2011. Asimismo, los letrados del Consejo de Estado José Amérigo, Pablo García-Manzano y Rafael Jover nos facilitaron, tras ardua búsqueda por su parte, el listado elaborado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea sobre las normas estatales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 a petición del Consejo de Estado y que fue luego utilizado por éste en la elaboración del Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010. Dicho listado está reproducido en el anexo del presente volumen.

Queremos agradecer especialmente el apoyo brindado por el Institut d'Estudis Autonòmics a lo largo de un proceso que ha culminado, felizmente, con la presente publicación. Tanto su director, Carles Viver Pi-Sunyer, como la subdirectora, Mercè Corretja Torrens, nos han acompañado y mostrado su comprensión en este proceso, rico en avatares en los planos académico, profesional y familiar para los miembros del equipo. En particular queremos agradecer la excelente oportunidad que nos dio el Institut organizando en mayo de 2013 un seminario sobre la transposición de directivas y el autogobierno, en el que pudimos presentar públicamente nuestros principales resultados y contrastarlos con una audiencia muy cualificada.

La investigación no se podría haber llevado a término sin el compromiso y la implicación de los seis miembros del grupo de investigación, profesores de Derecho administrativo y de Derecho constitucional a partes iguales pertenecientes a seis universidades públicas distintas (Autónoma de Madrid, Granada, Oviedo, País Vasco, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela).

Los autores de la presente obra queremos subrayar, finalmente, que las opiniones vertidas en este trabajo de investigación son estrictamente personales y no se identifican necesariamente con las de las instituciones a las que pertenecen o con las que colaboran habitualmente.

Xabier Arzoz Santisteban
Madrid, julio de 2013

INTRODUCCIÓN

Xabier Arzoz Santisteban

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

Objeto y justificación de la investigación

La incorporación del Derecho de la Unión Europea a los ordenamientos de los Estados miembros plantea numerosas cuestiones, sobre todo en torno a la determinación de los procedimientos necesarios para dar cumplimiento a los reglamentos y las directivas. Dado que la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados miembros se fundamenta en el Derecho internacional público, el viejo dogma de la autonomía institucional sigue siendo el postulado básico aplicable en este ámbito: el Derecho de la Unión se incorpora y se aplica en los ordenamientos internos de los Estados miembros de acuerdo a sus propios procedimientos internos.[1]

Se estima que el porcentaje de producción normativa de un Estado miembro como Alemania (leyes y reglamentos de los dos niveles de gobierno) de alguna manera influido por el Derecho de la Unión asciende al 80%, esto es, un porcentaje coincidente con la llamada «cifra Delors», que se atribuye al antiguo presidente de la Comisión en 1988.[2] Con independencia de cómo se defina y cómo se mida esa influencia, cuestiones metodológicas

---

1 Para un análisis crítico del carácter normativo del principio, vid. Arzoz Santisteban, Xabier (2013): «La autonomía procedimental e institucional de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto, pp. 159-197.

2 Vid. Hoppe, Tilman (2009): «Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt», *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 168-169. El artículo valida para Alemania con estimaciones cuantitativas y cualitativas un cálculo que se atribuye a Jacques Delors en 1988. Otros autores, en cambio, discrepan de la pertinencia de la «cifra Delors». Así, se niega para Austria la exactitud de la «cifra Delors» (que en este caso se le atribuye un 70%): vid. Bussjäger, Peter (2004): «Implementing and Enforcing EU Law at Regional Level», en Roberto Toniatti, Francesco Palermo y Marco Dani (eds.), *An Ever More Complex Union – The Regional Variable as a Missing Link*

que no interesan ahora, se puede afirmar sin temor a equivocación que la agenda legislativa de los Estados miembros está fuertemente europeizada.[3]

Ahora bien, no todos los actos de la Unión (tengan naturaleza legislativa o no) requieren una incorporación formal al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Mientras los reglamentos son aplicables inmediatamente en los Estados miembros, las directivas (y las antiguas decisiones marco) necesitan ser incorporadas y convertidas en Derecho interno. El presente estudio se centra en los actos adoptados por las instituciones de la Unión que requieren en principio una incorporación formal al ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

La directiva es el instrumento normativo «federal» por excelencia de la Unión Europea.[4] Su función primordial no es, como en el caso del reglamento, la uniformización del Derecho en el conjunto de la Unión, sino la aproximación (armonización) de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. La directiva es un instrumento de colaboración normativa en dos fases entre la Unión y los Estados miembros, mediante el cual se articulan sus distintas responsabilidades y competencias normativas. En una primera fase, con la aprobación de la directiva, la Unión establece objetivos comunes de regulación en el marco de sus competencias, y en una segunda fase cada Estado miembro traspone esos objetivos al Derecho interno con arreglo a su

---

in the EU Constitution?, Baden-Baden, Nomos, p. 160, en nota. Las discrepancias se desprenden de la consideración de factores cualitativos en la estimación.

3 Los politólogos estudian de forma sistemática con una metodología común la europeización de la agenda legislativa de los Estados miembros, por lo que sus resultados permiten comparaciones útiles entre los distintos Estados miembros y entre distintos niveles de gobierno. Vid. Brouard, S.; Costa, O., y König, T. (2012): *The Europeanization of Domestic Legislatures. The Empirical Implications of the Delors' Myth in Nine Countries*, Springer, New York. Para un estudio reciente sobre el caso español, vid. Palau, Anna M. (2013): «La europeización de la agenda estatal y autonómica (1986-2007)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, pp. 69-102. De su estudio se desprende que un 35% de leyes estatales están europeizadas, cifra que está por encima de la media europea (21%) e incluso de la de países como Alemania (26%), Francia (19%) o Italia (21%). La autora solo atiende a la legislación primaria (normas con rango de ley) y solo a las normas internas que vengan determinadas total o parcialmente por un acto jurídico vinculante de la Unión (tratados, reglamentos, directivas, decisiones y sentencias).

4 Härtel, Ines (2012): «§87 Integrative Wirkungen im föderalen Mehrebenensystem der Europäischen Union: Die Umsetzung des europäischen Rechts in das mitgliedstaatliche Recht», en I. Härtel (dir.), *Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt*, Springer, Berlín, 2012, pp. 393-395. Vid. también Wölk, Jonas (2002): *Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, pp. 251-258.

libertad de elección de la forma y de los medios. La obligación de incorporación al Derecho interno se deriva del art. 288 TFUE, de las disposiciones de las propias directivas así como del principio de cooperación leal recogido en el art. 4.3 TUE, según el cual los Estados miembros «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión».

Así pues, la incorporación de las directivas al ordenamiento interno representa solo una parte de la producción normativa estatal condicionada por el Derecho de la Unión, aunque sin duda resulta significativa desde el punto de visto jurídico y político.[5] Su característica fundamental es que los actos internos de transposición no vienen meramente influidos o condicionados por el Derecho de la Unión, sino que su propia existencia y, en gran medida, su contenido están prescritos por dicho Derecho. La incorporación de directivas a los ordenamientos de los Estados miembros constituye una nueva función normativa que incumbe a los órganos constitucionalmente habilitados para ello. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la incorporación de las directivas de la Unión Europea constituye una obligación normal, previsible y hasta cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea».[6]

Los problemas de incorporación y aplicación del Derecho de la Unión se agudizan en los Estados compuestos o con una estructura federal, por cuanto que en estos sistemas las competencias legislativas están divididas entre el nivel federal o central y el nivel subestatal. En los Estados compuestos o federales el ordenamiento constitucional determina si las entidades subestatales están facultadas para incorporar el Derecho de la Unión al ámbito interno.[7] A menudo la transposición de directivas requiere procedimientos y actos de transposición en los dos niveles de gobierno. La participación

---

5 La transposición es más que un problema de técnica jurídica: representa un ámbito de estudio importante para los politólogos, que analizan los factores institucionales, políticos y substantivos que determinan el proceso de incorporación de directivas en los Estados miembros. Para una introducción, vid. Dimitrakopoulos, Dionyssis G. (2001): «The Transposition of EU Law: "Post-Decisional Politics" and Institutional Autonomy», *European Law Journal*, vol. 7, núm. 4, pp. 442-458.

6 STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9.

7 Vid. Bussjäger, Peter (2004): «Implementing and Enforcing EU Law at Regional Level», en Roberto Toniatti, Francesco Palermo y Marco Dani (eds.), *An Ever More Complex Union – The Regional Variable as a Missing Link in the EU Constitution?*, Baden-Baden, Nomos, pp. 159-179.

de los entes subestatales en la incorporación del Derecho de la Unión es un tema especialmente delicado si se tiene en cuenta que el proceso de integración europea incide ampliamente en su esfera de competencias,[8] proceso de erosión de competencias que se añade al derivado de las propias fuerzas centrípetas que suelen operar en los Estados compuestos.[9] Además, la distribución interna de competencias conduce muchas veces al carácter compartido de la competencia, lo que suscita el delicado tema de los instrumentos institucionales de garantía de la correcta transposición de las directivas frente a las instituciones supranacionales.

Por lo que respecta al sistema español, parece seguro afirmar que la adhesión a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986 supuso un desafío jurídico-constitucional al todavía no consolidado Estado autonómico. Así se refería en la década de los años noventa del siglo pasado el profesor Solozábal Echavarría:[10]

> «La integración europea plantea, en concreto, un serio desafío a la organización territorial autonómica pues la integración supone la asunción de competencias por un nuevo ente político (Europa), no previsto originariamente en el reparto competencial. De ello puede derivarse tanto un desapoderamiento de las Comunidades Autónomas como la atribución de una función de –al menos– coordinación para el Estado central, sin título competencial explícito en la Constitución, pero exigida en la medida en que es él mismo el que por

---

8 Vid. Vernet i Llobet, Jaume, y Jaria i Manzano, Jordi (2004): «La incidencia de la Unión Europea en el sistema constitucional de distribución territorial del poder», en M. L. Balaguer Callejón (ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, pp. 135-155; Cienfuegos Mateo, Manuel (2006): «El impacto de la Comunidad Europea en las competencias de las Comunidades Europeas», en VV.AA., *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 13-78; Carmona Contreras, Ana María (2009): «La incidencia del Tratado de Lisboa en la organización territorial española», en F. J. Matia Portilla (dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, pp. 31-52; VV.AA. (2010): *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

9 Vid. recientemente, para España, Máiz, Ramón, y Losada, Antón (2011): «The Erosion of Regional Powers in the Spanish "State of Autonomies"», en Ferran Requejo y Klaus-Jürgen Nagel (eds.), *Federalism beyond Federations – Asymmetry and Processes of Resymmetrisation in Europe*, Farnhm, Ashgate, pp. 81-107, y, para Alemania, Mende, Susann (2010): *Kompetenzverlust der Landesparlamente im Bereich der Gesetzgebung – Eine empirische Analyse am Beispiel des Sächsischen Landtages*, Baden-Baden, Nomos.

10 Solozábal Echavarría, Juan José (1995): «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, pp. 62-63.

el Tratado asume la responsabilidad de la aplicación del derecho europeo. […] ha de procurarse que la integración europea no implique una alteración del sistema constitucional de distribución competencial, operando como una reforma *in peius* para las Comunidades Autónomas, sujetos damnificados de este modo en una verdadera mutación constitucional.»

Casi tres décadas después queremos indagar cómo se ha respondido a ese «serio desafío» y si la respuesta ha sido adecuada, en el concreto ámbito del desarrollo normativo del Derecho de la Unión. Para muchos, sin duda, la participación de las CCAA en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea constituye una cuestión resuelta en el plano teórico-constitucional: el Tribunal Constitucional afirmó ya hace tiempo el principio de no alteración del reparto competencial en virtud de la adhesión a las Comunidades Europeas.[11] En consecuencia, parece claro que la adaptación de la legislación española a los objetivos y a las previsiones de las directivas no legitima la invasión del espacio normativo constitucionalmente reservado a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en la práctica del Estado autonómico el legislador estatal interviene de forma general en el proceso de transposición de las directivas europeas, cualquiera que sea la materia sobre la que versen y aunque la materia pueda corresponder *prima facie* a las CCAA: unas veces lo hace invocando competencias propias –sobre todo títulos horizontales–, otras veces aduciendo argumentos extracompetenciales, como la responsabilidad internacional del Estado, la igualdad de los españoles o la dimensión supraautonómica de la cuestión a regular. Entre el plano teórico-constitucional y la práctica material existe, por tanto, una considerable discrepancia.

Desde la perspectiva de la presente investigación, los estudios existentes sobre el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en España

11 El mismo principio rige en otros Estados compuestos. En Alemania se considera que las normas que rigen internamente la distribución de competencias legislativas se aplican por analogía, a falta de normas específicas, a la ejecución del derecho de la Unión y, por tanto, también a la incorporación de las directivas al ordenamiento interno. Vid. Stettner, Rupert (2007), en H. Dreier (dir.), *Grundegetz-Kommentar*, Mohr Siebeck, Band II, 2. ed., Supplementum 2007, Art. 70 Rn. 59; Haslach, Christoph (2004): «Zuständigkeitskonflikte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien?», *Die Öffentliche Verwaltung*, pp. 12-19; Egger, Alexander (1999): «Bundesstaat und EU-Recht: Verfassungsrechtlichtliche Probleme der Durchführung in Deutschland», *Der Staat*, vol. 38, pp. 449-475, aquí 455; Kössinger, Winfried (1989): *Die Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Bundesstaat*, Duncker & Humblot, Berlín, p. 46.

optan por tres enfoques de investigación. Un primer grupo omite cualquier referencia a la posible participación de las CCAA en ese desarrollo normativo, siguiendo el parámetro del Estado autonómico «unitario». Un segundo grupo se centra obsesivamente en la búsqueda y acumulación de instrumentos estatales de garantía, control y coordinación con respecto a la transposición de los actos comunitarios por las CCAA, aunque similar dedicación y devoción no suele suscitar la cuestión inversa: la cuestión de los instrumentos jurídicos que podrían emplear las CCAA para garantizar que el Estado respete la distribución constitucional de competencias tanto en la elaboración como en la ejecución del Derecho de la Unión. Por último, un tercer grupo estudia atentamente el fenómeno del desapoderamiento paulatino de las competencias atribuidas por la Constitución. No obstante, esta tercera línea de investigación, la más interesante desde nuestra perspectiva, se limita a menudo a describir –y en ocasiones a lamentarse de– la mencionada discrepancia fundamentalmente con arreglo a la jurisprudencia constitucional, esto es, a analizar lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional en aquellas ocasiones en las que una norma autonómica o estatal de desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea ha sido impugnada ante la jurisdicción constitucional.

La presente investigación pretende analizar y valorar las dimensiones reales de la mencionada discrepancia. Para ello partiremos de un estudio dogmático y crítico de los fundamentos de la relación entre la integración europea y las competencias de las CCAA (principios de subsidiariedad y de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea; principio de no alteración del reparto competencial en el sistema constitucional español) y los mecanismos institucionales de articulación previstos en los ordenamientos europeo y español. Pero la investigación no se quedará en el referido estudio dogmático-crítico, sino que la parte principal de la investigación se centrará en un estudio analítico exhaustivo de la transposición de las directivas.

En la actualidad hay más de 3.000 directivas dirigidas al Reino de España.[12] De una parte, no todas ellas presentan interés para la presente investi-

12 El documento «État de la communication des mesures nationales d'exécution de toutes les directives adoptées. Date de référence: 05/09/2009», de la Secretaría General de la Comisión Europea, señalaba que, en la fecha indicada, había 3.078 directivas dirigidas al Reino de España, y se habían comunicado medidas de transposición con respecto a 3.061 (99,45%). No hemos podido obtener datos más actualizados.

gación, pues muchas directivas se insertan en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado (legislación mercantil, laboral, etc.). De otra parte, un gran número de directivas son modificación de directivas anteriores. Así, de la centena de directivas aprobadas en 2011, solo una no modificaba o ampliaba una directiva previa.[13] Por todo ello, la investigación ha acotado tres ámbitos que permitan explorar el grado de afección a las competencias normativas autonómicas resultante del ingreso del Reino de España en la Unión Europea. Las tres grandes áreas seleccionadas son las directivas que afectan a las competencias de regulación económica, las directivas ambientales, y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Esta selección cubre el grueso de las competencias legislativas exclusivas o compartidas de las CCAA, sobre las cuales las instituciones europeas adoptan actos legislativos. La selección de dichos ámbitos se ha realizado en el entendimiento de que, sobre ellos, las CCAA tienen competencias exclusivas o compartidas y de que representan un núcleo de decisiones políticas relevantes para la preservación de una autonomía significativa. En particular se estudiará en qué medida las diversas opciones y técnicas de regulación económica afectan a las competencias autonómicas (las opciones de la regulación centralizada, la desregulación, o la implantación del principio de reconocimiento mutuo, etc.) y prejuzgan en origen el alcance efectivo de las competencias autonómicas.

La aportación científica novedosa de la investigación consistirá, por tanto, en una indagación de las verdaderas dimensiones del problema, procurando cuantificar la incidencia de la transposición de las directivas europeas en las competencias autonómicas. A tal efecto se estudiarán los títulos competenciales utilizados por el legislador estatal para la transposición de directivas que afectan a las competencias exclusivas o compartidas de las CCAA, así como las actitudes y estrategias de las CCAA ante la transposición de las directivas que entran dentro de sus competencias exclusivas o compartidas (desarrollo normativo inmediato, sin esperar a la intervención del Estado; inactividad autonómica ante el detallismo de las bases que tras-

13 El dato proviene de Nicolaides, P., y Geilmann, M. (2012): «What is effective implementation of EU law?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, núm. 3, pp. 383-399, en p. 399. La directiva en cuestión es la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE 2011 L 88/45).

ponen las directivas; reproducción de las bases estatales en normas autonómicas, etc.). La agrupación temática de las directivas permitirá comprobar la existencia o no de tendencias sectoriales.

Por último, pero no menos importante, la investigación quiere proponer y aportar, hasta donde sea posible, soluciones jurídico-constitucionales al vaciamiento competencial de las CCAA acordes con el Estado autonómico, basándonos en las buenas prácticas desarrolladas en otros Estados compuestos de la Unión Europea.

El estudio de los perfiles problemáticos de la transposición de directivas en un Estado compuesto como el español contribuirá en último término a profundizar en el tema de la relación de los Estados políticamente compuestos y la integración supranacional, que se configura como un proceso en el que deben intervenir tres diferentes niveles de gobierno (supranacional, estatal y subsestatal).

Sin duda el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en un Estado descentralizado como el español tiene un alcance más amplio que el del presente estudio, pues incluye cuestiones tan relevantes como la participación de las Comunidades Autónomas en la fase de elaboración del Derecho de la Unión –que es el momento en el que se definen los objetivos y los resultados que deben alcanzar los Estados miembros y en el que, por tanto, debe velarse por la neutralidad institucional y por el respeto del principio de subsidiariedad en las opciones normativas de la Unión– y en la fase de elaboración por los órganos centrales del Estado de las normas internas de transposición. Pero, por un lado, el tratamiento de todas estas cuestiones hubiera obligado a ampliar excesivamente la dimensión de la presente investigación, y, por otro lado, esas cuestiones se hallan profusamente estudiadas en la doctrina.[14]

---

14 La bibliografía sobre la participación ascendente y descendente de las Comunidades Autónomas en la elaboración y ejecución del Derecho de la Unión Europea es inabarcable. Vid., entre otros y sin ánimo de exhaustividad, Bustos Gisbert, Rafael (1995): «Un paso más hacia la participación autonómica en asuntos europeos: el acuerdo de 30 de noviembre de 1994», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, pp. 153-172; Bullain López, Iñigo (1997): «Las vías internas de participación autonómica en el Estado para asuntos comunitarios», en M. A. García Herrera (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, pp. 517-528; Dalmau i Oriol, Casimir de (1997): «Propuestas y aspiraciones de las comunidades autónomas sobre la articulación de mecanismos para garantizar la participación autonómica en la toma de decisiones en el seno de la Unión Europea», *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 22, 1997, pp. 87-102; Roig Molés, Eduard (1999): «Asimetría y participación autonómica en la formación de la voluntad española en

Estructura de la investigación

La investigación se estructura en tres partes: estudio téorico, estudio comparado y analítico, y diagnóstico y propuestas de mejora.

En la primera parte, se establecen las bases conceptuales y dogmáticas del estudio analítico posterior. Así, el capítulo I, a cargo de Miguel

---

asuntos de la UE: ¿Participación a dos velocidades?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 55, 1999, pp. 199-225; Bustos Gisbert, Rafael (2001): «La insuficiencia de las formas de participación autonómica en los asuntos europeos», *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*, núm. 16, pp. 181-195; Roig Molés, Eduard (2001): «La diversidad de formas de participación autonómica en asuntos europeos y sus ejes definitorios», *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*, núm. 16, pp. 197-225; Bacigalupo Saggese, Mariano (2001): «Las regiones en la Unión Europea (La participación institucionalizada de las Regiones en el proceso decisorio comunitario a través de su presencia directa en la estructura orgánica de la Unión Europea)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 1, pp. 59-79; Elorriaga Pisarik, Gabriel (2003): «La participación autonómica en la toma de decisiones y en la ejecución de políticas comunitarias», en F. Pau i Vall (coord.), *Parlamentos y regiones en la construcción de Europa: IX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, pp. 247-254; Montilla Martos, José Antonio (2003): «La participación de las Regiones en la fase descendente de aplicación del Derecho europeo», *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 4, pp. 107-136; Fernández Pérez, Bernardo (2004): «Comunidades Autónomas y "comitología": el proceso de articulación de la participación autonómica en los comités que asisten a la Comisión en el ejercicio de la función ejecutiva (1997-2003)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 3; Montilla Martos, José Antonio (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, pp. 35-77; Jáuregui Bereciartu, Gurutz (2005): «La participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, pp. 137-172; Albertí Rovira, Enoch; Ortega Álvarez, Luis, y Montilla Martos, José Antonio (2005): *Las comunidades autónomas en la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Castellà i Andreu, Josep Maria (2008): «Las comunidades autónomas en Bruselas: la dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea», *Revista 'd'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6, pp. 37-91; Donaire Villa, Francisco Javier (2008): «El artículo 93 de la Constitución y la participación autonómica directa en el consejo de la UE», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2, Cortes Generales, Madrid, pp. 1935-1950; Ares Castro-Conde, Cristina (2010): *La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch; Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio (2011): *La participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento legislativo europeo*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública; Fernández Allés, José Joaquín (2011): «La participación y el control del proceso decisorio europeo por las Comunidades Autónomas tras la Ley 38/2010 y la Declaración de Trento de 2010», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 89, pp. 55-92; Donaire Villa, Francisco Javier (2013): «Estado autonómico y Unión Europea: la participación de las comunidades autónomas en la elaboración y ejecución del Derecho comunitario», *CEFLegal. Revista Práctica del Derecho*, núm. 150, 2013, pp. 137-162.

Azpitarte Sánchez, examina los fundamentos europeos y constitucionales del ejercicio competencial de las CCAA en la la Unión Europea y en el Estado autonómico. Para ello se aborda el estudio detallado de los principios de subsidiariedad y de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros según el Derecho de la Unión Europea, y del principio de no alteración del reparto competencial en el Estado autonómico. A continuación, el capítulo II, escrito por Xabier Arzoz Santisteban, analiza los requisitos jurídicos de la transposición de las directivas, gran parte de los cuales han sido elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El estudio teórico se cierra con un análisis, en el capítulo III, a cargo de Miguel Azpitarte Sánchez, sobre la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento del Derecho de la Unión, desde la perspectiva de la distribución interna de responsabilidades en el Estado autonómico.

En la segunda parte se aborda el estudio comparado y analítico de la transposición de directivas. Por un lado, el capítulo IV, cuya autoría corresponde a Hèctor López Bofill, tiene como objetivo analizar cuáles son los instrumentos y técnicas para el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en otros Estados compuestos de la Unión Europea. El estudio se centrará en Alemania, Austria, Bélgica e Italia.

Por otro lado, los tres capítulos que vienen a continuación realizan un análisis de la práctica de transposición de directivas en el Estado español en los tres ámbitos seleccionados. Así, el capítulo V (a cargo de Tomás de la Quadra-Salcedo Janini) se centra en las directivas que inciden en la regulación económica, y estudia en particular la relevancia del título competencial *ex* art. 149.1.13 CE para la centralización de la transposición de directivas en materias en las que las CCAA tienen competencias legislativas, plenas o compartidas con el Estado. Posteriormente, el capítulo VI (Alba Nogueira López) examina la incorporación al Derecho español de las directivas ambientales, y el capítulo VII (José Manuel Pérez Fernández) estudia la transposición de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. El objetivo de los capítulos V, VI y VII es, en suma, determinar sobre una base empírica, por un lado, los títulos competenciales de que se vale el legislador estatal para trasponer directivas que, *prima facie*, afectan a materias sobre las cuales las CCAA tienen competencias; y, por otro, las actitudes y estrategias de las CCAA en relación con la transposición de las directivas (inactividad, transposición inmediata, reproducción de las bases estatales).

Finalmente, en la parte tercera (capítulo VIII) se reflexiona sobre el material elaborado y se formulan algunas conclusiones sobre la problemática abordada en el volumen. Por un lado, se realiza un análisis, estudio e interpretación de los resultados obtenidos en la segunda parte, y se contrastarán con los fundamentos teóricos establecidos en la parte primera. Por otro lado, se elaboran propuestas para articular un modelo de desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea que sea conforme con el principio de autonomía de la Constitución española.

Capítulo I

EL CONTEXTO DE LA DIRECTIVA: PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE ORDENAN EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES SOBRE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Universidad de Granada

SUMARIO: 1. La producción del derecho en la organización de sistemas normativos complejos. 1.1. Primer modelo: la unidad a través de la producción de un derecho uniforme. 1.2. Segundo modelo: la unidad a través de la selección judicial de la norma aplicable. 1.3. Tercer modelo: la unidad a través de la igualdad. 2. Los principios que rigen el reparto de poderes Unión Europea-Estado. 2.1. El principio de atribución competencial. 2.1.1. El principio de competencia. 2.1.2. La regla de atribución de competencias. 2.2. El principio de atribución competencial en su operatividad técnica: de la competencia definida por objetivos al listado de materias. 2.3. El fortalecimiento del principio de atribución de competencia en el Tratado de Lisboa. 3. El modo de ejercicio de las competencias. Principios que lo ordenan. 3.1. Un criterio de legitimidad: el principio de autonomía institucional. 3.2. Un criterio de funcionalidad: la cooperación leal. 3.3. Un criterio de control político-federal: subsidiariedad y proporcionalidad. 3.4. Inciso: el sistema de fuentes como instrumento para la delimitación de espacios normativos entre la Unión y los Estados miembros. 4. Libertades fundamentales, principios, cláusulas transversales y derechos fundamentales: su incidencia sobre el ejercicio de las competencias. 5. Los principios que rigen la relación Estado-Comunidad Autónoma en el ámbito del desarrollo del derecho de la Unión. 5.1. La falta de una solución expresa en el texto de la Constitución y la solución del Tribunal Constitucional: el principio de no alteración de la distribución competencial. 5.2. De la teoría a la práctica constitucional: el dominio del Estado central en la transposición del derecho de la Unión. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1 · La producción del derecho en la organización de sistemas normativos complejos

La unidad es un requisito existencial de todo ordenamiento. Convierte una pléyade normativa en una realidad sistemática, donde es posible solventar los conflictos de manera predeterminada y continua a partir de una serie de criterios jurídicos. Esa necesaria unidad se alcanza de forma distinta según el concepto que se tenga de conflicto normativo, las reglas o principios que se escojan para solventarlos y la autoridad que los dirime.[1] En las páginas que siguen se esbozarán tres modelos abstractos, en los que cada uno de ellos encapsula un presupuesto y una técnica determinada. Ciertamente, esa operación de aislamiento le hace perder realismo, puesto que en la práctica no aparecen con tanta nitidez, sino que más bien los tipos se entrecruzan. La conceptualización que se prueba tiene la modesta aspiración de aclarar a través de la simplificación. Una vez que se esbozan las posibilidades teóricas, quizás se tengan las piezas oportunas para entender la función de los criterios y técnicas escogidas en la articulación de las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el de los Estados, contexto en el que hemos de ubicar el estudio de la directiva.

---

1 El lector se habrá percatado de que simplemente voy a intentar otro modo de estudiar las relaciones entre ordenamientos. Tradicionalmente estas se han analizado a partir de una serie de principios relacionales –jerarquía, competencia, prevalencia, supletoriedad–. Nuestra doctrina ofrece ejemplos inmejorables, Santamaría Pastor, Juan Alfonso (1988): *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 322 y sigs.; Balaguer Callejón, Francisco (1991): *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, en especial p. 141 y sigs. No han faltado trabajos que marcan el acento en la perspectiva de cooperación política y administrativa, por todos, Albertí Rovira, Enoch (1986): *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Otros los han analizado desde el prisma de la ordenación de la economía en Ballbé, Manuel, y Padrós, Carlos (1997): *Estado competitivo y armonización europea*, Barcelona, Ariel, 1997. Y recientemente se ha impuesto una metodología de raíz histórica, Biglino Campos, Paloma (2008): *Federalismo de integración y de devolución*, Madrid, CEPC, y Schillaci, Angelo (2012): *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene Editore, Nápoles.

1.1 · Primer modelo: la unidad a través de la producción de un derecho uniforme

En el primer modelo la unidad es la premisa. Consiste en la construcción de una sola norma para todo un género de controversias, que, por tanto, se resuelven igual al margen del lugar donde se produzcan. Es el tipo de controversia y no el territorio en el que se origina, la clave que determina la aplicación de una norma. Sin duda, la técnica fundamental para lograr este modelo de unidad es la uniformidad normativa. Uniformidad que sitúa a los poderes creadores de derecho (realmente a «un» poder) en el eje del sistema. Al poder central se le da competencia para restaurar la unidad con su derecho de eficacia prioritaria en todo el territorio, desplazando entonces al periférico, cuando estime que pone en riesgo la coherencia del ordenamiento.

El acto de producción normativa del poder central conlleva dos mandatos. Uno incorpora disposiciones, esto es, la nueva regulación para una determinada materia. El otro supone un orden de aplicación preferente, que aparta al derecho periférico o impide su formación. Además, es importante subrayar que ese acto de creación que introduce una nueva ordenación frente a otros poderes normativos es un juicio de oportunidad política. Y, en mi opinión, este es el eje del modelo: la unidad se logra con ciertas dosis de uniformidad cuya intensidad es fruto de un valoración del poder que ostenta el título para dictar el derecho de aplicación general y preferente en todo el territorio. Entonces, el peso del sistema, su correcto funcionamiento, reside en el proceso político que formula el derecho uniforme y en el control político de la valoración que decide dar una solución única.

1.2 · Segundo modelo: la unidad a través de la selección judicial de la norma aplicable

En el segundo modelo la unidad del ordenamiento es la consecuencia. Aquí consiste en la construcción de una sola norma aplicable para un género de controversias en un territorio delimitado dentro de una entidad más amplia, y en la que el aplicador selecciona esa norma a partir de disposiciones diversas, originadas por productores distintos. Es el territorio en el que surge la controversia, y no el tipo de controversia, la clave que determina la selección de la norma.

En este modelo, la teoría constitucional invita a pensar que la autoridad en la que recae el peso de la unidad son aquellos poderes con responsabili-

dades en la aplicación del derecho, esto es, el poder judicial y la administración. En efecto, los poderes normativos, diversos en virtud de la distribución competencial, son la causa de la controversia, lo que en pura lógica invoca una solución fuera de la función normativa.

A diferencia del modelo anterior, la respuesta es ajena a la oportunidad política, pues está determinada por un parámetro previo, normalmente un principio o una regla constitucional, que se utiliza para seleccionar la norma aplicable entre disposiciones concurrentes y procedentes de distintos poderes. La consecuencia técnica mínima ha de ser el desplazamiento aplicativo de las disposiciones no seleccionadas. Sin embargo, es posible añadir otras, como la declaración de nulidad de las disposiciones no aplicables o la determinación de la incompetencia del poder que dictó esas disposiciones. Con estos efectos adicionales a la selección de la norma se logra que el «resultado de la unidad» cobre continuidad y eluda la repetición de controversias idénticas.

1.3 · Tercer modelo: la unidad a través de la igualdad

Hemos de concluir con un tercer modelo que identifica la unidad con el principio de no discriminación por motivos de vecindad. Aquí no se trata de construir una norma jurídica uniforme o de seleccionarla entre disposiciones concurrentes, sino de eliminar aquellas que prevén injustificadamente consecuencias jurídicas distintas en atención al vínculo territorial del destinatario de la norma. En definitiva, el punto de cierre del modelo es el estatus personal del destinatario.

Nos referimos a situaciones en las que ordenamientos inicialmente separados, que frenaban la libre circulación, permiten ahora esta libertad sin restricciones. El peso de la unidad recae en un derecho subjetivo, en el ejercicio que el propio titular hace de su libertad, y no en un juicio político atribuido al legislador o un juicio de competencia en manos del poder judicial.

En la lógica constitucional que excluye la autotutela, la resolución de la controversia no puede apoyarse también en el sujeto que reivindica la igualdad, sino que necesariamente ha de institucionalizarse. Dado el principio de división de poderes, parece extraño atribuir a los productores de normas la declaración de la titularidad concreta de un derecho. La única salida es que la resolución de la controversia se haga caer en el poder judicial. Su actuación, si estima que ciertamente se ha discriminado en atención a la

vinculación del titular del derecho con un territorio, consistiría en eliminar la aplicación de la medida discriminatoria.

La esencia de este modelo reside, por tanto, en dos variables interconectadas que modularían la intensidad de la unidad del ordenamiento: ¿qué es la discriminación por motivos de vecindad? ¿Qué se hace con la medida discriminatoria? Cabe una primera respuesta, en la que se considere que solo las actuaciones que directamente discriminen por motivos de vecindad serán eliminadas. Una segunda solución sería aquella que afina el concepto para incluir las discriminaciones indirectas, que, sin distinguir expresamente al sujeto que ingresa en el ordenamiento, realmente solo se aplican a él. La tercera solución amplía al máximo el concepto de discriminación: independientemente de que la medida se aplique al sujeto que circula y a quien ya es residente, se considera «discriminatoria» y no se aplicará al circulante. (o tampoco al residente, ganando así un efecto desregulador).

2 · Los principios que rigen el reparto de poderes Unión Europea-Estado

2.1 · El principio de atribución competencial

El artículo 5 del Tratado de la Unión dispone que la «delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución», recogiendo así uno de los fundamentos sobre los que se ha construido la existencia jurídica y la legitimidad política del proceso de integración. En sentido estricto, sin embargo, este principio emergió antes como una construcción doctrinal que como una nítida previsión textual. Recordemos que la idea de atribución apareció en el Tratado de Roma, referida tan solo a los poderes de las instituciones, cuando en el artículo 4 se estipulaba que «Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado»; además, este precepto seguía a dos artículos en los que primero se recogían los fines de la Comunidad Económica Europea y luego las medidas necesarias para alcanzarlos. Por tanto, no era descabellado en un inicio considerar que la regla de atribución atendía exclusivamente al siempre delicado equilibrio de poderes entre las instituciones.

Sin embargo, por emulación de la estructura constitucional de los Estados federales, el principio de atribución competencial emergió para afrontar el problema de la división de poderes entre la Unión y los Estados miem-

bros. El espaldarazo definitivo se cobraría con la reforma del Tratado de Maastricht, que introdujo en el Tratado constitutivo de la Unión Europea el artículo 3B, el cual estipulaba que «La Unión actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna».[2]

2.1.1 · El principio de competencia

Actualmente, la lectura detenida del primer numeral del artículo 5 del Tratado de la Unión permite distinguir entre el principio y la regla de competencia[3]. El primero advierte de que la Unión y los Estados miembros se dividen responsabilidades, mientras que la regla de atribución indica la fórmula para identificar sobre qué espacios concretos la Unión ostenta capacidad de actuación.

La categoría dogmática «principio de competencia» surge en la segunda mitad del siglo xx e intenta explicar las nuevas realidades jurídicas desde un prisma distinto al de la jerarquía. Este último criterio habilitaba la comprensión y ordenación de un modelo de creación de derecho –el de la ley y sus diversos tipos de delegación– que se dejaba articular a través de un deber de obediencia de la fuente habilitada (decreto legislativo o reglamento), manifestación, a su vez, de una mayor relevancia política del órgano que dictaba la ley. El principio de competencia surgirá como instrumento intelectivo que analiza la apertura al pluralismo territorial dentro de una misma organización política (en aquel entonces el Estado), en las que la ma-

---

2 Tal principio, además, sirve para deshacerse de un concepto mucho más problemático, el de soberanía, a la hora de explicar la naturaleza jurídica del proceso de integración; paulatinamente se abandonará la retórica de cesión de soberanía para acercarse al concepto de atribución de competencias. Tránsito que también experimentará el Tribunal de Justicia, dejando a un lado la idea de «limitación de soberanía» para explicar la naturaleza jurídico-constitucional de la integración europea (STJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, Rec. 336) y abrazar finalmente el término de atribución de competencias (STJCE de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo (AETR)*, C-22/70, Rec. 28, apdo. 81).

3 La diferencia entre el principio de competencia y la regla de competencia como categorías distintas la encontramos implícitamente en Dashwood, Alan (2004): «The relationship between the Member States and the European Union/European Community», *Common Market Law Review*, vol. 41, pp. 355-381, concretamente p. 357.

yor o menor importancia política y su proyección en un deber de respeto es una razón insuficiente para asegurar el funcionamiento del ordenamiento.[4]

El pluralismo territorial se puede sostener sobre múltiples motivaciones (en virtud de la historia de los territorios, por la existencia de fuerzas nacionalistas, minorías étnicas, lingüísticas, para una mejor articulación democrática, la correcta funcionalidad del Estado, etc.), pero, en todo caso, esas razones justifican una división de tareas entre el centro y la periferia que, al menos tentativamente, ha de ser inalterable precisamente porque existen elementos político-constitucionales que impulsan esa separación. Así las cosas, cuando un productor de derecho actúa fuera de sus competencias se considerará que ha incurrido en vicio (las consecuencias del vicio, nulidad, anulación, desaplicación, etc., es una cuestión ulterior). El principio de competencia manifiesta el avance intelectual que hace posible el entendimiento de la existencia de ordenamientos autónomos dentro de un sistema jurídico más amplio (o, dicho de otro modo, organizaciones políticas dentro de una comunidad más extensa).

El sentido natural del principio de competencia permite comprender su asunción paulatina como uno de los elementos estructurales en el funcionamiento de la Unión: junto al ordenamiento del Estado, encontramos ahora otro ordenamiento autónomo,[5] cuyos ámbitos de creación y aplicación del

---

4 La transición del principio de jerarquía al de competencia ha recibido, con justicia, una atención inmensa. Para el encuadre esencial sigue siendo un estudio de referencia Crisafulli, Vezio (2004; publicado inicialmente en 1960): «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes», trad. J. F. Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, cito por su versión electrónica. Para su traslación a los problemas contemporáneos, Biglino Campos, Paloma (2007): *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid, 2007, en especial p. 181 y ss.

5 La idea de autonomía expresada como referencia a un nuevo ordenamiento arranca con la STJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, Rec. 336 y alcanza su punto álgido con el Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Rec. I-6099, apdo. 21, y su calificación de los Tratados como «carta constitucional». Sin embargo, en la segunda parte de los años noventa la apelación a la autonomía, en su formulación expresa, fue desapareciendo de la jurisprudencia, bastando en adelante con invocar sintéticamente «la naturaleza» del ordenamiento. La idea de la autonomía, expresada en la referencia a la existencia de un «nuevo ordenamiento», ya no se invoca, por ejemplo, para justificar el principio de interpretación conforme, STJCE de 13 de noviembre de 1991, *Marleasing*, C-106/89, Rec. I-4556. Y muy ilustrativo es el reconocimiento del principio de responsabilidad por incumplimiento, pues resulta interesante comparar cómo el argumento de la autonomía es utilizado de forma expresa en la STJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, C-6/90

derecho se organizan en virtud de la distribución de competencias.[6] Ahora bien, es igualmente cierto que el pluralismo ordinamental que provoca la integración europea debe sostenerse sobre unos presupuestos político-constitucionales que nos den la razón de por qué unas competencias se atribuyen a la Unión y otras se reservan a los Estados miembros. Ahí radican los fundamentos existenciales de la Unión. Y no se han de perder de vista, pues en más de una ocasión se volcarán sobre las interpretaciones de las disposiciones jurídicas que articulan de modo preciso la distribución de competencias.

En esta línea, habitualmente se asoma, con mayor o menor complejidad, la explicación de la atribución de competencias a la Unión desde una perspectiva funcional, de modo que asume aquellos ámbitos en los que los Estados no podrían actuar con suficiente eficacia, o bien aquellos espacios a través de los cuales se logran evitar los riesgos derivados del Estado nación. Bajo este contexto, la división funcional originaria, de la que actualmente dan rastro evidente los artículos 4 y 5 del Tratado de la Unión, traza una separación entre las responsabilidades del Estado constitucional y las de la Unión. Al primero le correspondería el ámbito de la política, que, *grosso modo*, abarca la generación e integración del pluralismo social (a través de la definición de los derechos civiles, del proceso de creación de derecho o la organización territorial); en su caso, las actuaciones simbólicas de integración; las medidas de policía, en especial las de seguridad interior, y la redistribución de la riqueza, que incluiría la política económica (en sus comienzos también la monetaria), la tributaria y las prestaciones de bienestar. Son todas ellas actividades que acaban dando cuerpo y rostro al *demos*, y en las que emergen las divisiones ideológicas primordiales de la comunidad.

---

y 9/90, Rec. I-5403, apdo. 31, y, sin embargo, ya no aparece en la STJCE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pecher y Factortame*, C-46/93 y 48/93, Rec. I-1131. Habrá que esperar al Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011 para encontrar un vigoroso resurgimiento.

6 La traslación conceptual de la teoría relativa a los ordenamientos no siempre es fácil. Hecha esta precisión, parace que existe consenso a la hora de ligar competencias propias y autonomía, al respecto Schilling, Theodor (1997): «On the value of a pluralistic concept of legal orders for the understanding of the relation between the legal orders of the European Union and its Member States», *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosphie*, vol. 83, pp. 568-581; recientemente, Itzcovich, Gulio (2012): «Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and its Law in Three Concepts», *European Law Journal*, vol. 18, núm. 3, pp. 358-384, en especial el primer epígrafe.

Por el contrario, a la Unión le tocaría integrar los mercados nacionales (deshacer su proteccionismo) y a la par racionalizar el mercado interior resultante. Es este un objetivo infinitamente más modesto que el del Estado, y por ello *a priori* requeriría únicamente medios para dotar de eficacia al principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, mayormente a través de las libertades fundamentales; garantizar la transparencia mediante las reglas de la competencia; un impulso de liberalización, que con el tiempo se desarrollaría en los grandes sectores antaño públicos, y, finalmente, con los llamados fondos de cohesión, instrumentos de fomento y desarrollo de los territorios más debilitados. Cobraría así el proceso de integración una función compensatoria,[7] de suerte que el imaginario político permanecería en el Estado, mientras que la Unión se encargaría de tamizar, moldear y reducir la proyección en la economía del proteccionismo estatal.

Esta funcionalidad compensatoria implica además dos corolarios. De un lado, la finitud del proyecto de integración, de manera que «la competencia sobre la competencia» queda radicada en los Estados, que conservan la última palabra sobre los Tratados fundacionales, lo que debería generar en favor de la Unión una conexión de legitimidad derivada del Estado constitucional. De otro lado, la función esencialmente racionalizadora de la Unión provoca una cierta transformación de la política (entendida como el conflicto entre diversos intereses sociales que se alinean en grupos mayoritarios y minoritarios), pues exigiría básicamente reglas autoaplicativas, las del Tratado, y en un segundo nivel, el de la armonización,[8] cuya natu-

---

7 Sobre la función compensatoria, Joerges, Christian, y Rödl, Florian (2009): «Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*», *European Law Journal*, vol. 15, núm. 1, pp. 1-19, en especial p. 8; Schmidt, Vivien A. (2009): «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, pp. 17-42, en especial p. 21. No falta, sin embargo, quien actualmente extiende esa función compensatoria a todo el derecho internacional y la dota de elementos genuinamente constitucionales, Peters, Anne (2010): «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en *La constitucionalización de la comunidad internacional*, ed. A. Peters, M. Aznar e I. Gutiérrez, Tirant lo Blanch, Valencia.

8 El tratamiento dogmático del sistema de gobierno de la Unión es bibliográficamente inabarcable, tanto por el número de trabajos que se ocupan del problema como por las diversas perspectivas. Así, el intergubernamentalismo continúa siendo un método de análisis con importantes adeptos, véase Moravcsik, Andrew (2002): «In Defense of the "'Democratic Deficit"': Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 4, pp. 603-624. También el funcionalismo

raleza no es equiparable a la dinámica política del Estado constitucional, donde la exteriorización de la divergencia entre los partidos dominantes es un catalizador.

La división funcional, con todos sus menoscabos, creo que explica todavía la estructura jurídica de la Unión y con ella la división vertical de poderes. No alcanzo a ver una teoría constitucional que la sustituya. Atrás queda el intento que supuso el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; no parece que la ciudadanía como «estatuto fundamental» conforme todavía una teoría omnicomprensiva, y creo difícil que vaya a surgir un derecho constitucional a partir de las técnicas de sostenimiento financiero a los Estados miembros surgidas como consecuencia de la crisis económica y que han sido elaboradas desde el 2010. La resistencia de esta división funcional seguramente se asienta sobre su estrecha vinculación con una doctrina político-constitucional de largo recorrido, que le ofrece un contexto de desarrollo adecuado. A nadie se le escapa que es una coda de la separación clásica ente Estado y sociedad,[9] origen de una dogmática

---

encuentra sus rescoldos, al respecto basta como ejemplo el monográfico presentado por Rosamond, Ben (2005): «The uniting of Europe and the foundation studies: Revisiting the neofunctionalism of Ernst Haas», *Journal of European Public Policy*, vol. 12, núm. 2, pp. 237-254. El equilibrio institucional y la división de poderes parece conocer un renacimiento: Conway, Gerard (2011): «Recovering Separation of Powers in the European Union», *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 304-322; y Porras Ramírez, José M. (2012): «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, pp. 139-173. Pero, sin duda, hasta la crisis económica el futuro pasaba por el concepto mágico de gobernanza, donde sigue siendo un referente fundamental el Libro Blanco de la Comisión, COM (2001) 428 final, DOCE 12.10.2001, C 278/1.

9 Creo que esta división sigue teniendo una gran fuerza explicativa en nuestro derecho público. De alguna forma todos los problemas capitales del constitucionalismo encuentran su punto de partida en esta división, véase Schmitt, Carl (1987, publicado inicialmente en 1928): *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, p. 137 para el «principio de distribución». De ahí que la reconstrucción del derecho público haya pasado por una nueva reflexión sobre este dilema, al respecto Hesse, Konrad (2011): «Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y Sociedad», en el libro del mismo autor *Escritos de derecho constitucional,* P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez (eds.), CEPC/Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, en especial p. 124; Böckenforde, Ernest W. (1991): «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en Böckenforde, Ernest W., *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, sobre su significado práctico p. 227; y García-Pelayo, Manuel (1996): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, particularmente p. 21 y ss. Por último, la debilitación

constitucional completa, a partir de la cual podría decirse que todas las demás son variantes para reforzarla o combatirla.

2.1.2 · La regla de atribución de competencias

Junto al principio de competencia, encontramos la regla de atribución de competencias. En un acercamiento inicial, este criterio indica que la Unión solo podrá actuar en aquellas materias donde los Estados miembros, a través de los Tratados, le hayan reconocido capacidad de intervención. Resultado de esta conclusión, que se alcanzó con plenitud normativa en el Tratado de Funcionamiento, es la técnica de listados de competencias dispuestos en los artículos 3, 4 y 6 del citado Tratado.

Existe, no obstante, un matiz que ha de subrayarse. Tradicionalmente, siempre desde la lógica de los Estados federales, la regla de atribución opera a través de una norma superior (preferentemente una Constitución) que vincula a los dos entes políticos entre los que se traza la división. Es esa rigidez, apuntalada a través de algún tipo de control jurisdiccional, la que garantiza que el centro y la periferia se atendrán a sus competencias atribuidas sin invadir los espacios de la otra. La regla de atribución del artículo 5 del Tratado de la Unión *a priori* modula esta lógica y se acerca a la técnica de la delegación,[10] pues en conformidad con el numeral 2 son los Estados a través de los Tratados los que atribuyen competencias. Esto es, no hay una norma indisponible a los Estados miembros que realizan la atribución a favor de la Unión, por lo que esos mismos Estados miembros, al menos en teoría, de consuno podrían deshacer la atribución efectuada (como de algún modo ocurrió, aumentando competencias a través de la llamada cláusula de flexibilidad, hoy recogida en el artículo 352).

---

de esta distinción explica algunas perturbaciones actuales del derecho público, Supiot, Alain (2013): «The public-private relation in the context of today's refeudalization», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 1, pp. 129-145, principalmente pág. 141, donde explica las características de la refeudalización contemporánea.

10 «Visto desde la perspectiva europea, las competencias comunitarias son competencias estatales que se atribuyen a las Comunidades Europeas para ser ejercidas por sus instituciones», Martín y Pérez de Nanclares, José (2002): «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 343-391, la cita proviene de p. 349.

Tal argumentación, sin embargo, no puede conducirse a su extremo hasta el punto de afirmar que una parte de la autoridad delegante está en condición de revocar en cualquier momento la delegación, conclusión que otorgaría a los Estados miembros el poder para cuestionar la primacía del derecho de la Unión producido en los ámbitos competenciales de otra. La primacía del derecho de la Unión dota así a la atribución efectuada por los Estados miembros de una suerte de rigidez en lo relativo a las fuentes ordinarias de la Unión, cuya vigencia por incompetencia solo habrá de ser determinada por el Tribunal de Justicia, sin control posible de los Estados.[11]

Este particular modo de atribuir competencias se esgrime normalmente para subrayar que la «competencia sobre la competencia» está en manos de los Estados miembros y que, por lo tanto, la Unión no puede definir autónomamente sus ámbitos de actuación. La regla de atribución esboza así una distinción de poderes creadores de derecho. De un lado, la potestad de revisión de los Tratados, capaz de configurar y redefinir las bases jurídicas de la Unión; de otro, los poderes normativos ordinarios de la Unión o de los Estados miembros, inhábiles para alterar la distribución de competencias. Esta idea se remacha en la propia regulación de la modificación de los Tratados, cuando la frontera entre el procedimiento ordinario y el procedimiento

11 No es esta, sin embargo, una afirmación aceptada generalmente en los términos expuestos. La posibilidad del conflicto siempre ha estado presente, especialmente desde la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal. La doctrina ha considerado que era más un conflicto aparente que real, Huber, Peter M. (2013): «Estatalidad abierta: un análisis comparado», en *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, en especial p. 114 y sigs. en lo relativo a la verdadera relevancia práctica; y Craig, Paul (2011): «The ECJ and *ultra vires* action: a conceptual analysis», *Common Market Law Review*, núm. 48, pp. 395-437, respecto a lo aparente del conflicto, p. 404. Sin embargo, recientemente el Tribunal Constitucional checo ha dado un ejemplo de este conflicto, véase, Komárek, Jan (2012): «Playing with matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires;* Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*», *European Constitutional Law Review*, núm. 8, pp. 323-337, que da una explicación más centrada en las relaciones del Tribunal Constitucional con los jueces internos, p. 333; señalando una errónea aplicación del derecho europeo por el Tribunal Constitucional checo, Zbíral, Robert (2012): «A legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclamed *ultra vires», Common Market Law Review,* vol. 49, pp. 1475-1492, y con una mirada muy crítica sobre la textura del diálogo, Rodríguez-Izquierdo Serrano, Miriam (2013): «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabietas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, pp. 371-398, en especial pp. 390-393.

simplificado de revisión de la tercera parte del Tratado se define sobre el límite del incremento de competencias.[12]

Conviene también reflexionar en torno a la existencia de límites inmanentes a la atribución de competencias por parte de los Estados miembros.[13] De alguna manera, esta idea late en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión, que ordena el respeto de las funciones esenciales del Estado. Sin embargo, el mismo dato jurídico de que el Tratado sea el encargado de trazar esa existencia mínima de la estatalidad nos conduce a la cuestión clave: ¿podrían los Estados miembros deshacer esa barrera? ¿Estarían en condiciones de abandonar su reserva sobre la competencia de la competencia y dársela a la Unión?

La posición dominante sostiene que los Estados miembros tendrían potestad suficiente para suprimir, añadir o modificar competencias a través de la reforma de los Tratados, si bien esa potestad encontraría una frontera en los límites indisponibles que hubiese fijado en su caso la Constitución estatal de cada Estado miembro. La razón de esta construcción la encontramos en una determinada teoría de la democracia, que niega la existencia de un pueblo europeo capaz de ejercer un poder constituyente supranacional, de manera que el último reducto existencial de la democracia ha de hallarse en los pueblos estatales, que se asoman así como la unidad política principal en la conformación de la democracia, también de la democracia europea.[14]

---

12 La reforma del art. 136 TFUE es un ejemplo de esta diferencia de procedimientos. Y, también, de la interpretación restrictiva de las bases jurídicas por parte del Tribunal de Justicia, véase su STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, apdo. 53 y sigs.

13 Ahora bien, existen dificultades para entender el art. 4.2 como una reserva de soberanía, pues los conceptos recogidos en el art. 4.2 TUE «identidad nacional» o «funciones esenciales» no dejan de ser conceptos cuya interpretación ha de realizarse autónomamente dentro del ordenamiento de la Unión, al respecto Pernice, Ingolf (2011): «Der Schutz nationaler Identität in der Europäische Union», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 146, pp. 186-221, en p. 195. La idea de reserva de soberanía viene de antiguo, de los poderes que reconocía el artículo 297 TCE, véase Koutrakos, Panos (2000): «Is Article 297 EC a "'reserve of sovereignty"'?», *Common Market Law Review*, vol. 37, pp. 1339-1362, en especial p. 1342 y sigs. No obstante, cabe defender que tales conceptos solo pueden ser entendidos como una autocomprensión del propio Estado miembro, Bogdandy, Armin von, y Schill, Stefan (2011): «Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, vol. 48, pp. 1417-1454, concretamente 1430.

14 Solo existen pueblos nacionales y, por ello, los parlamentos estatales deben tener la última palabra en el proceso de integración. Esta posición, que hace de los Estados «señores» de los Tratados, es ya un tema clásico desde la llamada «sentencia Maastricht» del Tribunal Constitucional Federal Alemán. La bibliografía es inagotable, pero merece la pena recor-

La delimitación de competencias a través de una regla de atribución conlleva de modo natural, y el Tratado lo hace explícito en los artículos 4 y 5.2 del Tratado de la Unión, una cláusula residual que reconoce como competencia propia de los Estados miembros todas aquellas no expresamente atribuidas a la Unión. En efecto, si para uno de los entes las competencias nacen por una atribución expresa, el otro acopiará las restantes, que le pertenecen de forma originaria. Ocurre, sin embargo, que esta regla subsidiaria además suele estar acompañada de un criterio de interpretación restrictiva de las competencias del ente que las recibe. Siguiendo esta línea, el Tribunal de Justicia ha sido riguroso al exigir que todos los actos jurídicos de la Unión respondan a una base jurídica concreta. El cumplimiento de esta condición ha de proyectarse sobre la motivación del acto, que, preferiblemente de manera expresa, o al menos a través de una tarea interpretativa evidente, debe dar cuenta de la base o título competencial que justifica la actuación de la Unión.

El análisis de la regla de atribución debe terminar necesariamente con una reflexión sobre la definición de las competencias en el derecho de la Unión. En términos generales, el derecho público aborda la categoría de la competencia a partir de dos variables: potestades que se ejercen sobre un determinado ámbito de la realidad. Los Tratados fundacionales precisan ambos elementos. En primer lugar, una lectura general muestra que la Unión ejerce esencialmente competencias normativas, estando las de

---

dar que una exposición detallada de la teoría constitucional que sostiene esa sentencia la encontramos en los argumentos del profesor, entonces juez del Tribunal Constitucional, Kirchhof, Paul (1994): «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg; Kirchhof, Paul (1994): «Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration», en *Handbuch des Staatsrecht*, vol. VII, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg. En términos teóricos, creo que el núcleo argumentativo continúa incólume, algo que también señala López Castillo, Antonio (2009): «Alemania en la Unión Europea a la luz de la *Sentencia-Lisboa*, de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 87, pp. 337-360, en p. 346; si bien ahora la tesis del principio democrático se proyecta en concreto sobre nuevos ámbitos, al respecto Classen, Claus D. (2010): «¿Fortalecimiento legítimo del *Bundestag* o lecho constitucional de procrustres? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, pp. 237-260, en p. 254. Y un nuevo ámbito de proyección de la teoría constitucional sería la potestad presupuestaria: véase en relación con los recientes rescates la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de septiembre de 2012 (que da continuidad a la Sentencia de 7 de septiembre de 2011, que enjuició las ayudas a Grecia).

ejecución reducidas al control de la competencia económica (artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento) y las habilitaciones que expresamente se dispongan de acuerdo con el artículo 291 del Tratado de Funcionamiento. Este dato es muy relevante, especialmente en lo atinente a la relación de la Unión con los Estados miembros, que se articulará sobre todo en las formas de desarrollo y ejecución. Por otro lado, las competencias de la Unión no se formulan exclusivamente sobre la ecuación potestad normativa-materia, sino que el numeral 2 del artículo 5 introduce una variable adicional, la persecución de objetivos, presente históricamente en el proceso de integración con efectos llamativos.[15] De este modo, pese a la tensión reductora que conlleva la regla de la atribución de competencias, la dirección de estas hacia el logro de unos fines presionará lógicamente en un sentido distinto, invitando a percutir sobre los límites competenciales, ensanchándolos en la medida que sean necesarios para alcanzar los objetivos.

2.2 · El principio de atribución competencial en su operatividad técnica: de la competencia definida por objetivos al listado de materias

La vinculación de las competencias a los objetivos ha causado históricamente una severa dificultad en el tratamiento técnico de la regla de atribución de competencias y del deslinde particular de cada una de las materias. Desde el momento en que el proceso de integración se justifica por la persecución de ciertos fines, la propia idea de limitación de competencias traslada una cierta incomodidad teórica: si han de obtenerse ciertos objetivos, ¿no han de utilizarse todos los poderes necesarios? Esta disyuntiva se ha plasmado con fuerza en el proceso evolutivo de la integración europea.

Atendamos por un momento al actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento, que vincula competencia a fin, e históricamente, en sus vertientes anteriores, ha resaltado esta problemática. Encierra una peculiar relación del centro y la periferia, pues la Unión siempre ampliará sus competencias por impulso de los gobiernos de los Estados miembros. Durante

15 Esta sería una de las particularidades del modelo de la Unión frente a los tipos federales, véase D'Atena, Antonio (2005): «Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de las competencias normativas entre Unión Europea y Estados miembros», *Revista de Derecho Constitucional Europea*, citado por la versión electrónica.

mucho tiempo se pensó que era imposible un conflicto que afectase a la organización vertical del poder, dado que los dos elementos de la ecuación, cuando se decidía por unanimidad en el Consejo, tenían un interés aparentemente idéntico. Pero, en verdad, el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento presentaba una cuestión de distribución de competencias muy especial, al generar un problema respecto a la protección de las minorías, cifrado en la relación de los Gobiernos nacionales frente a las minorías parlamentarias nacionales y las minorías parlamentarias europeas. Tomándose las decisiones por unanimidad se posibilitaba la ampliación competencial sin la opinión de los Parlamentos nacionales, como requeriría una reforma de los Tratados, y sin la participación del Parlamento europeo.

Así las cosas, la pérdida de peso del artículo 352 como base jurídica ha corrido en paralelo a la mayor importancia práctica de la regla de atribución.[16] De un lado, el Tribunal de Justicia ha dado un uso subsidiario al artículo 352 del Tratado de Funcionamiento frente al resto de bases jurídicas. Y, además, es indiscutible que desde el Tratado de la Unión se ha iniciado una senda empeñada en distinguir con mayor precisión la distribución competencial entre la Unión y los Estados miembros. Se añadieron nuevos Títulos que *a priori* podrían verse como una extensión competencial, pero que en verdad sirvieron para definir los ámbitos vedados a la potestad normativa comunitaria.

Otro buen ejemplo del complejo vínculo entre objetivo y competencia lo representa el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento, que faculta a la Unión para que mediante el procedimiento legislativo ordinario «adopte las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». De este modo se fija la ligazón entre mercado interior –un objetivo– y armonización –una competencia–: el logro real del mercado interior exige una acción comunitaria de armonización. Tarea armonizadora que, por un lado,

---

16 Sobre el uso histórico de esta cláusula, Häde, Ulrich, y Puttler, Adelheid (1997): «Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung», *EuZW*, pp. 13-21; Hinojosa Martínez, Luis M. (2006): *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 44. Uso de la cláusula de flexibilidad que no puede separarse de la propia construcción del principio de primacía, como se explica en lo que constituye hoy un texto clásico Weiler, Joseph H. H. (1999, publicado por primera vez en 1991): «The transformation of Europe», en el libro del autor *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 39.

remueve barreras a la libre circulación, pero, por otro, en el modo en que organiza esa libre circulación, atendiendo a diversos intereses, hace política (sanitaria, industrial, etc.).

La clave jurídica de la delimitación de esta competencia consiste en concretar el objetivo a que se refiere, es decir, qué es el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. En este sentido, se acepta mayoritariamente que la dilucidación de tal fin se ha de apoyar en la definición legal del artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento, precepto que pone el peso del mercado interior en la garantía de las cuatro libertades comunitarias y en la existencia de un espacio sin fronteras interiores. De este modo, la acción comunitaria de armonización gira en torno a toda medida nacional que restrinja directa o indirecta, potencial o actualmente la libre circulación. Una vez establecida la conexión entre armonización y medidas de efecto equivalente, la competencia del artículo 114 se reconoce en tres casos. Primero, cuando el legislador comunitario observa que la disparidad legislativa contiene medidas de efecto equivalente, lo que justifica el ejercicio de esta competencia. Segundo, porque el principio de reconocimiento mutuo origina una pluralidad de legislaciones que falsean la competencia, e impone la necesidad de crear mediante la armonización un estándar mínimo de regulación. Y tercero, en aquellos actos en los que, aun reconociéndose por el Tribunal de Justicia la existencia de una medida nacional que limita las libertades comunitarias, ésta queda justificada por las razones previstas en el Tratado; tal circunstancia supone una barrera a la existencia de un espacio único comercial, por lo que se hace precisa la armonización.

Para algunos autores, esta conexión entre la armonización prevista en el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento y el concepto de medida de efecto equivalente desprendido del ámbito de protección de las libertades comunitarias (obstáculo directo/indirecto, potencial/actual) supone reconocer en favor de la Unión una autorización general de legislación.[17] Si prácticamente toda medida nacional es una medida de efecto equivalente, consiguientemente el legislador comunitario goza de una competencia extensible

---

17 Langeheine, Bernd (1988): «Rechtsangleichung unter Art. 100 – Harmonisierung vs. nationale Schutzinteressen», *Europarecht*, núm. 23, pp. 235-256; Barents, René (1993): «The internal market unlimited: some observations on the legal basis of community legislation», *Common Market Law Review*, núm. 30, pp. 85-109, en especial pp. 107-108; de la Quadra-Salcedo Janini, Tomás (2006): *El sistema europeo de distribución de competencias,* Madrid, Thomson/Civitas, p. 69 y sigs.

a todos los sectores de la realidad, pues siempre será posible encontrar en la medida nacional alguna incidencia sobre el comercio intracomunitario. Es así que la competencia de armonización puede abarcar variados sectores materiales, atendiendo a su relación con el comercio intracomunitario, pero es que además no solo lo hace para facilitar ese comercio, sino también para que el comercio se realice en el respeto de otros valores, lo que otorga a esta competencia una amplia intensidad normativa.

2.3 · El fortalecimiento del principio de atribución de competencia en el Tratado de Lisboa

El principio y la regla de atribución de competencias se han visto reforzados en el Tratado de Lisboa,[18] evidentemente como una reacción a los puntos de fuga que la experiencia había mostrado en relación con su efectiva operatividad, bajo la tensión entre objetivos y competencias. Para ello, los Tratados despliegan una serie de técnicas con obvia raigambre federal.

El primer dato es el refuerzo de la regla de atribución de competencias mediante el reconocimiento paralelo de una reserva a favor de los Estados miembros de aquellas que no estén expresamente previstas en los Tratados. Como ya hemos visto, aparece en los artículos 4.1 y 5.2 del Tratado de la Unión y está por saber cuál puede ser su eficacia jurídica concreta. *A priori* cabe imaginar dos utilidades. Una evidente, que responde a su naturaleza de regla y que habría de frenar cualquier intento de la Unión de acrecer su espacio competencial; coadyuva con esta idea, como veremos más adelante, la especial rigidez prevista para la reforma de los Tratados que suponga el incremento competencial y las modulaciones que ha experimentado la cláusula de flexibilidad del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento. Sin embargo, podría esperarse asimismo que la reserva de competencias residuales a favor del Estado tuviese como consecuencia un mandato de interpretación restrictiva de los títulos expresamente previstos a favor de la Unión.[19]

---

18 Haciendo suyos, básicamente, los avances del Tratado constitucional, al respecto, López Castillo, Antonio (2004): «Acerca de la delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, pp. 433-462.

19 De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 150.

También bajo la idea de reserva de competencias residuales a favor del Estado ha de introducirse el peculiar apartado 2 del artículo 4 del Tratado de la Unión, concretamente allí donde se garantizan las «funciones esenciales», referidas a la integridad territorial, orden público y seguridad nacional. Tales funciones parecen remitir directamente al poder coactivo del Estado, que explica su propia existencia al imponerse a otras fuerzas que hipotéticamente pretendiesen reivindicarse como superiores. Ahora bien, una previsión de este tipo ha de desplegar toda su eficacia en el momento de reforma de los Tratados, ya sea como principio político o como criterio jurídico. En este segundo caso estaríamos hablando de límites derivados de las Constituciones estatales y garantizados por su jurisdicción, en especial la constitucional, e incluso de la posibilidad de la existencia de límites jurídicos inmanentes.

Esta reserva de competencias residuales, así como el principio y la regla de competencias atribuidas, se prolonga lógicamente en el listado de las competencias propias de la Unión, previstas en los artículos 2 al 6 del Tratado de Funcionamiento. No obstante, lo más relevante de este elenco no es la agrupación ordenada, pues ésta podía generarse inductivamente a partir de las llamadas políticas de la Unión; es más, el apartado 6 del artículo 2 le otorga una mera eficacia ilustrativa o de simplificación, dado que el alcance y condiciones del ejercicio de las competencias «se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito». La importancia radica sobre todo en el resto de apartados del artículo 2, que establecen la categorización de competencias según el tipo de función normativa ejercitada, y en la lectura acumulada de la segunda parte, donde se va detallando el ámbito material de la competencia.

Al respecto de lo primero, la definición funcional de competencias contiene una habilitación de producción normativa (¿cuándo puede dictar una regulación el Estado o la Unión?) y una regla de aplicación (¿existiendo dos reglas válidas cuál ha de aplicarse?). De este modo, es bien sabido que en las competencias exclusivas el derecho del Estado es potencialmente aplicable solo si es facultado por el derecho de la Unión o ejecuta derecho de la Unión. Si atendemos a sus tres ámbitos más significativos –política aduanera, competencia o política monetaria–, hemos de entender *a priori* que la habilitación para la existencia del derecho estatal ha de ser expresa. En las competencias compartidas, la potestad normativa del Estado se mueve en un espacio variable que, en principio, no es determinado por el Tratado, sino que debe ser el derecho derivado el que en cada

momento fije el ámbito normativo que corresponde al Estado, siendo en todo caso un recorrido cambiante. Se trata, en definitiva, de una suerte de ocupación normativa.

Sin embargo, aquí surge un importante interrogante: ¿puede la Unión extender su potestad normativa hasta dejar al Estado miembro sin campo propio?,[20] o, por el contrario, ¿en la medida que se trata de competencias compartidas, conservará el Estado siempre un ámbito de actuación irreductible? Esta cuestión, en parte, viene resuelta o al menos precisada en el deslinde que de cada competencia realiza el Tratado, donde aparecen con cierta regularidad diversas técnicas de delimitación de la materia. Así, encontramos un primer instrumento clásico, que consistiría en la determinación positiva o negativa de la materia, esto es, qué cuestiones ha de regular expresamente la Unión y cuáles no. Prácticamente en cada competencia se precisa lo primero; pero también encontramos algunos ejemplos como el 192.4 donde se explica concretamente que al Estado le queda reservada la financiación y ejecución de la política medioambiental. Otro mecanismo sería la armonización de mínimos, que la hallamos, por ejemplo, en el artículo 153.2, referido a la política social. Pero también, la posibilidad de medidas estatales de mayor protección o de novedad científica (por ejemplo, el art. 114, que las somete a un procedimiento; el art. 169.4, referido a consumidores, introduciendo la posibilidad de una divergencia respecto a la normativa armonizada, o el art. 193 para medio ambiente). Por último, estarían las competencias de apoyo, coordinación y complemento, que integran un amplísimo número de medidas de fomento, promoción, información, etc., y cuyo elemento distintivo es, como bien señala el Tratado, precisamente la inexistencia de potestad armonizadora.

El establecimiento de un listado de competencias atribuidas de manera expresa a la Unión y una reserva de competencias residuales a favor de los Estados miembros carecería de eficacia alguna si no viniese acompañada de un cierto grado de rigidez que impida su libre disposición sea por los Estados o por la Unión. Esta reflexión, necesaria en cualquier estructura

---

20 Es este, en definitiva, un problema conectado con la primacía, véase Arena, Amedeo (2010): «The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen», *Jean Monnet Working Paper 3/10*, pp. 1-91; Arena, Amedeo (2006): «Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption», *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 1023-1048.

territorial compuesta, se hace imprescindible en el derecho de la Unión, donde la historia refleja las fuertes tensiones que ha padecido el principio de atribución competencial. El Tratado de Lisboa ha reaccionado en este sentido, exigiendo siempre el procedimiento ordinario de reforma (el de mayor rigidez) para alterar al alza o a la baja el marco competencial.

A su vez, esta precisión arroja muchas dudas sobre las actuales posibilidades de la vieja cláusula de flexibilidad, ya de por sí en desuso. En la redacción del artículo 352, la ampliación de poderes continúa exigiendo que se desarrolle en el ámbito de sus políticas (léase competencias) y ante una imprevisión de poderes. Dónde está la línea que separa la generación de poderes necesarios de la creación de nuevas competencia es, sin duda, una frontera demasiado fina. Sea como fuere, el artículo 352 mantiene la condición clásica de la unanimidad en el Consejo, asegurando en todo caso la aprobación parlamentaria y la propuesta de la Comisión. Añade, además, dos límites adicionales. De un lado, la inserción de esta vía de decisión en los mecanismos de control político previstos en el procedimiento de subsidiariedad. De otro, la prohibición expresa de adopción de medidas de armonización, lo que, entendido en sentido estricto, parece conllevar la prohibición de medidas regulatorias, de manera que la cláusula de flexibilidad se habría de concentrar en acciones de fomento.

3 · El modo de ejercicio de las competencias. Principios que lo ordenan

3.1 · Un criterio de legitimidad: el principio de autonomía institucional

Los Tratados carecen de una definición expresa del principio de autonomía institucional. Se recoge bien pronto, sin embargo, en la jurisprudencia, y podría definirse como el reconocimiento del poder del Estado para determinar el ente político al que corresponde el cumplimiento del derecho de la Unión (Estado o ente infraestatal), el órgano que ostenta la competencia y, finalmente, las reglas de procedimiento legislativo, administrativo o judicial necesarias en la organización de ese cumplimiento.

Los Tratados ofrecen, sin embargo, piezas suficientes a la hora de componer ese principio. Así, el artículo 4.2 del Tratado de la Unión, que recoge el respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales del Estado, incluida su autonomía regional y lo-

cal. Esta identidad nacional, vinculada a los fundamentos político-constitucionales, posee un significado poliédrico, todavía en gran medida a la espera de ser desvelado, pero resulta razonable construir sobre ella el principio de autonomía institucional tal y como ha sido definido en el párrafo anterior.

A su vez, el escaso número de competencias exclusivas advierte ya del reducido complejo administrativo con el que está dotada la Unión en comparación con los Estados. Idea que se remacha con rotundidad en el artículo 291, introducido por el Tratado de Lisboa y que confirma el principio de que el desarrollo y ejecución del derecho de la Unión corresponde primordialmente a los Estados, de suerte que la reserva de ejecución a favor de la Comisión exige una decisión política y un fundamento jurídico. Y más aún, la importante competencia de ejecución presupuestaria, que se configura expresamente en el artículo 313 como una administración cooperativa, que asegura un papel central del Estado en la gestión de la potestad de gasto de la Unión.

En definitiva, el principio de autonomía institucional refleja la necesaria intervención del Estado miembro en el desarrollo y ejecución del derecho de la Unión. Se desprende como una consecuencia lógica que habilita al Estado y a su vez limita la extensión de la potestad organizadora de la Unión. Pero, además, aquí radica una de las divisiones primordiales del proceso de integración. En la medida que su actuación normativa y ejecutiva se despliega al margen de los criterios clásicos, básicamente el par reserva de ley/principio de legalidad, la intervención del Estado miembro en el último tramo de la ejecución, esto es, en la construcción del vínculo jurídico entre administración y administrado (ciudadano), reaviva los presupuestos propios del constitucionalismo contemporáneo.[21]

Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha señalado con rotundidad que la autonomía institucional de los Estados miembros no puede ser utilizada para justificar el incumplimiento del derecho de la Unión.[22] Y a partir de

---

21 La relación dialéctica entre autonomía institucional y cooperación leal daría lugar a ciertos déficits aplicativos que se resuelven con lo que la doctrina ha venido a llamar la «Vollzugsverflechtung», Britz, Gabriele (2006): «Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzungangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn», *Europarecht*, núm. 1, pp. 47-77, concretamente p. 50.

22 Por todas SSTJCE de 13 de diciembre de 1991, as. C-33/90, *Comisión/Italia*, Rec. I-6001, apdo. 24; y de 16 de enero de 2003, as. C-388/01, *Comisión/Italia*, Rec. I-732, apdo. 27.

esta regla, la verdad es que el Tribunal de Justicia ha pespunteado tanto el procedimiento administrativo como el judicial. En el primer caso, por ejemplo, atribuyendo a la Administración competencia para inaplicar una ley[23] o haciendo del ilícito comunitario un motivo para revisar sin plazo los actos administrativos firmes.[24] En el segundo, con la modulación del principio de jerarquía procesal,[25] la relativización del efecto preclusivo de los plazos,[26] la reconfiguración del principio rogado[27] o la modificación esencial del procedimiento ejecutivo.[28]

En este contexto, es lógico que la doctrina se haya preguntado constantemente sobre la verdadera eficacia jurídica de la autonomía institucional.[29] Este interrogante no admite una respuesta completa más allá de una definición general. Y seguramente esto es así porque la autonomía institucional solo puede leerse en relación dialéctica con la cooperación leal.

3.2 · Un criterio de funcionalidad: la cooperación leal

La cooperación leal sí está expresamente recogida en los Tratados. Actualmente en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión, que además le anuda cuatro consecuencias jurídicas concretas:[30] el deber de respeto mutuo entre el Estado y la Unión; la asistencia mutua; el deber de los Estados miembros

---

23 STJCE de 22 de junio de 1989, as. C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA*, Rec. 1861.

24 STJCE de 13 de enero de 2004, as. C-453/00, *Kühne & Heitz NV*, Rec. I-858.

25 STJCE de 16 de enero de 1974, as. C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, Rec. 33.

26 STJCE de 25 de julio de 1991, C-208/90, *Emmot*, Rec. I-4292.

27 STJCE de 14 de diciembre de 1995, as. C-312/93, *Peterbroeck*, Rec. I-4615.

28 STJCE de 14 de marzo de 2013, as. C-415/11, *Aziz*, todavía no publicada en la recopilación oficial.

29 Así, por ejemplo, centrado en la categoría de acto jurídico firme, Kremer, Carsten (2007): «Gemeinschaftsrechtliche Grenze der Rechtskraft», *Europarecht*, núm. 4, pp. 470-493, en especial p. 490; Becker, Florian (2007): «Application of Community Law by Member State's Public Authorities: between autonomy and effectiveness», *Common Market Law Review*, vol. 44, pp. 1035-1056, en concreto p. 1040 y sigs. En un contexto más amplio Arzoz Santisteban, Xabier (2013): «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», RAP, núm. 191, pp. 159-197.

30 La cláusula de cooperación leal es quizá la categoría que mejor muestra el entrecruzamiento de conceptos propios del derecho internacional –*pacta sunt servanda*– y del derecho constitucional –lealtad federal–, al respecto Hinojosa Martínez, Luis M. (2006): *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 120.

de adoptar todas las «medidas» para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión, y el de abstenerse de adoptar medidas que puedan poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión. No obstante, la relevancia jurídica de este principio no se encuentra en las expresas consecuencias que se prevén,[31] sino en las que el Tribunal de Justicia ha construido.

De una parte, ha sido utilizado para crear el deber de eliminar todas los efectos de una violación del derecho de la Unión[32] –especialmente útil cuando la fuente comunitaria no dispone las consecuencias del incumplimiento de una regla procedimental–. Ha servido también para exigir al Estado que ponga fin a los obstáculos creados por los particulares en su propio territorio.[33] Y, de otra parte, la cooperación leal es fundamento explícito del reconocimiento de algunos principios capitales, como por ejemplo la responsabilidad por incumplimiento,[34] la interpretación conforme[35] o la revisión de los actos administrativos firmes que contradicen una jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia.[36]

Esta proyección de la cooperación leal garantizando un deber genérico de retirar las consecuencias de un ilícito comunitario y sosteniendo algunos de los principios que articulan las relaciones entre ordenamientos trasluce un vínculo entre la cooperación leal y la efectividad o eficacia de las normas de la Unión. En definitiva, la eficacia de las normas de la Unión son un *a priori* existencial de la Unión como entidad jurídica, y la posición de los Estados, incluida su propia autonomía institucional, solo tiene sentido si coadyuva a ese presupuesto *sine qua non*.

---

31 Obligaciones a las que el Tribunal de Justicia le ha extraído pleno significado jurídico, pues han sido en sí mismas límite a las actuaciones del Estado, como refleja, por ejemplo, la STJCE de 18 de octubre de 2007, *Comisión/Francia*, as. C-441/06, Rec. I-8887, apdos. 45 a 52, que reprocha un estéril intercambio de información para fijar el importe de la ayuda que había de reembolsarse.

32 STJCE de 7 de enero de 2004, as. C 201/02, *Wells*, Rec. p I 723, apdo. 64; STJUE de 28 de febrero de 2012, as. C-41/11, *Inter-Enviroment Wallonie*, apdo. 43.

33 STJCE de 9 de diciembre de 1997, as. C-265/95, *Comisión/Francia*, Rec. I-6990, apdo. 32.

34 STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. C-6/90 y 9/90, *Francovich*, Rec. I-5403, apdo. 36.

35 STJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing SA*, Rec. I-4156, apdo. 8.

36 STJCE de 13 de enero de 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, Rec. I-858, apdos. 26 y 27.

3.3 · Un criterio de control político-federal: subsidiariedad y proporcionalidad

La subsidiariedad, de conformidad con el artículo 5.3 del Tratado de la Unión, es un criterio relativo a la oportunidad del ejercicio de las competencias compartidas de la Unión. Competencias compartidas que, recordémoslo, mantienen incólume la normativa del Estado en tanto que la Unión no ejerza las suyas propias. Así las cosas, en principio, además de la existencia de un título competencial o base jurídica sobre una materia, antes de la actuación de la Unión se ha de valorar la mejora que aporta su intervención y la insuficiencia de la actuación estatal. La proporcionalidad es jurídicamente relevante una vez que se acepta la competencia de la Unión y la necesidad de su actuación. Entonces se hace precisa una segunda reflexión referida al «contenido y la forma», esto es, a la intensidad con la que se despliega su potestad. Sería, de alguna manera, un criterio de prudencia unido al postulado de oportunidad que conlleva la subsidiariedad.

Es bien sabido que la concepción inicial de la subsidiariedad y la proporcionalidad se concentró en esta perspectiva sustancial.[37] Pero ya desde un principio su utilidad como parámetro de control de la legislación de la Unión se antojaba compleja. Primero, porque su propia definición a través de categorías referidas a la suficiencia o a la necesidad remite a criterios que se despliegan mucho mejor en el ámbito del debate político que en el análisis jurídico. Lo necesario, lo mejor, requiere un tipo de argumentación más cercano a la discrecionalidad en objetivos y medios de toda actividad política que a la construcción de consecuencias jurídicas tasadas a partir de la aplicación e interpretación de un texto normativo.[38] En segundo lu-

---

37 Queriendo hacer acopio de la inmensa carga político-constitucional que arrastraba, bien como instrumento de democratización, Ridola, Paolo (2010): «Sussidiarietà e democracia», en Ridola, Paolo: *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giapicheli Editore, Torino; como una técnica de organización del poder, Ridola, Paolo (2010): «Sussidiarietà verticale, autonomie e principio federativo», en Paolo Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giapicheli Editore, Torino; como un sustituto del concepto de soberanía, Carozza, Paolo G. (2003): «Subsidiarity as a structural principle of international human rights», *The American Journal of International Law*, vol. 97, pp. 38-79, en p. 52.

38 Por otro lado, bien pronto se señaló que el principio de subsidiariedad, en el fondo, era inútil porque no daba al Estado miembro la posibilidad de garantizar su propio espacio de actuación, más aún cuando las competencias de la Unión están funcionalmente condicionadas, Davies, Gareth (2006): «Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place,

gar, porque una lectura sistemática del Tratado parece haber resuelto los dos dilemas que pretenden afrontar ambos principios. En efecto, la precisa delimitación del elenco de competencias de la Unión, no ya solo en un listado, sino también en la definición precisa de sus ámbitos a lo largo del Tratado de Funcionamiento, deja un hueco menor para reflexionar sobre la oportunidad del ejercicio de las competencias por parte de la Unión. Y a la misma conclusión ha de llegarse cuando se observa la reserva de fuentes –normalmente de directivas– que realiza el Tratado, modulando así la intensidad normativa. Es esta, en definitiva, una conclusión avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde no abundan los asuntos centrados en estos principios, pero, sobre todo, porque el Tribunal se maneja con una amplia y comprensible deferencia a favor del legislador.[39]

Así las cosas, es comprensible que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (realmente el primero)[40] hayan evolucionado hacia una procedimentalización de su significado y, de este modo, sin perder su valor como parámetro de control jurídico[41] (artículo 8 del Protocolo), cobren en el Protocolo núm. 2 una relevancia clara como instrumento de control político.[42] Son al menos tres las razones que conducen a sostener su traslación hacia ese espacio. Sin duda, los órganos que participan en el ejercicio de ese control, Parlamentos nacionales, Consejo y Parlamento europeo, que ejercen de ordinario funciones indiscutiblemente políticas. También la am-

---

at the wrong time», *Common Market Law Review,* vol. 43, pp. 63-84, concretamente pp. 68 y 72.

39 Baste como ejemplo la STJUE de 29 de septiembre de 2011, as. C-521/09, *Elf*, apdo. 78, o la de 8 de junio de 2010, as. C-58/08, *Vodafone*, apdo. 75.

40 Es justo preguntarse si existen líneas tangibles de separación entre uno u otro principio, al respecto Búrca, Gràinne de (1999): «Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam», *Jean Monnet Working Paper*, núm. 7, versión electrónica, epígrafe referido a la conclusión.

41 Creo que siguen teniendo sentido algunas de las apreciaciones que se realizaron respecto a su eficacia para interpretar el concepto de competencia, sobre todo en el concepto de ocupación del espacio normativo, véase tempranamente Schilling, Theodor (1995): «Subsidiarity as a Rule and a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously», *Jean Monnet Working Paper*, núm. 10, citado por la versión electrónica, epígrafe IV.

42 Ya para el Tratado constitucional se usó esta calificación: Hinojosa Martínez, Luis (2004): «La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado constitucional: espejismos y realidades», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, pp. 787-822, en concreto p. 808.

plia discrecionalidad en la motivación de la justificación u oposición,[43] que no se menoscaba por el hecho de que el control quede tasado a un motivo concreto, el respeto de la subsidiariedad. Y, finalmente, las consecuencias del procedimiento diseñado por el artículo 7.1 del Protocolo son estrictamente políticas. Ya sea la segunda lectura del órgano o Estado proponente o la terminación del procedimiento por decisión del Consejo (por mayoría del 55% de sus miembros) o del Parlamento (por mayoría de sus miembros), se circunscriben a la tramitación legislativa y no conllevan ningún tipo de consecuencia relativa a la validez de los actos realizados.

3.4 · Inciso: el sistema de fuentes como instrumento para la delimitación de espacios normativos entre la Unión y los Estados miembros

Son tres, al menos, las claves que estructuran el sistema de fuentes de la Unión: la federal, la funcional y la democrática, orden de enumeración que refleja su paulatina incorporación al proceso de integración. Inicialmente, las fuentes del derecho derivado respondían exclusivamente a una lógica federal, entendida como el reparto de poderes entre la Unión y los Estados miembros. Recordemos que prácticamente hasta el año 1986, dados los escasos poderes de la Asamblea/Parlamento, reducida a dictámenes consultivos o vinculantes, y sin menospreciar la importancia del monopolio de iniciativa de la Comisión, la esencia de la producción normativa recaía en la unanimidad del Consejo y en el tipo de fuente escogida. En definitiva, eran los propios Gobiernos los que tenían la última palabra sobre la intensidad normativa de la Unión y, en consecuencia, sobre el espacio de implementación que quedaba a favor de los Estados miembros.[44]

---

43 La consecuencia lógica ha de ser la potenciación del deber de motivación (que no tendría sentido sin un correspondiente deber amplio de información, artículo 4), tanto del acto controlado como de las manifestaciones de control. Así, el artículo 5 del Protocolo impone el deber de motivación a las instituciones responsables de la elaboración de un proyecto legislativo. Este deber, a su vez, conlleva consecuencias formales, como la expresa motivación a través de fichas legislativas, pero también materiales, referidas a los contenidos que ha de observar la motivación: impacto financiero, efectos de una directiva sobre los Estados miembros, indicadores cuantitativos y cualitativos, y minimización de cargas.

44 Lenaerts, Konrad, y Desomer, Marlies (2005): «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *European Law Journal*, vol. 11, núm. 6, pp. 744-765, concretamente p. 746; Bast, Jürgen (2003):

El instrumento de la delegación de poderes por parte del Consejo a favor de la Comisión previsto en el antiguo artículo 202 del Tratado, sin duda, tuvo una repercusión sobre la lógica federal, pues en la práctica conllevaba un incremento de poderes de la Unión en el tramo de desarrollo o ejecución de los llamados actos base. Pero la realidad es que tal técnica delegante respondía sobre todo al clásico paradigma de la eficiencia.[45] Y aunque el nuevo par de figuras acto legislativo/acto delegado también podría implicar una cierta acrecida de potestades normativas de la Comisión, su inclusión responde directamente a un intento de potenciar la legitimidad democrática,[46] reservando las decisiones esenciales en cada materia a un procedimiento legislativo específico, que cuando es el ordinario se caracteriza por su apertura y publicidad.

Sea como fuere, la huella federal del sistema de fuentes sigue presente en el artículo 289, que mantiene la tipología clásica de fuentes, distinguiéndolas no por el órgano de procedencia, ni por su lugar en una hipotética cadena jerárquica, sino por sus efectos en relación con el Estado miembro, esto es, por su lógica federal. Se hace asimismo evidente en el primer párrafo

---

«On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», *Jean Monnet Working Paper*, 9/03, p. 61 (http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/index.html); Schütze, Robert (2006): «The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Power», *Yearbook of European Law,* núm. 25, pp. 91-151.

45 No han faltado esfuerzos para trascender esta visión limitada, véase Joerges, Christian y Neyer, Jürgen (1997): «From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process: the Constitutionalisation of Comitology», *European Law Journal,* vol. 3, núm. 3, pp. 273-299; Blom-Hansen, Jens (2011): «Interests, Instruments and Institutional Preferences in the EU Comitology System: the 2006 Comitology Reform», *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 344-365; Conway (2011): 308 y sigs. Y en cierta medida es verdad que este tipo de delegación trabajaba con una caracterización material –lo esencial de una materia– que en cierta medida ha sido recogida para la distinción acto legislativo/acto delegado, véase Riedel, Daniel (2006): «Die Durchführungsrechtssetzung nach Art. 211, 4 Sp. EG – zwei Arten tertiärer Komimissionsakte und ihre dogmatischen Fragestellungen», *Europarechte*, núm. 4, pp. 512-543, concretamente p. 518.

46 Ya desde el Tratado Constitucional, Schütze, Robert (2005): «Sharpening the separation of powers through a hierarchy of norms?», *European Institute of Public Administration*, Working Paper, 2005/W/01. Y de manera definitiva en la version final del Tratado de Lisboa, Bast, Jürgen (2012): «New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in EU law», *Common Market Law Review*, núm. 49, pp. 885-928, en especial p. 887. Garzón Clariana, Gregorio (2011): «Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, pp. 721-760. Confirmando esta idea, la STJUE del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento/Consejo*, C-355/10.

del artículo 296, donde se reconoce una libertad de elección de fuente que expresamente se remite al principio de proporcionalidad y su mandato de no extensión más allá de lo necesario. Y, finalmente, puede hallarse también en las variadas reservas de directiva que nos encontramos a lo largo de los Tratados y que manifiestan la opción por una fuente que necesariamente deja libertad de medios y formas, además de un ámbito temporal, para su implementación.

4 · Libertades fundamentales, principios, cláusulas transversales y derechos fundamentales: su incidencia sobre el ejercicio de las competencias

Un problema clásico de teoría constitucional consiste en determinar si atribuyen competencias o modulan su ejercicio, aquellas disposiciones recogidas en las normas supremas (para nosotros los Tratados constitutivos) cuyo objeto directo no es determinar títulos competenciales, sino ordenar las relaciones entre el poder público y los ciudadanos.

Las libertades fundamentales ocupan en el ámbito de la Unión un lugar central dentro de este interrogante. Por un lado, el propio Tratado, como ya se ha señalado en páginas anteriores, atribuye competencia general de armonización con relación al mercado interior (artículo 114), que además es detallada, para la libre circulación de trabajadores (artículos 46 y 48), la libertad de establecimiento (artículo 50) y la libre prestación de servicios (artículo 59). Por otro lado, es bien sabido que las libertades fundamentales operan como derechos subjetivos de eficacia directa, lo cual, implícitamente, tiene consecuencias en el ejercicio de competencias por parte del Estado miembro, pues si vulnera las libertades verá cómo sus normas y, por tanto, su poder regulatorio son desplazados (incluso en aquellos ámbitos donde la Unión carece de competencia). No en vano, este impacto sobre el derecho del Estado ha sido caracterizado como una disyuntiva entre la intención de poner coto a las medidas proteccionistas y la de causar una liberalización de los mercados estatales.[47]

---

47 Poiares Maduro, Miguel (1997): «Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom or Political Rights», *European Law Journal*, pp. 55-82; Arnull, Anthony (1999): *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, en especial p. 229 y sigs.; de la Quadra Salcedo-Janini, Tomás

En una situación parecida se encuentran aquellas disposiciones que garantizan un derecho subjetivo y, a la vez, reconocen título competencial a la Unión (aunque no estén recogidas en los listados de los artículos 3 y siguientes). Me refiero, por ejemplo, al principio de no discriminación por motivos de nacionalidad (artículo 18) o al principio de igualdad en materia laboral (artículo 157). Una atención especial merecen las disposiciones contenidas en el título II de la primera parte del Tratado de Funcionamiento (artículos 7 a 17), que podríamos llamar cláusulas transversales. En estos supuestos no siempre es fácil determinar una eficacia directa de las disposiciones en ellas contenidas;[48] habrá que estar, sin embargo, a una expresa habilitación competencial, como ocurre, por ejemplo, con la protección de datos de carácter personal en el artículo 16.

Los derechos fundamentales ofrecen, sin embargo, una situación mucho más matizada.[49] En primer lugar, se rechaza de manera expresa su condición de título competencial, tal y como dispone el artículo 51.2, que veda el uso de la Carta para ampliar, crear o modificar competencias. Esto no significa, sin embargo, que la Unión no pueda regular el contenido de los derechos

---

(2010): «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35, pp. 365-408; Somek, Alexander (2010): «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement», *European Law Journal*, vol. 16, núm. 3, pp. 315-344.

48 En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia estos principios han operado como fuente por sí misma de un derecho, pero también, en lo que interesa ahora a este trabajo, como elemento para extender la eficacia directa de las directivas, véase Semmelman, Costanze (2013): «General Principles in EU Law between Compensatory Role and Intrinsic Value», *European Law Journal*, vol. 19, pp. 488-501, en especial p. 496 y sigs. La relación con la directiva esconde obviamente el problema de su eficacia horizontal, Lenaerts, Konrad, y Gutiérrez-Fons, Jose A. (2010): «The constitutional allocation of powers and general principles of law», *Common Market Law Review*, vol. 47, pp. 1629-1669, en especial p. 1639.

49 Un problema claramente definido desde el principio, véase Eeckhout, Piet (2002): «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *Common Market Law Review*, vol. 39, pp. 945-994, en especial pág. 952 y sigs., y Knook, Allard (2005): «The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 42, pp. 367-398, que en comparación con el modelo de los Estados Unidos plantea el problema de la eficacia de los derechos fundamentales más allá de la distribución competencial, pág. 379 y sigs. También tomando el ejemplo de los Estados Unidos, Biglino Campos, Paloma (2003): «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, pp. 45-68, en especial p. 64 y sigs.

fundamentales. Para ello será preciso determinar previamente si la Unión goza de título competencial, como así ocurre, por ejemplo, en materia de protección de datos, igualdad o derechos procesales.

En segundo lugar, el apartado primero de ese mismo artículo 51 quiere modular la eficacia directa de los derechos fundamentales y restringirla a los supuestos donde los Estados apliquen derecho de la Unión. Sin embargo, la reciente jurisprudencia está mostrando los distintos significados que puede adquirir ese precepto.

Así, un primer ejemplo de esta problemática, antes de que la Carta desplegase efectos jurídicos, lo encontramos en las conclusiones del abogado general Maduro de 12 de septiembre de 2007, *Centro Europa 7 Srl*, as. C-380/05, para quien un «un incumplimiento grave y constante» justificaría la aplicación de los derechos fundamentales de la Unión frente al derecho del Estado (apdo. 20).

Para el abogado general Bot, en sus conclusiones presentadas el 5 de abril de 2011, *Scattolon*, as. C-108/10, la aplicación de la Carta se extiende «[…] en general a todas las situaciones en las que una normativa nacional "abarca" o "afecta" a una materia regida por una directiva cuyo plazo de transposición haya vencido» (apdo. 120). Más lejos va la abogada general Sharpston en sus conclusiones de 30 de septiembre de 2010, *Ruiz Zambrano*, as. C-34/09, cuando afirma que «[…] a largo plazo la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien *de la existencia y ámbito de competencia material de la UE*. Dicho de otro modo: la regla debería ser que, siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE *aunque dicha competencia no se haya ejercido aún*» (las cursivas son de la abogada general).[50]

---

50 La Sentencia a este asunto, de 8 de marzo de 2011, ha sido tomada por la doctrina como el punto de partida para construir una teoría sobre la eficacia de la Carta frente al derecho de los Estados miembros, véase Von Bogdandy, Armin; Kottmann, Matthias; Antpöhler, Carlino; Dickschen, Johanna; Hentrei, Simon, y Smrkolj, Maja, (2012) «Reverse Solange –Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, vol. 49, pp. 489-520.

Pero que la cuestión deja de estar resuelta, se aprecia con claridad en las conclusiones del abogado general Cruz Villalón de 12 de junio de 2012, *Fransson*, as. C-617/10, que reivindica «un esfuerzo complementario de racionalización» (apdo. 39), y él mismo sugiere soluciones que atiendan a la «presencia» de derecho de la Unión (apdo. 33) que se manifiesta en un interés específico (apdo. 40) más allá de la «pura *occasio*» (apdo. 61).[51]

5 · Los principios que rigen la relación Estado-Comunidad Autónoma en el ámbito del desarrollo del derecho de la Unión

5.1 · La falta de una solución expresa en el texto de la Constitución y la solución del Tribunal Constitucional: el principio de no alteración de la distribución competencial

Estudiar hoy desde el punto de vista conceptual el problema de la ejecución del derecho de la Unión en el marco del Estado autonómico consiste prioritariamente en repasar la construcción y consolidación de un principio jurisprudencial, el de no alteración de la distribución competencial, que a fin de cuentas sirvió para ubicar la cuestión en la dinámica ordinaria de división de poderes entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. A este respecto, el Tribunal Constitucional fijó la idea de que, salvo excepciones, la ejecución del derecho de la Unión no planteaba singularidades que lo separasen de las técnicas previstas para el resto de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La formación de esta solución, plenamente vigente a día de hoy en cuanto que aplicada sin reparos por los tribunales[52] y sin críticas serias por parte de la doctrina,[53] ha de verse también como un ejemplo de los

51 La idea de interés específico la encontramos en Lenaerts, Koen (2012): «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *European Constitutional Law Review*, vol. 8, núm. 3, pp. 375-403, en p. 400.

52 Me refiero a la aplicación de la doctrina constitucional por la jurisdicción ordinaria, por ejemplo STS de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso, de 24 de junio de 2004; Sentencia núm. 1784/2005, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, o Sentencia de 30 de mayo de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

53 El consenso general de la doctrina puede contrastarse en trabajos de distintas épocas, por ejemplo, Pérez Tremps, Pablo (1987): *Comunidades autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Madrid, Ministerio de Justicia; Bustos Gisbert, Rafael (1993): *Relaciones inter-*

interrogantes típicos que se plantean en derecho constitucional: ¿qué hacer cuando el texto constitucional no ofrece una solución precisa en una disputa concreta?

La controversia, recordémoslo, se suscitó en torno a la competencia para transponer el derecho comunitario. Ante el aparente silencio constitucional, el Estado central sostenía su hipotética competencia sobre el artículo 93.2 de la Constitución o el título competencial relativo a las relaciones internacionales. Por el contrario, las Comunidades Autónomas simplemente apelaban caso por caso al bloque de constitucionalidad, proponiendo incorporar la transposición al régimen ordinario de distribución de competencias. En definitiva, el dilema se movía entre una lectura extensiva de ciertas disposiciones constitucionales (posición del Estado central) o bien la consolidación de un principio general a partir de una lectura sistemática de la Constitución (premisa de las Comunidades Autónomas).

El resultado es de sobra conocido. En primer lugar el Tribunal Constitucional desactivó la pretensión de una lectura omnicomprensiva de ciertos títulos competenciales.

Respecto al artículo 93.2 declaró en el fundamento jurídico tercero de la STC 80/1993:

> Justamente, en estrecha relación con la responsabilidad internacional del Estado, no puede dejarse de señalar que la plena garantía del cumplimiento y ejecución de las obligaciones internacionales y, en particular ahora, del Derecho Comunitario que al Estado encomienda el artículo 93 CE, a pesar de que necesariamente ha de dotar al Gobierno de la Nación de los instrumentos necesarios para desempeñar esa función garantista (STC 252/1988, fundamento jurídico 2.º), articulándose la cláusula de responsabilidad por medio de una serie de poderes que permitan al Estado llevar a la práctica los compromisos internacionales adoptados, tampoco puede tener una incidencia o proyección interna que venga a alterar la distribución poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas operada por el bloque de la constitucionalidad. Y es

---

nacionales y Comunidades Autónomas, Madrid, CEC; Ordóñez Solís, Daniel (1993): *La ejecución del derecho comunitario europeo en España*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1993; Jiménez Asensio, Rafael (1995): «La ejecución del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, pp. 181-202; López Castillo, Antonio (1998): «La jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal Constitucional a doce años de la integración española en las Comunidades», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, pp. 189-215; Montilla Martos, José A. (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, Madrid, CEPC, 2005.

> que, aun cuando en el artículo 93 CE se localiza una clara manifestación del monopolio competencial del Estado en orden a la garantía del cumplimiento de los compromisos adquiridos frente a otros sujetos de Derecho internacional, ya que esa garantía de la ejecución –no, desde luego, la ejecución misma– sí puede integrarse en el contenido del artículo 149.1.3. CE, ello no quiere decir que la previsión del artículo 93 de la CE configure por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado, sino que, ineludiblemente, ha de serlo por conexión con las competencias exteriores del Estado.

Y en atención a las relaciones internacionales y demás competencias con vinculación exterior, en el fundamento jurídico tercero de la STC 54/1990 se zanjó el asunto afirmando:

> No se puede entender, por consiguiente, que la genérica competencia del Estado en las relaciones internacionales desplace en este caso a la competencia específica de la Comunidad Autónoma para la inspección de la distribución y dispensación de medicamentos, vaciándola de contenido, puesto que ambas se mueven en esferas distintas, y por tanto no hay una contradicción entre la realización del control e inspección de los estupefacientes y psicotropos por la Comunidad Autónoma de Galicia y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Se llegaría así pronto a la solución definitiva, para cuya exposición sintética merece la pena traer a colación el fundamento jurídico noveno de la STC 236/1991:

> La traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que, de no procederse a su revisión por los cauces correspondientes (artículo 95.1 de la Constitución), no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias; la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 9.1 de la Norma fundamental […] En suma, la ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario; de este modo, en materias de pesas y medidas la ejecución del derecho comunitario se efectuará por las mismas Administraciones que tienen la competencia para realizar análogas o similares actuaciones en el ordenamiento interno, la cual corresponde, si se trata de control metrológico, a las CC.AA. de Cataluña y País Vasco en el ámbito de sus respectivos territorios.

Que admitiría como única excepción[54] aquellos supuestos de naturaleza financiera en los que se requiere una cierta coordinación de las competencias autonómicas para no superar el montante correspondiente al conjunto del Estado, tal y como señala el fundamento jurídico tercero de la STC 79/1992:

> En estas circunstancias, las normas del Estado que no sean simple transcripción de las comunitarias, sino que sirvan de desarrollo o complemento de éstas, solo pueden tener aplicación directa sin invadir las competencias que sobre agricultura y ganadería ostentan las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña cuando hayan de ser consideradas normas básicas de ordenación del sector, o bien cuando la existencia de una regulación común esté justificada por razones de coordinación de las actividades del Estado y de las Comunidades Autónomas relativas a la ejecución de las medidas de ayuda previstas en los Reglamentos comunitarios aplicables. Con estas salvedades, las Comunidades Autónomas pueden adoptar las disposiciones necesarias para complementar esa normativa europea y regular las operaciones de gestión que le corresponden, en el marco del derecho europeo y de las normas estatales de carácter básico o de coordinación.

5.2 · De la teoría a la práctica constitucional: el dominio del Estado central en la transposición del derecho de la Unión

Hasta aquí el marco constitucional, que lograría, en teoría, mantener incólume la estructura autonómica ante la tentación recentralizadora provocada por la implantación del derecho europeo. Sin embargo, la práctica consti-

54 Están por ver todavía, las plenas consecuencias de la declaración del Tribunal Constitucional según la cual el «análisis debe partir del siguiente postulado: las normas internas adoptadas para la incorporación de las directivas al ordenamiento español deben respetar tanto los condicionantes jurídicos del Derecho de la Unión como los del propio marco constitucional. Las exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales […] En la incorporación de las directivas al ordenamiento interno como, en general, en la ejecución del Derecho de la Unión por los poderes públicos españoles se deben conciliar, en la mayor medida posible, el orden interno de distribución de poderes, por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión, por otro» (SSTC 1/2012, FJ 9, y 69/2012, FJ 6c).

tucional ofrece una imagen relativamente distinta, en la que el peso de ese desarrollo del derecho de la Unión ha estado en manos del Estado central.

Las razones son varias. La primera radicaría en la propia particularidad del Estado autonómico. La historia es de sobra conocida. En una organización de formación evolutiva, donde no todas las Comunidades Autónomas contaban con el mismo *quantum* competencial, la concepción del derecho supletorio del Estado como un título competencial universal, que permitía a éste regular cualquier materia, incluso cuando había sido asumida por las Comunidades, permitía salvar el riesgo del vacío normativo. En el contexto del derecho europeo, esto significó básicamente la toma principal por parte del Estado de la responsabilidad para transponer las directivas (piénsese, por ejemplo, en la primera ley de bases con la que se habilitó la incorporación del conjunto del acervo comunitario).

Ello se reforzaba por el hecho de que gran parte del derecho europeo, dada la naturaleza de su contenido primordialmente económico, encajase en los llamados títulos horizontales, especialmente en la «organización general de la actividad económica» (artículo 149.1.13) o bien se acomodara en competencias básicas, que precisamente se extendían para abarcar como propio de ese «mínimo común normativo» el deber de transponer el derecho europeo. Y, en fin, también ha de recordarse la suspensión automática que conlleva la impugnación ante el Tribunal Constitucional por parte del Gobierno central de la normativa autonómica, lo que indudablemente da a éste un control sobre la producción normativa, incluida la generada en el ámbito del derecho europeo. Así las cosas, frente al principio de no alteración de la distribución competencial, en un segundo nivel penetraban con más intensidad práctica otras reglas constitucionales que situaban al Estado central en una posición de control en la transposición del derecho de la Unión.

Una segunda razón sería la propia inercia del modelo. Una vez que el Estado central ha incidido mayoritariamente a lo largo de las dos primeras décadas de la integración de España, aprovechando la coyuntura de un Estado autonómico en formación, el peso del derecho estatal es difícil de frenar. Existe una tendencia comprensible por parte del Estado central a intervenir nuevamente allí donde ya había transpuesto derecho de la Unión. Dicho de la forma más gráfica posible, en el campo normativo donde ya existe una acción de transposición, se presume que el ente que la realizó (Estado o Comunidad Autónoma) conserva la competencia.

La tensión entre la premisa constitucional –el principio de no alteración de competencias– y el la realidad constitucional –una posición dominante

del Estado central– ha originado al menos tres escenarios de futuro. En primer lugar, el que marcan las reformas estatutarias.[55] Éstas deben leerse básicamente como un intento por reconducir la práctica al marco constitucionalmente adecuado. En efecto, un análisis general muestra cómo tales reformas subrayan el principio de no alteración competencial. Además, atentas a la inclinación expansiva del poder estatal, estipulan que la intervención del Estado central con medidas supraautonómicas en materias propias de las Comunidades Autónomas debe ocurrir solo cuando sea exigencia del derecho europeo, no pueda solventarse con mecanismos de cooperación y se haya realizado una consulta. Finalmente, también para frenar una zona de ensanchamiento del Estado central, las reformas intentan abrir espacios a los poderes autonómicos acotando la operatividad de la normativa básica, de suerte que allí donde la norma europea cubra el espacio propio de lo básico las Comunidades Autónomas puedan ejercer su competencia sin necesidad de actuación del Estado central.

Este conjunto de reglas, en la redacción dada por el Estatut, podría decirse que ha recibido un aval general, de conformidad con el fundamento jurídico ciento veintitrés de la STC 31/2010. Así, respecto a la necesidad de imponer mecanismos de coordinación cuando el Estado central dicta medidas supraestatales en materia de competencia autonómica, el Tribunal ha declarado:

> Para estos casos, por incidir y afectar las medidas a adoptar por el Estado en las competencias autonómicas, el precepto se limita a contemplar unas medidas o instrumentos de colaboración –consulta a la Generalitat, su participación en los órganos estatales que deban adoptar aquellas medidas o, si esto no fuera posible, informe previo, pero no vinculante, de la Comunidad Autónoma– que ni impiden ni menoscaban el ejercicio de la competencia estatal. En todo caso, en cuanto a la posible participación en órganos estatales hemos de recordar, como pusimos de manifiesto en el fundamento jurídico 111 en relación con el artículo 174.3 EAC, que dicha participación, que no puede producirse en órganos de carácter decisorio, ha de dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los órganos del Estado.

Y en atención al juego de lo básico cuando es ocupado por el derecho europeo declara:

---

55 Para un análisis más detallado, vid. el cap. VIII, apdo. 2.1.2, en este mismo volumen.

> […] no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el artículo 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases.

El camino abierto por las reformas estatutarias encuentra una alternativa en aquellas tesis que buscan dar fundamento constitucional al dominio del Estado central sobre el desarrollo y ejecución del derecho de la Unión. Seguramente, la postura más acabada, que reúne y sintetiza el trabajo de un sector de la academia, así como las perspectivas de derecho comparado, la encontramos en la doctrina del Consejo de Estado, concretamente en su informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008.[56]

Parte el Consejo de Estado de la definición del problema, remarcando un doble silencio, el de la Unión respecto a la organización territorial de los Estados y el de la Constitución, que no prevé una solución expresa al problema. De aquí surge una suerte de asimetría, pues el desarrollo y ejecución del derecho de la Unión se realizaría conforme a la distribución competencial fijada en la Constitución, mientras que la responsabilidad se imputaría exclusivamente al Estado central. Este desequilibrio sirve para que el Consejo de Estado, y con él una parte de la doctrina, encuentre una razón constitucional –prevenir y evitar la responsabilidad por incumplimiento– con la que justificar la realidad del dominio del Estado central, considerando que tal situación responde a un específico fundamento constitucional. Así las

56 Consejo de Estado (2008): *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid. Vid. al respecto Azpitarte Sánchez, Miguel (2009). «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, pp. 129-164.

cosas, el imponderable de cumplir con el derecho de la Unión motivaría el reconocimiento de un poder de sustitución del Estado central. Si bien es aquí donde surge una pluralidad de tesis: las que defienden la utilización para tal fin de mecanismos ordinarios –ley de armonización, coerción estatal del artículo 155–; las que pretenden revitalizar la utilización del derecho supletorio como título que justificaría la sustitución transitoria del incumplimiento autonómico y las que sostienen la oportunidad de una ley que abordase la problemática de manera general. Caminos todos ellos que hasta ahora se han movido en el campo de las hipótesis.

Existe un tercer escenario que va desarrollándose paulatinamente en la práctica legislativa. Me refiero a aquellas cláusulas introducidas en diversas leyes y que distribuyen la responsabilidad que pueda generarse por el incumplimiento del derecho de la Unión.[57] Basta ahora con traer a colación la más desarrollada, recogida en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (adicional que a su vez es transcripción casi literal de la disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible):

> 1. Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten.
>
> 2. El Consejo de Ministros, previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar, en su caso, la compensación o retención de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario. En dicha resolución que se adopte se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas

57 Sobre un análisis más detallado de la distribución interna de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión, véase el cap. III de este libro; sobre la cláusula de responsabilidad establecida por el legislador estatal en relación con la directiva de servicios, véase el cap. VII, apartado 3.2.4.

y se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad. Dicho acuerdo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*.

3. Se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo establecido en la presente disposición, regulando las especialidades que resulten aplicables a las diferentes Administraciones Públicas y entidades a que se refiere el apdo. 1 de esta disposición.

Conviene reseñar que este tipo de cláusulas han recibido la conformidad constitucional en la STC 198/2011, en cuyo fundamento jurídico quince se ha reconocido expresamente la competencia del Estado para establecer mecanismos de compensación interadministrativa:

> Este Tribunal ha afirmado que la responsabilidad *ad extra* de la Administración estatal por incumplimientos del Derecho de la Unión Europea «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» (SSTC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 5; 148/1998, de 2 de julio, FJ 8, o 96/2002, de 25 de abril, FJ 10). De acuerdo con nuestra jurisprudencia corresponde al Estado, no solo establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa europea, sino también «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» (STC 148/1998, FJ 8). Con base en esta doctrina se debe desestimar la impugnación del artículo 11 de la Ley 18/2001.

Estas cláusulas admiten una lectura ambivalente. En cuanto al principio de imputación de responsabilidad al ente que ha cometido el incumplimiento, cabría sostener que se trata de una regla meramente declarativa, en el bien entendido de que la responsabilidad fijada por el derecho de la Unión no impide la distribución de esa responsabilidad de acuerdo con la organización territorial del Estado miembro. Es más, una mirada atenta a las sentencias del Tribunal de Justicia que determinan las multas y sumas a tanto alzado en razón de un incumplimiento permite percibir con claridad en qué acto u omisión radica el incumplimiento, del que el Estado miembro podrá deducir todas las consecuencias y acomodarlas a su organización territorial. En definitiva, considero que la imputación de responsabilidad al ente o entes realmente responsables deriva de modo natural del propio principio autonómico, y su incorporación a la ley ofrece claridad, pero no

se trata de un reconocimiento constitutivo, de manera que tal distribución de responsabilidad también existe en aquellas materias donde no hay una previsión legislativa expresa.

El reparto de responsabilidad no es sencillo allí donde el bloque de constitucionalidad llama a la intervención conjunta del Estado central y de las Comunidades en el desarrollo del derecho de la Unión, sea mediante el binomio bases-desarrollo o legislación-ejecución. La dificultad no nace solo de la concurrencia de normas, sino, sobre todo, de determinar la imputación a las Comunidades Autónomas cuando están desarrollando o ejecutando derecho del Estado. Puede ocurrir que el incumplimiento recaiga sobre la intervención de la Comunidad Autónoma, que aparece en el último tramo de la ejecución, pero que, sin embargo, la verdadera causa del incumplimiento esté en la norma estatal. Esto explicaría que la Ley de Economía Sostenible atribuya la competencia al Consejo de Ministros para determinar la responsabilidad y la compensación, y asimismo que se habilite a la potestad reglamentaria para el desarrollo del procedimiento.[58]

Aunque seguramente, a la luz de los patrones del derecho comparado, especialmente Alemania, quizá sería mejor solución un modelo que determinase de forma fija las responsabilidades según el tipo de distribución competencial bajo el que se ha producido el incumplimiento.[59] Es este un sistema que pierde algo de precisión en comparación con la tasación caso por caso, pero crea un marco de seguridad ligado a la lógica constituyente

58 Esta potestad se ha ejercido mediante el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE de 6 de julio de 2013). Como no podía ser de otro modo, el Reglamento define el incumplimiento por remisión al derecho de la Unión (art. 3.2), de manera que el elenco del artículo 3.3. solo puede entenderse a título ejemplificativo. Por otro lado, los mecanismos de repercusión fijados en el artículo 17 –compensación, deducción o retención– recogen instrumentos ya previstos como técnicas generales de recaudación.

59 El Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, no avanza plenamente en este sentido, pero debe valorarse su esfuerzo. Primero porque estima la existencia de responsabilidades concurrentes y estipula una división por mitad en caso de que no se puedan fijar los porcentajes (art. 5.2.). Segundo, porque en los apartados 2 y 4 del artículo 5 se apoya en instrumentos administrativos que han debido establecer previamente la distribución de responsabilidad. Y, tercero, porque la disposición adicional quinta, en referencia a los fondos agrícolas, hace una separación nítida de responsabilidad según el tipo de acto al que se impute el incumplimiento.

de reparto de competencias (puede haber, sin duda, otras lógicas que determinen el reparto: el modelo de financiación o la riqueza proporcional).

Y también resulta necesaria una reflexión sobre la fuente adecuada para fijar el procedimiento. En puros términos imaginarios, uno querría sacar a la luz todas sus precomprensiones y pensar que el procedimiento o las reglas de distribución de responsabilidad deberían encontrar su lugar en un acuerdo de la Conferencia de Presidentes. Esto, obviamente, pertenece a la ciencia ficción político-constitucional. Más aún cuando, como ya hemos visto, el Tribunal Constitucional reconoce la competencia del Estado para estipular los sistemas de compensación. Ahora bien, incluso tomando como pacífica esta competencia, hemos de reflexionar sobre la oportunidad política del reglamento, habiendo sido quizá más recomendable abrir un debate amplio sobre los términos del procedimiento y las reglas de imputación.

6 · Conclusiones

1. Este capítulo comienza con una introducción dedicada a exponer tres modelos básicos a través de los cuales se organiza la producción del derecho en sistemas normativos complejos. El primero toma como premisa la unidad del ordenamiento, que se alcanza mediante una autoridad política capaz de establecer un derecho con vigencia en todo el territorio. Es este un modelo cuya clave reside en la articulación política de esa autoridad que formula las normas de aplicación general. En el segundo modelo la unidad se concibe como un resultado a partir de regulaciones que proceden de distintos órganos creadores de derecho. La bóveda de este modelo es la potestad jurisdiccional encargada de seleccionar, de acuerdo con reglas materialmente constitucionales, el derecho aplicable a cada controversia. El tercer modelo se construye sobre el principio de igualdad en su vertiente de prohibición de discriminación por motivos de residencia. En este caso, los órganos judiciales vuelven a desempeñar una tarea clave, pero ahora más importante es la intervención procesal de la parte, que al reclamar un trato igual empuja a un desplazamiento de normas que conduce a una construcción de la unidad basada, como se ha dicho, en el principio de igualdad.

Este acercamiento en torno a modelos pretende ubicar nuestra investigación en un panorama más amplio, de manera que se comprenda que el desarrollo de las directivas plantea problemas de distinta naturaleza: dilucidar la intensidad reguladora de la Unión; la competencia de desarrollo

entre el Estado central y las Comunidades Autónomas; las consecuencias de una reconstrucción judicial de la unidad del ordenamiento, y, por último, el lugar que ocupan los ciudadanos y su propia comprensión del ordenamiento en la construcción de la unidad.

2. En el estudio de la distribución de poderes entre la Unión y los Estados miembros, el trabajo comienza analizando el principio de atribución competencial, categoría a través de la cual los Tratados constitutivos han pretendido siempre ordenar las relaciones entre el poder normativo de la Unión y el de los Estados miembros. En ese estudio se hace una primera distinción entre el principio de competencia y la regla de atribución de competencias. Con el primero se quiere señalar la teoría constitucional de separación de responsabilidades, que se sostiene sobre una determinada comprensión democrática por la cual los Estados han de tener reservado para sí un haz competencial a la vez que deben intervenir con la posibilidad del veto en la definición de nuevos campos competenciales. Por otro lado, la regla de competencia sirve para detallar las técnicas utilizadas en el desbroce del reparto de competencias. En este sentido se ha de tener en cuenta que el principio de atribución de competencias ha sufrido una cierta erosión a lo largo del proceso de integración, principalmente mediante la potestad de armonización y la cláusula de flexibilidad. Asumidos estos problemas, los nuevos instrumentos introducidos por el Tratado de Lisboa (elenco de competencias, definición de competencias, reserva de competencias al Estado miembro, rigidez de la distribución competencial) han de leerse como una respuesta a la debilitación del principio de atribución competencial.

3. Además de las técnicas de distribución de competencias, el Tratado da criterios referidos al ejercicio de esas competencias. Este capítulo se ocupa de esbozar el principio de autonomía institucional, que deja al Estado miembro la elección del ente político, el organismo y el procedimiento, siempre que se respete el principio de equivalencia y eficacia, y no se utilicen las particularidades constitucionales para justificar el incumplimiento del derecho de la Unión. Esto no significa, sin embargo, que la especial organización territorial de un Estado carezca de significado a la hora de determinar los contornos del cumplimiento de las normas europeas. Junto al principio de autonomía institucional aparece el de cooperación leal, que comprende el deber de adoptar las medidas necesarias en el cumplimiento, así como abstenerse de perturbar la eficacia del derecho de la Unión. Este principio ha sido utilizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para completar, ajustar y adaptar los principios que ordenan las relaciones entre

la Unión y los Estados miembros. En cuanto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, han ido superando su dimensión material para articularse realmente como procedimientos de control político, donde los parlamentos nacionales junto al Consejo y el Parlamento europeo pueden acabar poniendo fin a un procedimiento normativo. Finalmente, se intenta mostrar que el sistema de fuentes de la Unión, donde se ubica nuestro objeto concreto de estudio, la directiva, desde sus orígenes ha de entenderse antes que como un instrumento de división horizontal del poder, como un conjunto de técnicas, sobre todo en lo referido a su forma, que permiten al productor distribuir las responsabilidades centro-periferia.

4. Todavía en el ámbito de la actuación normativa de la Unión, se presta atención a un problema clásico de teoría constitucional del federalismo, referido a la incidencia sobre el derecho del Estado de las disposiciones de los Tratados que reconocen derechos subjetivos. La cuestión se divide en tres ámbitos. El de las libertades fundamentales, claramente definido, de manera que cuando actúan como derechos subjetivos desplazan al derecho del Estado, pero que a la vez operan por mandato expreso de los Tratados como títulos competenciales. Al otro extremo, los derechos fundamentales de la Unión, que solo desplazan al derecho del Estado cuando la controversia se desenvuelve en el ámbito competencial de la Unión, sin que, por otro lado, en sí mismo gocen de capacidad atributiva de competencias. Y, por último, todos aquellos principios distribuidos por los Tratados, que pueden desplegar eficacia directa y que si así lo dispone expresamente el Tratado podrán habilitar la actuación normativa de la Unión.

5. La última parte del capítulo está dedicada al estudio de las reglas constitucionales que articulan los poderes del Estado central y las Comunidades Autónomas en el desarrollo del derecho de la Unión. Es este un asunto clásico, aparentemente pacificado. Sin embargo, la distancia que existe entre la regla generalmente aceptada –el desarrollo del derecho de la Unión no afecta a la distribución de competencias– y la realidad práctica, que se debe inicialmente a razones constitucionales y después a una cierta inercia, muestra un dominio del Estado central sobre el proceso de desarrollo, en especial cuando se trata de las directivas. Esta separación entre deber ser y ser explica la existencia de un triple escenario. De un lado, el esfuerzo de los nuevos Estatutos de Autonomía por reforzar la regla constitucional y lograr su penetración en la práctica. De otro, el intento de un sector académico, que ha encontrado en el Consejo de Estado su punta de lanza, encaminado a dotar de sustrato constitucional esa realidad dominada por el Estado central.

Y, por último, una cierta solución pragmática de naturaleza legislativa que ha ido incorporando cláusulas de distribución interna de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión.

7 · Bibliografía

Albertí Rovira, Enoch (1986): *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Arena, Amedeo (2010): «The Doctrine of Unión Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen», *Jean Monnet Working Paper 3/10*, pp. 1-91.

Arnull, Anthony (1999): *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press.

Azpitarte Sánchez, Miguel (2009): «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, pp. 129-164.

Arzoz Santisteban, Xabier (2013): «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», RAP, núm. 191, pp. 159-197.

Balaguer Callejón, Francisco (1991): *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid.

Ballbé, Manuel, y Padrós, Carlos (1997): *Estado competitivo y armonización europea*, Barcelona, Ariel, 1997.

Barents, René (1993): «The internal market unlimited: some observations on the legal basis of community legislation», *Common Market Law Review*, núm. 30, pp. 85-109.

Bast, Jürgen (2003): «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», *Jean Monnet Working Paper*, 9/03 (http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/index.html).

— (2012): «New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in EU law», *Common Market Law Review*, núm. 49, pp. 885-928.

Becker, Florian (2007): «Application of Community Law by Member State's Public Authorities: between autonomy and effectiveness», *Common Market Law Review*, núm. 44, pp. 1035-1056.

Biglino Campos, Paloma (2003): «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, pp. 45-68.

— (2008): *Federalismo de integración y de devolución*, Madrid, CEPC.

Blom-Hansen, Jens (2011): «Interests, Instruments and Institutional Preferences in the EU Comitology System: the 2006 Comitology Reform», *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 344-365.

Böckenforde, Ernest W. (1991): «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en Ernest W. Böckenforde, *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

Bogdandy, Armin von; Kottmann, Matthias; Antpöhler, Carlino; Dickschen, Johanna; Hentrei, Simon, y Smrkolj, Maja (2012): «Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, vol. 49, pp. 489-520.

Bogdandy, Armin von, y Schill, Stefan (2011): «Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, vol. 48, pp. 1417-1454.

Britz, Gabriele (2006): «Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? –Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzungangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn–», *Europarecht*, núm. 1, pp. 47-77.

Búrca, Gráinne de (1999): «Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam», *Jean Monnet Working Paper*, núm. 7, disponible en http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/papers99.html.

Bustos Gisbert, Rafael (1993): *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Madrid, CEC.

Carozza, Paolo G. (2003): «Subsidiarity as a structural principle of international human rights», *The American Journal of International Law*, vol. 97, pp. 38-79.

Classen, Claus D. (2010): «¿Fortalecimiento legítimo del *Bundestag* o lecho constitucional de procrustres? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, pp. 237-260.

Consejo de Estado (2008): *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid.

Conway, Gerard (2011): «Recovering Separation of Powers in the European Union», *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 304-322.

Craig, Paul (2011): «The ECJ and *ultra vires* action: a conceptual analysis», *Common Market Law Review*, núm. 48, pp. 395-437.

Crisafulli, Vezio (2004, publicado inicialmente en 1960): «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes», trad. J. F. Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, citado por su versión electrónica.

Dashwood, Alan (2004): «The relationship between the Member states and the European Union/European Community», *Common Market Law Review*, vol. 41, pp. 355-381.

Davies, Gareth (2006): «Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time», *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 63-84.

De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás (2006): *El sistema europeo de distribución de competencias,* Madrid, Thomson/Civitas.

— (2010): «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 365-408.

Eeckhout, Piet (2002): «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *Common Market Law Review*, vol. 39, pp. 945-994.

García-Pelayo, Manuel (1996): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid.

Garzón Clariana, Gregorio (2011): «Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, pp. 721-760.

Häde, Ulrich, y Puttler, Adelheid (1997): «Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 13-21.

Hesse, Konrad (2011): «Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y Sociedad», en Hesse, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*, P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez (eds.), CEPC/Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Hinojosa Martínez, Luis M. (2004): «La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado constitucional: espejismos y realidades», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, pp. 787-822.

— (2006): *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Huber, Peter M. (2013): «Estatalidad abierta: un análisis comparado», en *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Itzcovich, Gulio (2012): «Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and its Law in Three Concepts», *European Law Journal*, vol. 18, núm. 3, pp. 358-384.

Jiménez Asensio, Rafael (1995): «La ejecución del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, pp. 181-202.

Joerges, Christian, y Neyer, Jürgen (1997): «From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process: the Constitutionalisation of Comitology», *European Law Journal*, vol. 3, núm. 3, pp. 273-299.

Joerges, Christian, y Rödl, Florian (2009): «Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*», *European Law Journal*, vol. 15, núm. 1, pp. 1-19.

Kirchhof, Paul (1994): «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C. F. Müller, Heidelberg.

— (1994): «Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration», en *Handbuch des Staatsrecht*, dirs. J. Isensee y P. Kirchhof, vol. VII, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

Knook, Allard (2005): «The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 42, pp. 367-398.

Komárek, Jan (2012): «Playing with matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires;* Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*», *European Constitutional Law Review*, núm. 8, pp. 323-337.

Koutrakos, Panos (2000): «Is Article 297 EC a "reserve of sovereignty"?», *Common Market Law Review*, vol. 37, pp. 1339-1362.

Kremer, Carsten (2007): «Gemeinschaftsrechtliche Grenze der Rechtskraft», *Europarecht*, núm. 4, pp. 470-493.

Langeheine, Bernd (1988): «Rechtsangleichung unter Art. 100 – Harmonisierung vs. nationale Schutzinteressen», *Europarecht*, núm. 23, 1988, pp. 235-256.

Lenaerts, Konrad (2012): «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *European Constitutional Law Review*, vol. 8, núm. 3, pp. 375-403.

Lenaerts, Konrad, y Gutiérrez-Fons, José A. (2010): «The constitutional allocation of powers and general principles of law», *Common Market Law Review*, vol. 47, pp. 1629-1669.

Lenaerts, Konrad, y Desomer, Marlies (2005): «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *European Law Journal*, vol. 11, núm. 6, pp. 744-765.

López Castillo, Antonio (1998): «La jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal Constitucional a doce años de la integración española en las Comunidades», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, pp. 189-215.

— (2004): «Acerca de la delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, pp. 433-462.

— (2009): «Alemania en la Unión Europea a la luz de la *Sentencia-Lisboa*, de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 87, pp. 337-360.

Martín y Pérez de Nanclares, José (2002): «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 343-391.

Montilla Martos, José Antonio (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, Madrid, CEPC, 2005.

Moravcsik, Andrew (2002): «In Defense of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 4, pp. 603-624.

Ordóñez Solís, David (1993): *La ejecución del derecho comunitario europeo en España*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1993.

Pérez Tremps, Pablo (1987): *Comunidades autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Madrid, Ministerio de Justicia.

Pernice, Ingolf (2011): «Der Schutz nationaler Identität in der Europäische Union», *Archiv des öffentlichen Recths*, núm. 146, pp. 186-221.

Peters, Anne (2010): «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en *La constitucionalización de la comunidad internacional*, ed. A. Peters, M. Aznar e I. Gutiérrez, Tirant lo Blanch, Valencia.

Poiares Maduro, Miguel (1997): «Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights», *European Law Journal*, vol. 3, pp. 55-82.

Porras Ramírez, José M. (2012): «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, pp. 139-173.

Ridola, Paolo (2010): «Sussidiarietà e democracia», en Paolo Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giapicheli Editore, Torino.

— (2010): «Sussidiarietà verticale, autonomie e principio federativo», en Ridola, Paolo: *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giapicheli Editore, Torino.

Riedel, Daniel (2006): «Die Durchführungsrechtssetzung nach Art. 211, 4 Sp. EG – zwei Arten tertiärer Komimissionsakte und ihre dogmatischen Fragestellungen», *Europarechte*, núm. 4, pp. 512-543.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, Miriam (2013): «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabietas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 371-398.

Rosamond, Ben (2005): «The uniting of Europe and the foundation studies: Revisiting the neofunctionalism of Ernst Haas», *Journal of European Public Policy*, vol. 12, núm. 2, pp. 237-254.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso (1988): *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Semmelman, Costanze (2013): «General Principles in EU Law between Compensatory Role and Intrinsic Value», *European Law Journal*, vol. 19, pp. 488-501.

Schillaci, Angelo (2012): *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene Editore, Nápoles.

Schilling, Theodor (1995): «Subsidiarity as a Rule and a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously», *Jean Monnet Working Paper*, núm. 10 http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/papers95.html.

— (1997): «On the value of a pluralistic concept of legal orders for the understanding of the relation between the legal orders of the European Union and its Member States», *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosphie*, vol. 83, pp. 568-581.

SCHMIDT, Vivien A. (2009): «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 17-42.

SCHMITT, Carl (1987, publicado inicialmente en 1928): *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid.

SCHÜTZE, Robert (2005): «Sharpening the separation of powers through a hierarchy of norms?», *European Institute of Public Administration*, Working Paper, 2005/W/01.

— (2006): «The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Power», *Yearbook of European Law*, núm. 25, pp. 91-151.

— (2006): «Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption», *Common Market Law Review*, 43, pp. 1023-1048.

SOMEK, Alexander (2010): «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement», *European Law Journal*, vol. 16, núm. 3, pp. 315-344.

SUPIOT, Alain (2013): «The public-private relation in the context of today's refeudalization», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 1, pp. 129-145.

WEILER, Joseph H. H. (1999, publicado por primera vez en 1991): «The transformation of Europe», en WEILER, Joseph H. H.: *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge.

ZBÍRAL, Robert (2012): «A legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclamed *ultra vires*», *Common Market Law Review*, vol. 49, pp. 1475-1492.

Capítulo II

MÉTODOS DE TRANSPOSICIÓN Y REQUISITOS JURÍDICOS EUROPEOS E INTERNOS

Xabier Arzoz Santisteban

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Transposición innecesaria. 3. Transposición mediante instrumentos sin valor jurídico vinculante. 3.1. Transposición mediante la práctica administrativa. 3.2. Transposición mediante circulares administrativas. 4. Transposición mediante normas jurídicas sustantivas. 4.1. Transposición en Estados compuestos: la confirmación del principio de autonomía institucional en relación con la transposición de directivas. 4.2. Ventajas y riesgos potenciales. 4.3. Modalidades de transposición mediante normas jurídicas sustantivas. 4.4. La exigencia de referencia expresa a las directivas transpuestas. 5. Transposición mediante autorregulación: la transposición convencional. 5.1. Planteamiento. 5.2. Convenios colectivos. 5.3. Acuerdos voluntarios sobre medio ambiente. 5.4. Conclusiones. 6. Transposición mediante normas de remisión a las directivas. 6.1. Breve referencia al concepto de remisión. 6.2. Ventajas, inconvenientes y criterios desde el punto de vista de la técnica legislativa. 6.3. La conformidad con el Derecho de la Unión Europea. 6.4. La conformidad con el Derecho constitucional. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1 · Introducción

La transposición o incorporación de las directivas al ordenamiento interno[1] es una de las actividades normativas más delicadas que tienen que abordar

1 El vocabulario del Tribunal de Justicia para designar la operación jurídica reclamada por las directivas es algo impreciso. Utiliza las expresiones «transposición», «incorporación», «ejecución», «traducción», etc., incluso dentro de la misma sentencia: vid.,

las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea. El Conseil d'État francés y el Consejo de Estado español dedicaron recientemente, en 2007 y 2008 respectivamente, sendos informes a la inserción del Derecho de la Unión en el Derecho interno.[2] De forma sintética puede decirse que la actividad de incorporación de las directivas europeas al ordenamiento interno está sometida a requisitos jurídicos europeos y a condicionantes y requisitos jurídicos derivados del ordenamiento interno. Los condicionantes internos pueden ser de diversos tipos: básicamente, de carácter constitucional (p. ej., la reserva de ley), derivados de la distribución competencial en los Estados compuestos y relativos a la técnica legislativa.

En un trabajo dedicado a la transposición de directivas en el Estado autonómico, debe prestarse especial atención a los métodos de transposición de directivas autorizados por el Derecho de la Unión Europea y a los diversos condicionantes jurídicos y técnicos que dichos métodos pueden tener a la luz tanto del Derecho de la Unión como del propio Derecho interno.

La incorporación del Derecho de la Unión Europea al ordenamiento interno plantea, junto a numerosas cuestiones jurídico-sustantivas, también cuestiones específicas relacionadas con la técnica legislativa. Las cuestiones de técnica legislativa no han sido suficientemente atendidas, ni sistematizadas, ya sea por la atención preferente a los problemas jurídico-sustantivos de la transposición o de la aplicabilidad del Derecho de la Unión –atención preferente comprensible por la urgencia de dichos problemas–, ya por el débil desarrollo de los estudios de técnica legislativa o de la también llamada

---

por ejemplo, STJCE de 6 de mayo de 1980, *Comisión/Bélgica*, as. 102/79, p. 509: «las Directivas controvertidas están destinadas a *traducirse* en normas internas» (apdo. 10), «la *ejecución* de las Directivas comunitarias debe efectuarse mediante la adopción por los Estados miembros de disposiciones de aplicación adecuadas» (apdo. 12).

2 Conseil D'État (2007), *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*; Consejo de Estado (2008), *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado/CEPC, Madrid. Sobre este informe, vid. Alonso García, Ricardo (2008): «La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, pp. 7-17; Ordóñez Solís, David (2008), «Derecho, administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, pp. 235-279, y Azpitarte Sánchez, Miguel (2009): «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, pp. 129-164.

ciencia de la legislación, en general y en especial en relación con la materia que nos ocupa.[3] Una línea de investigación relevante a los efectos de este trabajo indaga en las implicaciones de las técnicas legislativas utilizadas para la transposición del Derecho de la Unión para lo que podríamos llamar el «principio federal» o naturaleza compuesta del Estado.[4] Por esta razón, en este capítulo se prestará atención a las cuestiones de técnica legislativa y al impacto de los métodos de transposición en el reparto constitucional de competencias legislativas entre los distintos niveles de gobierno.

La razón de ser y singularidad de la directiva como instrumento jurídico (y al mismo tiempo su diferencia con su alternativa, el reglamento) reside en que solo prescribe una obligación de resultado, mientras que los medios para su obtención se dejan en principio a la elección (discreción) de las autoridades internas.[5] El carácter parcialmente abierto del contenido

---

3 Así, señalaba Montoro Chiner, María Jesús (1992): «Integración europea y creación del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 128, pp. 145-170 (145) que «los problemas surgidos desde la integración de España en la Comunidad Europea por la aplicabilidad de las normas europeas o por su transposición en el Derecho interno, no han sido todavía objeto de un análisis sistemático –desde la Ciencia de la legislación– que ponga de relieve los logros, las incorrecciones y los defectos del acoplamiento del ordenamiento comunitario con el interno, y sus efectos en la distribución territorial de competencias».

4 Vid. Montoro Chiner (1992).

5 Sobre la directiva como instrumento jurídico, vid. Oldekop, Dieter (1968): *Die Richtlinien der EWG*, Gotinga; Ripainsel-Landy, D. de, y A. Gérard (1976): «La notion juridique de la directive utilisé comme instrument de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne», en VV.AA., *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruselas, pp. 37-94; Capelli, Fausto (1983): *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, Milán; Soriano García, José-Eugenio (1988): *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Madrid; Simon, Denys (1997): *La directive européenne*, Dalloz, Paris; VV.AA. (1999): *Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité*, XVIII Congrès FIDE (Stockholm 3-6 June 1998), FIDE; VV.AA. (1999): *Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité*, XVIII Congrès FIDE (Stockholm 3-6 June 1998), FIDE; Schramm, Alfred (2001): «Zweistufige Rechtsakte oder: Über Richtlinien und Grundsatzgesetze», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 56, pp. 65-96; Alguacil González-Aurioles, Jorge (2004): *La directiva europea desde la perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid; Prechal, Sacha (2005): *Directives in EC Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press; Prokopf, Kai Heinrich (2007): *Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie*, Duncker & Humblot, Berlín; Sydow, Gernot (2009): «Die Richtlinie als Instrument zur Entlastung des europäischen Gesetzgebers», *Juristen-Zeitung*, pp. 373-379; Funke, Andreas (2010): *Umsetzungsrecht – Zum Verhältnis von internationaler Sekundärrechtsetzung und deutscher Gesetzgebungsgewalt*, Mohr Siebeck, Tubinga; López de los Mozos, Alicia E.

de la obligación comunitaria (obligación de resultado – libertad de medios) fundamenta y justifica la necesidad de una transposición específica al ordenamiento interno. A las autoridades internas se les impone, pues, una obligación de resultado, una obligación de adecuación del ordenamiento interno de forma que los particulares puedan articular (beneficiarse, aplicar, invocar) efectivamente en el seno del ordenamiento interno el contenido de la directiva o, más concretamente, los derechos reconocidos por ella.

El cumplimiento o no de la obligación de transposición no se reduce a un mero contraste formal.[6] No es suficiente una mera compatibilidad formal o la mera ausencia de contradicción en el seno del ordenamiento interno, sino que es necesaria una incorporación efectiva del contenido de la directiva, de forma que el ordenamiento interno refleje y reconozca efectivamente el *quantum* de derechos reconocidos por aquella. En suma, el criterio determinante del cumplimiento es de carácter cualitativo. Por tanto, la corrección de la operación de transposición debe ser medida desde la perspectiva concreta de los individuos sujetos a la jurisdicción del respectivo Estado y, más específicamente, de los individuos titulares de los derechos reconocidos por la directiva. Como escribió KOVAR, «la transposición de las directivas debe realizarse en condiciones que preserven su integridad desde la triple perspectiva de su contenido, su autoridad y su invocabilidad. En una palabra, esta operación no puede suponer merma alguna de la fuerza normativa de las directivas comunitarias».[7]

Una directiva puede acarrear a las autoridades internas tres tipos de consecuencias jurídicas:

a) crear una nueva regulación cuando no existieran normas sobre la materia;

b) modificar las existentes de modo que sean conformes con la obligación comunitaria (o una combinación de *a* y *b*);

(2010): *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid.

6 Es interesante resaltar este elemento ya que los parámetros de conformidad y adecuación entre normas suelen ser primordialmente de carácter formal.

7 Kovar, Robert (1987): «Observations sur l'intensité normative des directives», *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, pp. 359-372, trabajo citado por la recopilación R. Kovar, *Itinéraires d'un juriste européen – Articles choisis et rassemblés par F. Berrod et V. Constantinesco*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 141-154, aquí 154.

c) no adoptar nuevas normas cuando las normas existentes ya reflejaran suficiente y efectivamente el resultado que debe alcanzarse.[8]

A continuación examinaremos la licitud y la idoneidad de diversas técnicas para la transposición de las directivas: principios generales del Derecho, praxis administrativa, circulares administrativas, normas jurídicas específicas y cláusulas de remisión al contenido de la directiva en cuestión. En unas existe ya claridad desde la perspectiva comunitaria, y en otras no existe claridad desde la perspectiva comunitaria ni desde la interna.

2 · Transposición innecesaria

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si una directiva requiere la adopción de una medida legislativa no hay necesidad de adoptar tal medida si la obligación derivada de la directiva ha sido ya cumplida en el Estado miembro en cuestión. Cuando el objetivo perseguido por la directiva ya había sido alcanzado por el Estado miembro destinatario en el momento en que la directiva entró en vigor, la adaptación del Derecho interno a la directiva no requiere ninguna medida particular de adaptación.[9]

¿Cuándo se puede afirmar que el objetivo perseguido por la directiva ya ha sido alcanzado en un Estado miembro? ¿Solo cuando existe en el ordenamiento interno un precepto o preceptos que prescriban el mismo resultado al que obliga la directiva? Si la transposición solo fuera innecesaria en caso de reproducción formal y expresa, no parece que la posibilidad pudiera tener mucho recorrido. La jurisprudencia ha adoptado un enfoque menos riguroso y ha aludido a dos situaciones.

En primer lugar, se ha referido a la existencia de un contexto jurídico general. Así, en el as. C-49/00, señaló que «según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica,

---

8 Por ejemplo, la directiva establece por motivos ambientales la obligación de someter ciertos vertidos a un régimen de autorización administrativa previa, y la legislación interna ya prevé de forma general la necesidad de autorización previa de los vertidos que produzcan contaminación. Vid. Fanlo Loras, Antonio (1998): «Transposición de directivas en materia de aguas», en *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, IVAP, Oñati, p. 122.

9 STJCE de 21 de mayo de 1985, *Comisión/Alemania*, as. 248/83, p. 1459 (apdo. 49).

y que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso».[10] Y a continuación insistió en el criterio decisivo: «Para cumplir con la exigencia de seguridad jurídica, es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y obligaciones y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales».[11]

En segundo lugar, tampoco se requiere una acción legislativa en cada Estado miembro, si la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo hace innecesaria la transposición mediante medidas legislativas o reglamentarias específicas, siempre que el ordenamiento interno garantice efectivamente la aplicación integral de la directiva por la Administración interna y que, en el caso de que la directiva se dirija a crear derechos para los particulares, la situación jurídica derivada de tales principios sea suficientemente precisa y clara y que los beneficiarios sean puestos en situación de conocer la plenitud de sus derechos y, en su caso, de hacerlos valer en la jurisdicción interna; condición esta última que es especialmente importante en la medida en que la directiva se dirija a reconocer derechos a los nacionales de otros Estados miembros, pues dichos nacionales no están normalmente al corriente de dichos principios.[12]

---

10 STJCE de 15 de noviembre de 2001, *Comisión/Italia*, as. C-49/00, p. I-8596 (apdo. 21), citando «en particular, las sentencias de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Grecia, C-214/98, Rec. p. I-9601, apdo. 49, y de 7 de diciembre de 2000, Comisión/Francia, C-38/99, Rec. p. I-10941, apdo. 53)».

11 STJCE de 15 de noviembre de 2001, *Comisión/Italia*, as. C-49/00, p. I-8596 (apdo. 22), citando «la sentencia de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia, C-236/95, Rec. p. I-4459, apdo. 13».

12 STJCE de 23 de mayo de 1985, *Comisión/Alemania*, as. 29/84, p. 1661 (apdo. 23): «Il ressort de cette disposition que la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une action législative dans chaque État membre. En particulier, l'existence des principes généraux de droit constitutionnel ou administratif peut rendre superflue la transposition par des mesures législatives ou réglementaires spécifiques à condition, toutefois, que ces principes garantissent effectivement la pleine application de la directive par l'administration nationale et qu'au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, la situation juridique découlant de ces principes soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales. Cette dernière condition est particulièrement importante, lorsque la directive en cause vise à

En general, se considera que la eventualidad de una transposición innecesaria se limitará a aquellos casos en los que la propia directiva se haya inspirado en la regulación existente en el ordenamiento jurídico de un determinado Estado miembro.[13]

3 · Transposición mediante instrumentos sin valor jurídico vinculante

El Tribunal de Justicia rechaza los instrumentos carentes de valor jurídico vinculante como formas válidas de transposición de las directivas. Así, en el as. 96/81 afirmó que un programa indicativo plurianual que el gobierno demandado había invocado para afirmar que recogía las normas de la directiva en cuestión «ne constituait, à l'époque, pour les responsables de la gestion de la qualité des eaux, qu'une simple orientation, sans valeur juridiquement contraignante. Ce programme ne pouvait ainsi être considéré comme suffisant aux fins de la mise en œuvre de la directive».[14] Atendiendo al criterio del valor jurídicamente vinculante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha rechazado la adecuación de instrumentos o instituciones administrativas conocidos en los sistemas jurídico-administrativos de los Estados miembros.

3.1 · Transposición mediante la práctica administrativa

El Tribunal de Justicia rechaza que la práctica administrativa constituya una forma válida de transposición de las directivas. Así lo señaló en el as.

---

accorder des droits aux ressortissants d'autres États membres, car ces ressortissants ne sont normalement pas au courant de ces principes».

13 López de los Mozos (2010): 214. La autora menciona no obstante tres directivas que el Estado español consideró que su transposición no requería acción legislativa: la Directiva 77/489/CEE del Consejo, relativa a la protección de los animales al realizar un transporte internacional; la Directiva 89/665/CEE del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras; y la Directiva de retorno. Sobre el primer supuesto vid. García-Trevijano Garnica, Ernesto (1993): «Sobre la incorporación del Derecho de la Unión Europea en el Derecho interno: una visión práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, p. 225.

14 STJCE de 25 de mayo de 1982, as. 96/81, *Comisión/Países Bajos*, p. 1791 (apdo. 13).

102/79: «[…] es importante que cada Estado miembro dé a las Directivas controvertidas una ejecución que se ajuste plenamente a las exigencias de claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por las Directivas, en interés de los fabricantes establecidos en los otros Estados miembros. En consecuencia, no cabe considerar que constituyen un cumplimiento válido de la obligación que incumbe a los Estados miembros destinatarios de las Directivas en virtud del artículo 189, las simples prácticas administrativas, modificables por naturaleza a criterio de la Administración y carentes de una adecuada publicidad».[15]

Dicho rechazo se basa en la carencia de fuerza jurídica vinculante de la praxis administrativa. Ciertamente los sistemas jurídico-administrativos europeos suelen otorgar relevancia jurídica a la praxis administrativa, en cuanto que produce un efecto de autolimitación de la propia administración (*Selbstbindung der Verwaltung*), que queda obligada a tener en cuenta la práctica decisional constante seguida hasta la fecha. Sin embargo, no existe una obligación de respeto absoluto o incondicionado, y un órgano administrativo puede separarse de la praxis administrativa, siempre que aporte una motivación suficiente del cambio de criterio.[16] Si la motivación no es arbitraria o discriminatoria, el cambio de criterio resultará válido. El abogado general Sir Gordon Slyn descartó en estos términos la adecuación de la práctica administrativa como instrumento de transposición de directiva alegada por el gobierno alemán:[17]

> Il n'a pas contesté l'allégation de la Commission suivant laquelle la notion en cause signifie simplement que l'administration ne peut agir de manière arbitraire et discriminatoire dans des cas *particuliers,* mais n'exclut pas un changement de politique *globale.* La République fédérale d'Allemagne ayant reconnu que l'administration peut, quoique à certaines conditions, s'écarter de sa propre pratique nonobstant cette notion, elle n'a pas prouvé que, compte tenu des caractéristiques particulières du droit administratif allemand, la pratique administrative constitue un instrument satisfaisant de la mise en œuvre d'une directive. Même si la pratique administrative suivie à un moment

15 STJCE de 6 de mayo de 1980, *Comisión/Bélgica*, as. 102/79, p. 509 (apdo. 11); en el mismo sentido, sentencia de 15 de marzo de 1983, *Comisión/Italia*, as. 145/82, Rec. 1983, p. 711 (718).

16 Así se desprende del art. 54.1 c) LRJPAC, que obliga a motivar los actos administrativos «que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes».

17 Abogado general Sir Gordon Slyn, conclusiones de 27 de marzo de 1985, *Comisión/Alemania*, as. 29/84, pp. 1665-1666.

précis peut être conforme aux objectifs de la directive, son défaut intrinsèque subsiste en ce sens qu'elle peut être modifiée ultérieurement, sans intervention du législateur.

En outre, la Commission a affirmé et la République fédérale d'Allemagne n'a pas contesté que « l'autolimitation de l'administration » ne peut s'exercer que dans la mesure où une personne privée a un droit à faire valoir, alors que les deux directives contiennent plusieurs dispositions nécessitant des mesures à prendre par l'État indépendamment des réclamations individuelles, par exemple en ce qui concerne le programme de l'enseignement dispensé aux infirmiers. Ainsi, même si la pratique administrative allemande avait la stabilité alléguée, il semble qu'en tout cas elle ne s'appliquerait qu'à certaines des questions régies par les directives mais non toutes.

Pour conclure, même si la modification des pratiques administratives est assujettie à certaines restrictions en droit allemand, il n'est pas établi qu'elles reçoivent par là un degré suffisant de sécurité juridique permettant de les tenir pour l'exécution satisfaisante de l'obligation prévue à l'article 189 en ce qui concerne la mise en œuvre des directives.

Quoi qu'il en soit, une deuxième condition doit être remplie en ce qui concerne la mise en œuvre des directives, à savoir la publicité. Cette condition se justifie pour deux raisons: 1) permettre au citoyen d'un pays de la Communauté d'être informé de ses droits et de disposer d'un texte qu'il puisse invoquer simplement et à peu de frais; 2) assurer une transparence suffisante pour permettre à la Commission de vérifier effectivement si une directive a été mise en œuvre. Il est évident que cette condition n'est pas remplie en l'espèce.

3.2 · Transposición mediante circulares administrativas

En algunos Estados miembros existe la tradición de utilizar circulares administrativas en ciertos ámbitos. Así, en Alemania la jurisprudencia reconoce a determinadas circulares administrativas la facultad de concretizar conceptos jurídicos indeterminados con carácter vinculante y como derecho administrativo con efectos *ad extra* (las llamadas circulares administrativas concretizadoras de normas, *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*).[18]

18 Vid. Rogmann, Achim (1998): *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften – Zur Rechtslage insbesondere im Wirtschafts-, Umwelt- und Steuerrecht*, Carl Heymann, Colonia; Saurer, Johannes (2006): «Die neueren Theorien zur Normkategorie der Verwaltungsvorschriften», *Verwaltungsarchiv*, vol. 97, pp. 240-269; Baars, Anja (2010):

Se utilizan en materias bien delimitadas, como medio ambiente, economía y derecho tributario. Frente a la praxis administrativa, ofrecen la ventaja de la seguridad jurídica, pues son objeto de una publicación adecuada. No es de extrañar, pues, que en el ordenamiento alemán se recurriera a esa técnica legislativa a la hora de transponer las directivas europeas adoptadas en las mismas materias, por ejemplo las directivas sobre la calidad del aire.

En España, fuera de los supuestos de las circulares de ciertos entes autónomos o administraciones independientes (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores),[19] a las circulares se les reconoce una operatividad menor.[20] Incluso se puede dudar de que el ordenamiento español conozca una categoría de circulares administrativas como instrumento jurídico-administrativo similar a la alemana. El art. 21 de la Ley 30/1992 vincula las denominadas «instrucciones y órdenes de servicio» con los poderes de dirección de los órganos jerárquicamente superiores sobre los órganos dependientes y, aunque no la excluye, no exige su publicación regular como requisito de eficacia.[21] En realidad, bajo la denominación de circulares pueden existir regímenes jurídicos diferenciados en los ordenamientos internos de los Estados miembros: lo determinante para dilucidar si constituyen un medio adecuado para transponer una directiva será su concreto régimen jurídico.

Rechtsfolgen fehlerhafter Verwaltungsvorschriften, Baden-Baden, Nomos. La categoría subsiste a pesar de la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

19 Sobre la utilización de las circulares del Banco de España y de la CNMV para la transposición de directivas vid. Pascua Mateo, Fausto (2006): *Derecho comunitario y Calidad del Ordenamiento español. Estatal, Autonómico y Local*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 335-339.

20 Vid. Moreno Rebato, Mar (1998): «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, pp. 159-200; Coello Martín, Carlos, y González Botija, Fernando (2007): «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿Meros actos internos, actos administrativos o reglamentos? Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, pp. 267-306.

21 «1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.»

En la década de los ochenta del pasado siglo el TJCE declaró que esas prácticas no constituían una fórmula válida para la transposición de las directivas ya que carecían de fuerza normativa. Esa jurisprudencia pareció cerrar la opción de las circulares administrativas como instrumento de transposición de las directivas europeas, ya sea con carácter general o con carácter restringido.[22] La consecuencia de dicha jurisprudencia es la imposición de una especie de «reserva de norma» para la incorporación de las directivas al Derecho interno.[23] En un procedimiento por incumplimiento en el que el gobierno español alegó que había incorporado al ordenamiento interno una directiva de seguridad en el trabajo mediante circulares administrativas no publicadas, el Tribunal de Justicia las equiparó con meras prácticas administrativas.[24] Cuestión distinta es la posibilidad de adoptar circulares administrativas en el ámbito material cubierto por una directiva

---

22 Vid. Langenfeld, Christine, y Schlemmer-Schulte, Sabine (1991): «Die TA Luft – kein geeignetes Instrument zur Umsetzung von EG-Richtlinien», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 622-627; Everling, Ulrich (1992): «Umsetzung von Umweltrichtlinien durch normkonkretisierende Verwaltungsanweisungen», *Recht der internationalen Wirtschaft*, pp. 379-385; Steiling, Ronald (1992): «Mangelnde Umsetzung von EG-Richtlinien durch den Erlaß und die Anwendung der TA Luft», *Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht*, pp. 134-137; Von Danwitz, Thomas (1993): «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht», *Verwaltungsarchiv*, pp. 73-96; Hoppe, Werner, y Otting, Olaf (1998): «Verwaltungsvorschriften als ausreichende Umsetzung von rechtlichen und technischen Vorgaben der Europäischen Union?», *Natur und Recht*, vol. 20, núm. 2, pp. 61-69.

23 En este sentido, Solozábal Echavarría, Juan José (1995): «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, p. 53.

24 STJCE de 12 de enero de 2006, as. C-132/04, *Comisión/España*, p. I-3 (apdo. 35): «por lo que se refiere a las Circulares e Instrucciones invocadas por dicho Gobierno, es preciso recordar que las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. Por ello, las meras prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a la extensión de sus derechos y obligaciones en los ámbitos regulados por dicho ordenamiento jurídico (en este sentido, véanse, en especial, las sentencias de 24 de marzo de 1994, Comisión/Bélgica, C-80/92, Rec. p. I-1019, apdo. 20; de 26 de octubre de 1995, Comisión/Luxemburgo, C-151/94, Rec. p. I-3685, apdo. 18, y de 27 de febrero de 2003, Comisión/Bélgica, C-415/01, Rec. p. I-2081, apdo. 21, y de 20 de noviembre de 2003, Comisión/Francia, C-296/01, Rec. p. I-13909, apdo. 54)».

europea, desvinculadas por tanto de la misión de incorporar ésta al ordenamiento interno.[25]

Además del argumento europeo, debe tenerse también en cuenta la perspectiva jurídica estrictamente competencial. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede deducir que las circulares no constituyen instrumento adecuado para que el Estado dicte las normas básicas en una materia, pues a pesar de toda la flexibilización de la llamada dimensión formal de las bases según la cual «también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado», el Tribunal Constitucional, expresa o implícitamente nunca ha aceptado que instrumentos jurídicos alternativos a las normas reglamentarias y, excepcionalmente, a los actos de ejecución pudieran servir como cauce adecuado a las competencias normativas básicas del Estado.[26]

4 · Transposición mediante normas jurídicas sustantivas

Descartada la opción de las circulares administrativas por falta de idoneidad, la transposición se decanta forzosamente a favor de normas jurídicas dotadas de plenos efectos jurídicos. En principio, la adopción de normas jurídicas sustantivas es la forma ordinaria de transposición de las directivas, cuando son necesarias modificaciones legislativas o reglamentarias en el derecho interno.

---

25 Con todo, cierta presencia marginal de circulares para la transposición de directivas parece existir: vid. en Francia la «Circulaire du 20 octobre 1997 portant transposition de la directive 95/50/CE du Conseil du 6 octobre 1995 concernant des procédures uniformes en matière de contrôle des transports de marchandises dangereuses par route», JORF, n° 281 du 4 décembre 1997, pág. 17502. La Circular indica que su objeto es dar instrucciones a los prefectos regionales y departamentales «tenant compte des obligations nouvelles faites à la France par la directive 95/50/CE du Conseil du 6 octobre 1995 concernant des procédures uniformes en matière de contrôle des transports de marchandises dangereuses par route» y que «Le dispositif législatif et réglementaire actuel, relatif à l'habilitation des agents chargés du contrôle et aux sanctions, permet de répondre de manière satisfaisante aux exigences de cette directive, qui n'implique pas de modifications fondamentales dans le déroulement des contrôles tels qu'ils étaient pratiqués jusqu'alors en France».

26 Véase, por todas, STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60.

4.1 · Transposición en Estados compuestos: la confirmación del principio de autonomía institucional en relación con la transposición de directivas

De conformidad con el principio de autonomía institucional, los Estados miembros disfrutan de autonomía para ejecutar el Derecho de la Unión Europea con arreglo a su propia organización estatal interna, mediante sus procedimientos internos y utilizando las vías procesales existentes en su ordenamiento interno. Este principio fue proclamado por el Tribunal de Justicia en 1971: «cuando las disposiciones del Tratado o de los Reglamentos reconocen facultades a los Estados miembros o les imponen obligaciones en el marco de la aplicación del Derecho comunitario, la forma en que los Estados pueden atribuir el ejercicio de tales facultades y el cumplimiento de dichas obligaciones a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado».[27] Naturalmente, el Estado miembro es el único responsable frente a la Unión del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho de la Unión.[28]

En el as. 96/81 (*Comisión/Países Bajos*) se enfrentó por primera vez al problema de la transposición de directivas en un Estado descentralizado. El gobierno holandés argumentaba que la gestión de la calidad de las aguas, objeto de una directiva comunitaria, incumbía en el Reino de los Países Bajos, en el marco de una organización descentralizada, a las autoridades regionales y locales. Para el abogado general Capotorti, tales condiciones de ejecución entrañaban serios inconvenientes para el Derecho comunitario: en particular la ausencia de una legislación estatal podía hacer temer distorsiones en las regulaciones locales que serían difíciles de corregir. Por ello se inclinaba hacia una limitación de la autonomía institucional de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia no acogió la sugerencia y se mostró firme en el mantenimiento del principio de la autonomía institucional.

---

27 STJCE de 15 de diciembre de 1971, as. ac. 51-54/71, *International Fruit Company NV y otros*, p. 331 (apdo. 4).

28 Vid. recientemente TJUE (Gran Sala), sentencia de 11 de diciembre de 2012, as. C-610/10, p. I-0000 (apdo. 132). En esta sentencia se impone al Reino de España una multa coercitiva de 50.000 euros y una multa de veinte millones de euros por la falta de recuperación de una ayuda de Estado ilegal e incompatible con el mercado común que debían haber efectuado las autoridades de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Es posible conciliar el principio de autonomía institucional y las exigencias de la fuerza normativa de las directivas. El Tribunal señaló lo siguiente:[29]

> Il est vrai que chaque État membre est libre de répartir comme il le juge opportun les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre une directive au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales. Cela ne saurait cependant le dispenser de l'obligation de traduire les dispositions de la directive dans des dispositions internes ayant un caractère contraignant.»

En consecuencia, el Tribunal de Justicia se centró en examinar si las instancias competentes a nivel interno habían adoptado dentro del plazo previsto las disposiciones necesarias para garantizar la aplicación plena de la directiva en cuestión.[30] En otras resoluciones el Tribunal de Justicia ha resaltado que la ejecución del Derecho de la Unión es «fundamentalmente responsabilidad de los Estados miembros, quienes deben ejercerla al nivel territorial adecuado en función de la especificidad de cada Estado miembro».[31]

Si el contenido de una directiva versa sobre una materia de legislación compartida entre el Estado y las CCAA, desde el punto de vista del Derecho de la Unión no hay inconveniente para que la transposición se realice mediante normas estatales o autonómicas o mediante una combinación de ambas. Una directiva puede ser transpuesta mediante una pluralidad de actos complementarios, siempre que garanticen conjuntamente una aplicación exhaustiva de la directiva y se adopten dentro del plazo establecido.[32]

---

29 STJCE de 25 de mayo de 1982, as. 96/81, *Comisión/Países Bajos*, p. 1791 (apdo. 12). Para una versión castellana del citado pronunciamiento, recogido en una sentencia posterior, véase la siguiente nota.

30 *Ibidem*, apdo. 15. Esta doctrina fue reiterada con respecto a un Estado compuesto o políticamente descentralizado en STJCE de 14 de enero de 1988, as. ac. 227-239/85, *Comisión/Bélgica*, p. 8 (apdo. 9): «[…] todo Estado miembro es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales. Esta distribución de competencias, sin embargo, no puede dispensarle de la obligación de garantizar que las disposiciones de la directiva sean fielmente llevadas al Derecho interno».

31 STJCE de 22 de enero de 2004, as. C-271/01, *COPPI*, p. I-1029 (apdo. 39); sentencia de 13 de marzo de 2008, as. ac. C-383/06 a C-385/06, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, p. I-1561 (apdo. 36).

32 STJCE de 15 de marzo de 1990, as. C-339/87, *Comisión/Países Bajos*, p. I-878 (apdo. 8).

4.2 · Ventajas y riesgos potenciales

La transposición mediante normas jurídicas sustantivas ofrece una serie de ventajas potenciales con respecto a la transposición por remisión (vid. *infra* apartado 6).

a) La posibilidad de clarificar las ambigüedades del texto de la Directiva

Las autoridades internas tienen algunos recursos para poder eliminar las ambigüedades que pueden afectar a las disposiciones de una directiva. En primer lugar, conocen o pueden conocer por el contexto y por la preparación de las normas el significado de expresiones ambiguas, el significado implícito de formulaciones más políticas que jurídicas. En segundo lugar, pueden obtener información adicional de las instancias comunitarias, ya sea por contactos directos o a través de documentos explicativos. En tercer lugar, pueden incorporar el *case law*, cuando éste clarifica conceptos claves de las directivas.[33] Sin embargo, la capacidad clarificadora es limitada: por un lado, la instancia interna que se ocupa de (preparar) la transposición no tiene por qué estar en situación de conocer o de acceder y de estudiar la información relevante,[34] ni tiene por qué estar especialmente motivada al respecto; por otro, las auténticas ambigüedades no pueden ser clarificadas autorizadamente por las instancias internas (sí por el propio órgano decisor comunitario o por el TJCE), porque son atribuibles a una deficiente técnica legislativa en la gestación del propio Derecho de la Unión Europea.

b) La posibilidad de integrar las normas de procedencia comunitaria con las normas internas existentes

La integración cuidadosa de las normas internas existentes y de las normas europeas en un texto normativo repercute favorablemente en que la regulación sea más fácilmente comprendida y aplicada por los destina-

---

33 Arrowsmith, Sue (1998): «Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement», en Paul Craig y Carol Harlow (eds.), *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, Londres-Dordrecht, p. 498 ilustra con ejemplos esta última posibilidad.

34 Diversos estudios ponen de manifiesto que la insuficiente participación de los órganos responsables de preparar la transposición en la negociación de la norma europea causa disfunciones en la transposición de las directivas. Vid. en este sentido el estudio del Consejo de Estado francés en Conseil d'État (1989).

tarios de las normas.[35] Podemos recordar lo señalado a este respecto por el Tribunal Constitucional:[36]

> […] el principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros, que viene consagrado desde hace décadas por el Derecho comunitario europeo y se recoge actualmente en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea, prescribe con carácter general que «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión». Por tanto, cuando las autoridades de un Estado miembro se proponen incorporar al Derecho interno el contenido de una directiva, no tienen por qué limitarse a incorporar únicamente las medidas requeridas explícitamente por dicha norma europea, sino que, conforme al Derecho de la propia Unión, deben también adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones» resultantes del acto de la Unión que se pretende incorporar al Derecho interno. En suma, no puede considerarse que la inclusión de una referencia normativa al marco básico de atribuciones y potestades aplicable al objeto de regulación que se pretende introducir o modificar carezca de la necesaria conexión de sentido con la finalidad a la que responde la normativa contenida en el real decreto-ley.

c) La mayor accesibilidad de las normas

Los operadores jurídicos están más habituados a las normas internas, a las que suelen tener un más fácil acceso en sentido físico (accesibilidad física). La transposición mediante normas jurídicas permite además adaptar la presentación de las normas europeas a los usos internos (accesibilidad formal). Por último, la transposición permite traducir a términos más accesibles para los operadores jurídicos la terminología utilizada por las directivas (accesibilidad lógica).[37]

d) Los errores de transposición

El problema más grave de la transposición mediante normas jurídicas sustantivas es sin duda la posibilidad de incurrir en errores de transposición: por defecto, por exceso, o por inadecuada transposición. Existe tanto más riesgo de transposición incorrecta cuando las autoridades internas se comprometen realmente con las funciones integradora y clarificadora inherentes a la transposición; en cambio, si optan por reproducir en una norma interna

35 Arrowsmith (1998): 505.
36 STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 12.
37 Vid. al respecto Arrowsmith (1998): 504-505.

las disposiciones contenidas en la Directiva a transponer en sus mismos términos, se reduce el riesgo de incurrir en contradicciones o insuficiencias en la transposición.

Las nociones jurídicas que aparecen en las directivas deben ser traducidas fielmente a las categorías jurídicas internas,[38] lo cual puede plantear dificultades para las autoridades internas responsables. Ciertamente las directivas suelen anticiparse a los problemas que pueden surgir en esa operación de calificación y de traducción al ordenamiento interno, y recurren a la «preconstitución» de su interpretación auténtica mediante una lista de definiciones incluidas en las disposiciones iniciales de la directiva.[39] Las autoridades internas también pueden acudir a la Comisión en busca de orientación. Con todo, los errores de transposición por traducción incorrecta de conceptos utilizados en una directiva no son infrecuentes. Así, en la Sentencia de 13 de enero de 2005, el Tribunal de Justicia declaró que, al utilizar el concepto «organismo de Derecho público», «la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de "entidad adjudicadora" que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas».[40]

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la transposición incorrecta supone un incumplimiento, y puede dar lugar a una sentencia declarativa del incumplimiento por el Tribunal de Justicia. Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno, ciertas deficiencias o insuficiencias derivadas de la inexistente o inadecuada transposición pueden ser corregidas por el juez interno mediante los principios reconocidos por la jurisprudencia europea: la doctrina de la eficacia directa de las directivas, el principio de interpretación conforme con la directiva del derecho interno[41] y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

---

38 Sáinz Moreno (1994): 32; Pascua Mateo (2006): 289-293.

39 Simon (1997): 48.

40 STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03, *Comisión/España*, p. I-142 (apdo. 31).

41 Al respecto, vid. Arzoz Santisteban, Xabier (2010): «Interpretación conforme», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, pp. 619-662.

4.3 · Modalidades de transposición mediante normas jurídicas sustantivas

Ahora bien, las ventajas potenciales antes mencionadas no se realizan siempre o no plenamente. En la práctica existen modalidades de transposición susceptibles de realizar esas ventajas mejor o más ampliamente que otras. Desde la perspectiva de la técnica legislativa, podemos diferenciar varias modalidades o estilos de transposición de las directivas mediante normas jurídicas sustantivas.

En efecto, por un lado tenemos el modelo de recepción literal, de la «simple copia»,[42] de la «transcripción literal»[43] o de la transposición «uno por uno»,[44] que consiste en la reproducción «tal cual» del texto de la directiva en una norma interna con el rango formal adecuado, y el modelo creativo-adaptativo, que consiste en la conformación de una normativa propia y, en consecuencia, potencialmente diferente de la de otros Estados miembros, en el marco más o menos amplio delimitado por la directiva. La transposición de una directiva puede naturalmente combinar ambas técnicas, el modelo creativo-adaptativo y el modelo de recepción literal.

En primer lugar, debemos subrayar que el mandato de una transcripción o recepción literal, esto es, de una transposición «uno por uno» no se deduce ni del Derecho de la Unión ni del Derecho constitucional o administrativo interno.[45]

La mencionada dualidad de métodos o estilos de transposición puede ser a su vez consecuencia de una patología de las directivas, su carácter a

---

42 Esta posibilidad la recogen como técnica legislativa *básica* tanto Arrowsmith (1998): 497 como Irresberger, Karl (2001): «Legistische Probleme der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungs-Problematik», en Peter Bußjäger y Christoph Kleiser (eds.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Institut für Föderalismus-Schriftenreihe vol. 84, Wilhelm Braumüller, Viena, p. 119. El último autor mencionado se refiere así al modelo de la «simple copia»: «Abgesehen von solchen Versuchen der Eigenständigkeit bleibt den Legisten angesichts der Regelungsdichte typischer Richtlinien weitgehend nur die Anwendung der legistischen Grundtechniken. Die eine der beiden ist die Verweisung; die andere *das Abschreiben*» (énfasis añadido).

43 Consejo de Estado (2008): 133.

44 Schwarze, Jürgen (2007): «Richtlinienumsetzung "eins zu eins"», en R. Pitschas y A. Uhle (eds.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für R. Scholz*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 167-178.

45 En el mismo sentido, Schwarze (2007): 170 desde la perspectiva del Derecho de la Unión y del Derecho alemán.

menudo detallado. El modelo creativo-adaptativo es el óptimo respecto a las disposiciones que permiten distintas opciones legislativas (una más o menos amplia «libertad de medios»), pero el modelo repetitivo es inevitable con respecto a las disposiciones detalladas que no dejan margen alguno para la elección entre alternativas de transposición (carencia efectiva de «libertad de medios»). Así pues, el margen de maniobra de que dispone la autoridad responsable de la transposición es inversamente proporcional al grado de precisión del contenido de la directiva.[46]

Uno de los medios para evitar el riesgo de incumplimiento es la recepción literal del elenco de definiciones establecidas por la directiva, en el entendimiento de que el Derecho interno podrá ser reorientado suficientemente con ayuda de tales definiciones. No obstante, el problema se plantea cuando el acto de transposición incorpora una nueva definición y/o una nueva noción extraída de la directiva, sin modificar o derogar la definición o la noción preexistente en Derecho interno.[47] La coherencia y la inteligibilidad del ordenamiento interno pueden quedar comprometidas.

El problema, sobre todo, surge cuando el modelo repetitivo se generaliza y se aplica aunque la directiva se limite a formular objetivos generales y el Estado miembro disponga de varias alternativas jurídico-políticas para transponer la directiva.[48] Las razones de esta generalización son evidentes. Como es sabido, *copiar es más fácil que crear*, tanto más si ni tan siquiera hay que disimular. Pero, además, en este caso, *copiar es menos o nada arriesgado*: no solo no acarrea sanción como ocurre en el mundo de la creación artística, sino que pone a quien la lleva a cabo al abrigo de cualquier posible responsabilidad. La recepción literal elimina el riesgo de una transposición incompleta y, consecuentemente, evita la declaración de un incumplimiento (aunque siempre cabe una reproducción incompleta del contenido de la directiva). Ahora no interesa indagar en las razones sicológicas de esa actitud sino exponer las consecuencias. Como se ha indicado, el problema viene cuando se generaliza el modelo repetitivo más allá de los supuestos en los que es inevitable. Si la directiva admite distintas

---

46 Simon (1997): 49; también Pascua Mateo (2006): 284.

47 Mehdi, Rostane (2007): «L'autonomie institutionnelle et procedural et le droit administratif», en J.-B. Auby y J. Dutheil de la Rochère (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruselas, p. 704.

48 Algunos autores consideran que la «transcripción literal o casi literal» es la técnica habitualmente utilizada en España: García-Trevijano Garnica (1993): 206.

opciones, es probable que utilice términos suficientemente amplios y que contenga cláusulas generales de habilitación a los Estados miembros para introducir excepciones, cláusulas que generalmente contienen conceptos jurídicos indeterminados. La simple repetición del contenido de la directiva dará lugar a un texto impreciso y, por puro mimetismo, plagado de excepciones innecesarias o inoportunas (el catálogo de simples posibilidades *abiertas* al conjunto de los Estados miembros se convierte en excepciones jurídicamente *reales* para el Estado en cuestión) o de conceptos jurídicos indeterminados que debieran haber sido precisados.[49] En otros casos, puede dar lugar a situaciones de incertidumbre, al utilizar categorías jurídicas inexistentes desde la óptica del ordenamiento interno.[50]

A menudo se aprovecha la necesidad de transponer una directiva para efectuar una reforma legislativa más amplia del ámbito normativo en cuestión. Ese afán legislativo conduce a transposiciones normativamente ambiciosas que conllevan problemas adicionales.[51] El primer problema reside en el riesgo de incumplir el plazo establecido para la transposición. El segundo problema estriba en garantizar que la reforma legislativa propiciada por la transposición de una directiva sea conforme con el contenido de dicha directiva. En realidad, ello no debería constituir una dificultad anormal e insuperable para los Estados miembros, pues participan en la elaboración de las directivas y conocen los trabajos preparatorios.[52] Finalmente, el último problema consiste en que se confunden las responsabilidades legislativas

---

49 Sobre la necesidad de traducir el contenido de la directiva en conceptos jurídicos aptos y adecuados vid. López de los Mozos (2010): 188-189; en el mismo sentido Consejo de Estado (2008): 133.

50 García-Trevijano Garnica (1993): 198.

51 En Alemania, el problema se conoce bajo la denominación de *überschießende Umsetzung*; en el Reino Unido, como la práctica del *gold plating*. Vid. Schwarze (2007): 170-178.

52 Así, en otro contexto el Tribunal de Justicia (Sentencia de 5 de febrero de 1987, as. 145/85, *Denkavit/Bélgica*, p. 582, apdo. 13) señaló que «no se puede considerar que la complejidad de una legislación comunitaria, en cuya elaboración han participado los Estados miembros, constituya una dificultad anormal e imprevisible, insuperable para los servicios de un Estado miembro a pesar de todas las medidas que pudieran adoptarse». Vid. en este sentido O'Leary, C. y Goldberg, D. (1995): «Television without frontiers», en Terence Daintith (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, John Wiley & Sons, Chichester, p. 236, a propósito de la *Broadcasting Act 1990*, que se preparó teniendo presente los trabajos preparatorios y el texto final de la llamada Directiva «Televisión sin Fronteras».

de las instituciones de la Unión y las de las autoridades de los Estados miembros: desde la perspectiva de la imputación de la responsabilidad democrática resulta problemático que no resulten discernibles qué aspectos del acto jurídico interno sirven efectivamente a la incorporación de la directiva y cuáles provienen de intereses y consideraciones estrictamente estatales.[53]

El estudio del Consejo de Estado francés de 1989 sobre los problemas planteados por la transposición de directivas recomendaba renunciar a la tendencia a «querer hacer demasiado» (el exceso de celo legislativo) siempre que esté en peligro el cumplimiento de los plazos de transposición. Pero, al mismo tiempo, reconocía la necesidad, por seguridad jurídica, de proceder con ocasión de una transposición a una revisión sistemática de los textos legislativos para eliminar las disposiciones redundantes o contradictorias. En suma, sugería buscar un justo equilibrio entre una transposición demasiado literal y una revisión excesivamente amplia de las disposiciones en cuestión.[54] Nótese que el núcleo del problema expuesto no tiene que ver estrictamente con las modalidades técnicas de la transposición, sino con la ponderación de las ventajas e inconvenientes que puede traer consigo una transposición que vaya más allá de lo estrictamente requerido por la directiva de que se trate.[55]

Puede ocurrir que el contenido de la directiva sea muy detallado, de forma que la única opción en manos de las autoridades internas sea la de reproducir su contenido en una norma interna adecuada. Pero ello no justifica la ausencia de trasvase efectivo de los conceptos utilizados por la directiva. Por nulo que sea el margen estatal de transposición, siempre será necesaria la conversión de los términos utilizados por la directiva en conceptos afines a la cultura jurídica y conformes con el ordenamiento jurídico vigente. Los redactores de las directivas procuran utilizar términos claros y precisos (cuando menos, claros y precisos en la lengua de partida), cuya traducción no tiene por qué coincidir con la terminología jurídica y jurídico-administrativa propia de cada Estado miembro.[56]

---

53 Schwarze (2007): 172.

54 Vid. Conseil d'État (1989): 230-231.

55 Schwarze (2007): 173.

56 A título de ejemplo: el RD 646/91, que regula las grandes instalaciones de combustión desde el punto de vista ambiental y que transpone la Directiva 88/609, señala que el órgano competente para autorizar las nuevas instalaciones deberá establecer bien en la autorización inicial de construcción, bien en la autorización inicial de explotación, los

Por otra parte, desde el punto de vista de la relación de la norma de transposición con el resto del ordenamiento interno, cabe contraponer el modelo codificador o de transposición *integradora*, que consiste en que las normas internas y las normas de procedencia comunitaria sobre la misma materia se integran y se funden en un solo cuerpo normativo; y el modelo de transposición *separada*, cuando aun habiendo normas internas sobre la misma materia se adopta una norma adicional y específica cuya única función es la transposición de la directiva europea. La aplicación recurrente del modelo de transposición separada en relación con diversas directivas aprobadas en una materia dada da lugar a una transposición disgregada de la normativa comunitaria.[57]

Así, p. ej., la transposición de las directivas relativas a la contratación pública se ha hecho en el Estado español básicamente mediante la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o del Sector Público (cuya versión vigente es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Las normas de procedencia de la Unión Europea se han incorporado e integrado con las existentes. En cambio, en Francia las directivas europeas se han incorporado *formalmente* al *Code des Marchés Publics*, pero en un Libro separado (Libro V) en relación con los órganos sujetos a las directivas. *Funcionalmente* se trata del modelo de transposición separada: las normas generales contenidas en los Libros I a IV se aplican en la medida en que no sean incompatibles con las normas previstas en el Libro V. Cuando se efectúa una transposición separada, se suele afirmar la inaplicabilidad de las disposiciones internas que sean incompatibles con las normas de transposición. Ello implica que no se identifican expresamente las normas incompatibles. En suma, son los destinatarios de las normas quienes tienen que establecer la aplicabilidad de las normas internas, quienes en definitiva tienen que integrar idealmente disposiciones de normas separadas referidas a la misma materia.[58] Es difícil postular una única pauta en abstracto. Como

---

valores límites correspondientes a sus emisiones a la atmósfera. Los términos utilizados por el art. 4 del RD 641/91 («autorización inicial de construcción», «autorización inicial de explotación») proceden del art. 4 de la Directiva. El problema es que esos términos no significan nada en el lenguaje jurídico en el derecho vigente español, que usa los conceptos de licencia de actividad o licencia de apertura.

57 Arrowsmith (1998): 502 se refiere a esta práctica como «implementation in a piecemeal fashion».

58 Vid. el análisis de la transposición de las directivas de la contratación pública en Francia y en otros Estados miembros en Arrowsmith (1998): 501-504, desde el punto de vista de

señala el Consejo de Estado español, «hay que buscar un equilibrio entre los beneficios derivados de la regulación completa [integrada] y los riesgos que puedan proceder de las resistencias posibles a la nueva normativa».[59]

Si aceptamos que la técnica legislativa debe atender en lo posible a la perspectiva del destinatario de las normas, parece razonable concluir que resulta preferible el modelo integrador, ya que es más satisfactorio para los operadores jurídicos.[60] Solo desde una concepción meramente jurídico-formal de la técnica legislativa como disciplina de mera corrección técnica pueden considerarse como preferentes las técnicas legislativas que reducen el riesgo de los errores de transposición (como el modelo repetitivo).

4.4 · La exigencia de referencia expresa a las directivas transpuestas

La exigencia de referencia expresa consiste en la obligación impuesta por el Derecho de la Unión de mencionar expresamente la directiva que se transpone por la norma interna de transposición. Esta obligación no se deduce directamente de los tratados. En efecto, el art. 288 TFUE no establece una obligación de este tipo. De conformidad con el Derecho primario, las autoridades internas no están obligadas a indicar el carácter o la causa de las normas que adoptan. Sin embargo, en los últimos tiempos el derecho derivado, más concretamente las «disposiciones finales» de las directivas, imponen a las normas internas de transposición una obligación de referencia expresa a la directiva transpuesta. Esta obligación se formula en los siguientes términos:

> Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de dicha referencia.[61]

---

la integración, donde se pone de relieve que no siempre se ha conseguido la integración plena.

59 Consejo de Estado (2008): 132.

60 En este mismo sentido Arrowsmith (1998): 501 señala que «express repeal is much more effective in making parties aware of their rights and it seems unlikely that implied repeal could be invoked in view of the emphasis of the Court of Justice on certainty and clarity in implementation».

61 Art. 32 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

Una obligación de este tipo no se conoce con anterioridad al año 1990.[62] Hasta entonces existía meramente la obligación de suministrar información a la Comisión sobre las medidas de transposición adoptadas. La obligación de referencia expresa obedece a la misma lógica y finalidad que la precedente obligación de información: la función de control de la Comisión.[63] Para algunos autores, la nueva obligación se justifica también en una finalidad de transparencia: en la voluntad de dar a los particulares de los distintos Estados miembros la oportunidad de discernir los derechos que pueden deducir del Derecho de la Unión.[64] En realidad se trata de una ampliación de la lógica de control a nuevos actores: control no solo por las instancias europeas sino también por los órganos judiciales internos y por los particulares concernidos sobre los actos de transposición.[65]

Por otra parte, el Tratado de Lisboa ha reforzado la obligación de los Estados miembros de informar sobre las medidas de transposición de las directivas. El nuevo art. 260.3 TFUE habilita a la Comisión a proponer al TJUE que imponga sanciones pecuniarias a los Estados miembros que incumplan con la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva, una vez presentado el correspondiente recurso de incumplimiento contra dicho incumplimiento.[66]

---

de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE 1995 L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31).

62 Simon (1997): 46; Kleiser, Christoph (2001a): «Die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht aus legistischer Sicht: Der Umsetzungshinweis», *Journal für Rechtspolitik*, vol. 9, p. 30.

63 Con respecto a la obligación de suministrar información a la Comisión, el abogado general Capotorti se manifestó así en sus conclusiones en el as. 96/81, Rec. 1982 pp. 1812-1813: «[…] l'exercice correct de la fonction de contrôle dont la Commission est investie suppose l'exécution loyale et entière par les États membres de l'obligation d'information que les directives imposent. En d'autres termes, tout État doit faire son possible pour renseigner la Commission, avec le maximum de transparence et avec tous les détails utiles, sur la conformité de ses dispositions nationales aux obligations imposées par les directives. La Commission ne peut pas se considérer comme tenue de procéder elle-même, de sa propre initiative, à la recherche des dispositions nationales d'exécution; en ce sens, l'absence totale d'informations de la part d'un État membre pourrait suffire à laisser supposer que son ordre juridique ne s'est pas conformé à une directive».

64 Simon (1997): 46.

65 Basta recordar que ya en la Sentencia *Van Gend & Loos* (1963), el Tribunal de Justicia señaló a propósito de la cuestión prejudicial que «la vigilancia de los individuos afectados en orden a proteger sus derechos equivale a una efectiva supervisión que se suma a la confiada por los artículos 169 y 170 [actuales 258 y 259 TFUE] a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros».

66 Vid. Gáspár-Szilágyi, Szilárd (2013): «What constitutes "failure to notify" national measures?», *European Public Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 281-294.

Se ofrecen dos modalidades a las autoridades internas: la referencia puede incluirse en el propio texto de la norma interna o aparecer con ocasión de la publicación oficial. Cabe entender que para «acompañar» a las disposiciones de transposición la preceptiva referencia debería aparecer en la propia publicación oficial de la norma de transposición: como nota a pie de página, como nota introductoria, etc.

La obligación no es irrelevante. Inicialmente fue la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia quien extrajo las consecuencias del incumplimiento de la falta de referencia a la directiva cuya transposición está en cuestión. La ausencia de la citada referencia expresa fue interpretada por el TJUE como un indicio fundamental de que una disposición nacional no puede considerarse como suficiente transposición de una directiva.[67]

Las consecuencias de esta doctrina eran importantes para las llamadas transposiciones sin «acción legislativa», es decir, cuando el Estado miembro considera, con fundamento o no, que su derecho interno recoge suficientemente las obligaciones establecidas por la directiva. La jurisprudencia tradicional señalaba que no hacía falta una reproducción formal y textual del contenido de la directiva cuando el contexto jurídico general existente en el derecho interno ya garantizaba efectivamente la plena aplicación de la directiva.[68] Sin embargo, si la directiva correspondiente incluía la obligación de referencia, esto implicaba la necesidad de adoptar «un acto positivo de adaptación del Derecho interno».[69] La obligación de referencia expresa se convertía en un requisito formal de una transposición plena y correcta.[70]

Desde el punto de vista interno hay que establecer las modalidades concretas para efectuar la preceptiva referencia. El Derecho de la Unión Europea derivado y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia dejan la puerta abierta a las dos opciones indicadas, por lo que corresponde a los Estados miembros establecer su propia modalidad, como expresamente

---

67 STJCE de 27 de noviembre de 1997, as. C-137/96, *Comisión contra Alemania*, p. I-6749 (apdo. 8), así como las sentencias citadas en la siguiente nota.

68 STJCE de 30 de mayo de 1991, *Comisión/Alemania*, as. C-361/88, p. I-2567 (apdo. 15).

69 SSTJCE de 18 de diciembre de 1997, *Comisión/España*, as. C-360/95, p. I-7337 (apdo. 13) y as. C-361/95, p. I-7351 (apdo. 15).

70 Así Kleiser (2001a): 30. Por su parte, el abogado general La Pergola habla de un «requisito formal en materia de adaptación del Derecho interno, consistente en la adopción de un acto específico» (as. C-137/96, citado en una nota anterior, p. I-6752).

reconocen las propias Directivas.[71] Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, porque la exigencia básica de este derecho es especificidad, precisión y claridad de la transposición para garantizar plenamente la seguridad jurídica y la de las situaciones jurídicas subjetivas garantizadas a los particulares. Pues bien, la inclusión de la referencia en el propio texto de la norma de transposición garantiza mejor que el destinatario de la norma conozca que se trata de Derecho de la Unión Europea incorporado al ordenamiento interno.[72]

Y desde la perspectiva de la técnica legislativa, las ventajas de la inserción de la referencia en el propio texto de la norma interna son varias. En primer lugar, se fomenta la racionalización del trabajo preparatorio: el órgano que prepara la norma de transposición queda obligado a reconocer expresamente el acto jurídico comunitario que motiva todas o algunas de las disposiciones del proyecto de norma interna y, en consecuencia, previamente procederá a un análisis más completo de la existencia de normas europeas que deban ser transpuestas así como, en su caso, del contenido de tales normas.[73] Además, se fomenta la seguridad jurídica: las autoridades internas y los destinatarios de las normas conocen así que la norma interna constituye una transposición. Esta circunstancia es de enorme importancia si se tienen en cuenta los principios de interpretación conforme del derecho interno con las directivas y primacía de la norma europea sobre la norma interna contradictoria.[74] Por último, con la inclusión de la referencia expresa en el texto de la propia norma se obtiene una decisión auténtica del órgano competente para la transposición y se evita el problema de que un órgano distinto (¿un órgano dependiente del Gobierno, los órganos responsables de la publicación oficial?) tenga que asumir la tarea de interpretar y calificar *a posteriori* la norma interna.[75]

---

71 Así, el art. 19.1, segundo párrafo, de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DOUE 2004 L 143/56) dispone lo siguiente: «Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia».

72 Kleiser (2001a): 31.

73 Kleiser (2001a): 31.

74 Kleiser (2001a): 31-32.

75 Kleiser (2001a): 33.

Otra cuestión a resolver en el ámbito interno es si la referencia debería ser singularizada o no. Dado que la dirección a la que apunta la Comisión Europea es la de la cada vez mayor concreción de la información que ha de comunicársele, hasta el punto de que sea necesario presentar «tablas de correspondencias», la opción más adecuada es que las referencias sean lo más singularizadas posibles, es decir, por ejemplo: «Esta Ley o este Decreto se adopta para la transposición de los artículos tal y cual de la Directiva X».

Las Directrices sobre la forma y la estructura de los anteproyectos de ley encomendaban a la Exposición de motivos la tarea de aludir a las competencias en cuyo ejercicio se dictaban.[76] Sin embargo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las directrices de técnica normativa,[77] establece que las disposiciones finales indicarán la directiva cuya incorporación al derecho interno lleva a cabo la correspondiente norma jurídica (norma 42). Algunas normas estatales indican además en su propio título que incorporan una directiva.[78] La norma 78 incluida en el mismo Acuerdo antes mencionado especifica la forma en que deberán citarse las normas comunitarias, y entre ellas las directivas: con el nombre completo.[79]

---

76 Pascua Mateo (2006): 262.

77 BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2005.

78 Vid. por ejemplo, Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). Lo cual no quita para que también incluya una disposición adicional cuarta, titulada «Incorporación de derecho de la Unión Europea», con el siguiente contenido: «Por medio de la presente Ley se desarrollan determinados derechos y obligaciones reconocidos en el Convenio sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998; y se adapta el ordenamiento jurídico vigente a las disposiciones contenidas en la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información ambiental y en la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo».

79 El ejemplo que se cita es: «Directiva 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2002, relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo y por la que se deroga la Directiva 93/75/CEE del Consejo».

Además de la exigencia de referencia a las normas transpuestas en las normas de transposición, las directivas exigen desde hace unas décadas que los Estados miembros comuniquen a la Comisión las normas adoptadas para la incorporación al Derecho interno de las Directivas. La Comisión Europea ha ido exigiendo cada vez mayor concreción en la información que debe comunicársele, hasta el punto de que, actualmente, es necesario presentar «tablas de correspondencias».[80]

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el nuevo art. 260 TFUE incluye un apartado por el cual la Comisión puede acudir directamente ante el TJUE cuando considere que un Estado miembro ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de directivas adoptada con arreglo al procedimiento legislativo para solicitar que le imponga el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva. La falta de información sobre las medidas de transposición ya no es una infracción meramente formal que constituye un indicio de un posible incumplimiento material, sino que constituye una infracción formal autónoma y sancionable *per se* de forma directa a través de un procedimiento simplificado. La nueva disposición del Tratado deja claro que la obligación no es de inserción de una referencia a la directiva en la medida de transposición, sino de información a la Comisión de las medidas de transposición, sean estas medidas adoptadas *ex novo* o medidas ya vigentes en el ordenamiento interno.

5 · Transposición mediante autorregulación: la transposición convencional

5.1 · Planteamiento

La autorregulación por los sectores sociales y económicos concernidos puede ser una alternativa a la regulación como forma de cumplimiento del resultado establecido por las directivas. La autorregulación que interesa

80 Vid. p. ej., el art. 19.2 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DOUE 2004 L 143/56) dispone lo siguiente: «Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los textos de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva, así como una tabla de correspondencia entre la presente Directiva y las disposiciones nacionales adoptadas».

en lo tocante a la transposición de las directivas de la Unión Europea es la que tiene lugar en dos concretos ámbitos, el sociolaboral y el ambiental.

En algunos Estados miembros de la Unión Europea, la función de la legislación es limitada en materia sociolaboral, ya sea por tradición, por consideraciones de oportunidad política o por estrategia sindical. En dichos Estados miembros no sería lógico que la transposición de una directiva adoptada en materia sociolaboral tuviera que requerir necesariamente una intervención del legislador. Por otra parte, si se considerara que los acuerdos colectivos no constituyen una forma adecuada de dar cumplimiento a las directivas, no solo se dificultaría la transposición de las directivas que se adopten en materia sociolaboral sino también se podría dificultar el avance de la legislación europea en la materia, en cuanto que ciertos Estados miembros son renuentes a la adopción de disposiciones legislativas en materia social. Por último, una exclusión o limitación de la negociación colectiva en el seno de los Estados miembros no sería congruente con la importancia atribuida a la negociación colectiva por el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales ni con la consolidación de una autorregulación del trabajo en el marco de la Unión Europea (art. 155 TFUE, antiguo 139 TCE).[81] De hecho una parte de las directivas adoptadas por la Unión Europea son fruto del acuerdo social europeo.[82] Lo razonable es que la aplicación de esas di-

81 Vid. al respecto Mazuyer, E., y de la Rosa, S. (2009), «La régulation sociale européenne et l'autorégulation: le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law*», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 3-4, pp. 295-333; García Álvarez, M. R. (2006), «Los acuerdos derivados de la negociación colectiva europea», en *La negociación colectiva europea*, Madrid, CGPJ, pp. 149-214.

82 En el ámbito interprofesional: Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por la Directiva 97/75, de 15 de diciembre de 1997; Directiva 97/81, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, que se extiende al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por la Directiva 98/23, de 7 de abril de 1998; Directiva 1999/70, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada. En el ámbito sectorial: Directiva 1999/63, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar suscrito por la ECSA y FST; Directiva 2000/79, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la AEA, la ETF, la ECA, la ERA y la IACA. En la doctrina, vid. Mazuyer y de la Rosa (2009): 320 y sigs.

rectivas se pueda llevar a cabo en los Estados miembros también por medio de convenios colectivos.[83]

La cuestión es si los convenios colectivos o los acuerdos voluntarios sobre medio ambiente pueden ser considerados como un instrumento adecuado para cumplir las obligaciones derivadas de las Directivas y, en su caso, bajo qué condiciones. El Derecho de la Unión ofrece a los Estados miembros la más amplia capacidad de opción en cuanto a la forma de transposición de las directivas en el ordenamiento interno. En efecto, de acuerdo con el art. 288 TFUE las autoridades internas tienen la libertad de elección de la forma y los medios apropiados para alcanzar el resultado fijado por la directiva. En principio, por tanto, no parece haber ninguna razón para excluir de forma general a los convenios colectivos o los acuerdos voluntarios celebrados en materia ambiental como forma adecuada de dar cumplimiento a lo establecido en las directivas.

Para completar nuestro análisis debemos atender, en primer lugar, a si las propias directivas vigentes imponen alguna limitación a los mencionados tipos de acuerdos como medio de cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión; y, en segundo lugar, a la posición que sobre el tema se deduzca de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A los efectos del siguiente análisis conviene diferenciar los dos mencionados tipos de acuerdos.

5.2 · Convenios colectivos

Las directivas adoptadas en materia sociolaboral finalizan como las demás directivas con una disposición cuya fórmula estereotipada dice lo siguiente: «Los Estados miembros introducirán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir con esta Directiva a más tardar el […]». Interpretada en sentido literal, esta fórmula excluiría la posibilidad de una transposición mediante autorregulación. Los convenios colectivos difícilmente encajan en la noción de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. No obstante, es discutible que una directiva pueda limitar la capacidad de elegir la forma y los medios de alcanzar el re-

83 Dueñas Herrero, L. J. (2009): «La interiorización de los acuerdos europeos por los convenios colectivos nacionales», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, pp. 21-38, aquí 29.

sultado de la directiva que reconoce el Tratado a los Estados miembros.[84] La indicada fórmula estereotipada no tiene por qué ser interpretada de forma excluyente; en efecto, que algunas medidas no estén mencionadas expresamente no tiene por qué significar que deban ser excluidas de los medios de que disponen los Estados miembros para cumplir con sus obligaciones.

Con anterioridad al Tratado de la Unión Europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y las conclusiones de los abogados generales se habían resistido a la ejecución convencional de las directivas, insistiendo en la necesidad de la garantía estatal del cumplimiento de las obligaciones derivadas de ellas.[85] En el asunto 91/81, el Tribunal de Justicia admitió implícitamente que los convenios colectivos podrían ser instrumentos adecuados para transponer las directivas comunitarias, aunque en el caso concreto entendió que los acuerdos en cuestión no garantizaban una incorporación plena en cuanto que no cubrían todos los sectores económicos y no reunían la totalidad de los requisitos establecidos por la directiva.[86] En el asunto 143/83, el Tribunal declaró que los Estados miembros pueden confiar la transposición del principio de igual remuneración en primera instancia a los representantes patronales y sindicales, aunque los Estados tienen que adoptar disposiciones legislativas o administrativas siempre que la protección efectiva no quede garantizada por otros medios y, en particular, si no hay convenios colectivos, o estos no incluyen a todos los trabajadores. Conviene que recojamos exactamente lo que señaló el Tribunal de Justicia:[87]

> 8. Debe admitirse que los Estados miembros pueden dejar, en primer lugar, que los interlocutores sociales apliquen el principio de igualdad de retribución. Sin embargo, esta facultad no los exime de la obligación de garantizar, mediante las aprobadas medidas legales, reglamentarias o administrativas, que todos los trabajadores de la Comunidad puedan beneficiarse en toda su extensión de la protección prevista por la Directiva. La garantía estatal debe cubrir todos los casos en que no exista otra protección efectiva, cualquiera que sea la causa de dicha inexistencia, y, especialmente, cuando los trabaja-

84 Adinolfi, Adinolfi (1988): «The implementation of social policy directives through collective agreements», *Common Market Law Review*, vol. 25, p. 302.

85 Una síntesis de dicha jurisprudencia restrictiva puede verse en Casas Baamonde, María Emilia (1996): «Directivas europeas de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, pp. 92-94.

86 STJCE de 8 de junio de 1982, *Comisión/Italia*, as. 91/81, p. 2133 (apdo. 9).

87 STJCE de 30 de enero de 1985, as. 143/83, *Comisión/Dinamarca*, p. 195 (apdos. 8-10).

dores de que se trata no forman parte de un sindicato, cuando el respectivo sector no está regulado por un convenio colectivo, o cuando dicho convenio no garantiza el principio de igualdad de retribución en toda su extensión.

9. A este propósito, la Ley danesa objeto de litigio, no posee la claridad ni la precisión necesarias para la protección de los trabajadores. Aun admitiendo la tesis del Gobierno danés, cuando afirma que la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, en el sentido amplio que persigue la Directiva, está asegurada en los convenios colectivos, no se ha demostrado que la misma aplicación de este principio esté garantizada a los trabajadores cuyos derechos no están definidos en dichos convenios.

10. Como estos trabajadores no están regularmente organizados y trabajan en pequeñas o en medianas empresas, se debe vigilar especial y atentamente que se les garanticen los derechos derivados de la Directiva. Por consiguiente, los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares exigen una expresión inequívoca que permita a los interesados conocer sus propios derechos y obligaciones de modo claro y preciso, y cuyo respeto esté garantizado por los tribunales.

El mismo criterio se aplicó en el asunto 235/84: los convenios colectivos invocados por el gobierno en cuestión, no constituyen medios adecuados para la plena incorporación de una directiva, porque «por muy difundidos e importantes que sean, solo cubren determinados sectores económicos y, por su naturaleza contractual, solo crean obligaciones en las relaciones existentes entre los trabajadores miembros de la organización sindical de que se trate y los empresarios o empresas vinculados por dichos convenios».[88]

De la mencionada jurisprudencia se desprendía, primero, que no cabía descartar la validez de los convenios colectivos en las tareas de transposición de directivas; segundo, que se consideraban instrumentos adecuados y suficientes de transposición, sin que fuera necesario acudir a medidas legislativas o reglamentarias, cuando alcancen plenamente el resultado fijado por la directiva. En suma, la suficiencia de los convenios colectivos como forma de transposición de las directivas depende de su ámbito de aplicación: requiere que los convenios colectivos sean aplicables a todos los sectores económicos e incluyan a todos los trabajadores concernidos por la directiva, condición esta que puede plantear problemas en la práctica para los traba-

88 STJCE de 10 de julio de 1986, as. 235/84, *Comisión/Italia*, p. 2296 (apdo. 21).

jadores fuera de convenio. Por esta razón, en la práctica lo más oportuno puede ser una combinación de medidas legislativas y convencionales.[89]

No obstante, desde el año 1992 la intervención de los agentes sociales en la aplicación de las directivas no está ya desprovista de base jurídica. Por un lado, el Acuerdo sobre la Política Social, anejo al Tratado de la Unión Europea, hizo referencia expresa a un modo de aplicar las directivas aprobadas en ese campo, a saber, los acuerdos entre los empresarios y los trabajadores.[90] Por otro, el art. 153.3 TFUE (antiguo 137.4 TCE) establece lo siguiente:

> Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2, o en su caso, la aplicación de una decisión del Consejo de conformidad con el artículo 155.
>
> En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta o aplicada una directiva o una decisión, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva o dicha decisión.

La influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se percibe tanto en el Acuerdo sobre la Política Social como en el art. 153.3 TFUE: la vía convencional no excluye la responsabilidad de los Estados miembros, sobre los que pesa la obligación de «tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados» por las directivas. Con la consagración de la transposición convencional, señala Casas Baamonde, se satisfacen las necesidades de Estados de fuerte tradición convencional, el llamado modelo de transposición «belga-italo-germánico», calificado de «federalismo social»; necesidades intensificadas por la incorporación de los países escandinavos.[91]

Algunas modernas directivas facultan expresamente a los Estados miembros a optar por una transposición convencional, siempre a petición conjunta de los propios interlocutores sociales. Así, el art. 18 de la Directiva

---

89 Adinolfi (1988): 315.

90 Acuerdo sobre la política social, DO n° C 224 de 31.8.1992, p. 127, artículo 2. Véase también la Comunicación de la Comisión para la aplicación del Protocolo sobre la Política Social, de 14 de diciembre de 1993.

91 Casas Baamonde (1996): 95.

2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual establece lo siguiente:[92]

> Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003 o bien podrán confiar su aplicación, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos, a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos. En tal caso, los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 2 de diciembre de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias; los Estados miembros interesados deberán tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

En el caso de la Directiva 2000/78/CE el legislador español se ha limitado a fomentar el diálogo social en la materia cubierta por la directiva, en los términos de la propia Directiva, pero excluye que parte de los objetivos de la Directiva sean alcanzados mediante convenios colectivos.[93]

La doctrina especializada sostiene que la transposición convencional regulada en el ordenamiento español se adecua a los requisitos normativos y jurisprudenciales mencionados. Así, Casas Baamonde afirma que «los mecanismos previstos por el legislador en el Título III del [Estatuto de los Trabajadores] para garantizar la vinculabilidad de los convenios colectivos (eficacia normativa y personal general) y el reconocimiento de unidades generales de negociación (intersectoriales y sectoriales), además de la

---

92 DOCE 2000 L 303, p. 16. Una disposición similar contiene el art. 16 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE 2000 L 180, p. 22).

93 Los arts. 34-43 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social han incorporado la Directiva al ordenamiento interno. El art. 42 («Fomento de la igualdad en la negociación colectiva») se limita a prever el fomento de la igualdad a través de la negociación colectiva: «Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

ultraactividad del contenido normativo de dichos convenios, aseguran suficientemente, en el caso español, la responsabilidad del Estado».[94] Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado que la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva «es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra expresión jurídica en el texto constitucional», así como que la fuerza vinculante de los convenios «emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario».[95] Ahora bien, la fuerza vinculante de los convenios colectivos *ex* art. 37.1 CE no puede confundirse con una pretendida intangibilidad o inalterabilidad frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida, y que, en virtud del principio jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico.[96]

La transposición de directivas mediante convenios colectivos no plantea problema alguno derivado del orden constitucional de competencias, dado que los convenios colectivos se insertan en el marco competencial de la legislación laboral, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7 CE): la decisión de proceder a transponer una directiva europea mediante negociación colectiva representaría el ejercicio de la competencia estatal sobre la legislación laboral y no implicaría un vaciamiento competencial o un desapoderamiento de las Comunidades Autónomas. El problema constitucional se podría plantear si esa forma de transposición incidiera en los aspectos organizativos y de gestión de la legislación laboral, ya que la competencia para la ejecución de la legislación laboral es autonómica.[97]

---

94 Casas Baamonde (1996): 95.

95 ATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 7, con cita de STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3.

96 SSTC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 8.

97 La jurisprudencia constitucional ha señalado a este respecto que un acuerdo tripartito que atribuye a las organizaciones sociales firmantes todos los aspectos de organización y gestión de las medidas de formación continua vulnera las competencias autonómicas sobre la ejecución de la legislación laboral (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 16).

5.3 · Acuerdos voluntarios sobre medio ambiente

La Comisión aprobó el 9 de diciembre de 1996 una «Recomendación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican Directivas comunitarias».[98] Esta recomendación establece el marco jurídico de la utilización de acuerdos voluntarios para la transposición de directivas, y debe leerse a la luz de dos comunicaciones de la Comisión, la Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo sobre los acuerdos sobre medio ambiente adoptada al mismo tiempo (el 27 de noviembre de 1996)[99] y la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, titulada *Acuerdos medioambientales a nivel comunitario en el marco del Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulador»*, adoptada seis años más tarde.[100]

Como acto no vinculante (art. 288 TFUE), la Recomendación de la Comisión se limita a «dar orientaciones» a los Estados miembros. En caso de que un Estado miembro no se ajustara a alguna de esas orientaciones, sería en última instancia el Tribunal de Justicia quien decidiría si la actuación del Estado miembro es o no conforme con el Derecho de la Unión. Pero la Recomendación no está desprovista de efectos jurídicos: mientras no se derogue o modifique, el cumplimiento de sus orientaciones exime de responsabilidad al Estado miembro frente a una eventual demanda de incumplimiento que pueda interponer la Comisión.[101]

El ámbito de aplicación de la Recomendación son los acuerdos entre las administraciones públicas y los sectores económicos («Acuerdos sobre medio ambiente») como medio de aplicación de directivas comunitarias sobre medio ambiente y siempre que dichas directivas autoricen expresamente

---

98 Recomendación 96/733/CE de la Comisión de 9 de diciembre de 1996 relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican Directivas comunitarias (Texto pertinente a los fines del EEE), DOCE 1996 L 333, pp. 59-61; corrección de errores DOCE 1997 L 10, p. 40. En la doctrina puede verse Koopmann, H.-M. (2000): «The practice of voluntary agreements under EC Law», *European Review of Public Law/ Revue européenne de droit public*, 12:4, pp. 1271-1296; Giebel, Christoph (2001): *Vereinbarungen als Instrument des Umweltschutzes. Eine vergleichende Untersuchung des französischen, deutschen und europäischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden.

99 Com (96) 561 final.

100 Com (2002) 412 final.

101 Koopmann (2000): 1283.

una aplicación mediante acuerdos. Tal como expresamente se señala en el preámbulo de la Recomendación, las directivas deben indicar de manera concreta las disposiciones que puedan aplicarse mediante un acuerdo sobre medio ambiente.

La Recomendación establece dos tipos de requisitos para los acuerdos sobre medio ambiente, unos preceptivos («en todos los casos») y otros referenciales («cuando proceda»):

> 2.2. En todos los casos, los acuerdos deberán:
> *a)* revestir la forma de un contrato, cuya aplicación se realizará con arreglo al Derecho civil o al Derecho público;
> *b)* establecer objetivos cuantificados e indicar los objetivos intermedios y sus correspondientes plazos;
> *c)* publicarse en el Diario Oficial nacional o recogerse en un documento oficial de igual facilidad de acceso al público;
> *d)* establecer un seguimiento de los resultados que se obtengan, la presentación periódica de informes a las autoridades competentes y la información adecuada al público;
> *e)* estar abiertos a todos aquellos que deseen cumplir las condiciones de los acuerdos.
>
> 2.3. Cuando proceda, los acuerdos deberán:
> *a)* establecer disposiciones efectivas para la recogida, la evaluación y la comprobación de los resultados que se obtengan;
> *b)* obligar a las empresas participantes a poner la información sobre la aplicación del acuerdo a disposición de cualquier tercero en las mismas condiciones que se aplican a las administraciones públicas con arreglo a la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente (5);
> *c)* establecer sanciones disuasorias, como multas, penalizaciones o retiradas de permisos, en caso de incumplimiento.

¿Cuál es la función de los acuerdos sobre medio ambiente, sustituir o completar las medidas legislativas de transposición? Las dos opciones son en principio posibles de acuerdo con el preámbulo de la Recomendación: «en determinadas circunstancias, los acuerdos sobre medio ambiente pueden completar la legislación o sustituir una legislación más detallada, si se utilizan como medio de aplicar determinadas disposiciones de Directivas». Más precisiones sobre las «determinadas circunstancias» en las que los acuerdos sobre medio ambiente pueden utilizarse para transponer directivas, se contienen en el apartado V de la Comunicación de la Comisión y del Parlamento Europeo de 27 de noviembre de 1996, que lleva el títu-

lo «Acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican determinadas disposiciones de directivas comunitarias». Dicha Comunicación acota la tipología de directivas en cuya aplicación pueden intervenir los acuerdos sobre medio ambiente. La distinción básica está entre las directivas que pretenden crear derechos y obligaciones para los individuos y las directivas que prevén el establecimiento de programas generales o la consecución de objetivos generales. Salvo que pudieran declararse de aplicación general, la adopción de acuerdos sobre medio ambiente no podría garantizar que las disposiciones de las directivas dirigidas a crear derechos y obligaciones se aplicaran a todos los individuos. En cambio, respecto a la otra categoría de directivas se señala que «la plena consecución de los objetivos fijados no precisa necesariamente medidas reglamentarias» y que «los acuerdos vinculantes son un medio adecuado y suficiente de aplicación, ya que contienen compromisos de la administración pública, por lo que pueden constituir la medida adecuada de aplicación adoptada por los Estados miembros para cumplir las obligaciones correspondientes establecidas en las directivas comunitarias».[102]

La Comunicación de 1996 considera que el legislador de la Unión puede dar a los Estados miembros «la posibilidad de elegir entre acuerdos sobre medio ambiente o legislación nacional como medio de lograr los objetivos», posibilidad que «resulta especialmente adecuada si se trata de acuerdos establecidos por un Estado miembro antes de la adopción de la directiva». No obstante, el legislador de la Unión «debe limitar esa posibilidad a casos concretos y supeditarla al cumplimiento de condiciones declaradas y comprobables a fin de que haya seguridad jurídica y se cumplan de manera eficaz las directivas comunitarias en la Comunidad».[103]

A pesar de la insistencia de la Recomendación y de la Comunicación de 1996 en la necesidad de una autorización expresa por parte de la directiva de que se trate, hay que entender que lo importante, más que la expresa autorización o la referencia explícita a acuerdos sobre medio ambiente, acuerdos voluntarios, etc., es que los acuerdos sobre medio ambiente sean posibles en el contexto de las obligaciones derivadas de la directiva.[104] Así, en el asunto C-255/93 (*Comisión/Francia*) se discutía ante el Tribunal de Justicia la indebida transposición de la Directiva 85/339/CEE sobre envases

102 Punto 32 de la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996.
103 Punto 33 de la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996.
104 En el mismo sentido, Koopmann (2000): 1288.

de líquidos para consumo humano. Los Estados miembros estaban obligados a establecer «programas» para reducir el peso y/o el volumen de los envases. Las autoridades francesas celebraron acuerdos con los sectores industriales correspondientes a fin de establecer dichos programas de reducción. El Tribunal de Justicia consideró que dichos acuerdos contenían compromisos para las autoridades francesas, por lo que, en principio, podían considerarse programas a los efectos de dicha Directiva. El problema es que no cumplían los requisitos de fondo fijados por la directiva: el establecimiento de objetivos cuantificados y de un calendario de realización de los programas. En definitiva, el Tribunal no entró en disquisiciones formalistas entre «programas» y «acuerdos», sino que atendió a si los concretos acuerdos concluidos garantizaban el cumplimiento pleno de las obligaciones derivadas de la directiva.

La Comunicación alude especialmente a una combinación de legislación y acuerdos voluntarios como forma posible de transposición de una directiva. La legislación de incorporación formal de una directiva al ordenamiento interno podría eximir a las partes en un acuerdo del cumplimiento de las disposiciones pertinentes, siempre que cumplieran lo dispuesto en el acuerdo. Ese «repliegue» legislativo es un buen medio de evitar que se beneficien los «aprovechados» y constituye una garantía de cumplimiento de la legislación comunitaria. Además, dado que la aplicación de todas las disposiciones de una directiva requiere legislación nacional, la legislación «de repliegue» puede aprobarse fácilmente junto con la incorporación de la directiva al Derecho nacional.[105]

Si se opta por utilizar los acuerdos sobre medio ambiente como medio de aplicar las directivas, los Estados miembros deben notificar a la Comisión los acuerdos junto con toda la información oportuna sobre los mismos, al mismo tiempo que las demás medidas internas adoptadas para aplicar la directiva, con el fin de que pueda comprobarse su eficacia como medio de incorporación al ordenamiento interno.[106]

---

105 Punto 34 de la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996.

106 Punto 4 de la Recomendación 96/733/CE de la Comisión de 9 de diciembre de 1996, relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican Directivas comunitarias.

5.4 · Conclusiones

La autorregulación o, en su caso, la corregulación de los sectores socioeconómicos concernidos han de ser tenidas en cuenta como instrumentos de transposición de las directivas. Los convenios colectivos y los acuerdos voluntarios de las empresas o asociaciones de empresas sobre medio ambiente pueden considerarse como instrumentos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las Directivas, por sí mismos o, como ocurrirá a menudo, en conjunción con medidas legislativas.[107] Por lo general serán instrumentos adecuados *y suficientes* cuando las directivas no pretendan crear derechos y obligaciones para los individuos, esto es, cuando no sea preciso garantizar que las disposiciones de la directiva se apliquen a todo el mundo. En cualquier caso, los Estados miembros deben estar en condiciones de garantizar, de manera completa y dentro de los plazos fijados, los resultados establecidos en las directivas correspondientes.

6 · Transposición mediante normas de remisión a las directivas

Otra alternativa que se viene considerando en la última década es la transposición de directivas mediante normas de remisión, esto es, mediante la adopción de una norma interna no sustantiva que remite al contenido de la directiva en cuestión.[108] Las posturas doctrinales van desde un

---

107 Así mismo, Prechal (2005): 86.

108 Sobre la remisión como técnica legislativa, vid. Arrowsmith (1998) desde una perspectiva general, aunque su análisis se ciñe a la transposición de directivas relativas a la contratación pública, materia en la cual diversos Estados miembros (Dinamarca, Irlanda) habrían recurrido de forma generalizada a la transposición por remisión. Otros autores incluyen a los Países Bajos, Estonia y Austria entre los Estados miembros que transponen directivas mediante remisión; así, Mehdi (2007): 704. Desde la perspectiva del derecho alemán, con ejemplos, vid. Klindt, Thomas (1998): «Die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen auf EG-Recht aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, pp. 373-380; Weihrauch, Sebastian (2001): «Pauschale Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von EG-Recht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, pp. 265-270; Milej, Tomasz (2009): «Zur Verfassungsmäßigkeit der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch dynamische Verweisungen und Rechtsverordnungen», *Europarecht*, pp. 577-591; desde la del derecho austriaco, vid. Eisenberger, Iris, y Urbantschitsch, Wolfgang (1999): «Die Verweisung als Instrument zur Umsetzung von Gemeinschaftsrecht», *Österreischische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 3, pp. 74-78; Irresberger (2001).

«no rechazo de partida pero preferible abstenerse»[109] hasta la defensa como técnica legislativa general,[110] pasando por planteamientos prudentes de una defensa limitada.[111]

---

109 Irresberger (2001): 126: «Zusammenfassend sollten daher dynamische Verweisungen auf Gemeinschaftsrecht außerhalb des Rahmens der Tatbestandsanknüpfung vermieden werden». Con todo, en la página siguiente concluye: «[...] sind Verweisungen auf Gemeinschaftsrecht, soweit dies anhand der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes gesagt werden kann, *in einem recht weiten Bereich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dennoch gibt es gewichtige Gründe rechtspolitischer oder schlicht legistischer Art, die für einen möglichst sparsamen Gebrauch dieser Technik im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht sprechen.* Sie entspringen im wesentlichen der Sichtweise eines typischen Normadressaten...». Por su parte, Eisenberger y Urbantschitsch (1999) no excluyen (p. 74), en línea de principio, la transposición de directivas mediante remisiones: «en especial en aquellos ámbitos en los que el Derecho de la Unión Europea establece determinaciones ya detalladas, el instrumento de la remisión puede ser de gran utilidad. Sin embargo, el legislador está sujeto a limitaciones derivadas tanto del Derecho de la Unión Europea como del derecho constitucional» (p. 74). En efecto, dada la naturaleza de los condicionantes jurídico-comunitarios y jurídico-constitucionales que consideran, la conclusión parece decantarse más bien por la evitación de esta técnica legislativa y la preferencia de la técnica de las habilitaciones normativas para garantizar la reacción flexible a las modificaciones del Derecho de la Unión Europea (p. 78). Una posición similar domina entre los autores españoles: así, García-Trevijano Garnica (1993): 211 (carácter excepcional, en aspectos determinados y siempre que sea imprescindible), Sáinz Moreno (1994): 32 («crea mayor inseguridad y solo excepcional y parcialmente puede admitirse») y Pascua Mateo (2006): 283 («utilización excepcional, como es el caso de una traslación urgente de la directiva para evitar incurrir en responsabilidad ante las instituciones comunitarias», citando el RDL 1/1997 que incorpora así parcialmente la Directiva 95/47/CE).

110 Klindt (1998): 373-380; Milej (2009).

111 Arrowsmith (1998): 510: «[...] the most appropriate method of transposition in a particular case is likely to depend to a large extent on the background conditions in a particular Member State –for example, the extent of existing legal rules in the field in question– and the features of the Directives themselves. Certainly it is not clear that one or other of the major techniques discussed –detailed implementation or implementation by reference– is automatically preferred. [...] Clearly, then, it should not be assumed that detailed implementation is always the better option, but it is necessary to consider the relative merits of each approach in light of the particular circumstances».

6.1 · Breve referencia al concepto de remisión

Conviene aclarar algunos aspectos en relación con el concepto de remisión[112] desde la perspectiva del objeto de este capítulo. Cabe advertir que una de las dificultades para una aproximación de este tipo es que los estudios doctrinales sobre la técnica de la remisión no suelen tener en cuenta los problemas específicos de las remisiones a ordenamientos externos (extranjeros o internacionales) ni al ordenamiento comunitario. El ordenamiento comunitario no es un ordenamiento extranjero o internacional en sentido propio, como reconoció el Tribunal Constitucional en la STC 165/1994, FJ 4, sino «un orden jurídico […] que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades europeas puede considerarse a ciertos efectos como "interno"». Esta perspectiva de «orden jurídico cuasi interno» sugiere, por lo tanto, que los criterios desarrollados sobre las remisiones entre el ordenamiento estatal y autonómico no serán totalmente inapropiadas respecto a las remisiones a las directivas europeas.

En una remisión tenemos una norma de remisión (*Verweisungsgrundlage*) y un objeto de remisión (*Verweisungsobjekt*). Solo cabe considerar como remisiones las denominadas *constitutivas*: es decir, no son remisiones propias aquellas en las que el objeto de remisión se aplicaría en todo caso, tanto si existe como si no existiera la supuesta norma de remisión. En el supuesto que analizamos, la transposición de directivas mediante normas de remisión, la norma de remisión sería una norma jurídica interna (legal o reglamentaria, estatal o autonómica) y el objeto de remisión, una directiva, ya sea total o parcialmente (p. ej. determinados artículos o determinados anexos). Es evidente que se trataría de una remisión de las llamadas *externas*, porque el objeto de remisión se encuentra fuera de la propia norma de remisión, más concretamente en un ordenamiento diferente.

Una distinción importante atañe a si el objeto de remisión queda definitivamente fijado (se congela según la redacción vigente en un momento dado) o de si aplica el objeto de remisión en la redacción vigente en cada

---

112 Véase especialmente Karpen, Hans-Ulrich (1979): *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebung*, Berlín, 1970; Debus, Alfred G. (2008): *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Duncker & Humblot, Berlín. En lengua castellana, vid. Salvador Coderch, Pablo (1986): «Las remisiones», en AA.VV. [Gretel], *La forma de las leyes*, Bosch, Barcelona, cap. VII; Hernández Marín, Rafael Luis (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

momento. En el primer caso se trata de remisiones estáticas, y en el segundo de remisiones dinámicas.

Desde otro punto de vista se diferencia entre remisiones puras, condicionadas o parciales. En las primeras el objeto de remisión se aplica íntegramente; en las segundas, en cambio, la aplicabilidad se sujeta a cláusulas del estilo de *mutatis mutandis*; por último, en las remisiones parciales se acota el objeto de remisión, que no se identifica con la totalidad de la fuente del Derecho. En realidad, si consideramos como objeto de remisión a los enunciados jurídicos (y no a las disposiciones jurídicas o a las fuentes de Derecho como tales), cabe apuntar que el objeto de remisión en relación con la transposición de directivas será habitualmente múltiple, ya que los objetos de remisión de la consecuencia suelen ser varios enunciados jurídicos (p. ej., los comprendidos en las concretas disposiciones de la directiva a las que se remite la norma de remisión). En cualquier caso la clasificación convencional puede ser útil en el análisis jurídico posterior.

Menos claras están en la doctrina científica las consecuencias precisas de la remisión. Para diversos autores, la consecuencia de la remisión es la incorporación del objeto de remisión a la norma de remisión.[113]

Entre el concepto ordinario de remisión y la transposición de directivas mediante normas de remisión existen no obstante algunas diferencias. Se trata en ambos casos de un mandato normativo de aplicación (*normative Anwendungsbefehl*) de los enunciados jurídicos contenidos en el correspondiente objeto de remisión. Ahora bien, según la concepción tradicional mediante la remisión se extiende la aplicabilidad del objeto de remisión al ámbito de vigencia de la norma de remisión.[114] En cambio, la transposición mediante remisión no extiende la aplicabilidad del objeto de remisión, por-

---

113 Esta opinión es polémica. Vid. al respecto las referencias citadas por Salvador Coderch (1986): 224 (en nota); Salvador Coderch, Pablo (1989): «Definiciones y remisiones», en F. Sáinz Moreno y J. C. da Silva Ochoa (dirs.), *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, p. 174 (en nota). Además de las referencias allí indicadas, también se muestra contrario a la tesis de la incorporación Hernández Marín (1998): 294-295.

114 Salvador Coderch (1986): 224; Hernández Marín (1998): 293. Este último autor expresa esa ampliación de aplicación mediante la diferenciación entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa: «Un enunciado jurídico *E* cualquiera es jurídicamente aplicable, *internamente*, a un grupo de casos, a aquellos casos a los que el propio enunciado se refiere en su suposición. Si además el enunciado *E* es el objeto de remisión de una remisión en la consecuencia, entonces *E* se convierte en jurídicamente aplicable, también *externamente*, a los casos contemplados por la suposición de la remisión en la consecuencia».

que la directiva constituye Derecho de la Unión Europea vinculante para el Estado miembro en cuestión (para sus autoridades internas), que *no necesita una extensión formal de vigencia* al ámbito territorial de dicho Estado. Lo que persigue la norma de remisión es *convertir* el contenido de la directiva *en derecho directamente aplicable* en el ordenamiento interno, en derecho invocable por los particulares. En suma, gracias al mandato de aplicación los particulares podrían invocar directamente en el ordenamiento interno el contenido de la directiva; faltando ese mandato de aplicación (o, en su defecto, una transposición más convencional), los particulares solo podrían obtener remedio jurídico-subjetivo a un incumplimiento recurriendo bien a la doctrina jurisprudencial de la eficacia directa bien a la responsabilidad patrimonial.

6.2 · Ventajas, inconvenientes y criterios desde el punto de vista de la técnica legislativa

Entre las ventajas (o funciones) que ofrecen las remisiones como técnica de transposición de las directivas pueden mencionarse las siguientes:

a) Economía legislativa

Cuando las directivas que deben ser transpuestas presentan en todo o en parte un carácter sumamente detallado puede parecer superfluo una transposición mediante una legislación duplicativa. La ventaja de la transposición mediante remisión consistiría en que, de esta forma, no se aumenta artificialmente el *inventario* de normas, cuando ya existe una norma que recoge suficientemente los enunciados jurídicos aplicables.[115] La técnica de la remisión sería especialmente útil en relación con las listas y las tablas que enumeran sustancias, objetos o productos que se contienen en los anexos de las directivas.[116] Por otra parte, al descargarse de proyectos reiterativos de normas, los órganos responsables (gubernamentales o legislativos) pueden concentrar sus energías legislativas en operaciones más necesarias o de más enjundia política.

---

115 Vid. Irresberger (2001): 119.

116 Mehdi (2007): 704. La autora se muestra partidaria del uso de la remisión en Francia en estas circunstancias, siempre que se garanticen la accesibilidad y la inteligibilidad de la norma comunitaria de referencia.

b) Plena fidelidad de la transposición

Una transposición por remisión evita los riesgos de una transposición incompleta o infiel; no existen errores ni carencias de transposición.[117]

c) Adecuación automática a los cambios futuros de la norma de remisión

Las directivas suelen ser objeto de numerosas y sucesivas modificaciones, que a menudo no atañen a aspectos jurídico-materiales sino a especificaciones técnicas en función de la evolución de la tecnología disponible o de los conocimientos científicos disponibles. Hay que notar que con frecuencia existen grupos de directivas relativas a una materia (p. ej., en materia de homologación de productos), directivas que, no obstante la falta de una jerarquía formal de normas más sofisticada, pueden ser ordenadas con arreglo a criterios formales (órgano y procedimiento de adopción) y materiales (directiva de base, directivas de desarrollo, directiva de aplicación). Suele suceder que la regulación de la materia posee cierta estabilidad (siempre relativa), mientras los aspectos más técnicos están sujetos a una actualización periódica. Ese grupo normativo de directivas se transpone al ordenamiento interno ateniéndose a las fuentes de Derecho y a la distribución interna de competencias. Como resultado se adoptan leyes (básicas o no) o reglamentos, o ambos instrumentos a la vez. Pues bien, una remisión dinámica al contenido técnico de una directiva o al de las directivas de un determinado grupo normativo, además de conferir estabilidad al derecho interno aplicable (p. ej., a la Ley o al Decreto que regula principalmente la materia), procura su adecuación inmediata a las nuevas circunstancias.[118]

Los inconvenientes de la remisión como técnica de transposición de directivas se desprenden de la comparación con su principal alternativa, la adopción de normas jurídicas sustantivas. En particular cabe considerar los siguientes inconvenientes:

a) Falta de integración de las normas europeas con la legislación interna existente

Si en una materia dada el derecho interno se limita a establecer una remisión a la directiva correspondiente, los ciudadanos y los operadores

---

117 Vid. Irresberger (2001): 119.

118 Vid. con carácter general Salvador Coderch (1986): 229, y, en relación con la transposición de directivas, Klindt (1998): 380; Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 75-76.

jurídicos se las tendrán que ver con una doble fuente de regulación, la legislación interna y la legislación europea (en relación con los aspectos europeizados de la materia), y ellos mismos tendrán que resolver, con ayuda de los principios de integración de ordenamientos, las dudas que se les puedan plantear en los supuestos concretos. Los problemas de integración serán más o menos graves dependiendo de una serie de variables: la mayor o menor dimensión cuantitativa de ambas legislaciones, la complejidad así como la proximidad entre ambas regulaciones. Así, el mencionado inconveniente sería menos relevante en las materias en que una de las dos legislaciones no tuviera una regulación intensa: p. ej., si el ordenamiento interno careciera previamente de una legislación al respecto[119] o si las normas de procedencia comunitaria fueran pocas y regularan cuestiones distintas de las contempladas en el ámbito interno. Por otra parte, también puede aducirse que ese mismo fenómeno de la necesidad de integración ocurre con amplias parcelas del ordenamiento interno vigente, en las que por ejemplo confluyen legislación preconstitucional, legislación básica, legislación sectorial, legislación autonómica, etc. Con todo, podría considerarse que la remisión superaría el inconveniente analizado si, en lugar de limitarse a establecer la inaplicabilidad de las disposiciones internas incompatibles con el objeto de remisión, identificara y, por consiguiente, derogase expresamente las disposiciones internas incompatibles.[120]

b) Inexistencia de mediación clarificadora

Las directivas suelen estar redactadas con conceptos y términos ajenos a la cultura jurídica interna, bien porque sus soluciones se han inspirado en una determinada tradición jurídica bien por el motivo contrario, porque procuran expresarse en términos asépticos y neutrales. La transposición ofrece la oportunidad de trasvasar los enunciados jurídicos de la directiva en términos y conceptos comprensibles y operativos para los ciudadanos y los operadores jurídicos. La intervención normativa de las autoridades internas es necesaria para clarificar conceptos y para insertar plena y efectivamente las disposiciones en el ordenamiento interno.

---

119 Arrowsmith (1998): 509 apunta esta circunstancia, señalando p. ej. la casi inexistencia de legislación sobre contratación pública en algunos Estados miembros.

120 Vid. en este sentido Arrowsmith (1998): 501 aprobando tal práctica llevada a cabo por Dinamarca para la transposición de las directivas en materia de contratación pública (recurso generalizado a la remisión más normas de derogación expresa).

c) Seguridad jurídica

Se han aducido diversas ventajas potenciales, relacionadas con la seguridad jurídica, derivadas de una transposición mediante remisión. Como consecuencia de la plena fidelidad de la transposición, se señala, los ciudadanos no serían inducidos a error en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones.[121] En este mismo sentido se argumenta que los ciudadanos se ahorrarían la necesidad de tener en cuenta dos textos jurídicos diferentes: por una parte, la normativa interna, que es la que en principio se les aplica; por otra, la normativa comunitaria, para verificar si la norma interna ha efectuado una transposición incorrecta. Se argumenta incluso que esta doble consulta sería especialmente desfavorable para las empresas extranjeras, quienes en principio conocen mejor la normativa comunitaria que la propia del Estado en el que pretenden desarrollar su actividad.[122]

Los argumentos anteriores resultan poco convincentes, pero no menos razonable puede considerarse la conclusión de que la transposición mediante remisión sería especialmente adecuada cuando el propio contenido de la directiva fuera ambiguo (¡!).[123] Si el contenido de la directiva es ambiguo, es preciso ahondar en las causas de la ambigüedad: la falta de claridad puede ser expresión de una deficiente calidad de la directiva o de la voluntad de reconocer una amplia discrecionalidad a los Estados miembros (no pocas veces se trata del mismo fenómeno, ya que los criterios políticos de discusión priman sobre los criterios jurídico-técnicos de redacción). Pero la ambigüedad de las directivas no parece un argumento convincente para justificar la remisión como técnica de transposición de las directivas. En realidad, la transposición mediante remisión no favorece la seguridad jurídica. Los ciudadanos no conocen mejor sus derechos y obligaciones, sino todo lo contrario.

---

121 Arrowsmith (1998): 510.

122 En este sentido argumenta Arrowsmith (1998): 510. En su comparación de las ventajas comparativas entre transposición mediante normas jurídicas sustantivas o mediante remisión, esta autora tiene especialmente presente la transposición del Derecho de la Unión Europea de la contratación pública. Pero, con todo, no parece aceptable argumentar con la necesidad de seguridad jurídica de las (grandes) empresas extranjeras en detrimento de la seguridad jurídica de las empresas y de los ciudadanos nacionales. El argumento es sospechoso de favorecer, *pro domo suo*, las empresas extranjeras en los ordenamientos que cuentan con una extensa legislación en materia de contratación pública (Francia, España, Italia...).

123 Arrowsmith (1998): 510 sostiene esta tesis.

d) Problemas de accesibilidad y claridad

Dado que la totalidad de los enunciados jurídicos aplicables no se encuentran en el texto de la propia norma interna, los ciudadanos han de acudir a fuentes legislativas adicionales (DOUE), además de la de la norma de remisión. Esta circunstancia es más que una simple molestia cuando la norma de transposición no indica el lugar preciso de publicación de la directiva. Desde la perspectiva de la técnica legislativa resultaría conveniente que las normas de remisión incluyeran la referencia precisa al lugar de publicación de la directiva (DOUE, sección L, nº de ejemplar y fecha). No obstante, debe tenerse en cuenta que esa accesibilidad del objeto de remisión se verá mermada en el caso de posteriores modificaciones, si se admiten las remisiones dinámicas. Una posibilidad de paliar esa merma de accesibilidad del objeto de remisión en las remisiones dinámicas sería incorporar también el número de documento CELEX. A través de esta referencia sería posible identificar posibles modificaciones posteriores y determinar la vigencia de la norma en cuestión.

No obstante, el análisis de ventajas e inconvenientes desde el punto de vista de la técnica legislativa no da cuenta suficiente de la problemática de las remisiones. El problema de las remisiones a las directivas (en su condición de remisiones externas interordinamentales y, a menudo, también dinámicas) rebasa el ámbito de la *técnica* legislativa ya que se ponen en cuestión principios constitucionales fundamentales (publicidad y certeza del derecho, principio democrático, el reparto constitucional de competencias), así como el principio de incorporación efectiva de las directivas.

6.3 · La conformidad con el Derecho de la Unión Europea

En primer lugar debe señalarse que la preocupación del Derecho de la Unión Europea se dirige principalmente a la efectividad de la transposición, no a los aspectos técnicos; lo que le importa es el resultado más que la técnica de la transposición.[124] La técnica que no garantiza plenamente esa incorporación efectiva se desacredita como técnica válida.

En cierto sentido la mera idea de la remisión como técnica de transposición parece una contradicción. La razón de ser de la directiva está en la

124 En este sentido, Klindt (1998): 379.

posibilidad de elección de medios (diversas alternativas legislativas) para alcanzar un determinado resultado y, en consecuencia, en la necesidad de transposición en cada ordenamiento interno. Si se aceptara con carácter general la licitud de la remisión, se estaría negando la singularidad de la directiva como forma jurídica. En efecto, equivaldría a reconocer que el contenido de la directiva podría ser directamente aplicable sin necesidad de una transposición efectiva y que, en consecuencia, desde la perspectiva de la técnica legislativa sería más conveniente recurrir a la adopción de reglamentos europeos (otra cosa es que problemas de base jurídica influyan en la práctica en la forma de los actos y que, p. ej., se apruebe una directiva cuando sería más adecuado y coherente con el carácter detallado de la regulación y el nulo margen para la elección de los medios la forma reglamentaria). La inclusión formal de la norma de remisión en el ordenamiento interno recordaría a la doctrina la necesidad de una recepción formal del derecho internacional en el ordenamiento interno.

Por el lado de los destinatarios de las directivas podría aducirse que la circunstancia del carácter detallado de las directivas tampoco era previsible en el momento de la redacción de los Tratados constitutivos (aunque sí en las sucesivas ocasiones que ha habido para su reforma). No son los Estados miembros como destinatarios de la norma (aunque sí han contribuido como participantes en la procedimiento legislativo a través del Consejo) quienes han alterado la razón de ser originaria de la directiva. En consecuencia, podría argumentarse que si su margen de elección de medios se ha reducido de forma sobrevenida a cero, tampoco estarían obligados a transponer las directivas introduciendo una legislación interna duplicada. Sin embargo, este razonamiento no puede acogerse. La evolución de las características de una forma jurídica no puede modificar la naturaleza de las obligaciones *ex tractatu* que incumben a los Estados miembros. Si los Estados miembros están obligados a transponer las directivas, la transposición será también jurídicamente exigible aunque las directivas en cuestión sean detalladas. La cuestión es si desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea la remisión podría ser considerada como una técnica válida para la transposición, y, en su caso, cuáles podrían ser las condiciones o requisitos de una remisión. En esta cuestión es obligado tener en cuenta las consideraciones efectuadas anteriormente desde la perspectiva de la técnica legislativa

Para unos autores, la transposición mediante remisión a las directivas es conforme con el Derecho de la Unión Europea (con la doctrina elaborada a propósito de la transposición), siempre que las exigencias de la directi-

va puedan ser determinadas mediante el análisis de la propia directiva y siempre que el Estado miembro no tenga ninguna posibilidad de elección antes de dar a conocer el contenido preciso de los derechos y obligaciones. En suma, la validez de la transposición por remisión de una directiva viene a coincidir con la naturaleza directamente aplicable de las disposiciones en cuestión.[125] Esta postura no aclara qué ocurre en los demás casos: p. ej., cuando la naturaleza exacta de la obligación prevista en la directiva es incierta.[126]

Para otros autores, en cambio, la transposición mediante remisión no garantiza en general una «indicación suficiente clara y precisa de la aplicación de la directiva», tal como exige la jurisprudencia comunitaria. Por la simple remisión a la directiva, los ciudadanos no están en condiciones de conocer con seguridad sus derechos y de invocarlos ante los tribunales internos.[127] Desde esta perspectiva se señala que la remisión resultará especialmente inadecuada si se configura de forma genérica: p. ej., cuando el objeto de remisión es múltiple, varias disposiciones de una directiva o incluso varias directivas.[128]

El Tribunal de Justicia ha rechazado recientemente la conformidad como técnica de transposición de las remisiones generales. En el caso de autos se analizaba la validez de una remisión contenida en el art. 2.2 de la Ley alemana de Extranjería (*Ausländergesetz*): «La presente ley se aplicará a los extranjeros que disfruten del derecho de libre circulación en virtud del Derecho de la Unión Europea únicamente en la medida en que el Derecho de la Unión Europea y la Ley relativa a la residencia/CEE no establezcan otra cosa». El Gobierno alemán alegó que las dos concretas Directivas cuya falta de transposición le reprochaba la Comisión, tenían «un contenido tan detallado que las autoridades nacionales y los particulares pueden

---

125 Arrowsmith (1998): 497: «This approach appears consistent with EC law on implementation of Directives, provided that the requirements of the Directive can be ascertained by the Member State before the precise content of rights and obligations is known. [...] Thus, if the rule in the Directive has direct effect it is submitted that the condition of certainty is satisfied simply by making reference to that rule in national legislation». Un criterio muy similar en Klindt (1998).

126 Arrowsmith (1998): 497 señala que «la transposición por remisión no puede hacer nada para remediar esa incertidumbre» y que los Estados miembros no tienen la obligación de aclarar obscuridades del texto de las Directivas, lo que en la práctica sería generalmente imposible sin la ayuda del TJCE.

127 Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 75.

128 Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 75.

reconocer el derecho a la libre circulación fundándose únicamente en las disposiciones de estas Directivas». El Tribunal de Justicia no acogió este argumento y señaló que «la mera remisión general al Derecho de la Unión Europea [...] no puede constituir una adaptación del Derecho interno que garantice de forma suficientemente clara y precisa la plena aplicación de las Directivas 90/364 y 90/365, cuya finalidad es crear derechos en favor de los particulares de los demás Estados miembros». Es interesante resaltar que también fundamentó la invalidez en el argumento de la desigualdad de trato originado con la controvertida remisión: el hecho de que la legislación alemana tenga expresamente en cuenta las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de determinadas personas distintas de aquellas a las que se refieren las dos Directivas de que se trata acentúa las dificultades que pueden tener estas dos últimas categorías de personas para conocer sus derechos.[129]

Ciertamente, la remisión controvertida era extraordinariamente genérica e imprecisa, en absoluto adecuada. Parece claro que una norma «abierta» de esta naturaleza no es apta para adaptar la normativa interna a las posibles evoluciones de la normativa comunitaria introducidas por nuevas Directivas.[130] La cuestión es si sería conforme con el Derecho de la Unión Europea una remisión parcial o limitada. Para algunos autores, la citada jurisprudencia no cierra la puerta a unas remisiones conformes con el Derecho de la Unión Europea.[131] Para otros, la cuestión habría de valorarse a partir del caso concreto.[132] Es cierto que, cuantos menos sean los enunciados jurídicos que componen el objeto de remisión, más probable será que los ciudadanos reciban, *per relationem*, una indicación suficientemente clara y precisa de la aplicación de la directiva. Ahora bien, la jurisprudencia no ha dejado de insistir en la necesidad de que los derechos otorgados por la normativa comunitaria se desprendan con suficiente claridad –esta es la misión de la transposición– del derecho interno sin necesidad de remitir a las normas europeas.[133] De acuerdo con la jurisprudencia emanada sobre la

129 STJCE de 20 de marzo de 1997, *Comisión/Alemania*, as. C-96/95, p. I-1653 (apt. 36).

130 Vid. las conclusiones del abogado general La Pergola, *Comisión/Alemania*, as. C-96/95, p. I-1653, aquí 1658 (punto 10).

131 Así, Klindt (1998): 380 parece considerar que la jurisprudencia se habría limitado a señalar qué normas de remisión no serían válidas.

132 Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 75.

133 La postura del abogado general La Pergola resulta especialmente contundente en *Comisión/Alemania*, as. C-96/95, p. I-1653, aquí p. I-1666 (punto 33).

transposición de directivas y en especial con la sentencia antes aludida no parece que pueda reputarse conforme con el Derecho de la Unión Europea la transposición mediante remisiones en la consecuencia jurídica. Menos claro es si podría utilizarse esta técnica para las remisiones en la suposición, para la determinación o para la precisión de algún elemento del supuesto de hecho de la norma interna. Estas remisiones en la suposición resultan menos problemáticas.

El problema de la falta de determinación concierne también y de forma acentuada a las remisiones dinámicas, ya que los ciudadanos no solo deben acudir a una directiva específica, sino a la redacción de la directiva vigente en cada momento (redacción que no tiene por qué extraerse de una versión consolidada). Con respecto a las remisiones dinámicas, se ha apuntado además al peligro de que el ordenamiento interno, que no puede prever las modificaciones futuras del Derecho de la Unión Europea, no se corresponda con las determinaciones jurídico-comunitarias.[134] Con todo, este problema se podría reducir en la medida en que el objeto de remisión estuviera bien acotado. En particular la remisión parece un instrumento idóneo para transponer fiel y automáticamente los aspectos técnicos contenidos en un anexo. No parece haber peligro de distorsión cuando el ordenamiento interno ha transpuesto suficientemente el contexto jurídico y los aspectos sustantivos de la regulación y el Derecho de la Unión Europea se ocupa únicamente de actualizar los aspectos técnicos de la regulación. Las remisiones dinámicas ofrecerían una ventaja respecto a las estáticas: garantizan no solo una adecuación fiel sino una transposición mucho más rápida, automática, ya que como son eficaces desde el mismo momento de la entrada en vigor prescinden incluso del plazo de transposición.[135]

En cambio, las remisiones estáticas, que por lo general se consideran menos problemáticas (y por tanto más aceptables) que las remisiones dinámicas, pueden originar cierta incertidumbre en la práctica, cuando menos en relación con las directivas que son objeto de modificación

---

134 Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 76.

135 En este sentido, Klindt (1998): 380, quien concluye en la mayor bondad, desde el punto de vista jurídico-comunitario, de las remisiones dinámicas como instrumento de transposición; también considera que las remisiones dinámicas implican la aplicación automática de las modificaciones a las directivas; a la misma conclusión –renuncia a la utilización del plazo de transposición– llegan Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 76.

frecuente. En efecto, si la remisión estática solo fundamenta la aplicabilidad de la versión de la directiva en la fecha establecida, las autoridades internas competentes estarían obligadas a transponer la modificación antes de la finalización del plazo de transposición. El problema es que cualquier modificación posterior puede causar inseguridad jurídica, si no es transpuesta en plazo. Imaginemos que una nueva directiva sustituye a la directiva a la que se remite la norma interna. Algunos particulares invocarán que no se les aplique la directiva derogada; otros sostendrán que la directiva en cuestión es en todo caso aplicable en virtud de la norma interna de remisión, y, en fin, es posible que otros particulares invoquen la eficacia directa de la nueva directiva. El problema, en todo caso, habría de ser resuelto conforme a los principios ordinarios de integración de ordenamientos. Si la nueva redacción de la directiva o las nuevas disposiciones adoptadas reúnen los requisitos necesarios para desplegar eficacia directa, entonces primaría esa nueva redacción y se inaplicaría la norma interna de remisión. Igualmente podría sostenerse la posibilidad de contemplar dinámicamente las remisiones estáticas en virtud de una interpretación conforme con las directivas.[136] De esa forma las remisiones *prima facie* estáticas podrían ser reinterpretadas –cuando menos cumplidos los requisitos para la eficacia directa de la nuevas directivas– como remisiones dinámicas. Y aunque el derecho interno (básicamente el ordenamiento constitucional) fuera incompatible con la reinterpretación de las remisiones estáticas como remisiones dinámicas al Derecho de la Unión Europea, podría argumentarse que en esta materia el Derecho constitucional quedaría desplazado en tanto en cuanto fuera necesario para establecer una situación conforme con el Derecho de la Unión Europea.[137] Con independencia de esta reinterpretación, la diferencia entre una remisión dinámica y una remisión estática al Derecho de la Unión Europea residiría en que en el primer caso la aplicación de las directivas modificativas tendría lugar desde el mismo momento de su entrada en vigor; en cambio, en el segundo caso, la entrada en vigor sería, conforme a la doctrina de la eficacia directa, al término del plazo de transposición de la directiva.

136 En este sentido apuntan Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 76.
137 En este sentido argumentan Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 76.

6.4 · La conformidad con el Derecho constitucional

En algunos Estados miembros existe una posición clara respecto a la compatibilidad con el Derecho interno de la transposición mediante remisión. Así, la directriz de técnica legislativa núm. 44 del Gobierno federal austriaco señala lo siguiente:

> En la transposición de una directiva deben evitarse las remisiones a la directiva.
>
> Especialmente cuando una directiva no deje un margen de maniobra apreciable para su transposición, parecería lógico recibir su contenido mediante una remisión. Al respecto existen los mismos problemas que en una recepción literal (no meditada) del texto de una directiva (véase *supra* núm. marginal 35) así como en las remisiones en general (compárese las directrices 54 y sigs. y 63 de las Directrices Legislativas de 1990). En el caso concreto puede sin embargo defenderse la posibilidad de recurrir a la técnica de la remisión, por ejemplo cuando un determinado elemento del supuesto de hecho está especificado mediante una enumeración extensa (p. ej. contenido en el anexo de la directiva). […]

En el ordenamiento jurídico español el análisis de la conformidad con el Derecho interno de las remisiones a las directivas se ve dificultado por la inexistencia de una discusión jurídico-constitucional previa en sede doctrinal o constitucional, no solo sobre el problema específico de las remisiones a las directivas, sino incluso sobre el problema general de las remisiones entre normas pertenecientes a distintos ordenamientos.[138] Así pues, resulta difícil (o poco significativo) acoger como punto de partida la idea de que la transposición mediante remisión está sujeta en principio a los mismos principios y requisitos constitucionales que rigen para las remisiones en general, o debatir en qué medida es aplicable a la transposición de directivas la jurisprudencia elaborada sobre las remisiones dinámicas a legisladores ajenos.[139] Por este motivo, solo podemos tantear algunos principios fundamentales de orden constitucional e intentar formular algunas ideas básicas.

---

138 La perspectiva ordinaria del análisis de las remisiones normativas se ciñe al ámbito de la ley y de la potestad reglamentaria. Como excepción, en relación con la utilización de la remisión como técnica normativa de transposición de directivas, vid. en la doctrina española García-Trevijano Garnica (1993): 206-211; Pascua Mateo (2006): 282-283.

139 Vid. en cambio Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 77.

a) Publicidad

Desde la perspectiva del Estado de Derecho es imprescindible que el objeto de remisión sea objeto de una publicidad adecuada suficiente.[140] Las directivas no se publican en el BOE ni en los boletines autonómicos o provinciales. Sin embargo, no parece que el principio de publicidad de las normas jurídicas solo pueda ser satisfecho mediante la publicación en un diario oficial estatal; al menos desde la adhesión a las Comunidades Europeas. La cuestión determinante debe ser si existe una publicación accesible al ciudadano e idónea por su naturaleza para transmitir los mandatos oficiales.[141]

Con anterioridad al Tratado de Maastricht, las directivas que tenían como destinatarios a todos los Estados miembros también solían ser publicadas, pero no existía una obligación legal. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, se publican preceptivamente en el DOUE las directivas que tienen como destinatarios a todos los Estados miembros. Actualmente, desde el Tratado de Lisboa, se publican tanto las directivas que se adopten con arreglo a un procedimiento legislativo como las directivas que tienen como destinatarios a todos los Estados miembros (art. 294.1 y 2 TFUE). El problema podría plantearse, desde el punto de vista de la publicidad, respecto a las directivas que no hubieran sido objeto de publicación general en el DOUE, bien por haberse adoptado antes de la existencia de una obligación legal en este sentido, bien por no tener a todos los Estados miembros como destinatarios.

La disposición adicional undécima del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («Actualización de cifras fijadas por la Unión Europea»), establece lo siguiente:

> Las cifras que, en lo sucesivo, se fijen por la Comisión Europea sustituirán a las que figuran en el texto de esta Ley. El Ministerio de Economía y Hacienda adoptará las medidas pertinentes para asegurar su publicidad.

En la norma reproducida se establece una incorporación del Derecho de la Unión por remisión. El objeto de la remisión es acotado («cifras») y,

---

140 El Tribunal Constitucional Federal alemán exige una publicación «accesible al interesado e idónea por su naturaleza para transmitir los mandatos oficiales» («*für den Betroffenen zugänglich und seiner Art nach für amtliche Anordnungen geeignet*»); vid. Klindt (1998): 375. El Tribunal Constitucional austriaco exige que el objeto de remisión goce de la misma publicidad que la de la norma de remisión; vid. Irresberger (2001): 120.

141 Vid. nota anterior.

con independencia del régimen de publicidad del acto de la Comisión que contengan las nuevas «cifras», la norma legal española establece una especie de refuerzo o garantía interna de publicidad de las nuevas «cifras».

De la misma forma, el art. 41.2 de la Ley 1/2006, de Aguas, del Parlamento Vasco establece en relación con el régimen económico-financiero de los servicios del agua que «se deberán aplicar unas tarifas y/o cánones acordes con lo establecido en el artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas».

b) Claridad de la remisión y accesibilidad del objeto de remisión

Desde la perspectiva del Estado de Derecho parece obligado que las remisiones identifiquen con claridad el objeto de remisión: la identificación debe ser completa y recoger tanto la denominación oficial como la numeración de la directiva en cuestión. Aunque sumamente conveniente desde el punto de vista de la técnica legislativa, es incierto que sea constitucionalmente exigible que las normas de remisión incluyan la referencia precisa al lugar de publicación de la directiva (DOUE, sección L, nº de ejemplar y fecha).[142]

c) Determinación del objeto de remisión

Cuanto más amplio e impreciso sea el objeto de remisión, más dificultades y problemas se constatan desde el punto de vista de la técnica legislativa. En consecuencia, no parece extraño que el juicio jurídico-constitucional sobre las remisiones también pueda variar según la determinación del objeto de remisión: no parece lo mismo remitirse a una o varias disposiciones concretas, que a las disposiciones en general de una directiva o incluso a una serie de directivas adoptadas en una materia. La cuestión sin resolver es si existe un grado mínimo, constitucionalmente exigible, de determinación del objeto de remisión.

d) Distribución competencial UE-Estado miembro

La directiva abre y acota un espacio a la válida acción normativa por parte de las autoridades internas, ya que esas autoridades disponen en prin-

---

142 Algunas sentencias del TC austriaco sobre el problema de las remisiones en general han añadido a la exigencia de publicación del objeto de remisión la necesidad de que la propia norma de remisión indique el lugar de publicación. Vid. al respecto Irresberger (2001): 121 y sigs., donde discute la conveniencia de aplicar o no ese criterio a las remisiones a las directivas.

cipio de libertad de medios para alcanzar el resultado prescrito. Ciertamente las remisiones a las directivas no crean nuevas competencias normativas comunitarias, porque las directivas que adoptan las instituciones comunitarias se basan en las competencias de que disponen en virtud de los tratados.[143] Sin embargo, la cuestión es cómo se ejercen las competencias que constitucionalmente corresponden a los Estados miembros. Aunque pueda no ser problemático desde la perspectiva jurídico-comunitaria, sí parece cuestionable desde la perspectiva jurídico-constitucional el que esas autoridades renuncien a emplear esa capacidad normativa, que será más o menos amplia según los casos, pero teóricamente existente al fin y al cabo. La remisión podrá ser un acto de ejecución (*Vollzugsvorgang*) o una orden normativa de aplicación (*normative Anwendungsbefehl*), pero difícilmente puede verse como un acto de transposición (*Umsetzungsvorgang*) o de transformación (*Transformationsvorgang*) de la directiva. En definitiva, cabe considerar que la transposición de directivas mediante remisión, como técnica legislativa, no refleja debidamente sino que tiende a difuminar la distribución de competencias entre la Unión Europea y el Estado miembro correspondiente. Ello es especialmente grave en el caso de las remisiones dinámicas, ya que implica una renuncia *pro futuro* del legislador interno a ejercer su libertad de configuración normativa en la materia en cuestión.[144] La legitimidad constitucional de las remisiones dinámicas no puede apoyarse en la posibilidad que en todo momento conservaría el legislador interno de modificar la norma interna de remisión («apearse de la remisión») y de proceder a una normación sustantiva de la materia para la transposición de la directiva.[145]

¿Es posible llegar a otra conclusión cuando algunas de las premisas anteriores no se cumplen? Tratándose de directivas que están configuradas como regulaciones materialmente completas y que por su grado de detalle no necesitan de una concretización ulterior (p. ej., en materia ambiental o seguridad industrial), es cierto que la aplicación de esas regulaciones en el ámbito interno solo requiere una orden de validez en conexión con una remisión a la directiva correspondiente. En consecuencia, algunos autores

143 Subraya este punto Klindt (1998): 379 para rebatir la tesis de que la remisión suponga una traslación de la competencia normativa.

144 Vid. en sentido coincidente Eisenberger y Urbantschitsch (1999): 78.

145 En cambio, así argumenta Klindt (1998): 379.

abogan por la validez, en tales casos, de una transposición mediante remisión.[146]

e) La reserva de ley

En una serie de materias la Constitución impone al legislador parlamentario, como legítimo representante del soberano, la tarea de determinar el contenido de sus leyes en plena responsabilidad y en el seno del procedimiento legislativo. La instauración de las reservas legales es expresión del principio democrático. Puede aceptarse que el legislador respeta el citado mandato constitucional cuando regula una materia o una cuestión por medio de una remisión estática: en definitiva, conoce el objeto de remisión (la solución prevista en otra norma o por otro legislador con relación a un supuesto dado) y en propia responsabilidad toma la decisión de aplicar la misma solución (la consecuencia jurídica) a la materia o cuestión que le incumbe regular. Sin embargo, si el legislador utiliza remisiones dinámicas a otros ordenamientos, no puede conocer el contenido futuro de la solución objeto de remisión, una solución en cuya configuración carece de influencia. Se argumenta que el legislador podría hacer un seguimiento del objeto de remisión (de sus modificaciones), que podría analizar el acierto u oportunidad de aquél y que, en su caso, según la valoración político-legislativa de las nuevas circunstancias, conserva en todo momento la opción de eliminar la remisión.[147] Estos argumentos no parecen convincentes, porque igualmente podrían aplicarse para fundamentar la remisión normativa al reglamento en el ámbito de la reserva legal, ya que el legislador siempre podría derogar o modificar *a posteriori* lo dispuesto por el titular de la potestad reglamentaria. Si el legislador no puede encomendar su tarea normativa al ejecutivo, tampoco puede confiársela al legislador comunitario. En ambos casos se produce una enajenación de la potestad legislativa.

---

146 Así Klindt (1998): 379. Sin embargo, en otras partes de su trabajo parece fundamentar con carácter general la validez de la transposición de las directivas mediante remisión.

147 Así argumenta para el derecho alemán Klindt (1998): 376, 379. A mi juicio, este autor no diferencia debidamente entre, por una parte, la función y significado de la reserva de ley (del principio democrático) y, por otra, el carácter permanente de las potestades y competencias de los poderes públicos y, en consecuencia, la necesidad de que los diversos poderes públicos, incluido el titular de la potestad legislativa, evalúen la eficacia y corrijan o adapten las decisiones tomadas de acuerdo con las condiciones vigentes en cada momento o de acuerdo con la evolución de la valoración político-legislativa sobre las circunstancias existentes.

De entre las instituciones españolas, solo el Consejo de Estado parece haberse pronunciado sobre la viabilidad de la remisión como técnica para la transposición de directivas. En un dictamen de 1992 consideró que «sin perjuicio de que en determinadas circunstancias (cuando sea estrictamente necesario y con una perfecta delimitación) puedan contenerse en las normas internas remisiones al contenido de directivas comunitarias, lo cierto es que la regla general es la contraria, dada la distinta naturaleza y configuración de las directivas respecto a las normas internas y teniendo en cuenta fundamentalmente el principio de seguridad jurídica». En relación con la concreta consulta formulada concluyó que «como técnica general, las normas internas no pueden operar mediante remisión al contenido y anexos de las correspondientes directivas de la Comunidad Económica Europea, sin repetir ni publicar su contenido en el *Boletín Oficial del Estado*».[148]

La misma postura ha sido ratificada recientemente por el Consejo de Estado en el *Informe sobre la inserción del Derecho Europeo: en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008: «no es aconsejable incorporar el contenido de la Directiva por remisión, pues impide aclarar los conceptos y puede enturbiar la claridad dispositiva y, por tanto, afectar a la seguridad jurídica, sobre todo en aquellos casos en que se trata de directivas no publicadas en el DOUE […]. La incorporación por remisión, en su caso, debe constreñirse a puntos perfectamente delimitados y ser demanda por la mejor intelección y más correcto cumplimiento de la norma (en el mismo sentido Dictamen del Consejo de Estado 535/02, de 25 de junio (*sic*) de 1992). Así, por circunstancias de urgencia y para evitar incurrir en responsabilidad ante las instituciones comunitarias, podría ser razonable la incorporación por remisión».[149]

En la postura del Consejo de Estado parece latir la idea de que lo relevante no es si la directiva ha sido o no publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, sino «la circunstancia de que el destinatario formal de la directiva sea el Estado, comporta su necesaria transposición en el derecho interno de cada Estado miembro, puesto que, en otro caso, carecería de eficacia frente a los ciudadanos (a pesar de dicha práctica de publicarlas)».[150]

---

148 Dictamen 535/1992, de 2 de julio de 1992 (Consulta sobre forma, procedimiento y rango de las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias).

149 Consejo de Estado (2008): 134-135.

150 Dictamen 535/1992, de 2 de julio de 1992 (Consulta sobre forma, procedimiento y rango de las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias).

Así pues, lo decisivo es la naturaleza de las directivas, las cuales «tienen un alcance muy definido, con destinatarios perfectamente delimitados y que operan en un plano diverso –desde el punto de vista mismo de su configuración– del propio de las normas internas».[151] Si la exclusión de la remisión como técnica general se fundamenta en la naturaleza de las directivas, en la condición de los Estados miembros como destinatarios formales, no queda claro los supuestos o las circunstancias concretas en que su utilización excepcional sería constitucionalmente compatible.

7 · Conclusiones

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido como regla general una especie de «reserva de norma» en relación con la incorporación de las directivas al ordenamiento interno de los Estados miembros, esto es, las directivas deben incorporarse mediante normas jurídicas y no, por ejemplo, mediante circulares administrativas, a pesar de que este instrumento jurídico-administrativo resulta estar ampliamente difundido y utilizado en varios sistemas jurídico-administrativos nacionales. Las dos principales excepciones admitidas por la jurisprudencia europea a la referida regla general son la innecesariedad de una norma específica de transposición cuando los principios constitucionales o generales del ordenamiento del Estado miembro en cuestión ya recogen suficientemente el resultado que impone la directiva (transposición innecesaria) y la transposición mediante negociación colectiva y mediante acuerdos voluntarios con las empresas en materia de medio ambiente (transposición convencional). En ambos casos se trata de excepciones de poca incidencia práctica, pues ya sea el carácter detallado de las directivas convierte en hipótesis de laboratorio la modalidad de transposición mediante principios constitucionales o generales del ordenamiento, o bien las estrictas condiciones que exige la jurisprudencia europea a la transposición convencional hacen muy difícil una transposición convencional que sustituya plenamente a la adopción de normas internas de transposición.

Menos explorada resulta en el ordenamiento jurídico de la Unión y en el ordenamiento constitucional español la posibilidad de una transposición

151 García-Trevijano Garnica (1993): 210.

por remisión. En principio, esta modalidad plantea diversos problemas de orden comunitario y constitucional interno y no parece que debiera ser acogida. El hecho de que la directiva en cuestión sea detallada no excusa de una actividad normativa de transposición. Ha de descartarse la remisión como técnica general de transposición de directivas. Esto es así al menos en relación con las remisiones en la consecuencia jurídica.

Desde el punto de vista jurídico-europeo las dos obligaciones fundamentales en relación con la transposición de las directivas son, por un lado, la obligación de informar a la Comisión sobre las medidas de transposición y, por otro, la obligación de la norma interna de transposición de mencionar expresamente la directiva que transpone (ya sea en el título, preámbulo, articulado o en una disposición adicional). En cuanto a la obligación de informar a la Comisión, cabe añadir dos aspectos importantes. En primer lugar, cabe recordar que el art. 10 de la Ley 30/1992 establece la obligación de las Administraciones internas de remitir al órgano competente de la Administración General del Estado las disposiciones de carácter general o resoluciones de cualquier Administración cuya comunicación a las instituciones europeas venga exigida por el Derecho originario o derivado de la Unión Europea. En segundo lugar, la obligación de notificar a la Comisión las medidas de transposición ha sido reforzada por el Tratado de Lisboa. El nuevo art. 260.3 TFUE habilita al Tribunal de Justicia a imponer sanciones pecuniarias por incumplimiento de esa obligación formal, con ocasión de un recurso de incumplimiento presentado por la Comisión contra el Estado infractor.

Desde el punto de vista de la técnica normativa, los problemas más acuciantes actualmente respecto a la transposición de las directivas son, por un lado, la accesibilidad y claridad de las normas de transposición, que se ciñen demasiado al texto de la directiva que transponen y, por otro, la actualización del Derecho interno en consonancia con las constantes adaptaciones de las directivas al progreso técnico.

Para el primer problema mencionado no existen recetas generales. Algunos factores del problema quedan fuera del alcance de las autoridades internas (que por sí solas no pueden remediar la deficiente redacción de partida de las directivas que tienen que transponer) e incluso salen fuera del ámbito de la técnica legislativa (p. ej., el carácter muy detallado del contenido de muchas directivas). En ocasiones no habrá más remedio que limitarse a reproducir el texto de la directiva, pero, fuera de estos supuestos, es necesario concienciar a las instancias responsables para que se esfuercen

en crear una normativa interna integrada y coherente, y adaptada a la terminología y a la cultura jurídica propia del ordenamiento interno.

En este sentido cabe traer como ejemplo la directriz de técnica legislativa del gobierno federal austriaco núm. 35:

> La transposición completa de una directiva ha de ser efectuada de forma que se incorpore en la medida más amplia posible al ordenamiento jurídico estatal tanto conceptual como sistemáticamente. Por este motivo ha de evitarse una reproducción literal no meditada del texto de la directiva y ha de preferirse el lenguaje jurídico austriaco, en la medida en que sea igualmente posible expresar con su ayuda el contenido de la directiva.

A su vez, la directriz núm. 36 señala:

> Con independencia del principio de interpretación conforme con las directivas, por motivos de claridad jurídica la transposición mediante disposiciones jurídicas internas ha de ser efectuada de forma tan precisa que sea innecesario acudir a la propia directiva. En especial, cuando se adopte o se modifique una directiva, han de adaptarse las disposiciones jurídicas estatales existentes.

Por lo que respecta a la actualización del Derecho interno en consonancia con las constantes adaptaciones de las directivas al progreso técnico, en cambio, sí pueden considerarse algunas técnicas. Preferentemente debería optarse por otorgar una habilitación normativa general a los órganos ejecutivos, limitada a la materia en que sea necesario, para que procedan a las necesarias adaptaciones. A este respecto la directriz de técnica legislativa núm. 33 del gobierno federal austriaco: «Cuando sea conveniente en una determinada materia, en la que sean previsibles numerosas modificaciones de directivas, cabe preverse una disposición legal de habilitación reglamentaria suficientemente precisa (conforme al art. 18.1 CF), que posibilite una adaptación a las modificaciones futuras de una directiva, en particular de sus anexos. Aquellas consideraciones que aparecen en la directiva de que se trate deben ser incluidas entre los determinantes del reglamento. Sin embargo, en la habilitación reglamentaria debe evitarse una referencia a la propia directiva». Un ejemplo interno en este sentido podría ser el previsto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre ("Modificaciones de cuantías, plazos y otras derivadas de los Anexos de directivas comunitarias"):

> [...] Igualmente, se autoriza al Consejo de Ministros para incorporar a la Ley las oportunas modificaciones derivadas de los Anexos de las directivas comunitarias que regulen la contratación pública.

La amplitud con la que en el ordenamiento jurídico español se ha admitido la intervención de la potestad reglamentaria en el ámbito de lo básico, ha redundado en un amplio margen de maniobra para la transposición de directivas. En efecto, al aceptar la posibilidad de que las normas básicas se contengan incluso en Órdenes ministeriales, la consecuencia es que, mediando una habilitación normativa, los ministros pueden tener capacidad para aprobar mediante orden ministerial las normas internas precisas para incorporar las directivas al Derecho interno. En otras palabras, la solución aportada al alcance de la potestad reglamentaria en el ámbito de lo básico tiene incidencia en el abanico de posibilidades de transposición de directivas. Si los ministros pueden hacer uso de su potestad reglamentaria para incorporar las reglamentaciones técnicas y detalladas de determinadas directivas, es claro que los instrumentos alternativos considerados en otros ordenamientos y examinados en las páginas anteriores, como las remisiones o las circulares administrativas, no resultan especialmente urgentes y necesarias en el sistema constitucional español.

8 · Bibliografía

Adinolfi, Adelina (1988): «The implementation of social policy directives through collective agreements?», *Common Market Law Review*, vol. 25, pp. 291-316.

Albertí Rovira, Enoch (2006): «El desarrollo y la ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 79-103.

Alguacil González-Aurioles, Jorge (2004): *La directiva europea desde la perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid.

Alonso García, Ricardo (1990): «La ejecución del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 121, pp. 297-232.

— (2008): «La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, pp. 7-17.

Arrowsmith, Sue (1998): «Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement», en Paul Craig y Carol Harlow (eds.), *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, Londres-Dordrecht, pp. 491-510.

— (1997): «Una evaluación de las técnicas jurídicas para la transposición de las directivas sobre contratación», en VV.AA., *La contratación pública en los llamados sectores excluidos – Agua, energía, transportes, telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, pp. 73-100.

Arzoz Santisteban, Xabier (2010): «Interpretación conforme», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, pp. 619-662.

Auzmendi del Solar, Montserrat (2002): «Distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas y técnica legislativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 62, pp. 317-348.

Azpitarte Sánchez, Miguel (2009): «El Estado autonómico "unitario" y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, pp. 129-164.

Baars, Anja (2010): *Rechtsfolgen fehlerhafter Verwaltungsvorschriften*, Baden-Baden, Nomos.

Baena del Alcázar, Manuel (1965): «Instrucciones y circulares como fuente del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 48, pp. 107-126.

Bates, T. ST. J. N. (1996): «United Kingdom Implementation of EU Directives», *Statute Law Review*, 17:1, pp. 27-49.

Burns, Tom (1998): «Better lawmaking? An evaluation of lawmaking in the European Community», en Paul Craig y Carol Harlow (eds.), *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, Londres-Dordrecht, pp. 435-453.

Bussjäger, Peter (2001): «Umsetzungszwang und Anpassungsdruck: die Umsetzung von EG-Recht aus föderalistischer Sicht», en Peter Bußjäger y Christoph Kleiser (eds.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Wilhelm Braumüller, Viena, pp. 1-17.

Bustos Gisbert, Rafael (1993a): «Cuestiones planteadas por la jurisprudencia constitucional referentes a la ejecución y garantía del cumplimiento

del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, pp. 583-604.

— (1993b): «Competencias legislativas concurrentes, garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y ejecución interna del Derecho derivado europeo (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de mayo de 1992)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, pp. 215-234.

— (2003): «La ejecución del Derecho de la Unión Europea por el gobierno central», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 67, pp. 163-186.

— (2005): «La transposición del Derecho de la Unión Europea por el gobierno», en P. Lucas Murillo de la Cueva (coord.), *Gobierno y Constitución: Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, pp. 369-398.

Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel (2001): *Distribución de competencias, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho de la Unión Europea*, CEPC, Madrid.

Capelli, Fausto (1983): *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, Milán.

Carrillo Donaire, Juan Antonio (2000): «Nulidad de reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE (La doctrina del TJCE sobre la inoponibilidad frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia "CIA Security")», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, pp. 127-150.

Casas Baamonde, María Emilia (1996): «Directivas europeas de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, pp. 85-98.

Cienfuegos Mateo, Manuel (2006): «El impacto de la Comunidad Europea en las competencias de las Comunidades Autónomas», *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 13-78.

Coello Martín, Carlos, y González Botija, Fernando (2007): «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿Meros actos internos, actos administrativos o reglamentos? Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, pp. 267-306.

Conseil d'État (1989): «Problèmes posés par la transcription en droit interne des directives communautaires», *Études et Documents*, núm. 44, pp. 225-234.

— (2007): Informe «*Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*».

Consejo de Estado (2008): *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid.

Debus, Alfred G. (2008): *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Duncker & Humblot, Berlín.

Díez Picazo, Luis María (1998): «El Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, pp. 255-272.

Dimitrakopoulos, Dionyssis G. (2001): «The Transposition of EU Law: "Post-Decisional Politics" and Institutional Autonomy», *European Law Journal*, 7:4, pp. 442-458.

Dueñas Herrero, Laurentino Javier (2009): «La interiorización de los acuerdos europeos por los convenios colectivos nacionales», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, pp. 21-38.

Eisenberger, Iris, y Urbantschitsch, Wolfgang (1999): «Die Verweisung als Instrument zur Umsetzung von Gemeinschaftsrecht», *Österreischische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 3, pp. 74-78.

Everling, Ulrich (1992): «Umsetzung von Umweltrichtlinien durch normkon-kretisierende Verwaltungsanweisungen», *Recht der internationalen Wirtschaft*, pp. 379-385.

Fanlo Loras, Antonio (1998): «Transposición de directivas en materia de aguas», en *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, IVAP, Oñati, pp. 97-132.

Funke, Andreas (2010): *Umsetzungsrecht – Zum Verhältnis von internationaler Sekundärrechtsetzung und deutscher Gesetzgebungsgewalt*, Mohr Siebeck, Tubinga.

Gámir Meade, Roberto (1998): «Un enfoque práctico desde la óptica de técnica normativa de las operaciones de transposición de directivas europeas», *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pp. 199-270.

García Álvarez, María del Rosario (2006): «Los acuerdos derivados de la negociación colectiva europea», en *La negociación colectiva europea*, Madrid, CGPJ, pp. 149-214.

García-Trevijano Garnica, Ernesto (1993): «Sobre la incorporación del Derecho de la Unión Europea en el Derecho interno: una visión práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, pp. 195-225.

Gáspár-Szilágyi, Szilárd (2013), «What constitutes "failure to notify" national measures?», *European Public Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 281-294.

Gelderman, Kees, Ghijsen, Paul, y Schoonen, Jordie (2010): «Explaining Non-Compliance with European Union Procurement Directives: A Multidisciplinary Perspective», *Journal of Common Market Studies*, 48:2, pp. 243-264.

Giebel, Christoph (2001): *Vereinbarungen als Instrument des Umweltschutzes. Eine vergleichende Unterscuhung des französischen, deutschen und europäischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden.

Hatje, Armin (1993): «Die Verwirklichung des Binnenmarketes im nationalen Bereich – Überlegungen zu einer Gesetzgebungslehre der Europäischen Gemeinschaft», en *Vom Binnemarkt zur Europäischen Union*, pp. 51-69.

Hernández Marín, Rafael Luis (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

Heukels, Tom (1993): «Alternatieve implementatietechnieken en art. 189, lid 3 EEG: grondslagen en ontwikkelingen», *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, pp. 59-74.

Hoppe, Werner, y Otting, Olaf (1998): «Verwaltungsvorschriften als ausreichende Umsetzung von rechtlichen und technischen Vorgaben der Europäischen Union?», *Natur und Recht*, vol. 20, núm. 2, pp. 61-69.

Irresberger, Karl (2001): «Legistische Probleme der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungs-Problematik», en Peter Bußjäger y Christoph Kleiser (eds.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Institut für Föderalismus-Schriftenreihe vol. 84, Wilhelm Braumüller, Viena, pp. 115-128.

Jiménez Asensio, Rafael (1999): «Ordenamiento comunitario y ordenamiento autonómico: algunos problemas en la adaptación del Derecho de la Unión Europea por los parlamentos autonómicos (el papel de la ley autonómica en la transposición del Derecho de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53 (II), pp. 159-186.

Karpen, Hans-Ulrich (1979): *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebung*, Berlín, 1970.

Kleiser, Christoph (2001a): «Die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht aus legistischer Sicht: Der Umsetzungshinweis», *Journal für Rechtspolitik*, vol. 9, pp. 34-46.

— (2001b): «Die gemeinsamen Leitlinien für die redaktionelle Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften im Vergleich zur Landeslegistik am Beispiel Niederösterreichs», en Peter Bußjäger y Christoph Kleiser (eds.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Institut für Föderalismus-Schriftenreihe vol. 84, Wilhelm Braumüller, Viena, pp. 19-33.

Klindt, Thomas (1998): «Die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen auf EG-Recht aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, pp. 373-380.

Klink, Thomas (2005): *Pauschale Ermächtigungen zur Umsetzung von Europäischen Umweltrecht mittes Rechtsverordnung*, Duncker & Humblot, Berlín.

Koopmann, Hans-Martin (2000): «The practice of voluntary agreements under EC Law», *European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public*, 12:4, pp. 1271-1296.

Kovar, Robert (1987): «Observations sur l'intensité normative des directives», *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, pp. 359-372, trabajo citado por la recopilación R. Kovar, *Itinéraires d'un juriste européen – Articles choisis et rassemblés par F. Berrod et V. Constantinesco*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 141-154.

Langenfeld, Christine, y Schlemmer-schulte, Sabine (1991): «Die TA Luft – kein geeignetes Instrument zur Umsetzung von EG-Richtlinien», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 622-627.

López de los mozos, Alicia E. (2010): *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid.

Mazuyer, Emmanuelle, y de la Rosa, Stéphane (2009): «La regulation sociale européenne et l'autorégulation: le défi de la coherence dans le recours à la soft law», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, pp. 295-333.

Mehdi, Rostane (2007): «L'autonomie institutionnelle et procedural et le droit administratif», en J.-B. Auby y J. Dutheil de la Rochère (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruselas, pp. 685-725.

Milian Moro, Lucía (2002): «La aplicación del Derecho de la Unión Europea Europeo en el Estado autonómico», en C. Carretero Espinosa de los Monteros y E. Hinojosa Martínez (coord.), *El Estado autonómico de la Comunidad Europea*, pp. 5-23.

Milej, Tomasz (2009): «Zur Verfassungsmäßigkeit der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch dynamische Verweisungen und Rechtsverordnungen», *Europarecht*, pp. 577-591.

Montilla Martos, Juan Antonio (2004): «Las relaciones entre ordenamientos en España: los límites a la aplicación autonómica del Derecho europeo», en M. L. Balaguer Callejón (coord.), *XXV Aniversario de la Constitución española: propuestas de reformas*, 2004, pp. 157-182.

— (2004): «La articulación normativa bases-desarrollo al incorporar el Derecho europeo en el Estado autonómico», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, pp. 207-231.

— (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas: El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, CEPC, Madrid, 2005.

Montoro Chiner, María Jesús (1992): «Integración europea y creación del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 128, pp. 145-170.

Morata, Francesc (1987): «La ejecución del Derecho de la Unión Europea en los Estados miembros descentralizados: un enfoque jurídico-político», *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 7, pp. 75-1993.

Moreno Rebato, Mar (1998): «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, pp. 159-200.

Nettesheim, Martin (2010): «Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 63:4, pp. 177-183.

Oldekop, Dieter (1968): *Die Richtlinien der EWG*, Gotinga.

O'leary, C., y Goldberg, D. (1995): «Television without frontiers», en Terence Daintith (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, John Wiley & Sons, Chichester, pp. 215-237.

Ordóñez Solís, David (1994): *La ejecución del Derecho de la Unión Europea Europeo en España*, Civitas.

— (2008), «Derecho, administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, pp. 235-279.

Pascua Mateo, Fabio (2002): «Cuestiones de técnica normativa de la incorporación de directivas europeas en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, pp. 648-698.

— (2006): *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español – Estatal, autonómico y local*, Civitas, Madrid.
— (2008): «La ejecución normativa del Derecho de la Unión Europea en España: problemas y perspectivas», en *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, pp. 491-582.

Pérez Calvo, Alberto (1993): *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993.

Pérez Santafé, J. (2009): «Constitucionalidad atribuible a la obligatoriedad de trasposición de las Directivas europeas en materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, y más concretamente respecto de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 17, pp. 2467-2474.

Prechal, Sacha (2005): *Directives in EC Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.

Prokopf, Kai Heinrich (2007): *Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie*, Duncker & Humblot, Berlín.

Puerta Domínguez, Enrique Manuel (1999): *La directiva europea como norma aplicable en derecho*, Comares, Granada.

Ripainsel-Landy, D. de, y A. Gérard (1976): «La notion juridique de la directive utilisé comme instrument de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne», en VV.AA., *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruselas, pp. 37-94.

Rogmann, Achim (1998): *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften – Zur Rechtslage insbesondere im Wirtschafts-, Umwelt- und Steuerrecht*, Carl Heymann, Colonia.

Ross, Andrea, y Salvador Crespo, Maite (2003): «The effect of devolution on the implementation of European Community law in Spain and the United Kingdom», *European Law Review*, pp. 210-230.

Ruiz Ruiz, Florentino (1995): «Las competencia de las CCAA en el desarrollo normativo y la ejecución del Derecho de la Unión Europea europeo. Análisis de la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, pp. 279-303.

— (1997): «La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, pp. 159-188.

Sáinz Moreno, Fernando (1994): «Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural», en J. M. Corona Ferrero, F. Pau Vall y J. Tudela Aranda (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, pp. 19-47.

Salvador Coderch, Pablo (1986): «Las remisiones», en AA.VV. [GRETEL], *La forma de las leyes*, Bosch, Barcelona, cap. VII.

— (1989): «Definiciones y remisiones», en F. Sáinz Moreno y J. C. da Silva Ochoa (dirs.), *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 157-182.

Saurer, Johannes (2006): «Die neueren Theorien zur Normkategorie der Verwaltungsvorschriften», *Verwaltungsarchiv*, vol. 97, pp. 240-269.

Schramm, Alfred (2001): «Zweistufige Rechtsakte oder: Über Richtlinien und Grundsatzgesetze», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 56, pp. 65-96.

Schwarze, Jürgen (2007): «Richtlinienumsetzung "eins zu eins"», en R. Pitschas y A. Uhle (eds.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für R. Scholz*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 167-178.

Simon, Denys (1997): *La directive européenne*, Dalloz, París.

Solozábal Echavarría, Juan José (1995): «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, pp. 45-67.

Soriano García, José-Eugenio (1988): *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Madrid.

— (1989): «La participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria», *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 10, pp. 73-88.

Sydow, Gernot (2009): «Die Richtlinie als Instrument zur Entlastung des europäischen Gesetzgebers», *Juristen-Zeitung*, pp. 373-379.

Tornos i Mas, Joaquim (1991): «Algunos problemas competenciales en la ejecución interna de directivas europeas», *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 13, pp. 31-44.

Steiling, Ronald (1992): «Mangelnde Umsetzung von EG-Richtlinien durch den Erlaß und die Anwendung der TA Luft», *Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht*, pp. 134-137.

Steunenberg, Bernard, y Rhinard, Mark (2010): «The transposition of European Law in EU member states: between process and politics», *European Political Science Review*, 2:3, pp. 495-520.

Usher, John A. (1995): «The Legal Framework for Implementation in the United Kingdom», en Terence Daintith (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, John Wiley & Sons, Chichester, pp. 91-108.

VV.AA. (1999): *Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité*, XVIII Congrès FIDE (Stockholm 3-6 June 1998), FIDE.

Von Danwitz, Thomas (1993): «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht», *Verwaltungsarchiv*, pp. 73-96.

Wägenbaur, Rolf (1998): «Die Umsetzung von EG-Recht in deutsches Recht und ihre gesetzgeberische Problematik», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, pp. 303-318.

Weihrauch, Sebastian (2001): «Pauschale Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von EG-Recht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, pp. 265-270.

Capítulo III

LA DISTRIBUCIÓN INTERNA DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Miguel Azpitarte Sánchez

Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normar y ejecutar en el derecho constitucional de la Unión: dos realidades distintas. 2.1. Un breve recordatorio: la configuración constitucional de las potestades normativas y ejecutivas en la Unión. 2.2. La restitución del ordenamiento cuando la Unión dicta normas o medidas de ejecución. 3. El primer problema: el desarrollo descentralizado de normas y el lugar de la responsabilidad pecuniaria. 3.1. El control de cumplimiento y el lugar de la responsabilidad pecuniaria. 3.2. La tutela judicial y el lugar de la responsabilidad pecuniaria. 4. El segundo problema: la figura del acto administrativo descentralizado y la restitución pecuniaria. 4.1. Las características del acto administrativo descentralizado y la articulación de su eficacia. 4.2. La potestad de gasto de la Unión como ejemplo característico de la administración cooperativa. Sus instrumentos. 4.3. El mandato de recuperación de los fondos indebidamente cobrados y la responsabilidad por negligencia del Estado central o las Comunidades Autónomas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1 · Introducción

Este capítulo analiza los escenarios en los que puede originarse la vulneración del derecho europeo y las soluciones que ofrece el ordenamiento; al mismo tiempo, su tesis central propone que tales soluciones son suficientes o necesitan escasas modulaciones. Para ello comienza recordando que normar y ejecutar son actividades distintas, también en el derecho de la Unión. Más importante es la conclusión que nace de este lugar común. Habitualmente, en las organi-

zaciones territorialmente compuestas, el equilibrio centro/periferia se orquesta de modo diferente cuando trata de ordenar la relación entre legisladores o entre órganos ejecutivos. Ese criterio general también se cumple en el proceso de integración, de manera que estamos obligados a estudiar por separado la articulación entre normas y la configuración de la ejecución. En concreto, dentro del epígrafe 2 se plantea la hipótesis de que el principio de responsabilidad por incumplimiento adquiere singularidades en cada escenario.

Desde esta premisa, el epígrafe 3 valora la operatividad del citado principio bajo el marco del recurso por incumplimiento y de la tutela por la jurisdicción ordinaria. En el primer supuesto, la imputación de la responsabilidad pecuniaria se produce de modo automático, precisamente cuando el Estado central, la Comunidad Autónoma o ambos a la vez se ven obligados a adoptar medidas dirigidas a dar cuenta de una sentencia del Tribunal de Justicia. Ese acto de restitución del ordenamiento es a su vez una asunción de la responsabilidad pecuniaria. Sin embargo, en el caso de la tutela de pretensiones fundadas en derecho de la Unión, la tarea de imputación corresponde al particular que insta el correspondiente procedimiento administrativo. El ordenamiento, por tanto, ofrece ya al menos dos caminos para determinar a quién corresponde la responsabilidad. Los problemas específicos emergen en aquellos casos donde el Estado central y la Comunidad comparten competencias. Se sugerirá la oportunidad de seguir un modelo de responsabilidades fijas, sin necesidad de dar lugar a un nuevo procedimiento que determine las responsabilidades específicas en cada caso.

En el epígrafe 4 se subrayan las particularidades de las relaciones centro/periferia cuando de la ejecución se trata, más aún ante la ausencia en los Tratados de técnicas similares al principio de jerarquía. Particularmente, en la llamada administración cooperativa, donde la Unión y el Estado miembro dictan un único acto de ejecución a partir de una confluencia de voluntades. En especial, se atiende a la potestad de gasto, que, entre diversos instrumentos, recoge el mandato de recuperación de fondos y, en caso de negligencia, la subrogación del Estado en la devolución. Para este caso, el derecho estatal ofrece un sistema centralizado, coherente con la propia división competencial de nuestra doctrina constitucional.

Cuando este trabajo estaba en la última fase de edición se aprobó el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE de 6 de julio de 2013). Supone el desarrollo de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica

2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (adicional que a su vez es transcripción casi literal de la disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

Las tesis centrales del capítulo no quedan alteradas. Obviamente, el Reglamento merece una atención especial, pero se debe esperar a que su aplicación tenga un cierto rodaje (y habrá quien piense que su aplicación será excepcional) para poder extraer conclusiones más sólidas.

No obstante, conviene ahora subrayar que el Reglamento define el incumplimiento por remisión al derecho de la Unión (art. 3.2), de manera que el elenco del artículo 3.3 solo puede entenderse a título ejemplificativo. Por otro lado, los mecanismos de repercusión fijados en el artículo 17 –compensación, deducción o retención– recogen instrumentos ya previstos como técnicas generales de recaudación.

En cuanto a la fijación del reparto de responsabilidad en materias concurrentes, el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, supone un cierto avance. Primero porque estima la existencia de responsabilidades concurrentes y estipula una división por mitad en caso de que no se puedan fijar los porcentajes (art. 5.2). Segundo, porque en los apartados 2 y 4 del artículo 5 se apoya en instrumentos administrativos que han debido establecer previamente la distribución de responsabilidad. Y, tercero, porque la disposición adicional quinta, en referencia a los fondos agrícolas, hace una separación nítida de responsabilidad según el tipo de acto al que se impute el incumplimiento.

2 · Normar y ejecutar en el derecho constitucional de la Unión: dos realidades distintas

2.1 · Un breve recordatorio: la configuración constitucional de las potestades normativas y ejecutivas en la Unión

La Unión, para el cumplimiento de sus objetivos, dispone normas y dicta actos. Posee, en definitiva, la distinción primaria de cualquier sistema que reivindique el valor de lo jurídico. En la potestad de crear reglas generales y abstractas radica la existencia de un ordenamiento objetivo, pues solo ellas producen continuidad y normalidad en los comportamientos. A su vez, su aplicación, reconociendo situaciones jurídicas concretas y singulares, disuelve la tensión entre el deber ser y el ser o, lo que es igual, niega la efectividad de poderes ajenos al sistema jurídico.

Dada esta división inicial, la naturaleza específica de toda organización constitucional se concreta en los criterios políticos utilizados para distribuir la función normativa y ejecutiva. Así, en los primeros tiempos del proceso de integración, el reparto se resolvió de una sola vez a través del régimen jurídico de las tres fuentes principales: reglamento, directiva y decisión.[1] La elección entre el reglamento y la directiva, que enfrenta lo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable y lo obligatorio en cuanto al resultado, era (y sigue siendo, de ahí las específicas reservas de fuentes en el Tratado) una elección sobre las dosis de potestad normativa que ejercía la Comunidad y, correlativamente, una definición del campo de actuación normativo y ejecutivo que correspondía a los Estados miembros. A su vez, la dicotomía entre el alcance general del reglamento y el carácter solo obligatorio para sus destinatarios de la decisión, señalaba que en algunos ámbitos excepcionales, como la defensa del mercado competitivo, la Unión dictaba (y dicta) actos que reconocen determinadas situaciones singulares y concretas de los particulares. En definitiva, se aspiraba a instaurar un ordenamiento con una separación primordial de funciones, de manera que a los Estados miembros, salvo excepciones, les correspondería la función ejecutiva y la parte de la normativa que dejase abierta la inicial regulación europea, mayor o menor según la elección de un reglamento o una directiva. Este criterio de ordenación del sistema de fuentes de la Unión, de clara raigambre federal, sin embargo, solo ha sido reconocido de manera expresa en la reforma del Tratado de Lisboa, concretamente en el actual artículo 291 TFUE.

Por tanto, la distribución de funciones normativa y ejecutiva poseía una dimensión territorial; en cambio, puesto que, inicialmente, el Consejo en exclusiva y por decisión unánime ostentaba la potestad para crear normas, es comprensible que la variable interorgánica no cumpliera misión alguna en el

---

1 Lenaerts y Desomer señalan que son tres inicialmente los parámetros que organizan el sistema de fuentes: «[…] the binding/non binding force of the act, the general/individual scope of application of the act, and the direct/indirect impact of the act in the Member States' legal orders […]», Lenaerts, Koen, y Desomer, Marlies (2005): «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *European Law Journal*, vol. 11, núm. 6, pp. 744-765, p. 746. Esta sencilla distinción se apoya en los cuatro elementos destacados por J. Bast: carácter vinculante o ausencia del mismo; generalidad o singularidad; los pasos necesarios para la implementación; e imposición de obligaciones. Véase Bast, Jürgen (2003): «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», *Jean Monnet Working Paper*, 9/03, pp. 1-71, p. 61.

reparto de funciones. Sin embargo, desde bien pronto, el Consejo acometió una delegación de la función normativa y de la ejecución presupuestaria a favor de la Comisión, que comenzó a ejercer, más allá de las atribuciones originarias del Tratado, las llamadas medidas de ejecución. Con este deslinde, aceptado plenamente por el Tribunal de Justicia, se creó un mecanismo de delegación, que respondía esencialmente a razones de eficiencia, si cabe incluso a la tradicional separación entre decisiones políticas y técnicas, correspondiendo las primeras al Consejo y las segundas a la Comisión.[2] Es claro, sin embargo, que esa actuación delegada de la Comisión podía suponer un alargamiento de la potestad normativa de la entonces Comunidad, de ahí que el procedimiento estuviese controlado y condicionado mediante comités en los que estaban presentes las administraciones de los Estados. La «comitología» se convirtió así en el segundo criterio ordenador del sistema de fuentes.[3] Y ahí sigue, ahora en la forma de actos ejecutivos, cuyo procedimiento ha sido renovado por el Reglamento 181/2011.

El Tratado de Lisboa ha introducido un tercer criterio, esta vez con una razón estrictamente política. Se trata, como es obvio, del deslinde entre actos legislativos y actos delegados. Estos comparten con los ejecutivos su necesaria habilitación previa, pero se distinguen en el contenido posible, pues los delegados solo incorporan normas de carácter general, y también en el procedimiento de elaboración, esencialmente en los órganos de control. Así las cosas, podría sostenerse que teniendo una matriz común, hoy responden a lógicas distintas. En efecto, el primero es fruto de una técnica

---

2 Para contextualizar esta tipo de delegación en el modelo actual de fuentes y su origen inmediato de la fallida Constitución europea, véase Vírgala Foruria, Eduardo (2006): «Los actos no legislativos en la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, pp. 279-234, en especial p. 284. También, Garzón Clariana, Gregorio (2010): «Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, pp. 721-760, p. 730 y sigs.

3 Resultaría imposible dar cuenta bibliográfica del problema específico de la comitología. Si interesa, no obstante, presentar algunos trabajos que sitúan la comitología en un contexto más amplio referido a las nuevas formas de gobernanza, por ejemplo, Sore, Cris (2011): «European Governance or Governability? The European Commission and the Future of Democratic Government», *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 287-303; Sabel, Charles F., y Zeitlin, Jonathan Z. (2008): «New Architecture of Experimentalism Governance in the European Union», *European Law Journal*, vol. 14, núm. 3, pp. 271-327, y, desde una perspectiva político-jurídica general, Lobel, Orly (2004): «The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought», *Minnesota Law Review*, núm. 89, pp. 262-390.

de cooperación entre los órganos de la Unión, que resulta de una decisión política. Corresponde al legislador de la Unión elegir la delegación a favor de la Comisión, cuando podría regular íntegramente la materia en cuestión.[4] Para esa delegación solo existen motivos de oportunidad y sus límites jurídicos vedan determinadas delegaciones, pero en ningún caso la fuerzan. Por el contrario, la dinámica de la ejecución pretende articular las relaciones centro/periferia a partir de determinados presupuestos jurídicos. La ejecución es una tarea reservada a los Estados miembros y la Unión la ostentará cuando emerja la necesidad de condiciones uniformes de ejecución o esté expresamente reservada por los Tratados. Aquí, el legislador de la Unión no puede optar por distribuir la ejecución entre los Estados miembros y la Comisión. Esa elección ya la ha realizado el Tratado a favor de los Estados miembros. La ejecución de la Unión no atiende a razones políticas, sino que necesita un fundamento jurídico.

Este trabajo se va a apoyar principalmente en el primer criterio estructurador del sistema de fuentes, esto es, en la separación entre la función normativa y la función ejecutiva, a sabiendas de que una u otra requieren del Estado miembro actuaciones distintas. Por tanto, los principios de garantía, especialmente el de la responsabilidad por incumplimiento, operarán con particularidades según el tipo de función. Pero antes de desarrollar esa tesis, para movernos sobre un terreno firme, es preciso recordar las múltiples formas de la ejecución del derecho de la Unión. Conviene subrayar que el concepto de ejecución su usa en el ámbito de la integración de forma amplia, englobando tanto la potestad normativa como la potestad para dictar actos singulares y concretos. A nosotros nos interesa el segundo fenómeno, en definitiva, el momento en el que la intervención administrativa declara una situación jurídica específica en relación con un número determinado de administrados. Normalmente esta hipótesis se produce con un acto del Estado miembro, que en todo caso habrá de respetar las prescripciones del derecho de la Unión, además de los principios de efectividad y equivalencia. Estaremos entonces ante la modulación del derecho administrativo nacional. De otro lado, a resultas de una reserva expresa del Tratado, o porque se ha habilitado a la Comisión de conformidad con el artículo 291,

---

4 Sobre la *ratio legis* del acto delegado, que pretende evitar la regulación de detalle sin menoscabar los poderes del Parlamento, véase Garzón Clariana, Gregori (2010): «Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, pp. 721-760, p. 725 y sigs.

es posible encontrarnos con actos administrativos dictados directamente por la Comisión, o por alguna de sus agencias ejecutivas. Finalmente, puede ocurrir que en virtud del artículo 317 TFUE, de una decisión delegante de la Comisión o de una regulación del derecho derivado, la ejecución consista en un único acto administrativo, que, sin embargo, para su formulación necesita la participación de la Comisión y el Estado miembro, dando lugar así a la administración cooperativa. Pues bien, es el fenómeno de ejecución cooperativa el que va a ser atendido a lo largo de este trabajo, especialmente la potestad de gasto.

2.2 · La restitución del ordenamiento cuando la Unión dicta normas o medidas de ejecución

La tesis central de este capítulo consiste en subrayar el tratamiento diverso que se ha de dar a la responsabilidad por incumplimiento según el contexto en el que se produzca: «transponer y ejecutar» derecho de la Unión son actividades distintas, porque normar y ejecutar en la Unión no son el mismo fenómeno; la tarea del Estado en uno y otro supuesto ha de ser diferente y, en lo que interesa ahora, los mecanismos de garantía deben operar con sus características peculiares. Los Tratados ordenan de modo separado la función estatal de dictar normas de desarrollo (si se prefiere, transponer) y la de ejecutar (estipular declaraciones que determinen de modo singular derechos y deberes).[5] La primera se rige por el régimen común de la cooperación leal (art. 4.3 TUE), que, como es de sobra sabido, impone, con la finalidad de cumplir las obligaciones derivadas del derecho de la Unión, un deber general de adoptar medidas o abstenerse en la creación de obstáculos. Pero, sobre todo, el principio de atribución de competencias (art. 5.2 TUE), los listados (art. 3 TFUE y siguientes) y especialmente las reglas de desplazamiento de la «potestad legislativa estatal», dispuestas en el artículo 2 TUE, son los criterios constitucionales que ordenan la incidencia de la Unión en el marco de la transposición (sin

5 Otra forma de abordar la diferencia entre dictar normas de desarrollo y actos de ejecución en relación con el derecho de la Unión sería conceptuar los tipos de infracción, que nos ofrecen un elenco variado, tal y como muestran en el segundo epígrafe de su trabajo Prete, Luca, y Smulders, Ben (2010): «The coming of age of infringement proceedings», *Common Market Law Review*, vol. 47, pp. 9-61.

olvidar, que también la elección de la fuente incide sobre el margen de actuación de los Estados). Respecto a las medidas estatales de ejecución, el artículo 291 es una concreción del principio general de cooperación, en el entendido de que la ejecución es en términos generales una función reservada al Estado miembro. Más adelante será necesario matizar esta idea, al menos cuantitativamente, pero es indudable que si los artículos 2 y siguientes del Tratado de Funcionamiento distribuyen materias entre la Unión y los Estados, el 291 reparte las funciones.

Este diferente tratamiento normativo de la transposición y las medidas de ejecución creo que se manifiesta a su vez en el deber de cumplimiento. Transponer requiere del Estado una actuación normativa suficiente para que su ordenamiento y la realidad jurídica respondan a lo dispuesto en la fuente de la Unión correspondiente. Tal adecuación, si lo que pretende la Unión es regular relaciones jurídico-públicas, se proyectará sobre la ejecución del Estado, pero ya no estaremos estrictamente hablando de «medidas estatales de ejecución» del derecho de la Unión, puesto que la transposición no consiste en dictar uno u otro acto singular y concreto. Sí ha de ser esta la intervención del Estado cuando le corresponde ejecutar derecho de la Unión, previsiblemente un reglamento o una decisión. En estas circunstancias también pueden ser precisas medidas de carácter normativo, pero el núcleo del deber de cumplimiento radica en que el Estado, a partir del derecho de la Unión, realice determinados actos singulares y concretos. En definitiva, mientras que la transposición exige la adaptación del marco normativo, la ejecución busca el reconocimiento, modificación o supresión de situaciones jurídicas específicas.

Esa diferencia en la naturaleza de la transposición y la ejecución conlleva consecuencias sobre los criterios que ordenan la relación entre el ordenamiento de la Unión y el de los Estados miembros. En principio, sea para articular la transposición o la ejecución, la primacía, la eficacia directa, la interpretación conforme y la responsabilidad por incumplimiento garantizarían la tutela judicial efectiva de las pretensiones fundadas en derecho de la Unión. Sin embargo, una mirada más atenta muestra que se trata de principios diseñados esencialmente para articular las relaciones entre normas, esto es, para resolver los conflictos entre el derecho de la Unión y el estatal en el curso de la transposición. Pero son muchísimo menos útiles a la hora de dar cuenta de las dificultades específicas que plantean las medidas de ejecución, más aún cuando éstas deben incluir un acto singular y concreto que satisfaga las exigencias del derecho de

la Unión.[6] Si se toma por cierta esta conclusión, el desarrollo descentralizado de la norma europea y el acto administrativo descentralizado han de analizarse de manera separada.

3 · El primer problema: el desarrollo descentralizado de normas y el lugar de la responsabilidad pecuniaria

La Unión comparte las características típicas de cualquier estructura político-jurídica compuesta, en la cual el centro marca criterios y reglas normativas, que han de ser desarrolladas y aplicadas por los entes periféricos. Se trata de aunar dosis de uniformidad a través de un derecho de vigencia general, al que se añade la particularidad propia de su concreción en cada uno de los Estados miembros. La dificultad principal estriba en garantizar la integridad del derecho de la Unión cuando se da en el Estado miembro una realidad que difiere del resultado esperado por las normas europeas. Esa divergencia se manifiesta en disposiciones estatales antinómicas, la ausencia absoluta de adecuación o, incluso, pese a existir conformidad normativa, una realidad práctica ajena a las normas supraestatales.[7]

La Unión cuenta con diversos instrumentos para asegurar la integridad de su derecho. Se vale en ocasiones de procedimientos administrativos, entre los cuales destacan, como es sabido, la obligación de

---

6 Solo en los últimos años se ha comenzado a reflexionar sobre la posibilidad de que produzcan también un efecto de sustitución de mayor calado (STJCE de 19 de enero de 2010, as. C-555/07, *Seda Kücukdeveci*) o reconozcan una pretensión más amplia encaminada a la defensa objetiva del ordenamiento (STJCE de 7 de enero de 2004, as. C-201/02, *Delena Wells*). Y aunque el efecto de desplazamiento ha obtenido también frutos llamativos en el ámbito de la ejecución estatal, como refleja, por ejemplo, la doctrina de la revisión de los actos administrativos. Sin embargo, esta misma institución, o el supuesto deber de la Administración de apartarse de la ley contraria al derecho de la Unión, muestran las particularidades de la relación entre ordenamientos cuando se quiere un determinado tipo de ejecución. Pero mayores son los problemas si se trata de afrontar las omisiones estatales de ejecución, en las que la eficacia directa muestra todas sus carencias ante las dificultades de producir un verdadero efecto de sustitución.

7 Respecto a la realidad práctica que se separa de la normativa, véase Wenneras, Pal (2006): «A new dawn for Commission enforcement under articles 226 and 228 EC: general and persisting (gap) infringements, lump sums and penalties», *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 31-62, en especial p. 46.

comunicar a la Comisión la aprobación de normas técnicas o condicionar la entrada en vigor de ciertos acuerdos.[8] Asimismo, el artículo 2.2 TFUE, en el ámbito de las competencias compartidas, invita a pensar en la capacidad de la potestad normativa de la Unión para resolver conflictos, pues desplazaría el derecho de los Estados miembros, si éste no alcanza los objetivos señalados.[9] Con todo, la garantía jurisdiccional es el vértice sobre el que reposa en última instancia la reparación del ordenamiento. Es bien conocido que en la práctica se trata de una garantía jurisdiccional dual, dividida en un control de cumplimiento ante el Tribunal de Justicia y una suerte de control incidental a través de la tutela de pretensiones subjetivas.

---

8 Para una revisión general de los instrumentos y las posibilidades de mejora, Munoz, Rodolphe (2006): «The monitoring of the application of Community law: a need to improve the current tools and an obligation to innovate», *Jean Monnet Working Paper 04/06*; Gil Ibáñez, Alberto J. (2006): «Exceptions to Article 226: Alternative Administrative Procedures and the Pursuit of Member States», *European Law Journal*, vol. 6, pp. 148-175, en especial pp. 159 y ss. Desde una perspectiva española, García Morales, María Jesús (2011): «La prevención del incumplimiento. Mecanismos de cooperación y consulta», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 13-52, que señala algunos caminos infrautilizados o no explorados, p. 25 y ss. La Comisión atribuye a uno de estos sistemas, el llamado EU Pilot –coordinación administrativa para responder preventivamente a las dudas de transposición–, el éxito en la reducción de las infracciones, véase *Report from the Commission. 28th Annual report on monitoring the application of EU law* (2010), draft 2011, p. 5. A su vez, Cienfuegos Mateo, Manuel (2011): «Instrumentos de colaboración procesal entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la prevención de los incumplimientos autonómicos del Derecho de la Unión Europea», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, CEPC, pp. 53-137, en la p. 76 señala la positiva incidencia del sistema EU Pilot para potenciar la cooperación entre las administraciones españolas.

9 La primacía cobra matices intensos cuando se analiza desde la perspectiva de la distribución competencial, véase Arena, Amedeo (2010): «The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen», Jean Monnet Working Paper, 03/10, pp. 1-91, en especial pp. 67 y ss. Y Schütze, Robert (2006): «Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community preemption», *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 1023-1048.

3.1 · El control de cumplimiento y el lugar de la responsabilidad pecuniaria

a) Las finalidades del control de cumplimiento

El procedimiento de los artículos 258 y siguientes compone un juicio de normas y realidades normativas, cuyo objeto principal es valorar la vulneración del derecho de la Unión por los Estados miembros. Ahora bien, en busca de la finalidad de la responsabilidad pecuniaria, conviene ir más allá de los rasgos formales[10] e intentar comprender las finalidades político-constitucionales del proceso previsto en los artículos 258 y siguientes.

En primer lugar, el control de cumplimiento sirve para impulsar y dirigir la transposición de directivas. El procedimiento administrativo que antecede a la demanda se explica acertadamente como un instrumento precontencioso que permite a la Comisión instar la actuación estatal allá donde todavía no se ha producido, pero, sobre todo, dirigir la acomodación del derecho estatal al europeo cuando entienda que dentro de las posibilidades interpretativas, conviene una por encima de las demás. Así las cosas, este proceso posee una dimensión política evidente y puede incluso concebirse como una prolongación de la actuación normativa de la Unión. La Comisión, que ostenta la iniciativa en el procedimiento legislativo ordinario, traslada ese dominio al control del desarrollo por los Estados miembros, desempeñando una tarea de pivote entre la creación de normas y su aplicación, donde se mueve con cierto grado de discrecionalidad, tanto para interponer la demanda como para elegir el momento adecuado de la presentación.

En segundo lugar, el control de cumplimiento responde a todo tipo de infracciones del derecho de la Unión. Recordemos que los particulares carecen de una acción para la defensa objetiva del ordenamiento. Se dan incumplimientos que la tutela de pretensiones subjetivas no puede proteger; por ejemplo, todos aquellos deberes procedimentales, organizativos y formales al margen de un interés subjetivo.[11] El control de cumplimiento

---

10 De la caracterización formal del procedimiento y su rendimiento, se ofrece un estado de la cuestión en Prete, Luca y Smulders, Ben (2010): «The coming of age of infringement proceedings», *Common Market Law Review*, vol. 47, pp. 9-61.

11 En mi opinión, la mejor ilustración de esta tensión siguen siendo las conclusiones del abogado general Jacobs al as. C-443/98, *Unilever Italia Spa*, de 27 de enero de 2000. Y, seguramente, el apartado tercero del artículo 260 es un intento de resolver este problema.

cerraría el círculo abarcando aquellas infracciones ajenas a un menoscabo directo de los particulares.

Finalmente, el control de cumplimiento sirve para frenar la inobservancia manifiesta del derecho de la Unión. Me refiero a aquellos supuestos donde el Estado simplemente hace caso omiso a la necesidad de transposición, pero también a aquellas situaciones en las que habiendo acomodado su ordenamiento incurre, sin embargo, en una infracción general y estructural, que refleja, pese a las apariencias normativas, una separación absoluta entre la realidad estatal y los objetivos perseguidos por la Unión. Se trata del único procedimiento a través del cual se afronta la desatención generalizada del derecho en un ámbito normativo concreto. Son supuestos donde la garantía del ordenamiento se queda corta si tan solo se apoya en la jurisdicción declarativa. De ahí que a menudo en los Estados federales, para tales casos, se haya trasladado la competencia al poder ejecutivo (pensemos en el art. 155 CE), a quien incumbe entonces restituir la integridad cuya quiebra pone en tela de juicio la efectividad del propio sistema. No extraña que en esta línea se pensase en una solución radicada en el Consejo, o lo que es igual, en una solución política que pusiese coto a estos fenómenos propios de las estructuras compuestas.[12] Sin embargo, acabó por imponerse la solución de la responsabilidad pecuniaria, sea la suma a tanto alzado o la multa coercitiva, que pretende ser una suerte de camino intermedio en la que se conjuga la función jurisdiccional con instrumentos de corte ejecutivo.[13]

---

12 Kilbey, Ian (2007): «Financial penalties under article 228(2) EC: excessive complexity?», *Common Market Law Review*, vol. 44, pp. 743-759, respecto a la solución política, p. 744 y ss. Como es sabido, la defensa política de los Tratados no es ninguna novedad. Se articula en el artículo 7 TUE para proteger los valores del artículo 2 y en el artículo 126 para los deficit públicos excesivos. Respecto al primero remito, a mi trabajo Azpitarte Sánchez, Miguel (2004): «La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 del TUE», en *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer, Tecnos, pp. 369-386, en especial p. 383 y ss. Un esbozo del segundo, de plena actualidad, podemos verlo en Ordóñez Solís, David (2011): «Las responsabilidades de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 143-181, en especial p. 165.

13 Existiría, además, la posibilidad de explorar la suspensión como medida cautelar, prevista de manera excepcional en el artículo 278, pero que podría dar resultados óptimos para frenar los incumplimientos manifiestos. En este sentido ha de prestarse atención a la ordenanza del presidente del Tribunal, de 19 de diciembre de 2006, en el as. C-503/06,

b) La responsabilidad pecuniaria como mecanismo de cierre en el mantenimiento de la integración del ordenamiento

La respuesta frente al incumplimiento manifiesto es uno de los objetivos prioritarios del proceso declarativo diseñado en los artículos 258 y siguientes. ¿Qué pasa, sin embargo, cuando esa disconformidad evidente y constatada por el Tribunal de Justicia no se repara adoptando las «medidas necesarias»? En la solución a este interrogante radica el fundamento de la responsabilidad pecuniaria diseñada por el artículo 260. El precepto aclara cuáles son los supuestos en los que se activa un nuevo proceso: no haber dado ejecución a una sentencia declarativa de incumplimiento (apartado segundo) y no haber informado sobre las medidas de transposición (apartado tercero). En el primer caso es factible hablar con laxitud de un proceso de ejecución, ya que trae causa en una previa declaración de incumplimiento y es imprescindible que la Comisión solicite alguna de las medidas previstas. Pero no se debe escapar el detalle de que, antes de dictar la responsabilidad pecuniaria, las partes y el Tribunal ventilan la sustancia del presupuesto que las hace nacer, a saber, si en verdad no se han tomado las medidas necesarias para ejecutar la sentencia. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso mixto en el que se declara derecho –el incumplimiento de una sentencia– y se adoptan actuaciones para su aseguramiento. Asimismo, cuando se exige judicialmente la obligación de informar, nos hallamos también con un proceso que aúna lo declarativo y lo ejecutivo, determinando en la misma causa la falta de información y fijando la responsabilidad pecuniaria que corresponda. Son procesos que encajan bien bajo la lógica propia de las jurisdicciones que conocen de derecho público, en las que la ejecución no es cuestión que interese solo a las partes, sino que incumbe al propio tribunal, dado el interés público que encierra la causa. Por ello, salta a la vista que la responsabilidad pecuniaria del Estado miembro dispuesta en el artículo 260 no tiene como fin reparar daños creados por el incumplimiento; en verdad, aspira a ser un instrumento de coacción que empuje hacia la correcta ejecución.

Comisión/Italia, en el que se manda la suspensión de una ley regional como medida cautelar. Sin duda, esta técnica procesal, ahí donde la urgencia y el *fumus boni iuris* lo justifican, se convierte en un remedio clave para evitar «daños por incumplimiento». Obviamente la dificultad radica en el modo de dar efecto a esa orden de suspensión. En este caso la República italiana optó por un decreto ley que mandaba la suspensión de la ley regional.

La responsabilidad pecuniaria se desdobla en una suma a tanto alzado y/o una multa coercitiva. La jurisprudencia ha ido deslindando la razón de cada una de estas medidas y facilita su coexistencia. La multa coercitiva persigue que el Estado miembro repare cuanto antes la vulneración sin esperar a que se dicte la sentencia correspondiente, de ahí que el Estado se libre de la multa si corrige el incumplimiento antes de la sentencia. Esto supone a su vez que aquellos Estados que consideran que han cumplido con la sentencia declarativa y esperan demostrarlo en el procedimiento, han de correr con el riesgo de la multa si sus pretensiones no son atendidas. Por otro lado, la suma a tanto alzado opera para evitar conductas de mala fe procesal por parte de los Estados miembros. Puesto que la multa coercitiva decae cuando el Estado ha cumplido, éste puede apurar los tiempos del proceso y adoptar las medidas de cumplimiento necesarias justo antes de la sentencia. La suma a tanto alzado evita este fraude procesal, de manera que el Estado miembro pagará por su incumplimiento, incluso si en el curso del proceso ha adecuado su ordenamiento.[14]

c) El pago de la sanción

Las sanciones pecuniarias del artículo 260 buscan exclusivamente la reparación del derecho de la Unión cuando se ha producido un incumplimiento contumaz. La Unión espera, y hasta ahora lo ha logrado, que el Estado miembro reaccione durante el proceso o justo después para restituir el ordenamiento. Esta dinámica permite afrontar de manera muy sencilla nuestro problema principal: ¿quién ha de pagar la responsabilidad pecuniaria, el Estado central, la Comunidad Autónoma?[15] ¿Cómo aseguramos el pago?

---

14 En mi opinión, la distinción de una y otra figura en razón de su finalidad, así como la cuantificación de las mismas y los problemas que conlleva, quedan claramente definidos en las conclusiones del abogado general Bot, en el as. C-109/08, *Comisión/República Helena*, de 12 de marzo de 2009, en especial párrafos 33 y siguientes. También, las del abogado general Poiares Maduro, al as. C-119/04, de 26 de enero de 2006, pp. 45-46.

15 Las reflexiones de estas páginas se construyen pensando en el Estado central y las Comunidades Autónomas. ¿Son trasladables sin más a los entes locales? No estoy seguro, y de esta duda surge una necesidad obvia de autocontención. Como se verá, propongo una distribución de responsabilidad fundada básicamente sobre el reparto constitucional de competencias. Existe la lógica tentación de trasladar ese modelo al ámbito local y establecer un juego de responsabilidades donde la del ente local varíe según el espacio de actuación normativo o ejecutivo que le deje la ley. Ahora bien, dada esa incidencia definitiva de la ley sobre la autonomía local, resulta difícil imaginar incumplimientos locales que no sean consecuencia inevitable de la previa configuración o falta de confi-

La clave del control de cumplimiento, tanto en su procedimiento exclusivamente declarativo como en el del artículo 260, se construye sobre la idea de que el Estado miembro adoptará las medidas necesarias para actuar conforme a derecho. Esta premisa presenta dos escenarios: que el Estado o la Comunidad Autónoma responsable tome las decisiones pertinentes para satisfacer los deberes nacidos del derecho de la Unión; o que el Estado central sustituya a la Comunidad Autónoma en su deber de cumplimiento. Cabría un tercer escenario, el de incumplimiento total, pero entiendo que esto nos sitúa ante el supuesto de la rebeldía, cuestión ajena al objeto de este escrito.[16]

Imaginemos el primer supuesto: la Comisión reclama al Reino de España por la vía del artículo 260 una multa coercitiva y una suma a tanto alzado. Sin duda, el proceso judicial previo y las actuaciones de la Comisión anteriores a la demanda habrán sentado bases suficientes para

---

guración legal. ¿Es posible entonces realmente hablar de incumplimientos propios de los entes locales de los que deban responder? A mí solo se me ocurre un supuesto: cuando la actuación local incumple una disposición de los Tratados o de un reglamento con eficacia directa; por ejemplo, en la vulneración de la libre prestación de servicios mediante acciones de contratación pública en materias no armonizadas, véase STJCE de 15 de julio de 2010, as. C-271/08, *Comisión/Alemania*.

16 Ocurre, sin embargo, que bajo las características típicas de la ejecución de sentencias, late a todas luces un problema todavía mayor, el de la rebeldía de los entes periféricos que componen una unidad política compuesta. El procedimiento del artículo 260 es la antesala de un escenario dramático en el que un Estado miembro opta por no cumplir deliberadamente con el ordenamiento. Ahora bien, el derecho de la Unión carece de los dos instrumentos claves para salvar estas situaciones. Primero, su sistema jurisdiccional no posee una estructura de recursos que permita a los ciudadanos contrarrestar el incumplimiento de su Estado. Bastaría recordar el ejemplo de aquellos modelos federales en los que el centro se dota de una jurisdicción propia encargada de conocer tanto en primera instancia las causas de derecho federal, como las apelaciones frente a los tribunales de los Estados. En segundo lugar, la Unión no dispone de instrumentos ejecutivos generales diseñados para reparar los incumplimientos manifiestos y restituir su autoridad. La mayoría de las estructuras federales cuentan con los estados de excepción, alarma y sitio, o con medidas de actuación específicas, como podría ser nuestro artículo 155; pero la Unión ostenta tan solo la potestad de suspensión de «determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados» cuando un Estado miembro incumpla los valores del artículo 2 TUE, o de ciertas medidas de salvaguarda del mercado interior, si un Estado miembro está inmerso en situaciones de graves disturbios, guerra, amenaza de guerra o grave tensión internacional (artículo 347). Así las cosas, la responsabilidad pecuniaria se convierte en el último instrumento para asegurar la restitución del ordenamiento de la Unión y más allá queda únicamente el abismo de la rebeldía.

saber quién ha de tomar las medidas necesarias conducentes al acatamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. Debe ocurrir entonces que espontáneamente el Estado central o la Comunidad o Comunidades Autónomas correspondientes, a lo largo del procedimiento, pongan fin al incumplimiento. Esta actuación de conformidad se convierte así en el elemento clave de la imputación de responsabilidad pecuniaria. Si es el Estado central el que considera que las medidas de reparación entran en el ámbito de sus competencias, entonces sobre él recaerá el pago de las cantidades. Y, del mismo modo, si la restitución se lleva a cabo por una Comunidad o las Comunidades, son ellas las que habrán de pagar. No es preciso, por tanto, ningún procedimiento para dilucidar responsabilidades, pues la adopción de las medidas pertinentes revela ya al responsable: en la reparación reside la imputación.

En este escenario existe, sin embargo, una pequeña dificultad que se muestra en aquellos casos en los que la adecuación al ordenamiento de la Unión requiere una actuación conjunta, con intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas. Se trata de supuestos en los que la reparación del incumplimiento exige a la vez cambios en las bases del Estado y el desarrollo de la Comunidad, o en la legislación del Estado y la ejecución autonómica. Ciertamente, podría seguirse la vía sugerida por el Consejo de Estado y abrir un procedimiento que impute específicamente el quántum de la responsabilidad en cada caso.[17] Sin embargo, dudo de que sea un camino fructífero. Mucho más adecuado sería fijar una escala de responsabilidad, que se apoyara en el reparto de competencias, independientemente de su concreta imputación.[18] Así, por ejemplo, en el

17 Informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, apartado B del epígrafe V, «Propuestas de reforma».

18 Este modelo de responsabilidades tasadas se utiliza, por ejemplo, en la Constitución alemana, tanto para la responsabilidad por déficit excesivo (artículo 109.5) como para la responsabilidad genérica por incumplimiento (artículo 104a.5 –si bien en este caso solo se tasa la responsabilidad de más de un *Länder*). La clave en estas responsabilidades tasadas es el criterio utilizado para el reparto. Así, en el ejemplo alemán, para la responsabilidad genérica se usa el llamado principio de conexión de competencias; en cambio, para la responsabilidad por déficit excesivo parece usarse el criterio de reparto de ingresos. En todo caso, el modelo alemán explica la importancia de distribuir la responsabilidad en coherencia con los principios de la Constitución territorial y financiera, al respecto es importante cotejar el trabajo de Elías Méndez, Cristina (2008): «La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, pp. 223-252.

caso de que el incumplimiento se produjese bajo el ámbito de una materia repartida entre bases y desarrollo, el Estado pagaría el 60% y las Comunidades Autónomas el 40%. Si la responsabilidad nace en el contexto de la legislación estatal y la ejecución autonómica, correspondería un 80% del pago al Estado y el 20% a las Comunidades Autónomas. La escala propuesta simplemente proyecta el grado de intervención reguladora sobre la responsabilidad pecuniaria. Se trata de una regla que pese a no atender a la responsabilidad concreta en cada caso, tarea seguramente compleja y abocada al conflicto, da una gran seguridad sobre la responsabilidad de cada ente.[19] Es precisa, sin embargo, una matización relativa a la celeridad en el cumplimiento. Imaginemos que el Estado adopta inmediatamente las medidas para acomodarse a la sentencia cuyo cumplimiento adecuado se discute, mientras que alguna Comunidad se demora. Pensemos en la alternativa, donde las Comunidades reaccionan rápidamente mientras que el Estado se retrasa o lleva la disputa judicial a sus últimas consecuencias. No olvidemos que el Tribunal de Justicia toma la duración del incumplimiento como una de las variables que determinan la multa coercitiva y la suma a tanto alzado. ¿Deben pagar igual aquellos entes que han actuado con la mayor diligencia? Parece razonable que la propia variable de duración que aplica el Tribunal de Justicia se traslade sobre los actores de incumplimiento. De este modo, si el Estado repara inmediatamente, su cuota de responsabilidad (60% u 80%) se debería calcular exclusivamente sobre la cantidad devengada hasta su actuación reparadora. A su vez, la obligación de pago de una Comunidad se habría de cuantificar a partir de la cantidad debida por el Reino de España cuando aquella cumplió.

Queda por dilucidar un último problema en esta primera hipótesis: ¿cómo se reparte el pago cuando son varias las Comunidades Autónomas incumplidoras? Es decir, si varias Comunidades son responsables ¿cómo se divide el 100% de la cantidad? O si concurren con el Estado, ¿cómo se

19 Cabría incluso diseñar un modelo en el que la responsabilidad se asumiera de forma solidaria sobre criterios tasados, totalmente al margen de la determinación del responsable. Este modelo puede ser útil en la responsabilidad por déficit excesivo, tal y como muestra, entre otros modelos, Fernández Llera, Roberto (2011): «Un enfoque federalista sobre procedimientos internos para delimitar la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 183-216.

distribuye el 40% o el 20%? De nuevo, creo que sería oportuno establecer una regla tasada de la cantidad debida que gire en torno a la capacidad de pago de cada Comunidad, sea el PIB o cualquier otro indicador de riqueza, como ratio de imputación. Si el incumplimiento del derecho de la Unión genera beneficios directos o indirectos, la responsabilidad pecuniaria ha de ser proporcional a aquellas Comunidades que por su mayor pujanza, en teoría disfrutarán más de esos enriquecimientos injustos. En este supuesto, sin embargo, también es importante tener en cuenta la distinta velocidad en la restitución del ordenamiento y la responsabilidad de cada Comunidad ha de calcularse sobre la cantidad devengada hasta el momento de su cumplimiento.

Atendamos ahora al segundo supuesto planteado, esto es, la posibilidad de un poder sustitutivo del Estado central. Demos crédito a aquellas tesis que defienden la intervención sustitutiva y analizamos la cuestión del pago de la responsabilidad pecuniaria. La idea es aparentemente sencilla: puesto que el Estado central repone el cumplimiento del ordenamiento y paga las cantidades debidas, se han de instaurar mecanismos que en última instancia repitan sobre la(s) Comunidad(es) responsables. Ahora bien, la respuesta no es tan clara. Recordemos que un sector de la doctrina, entre ellos el Consejo de Estado, considera que existen fundamentos constitucionales suficientes para defender la existencia de una competencia estatal de reacción frente al incumplimiento de las Comunidades Autónomas, sustituyéndolas. Quienes defiendan que el Estado central dispone de tal poder sustitutivo, habrán de aceptar que si no actúa justo cuando la Comisión pone en su conocimiento la hipótesis de un incumplimiento, dejando que el procedimiento del artículo 260 llegue a su fin, el Estado central estaría omitiendo su deber de reacción y asumiendo como suyo el incumplimiento de las Comunidades Autónomas. ¿Deben entonces éstas pagar las hipotéticas responsabilidades pecuniarias, o ha de acarrear con ellas el Estado central, que no usó en tiempo y forma el supuesto poder sustitutivo que la Constitución le otorga?[20]

---

20 En definitiva planteamos la proyección de la relación de proporcionalidad que existe entre «[…] mayores poderes/deberes de intervención del Estado en términos preventivos [y su] grado de culpa *in vigilando* (o *in corrigendo*) en el contexto de incumplimientos de origen subestatal, disminuyendo en consecuencia el grado de posible repetición sobre la Comunidad Autónoma (o ente local) afectada, y viceversa», la cita proviene de la p.

Esta tesitura pone una vez más de manifiesto la debilidad de las posiciones que defienden la potestad de sustitución. Mientras que la defensa del ámbito de autonomía de las Comunidades, necesariamente conduce a imputar a éstas el pago de las responsabilidades que nazcan por su actuación, reivindicar una competencia de sustitución del Estado central, en estricta coherencia, debe empujar a sostener que, entonces, corresponde a éste también atender el pago de las responsabilidades que fueron originariamente de las Comunidades, pues la prolongación de la vulneración se debe finalmente a la falta de diligencia del Estado central en el uso de los poderes constitucionales. En definitiva, quien ostenta la potestad última de reparación debe arrostrar con las consecuencias finales del incumplimiento.

Habrá quien no comparta esta posición y considere que una vez que el Estado central ha reparado el incumplimiento imputable a las Comunidades, éstas deben reintegrar el pago de la responsabilidad pecuniaria. De dar por buena esta tesis, ¿es necesario un procedimiento específico? No lo parece. El Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación, ofrece instrumentos suficientes. Me refiero, y así lo hace también el Consejo de Estado, a la compensación de oficio de deudas de entidades públicas, previsto en el artículo 57, y a la extinción de deudas de las entidades de derecho público mediante deducciones sobre transferencias, del artículo 60. Ambos mecanismos de recaudación dotan a la Hacienda general del Estado de un procedimiento y de potestades suficientes para recuperar lo indebidamente pagado.[21]

---

5 de Alonso García, Ricardo (2011): «La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Unión Europea desde la perspectiva del Estado autonómico: una aproximación general», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 3-10.

21 En este contexto de sustitución de la Comunidad Autónoma en el pago de la responsabilidad, el Consejo de Estado explica con suma claridad la problemática específica que presenta el sistema financiero del País Vasco, donde resulta complejo arbitrar mecanismos de compensación o deducción (pp. 269 y ss. del informe). Sobre esta hipótesis reflexiona para un caso concreto, Serrano Blanco, Ignacio (2011): «La cláusula de responsabilidad y el cupo vasco», *Diario La Ley*, núm. 7694, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2011, pp. 1-8.

3.2 · La tutela judicial y el lugar de la responsabilidad pecuniaria[22]

Es preciso volver a recorrer caminos trillados para situar adecuadamente el sentido de la responsabilidad pecuniaria, ahora en el contexto de controversias nacidas a instancia de los particulares. Dentro de las diversas formas que toma el principio de primacía, interesa en este momento su ligazón con la eficacia directa, que conlleva el derecho fundamental de toda persona para que sus pretensiones fundadas en derecho de la Unión sean atendidas, de manera efectiva y equivalente, por la jurisdicción ordinaria. Es de sobra sabido que esta tutela judicial, junto a la cuestión prejudicial de interpretación, ha servido para controlar indirectamente la conformidad del derecho estatal con el derecho de la Unión. Pese a las declaraciones formales del Tribunal de Justicia en referencia a su competencia limitada en el seno de la cuestión prejudicial, lo cierto es que tanto el modo de formular la pregunta por el juez estatal, centrado en la resolución de una controversia, como la forma de evacuar la decisión, donde el Tribunal de Justicia fija la contradicción entre la norma estatal y la interpretación necesaria del ordenamiento europeo, han conducido *de facto* a convertir el incidente de interpretación en un juicio mediato sobre el derecho periférico.

Es igualmente sabido que el reconocimiento por la jurisdicción ordinaria de derechos subjetivos amparados en el ordenamiento de la Unión no

---

22 Este epígrafe toma como presupuesto la responsabilidad imputable al legislador y a la Administración. Cuestión distinta, desde el punto de vista del ordenamiento español, es la responsabilidad por aplicación judicial del derecho de la Unión. En principio, la Audiencia Nacional pretende resolver el problema a través del procedimiento específico dispuesto en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero creo que lleva razón D. Ordóñez Solís cuando subraya la extremada dificultad de este procedimiento, Ordóñez Solís, David (2011): «Las responsabilidades de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 143-181, en especial p. 155. Podría incluso plantearse si el procedimiento del artículo 293 LOPJ respeta el principio de efectividad en la tutela del dercho de la Unión, si bien existen autores que sugieren una dicción distinta del Tribunal de Justicia cuando valora el incumplimiento de la Administración y del legislativo («serious breach») y el incumplimiento del Poder Judicial («manifest infringement»), véase Beutler, Björn (2009): «State liability for breaches of community law by national courts: is the requirement of a manifest infringement of the aplicable law an insurmountable obstacle?», *Common Market Law Review*, 46, pp. 773-804, p. 797.

implica la expulsión de la norma o acto (público o privado) que obstaculizaba a las citadas pretensiones individuales. El desplazamiento aplicativo es el mecanismo escogido para salvar las contradicciones y dar eficacia al derecho europeo, que acaba sustituyendo al estatal en la resolución de la controversia. No obstante, dos son los límites a esta eficacia directa. Respecto al conjunto de las fuentes europeas, será preciso siempre identificar un derecho subjetivo; en caso contrario el incumplimiento habrá de reconducirse a través del proceso del artículo 258 TFUE. Y en referencia a la directiva defectuosamente traspuesta, ha de originarse en el contexto de una relación jurídico-pública, pues fuera de este supuesto no será posible provocar el efecto de desplazamiento.

Este breve repaso al modo de resolver conflictos normativos en los que subyace un derecho subjetivo debe ser suficiente para ubicar el lugar de la responsabilidad pecuniaria como instrumento subsidiario.[23] Se trata de una garantía mínima que se activa mayormente ante el incumplimiento de la trasposición de directivas que ordenan relaciones entre particulares, pero también ante el incumplimiento de las restantes fuentes. El principio serviría para consolidar la plena eficacia de las normas de la Unión y evitar lagunas que incentiven en los Estados miembros el incumplimiento de sus obligaciones. La responsabilidad atendería así a una triple función de restitución, prevención y demarcación.[24] Con la primera se logra compensar al particular que ha visto dañado su patrimonio jurídico por la intervención u omisión ilícita del Estado. La segunda sirve para desalentar por anticipado conductas estatales que busquen aprovecharse de la vulneración del derecho de la Unión. Y en este objetivo preventivo seguramente reside la razón

---

23 Pero no subsidiario a la restitución *in natura*, sino a la efectiva aplicación de la norma. Sin duda, este es un problema clásico en las estructuras federales: si las autoridades periféricas llamadas a aplicar todo el derecho no lo realizan efectivamente, la solución ideal es establecer mecanismos por los que otra autoridad de aplicación sustituya a la primera. En su defecto, una solución subsidiaria es el reconocimiento de una responsabilidad, pero, en puridad, en esta segunda vía, el mecanismo más incisivo es imputar la responsabilidad no a la autoridad, sino al funcionario que la enmarca. Aquí radica la diferencia entre el modelo europeo y el de los Estados Unidos, véase Mabrito, Jefferson (2007): «The American an EC Approaches to Member State Liability and the Possibility of State Officer Liability in the EC», *Yearbook of European Law*, pp. 219-253, en especial pp. 226 y ss.

24 Para la distinción de estas funciones me apoyo en el trabajo de Mir Puigpelat, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la administración*, Madrid, Civitas, concretamente en su capítulo tercero.

de que solo causen responsabilidad los incumplimientos «suficientemente caracterizados», esto es, aquellos significados por su gravedad. Cobra ahí sentido la última función, la de demarcación, que señala al poder público los cauces de su actividad de cooperación leal con «[…] el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultante de los actos de las instituciones de la Unión» (art. 4.3 TUE).

En definitiva, la tutela judicial efectiva y la cuestión prejudicial de interpretación han subjetivado el incumplimiento estatal. Y de este modo surge un panorama claro para afrontar el problema que nos interesa en este capítulo: ¿es necesario arbitrar procedimientos que ayuden a delimitar el deber de pago del Estado central o de las Comunidades Autónomas? Una vez más, el ordenamiento vigente parece ofrecer ya un camino suficiente para alcanzar esa delimitación. Y ese no es otro que la reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial y, de ser necesaria, su subsiguiente judicialización. En efecto, en la reclamación de responsabilidad el administrado debe individualizar el daño y probarlo, así como la relación de causalidad que lo atribuye a una determinada actividad administrativa. Por tanto, será la imputación manifestada en la reclamación –y estimada administrativa o judicialmente– la que genere el deber de pago del Estado central o de la Comunidad Autónoma a resultas de un incumplimiento suficientemente caracterizado del derecho europeo.

En este contexto donde el administrado delimita la administración responsable, podemos plantearnos cuatro hipótesis. En la primera, de conformidad con el artículo 31.2 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, la reclamación de indemnización por daños va ligada a la pretensión principal de reconocimiento de un derecho subjetivo frente a una vulneración suficientemente caracterizada. A su vez, en virtud del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, la reclamación puede venir tras un proceso judicial que concluyó con el reconocimiento de una situación jurídica frente a un acto o norma que vulneraba de manera suficientemente caracterizada el derecho estatal. Cabe pensar, en tercer lugar, que la reclamación se dirija por quien habiéndose aquietado ante normas y actos que vulneraban de manera suficientemente caracterizada el ordenamiento de la Unión, sin embargo, conocida una sentencia que determina tal situación, presenta la correspondiente reclamación administrativa (en la hipótesis de que esté dentro de plazo). O bien, se podrían imaginar aquellas vías de hecho que implican una vulneración suficientemente caracterizada (por ejemplo, impedir la circulación de ca-

miones de mercancías extranjeros) y que darían lugar directamente a reclamaciones patrimoniales.

Existe, sin embargo, una dificultad añadida en razón de la concurrencia de responsabilidades. El particular, en su correspondiente reclamación, sobre todo en los dos primeros casos expuestos, tenderá a imputar la responsabilidad a la administración que se encuentra en el último tramo de la trasposición o ejecución, que será la Comunidad Autónoma, tanto en el binomio bases-desarrollo, como en la legislación-ejecución. Pero puede ocurrir que el desarrollo o el acto que constituyen el incumplimiento «suficientemente caracterizado» sean en realidad el resultado obligado de una normativa estatal, que es donde realmente radica la vulneración del derecho europeo. Podría suceder que la Comunidad Autónoma corriese con la responsabilidad pecuniaria que solo le alcanza en una parte, o, peor aún, que rechazase toda indemnización por considerar que ésta es imputable al Estado central. Ante este riesgo, bien hará el administrado en presentar doble reclamación, en cada una de las Administraciones que han intervenido en la trasposición. Pero, sin duda, este camino no es una solución, pues realmente exige al reclamante una extrema diligencia. Si bien, ante una inadmisión parcial o total de la reclamación, por considerarse imputable al Estado central, podría entenderse que el daño causado no se habría extinguido, abriendo así las puertas a una nueva reclamación ante la Administración del Estado. No obstante, obligar al administrado a cursar sucesivamente dos reclamaciones, tampoco parece una solución demasiado fina (y de dudosa conformidad con el principio de equivalencia). Dadas estas dificultades, quizá sí sería recomendable una adaptación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en términos parecidos a lo ya existente para la responsabilidad contractual de la Administración (art. 214.3 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que contiene el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), de manera que el administrado pudiese previamente e interrumpiendo la prescripción solicitar una aclaración sobre la administración responsable. Ahora bien, ante el riesgo de que cada una de las administraciones, estatal o central, despacharan el asunto en perjuicio de la otra, sería oportuno volver sobre el argumento de las responsabilidades fijas según el tipo de competencia. Si se da por bueno este criterio, bastaría entonces con que la administración ante la que se ha presentado la reclamación o el órgano judicial ante el que se pide tal responsabilidad, valorase la existencia de ésta y, de ser así, la repartiese según las reglas preestablecidas.

4 · El segundo problema: la figura del acto administrativo descentralizado y la restitución pecuniaria

4.1 · Las características del acto administrativo descentralizado y la articulación de su eficacia

En la Unión se subraya uno de los clásicos problemas de toda estructura político-jurídica territorialmente compleja: los contornos de la ejecución descentralizada. Ya hemos visto que los Tratados constitutivos aparentemente dan una respuesta limpia, reservando a los Estados miembros la ejecución, de suerte que la Unión solo actuaría cuando así lo estipulan los Tratados o si se exigen condiciones uniformes de ejecución. Se formula así una separación clara de funciones, que responde a un presupuesto constitucional robusto, atento al papel esencial de los Estados en la constitución y funcionamiento de la Unión. Sin embargo, esta descentralización administrativa, guiada por el principio de autonomía institucional, presenta al menos tres caracteres que cifran su problemática.

El primero ya lo hemos visto. No parece que los principios constitucionales creados esencialmente para regir las relaciones internormativas den frutos similares en el campo de la ejecución. Dicho de otro modo, el mero desplazamiento de la actuación administrativa estatal es insuficiente para garantizar que el Estado miembro ejecute en el sentido querido. El segundo rasgo que conforma la singularidad de la ejecución descentralizada tiene que ver con la alteración del principio de legalidad, criterio básico a la hora de explicar tradicionalmente la función ejecutiva. En efecto, aunque nadie hoy día pretenda defender la ejecución administrativa como una tarea de subsunción, todavía resulta oportuno postular que la ley dirige la ejecución.[25] La primacía de la ley, voluntaria por opción del legislador o forzada en virtud de la reserva de ley, compone todo el imaginario de la legitimidad del acto administrativo.[26] Sin embargo, esa clave poco o nada dice en la

---

25 La expresión la tomo de Schmidt-AßMann, Eberhard (1998): *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, Springer, p. 175.

26 Transformar esta comprensión exigiría, primero, una reconceptualización de la ley y su reserva, a favor de una administración más abierta, informal, flexible y cooperativa, Hoffmann-Riem, Wolfgang (2005): «Gesetz und Gesetzvorbehalt im Umbruch», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 130, pp. 5-70, en especial p. 28 y ss. En la misma línea, Shupert, Gunnar F. (2008): «Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel. Von Plannung über Steuerung zu Governance?», *Archiv des öffentlichen Rechts*,

relación Unión-Estado miembro cuando de medidas ejecutivas se trata. No podemos hablar de una mayor legitimidad de la normativa europea que regula la ejecución del Estado miembro. Es más, cabría sostener una cierta legitimidad inversa, en la que la actuación del Estado nutre a la armonización normativa de la Unión. Esta traslación de legitimidades –del ejecutor al normador, antes que del normador al ejecutor– explica la inexistencia de referencia alguna en los Tratados al principio de jerarquía administrativa. En consecuencia –este sería el tercer rasgo– no se prevén instrumentos para impulsar y dirigir el programa de ejecución (sea mediante instrucciones u órdenes de servicio), para valorar la oportunidad de la ejecución (informes preceptivos, consultas, etc.), ni vías administrativas que controlen de oficio o a petición de parte la licitud de los actos administrativos (revisión, revocación, recursos del administrado, etc.). Se presenta así el dilema con toda claridad: ¿cómo lograr una ejecución satisfactoria del derecho de la Unión cuando ésta carece de mecanismos jurídicos para dirigirla y los instrumentos de garantía resultan poco operativos, más aún cuando existe una reserva de ejecución a favor de los Estados, que, además, pretende reflejar un principio de legitimidad estructural de la propia Unión?

La salida a este dilema la encontramos en la llamada administración cooperativa o mixta. Junto a la firme división que traza el artículo 291 y que da cuerpo a una distinción esencial entre Administración de la Unión y Administración del Estado, en el derecho derivado han ido apareciendo paulatinamente técnicas que conforman un nuevo modo de ejecutar, donde, en el marco de un solo procedimiento, la Unión y el Estado integran sus responsabilidades.[27] El deber de información, el auxilio, los informes previos

---

vol. 113, pp. 79-106. Y, sin duda, el problema de la regulación emerge como el punto central desde el que reconstruir los postulados de legitimidad de la administración, Esteve Pardo, José (2005): «El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público», en *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Barcelona, pp. 387-405, p. 390 y ss.

27 Respecto a la elaboración de este concepto en formación, véase Schmidt-Aßmann, Eberhard (2006): «Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der EG», en *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 411-442, respecto a las formas de este derecho cooperativo, en especial p. 431. En el mismo sentido, intentando una definición precisa, el capítulo sexto de Von Danwitz, Thomas (2008): *Europäisches Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Springer. Una reflexión sobre los fundamentos constitucionales del derecho administrativo cooperativo se halla en Schütze, Robert (2010): «From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union», *Common Market Law Review*, vol. 47 (5), pp. 1385-1427, pp. 1398 y ss.

de la Comisión, las correcciones que funcionan al modo de instrucciones, las autorizaciones o la potestad de oposición por parte de la Comisión, las decisiones subsidiarias de la Comisión ante la falta de acuerdo de los Estados, la compleción de los planes diseñados por los Estados, o la propia ejecutividad el acto, son todos ellos instrumentos que permiten a la Unión dirigir la ejecución del Estado miembro.

Es en el marco de estos instrumentos de dirección de la ejecución estatal donde debemos integrar una de las cuestiones que más preocupan, a saber, el reembolso de los importes indebidamente abonados. Pese a sus similitudes, no se trata de un instrumento judicial de ejecución que compela al Estado a poner fin al incumplimiento manifiesto, tal y como corresponde a la multa coercitiva y a la suma a tanto alzado del artículo 260 TFUE. Y tampoco estamos ante una subespecie del principio de responsabilidad por incumplimiento, puesto que no hay en juego daño a particulares. Es, en definitiva, un mecanismo a disposición de la Comisión para dirigir la ejecución del Estado miembro, especialmente cuando no se ha cumplido con la carga que justificaba el gasto financiado totalmente o en parte por la Unión.

Ahora bien, si todas estas técnicas han florecido en el derecho derivado, la realidad es que el derecho administrativo cooperativo posee un fundamento constitucional claro en los Tratados fundacionales. Es el artículo 317 TFUE, inserto en el capítulo dedicado a la ejecución del presupuesto, y que dispone que «La Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de créditos autorizados, ejecutará el presupuesto *en cooperación* con los Estados miembros de conformidad con las disposiciones de los reglamentos adoptados en virtud del artículo 322, 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» (la cursiva es mía).

4.2 · La potestad de gasto de la Unión como ejemplo característico de la administración cooperativa. Sus instrumentos

La lectura del artículo 291 TFUE conduce a pensar que la función ejecutiva de la Unión separa nítidamente entre las medidas directamente adoptadas por la Unión y las que toman los Estados miembros para realizar las disposiciones normativas europeas. Esta perspectiva se matiza primero por la incidencia de esa misma actuación legislativa sobre la forma de ejecutar de

los Estados miembros, cuando adopta actos ejecutivos en la aplicación del derecho de la Unión. Sin menoscabar un ápice la importancia de esta vía, una aproximación equilibrada debe atender también al fenómeno del derecho administrativo cooperativo, categoría que aspira a identificar aquellos procedimientos en los que intervienen conjuntamente la Unión, de modo habitual a través de la Comisión, y los Estados miembros, con la finalidad de realizar la ejecución mediante un único acto. En este contexto, para el fin de este trabajo, es especialmente importante la potestad de gasto de la Unión, que se configura al modo de una administración cooperativa, pero ya no a resultas del derecho derivado, sino expresamente en virtud de un mandato del Tratado de Funcionamiento, concretamente del artículo 317. Así las cosas, la primera imagen que ofrece el artículo 291 –dos administraciones, la de la Unión y la del Estado, que trabajan en paralelo–, se modula en términos cuantitativos y cualitativos, si damos la importancia que se merece a la potestad de gasto de la Unión, en definitiva, a su política de cohesión económica, social y territorial.

El artículo 53 del Reglamento núm. 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (desde ahora Reglamento financiero), sigue siendo el instrumento normativo ideal para entender las formas de la administración de la Unión. Ese precepto distingue entre la gestión centralizada, que admite una ejecución directa de la Comisión o a través de la contratación pública; la gestión conjunta con organizaciones internacionales o terceros países; y, en lo que ahora nos interesa, la llamada gestión compartida con los Estados miembros. El mismo artículo 53 nos da las claves para comprender en qué consiste esta gestión compartida cuando dispone en el apartado 3 que «[…] se delegarán en los Estados miembros competencias de ejecución del presupuesto al amparo de lo dispuesto en los títulos I [Fondo europeo de orientación y de garantía agrícola, sección garantía] y II [Fondos estructurales] de la segunda parte», para remachar más adelante en el apartado 5 que la Comisión «[asume] su responsabilidad final en la ejecución del presupuesto». A la luz de esta aproximación, la ejecución cooperativa de la potestad de gasto de la Unión se concibe como la actuación de ambas administraciones para un fin común, si bien la responsabilidad final jurídica y política corresponde a la Comisión. Para salvar esa responsabilidad última, la división de funciones de la gestión compartida se articula con la forma de la delegación, que, en todo caso, reserva a la Comisión instrumentos

específicos de dirección de la actuación estatal. Tales mecanismos difieren sustancialmente de los principios que tradicionalmente estudiamos al analizar las relaciones entre ordenamientos (entre legisladores) y que, como ya se ha dicho, son de menor utilidad en aras a alcanzar una adecuada ejecución (la relación entre poderes ejecutivos). Al margen de la primacía, la eficacia directa, la interpretación conforme o la responsabilidad por incumplimiento, los apartados 5 y 6 del artículo 53 del Reglamento financiero disponen mecanismos particulares para asegurar una ejecución adecuada del derecho de la Unión: procedimientos de liquidación de cuentas (la interrupción y suspensión en el pago), las correcciones financieras, el control genérico del fraude y el mandato de recuperación de fondos indebidamente pagados.

De todos los mecanismos citados nos interesa este último, pero antes merece la pena detenerse brevemente en una mirada de conjunto. Para ello es clave, puesto que regula todas las figuras citadas, el Reglamento núm. 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1260/1999 (desde ahora Reglamento de los Fondos). Este Reglamento realiza una separación entre la programación y la gestión de los fondos, arbitrando en ambos casos mecanismos de cooperación destinados a formular una decisión única, si bien en la gestión el peso recae principalmente sobre los Estados, a los que corresponde definir de acuerdo con las condiciones materiales y procedimentales fijadas en el Reglamento de los Fondos, el sistema de gestión y control, con sus autoridades de gestión, certificación y auditoría, mientras que a la Comisión, inicialmente, le incumbe dar la conformidad a ese sistema y desarrollar en su caso auditorías directas sobre la gestión. En ese marco de la potestad de vigilancia de la Unión es donde se ubican los diversos institutos que deben asegurar la correcta ejecución de los fondos. Su conceptualización se apoya en el momento temporal de su activación, que a su vez conlleva unos efectos distintos. Así, la interrupción del plazo de los pagos (art. 91) tiene un límite de seis meses, consiste en una decisión unilateral y sus motivos se fundan en indicios de deficiencias en los sistemas de gestión y control, o la necesidad de comprobaciones complementarias a raíz de irregularidades graves. Pese a que no hay lugar a la intervención de Estado en el procedimiento que conduce a la suspensión, sí se prevé su revocación automática cuando el Estado corrige su ejecución. En el caso de la suspensión de los pagos intermedios (artículo

92), los motivos se ligan a la existencia de defectos graves que ponen en tela de juicio la fiabilidad el sistema de certificación de pagos, si existen irregularidades graves respecto a los pagos o, lo que es interesante para este trabajo, si se incumple gravemente el mandato de recuperación de fondos. La mayor severidad de la suspensión frente a la interrupción, da lugar a la definición de un procedimiento donde el Estado miembro puede realizar observaciones, y en su caso, la suspensión se levantará si el Estado adecúa su ejecución. Finalmente, de no producirse tales medidas de conformidad, se pasa al último estadio, el de las correcciones financieras del artículo 99, realizadas por el Estado o la Comisión, y que consisten en la supresión total o parcial de la contribución económica. En el caso de que la corrección sea dictada por la Comisión, antes de su efectiva aprobación, el Estado miembro presentará observaciones tanto en lo relativo a la irregularidad como en lo atinente al montante de la corrección financiera. De no estar conforme el Estado con la conclusión final, se le dará audiencia, que solo en el caso de provocar un acuerdo permitirá volver a usar los fondos.

4.3 · El mandato de recuperación de los fondos indebidamente cobrados y la responsabilidad por negligencia del Estado central o las Comunidades Autónomas

Junto a estas técnicas de control preventivo, que buscan una rectificación de la ejecución del Estado miembro, el mandato de recuperación de fondos se presenta como una consecuencia jurídica necesaria de toda irregularidad, que *a posteriori* pretende devolver el estado de cosas reponiendo el daño causado en la hacienda de la Unión. Llegamos una vez más al punto álgido de la discusión: ¿es necesario para recuperar los fondos indebidamente cobrados establecer un procedimiento específico que distinga la responsabilidad del Estado central o de la Comunidad Autónoma? Nuevamente mi respuesta es negativa, siempre bajo la convicción de que el derecho vigente ofrece mecanismos suficientes para afrontar esa atribución de responsabilidad. Recordemos que el mandato de recuperación de fondos dispuesto por el artículo 70 del Reglamento 1083/2006, atribuye al Estado miembro la gestión y el control del gasto que implican los fondos. Dentro de la potestad de control, específicamente el apartado 1.b requiere del Estado «[…] recuperar los importes indebidamente cobrados […]». No

ha de pasar desapercibido que esta exigencia sitúa la ejecución del gasto en un esquema trilateral, típico de la actuación de fomento de corte federal. En efecto, del artículo 70 se colige fácilmente que la actuación del Estado miembro en la gestión de los fondos tiene un destinatario final, el particular receptor del gasto, que a su vez habrá de cumplir con determinadas cargas que justifican la atribución del dinero. Por eso, el artículo 70, bajo la hipótesis de que el administrado incumpla las condiciones que lo convierten en beneficiado, no atribuye automáticamente la responsabilidad de restitución a la Administración gestora, sino que impone a ésta el deber de recuperar el dinero, de suerte que sea el administrado infractor quien arrostre las consecuencias. La responsabilidad de la irregularidad en la ejecución se traslada al Estado miembro solo cuando, tal y como estipula el apartado 2 del artículo 70, no es posible recuperar del Administrado los importes indebidamente cobrados y, además, el Estado miembro ha cometido a su vez «irregularidades o negligencias». En definitiva, el poder público estatal asume el deber de restitución cuando no ha ejercido los poderes necesarios que hubieran impedido las actuaciones defectuosas de los particulares. Esto se deduce de los supuestos que el Reglamento de Fondos determina para interrumpir y suspender los pagos, o, sobre todo, ordenar correcciones financieras. En el caso de las interrupciones utiliza el concepto de «deficiencias significativas en la gestión o control»; para la suspensión se eleva el listón a la «deficiencia grave», pero se añade la existencia de gastos consignados de forma irregular, o, precisamente, el incumplimiento de las obligaciones del artículo 70; finalmente, en el caso de las correcciones financieras se prevé la existencia de «fallos graves en los sistemas de gestión y control», así como gastos irregulares consignados y no corregidos, y la renuncia del Estado a ejercer su propia potestad de corrección financiera. En definitiva, la responsabilidad del Estado nace de situaciones en las que la Administración ha hecho una sistemática dejación de funciones, que compondría así el supuesto de hecho de «irregularidades o negligencias» al que se refiere el artículo 70 del Reglamento de Fondos.

Lo que importa para este capítulo es destacar una vez más que el ordenamiento ofrece criterios suficientes a la hora de fijar la responsabilidad, sin necesidad de crear procedimientos especiales. Pensemos en el primer caso, donde el Estado miembro, de oficio, en el ejercicio de sus potestades de control, se dirige contra un administrado que se ha beneficiado irregularmente de un gasto habilitado por la Unión, iniciando el correspondiente

procedimiento de reintegro.[28] Seguramente, tal gasto se habrá organizado a través de la potestad subvencional, y entonces será Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, la que nos dará la solución. Su artículo 41 dispone que la competencia para exigir el reintegro corresponde al órgano concedente, de suerte que no será necesario entablar procedimiento alguno para dilucidar si el deber de cumplir con el mandato de recuperación corresponde al Estado o a la Comunidad Autónoma. Y también la Ley 38/2003, en su artículo 7, nos da una solución suficiente en los supuestos donde el grado de irregularidad ha conducido a un traspaso de la responsabilidad de reembolso desde el administrado a la Administración. Este artículo 7, que lleva por rúbrica la «responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea», atribuye la determinación de las responsabilidades financieras al mismo órgano de la Administración General del Estado encargado de coordinar o proponer los pagos de los fondos, y a la Dirección General del Tesoro y de Política financiera la competencia para liquidar la responsabilidad sea con deducciones o con compensaciones.[29]

Conviene que nos detengamos brevemente en esta última solución. Recordemos que en el contexto de las medidas previstas por el artículo 260 TFUE, es el Estado central, la Comunidad Autónoma o ambas conjuntamente las que restituyen el incumplimiento y en ese acto nace su responsabilidad de sufragar la multa coercitiva o la suma a tanto alzado. En la responsabilidad por incumplimiento deducida ante la jurisdicción nacional, la reclamación del particular es la que imputa la responsabilidad al Estado central o a la Comunidad Autónoma. En el caso a estudio surge además un tercer modelo donde el Estado central fija la responsabilidad pecuniaria y la liquida. Esta mecánica, que se separa de los anteriores, dando entrada directamente al Estado central en la distribución de la responsabilidad pecuniaria, es, sin embargo, un procedimiento adecuado a la luz de la doctrina constitucional de la potestad de gasto. Recordemos que la precisa distribución de competencias efectuada por la STC 13/1992 concede más o

28 Un problema adicional, destacado habitualmente por la doctrina y del que ahora no nos ocupamos, tiene que ver con la recuperación de las subvenciones contrarias al derecho de la competencia.

29 El procedimiento de recuperación se articularía según lo dispuesto de manera ordinaria en la Ley 38/2007, véase Rebollo Puig, Manuel (2005): «Capítulo X. El reintegro de las subvenciones», en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, dir. G. Fernández Farreres, Thomson-Civitas, en especial p. 428 y ss.

menos intensidad normativa al Estado en la regulación de las condiciones para la ejecución del gasto, pero en ningún supuesto prevé la posibilidad de una ejecución de gasto compartida, de modo que tal ejecución es siempre una competencia exclusiva de la Comunidad autónoma o del Estado. Y no podemos olvidar tampoco que el Reglamento de Fondos exige la restitución del dinero en supuestos puramente ejecutivos –deficiencias significativas, graves o fallos graves en la gestión o control, consignación irregular de gastos o inobservancia de las obligaciones de los artículos 70 y 98.2–. Por tanto, dado que la Constitución reserva en exclusiva al Estado o la Comunidad autónoma la ejecución del gasto y, a su vez, el mandato de restitución nace de ese tipo de actividad, el procedimiento previsto en el artículo 7 de la Ley 38/2003, ha de resultar en un procedimiento prácticamente automático, donde el órgano de coordinación de pagos se limitará a identificar la Administración a la que corresponde la ejecución y sobre ella cargar la liquidación correspondiente.[30]

5 · Conclusiones

1. La tesis principal de este capítulo consiste en separar la función normativa y la función ejecutiva de la Unión en el tratamiento de las medidas estatales necesarias para dar cumplimiento al derecho europeo. Entiendo que los principios bien conocidos de primacía, eficacia directa, interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento son muy útiles para explicar las relaciones entre normas, pero pierden capacidad ordenadora cuando se trata de regular la articulación entre poderes ejecutivos.

2. En adición a la primera tesis, en el capítulo también se estudia la plenitud del ordenamiento de la Unión para dotar medios suficientes que logren restañar los incumplimientos, sin que sea necesaria la creación de nuevas instituciones o mecanismos en el derecho estatal, encaminados a evitar preventivamente o restituir *a posteriori* incumplimientos.

---

30 Es la distribución de competencias en materia de subvención el argumento utilizado en su fundamento tercero por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de junio de 2005 (RJ\2005\9066), cuando desestima la inconstitucionalidad del Real Decreto 327/2003, de 14 de marzo, que regula el régimen de los organismos pagadores y de coordinación con el FEOGA-Garantía.

3. Fijados los puntos de partida, el primer problema que se aborda es el desarrollo centralizado de normas y el uso de la responsabilidad pecuniaria como instrumento que garantiza la restitución del ordenamiento de la Unión. Se comienza así trazando un deslinde entre el control abstracto que propicia el artículo 258 TFUE y la protección de la tutela judicial por la jurisdicción ordinaria. Respecto al primero se analizan las distintas funciones de la vía procesal, que permite despejar antinomias entre el derecho de la Unión y el derecho del Estado, un juicio sobre realidades contrarias a las normas europeas pese a que la normativa estatal sea conforme y, sobre todo, responder a los incumplimientos contumaces que se apartan de una sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia. Es aquí donde el capítulo se detiene en analizar el proceso que impone sumas a tanto alzado y multas coercitivas, el cual debería permitir deslindar claramente a quién ha de atribuirse la responsabilidad por incumplimiento, al Estado central o a la Comunidad Autónoma. Desde esta conclusión, bastaría entonces con imputar la responsabilidad de pago sin necesidad de procedimientos ulteriores. A una conclusión similar se llega cuando la responsabilidad se insta a través de la jurisdicción ordinaria. En este caso el reclamante está obligado a imputar la responsabilidad a una determinada administración, exigencia que debe servir para fijar si la responsabilidad corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas. No obstante, en este punto se sugieren leves modificaciones para evitar un cierto peregrinar de procedimientos, especialmente fijar una instancia administrativa previa que permitiese dilucidar a quien correspondería la responsabilidad, para luego determinar si esa responsabilidad se da.

4. El segundo problema que se analiza tiene que ver con el acto administrativo descentralizado, esto es, la intervención estatal que determina, mediante su creación, modificación o extinción, una situación jurídica concreta. La pregunta consiste en saber cómo se sujeta ese acto a las prescripciones del derecho de la Unión, en el bien entendido que los principios creados para las relaciones entre ordenamientos no aportan una solución clara. Y sin olvidar que en esa ejecución estatal radica seguramente uno de los pilares de legitimidad de la Unión, que se apoya en la Administración estatal para recomponer un vínculo político básico entre el ciudadano y su derecho.

En este contexto, el capítulo se adentra en la potestad de gasto, que ejemplifica un modelo de gestión administrativa, la cooperativa, que va ocupando cada vez un espacio mayor en el proceso de integración, puesto

que permite articular funcionalmente a la Unión y el Estado miembro, dando como resultado un solo acto administrativo. Tras distinguir los distintos mecanismos previstos para asegurar que la ejecución estatal se ajusta a lo dispuesto por la Unión (procedimientos de liquidación de cuentas –la interrupción y suspensión en el pago–, las correcciones financieras, el control genérico del fraude y el mandato de recuperación de fondos indebidamente pagados), se analiza el mandato de recuperación de fondos indebidamente cobrados. En el estudio de este instituto, creado esencialmente para recobrar transferencias monetarias en situaciones triangulares (Unión-Estado-particular beneficiado), se atiende especialmente a las circunstancias que suscitan el deber de restitución por parte de los poderes públicos, y señalo cómo aquí también nuestro régimen jurídico, especialmente el relativo a las subvenciones y al presupuesto, prevé ya suficientes mecanismos para garantizar que la Administración responsable (Estado central o Comunidades Autónomas) repone los gastos indebidos.

6 · Bibliografía

Alonso García, Ricardo (2011): «La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Unión Europea desde la perspectiva del Estado autonómico: una aproximación general», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 3-10.

Arena, Amedeo (2010): «The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen», *Jean Monnet Working Paper*, 03/10, pp. 1-91.

Azpitarte Sánchez, Miguel (2004): «La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 del TUE», en *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. F. Balaguer, Madrid, Tecnos, pp. 369-386.

Bast, Jürgen (2003): «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», *Jean Monnet Working Paper*, 9/03, pp. 1-71.

Beutler, Björn (2009): «State liability for breaches of community law by national courts: is the requirement of a manifest infringement of the aplicable law an insurmountable obstacle?», *Common Market Law Review*, vol. 46, pp. 773-804.

Cienfuegos Mateo, Manuel (2011): «Instrumentos de colaboración procesal entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la prevención de los incumplimientos autonómicos del Derecho de la Unión Europea», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 53-137.

Elías Méndez, Cristina (2008): «La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, pp. 223-252.

Esteve Pardo, José (2005): «El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público», en *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Barcelona, pp. 387-405.

Fernández Llera, Roberto (2011): «Un enfoque federalista sobre procedimientos internos para delimitar la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 183-216.

García Morales, María Jesús (2011): «La prevención del incumplimiento. Mecanismos de cooperación y consulta», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 13-52.

Garzón Clariana, Gregori (2010): «Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 37, pp. 721-760.

Gil Ibáñez, Alberto J. (2006): «Exceptions to Article 226: Alternative Administrative Procedures and the Pursuit of Member States», *European Law Journal*, vol. 6, pp. 148-175.

Hoffmann-Riem, Wolfgang (2005): «Gesetz und Gesetzvorbehalt im Umbruch», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 130, pp. 5-70.

Kilbey, Ian (2007): «Financial penalties under article 228(2) EC: excessive complexity?», *Common Market Law Review*, vol. 44, pp. 743-759.

Lenaerts, Koen, y Desomer, Marlies (2005): «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *European Law Journal*, vol. 11, núm. 6, pp. 744-765.

Lobel, Orly (2004): «The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought», *Minnesota Law Review*, vol. 89, pp. 262-390.

Mabrito, Jefferson (2007): «The American an EC Approaches to Member State Liability and the Possibility of State Officer Liability in the EC», *Yearbook of European Law*, pp. 219-253.

Mir Puigpelat, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la administración*, Madrid, Civitas.

Munoz, Rodolphe (2006): «The monitoring of the application of Community law: a need to improve the current tools and an obligation to innovate», *Jean Monnet Working Paper 04/06*.

Ordóñez Solís, David (2011): «Las responsabilidades de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación», en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, dirs. P. Biglino y L. Delgado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 143-181.

Prete, Luca, y Smulders, Ben (2010): «The coming of age of infringement proceedings», *Common Market Law Review*, vol. 47, pp. 9-61.

Rebollo Puig, Manuel (2005): «Capítulo X. El reintegro de las subvenciones», en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, dir. G. Fernández Farreres, Thomson-Civitas.

Sabel, Charles F., y Zeitlin, Jonathan Z. (2008): «New Architecture of Experamentalism Governance in the European Union», *European Law Journal*, vol. 14, 3, pp. 271-327.

Serrano Blanco, Ignacio (2011): «La cláusula de responsabilidad y el cupo vasco», Diario *La Ley*, núm. 7694, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2011, pp. 1-8.

Schmidt-Aßmann, Eberhard (1998): *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, Springer.

— (2006): «Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der EG», en *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 411-442.

Schuppert, Gunnar F. (2008): «Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance?», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 113, pp. 79-106.

Schütze, Robert (2010): «From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union», *Common Market Law Review*, vol. 47 (5), pp. 1385-1427.

— (2006): «Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community preemption», *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 1023-1048.

Sore, Cris (2011): «European Governance or Governability? The European Commission and the Future of Democratic Government», *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 287-303.

Vírgala Foruria, Eduardo (2006): «Los actos no legislativos en la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, pp. 279-234.

Von Danwitz, Thomas (2008): *Europäisches Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Springer.

Wenneras, Pal (2006): «A new dawn for Commission enforcement under articles 226 and 228 EC: general and persisting (gap) infringements, lump sums and penalties», *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 31-62.

Capítulo IV

LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ESTADO AUTONÓMICO: UNA APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO

Hèctor López Bofill

Profesor agregado de Derecho Constitucional
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Transposición de directivas y Estados compuestos: ¿instrumento de centralización?. 3 · Regulación constitucional. 4. Sistema interno de distribución de competencias y transposición del derecho de la Unión. 4.1. Distribución de competencias y transposición de directivas en Alemania. 4.2. Distribución de competencias y transposición en Austria. 4.3. Consideraciones sobre la distribución competencial, el derecho de la UE y el federalismo belga. 4.4. La distribución de competencias y el derecho de la UE después de las reformas sobre la organización territorial en Italia. 4.5. Consideraciones sobre la incidencia del derecho de la UE en el modelo español de distribución de competencias a la luz del derecho comparado. 5. Participación de los entes territoriales en la aprobación del derecho de la Unión y en la actividad legislativa del Estado central/Federación en la recepción del derecho de la Unión. 5.1. Consideraciones sobre la participación de los entes territoriales en el control de subsidiariedad y proporcionalidad de propuestas de directiva. 5.2. La posición «determinante» de los entes territoriales en la fase ascendente de creación de derecho de la Unión. 6. Actividad normativa de los entes territoriales en aplicación del derecho de la Unión. Transposición de directivas y técnica legislativa en estados compuestos. 7. Mecanismos de responsabilidad por incumplimiento de adaptación de la normativa de la Unión al derecho interno en el contexto de un Estado compuesto. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1 · Introducción

El impacto normativo provocado por el proceso de integración europea no es ajeno a los entes territoriales de los Estados políticamente descentralizados. El derecho de la Unión ha condicionado de forma relevante la evolución del pluralismo normativo existente en el seno de los Estados miembros. La indiferencia de las instituciones de la Unión sobre la cuestión de qué autoridad interna debe ejecutar la obligación de derecho europeo[1] conlleva que la incorporación del programa normativo de la Unión establecido desde una directiva dependa, en los Estados políticamente descentralizados, de la estructura constitucional de cada Estado miembro.

De entre los principios que, en el plano europeo, justifican la mencionada indiferencia de la Unión sobre la organización territorial interna de cada Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de derecho europeo puede destacarse, en primer lugar, el principio de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros contenido en el artículo 4.2 TUE, en el que se dispone que la Unión «respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, *también en lo referente a la autonomía local y regional*».[2]

En segundo lugar, destaca el principio de autonomía institucional, por el que, como correlato a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de normas y actos de la Unión, las instituciones europeas deben respetar el procedimiento seguido en el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de las instituciones internas intervinientes siempre que el Derecho de la UE no establezca nada respecto a las condiciones procedimentales para cumplir con el mandato europeo.[3]

---

1 Como es sabido, el principio general ya vino perfilado en la lejana decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de diciembre de 1971 *International Fruit Company NV y otros contra Produktschap voor groenten en Fruit* (C 51-54/71) Rec. 1971, p. 1107-1181, en especial p. 1116, párrafo 4: «El ejercicio de los poderes y la ejecución de las obligaciones derivadas de derecho comunitario pueden ser transferidas por el Estado a determinados órganos internos dependiendo únicamente del sistema constitucional interno de cada Estado».

2 Sobre este punto, *vid*. Sarmiento, D. (2012): «La Unión Europea ante el Estado autonómico: principios estructurales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, p. 14.

3 *Vid*. Sarmiento (2012): 12, y Vernet, J., y Jaria, J. (2004): «La incidencia de la Unión Europea en el sistema constitucional de distribución del poder», en Balaguer Callejón, M. L. (ed.): *XXV aniversario de la Constitución Española*, CEDMA, pp. 139-143.

En tercer lugar, no puede omitirse la presencia del principio de subsidiariedad aplicado a las competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión como fundamento transversal de los principios reseñados. Como veremos, el principio de subsidiariedad puede tener una dimensión específica en relación con dichos Estados miembros de estructura compuesta[4] y, en la práctica, ha permitido la configuración de uno de los canales primordiales de organización competencial entre el sistema normativo de la Unión, el del Estado miembro y el de los entes territoriales.

En el presente capítulo, más allá de las referencias subrayadas a los principios de derecho de la integración, nos centraremos en un análisis de algunas de las estructuras constitucionales de los Estados miembros de naturaleza compuesta con el fin de describir la participación de los entes territoriales en la formación del programa normativo de la Unión y, en particular, en la recepción de dicho programa en función del sistema competencial interno. Se tratará de evaluar el impacto de la obligación de transposición en estructuras constitucionales políticamente descentralizadas, la existencia (o no) de reformas constitucionales que den cuenta del fenómeno de la transposición y del vínculo entre el derecho de la Unión y el sistema interno de distribución del poder, así como la descripción sobre los mecanismos de garantía con los que cuentan los distintos modelos constitucionales que permitan asegurar un espacio de decisión atribuido a los entes territoriales en función de las materias competenciales asumidas según el sistema interno de distribución de competencias. Observaremos si el fenómeno de la transposición de directivas en Estados compuestos conduce a una dinámica centralizadora o si, de lo contrario, se mantienen espacios de concreción normativa atribuidos a los entes territoriales y qué

4 Sobre la *Europafähigkeit* de las regiones en conexión con el principio de subsidiariedad *vid*. Bussjäger, P. y Djanani, A. (2009): «Europapolitik und Europafähigkeit der Länder Österreich», en Lambertz, K.-H., y Große Hüttmann, M. (eds.): *Europapolitik und Europafähigkeit von Regionen*, Nomos, Baden-Baden, p. 58. Recuérdese que Alemania, Austria y Bélgica formularon una declaración, la número 3, en la Conferencia Intergubernamental de marzo de 1996 en Turín, según la cual el principio de subsidiariedad no solo afecta a los Estados miembros sino también a los entes subestatales, en la medida que estos disponen de un poder legislativo propio. *Vid.* Vernet, J. y Jaria, J. (2004): «La incidencia de la Unión Europea en el sistema constitucional de distribución del poder», en Balaguer Callejón, M. L. (editora): *XXV aniversario de la Constitución Española*, CEDMA, p. 145.

condiciones pueden detectarse en los respectivos sistemas constitucionales para considerar salvaguardados dichos espacios de decisión.

2 · Transposición de directivas y Estados compuestos: ¿instrumento de centralización?

El proceso de transposición de directivas en los Estados políticamente descentralizados de la Unión se revela, en algunos casos, como un instrumento con el que cuenta el Estado central/Federación para ampliar su ámbito de intervención normativa en detrimento de los entes territoriales. Esta dinámica centralizadora parece subyacer a algunas formas de organización política ante el fenómeno de la integración europea (sean organizaciones territoriales trazadas bajo un patrón de devolución, de tipo federal o con rasgos de ambos modelos) aunque resulta de efectos menos intensos, en Estados compuestos en los que el sistema de relaciones entre los entes territoriales, el Estado central/Federación y la UE cuenta con una estructura y unas garantías incorporadas a la arquitectura constitucional (como sucede notoriamente en el modelo federal alemán). Ello puede producirse bien en un esquema cuyos rasgos principales se encuentran diseñados por una norma formalmente de rango constitucional o bien en una estructura de rango legislativo pero que desarrolla normativa materialmente constitucional.

Así, en la mayoría de los Estados políticamente descentralizados una lógica dirigida a asegurar márgenes de decisión política regional en función del sistema interno de distribución de competencias (que, por ejemplo, asegurase ámbitos de exclusividad en el ejercicio de competencias legislativas y dentro de la cual se reforzasen fórmulas de relación directa entre la competencia transferida en el proceso de integración y el ejercicio de la competencia regional)[5] se puede ver alterada por un modelo en el que el Estado central/Federación protagoniza la actividad normativa y redu-

5 Este parece ser el esquema sostenido desde las teorías normativas que engarzan el fenómeno de la organización territorial dentro de los Estados miembros con el pluralismo político y el proceso de integración europeo. *Vid.*, por todos, Häberle, P. (2009): *Europäische Verfassungslehre*, 6.ª ed., Nomos/Dike, Baden-Baden/Zürich/St. Gallen, pp. 426-460, y Häberle, P. (1997): *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 209-256.

ce los espacios regionales de concretización del derecho de la Unión.[6] El Estado central fundamenta su actuación centrífuga en la complejidad del sistema interno de competencias, en las limitaciones de la participación de los entes regionales tanto en la creación de derecho de la Unión como de la recepción del mismo y, especialmente, en el sistema de aplicación del derecho de la Unión bajo la cobertura de la exigencia de responsabilidad por incumplimiento articulada exclusivamente en la relación bilateral UE-Estado miembro.

La responsabilidad exclusiva del Estado miembro ante la Unión en la transposición de directivas pese a que su sistema constitucional interno reconozca autonomía política y capacidad legislativa a entes territoriales se encuentra en el trasfondo de algunas de las reformas constitucionales experimentadas por los Estados compuestos y ha sido puesta de relevancia en múltiples ocasiones desde el ámbito comunitario.[7] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado, en una reiterada jurisprudencia,[8] que un Estado no puede alegar situaciones de su ordenamiento jurídico interno derivadas de una estructura de organización territorial descentralizada o federal para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en una directiva y que el reconocimiento de esta libertad de cada

---

6 Este es el riesgo advertido para los casos de España y de Reino Unido por Ross, A., y Salvador Crespo, M. (2003): «The effect of devolution on the implementation of European Community law in Spain and the United Kingdom», *European Law Review*, vol. 28, p. 228. Sobre esta idea de espacios regionales de concretización del derecho de la Unión, *vid*. Fischer, TH. (1999): «Die Zukunft der Regionen in Europa-Kompetenzbestände und Handlungsspielräume», en Borkenhagen, F. H. U., *et al*.: *Arbeitsteilung in der Europäischen Union-die Rolle der Regionen*, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, pp. 31-42.

7 Ya el abogado general Capotorti, en su opinión en los asuntos acumulados 68-73/81, *Bélgica contra la Comisión* de [Rec. 1982 153, 162], argumentaba que: «en general, debe decirse que la transposición de directivas a través de medidas legislativas de carácter regional es en verdad aceptable desde el punto de vista comunitario en la medida en que cada Estado miembro es libre de distribuir las competencias legislativas en su territorio como crea oportuno, con todo, también es cierto que el Estado miembro, sea cual sea su estructura, es el responsable ante la Comunidad cuando la transposición se produce solo en una parte de su territorio» (traducción del autor).

8 Entre muchas otras decisiones, véase STJCE de 11 de octubre de 2001, as. C-111/00, *Comisión contra Austria*, apdo. 12; STJCE de 20 de marzo de 2003, as. C-143/2002, *Comisión contra Italia*, apdo. 11; STJCE de 16 de septiembre de 2004, C-358/03, *Comisión contra Austria*, apdo. 13; STJCE de 14 de junio de 2007, C-422/05, *Comisión contra Bélgica*, apdo. 47.

Estado miembro para atribuir a distintos entes las competencias normativas como considere oportuno debe ser compatible con la condición del Estado miembro como único responsable frente a la Unión Europea del cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Derecho de la Unión.

El sistema constitucional interno de los Estados miembros políticamente descentralizados, a partir de estas exigencias procedentes de las instituciones europeas, activa distintos mecanismos para ensamblar la actividad normativa regional con la actividad normativa europea a través de la intervención de la actividad normativa del Estado miembro exhortado por la exigencia de la responsabilidad única en el cumplimiento de los mandatos europeos.

Como veremos, en lo que se refiere específicamente al seguimiento del proceso interno de transposición de directivas, podemos calibrar la garantía de intervención de los entes territoriales y el respeto a su ámbito de competencias constitucionalmente garantizado en función de, al menos, cuatro de los aspectos señalados (respeto al sistema interno de distribución de competencias, mecanismos de participación de los entes regionales en la aprobación del derecho de la Unión, técnicas legislativas concretas de transposición de directivas en Estados políticamente descentralizados, así como fórmulas de exigencia de responsabilidad y de compensación en caso de incumplimiento), de los que se puede extraer un mayor o menor protagonismo de los entes territoriales y, en particular, una mayor o menor aceptación de un espacio de decisión de dichas entidades en la concretización de la directiva y, por tanto, en el mantenimiento de soluciones plurales en el seno del Estado compuesto en su relación con el derecho de la Unión.

La mayor consideración de un espacio de decisión centrado en el ente territorial dentro del triángulo de actores formado por las regiones, el Estado central y la UE, en otro sentido, tiene bastante conexión con el rasgo de la «estatalidad» del ente territorial, como ocurre en las uniones de tipo federal. De nuevo, ello es muy marcado en la referencia a la estatalidad de los *Länder* alemanes (*Eigenstaatlichkeit*), lo que fundamenta constitucionalmente la máxima intervención de dichas entidades en el proceso de integración en sus distintas fases de creación y aplicación normativa,[9] aunque se encuentra más atenuado en el caso de los *Länder* austríacos, en el que las

9 González Pascual, M. (2009a): «¿Deben continuar los *Länder* negociando en el Consejo de la UE? De la *Landesblindheit* a la *Europafähigkeit* en el marco de la reforma federal de 2006», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 29, p. 76.

relaciones con la Federación en el contexto de la transposición del derecho europeo presenta distorsiones similares a las que se detectan en los sistemas de descentralización de tipo devolutivo,[10] en los que a los entes regionales no se les reconoce el mencionado carácter de la estatalidad.[11] En el caso austríaco se añade la complejidad de tratarse de un estado federal consolidado antes de la adhesión a la UE, lo que produjo frecuentes distorsiones en la incorporación del acervo comunitario a una realidad políticamente descentralizada que motivó una considerable litigiosidad ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a finales de la década de los noventa y primeros años de 2000 al constatar, por parte de la Comisión, la no transposición de algún aspecto de la normativa europea aprobada antes de 1995 (fecha de adhesión de Austria en la UE) en el territorio de algún *Land*. La descentralización territorial como justificación del incumplimiento era alegada sin éxito por el gobierno federal austríaco ante el TJCE en relación con recursos por incumplimiento promovidos por la Comisión.

3 · Regulación constitucional

Un factor transversal que refuerza la posición de los entes territoriales en su participación en el proceso de integración y, en particular, en la recepción del derecho de la Unión respetando el espacio de concretización normativa que les corresponde desde el sistema interno de distribución de competencias es, justamente, el de la regulación constitucional de las relaciones entre dichos entes territoriales y el estado central/Federación ante el fenómeno de la Unión Europea. Como veremos, los modelos en los que la incorporación normativa de rango constitucional se encuentra más desarrollada aportan una mayor certidumbre en la descripción del rol de los entes territoriales tanto en la fase de creación como de aplicación del derecho de la Unión y ofrecen una mayor garantía en la precisión de los

10 Sobre la distinción entre federalismo de integración y de devolución véase: Biglino Campos, P. (2007): *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 25.

11 Véase, por ejemplo, STJCE de 16 de diciembre de 2004, as. C-358/03, *Comisión contra Austria*, sobre falta de transposición de las medidas derivadas de la Directiva 90/269/CEE sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.

espacios de decisión y la asunción de responsabilidades de cada ente en un sistema interno de descentralización política en la satisfacción de los compromisos adquiridos a través de la normativa europea. La precisión mediante normas de naturaleza constitucional y reformas constitucionales acerca de la participación de los entes territoriales en fase ascendente y en fase descendente se encuentra perfilada en Alemania, en Austria y en Italia, en menor grado en Bélgica después de la reforma constitucional de 1993 y en grado casi nulo en España,[12] con la notoria excepción de la reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, sobre el artículo 135 de la Constitución española sobre la adecuación a los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas según lo establecido por la Unión Europea para sus Estados miembros. En el caso español, más allá del precepto citado, la adecuación del sistema de descentralización política a la recepción del derecho de la Unión se precisa preferentemente mediante desarrollo jurisprudencial ante la jurisdicción constitucional. La concreción de distintas instituciones por vía de legislación estatal no puede desconocer la falta de garantías que aseguren el carácter determinante de la intervención autonómica, lo que, como destacaremos, tampoco no se ha consolidado mediante la reforma de normas de rango estatutario.

En suma, las cuatro variables propuestas vinculadas a la estructura de organización territorial a través de las cuales procedemos, pues, a examinar el proceso de transposición de directivas en los distintos modelos de Estados compuestos son:

1) El diseño constitucional del sistema de distribución interno de competencias y la mayor o menor claridad en el reparto competencial que repercute en el mayor o menor margen de maniobra del Estado central/Federación para absorber competencias que podrían considerarse atribuidas a los entes regionales.

2) Los mecanismos de participación de los entes territoriales en la fase de aprobación y de recepción del derecho de la Unión. En este apartado analizaremos, asimismo, la intervención de los parlamentos de los entes regionales ante el control de alerta temprana del principio de subsidiariedad,

---

12 Sobre este déficit, vid. Cienfuegos Mateo, M. (2007): «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5, p. 40.

dado que es un instrumento de defensa de la distribución de poderes ante la iniciativa normativa de la Unión.

3) Los mecanismos de intervención de los entes territoriales en el proceso de aplicación del derecho de la Unión (lo que incluye la actividad normativa en el proceso de transposición de la directiva en sentido estricto y la técnica legislativa utilizada en la relación entre la transposición mediante ley federal/estado central y la transposición mediante ley del ente regional).

4) El establecimiento de mecanismos de responsabilidad por incumplimiento de adaptación de la normativa de la Unión al derecho interno en el contexto de un Estado políticamente descentralizado.

4 · Sistema interno de distribución de competencias y transposición del derecho de la Unión

La mayor o menor precisión de los espacios competenciales en el sistema interno de distribución de competencias contribuye a delimitar el espacio de concretización de derecho de la Unión que corresponde a los entes territoriales.

Aquellos sistemas en los que los títulos competenciales de intervención del Estado central/Federación tienden a la difusión fomentan una mayor actuación del Estado en la concretización del marco normativo trazado por la directiva europea y un mayor riesgo de absorción de materias competenciales que sin la presencia del fenómeno de la integración podrían retenerse por los entes territoriales según el sistema interno de distribución competencial.

4.1 · Distribución de competencias y transposición de directivas en Alemania

En particular, algunas de las reformas constitucionales que afectan al reparto competencial experimentadas en Alemania, por ejemplo, parten del trasfondo de precisar los ámbitos competenciales de cada ente en el contexto del poder normativo de la UE desarrollado como consecuencia del proceso de integración.

El paradigma de esta fórmula de precisión de espacios competenciales se podría hallar en la desaparición de la normativa marco con la reforma

de la Ley Fundamental de Bonn aprobada en 2006.[13] El sistema de la normativa marco (*Rahmenvorschriften*, previsto en la antigua redacción del artículo 75 de la Ley Fundamental) se fundamentaba en materias en las que la Federación establecía unos principios generales que los *Länder* debían precisar en un posterior acto normativo pero que, en la práctica, y especialmente en el supuesto de incidir en el derecho de la Unión, la Federación tendía a establecer reglas inmediatamente aplicables más allá de supuestos excepcionales o singulares escudándose en la obligación de transposición de la directiva y ensanchando su actividad normativa hasta el punto de regular la materia afectada con detalle y agotarla sin margen de intervención de los *Länder*.[14]

En el fondo, la estructura normativa entre la norma marco y la concreción legislativa de los *Länder* planteaba una similitud con la relación entre la directiva comunitaria y la norma legislativa de transposición dictada por el Estado miembro.[15] Nótese, sin embargo, que la reforma interna del sistema de distribución competencial se separó de un esquema fundado en el binomio principios normativos en sede federal y concreción normativa en sede estatal para fomentar espacios de exclusividad en el *Bund* o en los *Länder*, una exclusividad *prima facie* o derivada de la intervención normativa del *Bund* o el *Land* en un contexto de delimitación competencial concurrente, lo que en parte buscaba contribuir a la clarificación del ente llamado a trasponer el mandato comunitario.

En efecto, la reforma constitucional introducida en 2006 perseguía una mayor delimitación de los espacios competenciales que corresponden a ambos entes, en parte con la intención de asegurar que los ámbitos reconocidos a los *Länder* no quedaran invadidos por la legislación federal de

---

13 Arroyo Gil, A. (2009): *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52a. Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 70-75; González Pascual, M. (2009b): «Un sistema competencial multinivell: l'adaptació del sistema competencial alemany al procés comunitari», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, pp. 184-189.

14 Sobre los conflictos competenciales derivados de la transposición de directivas en el sistema de la normativa marco anterior a la reforma del sistema competencial, vid. Haslach, C. (2004): «Zuständigkeitskonflikte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien?», *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 57, pp. 12-19.

15 Así lo observó desde hace décadas Wägenbaur, R. (1988): «Die Umsetzung von EG-Recht in deutsches Recht und ihre gesetzgeberische Problematik», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, p. 314.

principios en el contexto de la transposición de directivas. Las materias que, con anterioridad a 2006, se encontraban en el ámbito de aplicación de la normativa marco o bien pasaban a ser competencia exclusiva de los *Länder,* o bien pasaban a ser competencia exclusiva del *Bund*, o bien se incluían dentro de la llamada legislación concurrente, cuya atribución en principio corresponde a los *Länder* excepto que la Federación justifique la necesidad de la intervención.[16]

Después de la reforma de 2006 la legislación concurrente se divide, a su vez, en tres categorías, a saber, 1) materias en las que la Federación tiene derecho a legislar sin condiciones adicionales 2) materias en las que la Federación solo puede intervenir si justifica el carácter indispensable de su actividad normativa según las premisas contenidas en el artículo 72.2 de la Ley Fundamental y 3) materias en las que, incluso en el supuesto en que el *Bund* intervenga, los *Länder* cuentan con la capacidad de desviarse de la normativa federal (artículo 72.3 de la Ley Fundamental).[17]

La reforma del sistema de distribución competencial en lo que atañe a la legislación concurrente y a la precisión de los espacios competenciales ha tenido su proyección en la actividad de transposición. Un ejemplo lo hallamos en la transposición de la llamada directiva de servicios (Directiva 2006/123/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006) y su integración en el sistema constitucional alemán a través de la intervención federal *ex* artículo 72.2 de la Ley Fundamental, en conexión con la competencia sobre Derecho de la Economía (74.1.11 de la Ley Fundamental) y considerando la competencia legislativa de los *Länder* en aquellos espacios que no respondan al carácter imprescindible de la regulación Federal para crear las condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o para garantizar la unidad jurídica y económica en interés general.[18]

---

16 González Pascual (2009b): 186.

17 Arroyo Gil (2009): 48-70; González Pascual (2009b): 187; Michael, L. (2011): «Abweichungsgesetzgebung als experimentelles Element einer gemischten Bundesstaatslehre», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, pp. 321-338; Schulze Harling, C. (2011): *Das materielle Abweichungsrecht der Länder – Art. 72 Abs. 3 GG*, Peter Lang, Frankfurt.

18 Sobre los aspectos de distribución constitucional de competencias derivados de la transposición de la directiva de servicios en Alemania, *vid.* Calliess, C. (2009): «Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland» en *Europarecht*, núm. 2, pp. 71-73; Calliess, C. (2008): «Die neue Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union. Hoffnungen und Erwartungen angesichts einer (weiteren) Vervollständigung des Binnenmarketes», en XXIII FIDE (International Federation for European Law) Congress, Linz, disponible en http://www.fide-europe.eu/index.php/congresses, p. 122; Engelken,

El esfuerzo de delimitación competencial trazado en el proceso de reforma constitucional experimentado en Alemania desde 2006 con repercusiones en la determinación del sujeto llamado a concretizar la normativa europea no se presenta, con la excepción de la reforma constitucional italiana de 2001, en otros sistemas políticamente descentralizados.

4.2 · Distribución de competencias y transposición en Austria

En Austria se mantiene la legislación marco o legislación por objetivos que en principio solo habilita la intervención de la Federación en la determinación de un mínimo normativo pero que puede llegar a la regulación de detalle en el caso de la transposición de directivas.[19] La objetivación de la necesidad de la intervención de la Federación es más difusa que en el caso alemán en lo relativo a la categoría de las competencias concurrentes y existe una fórmula de colaboración a través de los acuerdos y convenios entre *Bund* y *Länder* en materia legislativa (y que puede afectar a transposición de la normativa de la Unión Europea) pero que se encuentra al albur de la dinámica política y que tiende a desarrollarse sin una previa delimitación de los títulos competenciales que corresponden a cada ente.[20]

K. (2010): «Die Reichweite des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips bei Umsetzung von EU-Richtlinien», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 29, núm. 10, pp. 618-620; Windoffer, A. (2008): «Die Gesetzgebungsvorhaben des Bundes und der Länder zur verwaltungsverfahrenrechtichen Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie», *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 61, pp. 797-801.

19 Una comparación entre la legislación marco austriaca y la directiva europea como instrumentos normativos puede verse en Schramm, A. (2001): «Zweistufige Rechtsakte oder: über Richtlinien und Grundsatzgesetze», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 56, pp. 65-96.

20 Bussjäger, P. (2010): *Homogeneïtat i diferència. Sobre la teoria de la distribució de competències entre Bund i Länder a Àustria*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 93-131. Sobre los mecanismos de colaboración entre el nivel federal y los *Länder* en Austria en el particular proceso de transposición de la directiva de servicios, *vid*. Michner, A. (2008): «Die neue Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union. Hoffnungen und Erwartungen angesichts einer (weiteren) Vervollständigung des Binnenmarketes», en XXIII FIDE (International Federation for European Law) Congress, Linz, disponible en http://www.fide-europe.eu/index.php/congresses, p. 5.

La indeterminación en el sistema de distribución de competencias interno contribuye al carácter difuso de las reglas de transposición en cada ámbito material y puede provocar retrasos en la transposición.[21] Con todo, los diversos intentos de reforma del sistema competencial establecido en la Constitución austríaca durante la primera década del siglo xxi en ningún momento cuestionaron el principio de transposición de directivas de derecho de la UE según el sistema interno de distribución de competencias ni forzaron el establecimiento de una posición preeminente en favor de la Federación.[22] La única excepción que se planteó a la intervención de la Federación desplazando las competencias de los *Länder* se refería al supuesto de incumplimiento por parte de los mismos ante la falta de implementación del programa normativo de la UE. Sin embargo, como veremos en la sección relativa a los aspectos relativos al incumplimiento del derecho de la UE en los Estados compuestos en derecho comparado, la posibilidad de ejercicio competencial de materias reservadas a los *Länder* por parte de la Federación en Austria (en el caso de incumplimiento en la transposición de directivas) solo se prevé si el incumplimiento es reconocido previamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta era la previsión del artículo 23.d.5 de la Constitución Federal de Austria que se ha mantenido invariable.

En algunos modelos federales, la complejidad en el sistema de distribución de competencias viene matizada por el establecimiento de competencias tasadas en el gobierno federal y una cláusula residual de atribución competencial reconocida a los entes territoriales. En principio, un sistema en el que los poderes que la Constitución reconoce a la Federación se encuentran delimitados de forma que el resto de atribuciones corresponden a los entes territoriales dificulta la centralización competencial por parte de la Federación en ocasión de la recepción del derecho de la Unión Europea.

---

21 Así Bussjäger, P. (2001): «Umsetzungszwang und Anpassungsdruck-Die Umsetzung von EG-Recht aus föderalistischer Sicht», en Bussjäger, P., y Kleiser, C. (eds.): *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Wilhelm Braumüller, Viena, pp. 14-15, en las que el autor ofrece distintos ejemplos de estas disfunciones en relación con la transposición de directivas de protección de datos o de gestión de sustancias peligrosas.

22 Gamper, A. (2006): «The Austrian Constitutional Convention: continuing the path to reform the federal state?», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, p. 31.

4.3 · Consideraciones sobre la distribución competencial, el derecho de la UE y el federalismo belga

Aunque se trate de un ejemplo de federalismo históricamente desarrollado en un contexto de devolución de poderes y no de agregación de territorios con atribución de soberanía, el caso de la Constitución belga, a partir de la reforma de 1993, responde a esta idea de un poder público residual reconocido a las comunidades y a las regiones (artículo 35 de la Constitución belga) frente a unas competencias tasadas reconocidas a las autoridades federales (en lo que atañe a los poderes legislativos es de referencia la enumeración de competencias federales contenidas en el artículo 77 de la Constitución belga). El papel de las comunidades y de las regiones belgas en el proceso de transposición de normativa europea goza, pues, de más relevancia que en otros Estados compuestos de origen devolutivo si tenemos en cuenta, además, que la acción exterior de las comunidades y regiones se encuentra regulada constitucionalmente (si bien la normativa en cuestión, el artículo 167 de la Constitución belga, no distingue entre acción exterior derivada de derecho internacional público general y acción en el ámbito de la Unión Europea). Por otra parte, la relación de las comunidades y regiones belgas con las instituciones de la Unión y la participación de dichas entidades en la fase ascendente de creación de derecho europeo es de las más intensas en comparación con la acción directa ante la UE del resto de entes territoriales pertenecientes a otros Estados compuestos. El rol determinante, como veremos, de los ministros regionales en el Consejo mitiga las posibles distorsiones en el sistema interno de distribución de competencias que pudieran derivarse de la aplicación del derecho europeo en la fase descendente. También debe recalcarse que la participación protagonista de los ministros regionales belgas en el Consejo no se encuentra explícitamente constitucionalizada en las sucesivas reformas posteriores a 1993 sino que, como acabamos de mencionar en relación con el artículo 167 de la Constitución belga, resulta del reconocimiento de la acción exterior de las regiones y comunidades en derecho público internacional en función del marco competencial asumido que se entiende proyectado a las relaciones entre las regiones belgas y la UE.

El estudio pormenorizado de algún ejemplo de actividad de transposición, como sucede con el análisis, por ejemplo, de la transposición de la directiva de servicios, revela la implicación de los distintos niveles territoriales de poder (Federación, comunidades y regiones) según la estructura

de reparto competencial constitucionalmente definida sin que el fenómeno de adaptación de la normativa europea conlleve distorsiones en el sistema de distribución de competencias.[23]

4.4 · La distribución de competencias y el derecho de la UE después de las reformas sobre la organización territorial en Italia

En Italia la reforma de 2001 del Título V de la Constitución dedicado a las regiones y provincias autónomas supone una consolidación de potestades legislativas reconocidas a los entes territoriales que tiene su correlato en la participación de regiones y provincias autónomas tanto en la formación del derecho de la Unión como en la transposición de normativa europea.[24] El proceso italiano confirma que el incremento de la descentralización y la precisión de los ámbitos competenciales que corresponde a las regiones tienen su proyección en el rol de dichos entes en la recepción del derecho europeo.[25] Sin embargo, la estructura normativa derivada de la reforma constitucional italiana y del desarrollo normativo y jurisprudencial posterior conlleva el reconocimiento al Estado de una competencia especial en el establecimiento de procesos de formación y de recepción de derecho de la Unión. Se trata de una competencia que disciplina las relaciones entre ordenamientos considerando el sistema interno de distribución competencial en relación con el fenómeno de la Unión Europea. Esta competencia estatal específica de carácter procedimental está concretada en las llamadas «leyes comunitarias» estatales que regulan con carácter general tanto la posición de las regiones en la llamada fase ascendente[26] como en la fase

---

23 Así Van de Sande, J-M. (2008): «La nouvelle directive de l'Union européenne relative aux services Espoirs et attentes considérés en vue de (l'autre) complètement du marché intérieur», en XXIII FIDE (International Federation for European Law) Congress, Linz, disponible en http://www.fide-europe.eu/index.php/congresses, p. 14.

24 Sobre esta reforma y la participación de las regiones italianas en la formación y en la recepción del derecho de la Unión, vid. Carbone, S. M., e Ivaldi, P. (2005) «La partecipazione delle Regioni agli affari comunitari e il loro potere estero», *Quaderni Regionali*, núm. 3, pp. 701-743.

25 Así Odone, C. (2007): «Regioni e diritto comunitario: il quadro delle norme di procedura e l'attuazione regionale delle direttive CE», *Le istituzioni del Federalismo*, núms. 3 y 4, p. 327.

26 Ley número 131, de 5 de junio de 2003.

descendente.[27] Asimismo, las regiones y las provincias autónomas, como consecuencia de la asunción de potestades legislativas en un contexto de recepción de derecho de la Unión, también cuentan con la posibilidad de regular en derecho regional un procedimiento específico de transposición del derecho europeo dentro del espacio competencial que el sistema constitucional les reconoce. Esta capacidad para dictar «leyes comunitarias» regionales debe respectar la competencia especial de procedimiento desarrollada por las «leyes comunitarias» del Estado que, en fase descendente, se encuentran primordialmente contenidas en los artículos 8 y siguientes de la Ley número 11, de 4 de febrero de 2005.

En el esquema italiano de sistema de distribución de competencias en conexión con el proceso de integración europeo el vínculo entre las exigencias unitarias reconocidas al Estado a través de la pertenencia a la Unión Europea y el sistema de distribución de cada ámbito competencial material no ha estado exento de conflictos. Los aspectos controvertidos redundan, en primer lugar, en el debate sobre la posibilidad de absorción competencial por parte del Estado ante la indefinición de los intereses unitarios que habilitan su intervención normativa en cada ámbito material en presencia de derecho de la Unión Europea y, en segundo lugar, en si es posible una actividad legislativa regional basada directamente en la directiva europea en el ámbito de las competencias regionales y, en el caso de inactividad legislativa estatal, de regulación de los principios de adaptación del derecho europeo al derecho interno.

Ambas cuestiones han sido tratadas por la jurisdicción constitucional italiana en un sentido favorable a las regiones. Así, en primer lugar, la tendencia centralizadora sobre la base de una competencia de establecimiento de principios asignada al Estado por razón del proceso de integración puede verse contenida por una interpretación concreta de los títulos competenciales ejercida por la Corte Constitucional. En segundo lugar, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede deducirse que la región se encuentra en condiciones de proceder a la transposición de la directiva de la UE en aquellos aspectos que afectan a sus competencias asumidas aunque el Estado no haya dictado la legislación de principios. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la Sentencia número 398/2006 de la Corte Constitucional italiana sobre la ley número 11 de la Región Friuli-Venezia Giulia, de 6 de mayo de 2005, por la que se trasponían determinadas directivas en materia

27 Ley número 11, de 4 de febrero de 2005.

de estudios de evaluación medioambiental. El presidente del Consejo de Ministros había impugnado las disposiciones legislativas de la región Friuli-Venezia Giulia al considerar que vulneraban el sistema de distribución de competencias al invadir el ámbito exclusivo reservado a la legislación del Estado en el establecimiento de los principios de protección del medio ambiente y de la coordinación de datos estadísticos derivados de las obligaciones contraídas por la República Italiana en el ámbito de derecho de la Unión [artículos 117, párrafo primero y párrafo segundo letras r) y s)]. En el caso citado la Corte declaró no fundamentada la impugnación al considerar que la región Friuli-Venezia Giulia había aprobado su normativa en aspectos vinculados a la transposición de la normativa en materia de estudios de evaluación medioambiental en el marco de las competencias reconocidas por la Constitución y por su Estatuto y que el ente territorial podía aprobar la normativa en ausencia de actividad legislativa estatal, si bien en el momento del juicio de constitucionalidad (y a diferencia del momento de la impugnación por parte del presidente del Consejo de Ministros) ya existía una norma general del Estado cuyos principios y criterios generales, según la interpretación de la Corte Constitucional, eran respetados por la legislación regional.

4.5 · Consideraciones sobre la incidencia del derecho de la UE en el modelo español de distribución de competencias a la luz del derecho comparado

En el modelo español la difusión del concepto de legislación básica a través de los llamados «títulos horizontales» (principalmente del artículo 149.1.1 CE, condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, 149.1.13 CE, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, aunque también 149.1.18 CE, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas) ha potenciado la intervención del Estado en la precisión de ámbitos normativos perfilados por el derecho de la Unión a costa de reducir el margen de decisión que hubiesen podido interpretarse reservados a las Comunidades Autónomas por el sistema constitucional interno de distribución de competencias.[28] Como acabamos de ver, la presencia de títulos generales en el

28 Sobre el «carácter omnipresente» en la integración económica derivada de la UE de la competencia básica estatal en la planificación de la actividad económica, *vid.* Ordoñez

sistema italiano no es obstáculo para que un órgano de garantía del sistema de distribución competencial, como la jurisdicción constitucional, practique una interpretación restrictiva de las potestades legislativas estatales en el establecimiento de principios generales anclados en la ejecución de obligaciones derivadas del derecho de la Unión con el fin de respetar los espacios competenciales reconocidos constitucionalmente a los entes territoriales. Con todo, los sistemas de mayor indeterminación competencial basados en un modelo de legislación de principios estatal y legislación de desarrollo regional parecen proclives a la centralización cuando el binomio se aplica a la obligación de transposición del derecho de la Unión, y especialmente cuando los títulos en los que el Estado fundamenta su intervención adolecen de generalidad e indeterminación.

Por otra parte, a diferencia de lo que parece apuntarse en el modelo italiano sobre la relación directa entre la norma regional y la directiva europea en el supuesto de inactividad legislativa estatal, el Tribunal Constitucional español, al enjuiciar un precepto estatutario que permitía a la Comunidad Autónoma adoptar legislación de desarrollo a partir de normas europeas cuando la legislación de la Unión sustituyese la normativa básica del Estado (en concreto, al enjuiciar el artículo 189.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) dejó bien claro que la única interpretación constitucionalmente adecuada del precepto implicaba siempre la «salvaguardia de la competencia básica del Estado en su caso concernida», que no resultaba ni «desplazada ni eliminada por la norma europea», de modo que «la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia estatal de emanación de las bases».[29] Ello, según la jurisprudencia constitucional, no significa que las normas estatales que adapten las Directivas europeas deban ser consideradas necesariamente básicas[30] (lo que reduciría el ámbito de desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas a una mínima expresión), aunque la posición del Tribunal Constitucional expresada desde la STC 31/2010, de 28 de junio, plantea claramente que, en caso de afectación a un ámbito de competencia básica del Estado, la Comunidad Autónoma no puede articular el desarrollo normativo fundamentándose

Solís, D. (2010): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núms. 8-9, p. 11.

29 STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 123.

30 Vid., por todas, STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 14.

directamente en Derecho europeo desconociendo el espacio competencial básico que la Constitución atribuye al Estado.

Como primera conclusión en relación con el sistema de transposición de derecho de la UE y la definición del sistema interno de distribución de competencias podemos afirmar que la mayor precisión en la delimitación de competencias que presenta la estructura constitucional en algunas federaciones, como sucede en Alemania, no evita que en sede de transposición de derecho de la Unión Europea la Federación tenga mecanismos para asumir competencias legislativas que estrechen el margen de implementación legislativa de los Estados miembros (así, por ejemplo en el cumplimiento de las condiciones que habilitan la intervención de la Federación en sede de competencia concurrente). Sin embargo, no puede olvidarse que la precisión en el sistema de distribución de competencias constitucionalmente garantizado debe conectarse, por ejemplo en el sistema alemán, con una participación determinante de los Estados miembros en sede legislativa federal (algo que también sucede en el sistema austríaco y belga), lo que refuerza el peso de las entidades federadas en la transposición del programa normativo de la Unión en fase descendente así como en la participación en las iniciativas normativas de la Unión en fase ascendente y, como veremos, en el control sobre dichas iniciativas.

Aunque pueda parecer que el papel de las entidades federadas es secundario en el ámbito legislativo y en el marco de la estructura de transposición del derecho de la Unión (diferente sería la cuestión en aspectos de ejecución del derecho de la Unión), la delimitación competencial precisa constitucionalmente garantizada tiene su especial virtualidad en la proyección de la estructura competencial en la participación de los entes territoriales en la aprobación del derecho de la Unión y en la actividad legislativa de la Federación en la recepción del Derecho de la Unión.

5 · Participación de los entes territoriales en la aprobación del derecho de la Unión y en la actividad legislativa del Estado central/Federación en la recepción del derecho de la Unión

Como hemos destacado, pese a que la presencia del derecho de la UE implique alteraciones en el orden interno de competencias, la penetración de la regulación europea resulta menos gravosa para los ámbitos competenciales reconocidos a los entes territoriales si existen instrumentos que garanticen

el respeto a la voluntad del ente territorial en la fases de formación y de recepción del derecho de la Unión.

Por poner de nuevo el ejemplo en el que los instrumentos de participación se encuentran más desarrollados, en la República Federal de Alemania, la absorción competencial que, como consecuencia de la recepción de derecho de la UE, pueda detectarse a favor de la Federación y genere una actividad legislativa del *Bund* que desplace la normativa legislativa de los *Länder* en sede de competencia concurrente no conlleva una profunda afectación a los ámbitos de decisión de los *Länder* en tanto que estos cuentan con mecanismos garantizados constitucionalmente para expresar su posición en el *Bundesrat* en el proceso de transposición de una directiva. Se trata de que, por decirlo en el término que utilizan los artículos 23.5 de la Ley Fundamental, en el ámbito de las competencias exclusivas que el sistema constitucional reconoce a los *Länder*, la posición de estos aparezca como «determinante» (*massgeblich*),[31] una exigencia que se proyecta tanto a la fase ascendente como a la fase descendente y, en concreto y para lo que nos interesa, a la necesaria aprobación por una mayoría de los representantes de los *Länder* en el *Bundesrat* en el proceso de transposición de una directiva. Dicha estructura de intervención de los entes territoriales en la cámara federal, además de la mencionada regulación constitucional, se encuentra desarrollada en la Ley de colaboración entre la Federación y los *Länder* para asuntos de la Unión Europea cuyas últimas reformas de 2009[32] se adaptan a distintos aspectos derivados del Tratado de Lisboa.[33] Como veremos, desde la entrada en vigor la mencionada reforma de los Tratados Constitutivos, la participación de representantes de los entes territoriales, así como la estructura general de participación de las cámaras legislativas en fase ascendente de creación de derecho de la UE, orbita principalmente alrededor de los procedimientos de control del principio de subsidiariedad y proporcionalidad ejercido por el *Bundestag* y por el *Bundesrat* sobre las iniciativas legislativas de la UE. Ello, en el caso de Alemania, se debe en parte al vínculo establecido entre la defensa del principio democrático y

---

31 Sobre la posición determinante de los *Länder* alemanes en el Consejo Federal, vid. Melin, P. (2011): «Die Rolle der deutschen Bundesländern im europäischen Rechtssetzungsverfahren nach Lissabon», *Europarecht*, núm. 5, pp. 658-660.

32 *Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union* (*EUZBLG*) *BGBl.* 2009 I S. 3031.

33 Sobre distintos aspectos de esta ley, vid. Melin (2011): 655-682.

el proceso de integración a través de la participación de los representantes de la ciudadanía en las cámaras legislativas según lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009[34] sobre el Tratado de Lisboa,[35] primordialmente en el *Bundestag*[36] (la composición del *Bundesrat* por parte de representantes de los gobiernos de los *Länder* conlleva distintas implicaciones sobre los legislativos de los *Länder* a las que haremos referencia posteriormente).

La intensidad de la participación de los entes regionales en la formación de la voluntad del Estado o en el entramado institucional de la UE en el proceso de aprobación de la normativa de la Unión puede tener su relevancia a efectos de expresar un ámbito de decisión sobre las competencias internamente reconocidas a dichos entes territoriales. Sin embargo, incluso en aquellos sistemas en los que la conexión entre el Estado y las instituciones de la Unión está, según el sistema constitucional interno, protagonizada por los entes territoriales, nada asegura que la mayoría expresada en el órgano de la UE, como sucede en el caso en el que la posición es defendida por el mismo Estado, coincida con la posición defendida por el ente territorial. El mayor grado de participación de los entes territoriales en la fase ascendente de creación del derecho de la Unión, sea interna o sea en las instituciones de la UE, puede trasladar una mayor presencia de los intereses regionales de acuerdo con la capacidad de decisión que el sistema constitucional interno le confiere pero, con todo, también los entes territoriales pueden quedar en minoría (como el mismo Estado) en la fase de aprobación del programa normativo de la Unión.

Como hemos apuntado con anterioridad, el caso de participación más intensa de los entes territoriales en el seno de la Unión viene representado por los ministros regionales belgas, donde estos están facultados para

---

34 *BVerfGE* 123, 267.

35 Así Wittreck, F. (2011): «Wächter wider Willen. Probleme der Beteiligung von Parlamenten am europäischen Integrationsprozeß auf Bundes- und Landesebene», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, vol. 26, núm. 2, pp. 122-123.

36 El desarrollo de la estructura de participación del *Bundestag* como cámara de representación de la ciudadanía en el proceso de integración europeo a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa de 30 de junio de 2009 ha sido desarrollada por la Ley de Responsabilidad de Integración *Integrationsverantwortunggesetz* (*IntVG*) *BGBl*. 2009 I S. 3022. Sobre ello, Rohleder, K. (2011): «Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung in Theorie und Praxis», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, vol. 26, núm. 2, pp. 105-122.

ostentar la presidencia de la delegación estatal y vetar individualmente la postura adoptada por el Estado.[37] El bajo número de entidades que integran la federación belga (las tres regiones, la región valona, la flamenca y Bruselas, más las tres comunidades, la comunidad flamenca, la francófona y la alemana) parece facilitar dicho alto grado de participación regional en las instituciones de creación de derecho de la Unión, algo que no sucede en el caso de los *Länder* alemanes (tampoco en los *Länder* austríacos), cuya incidencia en la aprobación y recepción de normativa europea se desarrolla preferentemente en las instituciones federales en las que se encuentran representados (*Bundesrat*) y en el que el veto a la posición del gobierno federal, incluso en el ámbito de las competencias de los *Länder*, solo puede interponerse cuando exista consenso entre ellos, de modo colectivo, y no con carácter individual.[38]

5.1 · Consideraciones sobre la participación de los entes territoriales en el control de subsidiariedad y proporcionalidad de propuestas de directiva

La participación de los entes regionales con capacidad legislativa en la fase ascendente de creación del derecho de la Unión ha adquirido una nueva dimensión con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, en particular, del Protocolo número 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en el que se diseña el llamado mecanismo de alerta temprana para hacer frente a las posibles vulneraciones a los mencionados principios detectadas en los proyectos legislativos de la Unión.

---

37 Así, Zelaia Garagarza, M.: «La evolución de las regiones en el proceso de construcción europea», en *Integración Europea y Autonomías Regionales*, en prensa; Kerremans, B., y Beyers, J. (1997): «The Belgian Sub-National Entities in the European Union: Second or Third Level Players?», en Jeffery, CH. (ed.): *The regional dimension of the European Union. Towards a Third Level in Europe?*, Frank Cass, London/Portland, pp. 45-48; Lambertz, K.-H., y Förster, S. (2009): «Die belgischen Gemeinschaften und Regionen im europäischen Rechtssetzungsprozess», en Lambertz, K.-H. y Große Hüttmann, M. (eds.): *Europapolitik und Europafähigkeit von Regionen*, Nomos, Baden-Baden, pp. 22-24.

38 Ares Castro-Conde, C. (2010): *La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 260.

El reconocimiento del principio de subsidiariedad después de la aprobación del Tratado de Unión Europea en 1992 ya se había advertido como uno de los fundamentos en los que se apoyaba la intervención de los Estados miembros en la implementación del programa normativo europeo concretado en el ejercicio de la actividad de transposición.[39] Con la reforma de los tratados constitutivos en vigor desde 2009 se perfila un instrumento de relación entre los legislativos de los Estados miembros y las instituciones comunitarias en el control del principio de subsidiariedad aplicado a las competencias compartidas, que puede tener efectos en el contexto de iniciativas legislativas que adquieran la forma de directiva y que, por tanto, abra la puerta a la intervención parlamentaria doméstica en un momento anterior a la transposición.

Como es sabido, el Protocolo número 2, introducido al socaire del llamado Tratado de Lisboa, instaura un canal de relación entre las instituciones de la Unión que cuentan con iniciativa legislativa y los Parlamentos de los Estados miembros, mediante la posibilidad de que estos, informados de los proyectos legislativos europeos, eleven un dictamen motivado en el que expongan las razones por las que consideran que el proyecto legislativo no se ajusta al principio de subsidiariedad. Cuando un tercio de estos dictámenes motivados considere que la propuesta legislativa conculca el principio de subsidiariedad, la Comisión estará obligada a reexaminarla. Tratándose de cuestiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, basta una cuarta parte de los dictámenes motivados para forzar el reexamen.

Aunque del Protocolo número 2 se derive que solo los llamados Parlamentos nacionales (esto es, los Parlamentos del Estado central o de la Federación en los sistemas compuestos de organización territorial) pueden elevar el dictamen motivado alertando sobre los posibles vicios al principio de subsidiariedad en los que puedan incurrir las proposiciones legislativas europeas (y solo, pese a la excepción belga que señalaremos, los Parlamentos nacionales dispongan de votos en el sistema descrito para forzar un nuevo estudio por parte de la Comisión de la compatibilidad entre la propuesta de acto legislativo y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad), el redactado del mencionado Protocolo hace alusión en diversas ocasiones a los entes regionales con capacidad legislativa e incluso prevé la posibilidad

39 Así, Rengeling, H-W. (1995): «Europäische Normgebung und ihre Umsetzung in nationales Recht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, p. 951.

de que el Parlamento nacional en la elaboración de su dictamen consulte a los Parlamentos regionales.

Así, en el artículo 5 del Protocolo 2, al disponer que los proyectos legislativos de la Unión se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se hace alusión expresa, en el caso de las directivas, a la obligación de la institución que adopta la proposición de exponer los efectos que pueda tener la normativa que deben desarrollar los Estados miembros *sobre la legislación regional*. Como hemos avanzado, del mismo modo, el artículo 6 del Protocolo número 2 establece que «incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas». En este sentido, la integración de los entes regionales con competencias legislativas que el sistema de alerta temprana sobre posibles vulneraciones al principio de subsidiariedad esboza supone un primer filtro que mitiga *ex ante* los efectos distorsionadores sobre el ámbito de actuación de los entes descentralizados que puedan surgir como consecuencia de la aprobación de una directiva.

Sin embargo, la articulación del mecanismo basado en la relación entre parlamentos estatales y parlamentos regionales en conexión con el control basado en los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad debe tener en cuenta dos consideraciones.

La primera, sobre las características del control, consiste en apreciar que el control basado en el principio de subsidiariedad no puede confundirse con el control basado en los excesos competenciales (algo, por lo demás, a menudo difuminado por la propia interpretación del TJUE).[40] En efecto, el enjuiciamiento de vulneraciones a la estructura de delimitación de competencias no es equiparable al control sobre las condiciones de ejercicio de las competencias de la UE, que es lo que viene representado por el control basado en el principio de subsidiariedad en tanto que análisis sobre la idoneidad de la intervención de la UE. Así, lo que debe analizarse en el ámbito del principio de subsidiariedad no es si la intervención de la UE ha desbordado el marco competencial que los Estados miembros le han conferido sino si la actuación de la UE, en aquellos ámbitos que no son de

40 Vid., por ejemplo, STJUE de 8 de junio de 2010, as. C-58/08, *Vodafone et altri v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*. *Vid*. Ritzer, CH.; Rutloff, M., y Linhart, K. (2006): «How to sharpen a dull sword-The Principle of Subsidiarity and its control» en *German Law Journal*, vol. 7, núm. 9, pp. 733-760.

competencia exclusiva de ésta, es *necesaria* para alcanzar los objetivos de la Unión habida cuenta que, ponderadas todas las circunstancias relevantes, la sola actuación de los Estados miembros desde cualquiera de sus niveles de gobierno y de administración resulta insuficiente para la consecución de los mencionados objetivos.[41]

En segundo lugar, para determinar la capacidad de incidencia de los entes territoriales en la elaboración del programa normativo de la Unión Europea (y con ocasión de los mecanismos previstos en el Protocolo número 2) es imprescindible concretar la relación constitucional interna entre dichos entes territoriales y los órganos centrales del Estado o Federación. De esta forma, y como venimos apuntando, con independencia del desarrollo que se materializa en Alemania sobre los mecanismos de consulta a los Parlamentos regionales previstos en el artículo 6 del Protocolo número 2, la estructura de representación de los *Länder* alemanes en el *Bundesrat* (con fuerte capacidad de incidencia sobre aspectos de formación del derecho de la Unión si las iniciativas europeas afectan a las competencias e intereses de los *Länder*) asegura también una posición protagonista de esta cámara federal en el ejercicio del control de alerta temprana y en la elevación del dictamen a las instituciones de la Unión por considerar la posible vulneración al principio de subsidiariedad sobre actuaciones que corresponderían a los entes territoriales.[42] De hecho, en el único dictamen que las cámaras Federales alemanas elevaron en 2010 en relación con la propuesta de directiva de regulación del sistema de garantía de depósitos concurrió el voto del *Bundesrat* al encontrarse implicadas competencias de los *Länder* en materia de instituciones crediticias. En dicho caso, no obstante, la Comisión no reexaminó la iniciativa dado que no se alcanzó la mayoría de un tercio de los votos emitidos por los Parlamentos nacionales.[43]

En otro sentido, si nos centramos en el caso de Alemania, debe señalarse que, desde la perspectiva del vínculo entre participación de las cámaras legislativas en el control de subsidiariedad y el refuerzo del principio democrático en el proceso de integración (tal como se desprende de la decisión

---

41 Dentro de la vasta literatura sobre el principio de subsidiariedad y el control sobre las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión Europea, veáse Díez-Picazo Giménez, L. M. (2009): *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 149; Fernández Esteban, M. L. (1996): *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, McGraw-Hill, Madrid.

42 Así, Melin (2011): 672.

43 El caso es relatado por Rohleder (2011): 116.

del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Lisboa), el papel del *Bundesrat* en el ejercicio de dicho control sobre las iniciativas legislativas de la UE tiene la carencia de referirse a una cámara compuesta por representantes de los gobiernos de los *Länder*, no de sus legislativos, lo que desvirtúa el carácter del *Bundesrat* alemán como «cámara legislativa» a efectos del protocolo número 2 y a efectos, como señalamos, de la relación entre la intervención de la cámara y la materialización de los derechos de participación ciudadana.[44] Esta precisión no oculta, sin embargo, que las normas de organización institucional internas de cada *Land* establecen la obligación por parte de los representantes de los gobiernos de los *Länder* en el *Bundesrat* de tomar en consideración de forma «determinante» y trasladar a la mencionada cámara federal los criterios adoptados por el legislativo del *Land*[45]. Ello se encuentra regulado por las respectivas normas de los *Länder* (sean las Constituciones de los *Länder* o sean leyes específicas) en conexión con la participación de los *Länder* en la fase ascendente de creación de derecho de la UE si los proyectos europeos afectan a las competencias de los mismos (en algunas Constituciones de los entes territoriales se añade la afectación a los intereses financieros del *Land* o, en el caso de proyectos de reformas de tratados constitutivos, a la transferencia de derechos de soberanía del *Land* –no olvidar el atributo de estatalidad de los *Länder*), pero dichas previsiones son aplicables a las relaciones entre el Parlamento del *Land* y los representantes gubernamentales del *Land* en el *Bundesrat* en ocasión del control de subsidiariedad ejercido por las cámaras federales.

Esta última objeción relativa a la composición del *Bundesrat* alemán y su consideración de cámara legislativa a efectos del control de subsidiariedad no se da, huelga señalarlo, en el *Bundesrat* austríaco, que, pese a concentrar el protagonismo como «Parlamento nacional» a efectos de la emisión de dictámenes y voto en detrimento de las cámaras de los *Länder*, sí se encuentra compuesto por representantes de los legislativos de dichas cámaras territoriales.

---

44 Sobre la adaptación del control parlamentario de subsidiariedad en Alemania y las cuestiones que ha suscitado, *vid.* Shirvani, F. (2010): «Die europäische Subsidiaritätsklage und ihre Umsetzung ins deutsche Recht», *Juristenzeitung*, pp. 753-759; UEpermann-Wittzack, R. (2009): «Frühwarnssystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, pp. 461-468.

45 Wittreck (2011): 131.

En otro sentido, la participación de los parlamentos de los entes subestatales en el control de subsidiariedad a través del procedimiento de la alerta temprana es más intenso en el modelo belga, en el que los parlamentos de las regiones y de las comunidades (además de las dos cámaras federales) pueden incluirse en el concepto de «Parlamentos nacionales» a efectos de los dos votos previstos para forzar el reexamen de una proposición legislativa por parte de la Comisión en función de la emisión de un dictamen que considere la iniciativa contraria al principio de subsidiariedad.[46]

En definitiva, la puerta que abre el Protocolo 2 al Tratado de Lisboa sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en conexión con las propuestas de directiva y la participación de los entes territoriales en los Estados compuestos dependerá de la estructura constitucional del Estado o Federación y, en particular, de la capacidad de representación y de configuración de una posición «determinante» de los entes territoriales en los parlamentos centrales del Estado o Federación. Algo que puede presentar una estructura distinta (y devaluada respecto a la posición de los entes territoriales) aunque el Estado en cuestión, como sucede en España, haya desarrollado una legislación que cumpla con el mecanismo de relación entre las cámaras de los llamados Parlamentos nacionales y los Parlamentos regionales.[47] Ciertamente, si observamos la regulación y el funcionamiento en el Estado autonómico español de los parlamentos regionales en el control de subsidiariedad concluiremos que la incidencia de dichas cámaras en el contexto del procedimiento legislativo europeo dista mucho de ser efectiva y «determinante». La ausencia de carácter vinculante de los dictámenes emitidos por los Parlamentos autonómicos, el automatismo con el que los informes se remiten a las cámaras regionales sin tener en cuenta ninguna especialidad derivada del reparto competencial, por no hablar de las carencias del Senado español como cámara de representación territorial

---

46 Kiiver, PH. (2011): «The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliament as a *Conseil d'État* for Europe», *European Law Review*, vol. 1, p. 100; vid. Declaración 51 en el acta final de la Conferencia Intergubernamental de 13 de diciembre de 2007.

47 Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Para un comentario sobre la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, y la regulación del control parlamentario del principio de subsidiariedad por parte de las Cortes Generales, Batet Lamaña, M: «El control parlamentario del principio de subsidiariedad. Principales elementos de reflexión», en prensa.

a efectos de un hipotético ejercicio de control de subsidiariedad decidido desde las instancias autonómicas, confinan el papel de los órganos legislativos autonómicos en el procedimiento descrito a una posición consultiva y testimonial.[48]

5.2 · La posición «determinante» de los entes territoriales en la fase ascendente de creación de derecho de la Unión

Dentro de los modelos de Estado compuesto, podría considerarse que la posición de los entes territoriales se encontraría más debilitada en aquellas estructuras en las que, en presencia de derecho de la Unión Europea, además de la posibilidad de absorción competencial a favor del Estado central en un contexto de difusión de títulos competenciales, los canales de participación de los entes territoriales en fase ascendente o descendente son poco operativos, están a merced de la voluntad política del Estado central, no encuentran garantía constitucional, o no contemplan, ni incluso en ámbitos competenciales reconocidos como exclusivos, que la posición del ente territorial sea «determinante».

El caso español se encontraría en este grupo de supuestos teniendo en cuenta la poca funcionalidad del Senado como cámara de representación territorial[49] y la interpretación restrictiva realizada por parte de la jurisprudencia constitucional precisamente en relación con el término «determinante» sobre la posición de las Comunidades Autónomas en la configuración de la voluntad del Estado frente a la Unión Europea incluso tratándose de materias que afecten a las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en cuestión. Esta fue la conclusión que pareció desprenderse de la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el artículo 186.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que el Tribunal Constitucional español afirmaba que incluso en el caso de competencias exclusivas o de iniciativas europeas

48 Así, Carmona Contreras, A.M. (2012): «¿Hacia la europeización de los parlamentos autonómicos? Reflexiones al hilo del mecanismo de alerta temprana», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 16, p. 160.

49 Sobre esta cuestión harto tratada por la doctrina, vid. por todos Castellà Andreu, J. M (2008): «Las Comunidades Autónomas en Bruselas: La dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6, p. 87.

de las que se pudiesen derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña la definición como «determinante» de la posición de la Generalitat no podía interpretarse como vinculante para el Estado, que se encontraba libre de acogerla o no, con el solo deber de motivación en caso de no acogimiento de la posición autonómica ante la Comisión Bilateral Generalitat de Cataluña-Estado.[50]

En Italia, España, incluso en Reino Unido (especialmente en lo que incumbe a la relación entre derecho de la Unión y las competencias legislativas de Escocia)[51] existen instrumentos de participación de los entes territoriales en la configuración de la posición del Estado miembro en las instituciones de la Unión, unos foros (conferencias, comisiones bilaterales o multilaterales) en los que las instancias de gobierno internas intercambian información sobre las iniciativas relativas a la Unión pero en los que resulta difícil para los entes territoriales imponer con carácter vinculante su posición a los representantes del gobierno estatal si no existe un consenso muy amplio de los entes territoriales en las conferencias multilaterales; y en el que la posición regional en caso de relación bilateral se encuentra muy debilitada, sea porque se diluye en la posición sostenida por el resto de entes territoriales sea porque el Estado alega un interés superior que es el efectivamente planteado ante las instituciones de la Unión Europea teniendo en cuenta su carácter de interlocutor privilegiado en dichos órganos.

Una ausencia de intervención «determinante» de los entes territoriales en la fase descendente de transposición de derecho de la Unión en el ámbito de las competencias legislativas de carácter compartido, como notoriamente sucede en España por ausencia de definición institucional del Senado como cámara de representación territorial, aminora todavía más las posibilidades de los entes territoriales para asegurar un espacio de concretización normativa más allá de lo decidido en niveles de gobierno superiores y refuerza el protagonismo del Estado en la adaptación de la normativa europea al ordenamiento jurídico interno.

---

50 STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 120.

51 Vid. Carter, C., y Mcleod, A. (2005): «The Scottish Parliament and the European Union: Analysing Regional Parliamentary Engagement», en Weatherill, S., y Bernitz, U. (ed.): *The role of regions and sub-national actors in Europe*, Hart Publishing, Oxford/Portland, pp. 67-87; Ross y Salvador Crespo (2003): 224.

6 · Actividad normativa de los entes territoriales en aplicación del derecho de la Unión. Transposición de directivas y técnica legislativa en estados compuestos

Del proceso de transposición de directivas en sentido estricto en los Estados compuestos debe tenerse en cuenta que la relevancia de la descentralización política en relación con el derecho de la Unión deriva del ejercicio de competencias legislativas por parte de los entes territoriales y de su necesaria intervención ante el mandato europeo de incorporar el programa normativo mediante instrumentos de rango suficiente. La participación en fase descendente de los entes territoriales en el particular caso de la transposición de directivas se encuentra condicionada por el reparto interno de competencias legislativas pero también por las exigencias de tipo de fuente y tipo de obligación determinada por el derecho de la Unión.

Si las normas de transposición han de reflejar en su propia naturaleza la relevancia de la materia impuesta desde la Unión, el programa normativo europeo perfilado por la Directiva debe incorporarse al derecho interno mediante una norma con rango de ley procedente de los entes regionales si el sistema constitucional interno delimita dicha estructura de reparto competencial. La forma, sobre todo en lo que incumbe al mandato de proporcionar estabilidad y publicidad a la norma de implementación,[52] es determinante para enjuiciar si se ha dado cumplimiento o no a la obligación de derecho europeo. Cuando se conjugan competencias legislativas de entes territoriales con mandatos de derecho de la Unión derivados de Directivas, el ente territorial puede encomendar el desarrollo de la materia a una norma de rango reglamentario pero la norma legal que sirve de habilitación debe contener todos los aspectos integrantes de la Directiva.[53]

Del seguimiento concreto de las técnicas legislativas en el proceso de transposición de directivas que se detectan en los diferentes modelos de organización territorial descentralizada podemos perfilar una serie de observaciones de interés para el derecho comparado. En el caso alemán, en el que abunda la actividad legislativa federal que tiene por objeto la transpo-

---

52 Pascua Mateo, F. (2006): *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español. Estatal, Autonómico y Local*, Thomson-Civitas, Madrid, p. 231.

53 Sobre el caso de las Comunidades Autónoma españolas, vid. Sarmiento, D.: «Implementación por las Comunidades Autónomas de las políticas europeas», en *Integración Europea y Autonomías Regionales*, en prensa.

sición de directivas de Derecho europeo, la incorporación de la normativa europea se produce con la mención expresa de la directiva que se interpone en el título de la ley (sin exposición de motivos al que se aluda al programa normativo europeo, como sucede en otros modelos) y sin ninguna mención al sistema competencial que habilita a la Federación para la transposición de la directiva.

En los modelos federales alemán y austríaco la clarificación constitucional de competencias y el poder público residual atribuido a los Estados miembros de la Federación promueve que la actividad legislativa de ambos entes se realice sin mención de títulos competenciales habilitantes, lo que sucede también en el caso de la actividad legislativa derivada de la transposición de directivas. Dicho poder público residual de los Estados miembros explica que la intervención de la legislación regional también se produzca sin necesidad de explicitar la cobertura competencial (que se presupone) y asumiendo directamente el contenido de los mandatos del Derecho de la Unión incorporando el título de la directiva en la norma legislativa y parte de los aspectos no disponibles (por estar determinados en la normativa europea) en la redacción del articulado. A menudo, tanto en el plano federal como en el plano estatal la norma legislativa se concreta en una remisión a la directiva europea, con lo que se considera cumplida la obligación de transposición.

Sobre la participación determinante de los *Länder* alemanes en el *Bundesrat* en fase descendente y en el contexto de la transposición de una directiva, puede mencionarse como ejemplo que, incluso en el polémico caso en el que la transposición de la directiva se realiza mediante reglamento del ejecutivo federal,[54] el sistema constitucional de la Ley Fundamental requiere que dicha intervención reglamentaria sea autorizada por una norma legislativa de delegación aprobada en el *Bundesrat* (artículo 80.2 de la Ley Fundamental de Bonn), luego con autorización de la mayoría de los representantes de los *Länder* en dicha cámara.

En general, como hemos observado, aunque la obligación de transposición de la directiva refuerce el ámbito de competencias legislativas federales en detrimento de las competencias legislativas de los *Länder* expresadas en una ley regional, la participación determinante de los *Länder* en el *Bundesrat* en la fase de transposición de la directiva se advierte como

54 Sobre esta cuestión, Weihrauch, S. (2001): «Pauschale Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von EG-Recht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 3, pp. 265-270.

uno de los principales mecanismos que garantiza un espacio regional de implementación legislativa del derecho de la Unión.

En Italia la determinación de los elementos comunes de la transposición de derecho europeo es competencia del Estado, lo que está regulado en la citada Ley número 11 de 4 de febrero de 2005.[55] Precisamente, de entre los aspectos de dicha normativa que las regiones deben respetar en el momento de efectuar la transposición mediante norma legislativa destaca la obligación de las regiones de precisar a qué directiva dan cumplimiento con la norma que aprueban y la alusión a las materias de competencia legislativa en las que dichas regiones se apoyan para proceder a la transposición.[56]

En el caso de las competencias concurrentes el Estado dicta la legislación sobre los principios fundamentales a través de los que da cumplimiento a la transposición de la directiva mediante normas que también son designadas como «ley comunitaria». La técnica utilizada consiste en una «ley comunitaria» estatal anual que incluye la transposición de diversas directivas en ese período y en el ámbito competencial correspondiente.

Por su parte, de entre las normas legislativas de las regiones italianas dedicadas a la transposición de derecho de la Unión Europea pueden distinguirse dos tipos normativos: el primero de ellos se refiere a normas legislativas que regulan con carácter general en cada Región o Provincia Autónoma la transposición de derecho de la Unión, se trata de leyes, también llamadas comunitarias, cuyo contenido se ciñe a la regulación del procedimiento general de adaptación legislativa del ordenamiento europeo en cada territorio (*legge regionali comunitaria di procedura*). En segundo lugar, las regiones también aprueban leyes comunitarias materiales dedicadas a la adaptación singular de cada aspecto del programa normativo de la Unión que, según el sistema interno de competencias, les corresponde trasponer.[57]

---

55 Una descripción completa sobre el ejercicio de competencias legislativas de las regiones italianas en el cumplimiento de las obligaciones de transposición derivadas del derecho de la Unión se encuentra en Zuddas, P. (2010): *L'influenza del diritto dell'Unione Europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, Cedam, Milán.

56 Odone (2007): 349.

57 Vid. Fragassi, M. (2007): «La partecipazione delle Regioni alla "fase discendente" del proceso normativo comunitario: la legge comunitaria regionale», en Carpanti, G.; Groppi, T.; Olivetti, M., y Siniscalchi, A.: *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n.11/2005*, Il Mulino, Bolonia, pp. 116-117.

La mayoría de regiones italianas han aprobado leyes generales en las que se establecen los mecanismos de transposición de derecho de la Unión en desarrollo de la Ley estatal número 11 de 4 de febrero de 2005 (algunas regiones incluso habían disciplinado la regulación general del proceso legislativo de adaptación de la normativa de la Unión con anterioridad a la ley estatal). Otra modalidad, presente en algunas regiones, consiste en que las regulaciones generales regionales del procedimiento de transposición legislativa de derecho de la Unión se encuentran contenidas en los Estatutos regionales. Ello ocurre, por ejemplo, en el Estatuto del Lazio y en el Estatuto del Piemonte. En otros casos, como en los Estatutos de Emilia Romagna y de Umbría, las normas estatutarias de procedimiento general de transposición se complementan con normas legislativas.[58] Como señalamos, cada transposición del programa normativo de la Unión en algún campo material específico, en caso de afectar a una competencia legislativa regional, se produce mediante una ley regional «comunitaria» específica. Con todo, esta práctica ha sido criticada por la doctrina, que percibe una mayor seguridad jurídica ante la posibilidad de que las regiones aprueben una ley comunitaria anual en la que den cumplimiento al conjunto de materias que, en dicho período, tienen la obligación de trasponer.[59] Dicho de otro modo, algunos autores recomendarían que las regiones imitasen la práctica estatal de aprobar una «ley comunitaria anual» sobre la transposición de directivas que, por otra parte, era la solución sugerida por la ley estatal general de procedimiento de transposición legislativa n. 11/2005 ya citada.[60]

En el caso español, en la fase estatal de transposición de la directiva, la alusión al cumplimiento de la obligación comunitaria se produce en la exposición de motivos de la norma con rango legislativo y dicha regulación incorpora el listado de títulos competenciales que habilitan a la intervención normativa del Estado en alguna disposición final. La mención a los títulos competenciales en los que se apoya el Estado para intervenir legislativamente en el proceso de transposición de la directiva (y dejando a un lado la ya señalada naturaleza difusa de algunos de los títulos competenciales

58 Fragassi (2007): 127-129.

59 De Liso, R. (2003): «Una proposta: la legge comunitaria regionale», en www.federalismi.it, p. 3; Fragassi (2007): 129-131.

60 Fragassi (2007): 127-129.

invocados) puede ser muy precisa[61] o, como sucede en ocasiones, limitada a la mención de títulos competenciales de carácter horizontal.[62]

7 · Mecanismos de responsabilidad por incumplimiento de adaptación de la normativa de la Unión al derecho interno en el contexto de un Estado compuesto

Ante las irregularidades que puedan detectarse en el proceso de transposición de directivas y que supongan algún tipo de incumplimiento de derecho europeo es una preocupación común a los Estados de organización política compuesta la búsqueda de soluciones institucionales y jurídicas que permitan resolver aquellos supuestos de incorrecta aplicación de los mandatos de la normativa de la Unión por parte de los entes territoriales.

De entre la tipología de formas de incumplimiento de derecho europeo en sede de transposición de directivas (incorporación tardía, falta de comunicación de las medidas de transposición, incorporación incompleta o defectuosa, mantenimiento de normativas contrarias al derecho de la UE) algunos sistemas normativos de Estados descentralizados han perfilado soluciones para superar la eventualidad de que la ausencia de adecuación al ordenamiento europeo proceda de acciones u omisiones de los poderes legislativos regionales.[63]

---

61 Vid., por ejemplo, disposición final primera de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la llamada «Ley Omnibus»)

62 Así, en contraste con la ley citada en la nota anterior, *vid.* la disposición final primera de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (la llamada «Ley paraguas» en la incorporación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior) que fundamenta la actuación legislativa del Estado en los títulos contenidos en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 CE. Para una crítica sobre el fundamento competencial de la Ley 17/2009 vid. Jiménez Asensio, R. (2010): *La incorporación de la directiva de servicios al derecho interno*, Ivap, Oñati, p. 113 y París Domènech, N., y Corretja Torrens, M. (2010): «Aproximació al procés de transposició de la directiva de serveis: incidència en el sistema de distribució de competències dissenyat per la CE i l'EAC», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 10, pp. 72-105.

63 Una descripción sobre los instrumentos de garantía de cumplimiento del derecho de la Unión en los estados europeos compuestos se encuentra en el *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario de 15 de diciem-*

La preocupación ante los incumplimientos derivados de la existencia de diversos niveles competenciales propios de los Estados organizados de forma territorialmente descentralizada se ha planteado en el trasfondo de un sistema en que la responsabilidad frente a la UE resulta del Estado en su conjunto al margen de que el retraso o el defecto en la transposición proceda de un incumplimiento propiciado por el ente territorial en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente reconocidas. El Estado miembro de la UE no puede escudarse en el sistema interno de distribución de competencias para justificar la no observación de la obligación de trasponer una directiva[64] y es a través del Estado central/Federación que la Unión activa los instrumentos para poder apreciar si el incumplimiento se ha producido, para repararlo y para imponer sanciones que castiguen la inobservancia de la normativa europea.

Como hemos venido señalando en lo que se refiere al sistema de relación entre los ordenamientos internos de Estados compuestos y el derecho de la Unión, si en la mayoría de Estados descentralizados algunos aspectos que asocian la existencia de entes territoriales al fenómeno de integración europea se encuentran constitucionalizados, esta característica también se extiende al establecimiento de mecanismos para la garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión.

Así, en Alemania, en Austria, en Bélgica y en Italia existe una regulación constitucional que precisa algunos dispositivos para asegurar la

---

bre de 2010, pp. 174-209, disponible en http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf.

64 Sobre la imposibilidad de invocar el reparto interno de competencias para eximirse de responsabilidad en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas del derecho de la Unión *vid.* STJCE de 1 de junio de 1999, as. C-302/97, *Konle/Austria*, Rec. 1999. En este pronunciamiento el Tribunal de Justicia ya advierte que «incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho Comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuera aquella a la que, con arreglo al Derecho del estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación. Por tanto, un Estado miembro no puede invocar el reparto de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno para eximirse de su responsabilidad a este respecto» (STJCE de 1 de junio de 1999, as. C-302/97, *Konle/Austria*, Rec. 1999, p. I-30991, apdo. 62). Véase, asimismo, las ya citadas SSTJCE de 11 de octubre de 2001, as. C-111/00, *Comisión contra Austria*; de 20 de marzo de 2003, as. C-143/2002, *Comisión contra Italia*; de 16 de septiembre de 2004, as. C-358/03, *Comisión contra Austria*; y de 14 de junio de 2007, as. C-422/05, *Comisión contra Bélgica*.

adecuación a las obligaciones derivadas del ordenamiento europeo lo que se proyecta, en lo que aquí nos incumbe, a los instrumentos que relacionan al ente territorial y al Estado central/Federación en el supuesto de que el proceso incorrecto de transposición de una directiva resulte de una acción u omisión de las instituciones regionales. Dichos mecanismos que aseguran el cumplimiento de las obligaciones de derecho de la Unión y, en particular, frente a una acción u omisión en el ejercicio de los poderes legislativos de los entes territoriales en el proceso de transposición de una directiva se concretan en el poder de sustitución y en el poder de repercusión de las consecuencias económicas derivadas del incumplimiento en los Estados federados.

De entre los cuatro modelos aludidos, solo Bélgica mantiene un sistema de ordenación de las consecuencias de incumplimiento que no especifica entre el incumplimiento del derecho de la Unión y el incumplimiento de los compromisos contraídos por la Federación en derecho internacional público.[65] Tanto en Alemania como en Austria y en Italia el incumplimiento de derecho europeo en el contexto de un estado descentralizado merece una regulación constitucional particular.[66]

En Austria, Bélgica e Italia se reconoce la posibilidad de sustitución por parte del Estado central/Federación de las potestades legislativas de los Estados federados o de las regiones en caso de incumplimiento del derecho europeo. En Austria y Bélgica la activación de dicho poder de sustitución ejercido por el estado central/Federación requiere que el incumplimiento sea constatado por el Tribunal de Justicia de la UE, de forma que, mientras no exista declaración judicial al respecto, el incumplimiento por los Estados federados de su obligación de trasponer en plazo no habilita para el uso de dicha potestad.[67]

En Italia, en otro sentido, el poder de sustitución puede ser ejercido sin necesidad de que un órgano jurisdiccional de la Unión Europea haya declarado el incumplimiento. La simple demora en el incumplimiento de la obligación de transposición podría habilitar al Estado para que sustituyese

---

65 Artículo 169 de la Constitución belga.

66 RFA: artículos 104.a apdo. 6 y 109 apdo. 5 Ley Fundamental de Bonn; Austria: artículo 23.d) apdo. 5 de la Constitución de Austria; Italia: artículos 117.5 y 120 de la Constitución italiana.

67 Artículo 23d) apdo. 5 Constitución de Austria; artículo 169 de la Constitución belga, y artículo 16.3 de la Ley federal belga de 5 de mayo de 1993.

a las regiones en el ejercicio de potestades legislativas. Sin embargo, el sistema italiano añade requisitos internos adicionales antes de adoptar la sustitución de potestades legislativas, como la exigencia de que la región haya sido emplazada a cumplir con la obligación de transposición o que se le conceda un plazo a la región incumplidora para que adopte las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento.[68]

Junto con el poder de sustitución de la facultad legislativa de los entes territoriales por parte del Estado central/Federación, algunos Estados compuestos europeos reconocen el poder de repercusión de las consecuencias económicas del incumplimiento de obligaciones de derecho de la Unión (lo que incluye el supuesto de incumplimiento de transposición de directivas en el supuesto que se deriven cargas financieras a través de las correcciones financieras acordadas por la Comisión Europea y las multas coercitivas o sumas a tanto alzado impuestas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). El poder de repercusión es el instrumento primordial de garantía de cumplimiento de obligaciones de derecho europeo por parte de los *Länder* en Alemania, hasta el punto de que la cuota de reparto de las cargas financieras entre la Federación y los *Länder* se encuentra predeterminada constitucionalmente en un porcentaje fijo.[69]

En el contexto alemán, todos los *Länder* están obligados a hacer frente a las consecuencias económicas del incumplimiento, incluso los no responsables del incumplimiento, si bien los *Länder* directamente incumplidores lo harán en mayor proporción. Aunque el incumplimiento sea imputado a los entes territoriales la previsión constitucional siempre atribuye alguna cuota de responsabilidad a la Federación, ya que se considera que ha contribuido al incumplimiento en tanto que los sistemas de vigilancia y control que debe establecer sobre los *Länder*, en el caso de transposición irregular de derecho de la Unión, han sido insuficientes.

El poder de repercusión de cargas financieras en el supuesto de incumplimiento de obligaciones derivadas del derecho de la Unión se reconoce,

---

68 Artículos 117.5 y 120 de la Constitución italiana y artículo 8 Ley núm. 131, de 5 de junio de 2003. Vid. Rescigno, U. (2002): «Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato», *Le Regioni*, núm. 4, p. 729.

69 Artículos 104.a apdo. 6 y 109 apdo. 5 de la Ley Fundamental de Bonn. El mandato constitucional se desarrolla en el artículo 15 de la Ley Federal de 5 de septiembre de 2006.

asimismo, en el sistema belga y en el italiano.[70] Ambos ordenamientos contemplan la posibilidad de repercutir a las comunidades o regiones causantes del incumplimiento las sanciones o cargas financieras dictadas como consecuencia de la vulneración del derecho europeo aunque la cuota de responsabilidad que corresponde a las comunidades o regiones no se encuentra predeterminada.[71]

8 · Conclusiones

Un análisis comparativo sobre el impacto del derecho de la Unión en los sistemas políticamente descentralizados, y, en particular, sobre los procesos de transposición de directivas al ámbito interno en los Estados compuestos, requiere examinar las estructuras constitucionales vinculadas al sistema interno de distribución de competencias y a los instrumentos de relación entre los entes territoriales y los mecanismos de producción normativa que genera la integración europea.

Hemos descrito la capacidad de concretización por parte de las regiones de un programa normativo perfilado desde la Unión atendiendo a las técnicas de distribución de competencias entre los entes territoriales y el Estado central/Federación a la luz de la recepción del derecho supraestatal, al papel de los entes territoriales en la creación del Derecho de la Unión y, especialmente, en la aplicación de la normativa europea, y sobre esto último hemos descrito los mecanismos constitucionales previstos en cada modelo ante la eventualidad de posibles incumplimientos en la transposición de directivas derivadas de la existencia de un ordenamiento descentralizado.

Hemos constatado que en los modelos federales, aunque las competencias legislativas de los entes territoriales queden reducidas ante la recepción y el desarrollo normativo del derecho europeo y, en particular, en el proceso de transposición de directivas, la participación en la fase de formación del derecho de la Unión centrada en la presencia de dichos entes en una cámara

70 En Italia desarrollado en la Ley n. 34 de 25 de febrero de 2008. Sobre ello *vid*. Bini, M. (2010): «Il diritto di rivalsa dello stato per le violazioni da parte delle regioni del diritto dell'Unione Europea: uno instrumento di impulso all'attività regionale o un istituto inapplicabile?», *Quaderni Regionali*, núm. 3, pp. 840-858.

71 Vid. *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario de 15 de diciembre de 2010* (http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf), p. 208.

federal asegura la preservación de espacios de decisión correspondientes a las competencias reconocidas en el sistema constitucional interno. Una manifestación de ello se deriva del mecanismo de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad atribuido a los parlamentos de los Estados miembros de la UE ante iniciativas legislativas de la Comisión, de modo que la presencia de los entes territoriales en las cámaras de representación federal facilita la adopción de una posición determinante en el ejercicio del mencionado control *ex ante* de iniciativas legislativas de la UE (entre las que se cuentan las directivas).

En otro sentido, la representación de los entes territoriales en la cámara federal, como sucede en Alemania y en Austria, se advierte como el foro principal en el que se expresa el margen de concretización legislativa de los territorios en función del sistema interno de competencias en la fase descendente. Aunque la actividad de transposición normativa como ejercicio de una competencia legislativa por parte de un parlamento regional sea escasa, en los mencionados modelos federales la participación de los entes territoriales en la concretización del programa legislativo de la UE tiene en la cámara territorial federal su sede preferente. La situación difiere en el modelo belga, con mayor incidencia de los parlamentos regionales y de las comunidades en la implementación normativa, en tanto que en Italia la actividad de transposición de los entes territoriales se desarrolla a través de ley regional pero ceñida al marco previsto en las llamadas leyes comunitarias estatales (tanto la ley comunitaria procesal general como cada una de las leyes comunitarias aprobadas en materias concretas).

La conclusión general es que en todos los sistemas estudiados existe la preocupación por mantener, en el proceso de creación, recepción y desarrollo normativo del derecho europeo, espacios de decisión que las normas constitucionales internas de distribución de competencias atribuyen a los entes territoriales. Así, en la mayoría de los modelos se perciben reformas constitucionales que incluyen mecanismos de relación entre el ordenamiento regional, el ordenamiento estatal o federal y el ordenamiento europeo y que conjugan un espacio normativo común derivado de la integración con la pluralidad de desarrollos no solo determinados por los Estados miembros sino también por los entes territoriales que estructuran dichos Estados miembros.

Como hemos constatado, el respeto al espacio de poder público constitucionalmente asignado a los entes territoriales en ocasión de la recepción del derecho de la Unión se encuentra muy vinculado a la garantía de una

regulación constitucional que afecta a los distintos niveles aludidos: sistema de distribución de competencias, participación regional en la creación y aplicación de derecho europeo y dispositivos de solución de conflictos derivados de un incumplimiento de obligaciones de derecho europeo como consecuencia de la estructura territorial.

Aquellos Estados compuestos, como notoriamente sucede en el caso español, en los que el impacto de derecho de la Unión puede tener repercusiones centralizadoras que constriñan el espacio de decisión de los entes territoriales coincide con los modelo en los que la relación regiones-Estado-Unión Europea presenta una menor regulación constitucional o una ausencia de ella.

No obstante, si el sistema de distribución interno de competencias (y la capacidad de concretización normativa de los entes territoriales) se ve afectado por el fenómeno de la transposición de directivas ello no solo se debe a una ausencia de reformas constitucionales que contemplen la presencia de las regiones en el proceso de integración sino de déficits globales del sistema constitucional interno en lo que se refiere a la estructura de organización territorial.

9 · Bibliografía

Alonso de León, S. (2012): «Regions and subsidiarity in the European Union: A Look at the Role of the Spanish and other Regional Parliaments in the Monitoring of Compliance with the Principle of Subsidiarity», *European Public Law*, vol. 18, núm. 2, pp. 305-321.

Ares Castro-Conde, C. (2010): *La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Arroyo Gil, A. (2009): *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52a. Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Batet Lamaña, M.: «El control parlamentario del principio de subsidiariedad. Principales elementos de reflexión», en prensa.

Biglino Campos, P. (2007): *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Bini, M. (2010): «Il diritto di rivalsa dello stato per le violazioni da parte delle regioni del diritto dell'Unione Europea: uno instrumento di impulso all'attività regionale o un istituto inapplicabile?», *Quaderni Regionali*, núm. 3, pp. 815-858.

Bussjäger, P. (2001): «Umsetzungszwang und Anpassungsdruck-Die Umsetzung von EG-Recht aus föderalistischer Sicht», en Bussjäger, P., y Kleiser, C. (eds.): *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Wilhelm Braumüller, Viena, pp. 1-15.

— (2010): *Homogeneïtat i diferència. Sobre la teoria de la distribució de competències entre Bund i Länder a Àustria*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Bussjäger, P., y Djanani, A. (2009): «Europapolitik und Europafähigkeit der Länder Österreich», en Lambertz, K.-H., y Große Hüttmann, M. (eds.): *Europapolitik und Europafähigkeit von Regionen*, Baden-Baden, Nomos.

Calliess, Ch. (2008): «Die neue Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union. Hoffnungen und Erwartungen angesichts einer (weiteren) Vervollständigung des Binnenmarketes», en XXIII FIDE (International Federation for European Law) Congress, Linz, pp. 117-143 (http://www.fide-europe.eu/index.php/congresses).

Calliess, Ch. (2009): «Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland», *Europarecht*, núm. 2, pp. 65-92.

Carbone, S. M., e Ivaldi, P. (2005): «La partecipazione delle Regioni agli affari comunitari e il loro potere estero», *Quaderni Regionali*, núm. 3, pp. 701-743.

Carmona Contreras, A. M. (2012): «¿Hacia la europeización de los parlamentos autonómicos? Reflexiones al hilo del mecanismo de alerta temprana», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 16, pp. 141-176.

Carter, C., y McLeod, A. (2005): «The Scottish Parliament and the European Union: Analysing Regional Parliamentary Engagement», en Weatherill, S., y Bernitz, U. (eds.): *The role of regions and sub-national actors in Europe*, Hart Publishing, Oxford/Portland, pp. 67-87.

Castellà Andreu, J. M (2008): «Las Comunidades Autónomas en Bruselas: La dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6, pp. 37-91.

Cienfuegos Mateo, M. (2007): «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5, pp. 39-99.

De Liso, R. (2003): «Una proposta: la legge comunitaria regionale», en www.federalismi.it, pp. 1-3.

Díez-Picazo Giménez, L. M. (2009): *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor.

Engelken, K. (2010): «Die Reichweite des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips bei Umsetzung von EU-Richtlinien», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 29, núm. 10, pp. 618-620.

Fernández Esteban, M. L. (1996): *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, McGraw-Hill, Madrid.

Fischer, TH. (1999): «Die Zukunft der Regionen in Europa-Kompetenzbestände und Handlungsspielräume», en Borkenhagen, F. H. U. *et al.*: *Arbeitsteilung in der Europäischen Union-die Rolle der Regionen*, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, pp. 31-42.

Fragassi, M. (2007): «La partecipazione delle Regioni alla "fase discendente" del proceso normativo comunitario: la legge comunitaria regionale», en Carpanti, G.; Groppi, T.; Olivetti, M., y Siniscalchi, A.: *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Il Mulino, Bolonia, pp. 111-131.

Funke, A. (2011): *Umsetzungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Gamper, A. (2006): «The Austrian Constitutional Convention: continuing the path to reform the federal state?», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, pp. 9-44.

González Pascual, M. (2009a): «¿Deben continuar los *Länder* negociando en el Consejo de la UE? De la *Landesblindheit* a la *Europafähigkeit* en el marco de la reforma federal de 2006», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 29, pp. 75-97.

— (2009b): «Un sistema competencial multinivell: l'adaptació del sistema competencial alemany al procés comunitari», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, pp. 165-199.

— (2012): «La presencia de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea tras las reformas estatutarias», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, pp. 20-29.

Haslach, Ch. (2004): «Zuständigkeitskonflikte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien?», *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 57, pp. 12-19.

Häberle, P. (1997): *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
— (2009): *Europäische Verfassungslehre*, 6.ª ed., Baden-Baden/Zürich/St.Gallen, Nomos/Dike.
Jiménez Asensio, R. (2010): *La incorporación de la directiva de servicios al derecho interno*. IVAP, Oñati.
Kerremans, B., y Beyers, J. (1997): «The Belgian Sub-National Entitites in the European Union: Second or Third Level Players?», en Jeffery, Ch. (ed.): *The regional dimension of the European Union. Towards a Third Level in Europe?*, Frank Cass, London/Portland, pp. 41-55.
Kiiver, Ph. (2011): «The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliament as a *Conseil d'État* for Europe», *European Law Review*, vol. 1, pp. 98-108.
Lambertz, K.-H., y Förster, S. (2009): «Die belgischen Gemeinschaften und Regionen im europäischen Rechtsetzungsprozess». en Lambertz, K.-H., y Große Hüttmann, M. (eds.): *Europapolitik und Europafähigkeit von Regionen*, Nomos, Baden-Baden, pp. 22-24.
Melin, P. (2011): «Die Rolle der deutschen Bundesländern im Europäischen Rechtsetzungsverfahren nach Lissabon», *Europarecht*, núm. 5, pp. 655-682.
Michael, L. (2011): «Abweichungsgesetzgebung als experimentelles Element einer gemischten Bundesstaatslehre», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, pp. 321-338.
Michner, A. (2008): «Die neue Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union. Hoffnungen und Erwartungen angesichts einer (weiteren) Vervollständigung des Binnenmarketes», en XXIII FIDE (International Federation for European Law) Congress, Linz, pp. 1-11 (http://www.fide-europe.eu/index.php/congresses).
Odone, C. (2007): «Regioni e diritto comunitario: il quadro delle norme di procedura e l'attuazione regionale delle direttive CE», *Le istituzioni del Federalismo*, números 3 y 4, pp. 327-352.
Ordóñez Solís, D. (2010): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, números 8-9, pp. 7-23.
París Domènech, N., y Corretja Torrens, M. (2010): «Aproximació al procés de transposició de la directiva de serveis: incidència en el sistema de distribució de competències dissenyat per la CE i l'EAC», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 10, pp. 72-105.

Pascua Mateo, F. (2006): *Derecho comunitario y Calidad del Ordenamiento español. Estatal, Autonómico y Local*, Thomson-Civitas, Madrid.

Pernthaler, P. (ed.) (1999): *Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder*, Institut für Föderalismus, Innsbruck.

Rengeling, H-W. (1995): «Europäische Normgebung und ihre Umsetzung in nationales Recht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, pp. 945-954.

Renyer Alimbau, J.; Font Monclús, J. A.; Sabaté Vidal, J. M. (2010): *Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva de Serveis, 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa als serveis del mercat interior*, Càtedra d'Estudis Jurídics Locals Enric Prat de la Riba, Barcelona.

Rescigno, U. (2002): «Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato», *Le Regioni*, núm. 4, pp. 729-756.

Ritzer, Ch.; Rutloff, M., y Linhart, K. (2006): «How to sharpen a dull sword-The Principle of Subsidiarity and its control», *German Law Journal*, vol. 7, núm. 9, pp. 733-760.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2011): *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Rohleder, K. (2011): «Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung in Theorie und Praxis», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, volumen 26, número 2, pp. 105-122.

Ross, A., y Salvador Crespo, M. (2003): «The effect of devolution on the implementation of European Community law in Spain and the United Kingdom», *European Law Review*, 28, pp. 210-230.

Sarmiento, D. (2012): «La Unión Europea ante el Estado autonómico: principios estructurales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, pp. 10-19.

— : «Implementación por las Comunidades Autónomas de las políticas europeas», en *Integración Europea y Autonomías Regionales*, en prensa.

Schramm, A. (2001): «Zweistufige Rechtsakte oder: über Richtlinien und Grundsatzgesetze», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 56, pp. 65-96.

Schulze Harling, C. (2011): *Das materielle Abweichungsrecht der Länder – Art. 72 Abs. 3 GG*, Peter Lang, Frankfurt.

Schwan, H. H. (2010): *Die deutschen Bundesländer im Entscheidungssystem der Europäischen Gemeinshaften. Beschlußfassung und Durchführung*, Duncker & Humblot, Berlín.

Shirvani, F. (2010): «Die europäische Subsidiaritätsklage und ihre Umsetzung ins deutsche Recht», *Juristenzeitung*, pp. 753-759.

Uepermann-Wittzack, R. (2009): «Frühwarnssystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, pp. 461-468.

Van de Sande, J.-M. (2008): «La nouvelle directive de l'Union européenne relative aux services Espoirs et attentes considérés en vue de (l'autre) complètement du marché intérieur», en XXIII FIDE (International Federation for European Law) Congress, Linz, pp. 13-18 (http://www.fide-europe.eu/index.php/congresses).

Vernet, J., y Jaria, J. (2004): «La incidencia de la Unión Europea en el sistema constitucional de distribución del poder», en Balaguer Callejón, M. L. (editora): *XXV aniversario de la Constitución Española*, CEDMA, pp. 135-155.

Wägenbaur, R. (1988): «Die Umsetzung von EG-Recht in deutsches Recht und ihre gesetzgeberische Problematik», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, pp. 303-318.

Weihrauch, S. (2001): «Pauschale Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von EG-Recht», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 3, pp. 265-270.

Windoffer, A. (2008): «Die Gesetzgebungsvorhaben des Bundes und der Länder zur verwaltungsverfahrenrechtichen Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie», en *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 61, pp. 797-801.

Wittreck, F. (2011): «Wächter wider Willen. Probleme der Beteiligung von Parlamenten am europäischen Integrationsprozeß auf Bundes- und Landesebene», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, volumen 26, número 2, pp. 122-135.

Zelaia Garagarza, M.: «La evolución de las regiones en el proceso de construcción europea», en *Integración Europea y Autonomías Regionales*, en prensa.

Zuddas, P. (2010): *L'influenza del diritto dell'Unione Europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, CEDAM, Milán.

Capítulo V

LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS QUE INCIDEN EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA: LA UTILIZACIÓN DEL TÍTULO COMPETENCIAL DEL ARTÍCULO 149.1.13 CE

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. El punto de partida: el principio de no alteración del reparto competencial. 2. La realidad: el cuasi monopolio estatal en la transposición de Directivas. 3. La justificación del monopolio de transposición: los amplios títulos competenciales estatales en materia económica. 3.1. La diferencia entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquéllas. 3.2. La amplia capacidad del Estado para actuar en materia económica: la competencia estatal sobre ordenación general de la economía. 3.2.1. El fundamento jurídico de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía. 3.2.2. El alcance de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía. 4. El intento estatutario de limitar el alcance de los amplios títulos competenciales estatales en materia económica. 4.1. El blindaje competencial. 4.2. El reconocimiento explícito de la capacidad autonómica para desarrollar directamente la normativa europea. 5. La consecuencia del monopolio de transposición estatal: ¿una importante conflictividad competencial? 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.

1 · El punto de partida: el principio de no alteración del reparto competencial

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha consagrado el denominado principio de no alteración del reparto de competencias como consecuencia del proceso de la integración de nuestro país en las estructuras europeas. El

Tribunal Constitucional tempranamente declaró que «la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias».[1]

El Tribunal de Justicia no ha puesto ningún reparo a la afirmación interna del principio de no alteración al declarar, por ejemplo en relación con la transposición de Directivas, 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».[2] El Derecho de la Unión reconoce, por tanto, a los Estados miembros plena autonomía para ordenar el procedimiento destinado al desarrollo y ejecución del propio Derecho europeo conforme a las propias normas nacionales.

El principio de no alteración del reparto competencial se asumirá, con aparente naturalidad, por parte de los diversos actores territoriales nacio-

---

1 STC 236/1991, FJ 9. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, «el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3º C.E.) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas» (STC 79/1992, FJ 2).
Así se ha reiterado recientemente por el Tribunal cuando ha afirmado que «el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas […] Y es que, como ha reiterado este Tribunal, "el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno debe realizarse desde el pleno respeto de la estructura territorial del Estado […] La traslación al ordenamiento interno de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales de reparto competencial, que no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias"» (STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 12).

2 STJUE de 28 de febrero de 1991, asunto *Comisión c. Alemania*.

nales, que, por ejemplo, en el Acuerdo de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) de 30 de noviembre de 1994 sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales, afirmarán que «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».[3]

Las últimas reformas estatutarias han acogido el principio de no alteración del reparto competencial, bien afirmando la competencia de la Comunidad Autónoma para el desarrollo y la ejecución del Derecho comunitario de acuerdo con sus competencias (artículo 61.3 del Estatuto de Autonomía de Valencia, que califica aquélla de «exclusiva»; artículo 109 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears; artículo 235.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía), bien afirmando que la existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y la norma estatutaria (artículo 189 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; artículo 93.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón; artículo 62.3 del Estatuto de Castilla y León).

La cuestión controvertida que nos disponemos a analizar en estas páginas no parecería radicar, por tanto, en la aceptación misma del propio principio de no alteración, sino más bien en la determinación de cuál sería el alcance de las competencias reservadas constitucionalmente al Estado.[4]

---

3 El acuerdo fue recogido en la Resolución de 10 de marzo de 1995 de la Secretaría de Estado para Administraciones Territoriales.

4 De manera equivalente, el juez Marshall pudo afirmar en *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) que la cuestión esencial del federalismo no reside tanto en la aceptación del principio de atribución sino precisamente en cuál es la extensión de los poderes atribuidos.

2 · La realidad: el cuasi monopolio estatal en la transposición de Directivas

Los Informes del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de febrero de 2008 y sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario de diciembre de 2010 confirman que, no obstante la consolidada afirmación jurisprudencial del principio de no alteración del reparto competencial, «*de facto*, es el Estado el que con carácter general asume sin más la labor de transposición y la participación autonómica se verifica en la tramitación de las concretas normas que la llevan a cabo, ya sea en el marco de la audiencia pública ya sea mediante la integración de los representantes autonómicos en el correspondiente órgano de coordinación».[5]

Circunstancia ésta, la de que sea el Estado el que por lo general realiza la transposición, que el alto órgano consultivo trata de explicar afirmando que ello es posible que se produzca como consecuencia de la utilización de los amplios títulos horizontales que la Constitución reserva al Estado.

De acuerdo con el Consejo de Estado «estos títulos horizontales, que no afectan a un específico sector de la realidad sino que abarcan materias muy diversas, y del que es prototípica la facultad competencial del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica contemplada en el artículo 149.1.13 de la Constitución, tienen una fuerza expansiva transversal por habilitar la intervención en ámbitos materiales de competencia autonómica, sirviendo para asegurar la participación estatal en las tareas de transposición y desarrollo normativo del Derecho europeo».

En esta línea, la doctrina científica ha señalado la dificultad de atisbar competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas por la incidencia

---

5 Señala Arzoz que en la práctica del Estado autonómico el legislador estatal interviene de forma general en el proceso de transposición de las directivas europeas, cualquiera sea la materia, aunque la materia corresponda *prima facie* a las CCAA: unas veces lo hace invocando competencias propias –sobre todo títulos horizontales–, otras veces aduciendo argumentos extracompetenciales, como la responsabilidad internacional del Estado, la igualdad de los españoles o la dimensión supraautonómica de la cuestión a regular. Vid. Arzoz Santisteban, X. (2012): «La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las cajas de ahorro» en *La regulación económica. En especial la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid.

que tendrían los títulos horizontales, especialmente la ordenación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE),[6] sobre los ámbitos competenciales autonómicos.[7]

Procede, antes de examinar en el siguiente epígrafe la interpretación que se ha realizado doctrinal y jurisprudencialmente de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE, comprobar hasta qué punto el Estado ha hecho efectivamente uso del título competencial horizontal referido a la hora de transponer las Directivas europeas.

Si se acude a los datos transmitidos por la Secretaría de Estado para la Unión Europea (SEUE)[8] al Consejo de Estado para la elaboración del Informe sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario de diciembre de 2010 es posible corroborar el importante uso que se hace, por parte del Estado, del título competencial transversal del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.13 CE).

En efecto, de los listados de las normas nacionales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 por parte del Estado español, tanto de rango legal como de rango reglamentario aprobadas por Real Decreto, se desprende que aproximadamente una tercera parte de tales disposiciones invocan el artículo 149.1.13 de la Constitución para fundamentar, por sí mismo o normalmente en conjunción con otros títulos, la competencia normativa del Estado.[9]

---

6 Y que fue tempranamente advertida en un preclaro trabajo de Tornos i Mas, J. (1991): «Algunos problemas competenciales en la ejecución interna de Directivas comunitarias», *Autonomies*, núm. 13.

7 Montilla Martos, J. A. (2004): «La articulación normativa Bases-Desarrollo al incorporar el Derecho Europeo en el Estado Autonómico», *ReDCE*, núm. 2, p. 215.

8 Listado elaborado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea sobre las normas estatales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 a petición del Consejo de Estado para la elaboración del Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010. El listado se reproduce en el anexo de este volumen.

9 Así, tal como señala el Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario de un total de cincuenta y siete normas de tales rangos dictadas en el año 2007 con el fin de incorporar al Derecho interno directivas europeas, veintiuna citaban el título competencial referido. En algunos casos, los menos, la competencia del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica es la única que sustenta la aprobación de la norma. Pero en la mayoría de los supuestos dicha competencia se une a otra u otras para habilitar la actividad normativa del Estado; de esta forma, es frecuente que se invoquen conjuntamente

Más allá de la constatación que realiza dicho listado de la Secretaría de Estado para la Unión Europea, el uso conjunto del título horizontal previsto en el artículo 149.1.13 CE con otros títulos competenciales estatales ya venía siendo apreciable en determinadas ámbitos materiales. Así ha venido ocurriendo, por ejemplo, en materia de medio ambiente, donde el Estado, en ocasiones, acumula a su título competencial en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente del artículo 149.1.23 CE el título competencial sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE.

Tal fue el caso, por ejemplo, del Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que transpone en nuestro país la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, y que se dictó al amparo de los artículos 149.1.13 y 23 de la Constitución.[10]

Así fue, también, en el caso del Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, y que se fundamentó en el los apartados 13 y 23 del artículo 149.1 CE.

El mismo supuesto se produjo en el caso del Real Decreto 1369/2007, de 19 de octubre, relativo al establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía que viene a incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2005, por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía. La norma nacional de transposición afirma dictarse al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 23 de la Constitución.

Igualmente ocurrió en el caso del Real Decreto 455/2012, de 5 de marzo, por el que se establecen las medidas destinadas a reducir la cantidad

---

las competencias de las reglas 11 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución cuando se pretende la ordenación del crédito, banca y seguros o de las dos reglas anteriores más la 6 del mismo precepto constitucional si resulta afectada la legislación mercantil.

10 Para Arzoz Santisteban (2012), en realidad todo el derecho ambiental tiene consecuencias decisivas para los sectores económicos y afecta a la toma de decisiones empresariales, sin que ello signifique que las normas ambientales puedan dictarse al amparo de títulos competenciales distintos del art. 149.1.23 CE.

de vapores de gasolina emitidos a la atmósfera durante el repostaje de los vehículos de motor en las estaciones de servicio que no es sino la transposición de la Directiva 2009/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, y que se dictó al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 23 de la Constitución.

En ocasiones a los dos títulos referidos, 149.1.13 y 23 de la Constitución, se ha venido a sumar un tercero como es el relativo a las bases del régimen minero y energético del artículo 149.1.25 CE.

Así ocurre en el caso del Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, que transpone parcialmente la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios. La norma europea se fundamenta en el apartado 1 del artículo 175 TCE (actual artículo 192 del TFUE), medio ambiente y la norma de transposición en las reglas 13, 23 y 25 del artículo 149.1 de la Constitución Española.

Igualmente el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios y que transpone la Directiva 2002/91/CE, de 16 de diciembre, de eficiencia energética de los edificios se dicta al amparo de las competencias que las reglas 13, 23 y 25 del artículo 149.1 de la Constitución Española reservan al Estado.

En todos los supuestos referidos, el Estado justifica su competencia en varios títulos competenciales, y ello a pesar de que las normas europeas se dictaron por el legislador europeo al amparo del título competencial atribuido a la Unión en materia de medio ambiente, el artículo 175 del TCE (actual artículo 192 del TFUE). La referencia que se realiza en todo acto normativo de la Unión de la base jurídica en la que aquel se fundamenta, no ha supuesto un límite para el legislador estatal a la hora de complementar el título material más específico y coincidente con la base jurídica europea utilizada, el de medio ambiente, con el título horizontal sobre ordenación general de la economía o con el título sobre las bases del régimen minero y energético.[11]

---

11 Ello no es siempre así. Por ejemplo, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, tiene carácter básico al amparo del artículo 149.1.23 de la Constitución e incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Lo mismo ocurre

La conjunción de varios títulos competenciales estatales a la hora de transponer Directivas se produce, asimismo, en materia financiera,[12] donde el Estado, en ocasiones, acumula a los títulos competenciales sobre legislación mercantil del artículo 149.1.6 CE y/o sobre bases de la ordenación de crédito, banca y seguros del artículo 149.1.11 CE, el título competencial sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE.

Tal ha sido el caso, por ejemplo, de las siguientes normas estatales:0

1) La Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector, supone la transposición de la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de servicios de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo, y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

2) La Ley 11/2006, de 16 de mayo, de adaptación de la legislación española al Régimen de Actividades Transfronterizas, regulado en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo.

---

con la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva comunitaria 2004/35/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental, en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

12 La mayoría de las normas europeas en materia financiera se han fundamentado por el legislador europeo en aquellas disposiciones que permiten a la Unión la armonización normativa en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Más concretamente, las Directivas financieras tienen como base jurídica explícita el artículo 53.1 TFUE (antiguo art. 47.2 del TCE), de acuerdo con el cual a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, «el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio» y el artículo 62 del TFUE (antiguo art. 55 del TCE), que establece que en materia de libre prestación de servicios «las disposiciones de los artículos 51 a 54, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo».

3) La Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores, supone la transposición de dos Directivas, la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición (Directiva de OPAS), y la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (Directiva de Transparencia).

4) La Ley 13/2007, de 2 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, en materia de supervisión del reaseguro supone la transposición de la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE, que establece un marco de supervisión prudencial para las actividades de reaseguro en la Unión Europea.

5) La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, supone la transposición de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

6) La Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero, supone la transposición de la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

7) La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, adapta una serie de Directivas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funciona-

miento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

8) La Ley 5/2009, de 29 de junio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras, supone la transposición de la Directiva 2007/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de septiembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE y 2006/48/CE, en lo que atañe a las normas procedimentales y los criterios de evaluación aplicables en relación con la evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones en el sector financiero.

9) La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, transpone en nuestro país la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

10) El Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, supone la transposición de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición.

11) El Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea, supone la transposición de la Directiva 2004/109/CE, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado; así como la Directiva 2007/14/CE de desarrollo de la anterior.

12) El Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20 de

diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores, supone la transposición de la Directiva 2009/014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago.

13) Una serie de Reales Decretos de noviembre de 2009 transponen la Directiva 2007/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE y 2006/48/CE en lo que atañe a las normas procedimentales y los criterios de evaluación aplicables en relación con la evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones en el sector financiero. Se trata de los siguiente Reales Decretos:

– el Real Decreto 1818/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre;

– el Real Decreto 1817/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifican el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, y el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito;

– el Real Decreto 1820/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifican el Real Decreto 361/2007, de 16 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de la participación en el capital de las sociedades que gestionan mercados secundarios de valores y sociedades que administren sistemas de registro, compensación y liquidación de valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre;

– y el Real Decreto 1821/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en materia de participaciones significativas.

14) Igualmente con fundamento en el artículo 149.1.13 CE, entre otros títulos, se dictó el Real Decreto-ley 10/2012, de 23 de marzo, por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las autoridades europeas de supervisión y por el que se incorpora al derecho español la Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

En todos los casos referidos, el título competencial previsto en el artículo 149.1.13 CE viene a reforzar la capacidad estatal para realizar la transposición de las distintas Directivas que se fundamenta, además, en las reglas 6 y 11 del artículo 149.1 de la Constitución.

Fuera de la abundante normativa medioambiental o financiera, el reforzamiento de las competencias del Estado a través de la adición del título del artículo 149.1.13 CE a otros títulos materiales igualmente se produce, por ejemplo, en los siguientes supuestos:

1) El Real Decreto 1580/2006, de 22 de diciembre, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos, incorpora al derecho español la Directiva 2004/108/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética y por la que se deroga la Directiva 89/336/CEE. La norma española se ampara en las reglas 13 y 21 del artículo 149.1 CE, que atribuyen al Estado la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la economía y sobre telecomunicaciones, respectivamente.

2) La Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, se fundamenta en los títulos recogidos en los apartados 13 y 25 del artículo 149.1 CE sobre ordenación general de la economía y sobre las bases del régimen minero y energético.

3) La Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se fundamenta igualmente en los títulos recogidos en los apartados 13 y 25 del artículo 149.1 CE.

La utilización del título competencial previsto en el artículo 149.1.13 CE, en conjunción con otros, le ha servido al Estado, como hemos visto,

para centralizar la transposición de Directivas, pero el título sobre ordenación de la economía, incluso utilizado en solitario, le ha servido también al Estado para centralizar el desarrollo y aplicación normativa del derecho de la Unión en supuestos en los que se trataba de competencias específicamente autonómicas, como es el caso de la pesca, la agricultura o la ganadería.

En efecto, mediante el Real Decreto 2129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el Programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas, se sustituyeron las normas por las que se habían incorporado al ordenamiento jurídico interno una serie de Directivas.[13] De acuerdo con la disposición final cuarta del Real Decreto, éste se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución, por el que se atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.[14]

Igualmente ocurre en el caso, por ejemplo, de las ayudas europeas a la agricultura y ganadería, normalmente previstas en Reglamentos europeos y no en Directivas, donde el Estado viene estableciendo además de prescripciones de orden organizativo y procedimental, prescripciones de contenido sustantivo, con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional que considera que «el Estado puede regular las condiciones de

---

13 La Directiva 77/504/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1977, referente a animales de la especie bovina selecta para reproducción, la Directiva 88/661/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, relativa a las normas zootécnicas aplicables a los animales reproductores de la especie porcina, la Directiva 89/361/CEE del Consejo, de 30 de mayo de 1989, sobre los animales reproductores de raza pura de las especies ovina y caprina, la Directiva 87/328/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1987, relativa a la admisión para la reproducción de bovinos reproductores de raza selecta, la Directiva 90/118/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1990, relativa a la admisión de reproductores porcinos de raza pura para la reproducción, y la Directiva 90/427/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a las condiciones zootécnicas y genealógicas que regulan los intercambios intracomunitarios de équidos.

14 Así lo hace, asimismo, por ejemplo, en supuestos en los que la norma estatal desarrolla Reglamentos europeos. Tal es el caso del Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, sobre la identificación de los productos de pesca, de la acuicultura y del marisqueo vivos, frescos, refrigerados o cocidos que se considera normativa básica, en virtud del 149.1.13 CE y que no es sino el desarrollo de un reglamento comunitario sobre normas comunes de comercialización para productos de pesca y acuicultura relativo a la información del consumidor. Igualmente es el caso del Real Decreto 1702/2004, que modifica el RD 1380/2002, de identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo congelados y ultracongelados. Se trata de adoptar la normativa a un nuevo reglamento europeo dirigido a mejorar la información al consumidor. De nuevo se ampara en 149.1.13 CE.

otorgamiento de las ayudas hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación» (por ejemplo, entre otras muchas, la STC 79/1992, FJ 2). Competencia que no es otra que la recogida en el artículo 149.1.13 CE.

Así, al amparo del 149.1.13 se dictó el Real Decreto 534/2004 que regula determinadas ayudas directas comunitarias al sector lácteo para los años 2004, 2005 y 2006, y que recoge la normativa básica de las ayudas directas al sector vacuno de leche.[15] Utilizando el mismo título competencial se dictó el Real Decreto 2352/2004 sobre condiciones de ayudas directas en el marco de la política agrícola común, que fija las condiciones agrarias y medioambientales que debe cumplir el agricultor para recibir las ayudas y establece un sistema para el control y la reducción de los pagos, todo ello en aplicación de la normativa comunitaria.

Igualmente se ha utilizado el artículo 149.1.13 CE para justificar la transposición de determinadas reglamentaciones técnicas. Este el caso del Real Decreto 4/2007, de 12 de enero, por el que se aprueban los métodos de análisis cuantitativos de mezclas binarias de fibras textiles, y del Real Decreto 1522/2007, que modifica el anterior, y por los que se procede a la incorporación al ordenamiento jurídico interno de las Directivas 96/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, y 2006/2/CE de la Comisión, de 6 de enero de 2006. Ambos Reales Decretos se fundamentan en la competencia exclusiva del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Asimismo ocurrió en el caso del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, y que continua con la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario en el ámbito de la política de aguas. Parte de su articulado se fundamentó en el artículo 149.1.13 CE.

Constatado el hecho de que es el Estado el que viene realizando la transposición de las Directivas europeas, así como la relativamente importante utilización del título reservado en el artículo 149.1.13 CE, la doctrina académica se viene preguntado en qué lugar ha quedado –y si queda algo–

---

15 Las CCAA tienen la tramitación y resolución de los procedimientos de concesión de las ayudas y el control de las mismas pudiendo establecer planes regionales de control que se adapten al plan nacional elaborado por el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA). La coordinación de las actuaciones de las CCAA se atribuye a la Mesa de Coordinación de ayudas ganaderas.

el principio de no alteración competencial como consecuencia de la integración en la UE,[16] pues se han acabado por transformar «en concurrentes o compartidas todas las competencias autonómicas cuando su ejercicio comporte la ejecución del derecho comunitario europeo».[17] En el siguiente epígrafe analizaremos la posible justificación jurídica de tal monopolio de transposición.

3 · La justificación del monopolio de transposición: los amplios títulos competenciales estatales en materia económica

Doctrinalmente se ha tratado de justificar el práctico monopolio estatal en la transposición de Directivas recurriendo a la vinculación de las materias reguladas vía Directiva con aspectos económicos y la consiguiente existencia, señalada por el Consejo de Estado, de amplios títulos en materia económica, entre los que se incluyen los títulos horizontales, que la Constitución reserva al Estado.

Un alto porcentaje de las normas europeas regulan materias o sectores con un importante componente económico, pues el grueso de competencias transferidas a las instituciones europeas son competencias vinculadas a la construcción de un mercado único. Tal es el caso de aquellas que se refieren al mercado interior o a la fiscalidad y unión aduanera, pero también todas aquellas referidas a sectores como la energía, los transportes, el empleo, los consumidores, el medio ambiente o la sociedad de la información. Fuera quedarían las normas sobre justicia, libertad y seguridad, que constituirían, no obstante, un *corpus legislativo* en rápido crecimiento en los últimos años.

El Estado tiene constitucionalmente reservadas las principales competencias que inciden en la disciplina y ordenación de la actividad económica, asegurándose con ello, en buena medida, el establecimiento de

---

16 Bustos Gisbert, R. (2003): «La ejecución del derecho comunitario por el Gobierno Central», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 67, p. 179, y Carmona Contreras, A. (2012): «Artículo 235. Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea» en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Dir. Cruz Villalón y Medina Guerrero, Parlamento de Andalucía, p. 3199.

17 Albertí Rovira, E. (2006): «El desarrollo y la ejecución por las CC AA de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», en VV.AA.: *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, p. 95.

reglas comunes y uniformes para su ejercicio en todo el territorio nacional y permitiendo al Estado adoptar las medidas de transposición de un gran número de Directivas. Entre las mismas destacan, entre otras, sus competencias sobre legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), legislación laboral (art. 149.1.7 CE), legislación civil (art. 149.1.8 CE), legislación sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9 CE), bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149.1.11 CE), hacienda general y deuda del Estado (art. 149.1.14 CE) o bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE).

No obstante, la Constitución, además de haber reservado importantes ámbitos materiales al Estado, le habría reservado asimismo determinadas competencias definidas con relación a la consecución de determinados fines u objetivos, de modo que el Estado, al ejercer efectivamente tales competencias que podemos denominar horizontales, podría potencialmente afectar al ejercicio de las competencias materiales autonómicas. Tal sería el caso de la interpretación que se ha hecho por parte del Tribunal Constitucional de la competencia que el art. 149.1.13 CE reserva al Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

La competencia referida permitiría aparentemente al Estado desarrollar y aplicar incluso aquellas normas europeas que reglamentan materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas como agricultura, ganadería, comercio, industria, etc., pues al tener aquellas generalmente incidencia económica, entrarían dentro del campo de acción del art. 149.1.13 C.E. Así parece desprenderse de una cierta doctrina del Tribunal Constitucional cuando afirma que «dentro de esta competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos [en particular de un sector tan importante como la agricultura y ganadería], así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (SSTC 95/1986, FJ 4; 13/1992, FJ 7; y 72/1992, FJ 2).

Tal como señala AJA, el uso del artículo 149.1.13 CE supone que el título competencial originario utilizado por el legislador europeo, por ejemplo la agricultura (y/o ganadería), queda tapado y se produce el tránsito de estas actividades desde la agricultura a la economía, y de la exclusividad (autonómica) a la compartición (con el Estado), con tareas de

las Comunidades Autónomas centradas en la ejecución y control de las subvenciones.[18]

Ello podría, no obstante, ser contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha declarado que, «en supuestos de concurrencia entre unas competencias autonómicas específicas, en materia de "ganadería", y una genérica competencia estatal, en materia de "ordenación general de la economía", prima la aplicación de esta última, aun cuando no se advierta una directa y significativa incidencia sobre la actividad económica general de la competencia objeto de controversia, sería tanto como vaciar de contenido el título competencial más específico» (SSTC 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero, y 128/1999, de 1 de julio, FJ 7, entre otras). La clave de la cuestión parecería radicar en la determinación de cuándo nos encontramos ante una directa y significativa incidencia de la regulación sobre la actividad económica general.

Sin embargo, al tiempo que el Tribunal parece haber querido evitar el vaciamiento competencial autonómico con la doctrina referida, ha legitimado el uso de las genéricas competencias estatales, entre las que se encuentra el art. 149.1.13 CE, cuando ha afirmado que «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» pues «a falta de la consiguiente actividad legislativa 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 C.E., conforme al que ha de interpretarse también al alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 C.E.)». De lo contrario «podría llegarse 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» (STC 130/2013, de 6 de junio, FJ 9 C).[19]

El objetivo de evitar el vaciamiento competencial autonómico –que subyace a la exigencia de encontrarnos ante una directa y significativa

18 Aja, E. (2004): «Estatutos de Autonomía, leyes y reglamentos», en *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Institut de Dret Públic, p. 23.

19 Doctrina luego reproducida en la STC 135/2013, de 6 de junio de 2013, FJ 4 b).

incidencia de la regulación sobre la actividad económica general para legitimar la intervención estatal– pugna y se contradice con el objetivo de evitar el incumplimiento del Derecho de la Unión –que es el que justifica y legitima la intervención estatal con base en las competencias estatales concurrentes de ordenación general del sector en todo el territorio nacional. En este punto, la conciliación de ambos objetivos se hace poco menos que imposible. Restringir el alcance de los títulos horizontales estatales para evitar el vaciamiento competencial no es compatible con extender el alcance de esos mismos títulos para evitar el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

La falta de conciliación de las dos líneas doctrinales referidas, y la preponderancia de aquella más favorable a una interpretación amplia de las competencias estatales, habría propiciado que el Estado se interponga en el proceso de incorporación de normas europeas referidas, en principio, a materias de competencia autonómica, estableciendo las bases o la coordinación.[20] Tal interposición no quebraría aparentemente el principio de no alteración del reparto competencial, pues se justificaría en el amplio alcance de las competencias estatales sobre la economía.

Como ha señalado Pérez Tremps, las competencias de contenido económico reservadas al Estado, unido a la competencia que también ostenta sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), hacen que el Estado cuente con elementos para desarrollar una política unitaria, que puede sentirse tentado a utilizar para limitar las competencias autonómicas en la adopción de las medidas internas de aplicación de los compromisos internacionales.[21]

Es el componente económico de las Directivas europeas el que permitiría la utilización de los amplios títulos horizontales que la Constitución atribuye al Estado, entre los que destaca el título sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica contemplada en el artículo 149.1.13.[22] Los títulos competenciales estatales sobre las

---

20 Montilla Martos (2004): 211.

21 Pérez Tremps, P. (1987): *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 90-91.

22 Al carácter omnipresente en la integración económica derivada de la Unión Europea de la competencia básica estatal en la planificación general de la actividad económica se ha referido Ordóñez Solís, D., «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo

bases permiten al Estado delimitar el alcance de su propia competencia y por reflejo el alcance de las competencias autonómicas estatutariamente atribuidas. A analizar cómo operan los títulos competenciales referidos, y más específicamente el recogido en el art. 149.1.13 CE, dedicaremos los epígrafes siguientes.

3.1 · La diferencia entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquéllas

El Tribunal Constitucional realizó tempranamente en su jurisprudencia una distinción entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquéllas.[23]

Las primeras, las atributivas, serían, fundamentalmente, los Estatutos de Autonomía –y también, en su caso, las Leyes Orgánicas de transferencia o delegación–, pues son las normas llamadas a fijar «las competencias asumidas [por las Comunidades Autónomas] dentro del marco establecido en la Constitución», según establece, para el caso de los Estatutos, el art. 147.2 d) CE.

Las segundas, las meramente delimitadores, serían tanto aquellas leyes estatales a las que se remite la propia Constitución para precisar el alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas han asumido vía normas atributivas de competencias, como aquellas leyes estatales a las que eventualmente se puedan remitir los propios Estatutos de Autonomía para realizar tal precisión. En ambos supuestos el reenvío operado, ya sea por la Constitución o por el respectivo Estatuto, permitiría a la norma estatal delimitar, directa o indirectamente, el contenido de las competencias autonómicas que han sido, no obstante, asumidas vía Estatuto de Autonomía.[24]

---

normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2010.

23 Por ejemplo, en la STC 76/1983.

24 Así se desprende de la STC 76/1983 cuando afirma: «por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el artículo 147.2, d), de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar "las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución", articulándose así el sistema competencial mediante la Constitución y los Estatutos, en los que estos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquélla. Sin embargo, de ello no cabe deducir que toda Ley estatal que pretenda delimitar

Se produce, por tanto, la posibilidad de que la atribución estatutaria de una competencia sea completada, en lo que se refiere al alcance de la competencia atribuida, por una norma estatal por haberlo así querido la Constitución o el propio Estatuto.

El Tribunal Constitucional pareció, en un primer momento, interpretar restrictivamente cuales serían aquellas normas estatales a las que se remitiría la Constitución para delimitar el alcance de las competencias previamente atribuidas en los Estatutos y así, en la STC 76/1983, se refirió, por ejemplo, a los excepcionales supuestos previstos en los artículos 149.1.29[25] o 150.3.[26]

La restrictiva interpretación realizada de aquellos supuestos en los que la Constitución habría remitido al legislador estatal para delimitar, directa o indirectamente, el alcance de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía, parecía llevar a considerar que la delimitación de competencias por el legislador estatal era una excepción y la regla general sería que tal delimitación habría quedado ya hecha por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía al atribuir competencias, sin perjuicio de reconocer las dificultades interpretativas

---

competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sea inconstitucional por pretender ejercer una función reservada al Estatuto. La reserva que la Constitución hace al Estatuto en esta materia no es total o absoluta; las leyes estatales pueden cumplir en unas ocasiones una función atributiva de competencias –leyes orgánicas de transferencia o delegación– y en otras una función delimitadora en su contenido como ha reconocido este Tribunal en reiteradas ocasiones. Tal sucede cuando la Constitución remite a una Ley del Estado para precisar el alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas pueden asumir, lo que condiciona el alcance de la posible asunción estatutaria de competencias –tal es el caso previsto en el artículo 149.1.29 de la Constitución– y lo mismo ocurre cuando los Estatutos cierran el proceso de delimitación competencial remitiendo a las prescripciones de una Ley estatal, en cuyo supuesto el reenvío operado atribuye a la Ley estatal la delimitación positiva del contenido de las competencias autonómicas. En tales casos la función de deslinde de competencias que la Ley estatal cumple no se apoya en una atribución general contenida en la Constitución, como ocurre en el caso de los Estatutos, sino en una atribución concreta y específica».

25 Que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

26 Que atribuye al Estado la capacidad de leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas cuando así lo exija el interés general.

que tal delimitación realizada directamente por las normas atributivas de competencias pudiera conllevar.

La afirmación jurisprudencial de que «el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria», unida a la enumeración de los supuestos en que tal previsión se habría producido, en el caso de la STC 76/1983 los citados artículos 149.1.29 o 150.3, llevaba implícita la consideración de que tales supuestos de previsión expresa eran excepcionales.

Sin embargo, a los supuestos aparentemente excepcionales de normas meramente delimitadoras de competencias señalados por el Tribunal Constitucional en la primera jurisprudencia referida, se vino pronto a añadir un nuevo supuesto, el de aquellas normas estatales que se dictan en ejercicio de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado sobre las bases o la legislación básica.

Así lo parece asumir el Tribunal Constitucional cuando afirma que el acto mismo de la fijación de las bases es simultáneamente el acto de delimitación de las competencias.[27] La definición de lo básico por el Estado pasa a tener, sin perjuicio de su justiciabilidad, un alcance delimitador de las propias competencias estatales y por reflejo de las autonómicas.

Tal doctrina parece negar aquella concepción que considera que la delimitación competencial en el caso de las bases ha sido ya realizada por la Constitución. Concepción mantenida, por ejemplo, por Montilla, para quién en el caso de la distribución de competencias a través de la técnica de las bases «es la Constitución quien determina los espacios competenciales y, más allá de la delimitación primera que efectúa el legislador estatal, únicamente su "intérprete supremo" es competente para delimitar esos espacios competenciales. No puede hacerlo el legislador básico estatal, como poder constituido; ni tampoco el Estatuto, que no es Constitución».[28]

---

27 Así lo afirma el Tribunal, por ejemplo, en la STC 68/1984 (FJ 3), pues «cuando se fija qué se ha de entender por bases o se regulan materias básicas se esta delimitando en esa misma actividad cuál es el contenido de la competencia del estado en una determinada materia» y, por reflejo, cuál es la competencia de las Comunidades Autónomas.

28 Para Montilla Martos, J. A. (2006): «La legislación básica tras las reformas estatutarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, pp. 131-132, «únicamente el Tribunal puede ocupar la posición delimitadora que corresponde a la Constitución; ni la legislación básica, ni el Estatuto de Autonomía pueden suplantarla». Señala igualmente Montilla que «el legislador estatal no delimita lo básico, sino que lo hace el Tribunal

No parece ser ésta, sin embargo, la concepción jurisprudencialmente acogida que afirma la capacidad del legislador básico estatal para delimitar en cada momento, con ciertos límites, el alcance de su propia competencia y por reflejo el alcance de las competencias autonómicas, concepción que tiene como corolario la aceptación de que «siendo mudables las bases también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo».[29]

El resultado de entender que la propia Constitución ha remitido al Estado, al legislador básico, la delimitación de las competencias al reservarle la competencia sobre las bases es que, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, «se deja el sistema abierto en el sentido de que aun careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias que puedan alterar el sistema constitucional y estatutario, tienen [las normas básicas] por objeto delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas».[30]

La apertura del sistema competencial que se produce como consecuencia de la capacidad estatal de delimitar el alcance de las competencias, propias y por reflejo las autonómicas, vía determinación de lo básico no sería en sí mismo distorsionador del sistema de distribución de competencias establecido por las normas atributivas de competencias, Constitución y Estatutos, si los supuestos en los que el Estado puede realizar tal delimitación fuesen interpretados de forma restrictiva. En efecto, dada la importancia que adquiere la definición de lo básico correspondería al Tribunal Constitucional controlar que tal definición «no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucio-

---

Constitucional, pero de la misma forma que efectúa la propuesta inicial también puede proponer cambios en esa delimitación, por ejemplo para restringir su alcance, que podrán ser aceptados por el TC, alterando con ello la delimitación anterior» (p. 133). En el mismo sentido señala Rubio Llorente que «las normas básicas no son normalmente reglas de delimitación competencial […] la delimitación competencial viene establecida en estos casos por la propia Constitución y no requiere de norma ulterior alguna», en Favoreau, L., y Rubio Llorente, F. (1991): *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, p. 126 y ss.

29 STC 31/2010, FJ 60.

30 STC 69/1988, FJ 5.

nalmente cercenadas las competencias autonómicas».[31] El establecimiento por parte del Estado de las bases no puede llegar a tal grado de desarrollo que deja vacía de contenido la correlativa competencia de las Comunidades Autónomas,[32] lo que sucedería, por ejemplo, si su regulación fuese excesivamente minuciosa y detallada.[33] Correspondería, por tanto, al Tribunal Constitucional asegurar que el Estado a través de su capacidad de delimitar el alcance de lo atribuido no convierta lo atribuido en un mero *flatus vocis*.

Sin embargo, un sector de la doctrina científica viene denunciando que «la reprobación (por el Tribunal Constitucional) del detallismo [de las bases] ha sido aplicada únicamente a cuestiones de carácter organizativo, como la inclusión en lo básico de la organización y funcionamiento interno de órganos colegiados,[34] pero no a los aspectos sustantivos».[35]

El Tribunal Constitucional, en la práctica, al renunciar a controlar al legislador básico estatal habría dejado, en buen medida, en manos del Estado la determinación del alcance de sus propias competencias y por reflejo el alcance de las de las Comunidades Autónomas, devaluando en cierta medida la distribución de competencias realizada por las normas atributivas de competencias y convirtiendo a las normas meramente delimitadoras de competencias en las verdaderas configuradoras de los ámbitos de decisión de los diversos niveles territoriales.

La importancia de tal consecuencia se acrecienta como resultado de comenzar el Tribunal Constitucional a vincular a finales de los años ochenta una amplia competencia del Estado sobre la ordenación general de la econo-

---

31 STC 69/1988, FJ 5.

32 Desde la temprana STC 1/1982, FJ 1. El Tribunal Constitucional viene, por tanto, realizando en su jurisprudencia dos operaciones sucesivas: la primera, la comprobación de si la normativa estatal es o no básica, y la segunda, la comprobación de en qué medida la normativa autonómica contradice o no las bases estatales.

33 Por ejemplo, en la STC 147/1991.

34 Por ejemplo, las SSTC 50/1999, 275/2000.

35 Montilla Martos (2006): 117. Tal y como señala Ruiz Ruiz, «la posibilidad reconocida al Estado de actuar en el "núcleo de fluctuación de lo básico", de emanar normas básicas de rango reglamentario o atribuir este carácter a algunas actuaciones administrativas, junto con la reserva a su favor de algunas actividades ejecutivas, le sitúan en la posibilidad de restringir la capacidad autonómica de desarrollo normativo y ejecución del Derecho comunitario». Vid. Ruiz Ruiz, F. (1995): «Las competencias de las comunidades autónomas en el desarrollo normativo y la ejecución del derecho comunitario europeo. Análisis de la jurisprudencia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, p. 302.

mía con la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.13 CE sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. De este modo, confluyen en el precepto referido las características de ser una norma delimitadora del alcance de las competencias atribuidas y de ser una amplia competencia horizontal.

3.2 · La amplia capacidad del Estado para actuar en materia económica: la competencia estatal sobre ordenación general de la economía

3.2.1 · El fundamento jurídico de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía

El reconocimiento al Estado de una competencia sobre la *ordenación general de la economía*, que no se encuentra explícitamente reservada en tales términos al Estado en el listado del artículo 149.1 CE, se habría justificado, fundamentalmente, en tres argumentos:

a) El primer argumento consideraría que la ordenación general de la economía es un título competencial del Estado reconocido por algunos Estatutos de Autonomía. Estatutos que al atribuir determinadas competencias a las respectivas Comunidades Autónomas lo habrían hecho «en el marco de la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía». La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía tendría, así, un origen estatutario derivado del hecho de haber sido excluida expresamente como competencia autonómica en los respectivos Estatutos y corresponder por tanto al Estado en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 CE.

b) El segundo argumento consideraría que la ordenación general de la economía es un título competencial estatal emanado del art. 149.1.13 CE. La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía sería un ejercicio de la competencia del Estado sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» reconocida en aquel precepto.

c) Doctrinalmente se ha tratado de justificar la competencia estatal sobre ordenación general de la economía en un tercer argumento. Así, para García Torres la competencia del Estado sobre la ordenación general de

la economía no se fundamentaría tanto en su reconocimiento estatutario o en la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) como en el hecho de ser una competencia estatal por naturaleza. Para este autor la jurisprudencia constitucional habría derivado la competencia estatal de dirección y ordenación general de la economía de la naturaleza de las cosas (*kraft Natur der Sache*). Ello supondría el reconocimiento de una competencia al Estado porque se refiere a asuntos que, por su propia naturaleza corresponden al Estado en exclusiva su ordenación. Así, para García Torres, si hay una economía española, la dirección y ordenación del conjunto habrá de ser competencia del Estado. Niega así el citado autor que la ordenación general de la economía sea una competencia del Estado como consecuencia de no haber sido asumida por unos Estatutos que no han apurado al máximo la posible asunción de competencias autonómicas. En su opinión es una competencia reservada al Estado *ex propria rerum natura*.[36]

---

36 García Torres, J. (1990): «Máximas de interpretación sobre el artículo 149.1.13 CE en la reciente jurisprudencia constitucional», en A. Pérez Calvo, *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, p. 138 y ss. Algún fundamento de ello se encuentra en la STC 29/1986, donde el Tribunal afirma que la exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado –exigencia derivada del principio constitucional de unidad económica, que es a su vez proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2 de la Constitución)– es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de la organización territorial (título VIII de la CE); la unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y disgregadores».
Sin embargo, el argumento de que la competencia sobre la ordenación general de la economía debe pertenecer al Estado por su propia naturaleza necesitaría afinarse algo más. En efecto, es posible sostener que no se puede deducir directamente del criterio de la naturaleza de las cosas una reserva competencial al Estado; la Constitución ya habría atribuido al Estado en el artículo 149.1 aquellas competencias que considera necesarias para garantizar la unidad. Sin embargo, el criterio de la naturaleza de las cosas sí que puede servir para considerar que una determinada competencia, por su propia naturaleza, no es asumible por las Comunidades Autónomas y deducir entonces que esta falta de asunción estatutaria, que es inevitable en razón de la naturaleza de las cosas, desemboca en que en virtud del artículo 149.3 CE la competencia sea una competencia estatal. La competencia del Estado no tendría su fundamento en el reconocimiento estatutario de la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía. Aunque dicho reconocimiento pondría de manifiesto que se trata de una competencia no asumible por los Estatutos, y por tanto retenida por el Estado en virtud del artículo 149.3.

El Tribunal Constitucional ha tenido a la hora de fundamentar la competencia estatal sobre la ordenación general de la economía, una jurisprudencia variable, si bien habría acabado radicando la competencia sobre ordenación general de la economía en la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.13 CE sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Sin embargo, en algunas sentencias de los años ochenta, el Tribunal Constitucional, acogiendo el primer argumento señalado, fundamentó la competencia estatal sobre ordenación general de la economía en el reconocimiento estatutario de la misma. En estas primeras sentencias, el Tribunal Constitucional pareció diferenciar entre una competencia del Estado sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (del art. 149.1.13 CE) y una competencia del Estado sobre «la ordenación general de la economía» (reconocida como competencia del Estado por los Estatutos de Autonomía).[37]

Así, el Estado no podría tener implícitamente atribuidas competencias en virtud del principio de la naturaleza de las cosas sino que en realidad las tiene por ser competencias que las Comunidades Autónomas no pueden asumir por su naturaleza, pero la razón de su atribución al Estado no es ésta, sino que existe una previsión constitucional que establece que las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas corresponden al Estado (art. 149.3 CE). La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía se fundamentaría entonces en su imposible asunción por los Estatutos de Autonomía, en razón de su naturaleza, y su consiguiente atribución al Estado por el artículo 149.3 de la Constitución.

La utilización conjunta del criterio por razón de la naturaleza de las cosas como criterio limitador de lo asumible por las Comunidades Autónomas y del artículo 149.3 CE, que establece que las competencias no asumidas por las CCAA corresponden al Estado, supone una base más firme para justificar la competencia del Estado que, por ejemplo, en el caso alemán. En efecto, en el modelo alemán la Federación solo tiene las competencias que le atribuya la Constitución federal y aquellas competencias no atribuidas a la Federación por la Constitución son retenidas por los *Länder*, lo cual hace que el criterio de la naturaliza de las cosas como criterio de atribución de competencias a la Federación sea mucho más incisivo, pues desposee a los *Länder* de una competencia que en virtud del principio de atribución y en virtud de la Cláusula residual les correspondería.

37 Conforme a, por ejemplo, el art. 18 EAAnd de 1981, «corresponden a la Comunidad Autónoma andaluza, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149.1.11 y 13 de la Constitución, las competencias exclusivas sobre las siguientes materias».

Asimismo, de acuerdo, por ejemplo, con el art. 56 EAAr, «el ejercicio por parte de los órganos de la Comunidad Autónoma de las competencias de naturaleza económica que con carácter de exclusivas o concurrentes se le reconocen en el presente Estatuto serán

Así, en su STC 29/1986, el Tribunal Constitucional parece realizar una distinción nítida entre la competencia que le reserva al Estado el art. 149.1.13 CE y la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía, la cual parecería ser una competencia estatal derivada del hecho de no haber sido asumida por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos y corresponder por tanto al Estado en virtud del art. 149.3 CE.

Para el Tribunal Constitucional,

> la comunidad autónoma es titular de las competencias asumidas en su Estatuto, con los límites derivados de la Constitución (en particular del art. 149.1.13.º que reserva a la competencia exclusiva del Estado las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica), y (con los límites derivados) de los términos en que se ha asumido la competencia (en el Estatuto), que aparece limitada por la ordenación de la actuación económica general (STC 29/1986, FJ 4).

Y continua afirmando que

> cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado en el ejercicio de la competencia de *ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle*, siempre, y solo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado *a través de la fijación de bases y medidas de coordinación*. [La cursiva es nuestra] (STC 29/1986, FJ 4.º).

La diferencia entre la competencia sobre ordenación general de la economía y la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13 CE parecía clara: la competencia del Estado sobre la ordenación de la actuación económica general permitiría a éste establecer una *planificación de detalle*, mientras que la competencia reservada en el art. 149.1.13 CE únicamente le permitiría *la fijación de bases y medidas de coordinación*.

---

actuadas de acuerdo con la ordenación de la actividad económica general y de la política monetaria del Estado en el marco de los objetivos de política social y económica del Gobierno de la Nación y con respeto pleno al principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución sin que en ningún caso dicho ejercicio pueda suponer, directa o indirectamente, fraccionamiento o ruptura de la unidad económica del mercado nacional».

Para Balza,[38] esta STC 29/1986 habría supuesto un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional, al aparecer la idea de un ámbito funcional no reservado inicialmente al Estado en el apartado 13 del artículo 149.1, pero tampoco asumido por los Estatutos: la ordenación general de la economía.

Gómez-Ferrer, magistrado ponente de la STC 29/1986, en sus escritos académicos, sostuvo el fundamento estatutario de la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, para Gómez-Ferrer, los Estatutos de Autonomía no se han limitado a respetar las competencias que la Constitución reserva al Estado, en el art. 149.1.13, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, pues al atribuir competencias a las respectivas comunidades lo han hecho «de acuerdo con la ordenación general de la economía», concepto más amplio que el recogido en el art. 149.1.13 CE. Para este autor, la competencia preconstitucional del Estado de ordenación general de la economía constituiría, así, un límite a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, porque así se ha establecido en los respectivos Estatutos.[39]

Dado que solo corresponden a las Comunidades Autónomas aquellas competencias que hayan asumido de forma expresa, y que los Estatutos respetan explícitamente la competencia del Estado de ordenación general de la economía, entendía Gómez-Ferrer que la competencia del Estado queda plenamente fundamentada por el respeto expreso contenido en los Estatutos.

Frente a esta concepción, se ha señalado por algunos autores[40] que, si bien la ordenación general de la economía aparecería en los primeros Estatutos de Autonomía como un límite de las competencias de las Comunidades Autónomas, la ordenación general de la economía a la que se refieren los Estatutos sería aquella que el Estado debe establecer a través

---

38 Balza Aguilera, J. (1990): «Trayectoria en la interpretación del artículo 149.1.13.a CE», en Pérez Calvo, A. (coord.): *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administración Pública, Madrid.

39 Gómez-Ferrer Morant, R. (1990): «Bases y ordenación general de la economía», en Pérez Calvo, A. (coord.): *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administración Pública, Madrid, p. 125.

40 Balza Aguilera (1990): 171 y ss.; Carrasco Durán, M. (2005): *El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre la actividad económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 228; Albertí Rovira, Enoch (1993): «Principio de unidad económica y reparto competencial», *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 36, pp. 166 y ss; o Viver i Pi-Sunyer, C. (1988): *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, p. 117.

del ejercicio de los títulos competenciales que ya tiene atribuidos en el art. 149.1; y por tanto no es posible derivar de los Estatutos y del art. 149.3 la atribución de una nueva competencia al Estado.

Por otra parte, considerar que el origen de la competencia estatal sobre la ordenación general de la economía es estatutario (interpretado de conformidad con el art. 149.3 CE, que atribuye al Estado aquellas competencias no asumidas estatutariamente) supone que si en un nuevo Estatuto se derogasen tales previsiones, el Estado dejaría, en principio, de tener competencias sobre la ordenación general de la economía.

No obstante, el Tribunal Constitucional, al mismo tiempo que sostiene que la ordenación general de la economía es un título estatal derivado de la manera en que se ha realizado la asunción competencial estatutaria, comienza a vincular en los ochenta –acogiendo así el segundo argumento antes señalado– la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía con la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.13 CE sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

La vinculación entre ambos conceptos es clara en la STC 186/1988, donde el alto Tribunal señalará que «las facultades de ordenación general de la economía (están) reservadas con carácter general al Estado por el art. 149.1.13.ª CE» (STC 186/1988, FJ 2). Y se mantiene en la jurisprudencia posterior de manera clara y reiterada; así, por ejemplo, en la STC 31/2010 sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña, el Tribunal afirmará, al referirse a la competencia autonómica sobre industria que se caracteriza en el Estatuto como exclusiva, que «como hemos tenido ocasión de declarar, no por ello queda desapoderado el Estado en dicha materia, pues la competencia general de ordenación de la economía que le reserva el art. 149.1.13 CE se proyecta sobre los diferentes sectores económicos» (FJ 84).

Para la doctrina del Tribunal Constitucional ya consolidada, por tanto, bajo la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13 CE se ampararía su competencia para realizar una «ordenación general de la economía».[41]

---

41 La jurisprudencia constitucional también se ha referido a «ordenación de la economía en su conjunto», «dirección de la actividad económica general», «ordenación de la actividad económica general» y otras expresiones similares.

3.2.2 · El alcance de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía

Una vez examinado cuál sería el fundamento jurídico, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía, es necesario referirse al alcance de la misma.

El Tribunal Constitucional, en la reciente STC 34/2013, de 14 de febrero, ha diferenciado explícitamente entre el alcance de las bases en el caso de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.13 CE y el alcance de las bases en el caso del resto de competencias reservadas al Estado sobre lo básico en los demás de apartados del art. 149.1 CE.

El Tribunal ha entendido que la competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) «no ha de confundirse con la potestad general de dictar bases en una determinada materia».

En este segundo supuesto, ha afirmado el Tribunal, corresponde al Estado establecer un «común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto».

Por el contrario, en el caso de las bases de la planificación general de la actividad económica éstas consisten, según el Tribunal, en el establecimiento de «las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector», admitiendo así que la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica ampare todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de tales fines. Fines entre los que la doctrina constitucional habría situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado o de la «unidad económica», pero también el de «alcanzar los objetivos de la económica general o sectorial», así como el de incidir en principios rectores de la política económica y social.

La diferente interpretación del alcance de lo básico, que se realiza por la doctrina constitucional reproducida, dependiendo de si nos encontramos en al ámbito del art. 149.1.13 CE o en el del resto de ámbitos materiales

comprendidos en los distintos números del art. 149.1 CE, supone que en el caso del artículo 149.1.13 CE no se produzca la preferencia de ley formal para la determinación de las bases, ni que por tanto se considere que el uso del reglamento para la determinación de aquellas como algo excepcional; preferencia y excepcionalidad que sí se da en los demás ámbitos materiales en los que la competencia del Estado es sobre las bases.[42]

La diferente interpretación del alcance de lo básico supone que la competencia recogida en el art. 149.1.13 CE ampararía tanto la adopción de normas como la adopción de acciones o medidas singulares añadiéndose como único requisito que las mismas sean necesarias para alcanzar determinado fines. Fines que, sin embargo, se encuentran definidos de manera amplísima, pues recordemos que la STC 34/2013, de 14 de febrero, se refiere al mantenimiento de la unidad de mercado o de la «unidad económica»,[43] pero también a la necesidad de «alcanzar los objetivos de la económica general o sectorial», así como a la necesidad de incidir en principios rectores de la política económica y social. Ello permitiría que «la ordenación general de la economía haga posible la intervención del Estado a través de medidas económicas en sectores materialmente atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas».[44]

Para Albertí Rovira,[45] el Tribunal Constitucional habría procedido a reconstruir las competencias estatales en política económica a partir del principio de unidad económica, principio del que el alto Tribunal habría

---

42 Ciertamente, como denuncia Montilla Martos, J. A. (2003): «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, la formulación expresa del «principio de ley formal» en la jurisprudencia constitucional no ha supuesto el reforzamiento de las garantías formales en el procedimiento de delimitación de lo básico, pues si bien se mantienen las declaraciones solemnes sobre la importancia de fijar lo básico en una ley se continúa aceptando que se cumplen las condiciones, hipotéticamente excepcionales, para que puedan establecerse las bases mediante normas reglamentarias.

43 Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «en correspondencia con el presupuesto de un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único, esta competencia estatal (la del 149.1.13 CE) se extiende a un conjunto muy amplio de materias; justificándose la intervención del Estado siempre que para la necesaria coherencia de la política económica general sea preciso adoptar decisiones unitarias» (STC 225/1993, FJ 9).

44 STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 8.

45 Albertí Rovira, E. (1995): *Autonomía política y unidad económica*, Cívitas, Madrid.

derivado a su vez la necesidad de asegurar una dirección unitaria de la política económica.[46]

El Estado viene adoptando con fundamento en la competencia reservada en el art. 149.1.13 CE, disposiciones de detalle para promover amplísimos fines que, en principio, parecerían quedar fuera de una competencia aparentemente restringida por los propios términos que la definen (bases y coordinación de la planificación general).

La consecuencia de la amplia interpretación jurisprudencialmente realizada del alcance de la competencia sobre ordenación general de la economía ha sido la restricción de la capacidad autonómica de adoptar políticas propias en materia económica.[47]

Sin embargo, la amplia interpretación del alcance de la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13 CE no ha estado exenta de críticas doctrinales. Las críticas han procedido incluso de dentro del propio Tribunal Constitucional. Así, el magistrado Rubio Llorente, en su voto particular a la STC 152/1988, denunciaba que la amplia interpretación dada por la jurisprudencia constitucional a la competencia del Estado para regular las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica amenazaba con «la ablación total de las competencias autonómicas» en todos aquellos sectores susceptibles de conectarse con la economía. Para el magistrado discrepante, la posibilidad de vincular cualquier aspecto de la realidad con la economía haría de la competencia del art. 149.1.13 CE, tal como era interpretada por el Tribunal Constitucional, una competencia transversal prácticamente ilimitada.[48]

---

46 Subraya Carrasco Durán (2005): 25 que el Tribunal Constitucional habría seleccionado finalmente la competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica reconocida al Estado en el art. 149.1.13 CE como el cajón de sastre en el cual incluir todas las facultades permitidas al Estado a partir de una apreciación coyuntural de lo que en cada caso y circunstancia pueda considerarse necesario para el mantenimiento de la unidad económica.

47 Consecuencia que se trató de paliar en las recientes reformas estatutarias a través del denominado *blindaje* competencial, que ha sido, sin embargo, desautorizado por la STC 31/2010.

48 El uso de la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.1 CE ha sido reclamado como más razonable que el uso de la competencia del art. 149.1.13 CE, para legitimar, por ejemplo, la adopción de determinadas medidas estatales en ámbitos económicos y sociales. En esta línea se sitúa el voto particular de Rubio Llorente a la STC 152/1988. El art. 149.1.1 CE supone en sus términos literales la reserva al Estado de una amplia competencia, competencia que permite al Estado establecer las condiciones básicas que

Es por ello por lo que la jurisprudencia constitucional ha tratado de afirmar la existencia de límites a la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, el Tribunal Constitucional en la reciente STC 34/2013, donde compendia la doctrina en relación con la interpretación del art. 149.1.13, CE ha afirmado que «la competencia de las Comunidades Autónomas no puede quedar en ningún caso vacía de contenido a causa de la intervención estatal, que, a su vez, llegará hasta donde lo exija el principio que instrumenta, límite éste cuya observancia se deduce partiendo de la finalidad perseguida por las medidas en cada caso adoptadas». Según el Tribunal, «de esta forma, el primer límite asegura que el ejercicio de la competencia estatal no elimina por completo la competencia autonómica colindante y la segunda de las condiciones, al requerir que haya un principio [la unidad de mercado o la unidad económica, o el Tribunal parece igualmente incluir la promoción de los principios rectores de la política económica y social] al que se encamine la intervención estatal y que ésta llegue solo hasta donde lo exija aquél, refleja el carácter directivo como nota que identifica las bases de la planificación general de la actividad económica y las distingue de la noción general de bases».[49]

El límite de no vaciamiento de las capacidades de decisión autonómica debe no obstante ser conciliado (si ello fuese posible), en el caso de

---

garanticen la igualdad en el ejercicio de la actividad económica, lo que se traduce en la capacidad del Estado de establecer una política unitaria en el ámbito económico, como consecuencia de tener atribuida la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, derechos entre los que se encontraría, por ejemplo, el derecho a la libertad de empresa.

El uso de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.1 CE situaría los términos de la cuestión en el plano de la concurrencia de normas (a través de reconducir la intervención del Estado en materia económica al ejercicio de una competencia transversal no compartida, como es la del art. 149.1.1 CE). Concurrencia que se resuelve mediante la aplicación del principio de prevalencia de la norma estatal y la inaplicación por los jueces ordinarios de la norma autonómica, por no haberse producido, propiamente, una extralimitación competencial de la Comunidad Autónoma que pueda suponer la invalidez de la norma autonómica. Ciertamente los efectos prácticos sobre la capacidad de acción de las Comunidades Autónomas serían parecidos a los que produce el uso de la competencia sobre ordenación general de la economía, puesto que la regulación del Estado desplazaría las regulaciones autonómicas en materia económica, pero lo haría sin tener que afirmar la nulidad de las regulaciones autonómicas. Vid. de la Quadra-Salcedo Janini, T. (2008): *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC.

49 STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4 b).

la aplicación del artículo 149.1.13 CE como título competencial capaz de justificar una amplia acción del Estado en la transposición del Derecho de la Unión Europea, con aquella otra doctrina que establece como objetivo la garantía del cumplimiento del Derecho derivado europeo a través de las competencias estatales concurrentes de ordenación general del sector, lo que legitimaría esa intervención normativa estatal, al menos con alcance supletorio (STC 130/2013, de 6 de junio, FJ 9 C).

El Tribunal parece omitir en la doctrina reproducida por la STC 34/2013, de 14 de febrero – que trata de sintetizar la doctrina del Tribunal respecto al título competencial estatal recogido en el art. 149.1.13 CE, según afirma la posterior STC 104/2013, de 25 de abril, FJ 5–, aquel otro límite recogido en su doctrina anterior y que consideraba que el referido título competencial estatal no puede alcanzar a «incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general» (SSTC 186/1988 y 133/1997).[50]

Sea como fuere, en la práctica, en contadas ocasiones se ha declarado por el Tribunal Constitucional una extralimitación estatal sustantiva al controlar sus reglamentaciones en el ámbito económico. En la propia STC 34/2013, el Tribunal considerará que el Estado puede regular exhaustivamente el sector del vino, pues «en un sector de gran importancia para la economía española, como es el mercado del vino, el aseguramiento de la calidad y diversidad de los vinos y el establecimiento de condiciones de competencia leal entre los operadores, en la medida que, al menos en hipótesis, pueden incidir de un modo determinante en el adecuado funcionamiento del mercado, deben ser considerados objetivos de política sectorial que el legislador estatal puede fijar en ejercicio de la competencia para la ordenación general de la economía *ex* art. 149.1.13 CE».[51]

La consecuencia de la renuncia práctica del Tribunal Constitucional a controlar al Estado cuando ejerce su competencia sobre ordenación general

---

50 De no ser así, «se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico (el de la Comunidad Autónoma)» (SSTC 112/1995, 21/1999 ó 95/2001). Vaciamiento que quedaría proscrito y que se traduciría en la «exigencia de que las decisiones que el Estado adopte con base en el artículo 149.1.13 CE se ciñan a aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los fines de política económica que aquellas persigan». Entre otras muchas, las SSTC 152/1988 FJ 4 y 201/1988, FJ 2.

51 STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 9.

de la economía ha sido la restricción de la capacidad autonómica de adoptar políticas propias en materia económica.[52]

En este sentido, se cumplen los vaticinios realizados en su día en relación con que es precisamente en el terreno de las cuestiones económicas «donde la construcción del modelo autonómico va a encontrar las máximas dificultades de interpretación y de articulación satisfactoria de las aspiraciones de las Comunidades Autónomas con las exigencias de la dirección y gestión de la economía».[53]

Para responder a la cuestión relativa a qué competencias tienen las Comunidades Autónomas en materia económica no bastará, por tanto, con acudir a los respectivos Estatutos de Autonomía, sino que será necesario comprobar en cada momento las regulaciones adoptadas por el Estado en ejercicio de su amplia competencia sobre ordenación general de la economía, pues las mismas forman parte, de acuerdo con la vigente jurisprudencia constitucional, de aquellas normas que deben servir de parámetro para juzgar la validez de las normas autonómicas.

Así se desprende de la jurisprudencia constitucional que ha afirmado «que la norma autonómica que contradice la ley básica –material y formal– invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del orden constitucional de distribución de competencias».[54]

---

52 Así ocurre, por ejemplo, cuando la jurisprudencia constitucional, tras considerar constitucional la atribución que realiza el Estatuto de una competencia sobre horarios comerciales, declara que las Comunidades Autónomas deben ejercer su competencia sobre horarios comerciales en el marco de los principios básicos que el Estado haya establecido al amparo de su competencia sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» del art. 149.1.13 CE. Competencia del Estado que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, podría suponer el establecimiento por aquél de la libertad de horarios con la consecuencia de desplazar absolutamente la competencia autonómica, pues la base estatal no permite ni requiere de actuación autonómica alguna. Este es uno de los supuestos en que la delimitación competencial que realizan las bases depara la eliminación, haciéndola irreconocible, de la competencia autonómica de desarrollo. Vid. Jiménez Campo, J. (1989): «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, p. 67.

53 Bassols Coma, M. (1983): «Comunidades autónomas y ordenación del crédito: la cuestión de la regionalización de las inversiones de las cajas de ahorro», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, p. 112.

54 Por ejemplo, en la STC 60/1993, FJ 1. No compartirían tal afirmación ni la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 163/1995 los magistrados Jiménez de Parga, Delgado Barrio y Rodríguez-Zapata, que firman un voto particular en la STC

Por otra parte, señala Arzoz que las consecuencias jurídicas de la invocación del art. 149.1.13 CE como título competencial, incluso aunque sea en

1/2003 en el que sostienen que «las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas, pueden y deben ser resueltas directamente […] dando aplicación a la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas –en sentido estricto– de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de "desarrollo legislativo" de las bases del Estado, como era aquí el caso».

Afirma el voto particular que «esta conclusión se desprende no solo de la lógica relación existente entre competencias para establecer las bases y para desarrollarlas, sino de un precepto expreso de la Constitución: la ya citada cláusula de prevalencia que, como es sabido, dispone que las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas» (art. 149.3, inciso 3, CE). Pero esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad».

Para los magistrados disidentes «sostener que las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas, hace posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución. Es preciso tener en cuenta que la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos. Modificaciones en modo alguno excepcionales en el funcionamiento de un Estado autonómico maduro, que se producen cada vez con mayor frecuencia en un ordenamiento complejo y que obligan a reajustes muy distintos. Este cúmulo creciente de reajustes entre normas diversas no es monopolio exclusivo de este Tribunal, que tiene como función primordial garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley; no es lo suyo, como tarea primera, resolver colisiones entre normas, aunque sean de rango legal».

Lo anterior les lleva a concluir que «todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen –cada vez con mayor frecuencia– entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el art. 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad (a tenor de los arts. 35 LOTC y 5 LOPJ). Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente (SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6, y 233/1999, de 20 de diciembre, FJ 5), deberá fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; SSTJCE *Simmenthal* de 1978, y *Ford España* de 1989, FFJJ 17-19)».

conjunción con otros títulos del Estado, serían enormes, pues su propósito no sería otro que el de retener amplias funciones para la ejecución del acto interno de transposición de la directiva.[55]

Ello sería posible por aplicación de la propia jurisprudencia constitucional que ha admitido que el citado título competencial, a pesar de estar reservando una competencia al Estado sobre las bases –lo que supone en principio la necesidad de que exista una competencia autonómica de desarrollo–, pueda amparar «tanto normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, como previsiones de acciones o medidas singulares indispensables para alcanzar los fines propuestos en la ordenación de cada sector», admitiendo así la doctrina constitucional que la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de tales fines.

En la transposición de Directivas, el Estado parece, por tanto, acumular títulos de intervención, de tal manera que, al amparo de la jurisprudencia constitucional, le permitan una mayor participación incluso en la ejecución de la materia regulada. Ello queda constatado en el caso de la transposición de Directivas con el gran número de Reales Decretos y Órdenes ministeriales de transposición que se fundamentan en competencias estatales sobre las bases.

4 · El intento estatutario de limitar el alcance de los amplios títulos competenciales estatales en materia económica

Frente al posible vaciamiento de la capacidad de acción autonómica derivada de una amplia interpretación del alcance de las competencias del Estado reaccionó el legislador estatutario estableciendo una serie de mecanismos que trataban de salvaguardar aquélla. Además de la propia inclusión en los Estatutos del principio de no alteración recogido por la jurisprudencia constitucional,[56] entre los mecanismos recogidos en las normas estatutarias destacaban dos que nos interesa examinar ahora por su propósito de

55 Arzoz Santisteban (2012): 520.

56 Por ejemplo, de acuerdo con el art. 189.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 «la Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de

limitar el alcance de las competencias del Estado: el denominado blindaje competencial y el reconocimiento explícito de la capacidad autonómica para desarrollar directamente la normativa europea cuando ésta haya ocupado el campo reservado a la normativa básica del Estado.[57]

El Tribunal Constitucional ha desactivado uno a uno, sin embargo, los mecanismos referidos, que tras la STC 31/2010 no serían aptos para conseguir su propósito.

4.1 · El blindaje competencial

El denominado blindaje competencial no es sino una mayor garantía del ámbito propio de decisión de la Comunidad Autónoma que se pretendió conseguir a través, por un lado, de una mayor precisión en el Estatuto de Autonomía del alcance de las funciones o facultades asignadas a la Comunidad Autónoma y, por otro, de una ampliación o desglose en el Estatuto de los ámbitos materiales atribuidos a la misma. A través de los dos mecanismos referidos, la definición del alcance de las funciones y la definición del alcance de las materias competenciales a través de su desglose, se pretendió vincular al propio Estado y al Tribunal Constitucional, pues la interpretación en el Estatuto del alcance de las competencias autonómicas supondría una interpretación indirecta del alcance de las competencias estatales que desembocaría en que el Estatuto de Autonomía se constituiría en una norma parámetro para juzgar la validez no solo de la actuación de la Comunidad Autónoma, sino también de la del Estado. De acuerdo con los sostenedores de la reforma, si bien las competencias exclusivas del Estado se encuentran enunciadas en la Constitución (en el artículo 149.1), la definición, determinación o concreción de su alcance, funcional y material, para cada Comunidad Autónoma podría estar fijada en el Estatuto de Autonomía respectivo.

---

sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto».

57 Como tercer mecanismo de garantía de una mayor capacidad de acción autonómica, algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía han establecido la exigencia de que la intervención estatal con medidas supraautonómicas solo puede producirse cuando las Comunidades Autónomas no puedan ejecutar el derecho de la Unión mediante mecanismos de colaboración o coordinación, circunstancia esta que habrá de ser consultada antes de que el Estado actúe.

Del análisis de los preceptos atributivos de competencias de los nuevos Estatutos se desprende un intento por parte del legislador estatutario de definir con mayor claridad la capacidad de acción autonómica también en el ámbito económico a través de una enumeración más detallada de las materias atribuidas a la Comunidad Autónoma.

El Tribunal Constitucional no ha consentido el cambio en el modelo de distribución de competencias propuesto por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y que reprodujeron algunos otros, y ha reafirmado tanto la capacidad del propio Tribunal para interpretar de manera definitiva el modelo de distribución de competencias como la del legislador estatal básico para determinar el alcance de las competencias sobre las bases reservadas al Estado por el artículo 149.1 CE. Competencias entre las que encontramos la amplia competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía, derivada jurisprudencialmente del art. 149.1.13 CE, y que se caracteriza por ser simultáneamente una competencia horizontal, con amplio alcance, y una competencia sobre lo básico, con capacidad de delimitar las competencias atribuidas. Ambas características, discutibles pero jurisprudencialmente admitidas y ahora ratificadas, suponen la capacidad del Estado de determinar, en buena medida, el ámbito propio de decisión autonómico. Ámbito atribuido en el Estatuto pero delimitado a través de la fijación de lo básico.

4.2 · El reconocimiento explícito de la capacidad autonómica para desarrollar directamente la normativa europea

Los nuevos Estatutos de Autonomía han tratado, asimismo, de limitar la expansión ilimitada del poder normativo del Estado –mediante el ejercicio de sus títulos horizontales– reconociendo explícitamente la competencia autonómica para desarrollar directamente la normativa europea cuando ésta haya ocupado el campo reservado a la normativa básica del Estado.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 189 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, «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». Exactamente en los mismos términos el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en el artículo 235.2, establece que «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».

El Gobierno de la Generalidad en sus alegaciones ante el Tribunal Constitucional defendió que el efecto del precepto no podría ser otro que el desplazamiento del legislador básico por la normativa comunitaria. En el mismo sentido entendía el precepto el Parlamento de Cataluña, para quien si la normativa comunitaria puede entenderse que sustituye a la normativa básica estatal en un ámbito de competencia compartida, la emisión de aquélla conllevaría el desplazamiento del legislador básico estatal.

La doctrina ha señalado que tal precepto tenía como finalidad eludir, por innecesaria, la intervención de la esfera estatal en aquellos supuestos en los que «la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado».[58] Así, adoptando una concepción material de las bases, se ha afirmado que cuando la norma europea se solapa con el ámbito material de las normas básicas procederá el desarrollo directo por las Comunidades Autónomas, haciéndose imposible materialmente el ejercicio por el Estado de sus competencias en la medida en que el espacio material correspondiente ya ha resultado colmado agotando la posibilidad de introducir otras opciones que pudieran resultar admisibles.[59]

El Tribunal Constitucional ha rechazado, sin embargo, tal interpretación. En efecto, para el Tribunal «una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases» (STC 31/2010, FJ 123).

Señala Carmona como, tras la STC 31/2010, «la facultad autonómica para desarrollar directamente normas europeas que ocupan el espacio normativo reservado a las bases estatales solo resulta constitucionalmente aceptable en tanto que el poder central no haga uso de su competencia, pro-

---

58 Carmona Contreras (2012): 3200.

59 Urrutia Libarona, I. (2012): «Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios», en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*. Dir. Nogueira López, A., Civitas, Madrid, pp. 61 y ss. Únicamente parece aceptarse en tales supuestos las normas básicas meramente recepticias.

cediendo a recuperarla. En tal supuesto, la "renacionalización" de las bases trae consigo que las Comunidades Autónomas recuperen el horizonte estatal de lo básico, quedando vinculadas necesariamente su actuación normativa por las disposiciones establecidas con carácter previo por aquéllas».[60]

Una vez hemos constatado que es el Estado el que realiza *de facto* la transposición de las Directivas y una vez examinado cómo ello se ha tratado de justificar en un entendimiento amplio de las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1, se hace necesario comprobar si las Comunidades Autónomas han tratado de impugnar tal estado de cosas con fundamento, por ejemplo, en el reiterado principio de no alteración del reparto de competencias.

5 · La consecuencia del monopolio de transposición estatal: ¿una importante conflictividad competencial?

El Consejo de Estado, en su Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 2008, constataba «que no han sido especialmente numerosos los supuestos en los que las Comunidades Autónomas han planteado objeciones formales a la transposición realizada por el Estado», y consideraba que «tales objeciones se suelen materializar con el planteamiento del correspondiente conflicto positivo de competencia en relación con cuestiones de índole administrativa o ejecutiva»,[61] si bien con menos frecuencia se recurre a la vía del recurso de inconstitucionalidad.

---

60 Carmona Contreras (2012): 3200.

61 Así lo destaca el Informe, en el que se afirma que si se desciende al examen de las concretas previsiones legales o reglamentarias impugnadas en las controversias competenciales con incidencia del Derecho europeo, bien en procesos de inconstitucionalidad, bien en conflictos de competencia, cabe advertir que en la mayoría de los casos lo que se enjuicia es la asunción de competencias ejecutivas por el Estado al hilo de la incorporación de directivas o del desarrollo de reglamentos europeos, sin que se cuestione la competencia legislativa estatal para llevar a cabo tal transposición o complemento normativo. El resultado es que, salvo error, nunca se ha declarado la nulidad por invasión competencial de una previsión estatal mediante la que fuera incorporada al ordenamiento interno una directiva comunitaria o parte de ella, de modo que dicha declaración tuviese como consecuencia la generación de una situación de incumplimiento por parte del Reino de España susceptible de desembocar en una condena por parte del Tribunal de Justicia.

Tales afirmaciones se confirman analizando los datos sobre conflictividad producida en las últimas legislaturas. Así de los datos sobre conflictividad de la VIII legislatura (del 14 de marzo de 2004 al 12 de abril de 2008) recogidos por el Ministerio de Administraciones Públicas se desprende, por ejemplo, la ausencia de impugnaciones por extralimitación competencial al transponer Directivas.

Y en lo que se refiere a los datos sobre conflictividad de la IX legislatura, la conflictividad por aquel motivo, extralimitación competencial al transponer Directivas, ha sido igualmente escasa.

Así, destacaría de entre las 22 impugnaciones planteadas por el Estado hasta el 30 de abril de 2011 (21 recursos de inconstitucionalidad y 1 conflicto), la que realiza el Estado contra la Ley Galicia 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, por vulnerar las competencias del Estado en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Más concretamente se considera que la norma gallega vulnera las competencias del Estado para determinar los aspectos básicos de la organización y funcionamiento de los colegios profesionales (art. 149.1.18 en relación con el art. 149.1.30 CE).

La potencial conflictividad queda igualmente reflejada en los acuerdos finales que se alcanzan positivamente en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación.[62] Acuerdos que pueden variar desde un pacto acerca

---

En el mismo sentido señalan Jover Gómez-Ferrer, R., y García-Manzano Jiménez de Andrade, P. (2012): «Las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: prevención frente a los incumplimientos y formas de repercusión», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, que ha de notarse la escasa conflictividad que esta situación de práctico monopolio del Estado en la transposición de Directivas ha generado entre el Estado y las CCAA, de forma que los conflictos en este ámbito no se refieren tanto al hecho de que sea el Estado el que adopte las normas de transposición como al concreto contenido de las normas adoptadas (y, en particular, en cuanto atribuyen competencias de ejecución al Estado).

62 En este sentido, recordemos que la Ley Orgánica 1/2000 modificó la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional ampliando el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes estatales o autonómicas de los tres meses iniciales a nueve meses, siempre que en la respectiva Comisión Bilateral de Cooperación se acuerde analizar la controversia competencial y desarrollar negociaciones para resolver las discrepancias. El art. 33.2 LOTC determina los requisitos de este procedimiento para la solución extraprocesal de controversias competenciales, que tiene esencialmente una finalidad preventiva de la conflictividad. Como procedimiento voluntario de coopera-

de la interpretación de los preceptos controvertidos hasta el compromiso de su modificación, pasando por el compromiso de realizar un determinado desarrollo reglamentario de los mismos.

A un acuerdo positivo se llegó en relación con el Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.[63]

De la conflictividad planteada por las Comunidades Autónomas hasta el 30 de abril de 2011 (60 impugnaciones, de ellas 29 recursos de inconstitucionalidad y 31 conflictos) hay dos que se refieren específicamente a una posible extralimitación competencial del Estado al transponer Directivas europeas. Debemos observar que no es fácil discernir cuándo la impugnación competencial se dirige a reivindicar la transposición autonómica de la Directiva y cuándo a reivindicar parte del espacio normativo ocupado por la norma estatal que puede ir más allá de lo exigido por la Directiva.

1) Canarias impugnó una norma del Estado, la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, por vulnerar las competencias autonómicas en materia energética. La Ley estatal se dicta en ejercicio de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y de la competencia estatal sobre las bases de régimen minero y energético (art. 149.25 CE).

La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencia exclusiva en materia de «instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, de acuerdo con las bases del régimen minero y energético» (art. 30.26 EACan), competencia exclusiva de acuerdo con las bases estatales para la «ordenación y planificación de la actividad económica regional en el ejercicio de sus competencias» (art. 31.4 EACan) y competencia de desarrollo normativo y ejecutiva en materia de «régimen energético y minero ajustado a sus singu-

---

ción, su utilización está condicionada a la disponibilidad y capacidad negociadora de las Administraciones concernidas en cada caso.

63 La Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, en su reunión celebrada el día 17 de junio de 2011, adoptó el acuerdo.

lares condiciones, en especial, la seguridad en la minería del agua» (art. 32.9 EACan). Canarias considera que como el mar forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma, a ella le debe corresponder la competencia ejecutiva para otorgar las autorizaciones de explotación y permisos de investigación cuando afecten a su ámbito territorial, esto es, en el subsuelo marino que también forma parte de su territorio, o las que afecten conjuntamente a su zona terrestre y subsuelo marino, siendo así que la privación de esta competencia a la Comunidad Autónoma de Canarias por el artículo art. 3.2 b) de la Ley del sector de hidrocarburos en la redacción que le da la Ley 12/2007,[64] de 2 de julio, no reúne la condición material de lo básico.

El Tribunal Constitucional, en su STC 8/2013, de 17 de enero, ha desestimado el recurso planteado al considerar que el territorio de la Comunidad Autónoma, límite natural de las competencias autonómicas, está integrado por los territorios insulares a los que expresamente se refiere el art. 143 CE, esto es, las siete islas que en él se relacionan, y se extiende a la zona marítimo terrestre que forma parte del mismo, pero no se extiende, sin embargo, al mar territorial.

b) Asimismo Canarias promovió recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La Ley 25/2009 se aprueba para lograr la plena incorporación al Derecho español de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios).

Una de las quejas planteadas por Canarias se centra en que la nueva redacción del artículo 44.4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, producida por uno de los preceptos legales impugnados, estaría otorgando al Estado el ejercicio de una competencia ejecutiva, vulnerando con ello la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución del «régimen energético y minero ajustado a sus singulares condiciones», prevista en el art. 32.9 EACan.

---

64 Cuyo tenor literal es el siguiente: «2. Corresponde a la Administración General del Estado, en los términos establecidos en la presente Ley: b) Otorgar autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en las zonas de subsuelo marino a que se refiere el Título II de la presente Ley. Asimismo, otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación cuando su ámbito comprenda a la vez zonas terrestres y del subsuelo marino».

El Tribunal Constitucional, en su STC 102/2013, de 23 de abril, tras recordar que respecto al sector eléctrico, en particular, ha afirmado el carácter básico de la atribución legal al Gobierno de ciertas medidas de ejecución, que tenían por finalidad la garantía del suministro de energía eléctrica, considera que la previsión contenida en el precepto impugnado (consistente en la capacidad del Ministerio de Industria para disponer –en el caso de que un comercializador no cumpla con sus obligaciones de contratación, pago o prestación de garantías frente al sistema eléctrico– el traspaso de los clientes de dicho comercializador a otro de último recurso, estableciendo las condiciones en las que ha de llevarse a cabo el suministro) resulta un complemento necesario para preservar lo básico por su incidencia en el correcto funcionamiento del entero sistema eléctrico (art. 149.1.25 CE) y, con ello, en el régimen económico de este importante sector para la economía nacional (art. 149.1.13 CE).

Canarias impugna, asimismo, en este mismo recurso el art. 35 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, por el que se adiciona un nuevo artículo 13 bis a la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la red de parques nacionales. A su juicio, tal artículo –que establece los principios, criterios y condiciones a los que han de someterse las concesiones y autorizaciones de actividades de servicios en los parques nacionales, a los que haya lugar conforme a los correspondientes instrumentos de planificación y gestión de los mismos– ha de considerarse inconstitucional por vulnerar la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de medio ambiente que ostenta la Comunidad Autónoma, al extralimitarse en la definición de lo básico en esta materia.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional nos encontramos ante una regulación básica, pues responde a los dos criterios esenciales, en el orden sustantivo, de las normas básicas: establecer la homogeneidad de tratamiento que garantice el máximo nivel de preservación en todos los parques nacionales y permitir que las Comunidades Autónomas desarrollen normativamente para cada zona las prescripciones básicas, pudiendo, si así lo estimasen, incrementar los niveles de protección de las mismas. El Tribunal Constitucional desestima por tanto igualmente la impugnación realizada por considerar que cada Comunidad Autónoma cuenta con un considerable margen de acción.[65]

Igualmente vinculado con una posible extralimitación competencial del Estado al transponer Directivas europeas sería el caso del requerimiento de

65 STC 102/2013, de 23 de abril.

incompetencia formulado en la IX Legislatura por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña al Estado, en relación con determinados preceptos del Real Decreto 804/2011, de 10 de junio, por el que se regula la ordenación zootécnica, sanitaria y de bienestar animal de las explotaciones equinas y se establece el plan sanitario equino. El Estado considera que la aprobación del Real Decreto 804/2011, que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13 y 16 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de bases y coordinación general de la sanidad, respectivamente, se justifica por la necesidad de establecer una normativa básica reguladora de las explotaciones equinas, adaptada al marco de la Directiva de Servicios.

En lo que llevamos de X Legislatura la conflictividad por extralimitación competencial al transponer Directivas es inexistente.

El Consejo de Estado, en su Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 2008, considera que la aparente falta de oposición por parte de las Comunidades Autónomas al uso de las competencias horizontales por parte del Estado a la hora de transponer Directivas no serían sino expresión de «la convicción de que la regulación material, con independencia de quien sea el autor de la transposición y a la vista de la formulación acabada de muchas Directivas, será la misma».[66]

Sin embargo, podría ser también expresión de la convicción autonómica de que la regulación material realizada por el Estado nunca va a ser declarada inconstitucional por extralimitación competencial dada la aceptación por parte del Tribunal Constitucional del amplio alcance de las competencias del Estado en materia económica.

6 · A modo de conclusión

La jurisprudencia constitucional viene afirmando el principio de no alteración del reparto de competencias en la aplicación del derecho de la Unión

66 Tal afirmación ha sido criticada por Azpitarte, M. (2009): «El Estado autonómico unitario y el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español», *REAF*, núm. 9, p. 135, «pues si la complejidad es el problema, pero esta complejidad no existe en la práctica por una simplificación *de facto* –el Estado asume la responsabilidad de transposición, independientemente de la distribución competencial–, entonces, el verdadero interrogante sería saber por qué la Constitución no vuelca su normatividad en la incorporación del derecho europeo».

Europea.[67] La incorporación de las Directivas al ordenamiento nacional solo le corresponde hacerla al Estado en la medida en que así lo permitan la Constitución y los Estatutos, pues el proceso de integración no puede suponer «atribuir al Estado unas competencias que no le otorga el bloque de la constitucionalidad dentro del ordenamiento interno» (STC 112/1995). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional viene realizando una interpretación amplia del alcance de las competencias del Estado establecidas en el bloque de la constitucionalidad. De manera que en materia económica se reconoce una amplia capacidad de acción al Estado a través de la aceptación de bases estatales muy detalladas. En la transposición de Directivas, el Estado parece acumular títulos de intervención, de tal manera que, al amparo de la jurisprudencia constitucional referida, le permitan una mayor participación incluso en la ejecución de la materia regulada. En tal forma de proceder late una cierta desconfianza sobre el cumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de la obligación de transposición del Derecho de la Unión. No obstante, ello no ha generado apenas conflictividad ante el Tribunal Constitucional.

7 · Bibliografía

Aja, E. (2004): «Estatutos de Autonomía, leyes y reglamentos», *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Institut de Dret Públic, Barcelona.

Albertí Rovira, E. (1993): «Principio de unidad económica y reparto competencial», *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 36.

— (2005): *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid.

— (2006): «El desarrollo y la ejecución por las CC AA de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», en VV.AA.: *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Arzoz Santisteban, X. (2012): «La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las cajas de ahorro», en *La regulación económica. En especial la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid.

67 Recientemente en la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 12.

Azpitarte, M. (2009): «El Estado autonómico unitario y el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español», *REAF*, núm. 9.

Balza Aguilera, J. (1990): «Trayectoria en la interpretación del artículo 149.1.13.a CE», en Pérez Calvo, A. (coord.): *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administración Pública, Madrid.

Bassols Coma, M. (1983): «Comunidades autónomas y ordenación del crédito: la cuestión de la regionalización de las inversiones de las cajas de ahorro», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8.

Bustos Gisbert, R. (2003): «La ejecución del derecho comunitario por el Gobierno Central», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 67.

Carmona Contreras, A. (2012): «Artículo 235. Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Dir. Cruz Villalón y Medina Guerrero, Parlamento de Andalucía.

Carrasco Durán, M. (2005): *El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre la actividad económica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2008): *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC.

García Torres, J. (1990): «Máximas de interpretación sobre el artículo 149.1.13 CE en la reciente jurisprudencia constitucional», en Pérez Calvo, A., *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP.

Gómez-Ferrer Morant, R. (1990): «Bases y ordenación general de la economía», en Pérez Calvo, A. (coord.): *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administración Pública, Madrid.

Jimenez Campo, J. (1989): «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27.

Jover Gómez-Ferrer, R., y García-Manzano Jiménez de Andrade, P. (2012): «Las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: prevención frente a los incumplimientos y formas de repercusión», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26.

Montilla Martos, J. A. (2003): «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68.

— (2004): «La articulación normativa Bases-Desarrollo al incorporar el Derecho Europeo en el Estado Autonómico», *ReDCE*, núm. 2.

— (2006): «La legislación básica tras las reformas estatutarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78.

Ordóñez Solís, D. (2010): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*.

Pérez Tremps, P. (1987): *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea,* Ministerio de Justicia, Madrid.

Rubio Llorente, F., y Favoreau, L. (1991): *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid.

Ruiz Ruiz, F. (1995): «Las competencias de las comunidades autónomas en el desarrollo normativo y la ejecución del derecho comunitario europeo análisis de la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45.

Tornos i Mas, J. (1991): «Algunos problemas competenciales en la ejecución interna de Directivas comunitarias», *Autonomies*, núm. 13.

Urrutia Libarona, I. (2012): «Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios», en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*. Dir. Nogueira López, A., Civitas, Madrid.

Viver i Pi-Sunyer, C. (1988): *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988.

Capítulo VI

LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS AMBIENTALES EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Alba Nogueira López

Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Derecho comunitario ambiental: laboratorio de técnica legislativa y campo de participación que refuerza una transposición exigente. 2.1. Normas transversales y subsidiariedad para un Derecho ambiental en renovación. 2.2. La transposición de las Directivas ambientales: numerosos incumplimientos y un intenso seguimiento. 2.3. Un laboratorio de pruebas para otros sectores del ordenamiento comunitario. 3. La transposición estatal. 3.1. Lo básico como espejo de la norma objeto de transposición. 3.2. La extralimitación en los aspectos organizativos y de gestión. Los títulos concurrentes como pretexto. 3.3. La transposición por el Estado mediante normas sin rango de ley. 3.4. La adopción de medidas de ejecución para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario. 4. La transposición autonómica. 4.1. Transposición innovadora. 4.2. ¿Transposición autonómica o desarrollo de la normativa estatal? 4.3. Contradicción entre la normativa autonómica anterior y la legislación básica de transposición posterior. 5. El mito del incumplimiento autonómico en la transposición del Derecho comunitario. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1 · Introducción

El proceso de integración europea ha afectado a las competencias legislativas ambientales autonómicas de forma indudable. Si bien es cierto que es difícil valorar adecuadamente la dimensión de esta incidencia por la construcción casi en paralelo del Estado autonómico y el Derecho ambiental, europeo e interno, como un *corpus* normativo con sustantividad propia, parece claro que el marco constitucional se ha visto alterado por la progre-

siva inserción del Derecho comunitario ambiental en nuestro ordenamiento interno. No es tarea sencilla la de intentar perfilar los trazos que definen el desarrollo normativo del Derecho ambiental de la Unión Europea en el Estado autonómico. Ese doble proceso de construcción, competencial y ambiental, se entrecruza en este ámbito dificultando más, si cabe, la ya compleja labor de delimitación competencial existente en relación con la participación descendente de las Comunidades Autónomas.

El crecimiento del Derecho comunitario ambiental sin un amparo en los Tratados hasta el Acta Única Europea, provocó que el acervo ambiental existente en el momento de la entrada del Reino de España en la Comunidad Económica Europea se caracterizara por su dispersión, fragmentación y falta de coherencia interna. La inexistencia de enganche competencial en los Tratados había conducido a buscar amparo en otras políticas comunitarias para un Derecho ambiental creciente en ambición pero corto en cohesión como ordenamiento completo.

En el plano interno no es exagerado afirmar que el Derecho ambiental adquiere sustantividad y relevancia con el ingreso en la Comunidad Económica Europea. Aunque la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, podría simbolizar un despertar del Derecho ambiental paralelo en el tiempo al que se producían en la propia Comunidad Europea o en EEUU,[1] lo cierto es que la actividad normativa con un carácter propiamente ambiental fue prácticamente inexistente en el siguiente decenio. Por ese motivo la asunción estatutaria de las competencias ambientales se produce en un momento inmediatamente anterior al ingreso

---

1 Sin ir más lejos en 1961 nace el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) y Greenpeace en 1971. También en los EEUU se produce por estas fechas el definitivo despertar de la conciencia ambiental. La publicación del emblemático libro de Rachel Carson *Silent Spring* (1962), la celebración con una manifestación de 20 millones de personas del *Earth Day* de 1970 y la aprobación de las primeras normas con una finalidad exclusiva de tutela del medio marcan el nacimiento de la política ambiental estadounidense, que con el transcurrir del tiempo había de anticiparse en el tratamiento de muchos problemas ligados al deterioro ambiental. La *National Environmental Policy Act (NEPA)* de 1969 constituye la primera norma marco orientada a la protección del medio, siendo seguida en los años posteriores por la *Clean Air Act* (1970), la *Clean Water Act* (1972), la *Safe Drinking Water Act* (1974) y la *Resource Conservation and Recovery Act* (1976). Paralelamente a esta toma de conciencia a nivel europeo y norteamericano, 1970 es declarado Año Europeo de la Conservación de la Naturaleza y se celebra en Estocolmo, en junio de 1972, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. A partir de ahí, el problema medioambiental adquirirá carta de naturaleza en todas las agendas de problemas importantes, tanto a nivel internacional como dentro de cada uno de los países.

en la Comunidad y a la necesidad de integrar el acervo comunitario ya existente. El Derecho autonómico se construye en paralelo a la integración comunitaria y la transposición del Derecho comunitario se ve afectada por una doble conflictividad constitucional: la que se deriva de la integración europea y su incidencia en el reparto competencial[2] y la que se debe a la existencia de títulos competenciales, como el medio ambiente, compartidos o concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Este trabajo no pretende, dado el amplio acervo comunitario ambiental, abordar una revisión completa de la transposición de normas ambientales europeas. A nuestro juicio, el giro que experimenta el Derecho ambiental europeo en los inicios de la década de los 90 hacia un *corpus* normativo más completo, presidido por normas transversales que intentan dotarse de un abanico de técnicas de intervención acompañadas por normas sectoriales marco que revisan el fragmentado panorama previo, constituye un buen observatorio para apreciar las tendencias en la transposición del Derecho comunitario. Se busca, por tanto, una visión más general que, aprovechando la coincidencia temporal en un periodo reducido de años de la aprobación de un conjunto de normas de carácter transversal que hoy son el tronco del Derecho ambiental[3] (EIA, EAE, EMAS, ecoeti-

---

2 Hasta el momento en que la jurisprudencia constitucional afirmó que el reparto competencial no se ve alterado por la participación en la UE y que las normas internas de delimitación competencial rigen para la ejecución del Derecho comunitario: SSTC 252/1988, de 20 de diciembre; 76/1991, de 11 de noviembre; 236/1991, de 12 de diciembre; 79/1992, de 28 de mayo; y 146/1996, de 19 de septiembre.

3 Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente; Reglamento (CEE), número 880/1992, de 23 de marzo, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica; Reglamento (CEE) nº 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales; Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación; Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo; Directiva 2004/35/CE

queta, IPPC, Aarhus, Responsabilidad), y ciertas normas de cabecera sectoriales[4] (Directiva marco de aguas, Directiva hábitats, Directiva marco de residuos, Kyoto), que reconducen la fragmentada práctica legislativa existente hasta finales de los años 80, puedan mostrar una perspectiva general de los problemas y peculiaridades que presenta la transposición de las directivas ambientales. No obstante, conviene hacer algunas advertencias metodológicas para encuadrar el alcance del trabajo. En primer lugar, la pluralidad de actores implicados dificulta la construcción de un análisis conjunto y coherente. Por otra parte, resulta sumamente complejo hacer un seguimiento de la transposición del Derecho europeo en el Reino de España. La opacidad de las estructuras administrativas y la renuencia a realizar una indicación explícita y precisa de qué normas internas son transposición del Derecho comunitario complican la labor. Un examen cruzado de jurisprudencia estatal y europea, de un abanico de normas significativas dentro del ordenamiento ambiental y de la literatura jurídica existente permite trazar un panorama de las líneas distintivas que presidiría esta transposición y su incidencia sobre el régimen de distribución competencial existente.

2 · El Derecho comunitario ambiental: laboratorio de técnica legislativa y campo de participación que refuerza una transposición exigente

2.1 · Normas transversales y subsidiariedad para un Derecho ambiental en renovación

El Derecho comunitario ambiental estuvo marcado en sus primeros veinticinco años por una serie de líneas de tensión que han condicionado su

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

4 Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y la flora silvestres; Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo.

configuración actual y que inciden en el nuevo rumbo que parece haber emprendido a partir de los años noventa. El difícil equilibrio entre tutela pública y actividad privada; entre protección supraestatal y estatal/subestatal; entre acción correctora y prevención; entre instrumentos clásicos de tutela e instrumentos de mercado o voluntarios, ha centrado la formulación de este Derecho.[5]

La primera fase de protección ambiental, tradicional en su ámbito de acción y elección de instrumentos, es sucedida desde principios de los años noventa por una reorientación tendente a la corresponsabilización de otros actores en la actividad de tutela, a la ampliación de la gama de instrumentos de protección y a la globalización de su enfoque. Esta reorientación obedece a una serie de factores entre los que se cuentan: la constatación de la incapacidad de frenar el deterioro ambiental con los instrumentos y enfoque utilizados hasta ese momento; la necesidad de abrir la tutela ambiental a la participación de nuevos sujetos, principalmente de naturaleza privada, para conseguir una generalización de la concienciación y, consecuentemente, de la protección; la valoración de que los instrumentos normativos limitaban la intervención privada haciendo recaer todo el peso de la tutela ambiental en manos públicas; y la voluntad de superar una visión sectorializada de la protección del medio para evitar transferencias de contaminación.[6]

Estas son las causas que están en el origen de la reorientación de la protección ambiental. Junto a ellas existieron una serie de condicionantes

---

5 Para apreciar el giro que experimenta el Derecho europeo ambiental en los años noventa son interesantes los estudios de aquel momento: Weale, A. (1993): *The new politics of pollution*, Manchester University Press, Manchester; Alonso Garcia, E. (1993): *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Civitas-FUE, Madrid, tomos I y II; Johnson, S., y Corcelle, G. (1995): *The environmental policy of the European Communities,* Kluwer Law International, London; Kiss, A., y Shelton, D. (1993): *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge; Krämer, L. (1990): *EEC Treaty and environmental protection*, Sweet & Maxwell, Londres; Nogueira López, A. (1998): «Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12.

6 «The Thematic Strategies represent a new approach to policy-making and embody a holistic and integrated approach to environmental issues as they focus on themes rather than individual pollutants or specific economic activities», *Commission Staff Working Document, Seventh Annual Survey on the implementation and enforcement of Community environmental law 2005*, Brussels, 8.9.2006, SEC(2006) 1143 p. 12.

externos que marcaron el rumbo efectivo que tomaba esta nueva fase del Derecho ambiental comunitario. En primer lugar hay que citar la influencia que ha tenido en ese cambio la ideología liberalizadora y desreguladora imperante. La potenciación de instrumentos de mercado y autorregulación se debe tanto al pretendido fracaso de los instrumentos de *command and control* –en la terminología anglosajona– como a la existencia de un movimiento de limitación de la actividad administrativa y de la regulación pública en favor de un mayor autocontrol de los agentes privados.

En segundo lugar, han tenido cierta influencia en el cambio experimentado en el Derecho ambiental comunitario las tendencias promotoras de una mayor participación ciudadana como factor legitimador y garantía de eficacia de la actividad administrativa. No obstante es preciso calibrar el efecto que va a tener el despliegue completo de la transposición expansiva realizada de la Directiva de Servicios sobre los mecanismos de participación procedimental con la práctica desaparición de muchos procedimientos de autorización de actividades con cierto impacto ambiental.[7]

Igualmente, la aplicación del principio de subsidiariedad ha incidido en la elección de instrumentos en el nivel comunitario. La Unión Europea ha revisado sistemáticamente su capacidad para actuar en el terreno ambiental en función de este principio[8] y la consecuencia parece haber sido una menor producción normativa (la actividad legislativa comunitaria se ha reducido) y la sustitución de la armonización de valores límite por la armonización de procedimientos administrativos. En esta línea de reducción de la actividad normativa en base al principio de subsidiariedad se encuentra la potenciación de instrumentos no normativos para poder seguir actuando en el ámbito de la protección ambiental.

Los vientos de crisis económica han tenido un impacto también en la reconsideración o freno a las políticas comunitarias ambientales. Así se

---

7 Sobre esta cuestión, vid. las reflexiones generales realizadas por los distintos autores del volumen colectivo Nogueira López, A. (dir.) (2012): *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, 2012, y más específicamente en el plano ambiental el capítulo escrito por Pernas Garcia, J. J. (2012): «El efecto desregulador de la Directiva de servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental», pp. 271-320.

8 De hecho su introducción en los Tratados se produjo en primer término en los preceptos de medio ambiente en el Acta única europea, y en posteriores reformas fue incorporado como principio general.

intuye de forma velada en documentos comunitarios: «Durante el período de vigencia del VI PMA se ha reconfigurado el orden económico mundial. Están apareciendo nuevos agentes económicos, y la mayor demanda de recursos que conlleva el crecimiento de la población mundial intensifica la presión sobre el medio ambiente. El territorio de la UE ha crecido gracias a las ampliaciones ocurridas en este período, aumentando simultáneamente la dependencia de recursos importados.

»La política medioambiental tradicional tiene aún que desempeñar una función muy importante en la protección del medio ambiente. Pero las circunstancias cambiantes y la creciente interconexión de los problemas medioambientales obligan a ser flexibles y a adaptarse».[9]

En definitiva, pudo ser acertado el análisis sobre la necesidad de que la política ambiental comunitaria debía reflejar los principios de participación, corresponsabilización, globalidad y subsidiariedad como fórmula para superar sus deficiencias, pero también deben apreciarse las causas inductoras de esas deficiencias. Parece claro que los poderes públicos se han visto impelidos, por la presión pública y el evidente deterioro del medio, a establecer el marco jurídico de la protección ambiental pero han escatimado medios en la efectiva implementación de esa normativa. Los agentes privados deben participar de forma activa en la protección ambiental porque ellos originan una buena parte de la contaminación que se pretende combatir pero parece necesario mantener un marco público de referencia en el que se establezcan los objetivos perseguidos, se controle el cumplimiento de estos y, en su caso, se sancionen los incumplimientos.

En todo caso, y especialmente en países como el nuestro con un nivel bajo de concienciación-responsabilización, parece casi más necesario un replanteamiento de las estructuras y procedimientos de control de aplicación de la normativa ambiental que de los instrumentos de tutela. Deben establecerse fórmulas de seguimiento de la normativa aprobada, crear cuerpos de inspección efectivos y fijar procedimientos ágiles y eficaces para poner fin a los incumplimientos. No solo falla la tutela privada; fracasan, estrepitosamente, los mecanismos de control públicos de cumplimiento de la normativa ambiental. En los años noventa se alumbró un segundo Derecho

9 COM (2011) 531 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. VI Programa de Medio Ambiente, *Evaluación final*, Bruselas, 31.8.2011, p. 13.

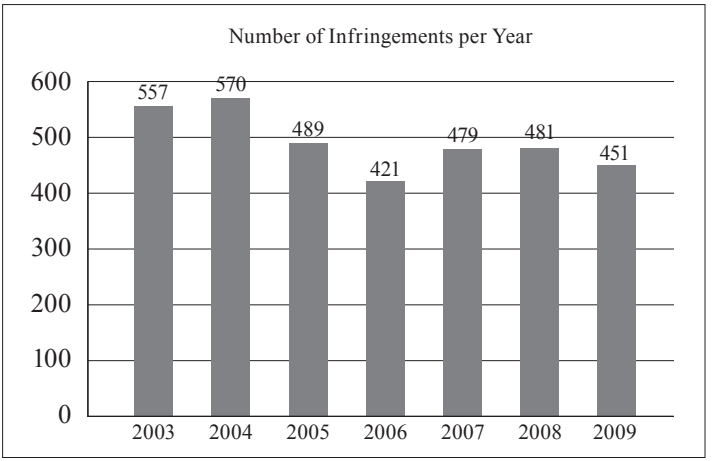
ambiental comunitario, en un esfuerzo de redefinición para dar respuesta a los fallos percibidos en sus primeros años de rodaje, que es, en gran medida el que centrará el análisis en relación con la transposición interna aunque la crisis económica puede estar también propiciando un cambio de ciclo en las políticas comunitarias ambientales y en los instrumentos que utiliza.

Este Derecho ambiental renovado en los instrumentos y el enfoque que surge en los años noventa –con la normativa de evaluación de impacto ambiental como precursora– nace también acompañado de una vocación de seguimiento de su cumplimiento, también en el plano de la garantía de su transposición en tiempo y completa. Si puede afirmarse que es un Derecho renovador en el uso de técnicas y en la apertura a la autorregulación, la participación o la conexión público-privado, también debe señalarse que el Derecho ambiental europeo ensaya en muchos casos fórmulas de co-operación, de seguimiento de la transposición, de coordinación de soluciones de aplicación que posteriormente comienzan a ser habituales en otros sectores del ordenamiento comunitario.

2.2 · La transposición de las Directivas ambientales: numerosos incumplimientos y un intenso seguimiento

El Derecho ambiental comunitario presenta dos rasgos aparentemente contradictorios en relación con su transposición y cumplimiento. Por un lado ha sido una constante que este sector acumule un elevado porcentaje de los procedimientos de infracción que inicia la Comisión Europea. Por otro, el medio ambiente ha actuado como laboratorio de prueba de buenas prácticas para mejorar el cumplimiento del Derecho comunitario por lo que la detección de incumplimientos obedece a una dinámica de control sistemático de la transposición del Derecho comunitario.

Hay que señalar que la Dirección General de Medio Ambiente de la UE ha sido tradicionalmente la que ha generado una carga más significativa de casos por incumplimiento del Derecho Comunitario tanto en términos de casos con investigaciones abiertas como en procedimientos de infracción. Como media el 20% de los procedimientos de infracción de la Comisión pertenecen a la DG de Medio Ambiente, con una evolución relativamente constante en el tiempo.



Fuente: http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm (última consulta 16.5.2012).

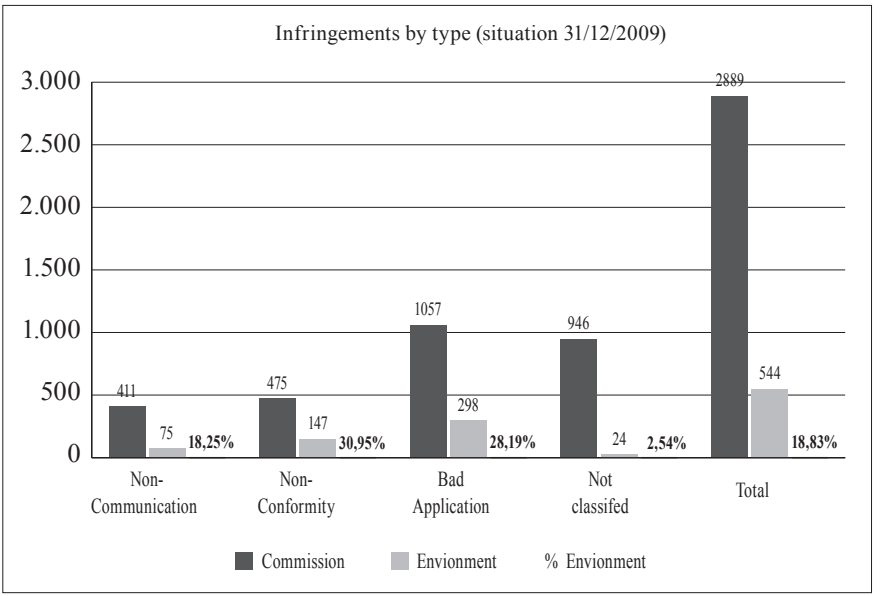
Esta tendencia constante en relación con incumplimientos del Derecho comunitario ambiental debemos ponerla en relación con la práctica paralela de denuncia que puede constatarse en todos los órganos e instituciones que tramitan este tipo de quejas. El Parlamento Europeo, por ejemplo, refleja que «la protección del medio ambiente y el mercado interior siguen estando detrás de la mayoría de las peticiones: 173 y 82 nuevas peticiones respectivamente. En lo que concierne a la protección del medio ambiente, la mayoría de las peticiones guardaban relación con las evaluaciones de impacto (52), la naturaleza (50), las aguas residuales (26), la gestión de la calidad del agua y la protección de los recursos (17), la calidad del aire y el ruido (13), y las emisiones industriales (6)».[10]

Podría concluirse que la abundancia de procedimientos de infracción abiertos por la Comisión en materia ambiental guarda relación con dos cuestiones. En primer lugar con una dinámica precursora de vigilancia del cumplimiento a través de diversos mecanismos que figuran en las propias directivas y, en segundo término, con una situación de alerta constante

10 *Informe de la Comisión. Vigesimoséptimo Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE* (2009) Bruselas, 1.10.2010 COM (2010) 538 final, p. 4.

derivada de la fuerte participación ciudadana que se registra en este sector y que está en el origen de muchos procedimientos de infracción.

Si el incumplimiento del Derecho ambiental europeo parece haber sido una tónica constante, también hay que señalar cuáles son las causas que han provocado la actuación de la Comisión al detectar esos incumplimientos. A fin de analizar desde una perspectiva competencial interna los problemas que genera la transposición del Derecho ambiental europeo es conveniente tener presente qué motivaciones han impulsado a las autoridades europeas a abrir procedimientos de infracción.



Fuente: http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm (última consulta 16.5.2012).

El análisis de los datos que arroja esta tabla, en la que se puede apreciar que la comparación entre la Dirección General de Medio Ambiente y el conjunto de la Comisión, muestra un porcentaje más elevado de casos de no-conformidad y mala aplicación que puede explicarse, a juicio de la propia Comisión, «by the fact that the Environment Directorate General has been systematically assessing the conformity of national transposing

legislation, even for some of the older directives, in the main through the launching of conformity checking contracts carried out by outside consultants. These studies have and continue to be followed up with infringement action where they provide evidence of non-conformity.

»The higher than average percentage of bad application cases can be explained by the fact that much of the environmental legislation concerned raises practical challenges when this legislation is applied in practice, in particular where consideration is being given to permitting infrastructure developments».[11]

En definitiva, la Dirección General de Medio Ambiente ha sometido a un proceso de evaluación sistemática la transposición de todo el ordenamiento ambiental comunitario y esta evaluación no se ha limitado a las directivas más modernas, en las cuales ya se han incorporado fórmulas de comunicación y seguimiento de la transposición, sino que ha abarcado normas más antiguas en las que este tipo de mecanismos podía no haberse previsto. Este proceso de seguimiento y mejora que, de forma bastante sistemática, se visualiza en la normativa ambiental comunitaria se justifica incluso en los últimos tiempos por un análisis de eficiencia. Se afirma así que «la aplicación de la legislación tiene un coste. Pero el coste de la no aplicación es con frecuencia muy superior y, por eso, la adopción de las medidas propuestas en la presente Comunicación representa una sólida inversión para el futuro, pero también para el presente».[12]

La minuciosidad de este seguimiento, indudablemente, tiene influencia en la detección de un número más sustancioso de incumplimientos y, al mismo tiempo, en lo que a este trabajo se refiere, permite disponer de algunos datos indicativos en cuanto a cómo, quién y cuándo transpone las directivas ambientales y el grado de éxito que esa labor tiene.

---

11 http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm.

12 COM (2012) 95 final, *Sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE: instaurar la confianza mediante la mejora de los conocimientos y la capacidad de respuesta*, Bruselas, 7.3.2012. Los beneficios de una buena implementación se explican indicando que: «Aplicar la legislación con retraso o de manera inadecuada tiene muchas consecuencias negativas. En última instancia, se perjudica a la salud humana y al medio ambiente, se genera inseguridad jurídica para la industria y se comprometen las condiciones de igualdad en el mercado único. Los costes de reparación a largo plazo (por ejemplo para sanear vertederos ilegales y restaurar hábitats dañados) pueden ser muy superiores a los costes de prevención», p. 3.

2.3 · Un laboratorio de pruebas para otros sectores del ordenamiento comunitario

El Derecho ambiental comunitario incorpora de forma temprana a sus textos normativos diversos mecanismos de seguimiento del cumplimiento y de garantía de correcta transposición. También se ha adelantado en el establecimiento de comités, organismos y otras fórmulas de coordinación que favorecen una transposición adecuada del Derecho ambiental comunitario con la participación de las autoridades estatales competentes. El principio de autonomía institucional ha guiado esta actividad de seguimiento, y lo cierto es que, probablemente, las dificultades, que serán abordadas posteriormente, en cuanto al respeto de las competencias legislativas y ejecutivas de las Comunidades Autónomas, se derivan más de disposiciones en el plano interno que de actuaciones comunitarias.[13]

La información a las autoridades comunitarias de que se ha procedido a la transposición es una de las previsiones que de forma más generalizada se incluye en las directivas comunitarias para facilitar un seguimiento de la transposición.[14]

---

13 Así, por ejemplo, la Sentencia de 14 de enero de 1988, *Comisión/Bélgica*, establecía que «todo Estado miembro es libre para distribuir como considere oportuno las competencias internas y de ejecutar una Directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales. Esta distribución de competencias, sin embargo, no puede dispensarle de la obligación de garantizar que las disposiciones de la Directiva sean fielmente reflejadas en el Derecho interno».

14 Artículo 21 de la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación: «1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar tres años después de su entrada en vigor. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.
»Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.
»2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva». En parecidos términos, de forma más reciente, el artículo 39 de la Directiva 2009/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo.

De forma más reciente, especialmente en ámbitos que revisten una cierta complejidad se recurre a las tablas de correspondencia. «Las tablas de correspondencias constituyen uno de los principales medios de acción preventiva, ya que contienen un listado de las disposiciones reglamentarias de los Estados miembros por las que se transponen en los ordenamientos jurídicos nacionales las obligaciones que imponen las directivas. Permiten, en un primer momento, garantizar la conformidad de los proyectos de medidas de transposición. Posteriormente, sirven para asegurar que el proceso de transposición se lleva a cabo de forma íntegra y correcta y ayudan a las empresas y a los consumidores a conocer cómo se ha transpuesto el Derecho de la UE a nivel nacional».[15] No obstante, se ha señalado la resistencia de los Estados miembros a esta forma de control de transposición que, con frecuencia, se cae de los proyectos normativos en el proceso de toma de decisión.[16] Sin ir más lejos, podemos apreciar estas resistencias en el relatorio de los acuerdos de la reunión de las Comunidades Autónomas para la aprobación de su posición común de cara al Consejo de Medio Ambiente de la UE del primer semestre de 2011, en el que se manifiestan en contra de que la revisión de la Directiva SEVESO II, la denominada Directiva SEVESO III, incluya la obligación de comunicar las tablas de correspondencia.[17]

---

15 *Informe de la Comisión. Vigesimoséptimo Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE* (2009) Bruselas, 1.10.2010 COM(2010) 538 final, p. 6-7. En la Comunicación de la Comisión, «Una Europa de resultados –la aplicación del derecho comunitario», (COM/2007/0502 final) se afirmaba la importancia de este instrumento de seguimiento de la transposición: «La Comisión continuará incluyendo sistemáticamente la obligación de que se comunique una tabla de correspondencia en cada nueva propuesta de directiva. Insistirá en este punto a lo largo del proceso legislativo. Enviará un modelo de tabla de correspondencia a los Estados miembros tras la adopción de cada directiva, solicitando que la rellenen y devuelvan a la Comisión con las medidas de transposición. La Comisión también buscará el compromiso general del Consejo y de los Estados miembros para que se proporcionen las tablas de correspondencia en su totalidad».

16 Ecologic Institute, Berlin and Brussels, *Final Report for the assessment of the 6th Environment Action Programme. Annexes* (DG ENV. 1/SER/2009/0044), 21 de febrero de 2011, p. 280, http://ec.europa.eu/environment/newprg/pdf/Ecologic_6EAP_Report_Annexes.pdfec.europa.eu/environment/newprg/pdf/Ecologic_6EAP_Report.pdfec.europa.eu/environment/newprg/pdf/Ecologic_6EAP_Report.pdf.

17 En concreto, en esta reunión de 21 de junio de 2011 con respecto al artículo 28 se introduce este comentario: «Las CCAA compartimos la postura de la Reper España y consideramos que no es aceptable la obligación de comunicar tablas de correspondencia entre las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a la Directiva y la propia Direc-

Habría que valorar, en este sentido, si los mecanismos de traslado de información a las autoridades comunitarias previstos en el artículo 10 de la Ley 30/1992, que pasan por la intermediación necesaria del gobierno central, son operativos a fin de poder garantizar el seguimiento de la transposición de las directivas comunitarias, especialmente a los efectos de facilitar una información completa sobre las normas internas que transponen el Derecho comunitario.[18] De hecho puede apreciarse que con frecuencia en los procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Reino de España aporta tardíamente la existencia de ciertas disposiciones que darían transposición a las directivas comunitarias o intenta justificar, sin éxito, en su estructura administrativa compleja esos problemas de transposición.

Un ámbito de sumo interés para mejorar la transposición y aplicación del Derecho Ambiental comunitario es la red informal IMPEL (Implementation of Environmental Law), constituida por Administraciones con funciones normativas e inspectoras. Desde su creación en 1992 –un momento relativamente temprano– ha desempeñado un papel muy relevante en la aplicación práctica y control de cumplimiento de la normativa existente. Tiene interés que en su seno pueden estar representadas Administraciones de todos los niveles territoriales, participando en la actualidad varias administraciones de ámbito regional.

Otra de las fórmulas mediante las cuales se realiza un seguimiento de la aplicación del Derecho comunitario es la inclusión de obligaciones de presentación de informes de seguimiento. En el último informe de control de aplicación del Derecho comunitario publicado se señala esta como una práctica cada vez más frecuente pero que aún no está totalmente generalizada: «Cada vez se presta mayor atención a los informes *a posteriori* sobre el impacto de la normativa de la UE. El Parlamento hace cada vez más hincapié en las cuestiones de aplicación. La legislación de la UE prevé a menudo

---

tiva» (artículo 28.1, primer párrafo). Para consultar las posiciones comunes en relación con los Consejos de medio ambiente, vid. http://www20.gencat.cat/portal/site/dmah/menuitem.64be942b6641a1214e9cac3bb0c0e1a0/?vgnextoid=ee10f86dcf676210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextchannel=ee10f86dcf676210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default.

18 La STJUE de 13 de junio de 2002 (as. C-474/99) señalaba la deficiente información facilitada por el Reino de España sobre la correspondencia sistemática entre las disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas y las exigencias de la normativa de evaluación de impacto, además de la evidencia de insuficiencias en la transposición.

la obligación de presentar informes en los primeros años de aplicación de las medidas adoptadas».[19]

Por contraste, puede apreciarse del examen de algunas Directivas ambientales que inauguran la que hemos denominado como segunda etapa del Derecho ambiental comunitario que esta práctica ya tiene una cierta tradición en las Directivas ambientales que incluyen desde hace más de dos décadas referencias expresas a mecanismos de seguimiento, cooperación y evaluación que, además, debían conducir a modificaciones normativas para adaptar la normativa comunitaria. También parece intuirse en este caso un cierto carácter precursor del Derecho comunitario ambiental en la búsqueda de fórmulas que permitan realizar una transposición correcta, activando una coordinación y evaluación de las soluciones adoptadas que permiten mejorar la normativa periódicamente.

Así, por ejemplo, ya en 1985 el artículo 11 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.[20] En parecidos términos el artículo 8 de la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente,[21] y también la Directiva 96/61/CE del

---

19 Informe de la Comisión, *Vigesimoséptimo informe anual sobre el control de la aplicación del derecho de la UE* (2009), Bruselas, 1.10.2010 COM(2010) 538 final, p. 12, SEC(2010) 1143, SEC(2010) 1144.

20 Artículo 11

«1. Los Estados miembros y la Comisión intercambiarán informaciones sobre la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva.

»2. En particular, los Estados miembros indicarán a la Comisión los criterios y/o los umbrales establecidos, en su caso, para la selección de los proyectos considerados, con arreglo al apartado 2 del artículo 4, o los tipos de proyectos considerados que sean objeto de una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10, en aplicación del apartado 2 del artículo 4.

»3. Cinco años después de la notificación de la presente Directiva, la Comisión dirigirá al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre su aplicación y su eficacia. El informe estará basado en el citado intercambio de informaciones.

»4. Tomando como base dicho intercambio de informaciones, la Comisión someterá al Consejo propuestas suplementarias, si fuere necesario, con vistas a una aplicación suficientemente coordinada de la presente Directiva».

21 Artículo 8: «Cuatro años después de la fecha contemplada en el apartado 1 del artículo 9, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe sobre la experiencia adquirida, del cual se servirá la Comisión para elaborar un informe dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo que irá acompañado de las propuestas de revisión que considere adecuadas». Artículo 9: «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones

Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.[22]

Esta práctica de informes de seguimiento permite detectar si la normativa cumple con su cometido y si las medidas de transposición y cumplimiento son suficientes. También favorece el intercambio de buenas prácticas entre las distintas autoridades que deben realizar la transposición y aplicación del Derecho Comunitario.[23]

En tiempos más recientes se potencia igualmente el control de cumplimiento del Derecho Comunitario mediante proyectos piloto que parecen arrojar resultados positivos en el camino de evitar litigiosidad. Recien-

---

legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 1992. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que se adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva».

22 Artículo 16. Intercambio de información

«1. Con miras a un intercambio de información, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para comunicar cada tres años a la Comisión, y por primera vez en el plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de aplicación de la presente Directiva, los datos representativos sobre los valores límite disponibles establecidos por categorías específicas de actividades enumeradas en el Anexo I y, en su caso, las mejores técnicas disponibles de las cuales se deriven dichos valores, con arreglo, en particular, a las disposiciones del artículo 9. Para las comunicaciones posteriores, dicha información se completará de conformidad con los procedimientos previstos en el apartado 3 del presente artículo.

»2. La Comisión organizará un intercambio de información entre los Estados miembros y las industrias correspondientes acerca de las mejores técnicas disponibles, las prescripciones de control relacionadas, y su evolución. La Comisión publicará cada tres años los resultados de los intercambios de información.

»3. Los informes sobre la aplicación de la presente Directiva y su eficacia comparada con otros instrumentos comunitarios de protección del medio ambiente se establecerán con arreglo a los artículos 5 y 6 de la Directiva 91/692/CEE. El primer informe hará referencia al período de los tres años siguientes a la fecha de puesta en aplicación a que se refiere el artículo 21 de la presente Directiva. La Comisión someterá al Consejo dicho informe acompañado, en su caso, de propuestas.

»4. Los Estados miembros crearán o designarán a las autoridades responsables del intercambio de informaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, e informarán de ello a la Comisión».

23 De hecho, la Comisión afirmaba en *A Europe of results – Applying Community Law*, Brussels, 5.9.2007, COM (2007) 502 final: «The Commission will continue to include evaluation provisions in new legislation providing a common framework to assess whether laws are having their intended effects and enforcement measures are sufficient», p. 6.

temente lo atestigua el texto de la exposición de motivos de una norma interna que modifica otra de transposición de la Directiva 2006/21/CE, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de las industrias extractivas.[24]

3 · La transposición estatal

La transposición estatal de las directivas ambientales comunitarias puede afirmarse que ha seguido unos ciertos patrones a pesar de la dificultad de hacer un estudio completo del amplio acervo comunitario en materia de protección ambiental. A una transposición en muchos casos tardía o incompleta, poco innovadora, se une un discutible entendimiento del alcance competencial de la intervención estatal.

La neutralidad del Derecho comunitario a los efectos del reparto competencial interno, que no debería ser alterado por las obligaciones de transposición, no obsta para que pueda apreciarse como la normativa ambiental interna –en su abrumadora mayoría con su origen en disposiciones comunitarias– responde a una serie de características propias que evidencian una modificación del reparto competencial.

Estos trazos característicos de la actividad de transposición serían, en primer lugar, el recurso a normas de transposición estatal que son meras reproducciones de las Directivas comunitarias y apenas se limitan a determinar las autoridades competentes internas –en muchos casos las au-

24 El RD 777/2012, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, obedece a que «mediante el proyecto piloto 1259/10/ENVI, la Comisión Europea ha examinado la conformidad de la incorporación de la Directiva citada anteriormente, mediante el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.
»Del análisis llevado a cabo por la Comisión Europea se concluye la necesidad de realizar una serie de modificaciones en el citado real decreto, la mayoría de las cuales consisten en incluir determinadas definiciones contenidas en la Directiva que no se citaron en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, y que, sin embargo, la Comisión Europea considera necesario incluir. Otras modificaciones propuestas por la Comisión Europea consisten en añadir en la mencionada norma reglamentaria la referencia a la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, así como una referencia a la exclusión del ámbito de aplicación del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, de la actividad de inyección y reinyección de aguas subterráneas bombeadas, tal y como se exige en la Directiva 2006/21/CE».

tonómicas–, ya que el espacio de lo básico resulta agotado por la propia norma comunitaria. En segundo lugar, un uso de títulos concurrentes para introducir disposiciones más propias del desarrollo normativo o del ámbito de la ejecución para sortear la interpretación constitucional restrictiva de la competencia sobre la legislación básica en materia de medio ambiente. Finalmente, una frecuente utilización de normas reglamentarias para dar transposición a Directivas con un fuerte componente técnico, muy detalladas en sus preceptos y que apenas dejan otro margen a las autoridades internas que realizar tareas de ejecución (designación de órganos o ámbitos de protección, diseño de planes, establecimiento de controles o remisión de información).

3.1 · Lo básico como espejo de la norma objeto de transposición

Puede afirmarse también que muchas de las normas ambientales comunitarias padecen la «patología» –en palabras de ARZOZ[25] en este mismo trabajo– de ser bastante detalladas lo que favorece una transposición con reducida creatividad normativa, «de simple copia» o «*copy-out*» en la terminología comunitaria, por parte del legislador interno. De hecho el espacio que se deja a éste frecuentemente se limita a adoptar las disposiciones organizativas y de ejecución del marco normativo comunitario (ej,. designación de autoridades competentes, fijación de procedimientos, designación de espacios o instalaciones que cumplen los requisitos normativos para su protección o vigilancia, implantación de medidas de seguimiento, planificación para garantizar los objetivos de protección...).

El hecho de que una buena parte de las directivas ambientales comunitarias participen de una dinámica de revisión periódica acentúa esta exhaustividad de las normas comunitarias por cuanto las sucesivas revisiones de los textos normativos suelen traducirse en una mayor concreción de sus disposiciones. Debería valorarse en estos casos de directivas comunitarias en las que el detalle de la regulación comunitaria es muy elevado si procedería, para ser escrupuloso con el espacio propio de las competencias básicas estatales, una transposición por remisión, en la línea apuntada por Arzoz en el capítulo II de este mismo trabajo. De este modo, el Estado asumiría

25 Cap. II, apartado 4.3.

de forma explícita por referencia a la norma comunitaria que esta agota los aspectos básicos de su competencia y se abriría, en su caso, el ámbito de regulación autonómica, en general limitado al establecimiento de las medidas organizativas precisas para desplegar las competencias de gestión.

Como recordaba Lasagabaster, «la Directiva no tiene por qué agotar lo básico, que puede ser más amplio, ni, al revés, todo lo regulado en la Directiva tiene que ser básico».[26] La STC 102/1995, de 26 de junio (FJ 14), es clara también en esa línea: «Por otra parte, el hecho de que las Directivas europeas tengan como finalidad la de homogeneizar, aproximar o armonizar los distintos ordenamientos y que sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades o instituciones, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que, incluso, puedan tener un efecto directo, no significa que las normas estatales que las adapten a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente "básicas". Aquellas disposiciones del derecho comunitario vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas, pero por su propia fuerza normativa y no por la que le atribuya su traslación al Derecho interno como normas básicas».

No obstante, en el sector del medio ambiente la prolija regulación que emana de las directivas comunitarias reduce en buena medida la labor interna de transposición a la adopción de las previsiones organizativas necesarias para llevar a cabo las funciones previstas en la norma comunitaria. Sin duda este es el caso de las sucesivas normas que fijan límites de emisión en los distintos sectores del medio y, también, en las que establecen procedimientos de prevención ambiental –evaluación de impacto, autorización ambiental integrada...–. Por ese motivo, a nuestro juicio, el espacio de lo básico se achica en muchos casos hasta ser totalmente agotado por la regulación comunitaria, sin que debiera existir en la transposición interna otro ámbito normativo que el autonómico ligado a las competencias de autoorganización estableciendo las especialidades procedimentales y órganos que deben gestionar las indicaciones de la normativa europea.

La reciente Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, es un exponente de esta práctica de copia fiel. La Directiva comunitaria objeto de transposición es absolutamente exhaustiva en su regulación, fijando condiciones, requisitos, plazos para la

---

26 Lasagabaster Herrarte, I. (1998): «Transposición del Derecho ambiental comunitario en el ordenamiento estatal», en Garcia Ureta, A., *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, IVAP, Oñati, p. 79.

autorización de estas instalaciones y para los controles que deben realizar las autoridades competentes. Incluso introduce un novedoso trámite de informe de las decisiones de autorización por parte de la Comisión, con obligación de remitir toda la documentación precisa para que esta emita su parecer «no vinculante» además de prever que «la autoridad competente notificará la decisión definitiva a la Comisión y en caso de que dicha decisión difiera del dictamen de la Comisión indicará las razones» (art. 10 Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono). En definitiva, concreta los procedimientos de gestión de sus mandatos estableciendo una participación ejecutiva de las autoridades comunitarias con carácter preceptivo.

La ley de transposición utiliza tres títulos competenciales diversos para declarar la totalidad de sus preceptos normas básicas (legislación básica en materia de medio ambiente, bases y coordinación de la economía y bases del régimen minero y energético). Por lo que respecta al título competencial medio ambiente, parece poco sostenible que bajo este título pueda ampararse dictar un conjunto de preceptos de transposición que apenas se limitan a sustituir la fórmula genérica «autoridades competentes» que figura en la Directiva por la de «comunidades autónomas».[27] En definitiva, una transposición hueca de contenido desde el punto de vista competencial ambiental.[28]

En los últimos tiempos se aprecia una recentralización en la interpretación constitucional de las competencias ambientales que, además, revierte el

---

27 La exposición de motivos resume los preceptos amparados en este título competencial: «Así, con una finalidad directamente orientada a la protección del medio ambiente –en este caso, la atmósfera– se regula, con carácter básico, un sistema de control y respuesta ambiental de las instalaciones de almacenamiento, que comprende diversas obligaciones por parte del titular; así las obligaciones de seguimiento que se plasman en un plan de seguimiento (detectar irregularidades significativas, detectar fugas de CO2, adoptar medidas correctoras, en su caso), las obligaciones de información sobre los resultados de seguimiento, características de los flujos de CO2, etc., y las obligaciones relativas al cierre (además del seguimiento y la información, sellar el lugar y retirar las instalaciones) y al período posterior al cierre hasta que el Estado asume la responsabilidad de la instalación».

28 Diversos artículos de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de Almacenamiento Geológico de Dióxido de Carbono, están recurridos ante el Tribunal Constitucional por varias CCAA: la Diputación General de Aragón (recurso de inconstitucionalidad núm. 1870-2011), la Xunta de Galicia (recurso de inconstitucionalidad núm. 5252-2011) y el Gobierno de Cataluña (recurso de inconstitucionalidad núm. 5261-2011).

sentido de pronunciamientos previos. Así, la STC 69/2013, de 14 de marzo, se aparta de la interpretación previa del propio Tribunal Constitucional (STC 102/1995) en el sentido de que los procedimientos de captura o muerte de animales y los modos de transporte no se consideraban norma básica. Se afirma ahora «en este punto hemos de apartarnos del precedente citado […] Las prohibiciones contenidas […] revisten las características propias de la legislación básica de protección del medio ambiente […]. Hemos entendido también que no es lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, el criterio decisivo para calificar como básica una norma» (FJ 6). Pero de esta STC debemos especialmente destacar un argumento en relación con el derecho comunitario. Se señala así «como parámetro interpretativo, tampoco resulta irrelevante el régimen comunitario de tales prohibiciones y, sobre todo, su finalidad, del todo afín a la legislación básica de protección del medio ambiente», lo que lleva a deducir que, al contrario de lo afirmado en la STC 102/1995, que serían las competencias básicas en medio ambiente y no las autonómicas de caza y pesca las que ampararían la fijación detallada de esa regulación.

3.2 · La extralimitación en los aspectos organizativos y de gestión. Los títulos concurrentes como pretexto

La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de medio ambiente en la línea de ajustar la legislación básica a la fijación del mínimo común denominador para el conjunto de las Comunidades Autónomas, contrasta con la expansividad que han alcanzado otros títulos competenciales concurrentes como vía para introducir tanto normas más propias del ámbito de desarrollo normativo autonómico, como del estrictamente ejecutivo. Como acertadamente concluye Valencia en su magnífica panorámica de la evolución de la jurisprudencia constitucional: «El terreno más sorprendente es el de la gestión, ya que si por una puerta se le cierra al Estado como componente de la legislación básica, por otra se le da entrada en ella en ocasiones encuadrando dicha actividad en otras materias. Es aquí donde la jurisprudencia constitucional en estos temas tiene, sin duda, su mayor punto débil. Cualquier persona a la que se le diga que en España el Estado no puede compartir siquiera la gestión de los Parques Nacionales, pero sin embargo es el competente para autorizar los vertidos en la mayor parte de las aguas continentales españolas o para declarar el impacto ambiental de

ciertos proyectos y para gestionar reservas marinas, probablemente no le encuentre lógica.»[29]

Se ha discutido por ejemplo la solución adoptada en relación con las declaraciones de impacto ambiental que se reservan al Estado en base a una controvertida interpretación constitucional en cuanto que no constituyen actividad de ejecución ambiental, sino que son las competencias sectoriales propias del Estado en las que se enmarca el proyecto u obra autorizado las que amparan esa intervención estatal (SSTC 13/1998, 101/2006 y 1/2012). Esta solución tiene secuelas en la posterior Ley de control integrado de contaminación, ya que cuando corresponde al Estado formular la declaración de impacto ambiental la autorización ambiental integrada sigue un procedimiento especial (art. 28) que para Pernas, «si bien ofrece una respuesta de coordinación a estos supuestos de concurrencia competencial, no parece la más adecuada de acuerdo con la distribución constitucional de competencias en materia ambiental entre la Comunidad Autónoma y la Estado. La LPCIC responde más al recelo competencial hacia las Comunidades Autónomas, que a la necesidad de articular un verdadero procedimiento integrado y coherente. Si bien tenía cierto sentido que la competencia sustantiva estatal atrajera la competencia ambiental para emitir la declaración de impacto ambiental, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional recogida en la STC 13/1998, la transposición de la Directiva IPPC debía haber aprovechar la oportunidad para configurar un procedimiento único de autorización ambiental integrada que integrará las exigencias de la evaluación de impacto ambiental, bajo competencia exclusiva del órgano ambiental de la Comunidad Autónoma».[30] Recientemente el Tribunal

---

29 Valencia Martín, G. (2006): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en López Ramón, F., *Observatorio de políticas ambientales 1978-2006,* Thomson-Aranzadi, Madrid, p. 260.

30 Versión escrita de la conferencia presentada en la *Xornada sobre o novo réxime xurídico das autorizacións ambientais,* organizada por la Escola Galega de Administración Pública (EGAP) y celebrada en Coruña los días 10 y 11 de diciembre de 2002, en la Delegación Provincial de la Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Públicas (http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2222/1/AD-7-34.pdf).
Otros comentarios críticos a la falta de coordinación e invasión de las competencias ejecutivas autonómicas en Pernas Garcia, J. J. (2009): «La autorización ambiental integrada: la integración horizontal de las autorizaciones sectoriales y su relación con otros mecanismos preventivos de protección ambiental», en Nogueira López, A., *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona.

Constitucional en su STC 59/2013, de 13 de marzo,[31] da un paso más estableciendo que la certificación relacionada con la evaluación de impacto de actividades sobre los espacios integrados en la Red Natura también es una función que sigue las competencias substantivas y no se considera una función de ejecución ambiental.

Esta hipertrofia de títulos competenciales concurrentes que absorben las competencias ejecutivas autonómicas llega en casos a omitir toda referencia al medio ambiente como título competencial. Así Garrido y Ortega han llamado la atención tanto sobre la ausencia de referencia al título competencial medio ambiente, como en relación con la propia inclusión en una ley absolutamente dispar en cuanto a su objeto, de la revisión de disposiciones organizativas correspondientes al sistema comunitario de comercio de derechos de emisión.[32] Una cuestión de técnica legislativa defectuosa que no tiene otros efectos jurídicos que el de comportar una cierta inseguridad pero que es significativa en cuanto a la voluntad de eludir el encuadre competencial en el título medio ambiente lo que, inevitablemente, introduciría el

---

31 «De esta descripción de la certificación objeto de este conflicto se desprende que el proyecto cuyas repercusiones se examina no tiene como objeto inmediato actuar en la gestión de los lugares de la Red Natura 2000, sino asegurar que una obra de infraestructura orientada a favorecer el abastecimiento de agua a municipios de gran población usando para ello aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma, que es a todas luces una competencia del Estado (arts. 149.1.22 y 149.1.24 CE), incorpore en su realización la consideración de sus efectos respecto de ese tipo de espacios naturales protegidos.

»De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, y dada la función instrumental que desempeña en relación a una obra de evidente competencia estatal, hemos de concluir que la certificación objeto del conflicto resulta amparada por la competencia sustantiva estatal de la que es ejercicio el proyecto examinado y que, en consecuencia, no supone una invasión de la competencia exclusiva que corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón sobre los espacios naturales protegidos que se encuentran en su territorio, procediendo por todo ello desestimar este conflicto positivo de competencia».

32 Garrido Cuenca, N. M., y Ortega Álvarez, L. (2010): «Legislación básica: el impacto ambiental en la Directiva de Servicios», en López Ramón, F. (dir.), *Observatorio de políticas ambientales 2010*, p. 201.

Ley 5/2009, de 29 de junio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras.

debate sobre si estos preceptos constituyen normativa básica o entran más propiamente en el terreno competencial autonómico.

> Ley 5/2009, de 29 de junio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras.
>
> Disposición final sexta. Título competencial.
>
> La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6, 11 y 13 de la Constitución, que atribuye al Estado las competencias exclusivas sobre legislación mercantil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente.

Del mismo modo que la regulación de la potestad sancionadora y el gasto público a través de subvenciones son consideradas por el Tribunal Constitucional «estrictamente subsidiarias o instrumentales de las respectivas políticas sectoriales y que, por lo tanto, en nuestro caso, se integran competencialmente dentro de la materia "protección del medio ambiente" y se rigen por sus mismos criterios de reparto competencial (en materia de subvenciones, entre otras, la fundamental STC 13/1992, y también las SSTC 16/1996 y 126/ 2002; y en materia de infracciones y sanciones administrativas, entre otras, las SSTC 102/1995 y 156/1995)»,[33] habría que reconsiderar una buena parte de los preceptos que se dictan al amparo de títulos competenciales concurrentes. A nuestro juicio, en muchos casos cuando las leyes de transposición de directivas utilizan otros títulos estatales que habilitan para fijar las bases en una determinada materia –bases de la ordenación de la economía, bases del régimen minero y energético, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas– realmente no están introduciendo una innovación en el ordenamiento que perfile o establezca la configuración de una determinada institución jurídica, sino que bajo el pretexto de la referencia a esas instituciones en el marco de la legislación ambiental (concesiones de dominio público, derechos de tanteo y retracto, régimen sancionador...) buscan establecer determinaciones que se

33 Valencia Martín (2006): 240. En esa misma línea la reciente STC 38/2012, de 26 de marzo, en relación con ayudas estatales a la biodiversidad.

encuadran más ajustadamente en las competencias de desarrollo normativo o ejecutivas ambientales autonómicas y en las potestades de autoorganización autonómica.

Este es el caso, de nuevo, de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono. A nuestro juicio el título de legislación básica estatal en materia de medio ambiente ampararía la decisión sobre si el Reino de España permite la actividad de almacenamiento geológico en su territorio, plataforma continental y zona económica exclusiva, en el marco del derecho a no admitir esta actividad o limitarla a ciertos emplazamientos que abre el artículo 4 de la Directiva. Por su parte la consideración de bienes de dominio público de estas formaciones geológicas (art. 3 Ley 40/2010) se englobaría en las bases del régimen minero. Parece, en cambio más discutible que el mero uso de técnica minera o la utilización de estas formaciones geológicas para fines de almacenamiento de CO2 justifique el conjunto de preceptos dictados a su amparo.[34] Por expresarlo de forma comparativa, y gráfica, resulta difícilmente justificable que las actividades de restauración y recuperación de las minas abandonadas, consistentes principalmente en el almacenamiento de residuos mineros, se regulen amparando las labores de recuperación en el título medio ambiente[35]

---

34 Así, por ejemplo: «Art. 9.6. La resolución sobre el otorgamiento del permiso de investigación se adoptará por Orden Ministerial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe favorable del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, y previo informe de las comunidades autónomas afectadas, o en la forma que cada comunidad autónoma establezca para los correspondientes a su ámbito territorial, debiendo resolver expresamente las eventuales oposiciones que se hubieran formulado. »Art. 9.7. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, o los órganos autonómicos competentes, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán, cuando lo consideren necesario por razones de interés general, abrir concurso sobre determinadas áreas no concedidas, mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* o en el diario oficial de la correspondiente comunidad autónoma, adjudicándolas al concursante que, reuniendo los requisitos exigidos, ofrezca las mejores condiciones».

35 Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras: «Disposición final primera. *Incorporación de Derecho comunitario europeo.* »Mediante este Real Decreto se incorporan al derecho español todas las disposiciones de la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre gestión de residuos de las industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE, excepto lo que se refiere en su artículo 15 a la responsabilidad medioambiental, que ya ha sido incorporado al Derecho español por medio de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

y que el almacenamiento de dióxido de carbono en formaciones geológicas encuentre su acomodo en las bases del régimen minero. Vuelve a utilizarse aquí un criterio de delimitación competencial semejante al que se había recurrido por el TC para determinar el encuadramiento del almacenamiento de residuos nucleares en las bases del régimen energético como título preferente frente al de medio ambiente, ya que «atiende a una dimensión estratégica de la producción energética, cual es la gestión y emplazamiento de sus residuos, lo que justifica el encuadramiento competencial realizado» (STC 14/2004, FJ 10), pero que revela la falta de un criterio unívoco.

Más aristas si cabe ofrece el título 149.1.13 para amparar la retención en manos estatales de la concesión para el almacenamiento, pese a que el legislador se esfuerza en argumentarlo en la exposición de motivos, consciente de la debilidad de este título.

> Es quizá en relación con el otorgamiento de la concesión de almacenamiento, que, como se ha indicado, corresponde al Estado, donde aparentemente podría existir mayor complejidad para deslindar los títulos competenciales, si bien, el análisis tanto del modelo ya utilizado en relación con el reparto competencial en el mercado de derechos de emisión como del proporcionado por el régimen de hidrocarburos, conduce a la atribución de la competencia de otorgamiento de la concesión de almacenamiento en el Estado, al amparo del título 149.1.13 de la Constitución.
>
> En este ámbito, cabe apuntar que la jurisprudencia constitucional ha admitido que el citado título competencial puede amparar tanto normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, como previsiones de acciones o medidas singulares indispensables para alcanzar los fines propuestos en la ordenación. Asimismo, ampara actuaciones ejecutivas en relación con prácticas o actividades que puedan alterar la libre competencia y tengan trascendencia sobre el mercado supraautonómico.

»Disposición final segunda. *Carácter básico y título competencial.*

»1. Este Real Decreto tiene carácter básico y se dicta al amparo del artículo 149.1.23.ª de la Constitución Española, que reserva al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente.

»2. No obstante, los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 36, 44, 45 y 46, así como las disposiciones adicionales tercera y cuarta y las disposiciones transitorias segunda y tercera de este real decreto, que igualmente tienen carácter básico, se dictan al amparo del artículo 149.1.25.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen minero y energético. A su vez, el título II constituye legislación básica de seguros dictada al amparo del artículo 149.1.11.ª de la Constitución».

En este caso, la conexión con redes de transporte intercomunitarias, la posible vinculación entre centrales térmicas y emplazamientos de almacenamiento geológico e, incluso, la «relevancia en la toma de decisiones empresariales» de estas instalaciones para evitar los costes del mercado de derechos de emisiones son los argumentos que se utilizan para justificar que el Estado asuma competencias ejecutivas de otorgamiento de las concesiones de almacenamiento al amparo ahora del art.149.1.13 (apoyado en la jurisprudencia de las STC 197/1996 y 49/1988).

La inexistencia de una línea coherente en relación con los títulos competenciales que amparan la transposición estatal conduce a que existan normas de transposición en sectores con amplias similitudes que en unos casos aducen ser transpuestas al amparo del art. 149.1.23 y en otros al amparo de títulos concurrentes. O incluso a que alternativamente aparezcan distintos títulos competenciales regulando sectores materialmente homogéneos.

Así la contaminación de las aguas lleva a que la marítima causada por buques que ataca la Directiva 2005/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 objeto de transposición por el RD 394/2007, de medidas aplicables a los buques en tránsito que realicen cargas de contaminación en aguas marítimas españolas, se haga exclusivamente al amparo del título marina mercante (149.1.20ª CE), mientras que el RD 1514/2009, que regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro, transponiendo la Directiva 2006/118/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, se considere legislación básica de medio ambiente al amparo del art. 149.1.23ª CE.

O que tres textos normativos comunitarios en relación con la eficiencia energética y el uso de energías renovables encuentren títulos competenciales dispares para su transposición. La Directiva 2002/91/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativa a la eficiencia energética de los edificios es incorporada por el RD 47/2007, que regula el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción con base a los títulos de bases de la ordenación de la economía, medio ambiente y bases del régimen minero y energético (149.1. 13ª, 23ª y 25ª). En cambio el RD 1396/2007, de requisitos de diseño ecológico aplicable a los productos que utilizan energía –que transpone la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2005–, encuentra su fundamento en los mismos títulos –medio ambiente y ordenación de la economía– excluido el de bases del régimen energético. Por su parte, la regulación del régimen especial eléctrico (energías renovables) del

RD 661/2007 transponiendo la Directiva 2005/89/CE del Parlamento y del Consejo de 18 de enero de 2006, deja de lado el título ambiental o la ordenación de la economía para ampararse en el 149.1.22ª y 25ª (aprovechamientos hidráulicos y bases del régimen energético). Mientras que en un momento cronológicamente próximo, el RD 616/2007, en relación con el fomento de la cogeneración, omite toda mención a los títulos competenciales que lo ampararían para transponer la Directiva 2006/32, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos.

Por su parte, en materia de calidad del aire los Reales Decretos RD 1073/2002, de 18 de octubre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno, óxidos de nitrógeno, partículas, plomo, benceno y monóxido de carbono, RD 1796/2003, de 26 de diciembre, relativo al ozono en el aire ambiente, y el RD 812/2007, de 22 de junio, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclico, se dictan todos al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.16.ª y 23.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medio ambiente, respectivamente. La competencia en materia de sanidad, en este caso, parece querer suplir las dudas competenciales que pudiera arrojar la preconstitucional Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico como base legal de la competencia estatal de transposición por lo que se da entrada a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como apoyo normativo ya que atribuye a la Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, la determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente. Sería este además uno de esos supuestos de solapamiento entre lo básico –las eventuales competencias estatales sobre la fijación de los métodos analíticos y condiciones mínimas– y los exhaustivos mandatos de las propias Directivas comunitarias encaminadas a una armonización de mediciones, valores y técnicas de control de la calidad del aire, en los que la norma estatal no parece ofrecer sustantividad normativa.

También la regulación de los residuos mineros, con la preconstitucional Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, como base normativa se realiza mediante un RD 975/2009, de gestión de los residuos de las industrias

extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras en los que hay una doble atribución competencial en la que los preceptos referidos a residuos se amparan en la competencia básica en materia de medio ambiente y los que atañen a la rehabilitación de los espacios en las bases del régimen minero. La expansividad de los títulos estatales en algunas cuestiones que parecen de desarrollo normativo parece clara a la vista de la modificación de este RD realizada por el Real Decreto 777/2012, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por las actividades mineras en cuya exposición de motivos se indica: «Por otro lado, con relación al requerimiento de incompetencia formulado por la Xunta de Galicia respecto al Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha de 28 de agosto de 2009 se admitió que la disposición final segunda del mencionado real decreto no debe incluir el carácter básico de su anexo V. Mediante la modificación de la citada disposición final en este real decreto se cumple con lo acordado por el Consejo de Ministros». Este Anexo V regulaba las «Normas para la elaboración de los planes de explotación en la minería del carbón a cielo abierto».

Un elemento que dificulta el examen del acierto de la transposición estatal en su dimensión competencial viene dado porque no es frecuente que la normativa estatal especifique qué preceptos concretos se dictan al amparo de cada uno de los títulos competenciales aludidos lo que dificulta discernir en qué medida esa atribución competencial es ajustada o no. De hecho, en el periodo 2007-2009 de las 21 Directivas con conexiones ambientales que transpone el Estado tan solo 3 desglosan los preceptos que resultan amparados por cada uno de los títulos competenciales aducidos (RD 812/2007, de evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos; la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental, y el RD 975/2009, de gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras).[36]

---

36 Listado elaborado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea sobre las normas estatales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 a petición del Consejo de Estado para la elaboración del Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010 (en adelante, el Listado de la SEUE), *vid.* Anexo a la presente obra.

Vemos, por tanto, como títulos concurrentes relacionados con la confluencia de varios títulos competenciales en un mismo espacio físico,[37] la existencia de títulos exclusivos sectoriales del Estado a los que se da prevalencia (ej. Defensa) y el juego de títulos transversales (ej. bases de la ordenación económica) han contribuido a residenciar en al ámbito estatal la transposición del derecho comunitario amparando normas estatales, que en muchos casos parecerían sobrepasar el ámbito de la legislación básica en materia de medio, introduciendo normas de desarrollo e, incluso, medidas de ejecución –concesiones, evaluaciones de impacto, autorizaciones, sanciones– en favor de las autoridades centrales. Igualmente la existencia de normas transposición estatal de ámbitos materiales conectados con fundamentos competenciales diversos impiden el establecimiento de criterios sistemáticos sobre la línea seguida para fijar la competencia estatal, cuestión a la que tampoco ayuda la frecuente omisión de los preceptos concretos que se dictan al amparo de cada título competencial.

3.3 · La transposición por el Estado mediante normas sin rango de ley

La exigencia de normas con rango de ley para el establecimiento de lo básico ha sido relajada por el Tribunal Constitucional al admitir su fijación mediante normas reglamentarias cuando resulte necesario por la naturaleza de la materia (por ej., «siempre que se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacional», STC 102/1995, FJ 8).[38]

Precisamente la transposición de las Directivas comunitarias es un ámbito que se ha prestado a este tipo de solución debido al perfil altamente

---

37 Según el FJ 30 de la STC 40/1998, de 19 de febrero, habrá que atender a cuál sea la competencia estatal de carácter sectorial que pretenda ejercerse, las razones que han llevado al constituyente a reservar esa competencia al Estado o el modo concreto en que éste o la Comunidad Autónoma pretendan ejercer las que les corresponden. En este sentido, el TC considera que el Estado tiene competencias que pueden incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de la competencia sobre puertos y aeropuertos, y que no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace –o, al menos, así lo entiende el constituyente– un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas.

38 Valencia Martín (2006): 245.

detallado, ligado a parámetros científico-técnicos que tienen muchas disposiciones ambientales comunitarias. Se ha señalado como esta circunstancia incide en que «la experiencia desarrollada hasta este momento pone de manifiesto la preponderancia del ejecutivo, en especial en las transposición de Directivas»,[39] indicando que el recurso a reglamentos está muy ligado al componente técnico de muchas de estas normas. Es cierto también, como pone de manifiesto el Consejo de Estado, que este detalle de las normas comunitarias reduce notablemente el margen de actuación estatal llevando a una «transcripción literal de la norma comunitaria».[40]

No obstante, lo cierto es que el hecho de que el Real Decreto haya sido el vehículo jurídico por excelencia de incorporación del Derecho ambiental de la UE guarda relación con otros dos factores además de los puramente ligados a la complejidad técnica de las normas transpuestas. Por un lado las propias características del Derecho comunitario en este ámbito en que los rasgos caracterizadores de las Directivas pierden su recognoscibilidad ya que en muchos casos fijan no solo objetivos sino los medios y procedimientos correctos para alcanzarlos. Por otro, la urgencia en la transposición por la habitual dejadez en el cumplimiento del Derecho comunitario, que hace más sencilla la transposición por norma reglamentaria que el seguimiento de los prolongados trámites parlamentarios. De hecho también el recurso al Real Decreto-ley como norma de transposición, amparándose en la necesidad de evitar la responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario tras un prolongado abandono y falta de diligencia en la transposición, es indicativo de esta praxis de desconfianza en los *tempos* del legislativo.[41]

---

39 Lasagabaster Herrarte (1998): 68.

40 *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías de cumplimiento del Derecho comunitario*, 15.12.2010, http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf, p. 51.

41 Por ejemplo, el Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las Normas Aplicables al Tratamiento de las Aguas Residuales Urbanas, por el que se transpone la Directiva 91/271/CEE, del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, cuya exposición de motivos indica: «Esta modificación de los criterios establecidos en la Ley 7/1985, junto con las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que al respecto exige el artículo 86 de la Constitución española, imponen que la transposición de esta normativa comunitaria se efectúe mediante Real Decreto-ley.

«En el procedimiento de elaboración de la presente disposición han sido consultadas las Comunidades Autónomas y la Comisión Nacional de Administración Local».

Los ámbitos de la contaminación atmosférica y de la regulación de determinados productos o substancias contaminantes son muestras claras de esa transposición reglamentaria en absoluto excepcional como requería la doctrina constitucional y claramente asentada en la rutinaria normalidad. Así, el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire, dictado al amparo de las competencias estatales en materia de bases y coordinación de la sanidad y legislación básica en materia de medio ambiente, procede a dar transposición a la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa.[42] Continúa una senda ya conocida en materia de contaminación atmosférica por cuanto las sucesivas Directivas comunitarias habían sido incorporadas mediante

---

Es clara la STC 1/2012, de 13 de enero, sobre esta práctica, aunque acabe apreciando los motivos de urgencia en el caso sometido a su juicio: «el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad»; «De mantenerse otra interpretación se alentaría la progresiva atracción de la incorporación de las directivas hacia el ámbito funcional del decreto-ley, en detrimento de los principios de legitimidad democrática directa y de legalidad que recaen inicialmente en la acción de las Cortes Generales en cuanto que representantes del pueblo soberano». «Tanto más cuanto que la incorporación de las directivas de la Unión Europea constituye una obligación normal, previsible y hasta cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea».

El RDL 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, usa esta sentencia como aval para proceder a la transposición de directivas europeas:

«Ante la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales directivas, resulta necesario acudir a la aprobación de un real decreto-ley para proceder a su transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos y con ello evitar la imposición de sanciones económicas a España».

42 Disposición final segunda. Fundamento constitucional.

El presente Real Decreto se dicta al amparo de las competencias exclusivas que al Estado otorga el artículo 149.1.16 y 23 de la Constitución, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medio ambiente.

Disposición final tercera. Incorporación del derecho comunitario al derecho nacional.

Mediante el presente Real Decreto se incorpora al derecho nacional la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa.

normas reglamentarias[43] sin que el paréntesis de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera supusiera una quiebra en esta línea, ya que esta Ley no incorporaba ninguna disposición comunitaria.

La precariedad competencial y la ausencia formal de una ley hasta 2007 que amparara la transposición lleva a todos estos Reales Decretos a buscar su encuadramiento en la preconstitucional Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Competencialmente es dudoso que el contenido de ciertos preceptos contenidos en estos Reales Decretos forme parte de la legislación básica que fija unos mínimos comunes para todas

43 La Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire, también conocida como Directiva Marco, desarrollada por las conocidas como Directivas Hijas: Directiva 1999/30/CE del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a los valores límite de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y óxidos de nitrógeno, partículas y plomo en el aire ambiente, modificada por la Decisión de la Comisión 2001/744/CE, de 17 de octubre; Directiva 2000/69/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2000, sobre los valores límite para el benceno y el monóxido de carbono en el aire ambiente; Directiva 2002/3/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2002 relativa al ozono en el aire ambiente, y Directiva 2004/107/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 relativa al arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aire ambiente, habían sido transpuestas por el Real Decreto 1073/2002, de 18 de octubre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno, óxidos de nitrógeno, partículas, plomo, benceno y monóxido de carbono; Real Decreto 1796/2003, de 26 diciembre, relativo al ozono en el aire ambiente; y Real Decreto 812/2007, de 22 de junio, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos. Más recientemente, el Real Decreto 455/2012, de 5 de marzo, por el que se establecen las medidas destinadas a reducir la cantidad de vapores de gasolina emitidos a la atmósfera durante el repostaje de los vehículos de motor en las estaciones de servicio (BOE de 6 de marzo) incorpora al derecho español la Directiva 2009/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, relativa a la recuperación de vapores de gasolina de la fase II durante el repostaje de los vehículos de motor en las estaciones de servicio. Este Real Decreto, que dice encontrar su fundamento en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, y en la Ley 21/1992 de 16 de julio, de Industria, «se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.ª y 23.ª de la Constitución, que atribuyen respectivamente al Estado la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección».

las Comunidades Autónomas. El mandato, por ejemplo, de designación por las CCAA de zonas en los que los niveles de contaminación por ozono superan o cumplen los objetivos fijados no parece responder a esa exigencia de articulación de un suelo común propio de la legislación básica ya que vendría directamente impuesto por la directiva comunitaria.

Parecidos malabarismos jurídicos pretendiendo anclar en normas con rango legal incorporaciones de directivas que realmente se realizan por real decreto las encontramos en el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro que transpone la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.[44]

Como rasgo destacable de una buena parte de estos reglamentos cabe señalar la parquedad de su articulado dado que la incorporación de los objetivos, valores límites y procedimientos de medición se realiza mediante unos extensos anexos que sí tienen un elevado componente técnico.

Un caso que merece ser señalado en materia de espacios naturales protegidos es la transposición de la Directiva hábitats, 92/43/CEE, que se llevó a cabo por el RD 1997/1995, de 7 de diciembre, de medidas para garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Esta norma, además de ser una reproducción cuasi literal de la Directiva, plantea una serie de interrogantes jurídicos precisamente en relación con el juego ley-reglamento. En la medida en que este real decreto introduce una nueva figura de protección de los espacios naturales –las Zonas de Especial Conservación–, esta norma dejaría de ser un complemento indispensable de la Ley de conservación de los espacios naturales, Ley 4/1989, para llevar a cabo una «innovación» del ordena-

44 Exposición de motivos: «En el marco normativo descrito, el texto refundido de la Ley de Aguas y la citada Ley 11/2005 ofrecen rango legal suficiente para la incorporación al ordenamiento interno español de la citada Directiva 2006/118/CE mediante norma de rango reglamentario. De esta forma, mediante este real decreto, que tiene como principales objetivos prevenir o limitar la contaminación de las aguas subterráneas y establecer los criterios y los procedimientos para evaluar su estado químico, se incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2006/118/CE. Igualmente, se incorporan los apartados 2.3, 2.4 y 2.5 del anexo V de la Directiva 2000/60/CE, relativos al estado químico de las aguas subterráneas, objeto también de las disposiciones contenidas en el artículo 92 ter del texto refundido de la Ley de Aguas y en el artículo 32 del Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio».

miento que difícilmente encajaría con la congelación de rango operada por esta última.[45]

Por otra parte, la fijación de las bases en normas reglamentarias puede conducir a paradojas como las que señala López Bofill en relación con el art. 111 del Estatut de Catalunya de que «en moltes matèries l'Estat podria dictar les bases per via infralegal i la Generalitat trobar-se obligada per via estatutària a desenvolupar aquestes bases per llei sense que regís el principi de jerarquia normativa».[46]

Finalmente un patrón que empieza a ser frecuente es usar Órdenes ministeriales para incorporar Directivas comunitarias fundamentalmente en supuestos en que éstas son actualizaciones o modificaciones de valores límite, substancias prohibidas o adaptan al progreso técnico sus especificaciones. Aprovechando las disposiciones previstas en los Reales Decretos de transposición, que establecen habilitaciones facultando modificaciones de carácter técnico cuando fueran precisas para mantenerlo adaptado a las innovaciones que se produzcan en lo dispuesto por la normativa comunitaria, se rebaja el rango normativo de la transposición.[47]

---

45 Garcia Ureta, A., y Arróspide Erkoreka, I. (1996): «Sobre la transposición de tres normas ambientales comunitarias en el Derecho estatal: Directivas 90/313 (acceso a la información), 92/43 (hábitats y especies de flora y fauna) y 271/91 (tratamiento de aguas residuales urbanas), *RVAP*, núm. 46, p. 53.

46 López Bofill, H. (2011): «Distribució de competències i reformes estatutàries. Un estudi comparat del sistema de distribució de competències en els Estatuts reformats i els efectes de la STC 31/2010 de 28 de juny», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 14, p. 208.

47 En 2012, por ejemplo, pueden citarse: Orden PRE/1665/2012, de 19 de julio, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 227/2006, de 24 de febrero, por el que se complementa el régimen jurídico sobre la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles en determinadas pinturas y barnices y en productos de renovación del acabado de vehículos (transpone la Directiva 2010/79/UE de la Comisión, de 19 de noviembre de 2010, sobre la adaptación al progreso técnico del anexo III de la Directiva 2004/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

Proyecto de Orden PRE/ /2012, por la que se incluyen las sustancias activas óxido de cobre (II), hidróxido de cobre (II), carbonato básico de cobre, bendiocarb y flufenoxurón en el anexo I del Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas (transpondría la Directiva 2012/2/UE de la Comisión, de 9 de febrero de 2012, por la que se modifica la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de forma que incluya el óxido de cobre (II), el hidróxido de cobre (II) y el carbonato básico de cobre como sustancias activas en su anexo I.

En otros casos esa perspectiva de actualización parece más dudosa. Así la Orden IET/822/2012, de 20 de abril, por la que se regula la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes, busca establecer un procedimiento para el cómputo de los objetivos obligatorios de consumo de biocarburantes por un periodo de dos años a los efectos de cumplimiento de los objetivos obligatorios fijados por la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

También por Orden Ministerial (Orden ARM/1195/2011, de 11 de mayo, por la que se modifica la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica, se busca seguir, y con ello incorporar fielmente la Directiva marco de aguas 2000/60/CE, el Dictamen motivado que la Comisión Europea emitió con fecha 18 de marzo de 2010 «en el que constata la persistencia de instancias de no conformidad en la transposición al ordenamiento jurídico español de diversos artículos y apartados de los anexos de la Directiva 2000/60/CE, instando al Reino de España a adoptar las medidas requeridas para ajustarse a dicho dictamen. La atención a este requerimiento obliga a la introducción de diversas modificaciones en los apartados 5 y 6 de la instrucción de

---

Directiva 2012/3/UE de la Comisión, de 9 de febrero de 2012, por la que se modifica laDirectiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de forma que incluya el bendiocarb como sustancia activa en su anexo I.

Directiva 2012/20/UE de la Comisión, de 6 de julio de 2012, por la que se modifica la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de forma que incluya el flufenoxurón como sustancia activa para el tipo de producto 8 en su anexo I).

Orden PRE/1665/2012, de 19 de julio, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 227/2006, de 24 de febrero, por el que se complementa el régimen jurídico sobre la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles en determinadas pinturas y barnices y en productos de renovación del acabado de vehículos (transpone la Directiva 2010/79/UE de la Comisión, de 19 de noviembre de 2010, sobre la adaptación al progreso técnico del anexo III de la Directiva 2004/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas).

Orden PRE/370/2012, de 27 de febrero, por la que se modifica el anexo II del Real Decreto 1383/2002, de 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil (transpone la Directiva 2011/37/UE de la Comisión, de 30 de marzo de 2011, modifica el anexo II de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los vehículos al final de su vida útil).

planificación hidrológica». La OM establece que «serán de aplicación a los planes hidrológicos que estén pendientes de aprobación a la entrada en vigor de la misma». Sin embargo, hay que señalar que la Orden Ministerial 2656/2008 que se procede a modificar excluía expresamente de su ámbito de aplicación a las cuencas hidrográficas intracomunitarias. Si bien la OM de 2008 con la instrucción para la planificación hidrológica era aplicable a las cuencas de competencia estatal, parece claro que el Dictamen motivado comunitario por el que ésta se modifica se efectúa por un incumplimiento del Derecho comunitario de la Directiva marco a la que los conceptos de cuenca intra o inter comunitaria es ajena, puesto que es el principio de unidad de cuenca el que rige a sus efectos. En este sentido los títulos competenciales que figuran en la OM de 2008, y que no se explicitan en la de 2011, podrían no ser aplicables para establecer normativa en relación con cuencas de competencia autonómica en cuyo caso la transposición correcta de la Directiva estaría pendiente.

3.4 · La adopción de medidas de ejecución para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario

Uno de los puntos que ha ocasionado más controversias competenciales en materia de medio ambiente corresponde a la asunción por el Estado de funciones de ejecución. Parece claro, como recuerda Valencia Martín, que «en "situación de normalidad" corresponde a las Comunidades Autónomas "la ejecución 'sin fisura alguna' del entero bloque normativo", el constituido tanto por la legislación básica estatal como por la propia legislación autonómica de desarrollo y de protección adicional (FF JJ 8 y 9) STC 102/1995».[48]

No obstante, en materia ambiental encontramos casos en que el Estado –verificadores ambientales del EMAS, evaluación ambiental de proyectos autorizados por el Estado– se ha reservado labores de gestión que han provocado una cierta conflictividad competencial. Siguiendo con la argumentación de Valencia Martín, «a tenor de la jurisprudencia constitucional, la función que la Constitución atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, de "garantizar el cumplimiento" del mismo

48 Valencia Martín (2006): 249.

(art. 93) tampoco permite ninguna alteración de dichas reglas. Ésta es, a mi juicio, la cuestión que está en el fondo del asunto resuelto por la STC 33/2005, sobre la designación de las Entidades de Acreditación facultadas para acreditar a los "verificadores medioambientales", encargados, a su vez, de examinar el comportamiento de las organizaciones voluntariamente adheridas al "sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales" (EMAS), regulado por un Reglamento comunitario de 1993».[49] Es cierto que este ha sido el entendimiento del TC en relación con la alteración de las reglas internas de reparto de competencias para garantizar el cumplimiento del derecho comunitario en ese supuesto concreto en el que se fija que esta materia es medio ambiente y no industria, precisamente utilizando el Reglamento comunitario como parámetro de encuadre competencial. Sin embargo en el caso de la evaluación de impacto ambiental las medidas de ejecución estatales se justifican por el TC amparadas en títulos competenciales concurrentes sectoriales, los de las autorizaciones substantivas de los proyectos que requieren EIA.

Argumentos semejantes, pero en este caso amparados en la garantía de la coordinación, son los que se encuentran en las recientes SSTC 69/2013, de 10 de abril, y 138/2013, de 6 de junio, reproduciendo las consideraciones de la primera de ellas, en los que se estima que entra dentro de las competencias estatales la regulación que establece que será un comité estatal de asesoramiento científico el encargado de realizar la evaluación de las Reservas de la Biosfera. [50] Una función puramente ejecutiva, como es claro.

---

49 Valencia Martín (2006): 251.

50 «La STC 69/2013, FJ 7, estableció una interpretación de conformidad que permitió declarar la constitucionalidad del precepto y que procede reiterar ahora, llevándola también al fallo: "la evaluación a la que alude el precepto impugnado constituye, sustancialmente, un mecanismo de 'revisión por pares' (o *peer review*), característico de la existencia de la red de reservas de la biosfera españolas, que a su vez constituye un subconjunto de la red mundial (art. 65 de la Ley). El modelo diseñado para realizar las evaluaciones en el seno del Comité MaB se justifica, por tanto, en la facultad de coordinación que corresponde al Estado, que pone a disposición de los citados órganos, en cuya designación intervienen las Comunidades Autónomas, tanto la estructura organizativa como los medios necesarios para que la evaluación se realice con las garantías de rigor técnico, objetividad y comparabilidad que faciliten el cumplimiento de los estándares del programa, definidos por la UNESCO, 'asegurando un adecuado equilibrio entre el respeto de las autonomías territoriales y la necesidad de evitar que éstas conduzcan a separaciones o compartimentaciones que desconozcan la propia unidad del sistema' (STC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 4). Dicha función de coordinación no es excluyente de las funciones que corresponden al propio órgano de gestión de cada reserva de la biosfera, que como dispone el art. 67

En este punto conviene también realizar una reflexión sobre la posibilidad de que el Estado, con el pretexto de dar cumplimiento al Derecho comunitario, subvierta las determinaciones ejecutivas adoptadas por las Comunidades autónomas. Podría, en virtud de la práctica ausencia de participación autonómica en la fase de conformación de las decisiones comunitarias (ej. determinación de fondos, designación de espacios protegidos...), alterar decisiones autonómicas que tiene la misión de transmitir a las autoridades comunitarias. Precisamente estos aspectos ligados al ámbito interno de configuración de competencias (ej. capacidad de modificación de propuestas, participación o no de las CCAA en estas modificaciones) son los que, a juicio de Lazcano Brotóns, deberían ser abordados por la legislación básica estatal, en concreto en su análisis en el RD 1997/1995 como norma de transposición de la Directiva hábitats, ya que la directiva «hace caso omiso de la existencia de entidades subestatales competentes en la materia para establecer un haz de relaciones bilateral entre el Estado y las instituciones comunitarias».[51] Efectivamente este es un punto, relacionado con otros en relación con los mecanismos ascendentes y descendentes de participación de las Comunidades Autónomas, que debería ser objeto de regulación para conseguir un mejor respeto del régimen de distribución competencial interno.

4 · La transposición autonómica

La transposición de la normativa comunitaria se realiza también directamente por ciertas CCAA, antes o después de la existencia de normas estatales de transposición.[52]

---

c) de la misma ley, es 'responsable del desarrollo de las estrategias, líneas de acción y programas', lo cual implica necesariamente 'valorar el grado de cumplimiento de los objetivos del Programa MaB' [art. 67 b)]. Así interpretado, el precepto examinado no resulta inconstitucional, si bien procede advertir que tal interpretación de conformidad se llevará al fallo, por cuanto la misma deriva en buena medida del desarrollo contenido en la disposición reglamentaria a la que se ha hecho referencia"» (STC 138/2013).

51 Lazcano Brotóns, I. (1998): «La transposición de la normativa comunitaria en materia de espacios naturales protegidos», en Garcia Ureta, A., *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, IVAP, Oñati, pp. 178-79.

52 En el caso de algunas comunidades autónomas, singularmente de algunas normas de Cataluña, la transposición se realiza de forma directa sin referencia alguna a la normativa estatal. Exposición de motivos del Decreto 114/1988 , de 7 de abril de 1988, de Evalua-

Recordemos que la STC 102/1995 afirmaba que «el hecho de que las Directivas europeas tengan como finalidad la de homogeneizar, aproximar o armonizar los distintos ordenamientos y que sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades o instituciones, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que, incluso, puedan tener un efecto directo, no significa que las normas estatales que las adapten a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente "básicas"» (FJ 14), por lo que «la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias» (FJ 14). Este reparto competencial, que permanece inalterable, debe conducir a un análisis de las directivas comunitarias a fin de discernir en qué medida éstas ocupan el espacio de lo básico, por lo que lo que procedería es dictar normas de desarrollo autonómico o bien existe un espacio de normación básica estatal frente a lo cual la normativa de desarrollo autonómico si se anticipa a la estatal sería desplazada en el momento en el que el Estado aprobara las normas básicas. Esta y no otra parece ser la conclusión del Tribunal Constitucional al hilo de las previsiones del Estatut de Catalunya (STC 31/2010, FJ 123):

> De acuerdo con una reiterada y conocida doctrina constitucional (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 4), no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que

---

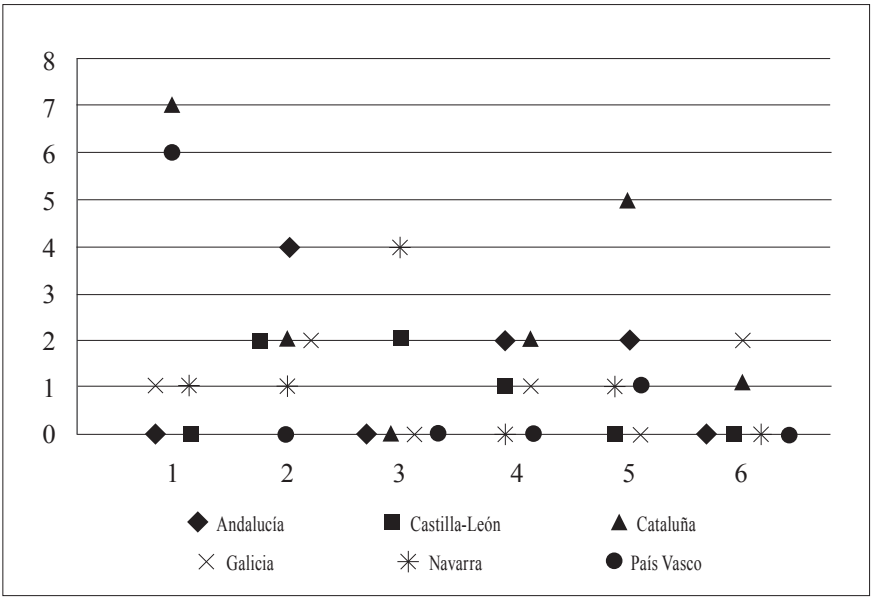
ción de Impacto Ambiental: «Los sucesivos programas de acción en las Comunidades Europeas han establecido reiteradamente el principio de que la mejor política del medio ambiente consiste en evitar desde su origen la aparición de contaminantes y otros efectos negativos, más que combatir ulteriormente sus efectos. En este sentido, se ha insistido en la necesidad de tener en cuenta lo antes posible los impactos sobre el medio ambiente en todos los procesos técnicos de planificación y de instrumentar, en consecuencia, los procedimientos adecuados para la evaluación de estos impactos. Esta técnica singular se manifiesta en la Directiva 85/337, de 27 de junio, sobre evaluación de los impactos sobre el medio ambiente de ciertas obras públicas y privadas. El presente Decreto tiene como finalidad desarrollar el marco legislativo vigente para adecuarlo a los requerimientos específicos de la protección del medio ambiente en Cataluña [...]».

no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada.

La normativa comunitaria puede absorber todo el espacio de la normativa básica estatal sustituyéndola, lo que no prejuzga que eventuales cambios normativos futuros puedan volver a dejar un margen legislativo en virtud de las competencias básicas estatales. Este panorama obliga a un permanente examen del amparo competencial de la normativa estatal y autonómica en función del marco jurídico que se pretende poner en marcha, para lo que sería conveniente un mayor esmero en la determinación de los títulos competenciales en virtud de los que se dictan las normas y los concretos preceptos que resultan amparados por cada título competencial cuando existen varios.

Un examen de las disposiciones autonómicas en materia de medio ambiente permite apreciar una serie de rasgos conductores. Por un lado puede hablarse de una generalización de la transposición de las normas que regulan instrumentos transversales pero de una muy esporádica presencia de normas autonómicas que incorporen las directivas comunitarias que fijan valores límite de emisión. Esta cuestión guarda relación con el hecho de que en general las normas autonómicas no cuestionan que, pese al grado de detalle de muchas de las normas estatales, estas ocupan el espacio de lo básico. En este sentido la mayor actividad en relación con las normas transversales de un mayor contenido procedimental-organizativo está conectada con el ejercicio de la potestad de autoorganización.

Es preciso señalar también la existencia de un grupo de Comunidades Autónomas que concentran un cierto liderazgo en la incorporación del derecho comunitario incorporándolo a veces con antelación a las normas básicas estatales, abriendo líneas innovadoras de actualización de los ordenamientos ambientales autonómicos y manteniendo una «tensión» en la adaptación a los sucesivos cambios en la esfera europea.



Posición en la que se incorporan las normas comunitarias de instrumentos transversales y protección de la flora, fauna y espacios naturales por las Comunidades Autónomas más activas. Eje X: posición (1ª comunidad autónoma en transponer, 2ª posición). Eje Y: número de veces que se ocupa cada posición.

Fuente: elaboración propia

4.1 · Transposición innovadora

Es posible apreciar en la transposición de las principales Directivas comunitarias que fijan instrumentos transversales de protección ambiental cómo un conjunto de CCAA ha seguido una pauta de adaptación de la normativa comunitaria a las necesidades de tutela propias con un cierto talante innovador. Así, la transposición de la normativa de evaluación ambiental favoreció que ciertas CCAA instrumentaran procedimientos simplificados de evaluación de impacto ambiental para actividades que quedaban fuera de los listados a los que era aplicable la evaluación de impacto ambiental o bien que ampliaran el listado de actividades sometido a evaluación de impacto

en aquel momento.[53] También soluciones propias para resolver cuestiones que plantean las técnicas reguladas.[54]

En general, esta transposición autonómica, con un cierto afán por aprovechar el derecho comunitario para mejorar las fórmulas de control internas, está ligada a la incorporación de los denominados instrumentos transversales –evaluación de impacto ambiental (EIA), autorización ambiental integrada (AAI), evaluación ambiental estratégica (EAE), EMAS– que se ponen en marcha en la UE entre 1985 y 2001. En todos estos casos ciertas Comunidades Autónomas se anticipan a la legislación estatal de transposición y buscan ese efecto ampliado. Es especialmente significativa en esta dirección la transposición que realiza Cataluña de la Directiva IPPC, anticipándose a la estatal, para operar una doble modificación: incorporar la Directiva y, al mismo tiempo, desmontar el anquilosado sistema de control de actividades clasificadas del Raminp. La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental, fue seguida en su filosofía por una amplia mayoría de las Comunidades Autónomas.

No obstante hay que señalar que puede también apreciarse en algunos casos inconstancia en esa voluntad de adaptación de la normativa comunitaria. A un primer momento de adopción de normas que dan transposición a Directivas comunitarias, suceden largos periodos en los que la normativa autonómica se ve sobrepasada por modificaciones que no son incorporadas y se confía en la transposición estatal.[55] Se da así una situación de una cierta dificultad jurídica y práctica. Por un lado parece poco coherente afirmar la

---

53 Ley 8/1994, de 24 de junio (Castilla y León), de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1994; c.e. BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1994).

54 Por ejemplo, la Ley 11/2006, de 14 de septiembre, de evaluaciones de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas en las Illes Balears busca una fórmula para resolver de forma coordinada los trámites de informe precisos mediante la celebración de una reunión con presencia de los órganos e instituciones afectadas (art. 29.2); un mecanismo para resolver discrepancias entre el órgano sustantivo y el órgano ambiental (art. 36) cuando se produzcan en proyectos que corresponde a autorizar o aprobar por los consejos insulares o ayuntamientos; un plazo de caducidad de las evaluaciones más corto que el que fija la normativa estatal (art. 56), o una interesante prestación ambiental sustitutoria de las multas firmes consistente en restauración, conservación o mejora del medio ambiente, o de educación ambiental (art. 80).

55 Galicia, por ejemplo, aprobó, y no ha renovado después de las sucesivas Directivas comunitarias, el Decreto 442/1990, de 13 de septiembre, de evaluación del impacto ambiental para Galicia.

existencia de una competencia propia que justifica la transposición autonómica del Derecho comunitario y que esta no se extienda a las sucesivas modificaciones de estas disposiciones comunitarias. Más aún, cuando *de facto* el ejecutivo autonómico aplica las disposiciones estatales y, sin disposición derogatoria de su legislación autonómica, olvida su propia normativa. Desde el punto de vista práctico se dificulta al operador jurídico –público y privado– el discernimiento de la norma aplicable y en qué medida la norma autonómica previa contiene preceptos que no se ven desplazados por la norma estatal posterior.

Existen también ejemplos de normas autonómicas que parecen anticiparse a la legislación comunitaria abriendo camino a instrumentos que posteriormente pasan a ser de aplicación general por obra de directivas comunitarias. No se trata propiamente de transposición de normas comunitarias, si bien a veces se utilizan en el momento de transposición para justificar el cumplimiento de los mandatos de las directivas sin necesidad de cambios normativos. Así, por ejemplo la Ley vasca general de protección del medio ambiente de 1998 introducía conceptos claves de valores límite, valor umbral, etc., de la Directiva de calidad del aire o varias Comunidades Autónomas anticipan el sometimiento de ciertos planes y programas a la técnica de la evaluación ambiental estratégica con anterioridad a la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.[56] Sin duda esa sintonía facilita la adaptación posterior de la legislación autonómica al existir una práctica administrativa previa con cierta homogeneidad con las finalidades perseguidas por las directivas comunitarias.

4.2 · ¿Transposición autonómica o desarrollo de la normativa estatal?

La normativa ambiental autonómica de transposición de Directivas comunitarias asume en general sin discusión la intermediación estatal y omite, incluso, la referencia a la Directiva comunitaria como fuente normativa

56 Decreto Legislativo 1/2000, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales de Castilla y León; Decreto 50/1991, de 29 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental para Cantabria; Ley 5/1999, de 8 de abril, Ley de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha.

de esa norma autonómica. El juego bases-desarrollo/normas adicionales de protección es habitualmente el fundamento de las normas autonómicas ambientales sin que con ellas se busque el protagonismo en la transposición de las directivas comunitarias sino, fundamentalmente, adaptar sus ordenamientos desarrollando las disposiciones básicas estatales.[57]

---

57 Son indicativas en este sentido las razones que motivan en Cataluña el Decreto-ley 2/2011, de 15 de noviembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de protección de los animales aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, y se establece un régimen provisional de captura en vivo y posesión de pájaros fringílidos para la cría en cautividad, dirigida a la actividad tradicional de canto durante el año 2011. Un Decreto-ley amparado en la legislación estatal para construir un régimen de excepcionalidad autóctono apoyado en decisiones comunitarias y jurisprudenciales: «En el ámbito de la normativa comunitaria la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, establece la prohibición de capturar los pájaros salvajes, pero, de acuerdo con su artículo 9, prevé que los Estados miembros pueden introducir excepciones, si no hay otra solución satisfactoria, entre otros motivos, para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de una manera selectiva, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinados pájaros en pequeñas cantidades.

»La normativa básica estatal vigente en la materia se encuentra recogida en la Ley 42/2007, de 23 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, que, de acuerdo con la normativa comunitaria, establece la prohibición de capturar en vivo animales salvajes. No obstante, también permite un régimen de excepciones, que puede ser regulado por la legislación autonómica para especies concretas, bajo condiciones muy estrictas y en determinadas circunstancias.

»El marco legal descrito y la jurisprudencia comunitaria existente al respecto señalan claramente como requisitos esenciales para la autorización de excepciones por parte de las autoridades competentes que se justifique que no hay ninguna otra solución satisfactoria para alcanzar la finalidad pretendida, que las capturas son en pequeñas cantidades y que se realizan en condiciones estrictamente controladas y de forma selectiva.

»La falta de una solución alternativa satisfactoria constituye la limitación más importante para poder regular un régimen de excepciones y en este sentido la Comisión Europea, de acuerdo con la jurisprudencia recaída al respecto, ha señalado que la actividad tradicional de canto que se realiza en Cataluña podría ser alcanzada mediante la cría y reproducción en cautividad como solución alternativa a la captura en vivo del medio natural, por lo que ha indicado la necesidad de avanzar en esta línea».

Igualmente el Decreto 65/2011, de 23 de noviembre, por el que se regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre: «El desarrollo reglamentario de estos dos títulos tiene como finalidad dictar normas para la protección de las especies cinegéticas, fomentar la conservación de las poblaciones de estas especies y plasmar jurídicamente los principios de protección genérica recogidos en la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, también conocida como Directiva Aves, especialmente para el caso de las aves cinegé-

Las normas autonómicas se dictan en desarrollo de la normativa estatal y llegan a veces a proclamar el carácter supletorio de ésta en aquello no previsto por la norma autonómica.[58] Con esta práctica se podría pensar que se acepta una cierta «petrificación» del ordenamiento autonómico por cuanto es la norma estatal la que fija la pauta normativa para la Comunidad Autónoma y las eventuales modificaciones de la Directiva comunitaria e incumplimientos relacionados con la transposición por parte el Reino de España arrastrarían a las Comunidades Autónomas que asumen la necesidad de que el Estado les dé la entrada para realizar sus propias adaptaciones.

Se llega a enunciar por algunas normas autonómicas un achicamiento de su espacio normativo por obra de la incorporación del Derecho comu-

---

ticas, y en el Convenio de Bonn relativo a la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (1979). La obligación de incorporar la normativa comunitaria a nuestro derecho interno motivó, a escala nacional, la promulgación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en adelante, Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y es lo que también motiva este decreto, dando un paso más a la hora de definir y regular las modalidades de caza y los regímenes de autorización, según criterios de sostenibilidad y de ordenado aprovechamiento del recurso cinegético».

58 Ley 8/1994, de 24 de junio (Castilla y León), de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1994; c.e. BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1994):

«Disposición 1ª

»En lo no previsto en la presente Ley, será de aplicación supletoria el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, y el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del mismo».

Decreto 45/1994, de 4 de marzo, de la Diputación General de Aragón, de evaluación de impacto ambiental:

«Artículo 1. Objeto.

»1. El presente Decreto tiene por objeto regular la obligación de someter a evaluación de impacto ambiental los proyectos públicos o privados consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 30 de junio, así como los previstos en leyes sectoriales, cuando su realización o autorización corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

»2. La tramitación administrativa de los expedientes de evaluación de impacto ambiental seguirá el procedimiento previsto en este Decreto, aplicándose, subsidiariamente, lo dispuesto en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986».

nitario, asumiendo, en consecuencia, que las normas comunitarias no ocuparían –total o parcialmente– el espacio de lo básico. Es elocuente en esta línea la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia:

> Es cierto que la adhesión de España a la Comunidad Europea no altera la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como recuerda con frecuencia el Tribunal Constitucional (STC 252/1988, de 20 de diciembre, entre otras), lo que supone que al Estado solo le corresponde la transposición del Derecho ambiental comunitario si reviste el carácter de legislación básica. Pero no es menos cierto que es esto lo que suele ocurrir, pues el principio de subsidiariedad conduce a la Comunidad Europea al dictado de unas normas mínimas, abriendo a los Estados miembros la posibilidad de aprobar normas adicionales, existiendo por tanto una clara analogía con el sistema constitucional de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
>
> En definitiva, la Comunidad Autónoma ha de habérselas hoy con un espacio normativo más reducido, debido a la existencia de nuevas leyes estatales que han venido, a impulsos de la normativa comunitaria, ampliando los instrumentos de control ambiental de planes, programas, proyectos y actividades, o dando mayor contenido regulador a instrumentos ya existentes, como es el caso de la evaluación de impacto ambiental.

El hábito común de aguardar a la transposición estatal –solo quebrado en ciertos ámbitos muy concretos o por Comunidades Autónomas con una trayectoria ambiental ¿y autonómica? coherentes–; la frecuente explicación de las normas autonómicas como disposiciones de desarrollo o adicional protección en relación con la normativa básica estatal antes que como directa transposición del derecho comunitario; la inconstancia en la actualización de esta normativa cuando las fuentes comunitarias son modificadas e incorporadas por normas estatales, parecen indicar que frente a la pretendida conflictividad competencial en relación con la incorporación del derecho comunitario lo que parece más plausible es una generalizada falta de contestación de las bases estatales, en tanto que transposición directa de los preceptos comunitarios, vengan estas amparadas en el título competencial medio ambiente o en otros concurrentes.

4.3 · Contradicción entre la normativa autonómica anterior y la legislación básica de transposición posterior

Como hemos indicado, en ocasiones la transposición autonómica se ha anticipado a la transposición estatal. No obstante, esta anticipación que busca evitar la transposición tardía o, directamente, asumir que la transposición se efectúa en parcelas competencialmente propias puede presentar problemas en el momento en que el Estado procede a dictar sus normas de transposición. «Este fenómeno de anticipación de la normativa autonómica se planteó inicialmente en supuestos en los que todavía no existía una legislación básica postconstitucional, y la única condición impuesta por la jurisprudencia constitucional fue que aquélla respetara las normas "materialmente" básicas deducibles de la legislación estatal preconstitucional (supuestos de este tipo, en materia ambiental, son los planteados en las SSTC 64/1982, 69/1982 y 82/1982). Pero en la actualidad dicho fenómeno se plantea con bastante más frecuencia con motivo de la transposición al Derecho interno de Directivas comunitarias en materias, como la protección del medio ambiente, en las que rigen estos esquemas de reparto competencial».[59]

A pesar de las reticencias expresadas por determinados autores en cuanto a la dificultad para el Estado de efectuar posteriormente su transposición, ya que «de modo indirecto, queda restringido el alcance de lo básico, a veces en perjuicio de la protección ambiental»,[60] lo cierto es que las directivas ambientales en las que ha habido anticipación autonómica no parecen haber planteado particulares conflictos competenciales.[61] Puede observarse, además, que con el paso del tiempo estas Comunidades Autónomas parecen

---

59 Valencia Martín (2006): 247.

60 Fernández Salmerón, M., y Soro Mateo, B. (2001): *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el estado autonómico*, Atelier, Barcelona, p. 55. Estos autores recogen también una conclusión parecida sobre el condicionamiento de hecho que esa anticipación supondría sobre las competencias estatales básicas de Muñoz Machado, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, p. 430.

61 La Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de actividades de Cataluña vierte, por ejemplo, estas consideraciones en su exposición de motivos que reflejan la ausencia de aparentes controversias en este proceso en que la legislación básica estatal se aprueba con posterioridad a la norma autonómica: «La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, estableció en Cataluña el modelo de prevención y control integrados de la contaminación instaurado por la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, de prevención y control integrados de la contaminación (IPPC).

acabar asumiendo la normativa estatal básica y adaptando sus preceptos a las disposiciones estatales. Todo ello en un contexto en el que hay que volver a insistir en la mimetización entre el alcance de las Directivas comunitarias y el espacio propio de la legislación básica e, incluso, en muchos casos una regulación europea que por su grado de detalle ocupa espacios de desarrollo autonómico.

La evaluación de impacto ambiental y el control integrado de la contaminación han sido dos ámbitos en los que la dilación estatal en la transposición normativa dio pie a ciertas Comunidades Autónomas a anticiparse a la regulación estatal. Así el Decreto 4/1986, de 23 de enero, de implantación y regulación de los estudios de impacto ambiental de Illes Balears desarrollaba la técnica de evaluación de impacto ambiental abriendo un abanico de posibilidades de evaluaciones en función del momento en que se realizaran en relación con la ejecución del proyecto o bien en el grado de complejidad requerido. Posteriormente la Ley balear 11/2006 de 14 de septiembre, de evaluaciones de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas, que sustituye a este Decreto, afirma que su pertinencia «para tener una normativa moderna y adaptada a la normativa comunitaria y a la legislación básica estatal».

Es significativo en este sentido el *iter* seguido por la normativa catalana de control integrado de la contaminación –que, por cierto, sirvió de guía para un grupo de CCAA–. La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental supuso la primera norma que transponía, de forma innovadora y ambiciosa, la Directiva 96/61/CE, anticipándose a la legislación estatal de transposición, aunque sin realizar referencia alguna a esta Directiva comunitaria sino a la necesidad de superar el estrecho y periclitado marco de control de acti-

»En los últimos años, sin embargo, el Estado ha aprobado una serie de normas con carácter de legislación básica que, junto con la reciente modificación y la sustitución de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, por la Directiva 1/2008, de 15 de enero, de prevención y control integrados de la contaminación, obligan a modificar la Ley 3/1998, de 27 de febrero, y a adecuar los regímenes de intervención ambiental a la regulación establecida, en concreto, a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, a la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y al Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos».

vidades que permitía el RAMINP. Curiosamente, cuando es derogada la nueva norma (Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades) expresamente menciona este carácter de norma de transposición de la Directiva comunitaria e indica la voluntad de adaptarse a la legislación básica estatal, que había sido aprobada con posterioridad a la ley catalana:

> Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades.
>
> Exposición de motivos
>
> La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, estableció en Cataluña el modelo de prevención y control integrados de la contaminación instaurado por la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, de prevención y control integrados de la contaminación (IPPC).
>
> En los últimos años, sin embargo, el Estado ha aprobado una serie de normas con carácter de legislación básica que, junto con la reciente modificación y la sustitución de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, por la Directiva 1/2008, de 15 de enero, de prevención y control integrados de la contaminación, obligan a modificar la Ley 3/1998, de 27 de febrero, y a adecuar los regímenes de intervención ambiental a la regulación establecida, en concreto, a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, a la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y al Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos.
>
> Al mismo tiempo, esta Ley pretende superar las dificultades que se han presentado a raíz de la regulación de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, e incorporar otros requerimientos derivados de modificaciones recientes de la legislación ambiental sectorial. La ejecución de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, ha evidenciado la dificultad de aplicar algunos de sus preceptos y la complejidad del procedimiento de intervención administrativa para determinadas categorías de actividades. Por ello, esta Ley pretende racionalizar y simplificar trámites y corregir las determinaciones que han generado dudas y han originado prácticas de gestión claramente mejorables.

Sobre esta circunstancia de la tardía regulación estatal que propicia una incorporación autonómica previa del derecho comunitario, recientemente el TC afirmaba:

> Como hemos señalado recientemente en cuanto a la variabilidad de las bases estatales, la anticipación de la normativa autonómica no invalida el carácter básico de la normativa aprobada con posterioridad por el Estado, «con las consecuencias correspondientes para las normas de todas las Comunidades Autónomas en cuanto a su necesaria adaptación a la nueva legislación básica» (STC 158/2011, de 19 de octubre, FJ 8), pues «no puede pretenderse que el ejercicio previo de una competencia autonómica en una materia [...] produzca, por esa sola razón, una suerte de efecto preclusivo que impida al Estado el ejercicio de sus propias competencias [...] De este modo, si se reconoce que el Estado tiene la competencia para desarrollar las bases en una determinada materia, esa competencia integra la capacidad para modificar la regulación básica, de modo tal que el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear esa capacidad de revisión por parte del Estado, bajo el argumento de que la nueva normativa básica va contra los dictados de las disposiciones autonómicas previas» [STC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b)] (STC 69/2013, de 14 de marzo)

El carácter no preclusivo de la legislación autonómica que se anticipa a una posterior regulación estatal que se afirma como básica puede, por tanto, producir distorsiones en la incorporación del derecho de la UE.

Llegan a producirse supuestos paradójicos de vacío normativo como el que propicia la Ley 12/2011, de medidas fiscales y administrativas de Galicia, que procede a derogar la Ley 7/1997, de 11 de agosto, de protección contra la contaminación acústica, y su normativa de desarrollo (Decreto 150/1999, por el que se aprueba el reglamento de contaminación acústica, y Decreto 320/2002, por el que se aprueba el reglamento que establece ordenanzas tipo). La disposición derogatoria incorpora un mandato de elaboración en el plazo de un año de un decreto «en el que se incorpore al derecho autonómico la normativa europea y estatal básica en materia de contaminación acústica y se establezcan las normas adicionales de protección que sean oportunas». Esta derogación se justifica «para evitar los resultados divergentes e incluso incompatibles de su aplicación con respecto a la normativa estatal básica desarrollada a partir de la Ley 37/2003». El legislador, casi diez años después de su aprobación, procede al desmontaje del sistema de protección acústica autonómico por una incompatibilidad sobrevenida con la posterior ley estatal, sin molestarse en construir el armazón normativo que completaría la normativa básica estatal y, sobre todo, dejando a las ordenanzas municipales aprobadas amparadas en la normativa sectorial autonómica en una difícil tesitura jurídica. Se produce un doble fenómeno de vacío normativo y deslegalización del régimen jurídico de la

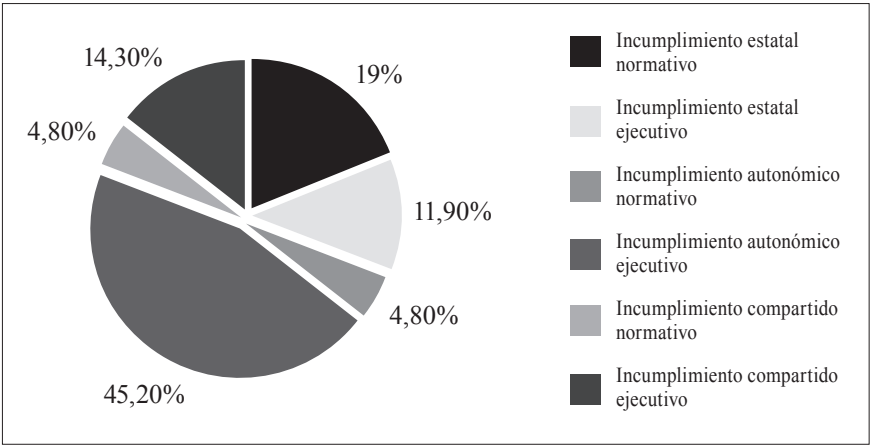
contaminación acústica puesto que será un simple decreto autonómico el que incorpore el derecho europeo y establezca las normas adicionales de protección que puedan considerarse necesarias en este terreno. La eventual inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica que parece insinuar la disposición derogatoria no debe ocultar por tanto las lagunas normativas que genera esta derogación y la, implícita, dejación competencial temporal que se asume.

5 · El mito del incumplimiento autonómico en la transposición del Derecho comunitario

El Derecho ambiental comunitario ha sido un ámbito en el que el Reino de España ha concentrado un número substancial de condenas por infracción del Derecho comunitario. Así, se señala por el Consejo de Estado entre los sectores que más procedimientos por infracción acumula.[62] Evaluación de impacto ambiental, residuos, aguas, espacios naturales son, por ejemplo, sectores en los que se han producido condenas por incumplimiento del Derecho comunitario.

No obstante, una buena parte de estas condenas se producen en relación con actos de ejecución, que violarían el derecho comunitario, y no en tan gran medida por una inadecuada, inexistente, tardía o incompleta transposición. A pesar de la dificultad de realizar un seguimiento completo da la jurisprudencia comunitaria y de la frecuencia con que esos déficits de cumplimiento se solucionan por los cauces previstos en los tratados previos a la fase contenciosa, lo cierto es que un examen de la jurisprudencia existente permite apuntar unas ciertas conclusiones en relación con quién incumple y en qué consisten los incumplimientos.

62 *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías de cumplimiento del Derecho comunitario*, 15.12.2010, http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf, p. 57.



Fuente: elaboración propia.[63]

Un repaso de la jurisprudencia recaída permite apreciar que apenas el 21% de los incumplimientos constatados se deben propiamente a una ausencia total o parcial de transposición de directivas comunitarias. El grueso de los incumplimientos se concentran, por tanto, en una defectuosa o nula aplicación de las disposiciones comunitarias. También se puede significar que aproximadamente dos tercios de los incumplimientos normativos son estatales y que el tercio restante se reparte de forma igual entre incumplimientos autonómicos y compartidos, entendidos como aquellos en los que la sentencia revela la ausencia de desarrollos normativos tanto estatales como autonómicos. Por el contrario, la mayor parte de los incumplimientos relacionados con la mala o inexistente aplicación de las normas comunitarias tiene origen autonómico –invirtiéndose la cifra anterior de 2/3 de incumplimientos ejecutivos autonómicos y un tercio de origen estatal y repartida de forma semejante.

Estas cifras traslucen también cuál es el peso que tiene la actividad normativa autonómica de transposición del Derecho comunitario. Tan solo

63 Elaborada a partir de un vaciado de la jurisprudencia existente bajo el criterio de búsqueda «medio ambiente» en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

dos sentencias en el periodo estudiado (SSTJUE de 9 de diciembre de 2004, as. C-79/03, y de 22 de septiembre de 2011, as. C-90/10) constatan incumplimientos autonómicos en la transposición de directivas comunitarias, mientras que los incumplimientos en la ejecución son más numerosos (19) si bien también este dato podría ser matizado teniendo en cuenta que en muchas sentencias la comunidad autónoma incumplidora es tan solo una, por lo que globalmente no parece una cifra significativa.

La autorización de proyectos en zonas en que debería garantizarse la protección de hábitats, el depósito de residuos sin las autorizaciones preceptivas, el incumplimiento de los parámetros de vertidos en materia de aguas en determinados lugares, la ausencia de evaluaciones de impacto ambiental, son algunos de los supuestos en los que se ha condenado al Reino de España. Solo en contadas ocasiones estas condenas traen causa en legislación autonómica o se arguye como causa la ausencia de transposición autonómica aunque, como se sabe, esto no actúe como eximente ante las instancias comunitarias.[64] No estamos, por consiguiente, generalmente tanto ante incumplimientos normativos (falta de transposición o transposición parcial o incorrecta) como ante omisiones aplicativas de las normas comunitarias. El problema, en definitiva, tampoco puede analizarse por la vía de la discusión competencial puesto que ni las Comunidades Autónomas parecen reclamar para si mismas la incorporación del Derecho europeo ambiental, ni generalmente cuestionan las normas básicas estatales que transponen Directivas comunitarias. Volviendo a lo tratado anteriormente, la clave parece estar en los mecanismos de reforzamiento de la implementación –*check-lists*, comités de seguimiento, informes de seguimiento, refuerzo y coordinación de la inspección...

De hecho, en ámbitos en los que la transposición ha sido eminentemente estatal, como en aguas, se encuentran sentencias del TJUE en las que se aprecia la omisión autonómica de actos más propios de la órbita de la gestión –designación de autoridades competentes, de zonas a

64 STJUE de 9 de junio de 2005, al autorizar una Orden foral la práctica de caza a contrapasa de la paloma torcaz: «bien es cierto que sobre la base de lo dispuesto por la disposición adicional octava de la Ley (estatal) 40/1997, de 5 de noviembre», como recuerda el Consejo de Estado (p. 68); la Sentencia de 9 de diciembre de 2004, también en materia de caza, amparada en un Decreto de la Generalitat Valenciana; la STJUE de 8 de septiembre de 2005, por infracción de normas estatales y autonómicas de la normativa comunitaria de aguas y evaluación de impacto.

proteger–[65] que del incumplimiento de las obligaciones normativas de transposición.

Es cierto que debe haber mecanismos para perseguir también estos incumplimientos que generan en último extremo la responsabilidad del Estado, pero no lo es menos que no nos encontramos tanto ante problemas competenciales –puesto que no se percibe una especial conflictividad en este ámbito o una disparidad en el comportamiento estatal/autonómico en cuanto a la diligencia en el cumplimiento– como ante una generalizada asunción insuficiente de las obligaciones comunitarias.[66]

Un recorrido por la jurisprudencia constitucional en materia de medio ambiente permite apreciar que los conflictos competenciales planteados prácticamente no hacen referencia a discrepancias en cuanto a la competencia estatal para realizar la incorporación del derecho comunitario. O lo que es lo mismo, parece asumirse que la normativa estatal de transposición ocupa el espacio de lo básico. Coincidimos con Fernández Salmerón y Soro Mateo en que en el empleo de las *potestades implícitas* como técnica de atribución de competencias de gestión ambiental al Estado está «el principal caballo de batalla de los Parlamentos autonómicos, que discuten ante el TC en la mayoría de los casos, no el detalle de las normas básicas estatales sobre protección del medio ambiente, sino la invocación de una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, como lo es la gestión ambiental».[67]

Uno de los pocos conflictos suscitados sobre las competencias estatales en relación con la incorporación de normas comunitarias ambientales es, precisamente, del Reglamento CEE 1836/1993 del EMAS, norma que no exigiría actos de transposición, en que el Estado se apodera de las funciones de ejecución que requería su puesta en marcha y, en los aspectos normativos controvertidos, se apoya en la competencia del 149.1.13 –que no es aceptada

---

65 La STJUE de 7 de mayo de 2009 establece que el Reino de España ha incumplido la obligación de designación de las autoridades competentes, obligación que incumbiría a varias comunidades autónomas. También en materia de aguas varias comunidades autónomas omitieron la designación de zonas sensibles en cuencas intracomunitarias, causando la condena en la Sentencia de 15 de mayo de 2003.

66 Significativamente, la STC 102/1995, de 26 de junio (FJ.14) hace alusión a esa ausencia de conflictividad en relación con el carácter básico de la normativa de impacto ambiental en relación con una discusión sobre la transposición del Derecho de la UE: «Es el caso que en este aspecto el Real Decreto Legislativo 1302/1986, vigente pacíficamente, se autoatribuye el carácter de legislación básica (artículo 1) y respeta el orden constitucional de competencias».

67 Fernández Salmerón y Soro Mateo (2001): 395-396.

por el TC en relación con las funciones relativas al EMAS al encuadrarse este instrumento en el medio ambiente, usando como parámetro para este encuadramiento el propio Reglamento comunitario–. La normativa estatal reconocía al Estado una actividad de gestión, como era la designación de entidades de acreditación de verificadores medioambientales, y designaba incondicionadamente a la Entidad Nacional de Acreditación (en adelante ENAC) como entidad acreditadora de verificadores medioambientales que actúa en todo el territorio estatal, en concurrencia con las designadas por las Comunidades Autónomas.[68] La STC 33/2005, de 17 de febrero (FJ. 11) indicaba:

> Por otra parte, carece de relevancia a los efectos de justificar la asunción por el Estado de la competencia ejecutiva de designación de una entidad de acreditación, la preocupación manifestada por el Abogado del Estado ante el hecho de que la acreditación realizada por las entidades designadas por las Comunidades Autónomas pueda tener trascendencia en el ámbito europeo. Ya hemos dicho que la ejecución de la normativa comunitaria habrá de ajustarse en todo caso a los criterios constitucionales y estatutarios de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues, como señalamos en la STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 10, refiriéndonos a la consolidada doctrina constitucional sobre este aspecto, «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». De modo similar a lo que en aquel caso acontecía (en el que consideramos que la actividad ejecutiva de expedir certificados oficiales de los materiales forestales de reproducción debía encuadrarse en la potestad ejecutiva que correspondía a la Comunidad Autónoma promotora del conflicto, sin que tal atribución pudiese alterarse por el hecho de que estuvieran destinados al comercio exterior), en el presente supuesto son las Comunidades Autónomas, y no el Estado, quienes pueden designar, con independencia de su posterior proyección en el ámbito comunitario, estas entidades cuya función es acreditar a los verificadores medioambientales.

Tampoco las sucesivas sentencias en relación con la normativa básica de evaluación de impacto ambiental,[69] en las que el TC concluye, de forma discutible, que la evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse como ejecución o gestión en materia de medio ambiente sino como un

68 STC 33/2005, de 17 de febrero.

69 Más recientemente las SSTC 34/2012, de 15 de marzo, y 1/2012, que se remiten a su vez a la doctrina sentada en las SSTC 13/1998, de 22 de enero, y 101/2006, de 30 de marzo.

instrumento al servicio de los títulos competenciales sectoriales en virtud de los cuales se ejecuta el proyecto sustantivo –aguas, minas, carreteras...–. La controversia no se produjo en relación con aquellos aspectos del texto básico que suponían una incorporación de las previsiones comunitarias sino que, precisamente, el conflicto está focalizado en los preceptos en los que se adoptan disposiciones organizativas internas ajenas, por el principio de autonomía institucional, al Derecho comunitario.[70]

Es significativa la argumentación del Gobierno Vasco en relación con el conflicto de competencias que falla la STC 13/1998, de 22 de enero, ya que distingue varios bloques de disposiciones en la Directiva 85/337/CEE y expone en relación con «aquellos que reproducen regulaciones positivas de la Directiva 85/337/CEE, y que son mandatos hacia los Estados miembros», que «analizando el carácter de los distintos grupos de preceptos caracterizados como básicos, *no cabría ninguna duda respecto a la bondad de los del primer grupo*» (la cursiva es nuestra). Tampoco muestra problemas con disposiciones de la Directiva «potestativas», esencialmente los proyectos del Anexo II, o las excepciones a la EIA por motivos de Defensa, «aunque obviamente no desde el punto de vista material medioambiental». Las discrepancias competenciales, en cambio, estriban alrededor de «aquellos que, no encontrándose en la Directiva, esta última permite a la luz de su art. 13. Y, en quinto lugar, aquellos otros que tienen por objeto establecer administrativamente los órganos competentes». En definitiva, se acepta que la transposición de las disposiciones de la Directiva tiene carácter básico y tan solo se discuten cuestiones internas en relación fundamentalmente con la articulación del procedimiento de evaluación de impacto –bifásico y complejo, con intervención de un órgano ambiental y uno substantivo que aprueba el proyecto– y, en concreto, la asunción estatal de competencias ejecutivas de evaluación en relación con los proyectos de competencia sectorial estatal. El conflicto competencial, por tanto, no versa sobre los cauces de la incorporación del Derecho de la UE, sino por la consideración

70 STC 1/2012, de 13 de enero: «las SSTC 13/1998 y 101/2006 ya concluyeron que no era inconstitucional la atribución al Estado de la competencia de evaluación de impacto ambiental respecto a los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado, por cuanto que "es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad"».

de determinadas decisiones con proyección interna como gestión o no y su encuadramiento en la competencia ambiental o en otras competencias sectoriales.

Finalmente, cabría realizar una reflexión sobre el acierto de la previsión del artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en relación con la centralización en la órbita estatal de las comunicaciones preceptivas a la UE, que puede acabar actuando como un elemento que permite «descansar» a las Comunidades Autónomas por cuanto no solo la responsabilidad jurídica, sino también la administrativa de comunicación del cumplimiento de las obligaciones comunitarias, está reservada al Estado.

6 · Conclusiones

«Desde la perspectiva europea, cumplimos en tiempo mejor que otros países de nuestro entorno. Sin embargo, desde la perspectiva interna y desde el respecto a la distribución de competencias, la forma en la que insertamos el Derecho europeo en el ordenamiento español es claramente mejorable».[71] Efectivamente, la transposición del Derecho comunitario ambiental en el Reino de España sufre varias patologías. Se transpone a menudo tarde con respecto a los plazos máximos de transposición. Sobre todo se transpone de forma insuficiente o incompleta y esto se plasma en un número relevante de procedimientos de infracción del Derecho comunitario que ocasionalmente alcanzan el TJUE pero que habitualmente son resueltos con anterioridad. Singularmente, a los efectos que interesan de forma central a este trabajo, la transposición se efectúa forzando, a nuestro juicio, el reparto interno de competencias pero, también es preciso decirlo, sin que las Comunidades Autónomas hayan discutido de forma significativa esta pauta.

En efecto, las autoridades centrales han asumido –aunque fuera tarde y parcialmente– el grueso de la transposición del Derecho europeo en materia de medio ambiente. Amparándose en el título competencial medio ambiente, y también en los de sanidad, defensa, comercio exterior, ordenación eco-

71 García Morales, M. J. (2011): «La prevención del incumplimiento del Derecho europeo en el Estado autonómico: instrumentos, posibilidades y límites», en Biglino Campos, P., y Delgado del Rincón, L. E. (dirs.), *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 20.

nómica, bases del régimen minero y energético, entre otros, las directivas comunitarias han sido transpuestas por el Estado.

Como se ha señalado, los procedimientos por infracción del Derecho comunitario, más que incumplimientos normativos (falta de transposición o transposición parcial o incorrecta), son omisiones aplicativas de las normas comunitarias, por lo que la solución parece estar en los mecanismos de reforzamiento de la implementación –*check-lists*, comités de seguimiento, informes de seguimiento, refuerzo y coordinación de la inspección...–. Las Comunidades Autónomas no parecen reclamar para sí mismas la incorporación del Derecho europeo ambiental, excepto el núcleo de normas que fijan técnicas de tutela ambiental de corte más procedimental, ni generalmente cuestionan las normas básicas estatales que transponen Directivas comunitarias.

Es cierto que debe haber mecanismos para perseguir también estos incumplimientos que generan en último extremo la responsabilidad del Estado, pero no lo es menos que no nos encontramos tanto ante problemas competenciales –puesto que no se percibe una especial conflictividad en este ámbito o una disparidad en el comportamiento estatal/autonómico en cuanto a la diligencia en el cumplimiento– como ante una generalizada asunción insuficiente de las obligaciones comunitarias.

Un recorrido por la jurisprudencia constitucional en materia de medio ambiente permite apreciar que los conflictos competenciales planteados prácticamente no hacen referencia a discrepancias en cuanto a la competencia estatal para realizar la incorporación del derecho comunitario. O lo que es lo mismo, parece asumirse también en el plano interno que la normativa estatal de transposición ocupa el espacio de lo básico.

Por su parte, centrándonos en los ámbitos en que las Comunidades Autónomas han sido más activas, se ha realizado una cierta labor de transposición especialmente en lo que a la normativa comunitaria de corte más procedimental o transversal se refiere. Ha habido, incluso, Comunidades Autónomas que han transpuesto antes y de forma más innovadora este conjunto de directivas (EIA, AIA, EAE...). No obstante, esta transposición ha sido mucho más escasa o inexistente en relación con la regulación sectorial y sus implicaciones ambientales (aguas, residuos, contaminación atmosférica, cambio climático). Excepto en lo que se refiere a las determinaciones organizativas precisas para gestionar estos ámbitos, las Comunidades Autónomas parecen dejar en manos del Estado la transposición de valores límites de emisión, caudales ecológicos, metodología e indicadores de seguimiento,

etc. Estos patrones de comportamiento en cuanto a un mayor activismo en la transposición de normativa ambiental que incide en las potestades de autoorganización de cada Administración –normas ambientales de control procedimental preventivo de actividad–, frente a una asunción del juego bases-desarrollo cuando las normas transponen preceptos substantivos de control de la contaminación, también resulta confirmado por los conflictos positivos de competencia que la transposición del derecho ambiental comunitario ha planteado ante el Tribunal Constitucional. Se ha requerido así el pronunciamiento del TC en relación con la normativa de aplicación del Sistema Comunitario de Gestión y Auditorías Ambientales (que a pesar de ser un Reglamento precisaba de disposiciones organizativas internas para su funcionamiento), también sobre la normativa de evaluación de impacto ambiental en diversas ocasiones. Incluso en estos ámbitos, solo tangencialmente se cuestiona la transposición estatal, y cuando se hace es en virtud de que entra en aspectos no básicos incardinados más propiamente en la esfera de la gestión. Los conflictos que, en cambio, han planteado normas internas de aguas o espacios naturales no tenían su origen en discusiones sobre la responsabilidad de transposición sino sobre el reparto competencial en el plano interno.

Por otro lado, a pesar de la cierta excepcionalidad que el Tribunal Constitucional liga a la transposición por normas reglamentarias lo cierto es que una buena parte de nuestro acervo normativo en este terreno está recogido en normas del ejecutivo y no del legislativo. De forma prácticamente exclusiva en ciertos sectores del ordenamiento –contaminación atmosférica– y predominante en otros –aguas, residuos, espacios naturales–, la transposición de normas ambientales por parte del Estado se produce mayoritariamente a través de reglamentos. En estos, además, el fundamento competencial se realiza generalmente de forma genérica sin indicación de los artículos afectados, muchas veces mencionando varios títulos competenciales, lo que dificulta un análisis competencial adecuado.

Por parte de una mayoría de las Comunidades Autónomas también cabría decir que más que efectuar transposición de directivas comunitarias lo que se aprueba son normas de desarrollo de la legislación básica del Estado. Con frecuencia las exposiciones de motivos de las normas ambientales autonómicas explicitan que se encuadran en el marco de la legislación básica del Estado y omiten, o introducen como *obiter dicta*, la relación de su legislación con la fuente comunitaria. Tan solo parecen apartarse consciente y continuadamente de este esquema Cataluña, y en menor medida

el País Vasco. En el caso catalán, se omite en ocasiones la mención a la legislación estatal, en algunos casos por la propia prioridad temporal de la norma catalana –como sucedió en control integrado de la contaminación.

Un dato que también es relevante en cuanto a los patrones que sigue el derecho ambiental autonómico de transposición del derecho comunitario es su alta fragilidad o volatilidad. En muchas Comunidades Autónomas se aprecia una transposición «a impulsos», habitualmente ligada a la propia prioridad política que se concede a este sector del ordenamiento por determinados cargos públicos o partidos políticos. Se concentran en determinados periodos altos niveles de producción normativa, que en el terreno ambiental suelen estar ligados a transposición de normas europeas, fruto de empeños momentáneos. Esto es común, por otro lado, a las estructuras gubernamentales centrales, como es patente en el florecimiento normativo del periodo 2004-2008.

Solo un reducido número grupo de Comunidades Autónomas muestran una pauta constante de normación y transposición ambiental –singularmente Cataluña, País Vasco, Navarra y Castilla y León, Andalucía–. En general, son Comunidades Autónomas en las que la preocupación por el medio ambiente nace con los albores autonómicos y se mantiene vivo mostrando continuidad en la incorporación de las sucesivas evoluciones del derecho comunitario. Una gran mayoría, por el contrario, han confiado en la transposición estatal omitiendo incluso normas de desarrollo o adicional protección de la legislación básica del Estado.

Existen ámbitos en los que, paulatinamente, se puede afirmar que se ha producido una práctica generalización de la incorporación de las exigencias del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas. Son esencialmente los relacionados con instrumentos transversales de protección que, en definitiva, son procedimientos propiamente administrativos que necesitan de normas autonómicas para activar su uso por parte de la administración (evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica, autorización ambiental integrada). Es cierto también que incluso en estos casos las disparidades entre Comunidades Autónomas son muchas. Desde las que se anticipan a la legislación estatal e impulsan aproximaciones innovadoras a la transposición que desbordan el mero *copy-out* (Cataluña con la IPPC, seguida por una gran mayoría de Comunidades Autónomas en un ejercicio paralelo de reconfiguración del sistema de control de actividades «clasificadas»), hasta las que puntualmente aprovechan para recuperar el tiempo perdido aprobando normas generales de protección ambiental

en las que incorporan una buena parte de los instrumentos mencionados (ej. Extremadura 2010, Murcia 2009).

7 · Bibliografía

Alonso García, E. (1993): *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Civitas-FUE, Madrid, tomos I y II.

Commission Staff Working Document, Seventh Annual Survey on the implementation and enforcement of Community environmental law 2005, Brussels, 8.9.2006, SEC (2006), 1143.

Com (2007) 0502 final, *Una Europa de resultados –la aplicación del derecho comunitario.*

— (2011) 531 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. VI Programa de Medio Ambiente, *Evaluación final*, Bruselas, 31.8.2011.

— (2010) 538 final, *Informe de la Comisión. Vigesimoséptimo Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE* (2009) Bruselas, 1.10.2010.

— (2012) 95 final, *Sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE: instaurar la confianza mediante la mejora de los conocimientos y la capacidad de respuesta*, Bruselas, 7.3.2012.

Ecologic Institute, Berlin and Brussels, *Final Report for the assessment of the 6th Environment Action Programme. Annexes* (DG ENV. 1/SER/2009/0044), 21 de febrero de 2011, http://ec.europa.eu/environment/newprg/pdf/Ecologic_6EAP_Report_Annexes.pdf

Fernández Salmerón, M., y Soro Mateo, B. (2001): *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el estado autonómico*, Atelier, Barcelona.

García Morales, M. J. (2011): «La prevención del incumplimiento del Derecho europeo en el Estado autonómico: instrumentos, posibilidades y límites», en Biglino Campos, P. y Delgado del Rincón, L. E. (dirs.): *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

García Ureta, A., y Arróspide Erkoreka, I. (1996): «Sobre la transposición de tres normas ambientales comunitarias en el Derecho estatal: Directivas 90/313 (acceso a la información), 92/43 (hábitats y especies de flora y fauna) y 271/91 (tratamiento de aguas residuales urbanas)», *RVAP*, núm. 46.

Garrido Cuenca, N. M., y Ortega Álvarez, L. (2010): «Legislación básica: el impacto ambiental de la Directiva de Servicios», en López Ramón, F. (dir.), *Observatorio de políticas ambientales 2010*.

Informe del Consejo de Estado sobre las garantías de cumplimiento del Derecho comunitario, 15.12.2010, http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf.

Jonhson, S., y Corcelle, G. (1995): *The environmental policy of the European Communities,* Kluwer Law International, London.

Kiss, A., y Shelton, D. (1993): *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press.

Krämer, L. (1990): *EEC Treaty and environmental protection*, Londres, 1990, Sweet & Maxwell.

Lasagabaster Herrarte, I. (1998): «Transposición del Derecho ambiental comunitario en el ordenamiento estatal», en García Ureta, A., *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, IVAP, Oñati.

Lazcano Brotóns, I. (1998): «La transposición de la normativa comunitaria en materia de espacios naturales protegidos», en García Ureta, A., *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Ivap, Oñati.

López Bofill, H. (2011): «Distribució de competències i reformes estatutàries. Un estudi comparat del sistema de distribució de competències en els Estatuts reformats i els efectes de la STC 31/2010 de 28 de juny», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 14.

Nogueira López, A. (1998): «Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12.

Nogueira López, A. (dir.) (2012): *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Madrid.

Pernas García, J. J. (2012): «El efecto desregulador de la Directiva de servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental», p. 271-320, en Nogueira López, A. (dir.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Madrid.

— (2009): «La autorización ambiental integrada: la integración horizontal de las autorizaciones sectoriales y su relación con otros mecanismos preventivos de protección ambiental», en Nogueira López, A., *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona.

Valencia Martín, G. (2006): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en López Ramón, F., *Observatorio de políticas ambientales 1978-2006*, Thomson-Aranzadi, Madrid.

Weale, A. (1993): *The new politics of pollution*, Manchester University Press, Manchester.

Capítulo VII

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

José Manuel Pérez Fernández

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior: rasgos esenciales. 2.1. La Directiva de Servicios: antecedentes. 2.2. Ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios. 2.2.1. La noción de «servicio» como criterio delimitador del ámbito de la Directiva de Servicios. 2.2.2. La delimitación negativa del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios: los servicios y finalidades excluidos. 2.2.3. Ámbito subjetivo: prestadores y destinatarios de servicios. 2.3. El nuevo régimen jurídico de acceso o ejercicio de las actividades de servicios y su incidencia en las libertades comunitarias. 2.3.1. Libertad de establecimiento. 2.3.2. Libertad de prestación de servicios. 2.4. Medidas no normativas: la simplificación administrativa, la calidad de los servicios y la cooperación administrativa. 3. La transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico estatal y autonómico. 3.1. Rasgos generales del proceso de transposición al derecho interno. 3.2. La transposición formal y la cuestión competencial en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LLAAS). 3.2.1. Consideraciones generales sobre la LLAAS: ¿un instrumento idóneo para la transposición de la Directiva de Servicios? 3.2.2. La LLAAS y su encaje en el sistema constitucional de distribución de competencias: análisis de los títulos competenciales que justifican su carácter de «norma básica». 3.2.3. La LLAAS y su eventual efecto derogatorio de la normativa autonómica. 3.2.4. La cláusula de responsabilidad por incumplimiento de la dis-

posición final cuarta de la LLAAS. 3.3. La transposición material y la cuestión competencial en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 4. La Directiva de Servicios y su impacto en el sector del comercio: transposición material y cuestión competencial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1 · Introducción

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, «relativa a los servicios en el mercado interior» (en adelante, Directiva de Servicios), es una norma acompañada por la polémica desde su origen,[1] considerada, por algunos autores, como la «más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy»,[2] y que tiene un objetivo esencial que no es nuevo: avanzar hacia la consecución real y efectiva del mercado interior en el sector de los servicios, considerado como el mayor de la economía europea, verdadero motor del crecimiento

1 Como señala Linde Paniagua, Enrique (2008a): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los Servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, p. 36, la aprobación de la Directiva de Servicios «ha estado envuelta en una gran polémica y está garantizado que la misma continúe durante un tiempo abultado porque supondrá transformaciones muy profundas en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, y no es improbable que su transposición cree tensiones importantes entre los Estados miembros y la Comisión Europea, salvo que se adopte por esta última un estándar de perfil bajo en lo que se refiere al cumplimiento de lo dispuesto en la misma. Un indicio de las dificultades que se avecinan para los Estados miembros es la larga exposición de motivos de la Directiva, de dimensiones prácticamente iguales al articulado de la misma, que tiene la virtud de anticipar criterios interpretativos por el legislador que son de considerable utilidad para los operadores jurídicos».

2 Cit. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2009): «La larga marcha por la libertad de empresa», en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios: Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, p. 168, y, por su parte, Muñoz Machado, Santiago (2009): «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, p. 3, afirma: «Nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas enraizadas en los Estados miembros».

económico y de la creación de empleo,[3] pero cuya consecución se pretende a través de un método y con un alcance ciertamente novedoso.[4]

En otras palabras, la finalidad esencial de la Directiva de Servicios es favorecer la consecución de un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea, a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que limitan actualmente el ejercicio de las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios, consagradas en los artículos 49 y 56 del TFUE,[5] que «constituyen las dos caras de

---

3 El argumento esencial de la Comisión Europea a favor de la Directiva es que mediante la eliminación de barreras a la libre circulación y la competencia se generará más riqueza (incremento del PIB) y, por tanto, más empleo. De un modo más detallado, siguiendo a Synnott, Brian (2008): «Los servicios sociales en la Directiva Bolkestein», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, p. 23, la Comisión Europea maneja los siguientes argumentos en defensa de la bondad de la Directiva: 1) Los servicios totalizan el 56% del PIB, pero solo el 20% del comercio. No obstante, la Comisión no ha concretado en qué nivel considera deben situarse. 2) El mercado interior en el periodo 1992-2002 permitió incrementar el PIB en 1,8 puntos porcentuales y 2,5 millones de puestos de trabajo. En esta línea, la Comisión prevé que la Directiva tendrá como resultado la creación de otro medio millón de empleos, además de subidas salariales. 3) Un estudio de la Comisión de 2002 identificó muchas «barreras» al comercio (aunque sin cuantificarlas, ni evaluarlas) que debían ser eliminadas para fomentar el crecimiento y el empleo. 4) Un estudio de la OCDE de 2005 (EDWP nº 432/2005) sostuvo que el PIB de la Unión Europea de 15 miembros se incrementaría en el 2,8% si se reducía la legislación nacional. La Comisión Europea citó también estudios del *Netherlands Bureau for Economic Policy* y del *Copenhagen Economics* que mostraban las ganancias que se alcanzarían a través de la desregulación (si bien el estudio danés no mostraba, entre otros, barreras relevantes en el sector minorista).

4 Véase Urrutia Libarona, Iñigo (2012): «Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios», en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos,* Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 43-44. Como señala Fernández Torres, Juan Ramón (2011): «La apertura de grandes establecimientos comerciales no puede quedar sujeta a consideraciones económicas (comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2011, Comisión c. España, as. C-400/08)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, p. 132: «Su objetivo institucional se traduce en la liberalización decidida del sector de los servicios, y no solo la pura y simple supresión de todos aquellos obstáculos a los no nacionales existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que carecen de justificación objetiva y son abusivos y desproporcionados»; no obstante, como veremos, algunos autores prefieren hablar más de «*desregulación*» que de «*liberalización*».

5 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión consolidada, DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008; los citados preceptos se corresponden con los antiguos artículos 43 y 56 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). La libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento constituyen la doble dimensión que integra

una misma moneda en la estrategia de desarrollo seguida en un momento dado por un prestador de servicios».[6] Y para ello la Directiva, en cuanto norma de política económica, se define, sustancialmente, por cuestionar toda regulación jurídico-pública que someta el acceso al mercado de las

---

la *libre circulación de servicios*: esto es, una de las cuatro libertades económicas de circulación básicas del mercado interior comunitario, junto con la libre circulación de mercancías, de trabajadores y de capitales, todas ellas consideradas como «*fundamentos de la Comunidad*» por el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, en su parte segunda.

6 Cit. Fortes Martín, Antonio (2009): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, p. 135. En este sentido, un sector de la doctrina subraya el hecho de que la Directiva de Servicios contribuye a una aproximación entre los ámbitos de aplicación de la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento, refuerza su conexión y difumina los criterios de distinción elaborados por el Tribunal de Justicia, como han señalado, entre otros, Berberoff Ayuda, Dimitry (2010): «La Directiva 2006/123/CE y su contexto», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico XII, pp. 34-36, y Sierra, Susana de la (2010): «El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico XII, pp. 222-223, que concluye afirmando: «Tanto las libertades de circulación entre sí, como estas en relación con la libre competencia, se están acercando en el Derecho positivo y, fundamentalmente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Alguna de las confusiones que en su momento generó la Directiva puede verse debida, precisamente, al hecho de que libertad de circulación de servicios y libertad de establecimiento se abordan como dos elementos de una misma realidad. Si bien es cierto que la norma incorpora algunas diferencias de régimen jurídico entre uno y otro ámbito, parece que las fronteras, en cualquier caso, se van desdibujando» (p. 241). Desde otro enfoque, Esteve Garcia, Francina (2011): «Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, pp. 6-7, incide en lo difícil que resulta delimitar ambas libertades para reprocharle a la Directiva su escasa contribución, afirmando: «Así pues, el criterio para aplicar las prescripciones propias del derecho de establecimiento o las de la libre prestación de servicios, no es otro que el carácter permanente y estable, o por el contrario, puramente temporal, de la prestación de que se trate. El problema que aparece en determinadas circunstancias es que ninguna disposición del Tratado ni del derecho derivado permite determinar, de manera clara, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio en otro Estado ya no podría considerarse como cubierta por el régimen de la prestación de servicios, y debería quedar cubierta por el régimen del establecimiento. Ello conlleva disfunciones en la delimitación de ambos regímenes jurídicos y, previsiblemente, se van a seguir generando en relación a la aplicación de la DS, que no logra aportar ninguna clarificación suplementaria».

actividades de servicio o su ejercicio a controles previos propios de la policía administrativa, y persigue, a tales efectos, una reducción efectiva de las cargas administrativas y otorgar mayor seguridad jurídica a aquellos que desean prestar un servicio, a través de un establecimiento permanente (libertad de establecimiento) o sin recurrir a dicho establecimiento (libertad de prestación de servicios).[7]

---

7 Véase Parejo Alfonso, Luciano (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, p. 34, que afirma que la Directiva es una norma «de *desregulación que no de liberalización*, que parte de un concepto de "obstáculo ilegítimo a la libre competencia en el mercado" tan amplio, que *pone bajo sospecha de restricción indebida cualquier regulación jurídico-pública del acceso al mercado de las actividades de servicios o de ejercicio de estas* […] Y, por ello, también una norma de *radical reconversión del sistema administrativo de control de las actividades de servicios,* mediante: i) restricción drástica de la policía administrativa preventiva […]; e ii) imposición, sin sumisión propia a él, del *principio (comunitario) de proporcionalidad como criterio de medida de los regímenes estatales de policía administrativa en la materia*»; además, Parejo Alfonso califica los efectos de la Directiva de «cambio radical en el orden normativo interno» (p. 35), e insiste en que sus efectos no han sido valorados suficiente y críticamente, y «menos aún se ha planteado la necesidad de la reconstrucción del Derecho administrativo y la Administración pública que requiere la funcionalidad de la policía administrativa *ex post*» (p. 36). Por su parte, Linde Paniagua, Enrique (2008b): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, p. 89, señala que la Directiva postula «la liquidación del sistema autoritativo clásico». Igualmente, Muñoz Machado (2009): p. 3, subraya el importante cambio y desafío que la Directiva implica para las Administraciones Públicas, dado que «el cambio de paradigma es de enorme envergadura, ya que obliga a las Administraciones Públicas, preparadas sobre todo para el control preventivo de la actividad económica de las empresas y sujetos privados, a orientar la preservación de los intereses públicos mediante un sistema de controles *a posteriori*». La idea del carácter desregulador de la Directiva, sobre la base de un análisis de la jurisprudencia comunitaria, está igualmente presente en el trabajo Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la (2011): «Mercado interior y Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, 42, pp. 257-290. Sin embargo, Rivero Ortega, Ricardo (2009a): «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 34, pp. 63 y 64, considera un error reducir los muchos contenidos de la Directiva de Servicios a la mera «*desregulación*» o resumirla en la idea de «*liberalización*»; en su opinión la Directiva «no plantea una "desregulación" plena, ni mucho menos, porque las normas reguladoras de las actividades de servicios, una vez éstas se inician, se mantienen si están justificadas», y al ocuparse del control de proporcionalidad al que se someten las autorizaciones administrativas, considera que dicho control «no produce un efecto "desregulador", sino de "mejora regulatoria", pues si una intervención administrativa no es proporcionada, razonablemente debería desapa-

La Directiva de Servicios invoca como fundamento competencial el artículo 47.2, 1ª y 3ª frase TCE (en conexión, con el artículo 55 TCE), en cuanto autoriza al Consejo para, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251 TCE y con la finalidad de *facilitar* el acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas, adoptar «*directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros*».[8] Ahora bien, si tenemos en cuenta que las libertades fundamentales de establecimiento (artículo 49 TFUE) y de prestación de servicios (artículo 56 TFUE) se focalizan en el ámbito transnacional o en la libre circulación intracomunitaria[9] y que las Directivas adoptadas al amparo del artículo 47.2 TCE (artículo 53.1 TFUE) no pueden ir más allá

---

recer». Y en esta línea, Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás de la (2009a): «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, p. 127, señala que, en todo caso, «de la regulación material que se contiene en la Directiva no puede decirse que sea contraria a la lógica y el sentido común en materia de libertad de empresa».

8 El artículo 53.1 TFUE, equivalente del artículo 47.2 TCE, dispone: «A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, así como para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio»; precepto que hay que poner en relación con el artículo 62 TFUE (artículo 55 TCE). Como ha puesto de manifiesto Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 98, «debe enfatizarse esa expresión *facilitar*, porque pone de manifiesto que no se trata tanto de definir el alcance y contenidos de esa libertad, sino de suprimir la diversidad que constituye la traba mayor a la puesta en pie de un auténtico mercado interior de los servicios. […] Si la Directiva utiliza el término "facilitar" es sin duda porque es consciente de que no se enfrenta tanto a regulaciones contrarias al Tratado a fuer de discriminatorias, sino a regulaciones que, aun teniendo todas ellas algún tipo de justificación que no las hace incompatibles con el Tratado, acaban suponiendo, sin embargo, una traba –una frontera objetiva– tanto al libre establecimiento como a la libre prestación de servicios».

9 En el párrafo 2º del artículo 49 TFUE, la libertad de establecimiento se define como el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio «*en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*». La regla de «*tratamiento nacional*» o «*no discriminación por razón de la nacionalidad*» se erige en el primer criterio cuya aplicación contribuirá a que se logre una efectiva libertad de establecimiento y una libre prestación de servicios, al exigir que las condiciones que se apliquen a los prestadores de servicios de otros Estados miembros que vayan a establecerse o a realizar la actividad en un Estado miembro de acogida no deban ser diferentes a las que ese Estado imponga a sus nacionales o a sus empresas locales.

de lo que lo hacen aquéllas, se podría cuestionar si el objetivo básico de la Directiva de Servicios (*coordinar* y *aproximar* las legislaciones nacionales) no excedería de la competencia comunitaria por afectar a aspectos procedimentales y sustantivos de ámbito interno, y ello sobre la base del siguiente razonamiento:[10]

(1) Los Estados miembros gozan de competencia para formular y desarrollar sus propias políticas económicas, por lo que la regulación del acceso y ejercicio de las actividades de servicios permanece en el *ámbito estatal*, sin más limitación que no incurrir el establecimiento de restricciones prohibidas en el plano transnacional por el mercado común interior.[11] La diversidad de regulación estatal en el acceso y ejercicio de las actividades de servicios no tiene que suponer por sí misma, ni una distorsión de la competencia, ni mucho menos una distorsión sensible en los términos fijados por la jurisprudencia comunitaria.[12]

(2) Siendo cierta la afirmación anterior, las normas resultantes en el ámbito estatal podrán ser objeto de *coordinación*; en este sentido, la Directiva de Servicios afirma que eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales, «*requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales* [que]

---

10 Sobre esta cuestión, véase Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la (2007): «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, pp. 273 y sigs., y Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás de la (2009b): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, pp. 56-60.

11 Es por ello que algunos autores niegan la existencia de una competencia comunitaria para la formulación de una política económica propia; así, Parejo Alfonso (2009): 36, afirma que «en materia de economía, el TCE […] no atribuye a la CE competencia propia alguna (exclusiva o concurrente) para una acción del alcance de la Directiva Bolkenstein. La economía y, por tanto, la regulación de las actividades económicas que afecten a las libertades de profesión y empresa continúan, por tanto, inscritas en el espacio político estatal regido por el orden constitucional interno».

12 Véanse las SSTJCE de 11 de junio de 1991, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de las Comunidades Europeas*, as. C-300/89 (Rec. p. I-02867), y de 10 de diciembre de 2002, *The Queen contra Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd y Imperial Tobacco Ltd*, as. C-491/01 (Rec. p. I-11453).

permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios» (considerando 6).[13] Ahora bien, la citada coordinación solamente puede tener como fin facilitar la dimensión transnacional, pues como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia: solamente lo transnacional tiene relevancia para el objetivo del mercado interior común,[14] y es preciso diferenciar entre *obstáculos en general*, los derivados de toda regulación sustantiva, y *obstáculos a la libre circulación intracomunitaria*, que son los únicos prohibidos por el Tratado.[15]

Frente al cuestionamiento competencial de la Directiva de Servicios, hay quien afirma que la norma comunitaria no hace más que consagrar, en el plano legal, lo dicho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «sobre la legitimidad de las restricciones, limitaciones o condicionamientos

---

13 La idea de la creación de un auténtico mercado común de los servicios también aparece recogida en los considerandos 4, 7, 18 y 64. En relación con la finalidad de coordinación que postula la Directiva de Servicios, Parejo Alfonso (2009): 36, manifiesta su discrepancia en conexión con su argumento de la ausencia de competencia, y afirma: «El legislador comunitario es consciente desde luego de lo dudoso del terreno competencial que pisa. Y por ello *presenta la norma como lo que no es*, al hablar una y otra vez de coordinación y aproximación, *cuando lo que realmente verifica es una operación de intensa integración jurídica que* –empleando una referencia comparativa de Derecho interno– equivale a una Ley básica y dista de ser una Ley de armonización».

14 STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Bernard Keck y Daniel Mithouard*, as. C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-06097, relativa a la libre circulación de mercancías, que establece que «quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente. Según jurisprudencia reiterada, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa *toda medida que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario*» [la cursiva es nuestra] (apdo. 11), y añade que «una legislación nacional que prohíbe de manera general la reventa a pérdida no tiene por objeto la regulación de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros» (apdo. 12).

15 STJCE de 8 de septiembre de 2005, *Mobistar SA contra Commune de Fléron* y *Belgacom Mobile SA contra Commune de Schaerbeek*, as. C-544/03 y C-545/03, Rec. p. I-07723, relativa a la libre prestación de servicios, que delimita el campo de aplicación del art. 59 TCE (art. 66 TFUE) en un doble sentido: en cuanto «se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro (sentencia De Coster, antes citada, apartado 30, y la jurisprudencia que allí se cita, así como el apartado 39)» (apdo. 30), y «no se refiere a medidas cuyo único efecto consiste en generar costes suplementarios para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro» (apdo. 31).

de las libertades reconocidas por el Tratado», siendo el Tratado quien se propuso establecer un mercado único.[16]

El 28 de diciembre de 2009 finalizó el plazo para transponer al derecho interno la Directiva, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 44; no obstante, desde su entrada en vigor, el 28 de diciembre de 2006 (artículo 45), los Estados miembros están obligados a garantizar que las nuevas normas que adopten en el ámbito de aplicación de la Directiva sean compatibles con ella.[17]

El Consejo Europeo, en su cumbre de Bruselas de marzo de 2007, afirmaba que «*la Directiva de servicios recientemente adoptada es un instrumento clave para desbloquear todo el potencial del sector de los servicios en Europa. Debería concederse gran prioridad, en consecuencia, a la transposición completa, coherente y puntual de sus disposiciones*», confirmando, de este modo, la importancia que adquiere su plena y efectiva transposición.[18] La complejidad del proceso de transposición de la Directiva

---

16 En este sentido se expresa Fernández Rodríguez (2009): 169, que afirma además: «No se entiende por eso que quienes nunca denunciaron la jurisprudencia establecida por el Tribunal digan ahora que la Directiva va más allá de lo que el Tratado autoriza, como si fuera aquélla y no éste quien se propuso establecer un mercado único a todo lo largo y ancho de la Unión Europea y quien consagró las libertades fundamentales de establecimiento y de servicios, de circulación de mercancías y de capitales. Es la lógica de la libertad la que ha obligado a la jurisprudencia del Tribunal primero y a la Directiva después a tratar como excepciones esas razones imperiosas de interés general que pueden justificar las intervenciones de la Administración, siempre, claro está, que éstas no resulten excesivas y, por lo tanto, innecesarias para alcanzar el objetivo perseguido» (p. 174).

17 De conformidad con los apartados 6 y 7 del artículo 15, la Directiva obliga, desde su entrada en vigor, a notificar a la Comisión todas aquellas nuevas disposiciones que establezcan alguno de los requisitos que el propio precepto somete a evaluación previa, con la correspondiente motivación de su exigencia. Las normas deberán, a su vez, ser comunicadas por la Comisión a los demás Estados miembros para que estos hagan llegar a aquélla las observaciones que estimen pertinentes a propósito de su conformidad o disconformidad con las reglas y principios que la Directiva establece.

18 Véase *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 8 y 9 de marzo de 2007*, [Consejo de la Unión Europea, Bruselas 2 de mayo de 2007 (7224/1/07 REV 1)], apdo. 8. En este sentido, como señala Fernández Rodríguez (2009): 175-176, el problema que la Directiva plantea no está tanto en sus principios, claros y difícilmente discutibles, «sino en su efectividad, que, lógicamente, depende de la fidelidad con que se traduzcan por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Si alguno falla, se resiste o se demora, el objetivo perseguido no se alcanzará del todo y el mercado único europeo seguirá soportando los obstáculos a la libertad correspondientes

de Servicios explica que la Comisión, en su *Manual de transposición*, adelante, sin imposición como no podía ser de otro modo, un eventual modelo de transposición al ámbito interno: la elaboración de una *Ley marco de carácter horizontal*. La transposición de la Directiva de Servicios exige que los Estados miembros adopten una combinación de medidas legislativas y no legislativas, es decir, organizativas o prácticas: «La Directiva es un instrumento horizontal que abarca una amplia gama de servicios y que, probablemente, afectará a un número significativo de leyes y reglamentos nacionales. Por esta razón, en lo que concierne a la legislación de transposición, los Estados miembros deberán considerar la aprobación de una gama de medidas legislativas específicas y horizontales, que probablemente incluirá la modificación de algunas disposiciones vigentes, así como la adopción de otras nuevas y de una ley marco horizontal de transposición».[19]

En el caso del Estado español, se ha optado por un modelo de transposición en dos fases:

– Una primera fase, en la que se ha procedido a la adopción de una Ley de carácter horizontal, abierta y flexible: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, conocida como *Ley Paraguas* (en adelante, LLAAS), que reproduce íntegramente (y de forma casi literal) las disposiciones de la Directiva de Servicios, sin ningún desarrollo normativo o, lo que es lo mismo, sin realizar una efectiva adaptación material del ordenamiento interno (*transposición formal*).

– Una segunda fase de identificación, evaluación y, en su caso, derogación o modificación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los ámbitos sectoriales implicados, que han de llevar a cabo el Estado y las Comunidades Autónomas y, en el nivel reglamentario, los Entes locales (*transposición material*).

---

a ese fallo, esa resistencia o esa demora», es decir, el problema radica en el proceso de su transposición.

19 Cit. *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión de las Comunidades Europeas, pp. 8 y 9 (documento que se encuentra disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/proposal_en.htm), en el que también se hace referencia a las medidas no legislativas como la implantación del principio de ventanilla única (art. 6) o los procedimientos por vía electrónica (artículo 8), o como las disposiciones que obligan a los Estados miembros a promover determinadas acciones a cargo del sector privado (por ejemplo, prestadores de servicios, asociaciones profesionales o de consumidores), como sucede con el artículo 26 sobre la calidad de los servicios o con el artículo 37 sobre los códigos de conducta a escala comunitaria.

Al igual que España, otros veintidós Estados miembros de la Unión Europea han optado por adoptar una Ley horizontal de acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la que se recogen los principios generales de la Directiva de Servicios. En los casos de Francia y Alemania, no se ha optado por la adopción de una Ley horizontal que recoja los principios de la Directiva de Servicios, sino por incluir dichos principios en un conjunto de normas sectoriales.[20]

La revisión y adaptación de las leyes sectoriales existentes para asegurar su cumplimiento de la Directiva de Servicios es la parte más compleja y laboriosa del proceso de aplicación. Diecinueve Estados miembros han indicado a la Comisión que han completado sus cambios en la legislación específica. Corresponde, en este momento, a los servicios de la Comisión evaluar hasta qué punto todos los cambios necesarios se han efectivamente hecho por parte de los citados Estados. Alemania casi ha concluido la adopción de cambios en la legislación sectorial específica, quedando pendiente algunas legislaciones a nivel regional. Francia todavía tiene algunas propuestas pendientes en el Parlamento. Bélgica ya ha adoptado la mayoría de los cambios en el nivel federal y regional, si bien algunos proyectos están aún en proceso de adopción. En Austria, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Eslovenia, la redacción de los cambios necesarios en legislación específica del sector han acumulado un retraso significativo.[21]

Lo cierto es que, desde la perspectiva del derecho interno, la Directiva de Servicios representa cualitativa (implantación generalizada de controles *ex post*, reforzamiento de la regla del silencio administrativo positivo, simplificación administrativa…) y cuantitativamente (turismo, comercio, servicios profesionales…), un cambio sustancial en el modo en que el ordenamiento jurídico ha de abordar la ordenación de la práctica totalidad de las actividades de servicios, con implicaciones para el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales.

En el capítulo se analizará el proceso de incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno español desde la perspectiva de su

---

20 Véase Sánchez Sánchez, Zulima (2009): «La transposición de la Directiva en Francia», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, pp. 40-51, y Suelt Cock, Vanessa (2009): «La implementación de la Directiva de Servicios en Alemania», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, pp. 22-39.

21 Véase *State of implementation of the Services Directive*, Information note from the Commission services, Meeting of the Competitiveness Council, 10 December 2010 [Council of the European Union, Brussels, 6 December 2010 (17470/10)].

incidencia en el autogobierno, conforme al siguiente esquema. En primer lugar, como obligatorio marco de referencia, se realizará un análisis de la Directiva de Servicios: ámbito de aplicación y medidas normativas y no normativas más relevantes, entendiendo por tales las que tienen una mayor incidencia en el derecho autonómico y, por ende, en el autogobierno. En segundo lugar, se estudiará el proceso de transposición de la Directiva de Servicios al derecho interno: sus rasgos generales, y la transposición formal y material, con especial referencia a los títulos competenciales. En tercer y último lugar, se analizará la cuestión en una de las áreas donde los cambios de regulación han sido más significativos, el comercio, que constituye, desde el punto de vista del autogobierno, un ejemplo diferenciado y de sumo interés.

2 · La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior: rasgos esenciales

En el presente apartado se examinarán aquellos aspectos de la Directiva de Servicios que nos ayuden a comprender el alcance de su incidencia en el derecho interno español y la complejidad del proceso de transposición, pero sin pretender agotar todas las vertientes de análisis.[22]

22 La bibliografía que ha generado la Directiva de Servicios y su problemática ha comenzado a ser reseñable, tanto en calidad como en cantidad. Baste mencionar, en este momento, los trabajos colectivos de Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás de la (dir.) (2009): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid; Rivero Ortega, Ricardo (dir.) (2009): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, y desde una perspectiva más específica, Villarejo Galende, Helena (dir.) (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada; Vicente Blanco, Dámaso-Javier, y Rivero Ortega, Ricardo (dir.) (2010): *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid, y Aguado i Cudolà, Vicenç, y Noguera de la Muela, Belén (2012): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona.

2.1 · La Directiva de Servicios: antecedentes

El *Libro Blanco para la realización del Mercado Interior* de 1985 y su clara apuesta por el principio de reconocimiento mutuo y el principio de equivalencia puede considerarse como el germen de la Directiva de Servicios.[23]

---

23 *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council* (Milan, 28-29 June 1985) COM (85) 310, se trata de un documento que subrayaba la necesidad de eliminar los obstáculos y barreras que aún afectaban a las libertades de circulación, con especial atención a la libre circulación de servicios. Sin ignorar los avances logrados con la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad, el Libro Blanco pone de manifiesto que tanto la libre prestación de servicios como el derecho de establecimiento seguían colisionando con obstáculos fijados por las normas nacionales, a los que los operadores económicos debían someterse si querían ejercer la actividad en otro Estado y que contenían divergencias sustanciales de un país a otro (parágrafos 91-94). Su novedad más relevante es apostar por el *principio de reconocimiento mutuo*, que significaría que los prestadores de servicios que cumplieran las normas de su Estado miembro de establecimiento podrían operar en toda la Unión Europea e impediría, por tanto, que los Estados miembros impusieran a las empresas una doble carga regulatoria (parágrafo 77). Este principio emana de la jurisprudencia producida alrededor del conocido asunto *Cassis de Dijon* [STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntweil*, as. C-120/78, Rec. p. 649], sentencia que marcó época al sentar dos premisas fundamentales: *primera*, que los Estados miembros pueden contemplar, en sus legislaciones nacionales, normas que excepcionen el principio general de libertad de circulación siempre que sean necesarias para hacer valer «exigencias imperativas» relativas a la protección del interés general, esto es, que concurran «razones imperiosas de interés general»; *segunda*, las normas deberían superar determinadas condiciones, formuladas a través del «test de invocabilidad», de manera que se demostrase la inexistencia de una discriminación, ya sea formal (su aplicación al margen del criterio de la nacionalidad), ya sea material o encubierta (amparada en una razón imperiosa de interés general, no existir una medida menos restrictiva y ser proporcional). Como señala Vicente Blanco, Dámaso-Javier (2010): «La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid, p. 54, conforme a la interpretación jurisprudencial, «ya no sería necesario armonizar en todo caso las legislaciones […], puesto que debía existir un principio de confianza recíproca entre los Estados miembros, que debía traducirse en un principio de reconocimiento mutuo de legislaciones, de tal forma que, salvo que se demostrase lo contrario a través de la aplicación del "test de invocabilidad" […], la legislación del Estado de origen se presumía que era equivalente a la legislación del Estado de acogida en cuanto a las garantías fijadas en las condiciones de acceso y comercialización de los productos en el mercado. De ahí se derivaba, en consecuencia, un principio de equivalencia de legislaciones entre los Estados miembros, como presunción». Sobre el Libro Blanco, véase Villarejo Galende, Helena (2009a): «La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general»,

Sin embargo, de un modo más concreto, el punto de partida fue el Consejo Europeo celebrado en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, que se marcó un nuevo objetivo estratégico: transformar a la Unión Europea en «*la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social*»; alcanzar dicho objetivo requiere una *estrategia global*, de la que forma parte «*la culminación del mercado interior*».[24] Por ello, el Consejo Europeo de Lisboa solicita a la Comisión y a los Estados miembros que elaboren una estrategia que aspire a suprimir los obstáculos a la libre circulación de servicios.[25]

En cumplimiento del requerimiento realizado por el Consejo Europeo, la Comisión presentó, el 29 de diciembre de 2000, «Una estrategia para el mercado interior de servicios»,[26] documento en el que, con un enfoque horizontal que abarca a todos los sectores económicos vinculados a los servicios, diseña un proceso de carácter bifásico: una primera fase de inventario de los obstáculos existentes a la libertad de circulación de servicios, y una segunda fase de propuesta de soluciones. En concreto, se postulan tres tipos de medidas: la aplicación directa de los principios del Tratado, los mecanismos de apoyo no legislativos y, en su caso, «*un instrumento legislativo horizontal y medidas de armonización específicas*», esto es, una Directiva marco de carácter general y multisectorial, con vocación de establecer el régimen liberalizador de todos los servicios.[27] Si bien se puede afirmar que

---

en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, pp. 21-23.

24 Véase *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000*, parágrafo 5, que se pueden consultar en http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm.

25 Véase parágrafo 17 de las *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000*.

26 Comisión Europea (2000): «Una estrategia para el mercado interior de servicios», Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, 29.12.2000, COM (2000) 888 final.

27 Véase Comisión Europea (2000): 13-14; Entrena Ruiz, Daniel (2009): «La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 43-44. Como señala Vicente Blanco (2010): 37, «la concepción de la Directiva no es neutra, sino que condiciona las técnicas a utilizar y que tales técnicas revelan la verdadera intencionalidad. Debe tomarse en consideración que la elaboración Directiva se integró en el contexto de la planificación europea para la liberalización internacional de los servicios en el marco del Acuerdo General de Comer-

el planteamiento de la Comisión fue asumido, en términos generales, por el Parlamento Europeo, por el Comité Económico y Social y por el Comité de las Regiones, ya se puede intuir que el caballo de batalla será la sustitución del principio de armonización por el principio de reconocimiento mutuo.[28]

En el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios, el 30 de julio de 2000, la Comisión presenta su informe sobre «El estado del mercado interior de servicios», en cuyas conclusiones se pone de manifiesto que las fronteras jurídicas, con su complejidad y rigor, «*han sustituido a las fronteras físicas y técnicas en numerosos servicios*», con una amplitud tal que incrementa considerablemente los obstáculos y genera importantes pérdidas para la economía europea.[29] Ante los resultados que arrojaron el informe, tanto el Consejo Europeo como el Parlamento asumieron la necesidad de elaborar un instrumento legislativo –*Directiva*– para hacer realidad el mercado interior de servicios,[30] elaboración que de forma oficial se anuncia por la Comisión en mayo de 2003, con el objeto de establecer «un marco legal claro y equilibrado encaminado a facilitar las

---

cio de Servicios (GATS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), preparando así el terreno y a sus operadores económicos para una liberalización a escala mundial en el marco de la Ronda Doha, con una hipotética extensión de las disciplinas en materia de servicios y una ampliación de los compromisos de liberalización. En particular, hay que resaltar que la concepción de la Directiva está pensando ya en la liberalización del acceso de los operadores de servicios prevista en el GATS, esto es, en la liberalización del acceso de las inversiones relativas a servicios, al modificar el sistema de autorizaciones de los Estados». Véase, al respecto, Zapatero Miguel, Pablo (2009): «El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 13-40.

28 Siguiendo a Vicente Blanco (2010): 38, «en el primer borrador de informe del Parlamento Europeo ya se puso en evidencia que la aproximación de la Comisión ponía el acento en la técnica del "reconocimiento mutuo" y no en la armonización, pues decía expresamente en el parágrafo 14 del borrador que el Parlamento Europeo: "Lamenta que la Comisión dé prioridad al principio del reconocimiento mutuo respecto de la armonización". Esa afirmación fue sustituida en la redacción final por una afirmación menos contundente, pero no menos clara: "Lamenta que la Comisión no aborde los riesgos derivados de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo"».

29 Comisión Europea (2002): Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre «el estado del mercado interior de servicios», 30.07.2002, COM (2002) 441 final, pp. 76-78. Un examen del informe puede verse en Entrena Ruiz (2009): 45-48; Vicente Blanco (2010): 38-39.

30 En relación con las medidas adoptadas a partir de este momento y hasta la elaboración de la primera propuesta de Directiva, véase Entrena Ruiz (2009): 48-52.

condiciones de establecimiento y de prestación de servicios transfronterizos. Será una combinación de disposiciones sobre el reconocimiento mutuo, la cooperación administrativa y la armonización, en los casos estrictamente necesarios, y fomentará la aprobación de códigos de conducta y de normas profesionales de índole europea».[31]

El 13 de enero de 2004 se presenta, por el comisario holandés Frits Bolkestein, la Propuesta de Directiva de Servicios, conocida desde ese momento como «Directiva Bolkestein», un ambicioso proyecto que generó un gran movimiento de contestación social, especialmente en Francia, Bélgica y Alemania: en su búsqueda por eliminar la segmentación existente en el mercado de servicios, debida a una serie de obstáculos de carácter proteccionista, la Propuesta de Directiva fue vista como un torpedo contra la línea de flotación del *modelo social europeo*, una apuesta descarnada por un capitalismo puro, neoliberal, de corte anglosajón.

No está en nuestro ánimo, ni es nuestro objeto, realizar un examen exhaustivo de la propuesta original de la Directiva de Servicios;[32] sin embargo, es preciso llamar la atención sobre un hecho: la reacción frente a la Propuesta de Directiva, el grueso del rechazo frontal a la misma, se proyectó sobre el llamado «*principio del país de origen*». El citado principio tiene su génesis en la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia, tanto en relación con la libre prestación de servicios, como posteriormente en relación con la libertad de establecimiento,[33] y en lo sustancial significa: la

---

31 Comisión Europea (2003): «Estrategia para el mercado interior. Prioridades del período de 2003-2006», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 07.05.2003, COM (2003) 238 final, p. 11.

32 Un examen de la «Directiva Bolkenstein» puede verse en Entrena Ruiz (2009): pp. 52-81; Villarejo Galende (2009a): pp. 25-31; y Vicente Blanco (2010): pp. 40-49.

33 La tesis formulada en el asunto *Cassis de Dijon* [véase nota 23] se trasladó al ámbito de la libre prestación de servicios en las SSTJCE de 25 de julio de 1991, *Saeger*, as. C-76/90, Rec. p. I-4221, apdo. 15, y de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, as. C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453, apdos. 33-35. Especialmente relevante es la STJCE de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, as. C-390/99, Rec. p. I-607, que en relación con las medidas nacionales de carácter restrictivo afirma: «la cuestión de si las restricciones […] están justificadas debe examinarse simultáneamente a la luz de los artículos 30 y 59 del Tratado, con el fin de apreciar si la medida nacional controvertida en el procedimiento principal persigue una finalidad de interés general y respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo» (apdo. 33), y para el Tribunal «no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador

norma (regla o decisión) aplicable al acceso a un servicio y a su ejercicio no es la del Estado de acogida del prestador, sino la del Estado de origen, esto es, el de procedencia o en el que está establecido el prestador de servicios.[34] No obstante, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el «principio del país de origen» opera como una regla general sometida a excepciones (no equivalencia y existencia de razones imperiosas de interés general), y no como una regla absoluta.[35]

El debate en el Parlamento Europeo se desarrolló bajo una gran presión social y política, fue intenso, formulándose numerosas enmiendas (más de mil) y de gran calado. Finalmente, el 16 de febrero de 2006, el Parlamento se pronunció sobre la base del llamado «*compromiso Gebhardt*» (reflejo del

---

de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por las normas a que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido» (apdo. 38). Por lo que atañe a la libertad de establecimiento, véanse las SSTJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, as. C-55/94, Rec. p. I-4165, apdo. 37, y de 20 de junio de 1996, *Semeraro Casa Uno y otros*, as. C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. p. I-2975. Doctrina que sintetiza a la perfección la STJCE de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, caso *«Viking»*, as. C-438/05, Rec. p. I-10779, cuyo apdo. 75 afirma que «solo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo».

34 El artículo 16 de la Propuesta de Directiva de Servicios recogía de forma amplia el principio de país de origen y sus excepciones. Tras enunciar de forma general el principio en el primer apartado («Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado»), en el segundo apartado se incluye la regla de control por el país de origen. En el tercer apartado, después de un enunciado general que prohíbe a los Estados restringir la libre prestación de servicios que realicen los prestadores establecidos en otros Estados miembros «por razones inherentes al ámbito coordinado», se establecía una lista no cerrada donde se enumeraban nueve supuestos de requisitos que los Estados de acogida no podían exigir en ningún caso a tales prestadores de servicios. Un examen exhaustivo del principio de origen en la Propuesta de Directiva puede verse en Vicente Blanco (2010): 68-80, y en Estella de Noriega, Antonio (2009): «El principio del "país de origen" en la propuesta de Directiva Bolkestein», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 173-200.

35 Y ello porque el principio de confianza recíproca, el principio de reconocimiento mutuo y el principio de equivalencia (o presunción de equivalencia) constituirían las bases del «principio del país de origen»; véase al respecto Vicente Blanco (2010): 57-59.

acuerdo entre los dos principales grupos parlamentarios –Partido Popular Europeo y Partido Socialista Europeo–), que modifica la Propuesta de Directiva de Servicios en tres direcciones:

(1) La Directiva no modifica las condiciones laborales (convenios colectivos, salario mínimo, vacaciones…), ni los regímenes de seguridad social existentes en los Estados miembros.

(2) Se amplia considerablemente el número de excepciones al ámbito de aplicación de la norma.

(3) Se abandona el «principio del país de origen», principio que fue rebautizado, suavizado y sustituido por la regla general de «libre prestación de servicios».[36]

Finalmente, el 4 de abril de 2006 la Comisión adoptó una propuesta modificada –el denominado borrador McCreevy–,[37] que se transmite simultáneamente al Consejo y al Parlamento Europeo el 6 de abril. El Dictamen del Parlamento Europeo en segunda lectura se adoptó el 15 de noviembre de 2006 y el texto definitivo fue firmado con el Consejo el 12 de diciembre de 2006. Casi tres años después, el proceso culmina con la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el 27 de diciembre de 2006, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

2.2 · Ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios

El artículo 1.1 de la Directiva de Servicios establece que la finalidad de la misma es doble: por una parte, «*facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios*»; y, por otra parte, mantener «*al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios*», aunque del contenido de la norma se desprende más bien la búsqueda de «un nuevo modelo de calidad de los servicios muy superior al que rige, en general, en los derechos internos de

36 Como señala Villarejo Galende (2009a): 29, «se retiraron del proyecto de Directiva tanto el concepto de que el país de origen resulta responsable del control del prestador de servicios [ ], como el concepto de que los prestadores de servicios solamente son sometidos a las disposiciones nacionales de su país de origen».

37 Comisión Europea (2006): «Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior», 04.04.2006, COM (2006) 160 final.

los Estados miembros».[38] En todo caso, del citado artículo 1.1 se infiere que el objeto de la Directiva son los *servicios*, pero no todos, sirviéndose para la delimitación de parámetros positivos y negativos.[39]

2.2.1 · La noción de «servicio» como criterio delimitador del ámbito de la Directiva de Servicios

La Directiva se aplica, de conformidad con el artículo 2.1, «*a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro*» que no se excluyan explícitamente de su ámbito; por este motivo resulta importante delimitar la noción de «*servicio*» que maneja el derecho comunitario y, más en concreto, la Directiva de Servicios. El artículo 4.1 de la Directiva define «servicio» como «*cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado* [artículo 57 TFUE]»,[40] lo que la doctrina coincide en calificar como «concepto-resto», de carácter residual o supletorio,[41] que

---

38 Cit. Linde Paniagua (2008a): 37.

39 La doctrina coincide en criticar negativamente el sistema diseñado por la Directiva de Servicios para delimitar su ámbito de aplicación, sentir que sintetiza perfectamente Esteve Garcia (2011): 13, cuando afirma: «Dicha formulación tan general conlleva que su alcance material concreto resulte controvertido y ambiguo, existiendo además en la DS un mosaico de excepciones, exclusiones y *no aplicaciones* que constituye el confuso ámbito en el que no se aplica la DS».

40 Según el artículo 57 TFUE: «Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales. Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

41 Véase Martín y Pérez de Nanclares, José (2000): «El derecho de establecimiento», en López Escudero, Manuel y Martín y Pérez de Nanclares, José, *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, p. 124; Pellicer Zamora, Rafael (2001): «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea», en Illescas Ortiz, Rafael, y Moreiro González, Carlos Javier (dirs.), *Derecho Comunitario Económico (Volumen I). Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid, p. 163, y Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier (2000): «Mercado único europeo y libertades

no tiene un carácter innovador, por cuanto asume el concepto elaborado por la doctrina jurisprudencial.[42] El concepto de servicio construido por el TJUE comprende toda actividad económica no asalariada, esto es: una actividad realizada por un prestador (persona física o jurídica), al margen de un contrato de trabajo[43] y a cambio de una remuneración, no exigiéndose que el servicio sea pagado por sus beneficiarios.[44]

En consecuencia, la Directiva de Servicios asume un concepto amplio de «servicio», tanto desde la perspectiva de sus destinatarios (empresas y consumidores), como del catálogo de actividades que abarca:[45] van desde

---

comunitarias», en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Blanco-Morales Limones, Pilar (eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, p. 49.

42 Siguiendo a Villarejo Galende (2009a): 34 y 35.

43 Véase la STJCE de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch*, as. 36/74, Rec. p. 1405.

44 Así se expresa la STJCE de 11 de septiembre de 2007, *Comisión contra República Federal de Alemania*, as. C-318/05, Rec. p. I-6962, apdos. 68-70. Véanse también las SSTJCE de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders y otros*, C-352/85, Rec. p. 2085, apdo. 16; de 11 de abril de 2000, *Deliège*, C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549, apdo. 56; de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, as. C-157/99, Rec. p. I-5473, apdo. 57; y de 26 de junio de 2003, *Skandia y Ramstedt*, as. C-422/01, Rec. p. I-6817, apdo. 24.

45 Según el considerando 33 de la Directiva de Servicios: «En la presente Directiva, el concepto de "servicio" incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet». Por su parte, la Comisión, en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, pp. 11 y 12, señala «como ejemplos de servicios contemplados en la Directiva, los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido

el asesoramiento en sentido amplio (jurídico o fiscal o de gestión) hasta los servicios turísticos, pasando por los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos. Un concepto de servicio que ni es un concepto únicamente económico, relacionado con el sector terciario, ni es un concepto que se pueda reconducir de forma directa al concepto de servicio público que se maneja en la doctrina administrativista, como se ha indicado oportunamente.[46]

La delimitación del ámbito de la Directiva de Servicios exige, además de tomar en consideración la amplia noción de servicio, examinar el concepto clave de «*requisito*», por cuanto la Directiva «solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio» (considerando 9). Positivamente, de acuerdo con el artículo 4.7 de la Directiva, se entiende por requisito cualquier obligación, prohibición, condición o límite impuestos: a) por una disposición legal o reglamentaria de ámbito estatal, regional o local (o incluso derivados de la jurisprudencia o la práctica administrativa); b) por las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica.[47]

Negativamente, según el inciso final del ya citado artículo 4.7, no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva «las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales», e, igualmente, de conformidad con el considerando 10, la Directiva de Servicios «no afecta a los requisitos que rigen el acceso a los fondos públicos para determinados prestadores. Estos requisitos comprenden, en particular, los que establecen condiciones con arreglo a las cuales los prestadores tienen derecho a recibir

---

el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, los de instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler (incluido el alquiler de automóviles) y de *leasing*, los servicios inmobiliarios, los de certificación y verificación, los servicios domésticos (como los de limpieza, cuidadores de menores y jardinería), etcétera».

46 Véase Sierra (2010): 220.

47 Véanse las SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch*, as. 36/74, Rec. p. 1405, apdos. 17, 23-24; de 14 de julio de 1976, *Donà*, as. 13/76, Rec. p. 1333, apdos. 17-18, y de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, as. C-415/93, Rec. p. I-04921, apdos. 83-84.

financiación pública, incluidas condiciones contractuales específicas y, en particular, las normas de calidad que han de respetarse como condición para percibir fondos públicos, por ejemplo, en el caso de los servicios sociales».[48]

También se excluye del ámbito de la Directiva, como establece el considerando 9, los requisitos que no regulen ni afecten específicamente a la actividad del servicio pero que hayan de ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada: así, «no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas».[49]

2.2.2 · La delimitación negativa del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios: los servicios y finalidades excluidos

La delimitación negativa del objeto de la Directiva de Servicios se hace, por parte del legislador comunitario, a través de una fórmula que, cuando menos, podemos calificar de singular:

---

48 Como señala la Comisión en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, p. 15: «En particular, ésta no obliga a los Estados miembros a reconocer a los prestadores establecidos en otros Estados miembros el derecho a recibir los mismos fondos que los prestadores de servicios establecidos en su propio territorio. En todo caso, es evidente que los requisitos que rigen el acceso a los fondos públicos por parte de los prestadores de servicios, así como las demás ayudas concedidas por Estados miembros (u otorgadas a través de recursos del Estado), han de cumplir otras normas comunitarias, entre ellas las relativas a la competencia, en particular el artículo 87 del Tratado CE».

49 Es decir, queda fuera del procedimiento de evaluación la normativa genérica que produce efectos generales y que en esta medida tiene una influencia sobre las actividades de servicios. Como señala la Comisión, en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, p. 15, ha de evaluarse el efecto real de los requisitos en cuestión para determinar si son de carácter general o no; en consecuencia, «al transponer la Directiva los Estados miembros deberán tener en cuenta que las "normas urbanísticas" o las "ordenanzas de construcción" pueden contener requisitos que regulen de manera específica actividades de servicios y que, por tanto, estén cubiertos por la Directiva de servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aun cuando figuren en las normas urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios y, en consecuencia, han de atenerse a lo previsto en el capítulo sobre libertad de establecimiento de ésta».

– Por una parte, los apartados 2º a 7º del artículo 1 recogen una conjunto de finalidades o medidas que en ningún caso constituyen el objeto de la Directiva, por cuanto caen fuera del ámbito material expresado en el apartado 1º del citado artículo: bien porque la Directiva *no trata* de ellas (ap. 2º y 3º),[50] bien porque la Directiva *no les afecta* (ap. 4º a 7º).[51]

– Por otra parte, en el artículo 2 enumera una serie de actividades que, pudiendo quedar incluidas en el ámbito de la Directiva, se excluyen –*no se aplicará*– expresamente por voluntad del legislador comunitario.[52]

a) Finalidades que no constituyen objeto de la Directiva de Servicios

– La Directiva no trata de liberalizar los servicios de interés económico general que estén reservados a entidades públicas o privadas, ni tiene como finalidad la privatización de las entidades públicas prestadoras de servicios. Es decir, no pretende regular ni desmantelar los derechos especiales o exclusivos que son protegidos por el propio Tratado (artículo 106.2 TFUE) para atender al cumplimiento de determinadas misiones públicas; ni tampoco privatizar los entes públicos de servicios sobre la base del principio de neutralidad respecto a las formas de propiedad tutelado por el Tratado (ap. 2º del artículo 1).[53]

---

50 Cuando se dice que la Directiva de Servicios *no trata*, en opinión de Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 92, «se están queriendo subrayar cosas que por su propia naturaleza en ningún momento puede considerarse que puedan quedar comprendidas bajo la Directiva. Es una declaración de conocimiento, no una declaración de voluntad: es la constatación de que en el ámbito material que la Directiva se marca en el núm. 1 del art. 1 no caben las cuestiones que se dicen en sus núms. 2 y 3».

51 El término *no afectar*, según Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 93-94, parece querer «marcar los límites de lo regulado y lo conexo con lo regulado, pero que no es el objeto directo de la regulación. Parece que se pretende significar que las consecuencias de la regulación de la Directiva, que de forma indirecta y colateral podrían extenderse por otros ámbitos conexos, no afectan a dichos ámbitos conexos. […] la inexistencia de "afección" del art. 1 no se refiere a servicios, sino a "medidas" que puedan tomarse por distintas razones en relación con diversas actividades […] estamos ante "medidas" establecidas, por ejemplo, en las leyes penales o laborales o en las regulaciones del ejercicio de derechos y libertades fundamentales».

52 Siguiendo a Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 92, la expresión *no aplicar* «remitiría a supuestos de actividad que caerían en principio en el ámbito de la Directiva […] pero que, por un acto de voluntad ligado a razones de conveniencia u oportunidad, se ha preferido dejarla exenta de las normas de la Directiva que no se le aplican».

53 Como señala Laguna de Paz, José Carlos (2009): «Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*,

– La Directiva no trata de abolir los monopolios de prestadores de servicios, ni las ayudas concedidas por los Estados miembros de acuerdo con las normas comunitarias sobre competencia (ap. 3º del artículo 1).[54]

La exclusión de las finalidades señaladas permite deducir, *a sensu contrario*, que en el ámbito de la Directiva de Servicios se comprenden: los servicios económicos de interés general, las entidades públicas prestadoras de servicios, los monopolios prestadores de servicios y las ayudas de Estado.[55]

núm. 6, p. 45, la aplicación de la Directiva a los servicios de interés económico general es muy limitada, y ello porque estos servicios «son relevantes en cualquier sociedad organizada. Lo que ocurre es que –en el ámbito europeo– son una materia, si cabe, aún más sensible. De hecho, con frecuencia, se ha visto en ellos un sello de identidad de la sociedad europea. Es verdad que –como regla– estas actividades tienen que someterse al régimen de competencia y mercado, propio de las actividades económicas […] No obstante, los Estados podrán excepcionar la aplicación de estas normas, en la medida necesaria para garantizar el cumplimiento de la misión específica que tengan encomendada. Esto hace que, en la práctica –en ausencia de normativa comunitaria (liberalizadora o armonizadora)–, los Estados dispongan de un amplio margen de discrecionalidad para la definición y organización de estos servicios. Las instituciones comunitarias solamente controlan los posibles "errores manifiestos" en que puedan incurrir los Estados en la calificación de estos servicios». Por otra parte, ambas finalidades excluidas no son más que precisiones que ya estaban cubiertas por el Tratado, pero que, ante las alarmas y confusiones que generó el proyecto inicial de Directiva, se optó por plasmarlas de forma expresa para evitar ambigüedades; véase Esteve Garcia (2011): 14.

54 Con relación a las citadas exclusiones, Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 95 y 96, considera que, en el caso del apartado 2º, la exclusión resulte probablemente innecesaria, pero que se justificaría «por la alarma que suscitó la primera propuesta de la Directiva», y ello, «puesto que, de acuerdo con el art. 86 del Tratado, los derechos especiales o exclusivos no están proscritos por el Tratado siempre que exista una misión pública que justifique tales derechos». En relación con la exclusión del apartado 3º, insiste en su carácter innecesario, señalando que «es ya el propio Tratado el que en el art. 239 ha precisado el llamado principio de neutralidad con respecto a las distintas formas de propiedad. Neutralidad que no significa, sin embargo, que las empresas en mano pública puedan situarse en el mercado en condiciones tales que alteren las reglas de la competencia, percibiendo subvenciones o ayudas de Estado o inyecciones de capital que equivalgan en definitiva a ayudas de Estado».

55 Como señala Linde Paniagua (2008a): 42, «la Directiva no tiene las finalidades antes indicadas, limitación que no obsta para su aplicación en los ámbitos materiales referidos, aun cuando esto tenga lugar con limitaciones».

b) Medidas excluidas de la aplicación de la Directiva de Servicios[56]

– La Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros para configurar libremente el régimen jurídico de los servicios de interés económico general, en concreto cómo deben organizarse, financiarse, incluso con ayudas públicas, y qué obligaciones deben soportar (párrafo 2 del apartado 3º del artículo 1).[57]

– La Directiva no afecta a las medidas adoptadas de acuerdo con el Derecho comunitario, tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito interno, para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación (ap. 4º del artículo 1).

---

56 En relación con la exclusión de estas medidas, Esteve Garcia (2011): p. 14, señala que «podría considerarse que el legislador busca conseguir cierto equilibrio entre sus objetivos de liberalización y otros objetivos que constituyen valores que se consideran dignos de protección y que se quieren preservar, así se precisa que la Directiva "no afecta" la garantía de la diversidad cultural y lingüística o el pluralismo de los medios de comunicación, el derecho penal y el derecho laboral y el ejercicio de los derechos fundamentales. De todas formas, el hecho de que tales valores no queden afectados por la DS, no significa que no puedan quedar afectados por otras disposiciones del derecho europeo. La preservación de estos valores puede comportar *medidas* que incidan en determinados servicios y supone el reconocimiento de incluir objetivos que justifican ciertas regulaciones de los Estados miembros. Se trata de valores superiores que deben convivir con ambas libertades económicas y, en caso de conflicto, hay que buscar soluciones en términos de compatibilidad y de proporcionalidad».

57 Siguiendo a Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 97-98, se puede afirmar que la libertad de los Estados no es completa, «puesto que la jurisprudencia comunitaria y la práctica han puesto de manifiesto que tal libertad de los Estados miembros de definir lo que consideran servicios de interés económico general es más bien limitada; tal vez hubiera sido más propio hablar de la libertad de los Estados miembros, no para definir lo que consideran servicios de interés económico general, sino para determinar en qué condiciones los servicios de interés general pueden no someterse a las reglas del Tratado y, en especial, a las de la competencia cuando existe una misión pública que justifica el no sometimiento pleno a las reglas del Tratado».

– La Directiva de Servicios no afecta a la normativa de los Estados miembros en materia de Derecho penal,[58] Derecho laboral,[59] seguridad social,[60] negociación colectiva[61] y fiscalidad.[62]

– La Directiva de Servicios tampoco afecta al ejercicio de los derechos fundamentales, tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario (ap. 7º del artículo 1).[63]

Como ha puesto de manifiesto algún autor, si bien la preferencia aplicativa del derecho nacional sobre la Directiva de Servicios, en las materias citadas, podría haberse alcanzado por vía interpretativa, resulta del todo oportuna su expresa constancia para excluir toda controversia.[64]

c) Servicios excluidos del ámbito objetivo de la Directiva de Servicios

De acuerdo con el apartado 2º del artículo 2, la Directiva de Servicios no se aplicará a un conjunto de servicios que podemos sistematizar del siguiente modo.[65]

---

58 Apartado 5º del artículo 1, que precisa: «Sin embargo, los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestar servicios mediante la aplicación de disposiciones de Derecho penal que regulen o afecten específicamente al acceso o ejercicio de una actividad de servicios eludiendo las normas establecidas en la presente Directiva». Véase también el considerando 12 de la Directiva de Servicios.

59 Apartado 6º del artículo 1, que precisa el alcance del término *Derecho laboral*: «a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario». Véase también el considerando 14 de la Directiva de Servicios.

60 Apartado 6º del artículo 1, *in fine*.

61 Apartado 7º del artículo 1, *in fine*: «Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario». Véase también el considerando 14 de la Directiva de Servicios.

62 Artículo 2.3.

63 Alcance que es precisado en el considerando 15 de la Directiva de Servicios: «La presente Directiva respeta el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las explicaciones concomitantes que los reconcilian con las libertades fundamentales establecidas en los artículos 43 y 49 del Tratado. Estos derechos fundamentales incluyen el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario».

64 Cit. Linde Paniagua (2008a): 43.

65 Véase Salvador Armendáriz, María Amparo, y Villarejo Galende, Helena (2007): «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en

– *Cláusula general: Servicios no económicos de interés general* (artículo 2.a). Dado que la Directiva de Servicios comprende únicamente aquellos servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica (artículo 57 TFUE), se excluyen los servicios de interés general no económicos, o sea los que no tienen contraprestación económica o, al menos, su carácter económico no sea preferente (*servicios públicos sin contraprestación económica de sus usuarios*).[66] La exclusión es importante desde la perspectiva de las Administraciones públicas: los servicios prestados, tanto por las Administraciones públicas directamente, como por personificaciones dependientes de ellas, o por concesionarios,[67] en el cumplimiento de sus obligaciones con la ciudadanía y sin consideraciones económicas no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios (se trataría de ámbitos como el empleo, la salud pública, la protección social, la educación o la cultura). En todo caso, es evidente que existe una gran diversidad de los llamados servicios de interés general, se reconoce la competencia de los Estados miembros para su prestación y el amplio margen de discrecionalidad de las autoridades regionales y locales para adaptar dichos servicios a las necesidades de los usuarios.[68]

Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, pp. 54-55; Linde Paniagua (2008a): 39-41; Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2009a): 102-120.

66 Siguiendo a Laguna de Paz (2009): 45, los servicios no económicos de interés general se configuran como aquellos «en cuyo régimen jurídico no prima la eficiencia económica, sino que prioritariamente se organizan sobre la base de los principios de cohesión social y solidaridad […] Estos servicios se someten a los principios de no discriminación y libre circulación de personas. También a las normas de contratación pública (obras, bienes y servicios), que se aplican con independencia de que el servicio tenga o no una naturaleza económica».

67 No obstante, Linde Paniagua (2008a): 40 señala que no está plenamente justificado que se excluyan servicios públicos cuando sean prestados por concesionarios o por otras modalidades.

68 Como señala Urrutia Libarona, Iñigo (2010): *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Ivap, Oñati, pp. 45-46, la exclusión genérica de las actividades no económicas de interés general exige, cuando menos, ciertas precisiones: en primer lugar, de la exclusión no se puede inferir su inverso, esto es, «que a los servicios considerados de interés económico general que se prestan a cambio de una contraprestación económica […] se les aplique en todo caso el régimen general fijado por la Directiva»; y, en segundo lugar, que la propia Directiva recoge en su artículo 2 precisiones específicas sobre ciertos servicios de interés general como los servicios sanitarios o sociales. Si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha vacilado a la hora de delimitar los perfiles entre lo que puede considerarse como un servicio de interés económico general y un servicio no

– *Servicios excluidos por la existencia de un Derecho comunitario derivado de carácter sectorial*: los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros, de pensiones de empleo o individuales, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión (*letra b*); los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados (*letra c*); los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios (*letra d*); o los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión (*letra g*).

– *Servicios excluidos por razones «políticas» o de «oportunidad»*: los servicios de las empresas de trabajo temporal (*letra e*); las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas (*letra h*); las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado (*letra i*); los servicios de seguridad privados (*letra k*); y los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración (*letra l*).[69]

– *Servicios excluidos por su dimensión sociocultural y prestacional*: los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado (*letra f*), y los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado (*letra j*).

económico de interés general, como señala Paricio Rallo, Eduard (2010): «La aplicación material de la Directiva de servicios», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 23, p. 12, el considerando 70 de la Directiva nos ofrece un criterio delimitador útil, cuando señala que los servicios «solo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial».

69 Véase Laguna de Paz (2009): 45.

2.2.3 · Ámbito subjetivo: prestadores y destinatarios de servicios

El artículo 2.1 de la Directiva de Servicios establece que la misma se aplicará a los servicios «*prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro*», entendiéndose por «prestador», según los términos del artículo 4.2, «*cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado* (artículo 54 TFUE) *y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio*». Respecto a las personas jurídicas, en cuanto a su forma, ni el Tratado, ni la Directiva establecen limitaciones, por lo que se incluyen todas las entidades constituidas en virtud de la legislación del Estado miembro, o que se rigen por la misma, independientemente de su forma jurídica.[70] En sentido positivo, la noción de «prestador» incluye tanto los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, como los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios. Por el contrario, en sentido negativo, el concepto de «prestador» no abarca:[71] ni los servicios prestados por nacionales de terceros países; ni las sucursales de sociedades de terceros países en un Estado miembro, ya que, con arreglo al artículo 54 TFUE, solo disfrutan de las libertades de establecimiento y circulación de servicios las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.

Por otra parte, el concepto de «destinatario» resulta, en los términos recogidos por el artículo 4.3 de la Directiva de Servicios, más amplio por cuanto comprende a «*cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o que se beneficie de los derechos concedidos a estas por los actos comunitarios, o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado* (artículo 54 TFUE) *y establecida en un Estado miembro, que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo*». La noción de «destinatario» también abarca a los nacionales de terceros países que ya se benefician de derechos reconocidos en actos comunitarios, si bien los Estados miembros pueden hacer extensivo el con-

70 Véase el considerando 36 de la Directiva de Servicios.
71 Véase el considerando 36 de la Directiva de Servicios.

cepto de destinatario a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio.[72]

2.3 · El nuevo régimen jurídico de acceso o ejercicio de las actividades de servicios y su incidencia en las libertades comunitarias

2.3.1 · Libertad de establecimiento

La libertad de establecimiento consiste, con carácter general, en el derecho a desplazarse y residir en otro Estado miembro con objeto de realizar en él, con carácter permanente, una actividad económica no asalariada, abriendo en él una sede o establecimiento desde donde ofertar los servicios y organizar la actividad.[73]

En el capítulo III de la Directiva de Servicios se recogen las normas que, bajo la rúbrica de «libertad de establecimiento de los prestadores», rigen y configuran la libertad de establecimiento, con el doble objetivo de luchar contra las discriminaciones y suprimir lo que la propia Directiva de Servicios considera restricciones, normas que son de aplicación tanto al prestador de servicios que pretenda establecerse en un Estado miembro como al que pretenda hacerlo en su propio Estado miembro, y ello independientemente de que su finalidad última sea poner en marcha una nueva empresa o abrir un nuevo establecimiento, como una filial o una sucursal, normas que,

---

72 Véase el considerando 36 de la Directiva de Servicios que menciona «el Reglamento (CEE) nº 1408/71 o la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

73 Cit. Vicente Blanco (2010): 30. Véanse las SSTJCE de de 21 de junio de 1974, *Reyners*, as. 2/74, Rec. p. 631, apdos. 21, 46 y 47, de 12 de julio de 1984, *Klopp*, as. 107/83, Rec. p. 2971, apdo. 19, y de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, as. C-55/94, Rec. p. I-04165, apdos. 19-39. Un examen de la jurisprudencia comunitaria sobre este extremo puede verse en Quadra-Salcedo Janini (2011): 281-286.

además, se aplican a todos los requisitos relativos al establecimiento de un prestador de servicios, ya se impongan a escala estatal, regional o local.[74]

Los regímenes de autorización constituyen, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria, uno de los trámites más comunes aplicados a los prestadores de servicios en los Estados miembros, revelándose como una restricción, no siempre justificada, a la libertad de establecimiento, en cuanto elemento básico de la libre circulación de servicios.[75] Es por ello que la mayor aportación que realiza la Directiva de Servicios a la regulación de la libertad de establecimiento es la modificación sustancial del régimen de autorizaciones.[76]

Los criterios que han de presidir todo régimen jurídico se contienen en los artículos 9 a 15 de la Directiva de Servicios, en cuanto regulan el acceso a la actividad de servicios por empresas establecidas en un Estado miembro, y establecen bajo qué condiciones y con arreglo a qué criterios podrán los Estados miembros supeditar el acceso y el ejercicio de esa actividad:[77] legitimidad del régimen de autorización, condiciones para la concesión de la autorización, duración de la autorización, procedimiento de selección entre varios candidatos y de autorización, requisitos prohibidos y requisitos

---

74 Como señala Cidoncha Martín, Antonio (2010): «El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid, pp. 251-252: «La Directiva, que se dirige (en su capítulo III) a facilitar la libertad de establecimiento de quienes vienen de fuera (ese es su objetivo declarado), facilita, además, la libertad de empresa de quienes "están dentro". En este punto, es innegable que no es solo una norma contra el proteccionismo estatal, sino también contra la excesiva intervención pública en la actividad económica privada o, mejor aún, contra una determinada forma de entender la intervención pública en la actividad económica privada (basada en el control previo de la iniciativa empresarial). Este es el principal efecto reflejo de la Directiva sobre la libertad de empresa».

75 Véase STJCE de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, as. C-390/99, Rec. p. I-607.

76 En palabras de Laguna de Paz (2009): 47, el régimen jurídico de las autorizaciones se encuentra entre *las piezas clave* de la reforma.

77 Un examen exhaustivo del régimen relativo a la libertad de establecimiento diseñado por la Directiva de Servicios puede verse en Linde Paniagua (2008b): 90-100; Fortes Martín (2009): 142-158; Rivero Ysern, Enrique (2009): «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, pp. 154-163.

que los Estados miembros procederán a evaluar su conformidad con los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

El establecimiento de un control preventivo actuado con una autorización administrativa tendrá carácter excepcional y deberá ajustarse a los criterios establecidos en los artículos 9 y 10 de la Directiva de Servicios.[78] De modo sintético, el régimen autoritativo estaría sujeto a dos tipos de condiciones:

(1) *Las que deben definir o amparar la adopción del propio régimen de autorización.*

• Ha de garantizar la ausencia de discriminación entre los prestadores de servicios que tengan que someterse al mismo.

• Ha de responder a una razón imperiosa de interés general.[79]

---

78 El artículo 4.6 de la Directiva de Servicios engloba bajo la rúbrica de *régimen de autorización* «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio». Estamos, por tanto, ante un concepto de autorización que excede el concepto tradicional de autorización en el derecho interno español, al englobar no solamente las autorizaciones en sentido propio, sino también cualquier acto expreso o decisión implícita (silencio administrativo) que sea exigido con carácter previo para el acceso a una actividad o su ejercicio. Así, el considerando 39 de la Directiva de Servicios señala que el concepto de *régimen de autorización* «debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional». Como señala Linde Paniagua (2008b): 90, al comentar el citado considerando, el concepto de autorización «es de gran amplitud incluyendo las autorizaciones propiamente dichas, así como todo procedimiento administrativo que finalice mediante actos administrativos previos que den acceso al ejercicio de la actividad […] Esto es, el "régimen de autorización" supone cualquier tipo de intervención de la Administración, directa o indirecta, que condicione el ejercicio de una actividad. Un concepto amplio de "régimen de autorización" que constata de nuevo la tendencia a liquidar las líneas maestras que diferenciaban los conceptos de autorización y concesión y sus referentes causales».

79 Este requisito se erige, como señala Villarejo Galende (2009a): 46, nota 85, «en la clave de arco del modelo regulatorio» que prevé la Directiva de Servicios. La *razón imperiosa de interés general* se trata de una categoría construida por la jurisprudencia del TJUE en aplicación de los principios comunitarios. Así, el artículo 4.8 de la Directiva de Servicios, siguiendo a la meritada jurisprudencia, contempla una larga lista de razones imperiosas de interés general, lista que no tiene carácter cerrado: «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero

• Ha de ser proporcional, esto es, que el objetivo perseguido no se pueda alcanzar mediante una medida menos restrictiva como pueda ser un control *ex post* (declaración responsable y comunicación previa) (artículo 9.1).

Las tres condiciones, tomadas en consideración de forma conjunta, implican para los Estados miembros someter el eventual régimen de autorización administrativa a un proceso interno de verificación o justificación (artículo 39.1.a).[80]

(2) *Las relativas a los criterios de concesión de la autorización*.

Asumiendo que la autorización administrativa por una razón imperiosa de interés general puede tener un carácter individual para cada establecimiento o un alcance territorial limitado,[81] que ha de ser motivada y susceptible de control judicial,[82] su concesión o denegación ha de estar sujeta a unos criterios que respondan a las siguientes características:

---

del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural». Véase también el considerando 40 de la Directiva de Servicios. Ahora bien, como señala Linde Paniagua (2008b): 91, «no significa que baste aludir a dichas razones para que de modo automático pueda concurrir un régimen autoritativo. Será necesario en todo caso preciso acreditar la exigencia de dicho régimen de acuerdo con los parámetros valorativos establecidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

80 El artículo 9.1 de la Directiva de Servicios no hace más que dar forma jurídica a la interpretación que el TJUE hace del artículo 49 TFUE, que considera las autorizaciones administrativas como una restricción a las libertades básicas comunitarias; un examen de la jurisprudencia comunitaria puede verse en Salvador Armendáriz y Villarejo Galende (2007): 48-52. De otro modo, las condiciones establecidas por el citado artículo 9.1 no resultan nada extrañas o ajenas a nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto guardan una estrecha relación con los clásicos principios de adecuación, intervención mínima y proporcionalidad (véase, en este sentido, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales); en este sentido, Laguna de Paz (2009): 47.

81 Según el artículo 10.4 de la Directiva de Servicios: «La autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio», precepto que ha de ponerse en conexión con el artículo 10.7 cuando afirma que su aplicación «no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones».

82 El artículo 10.6 de la Directiva de Servicios dispone que «toda decisión de las autoridades competentes, así como la denegación o la retirada de la autorización, deberán ser moti-

• no ser discriminatorios;
• estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
• ser proporcionados a dicho objetivo de interés general;
• ser claros e inequívocos;
• ser objetivos;
• ser hechos públicos con antelación,
• y ser transparentes y accesibles (artículo 10.2).

Los criterios exigidos dan a entender que se pretende configurar a la eventual autorización como un instrumento de control en el que la discrecionalidad tiene escasa cabida, reforzando su carácter reglado.

Además, en el procedimiento de concesión de la autorización se han de evitar «solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro» (artículo 10.3).[83]

Sin pretender obviar otros aspectos del eventual régimen de autorización,[84] lo cierto es que la clave de la regulación comunitaria se encuentra en los artículos 14 y 15. El artículo 14, en primer lugar, establece una *serie de prohibiciones* que pesan sobre los requisitos que pueden ser exigidos para la concesión o denegación de la autorización (véase Cuadro 1).

---

vadas y deberán poder ser impugnadas mediante un recurso judicial u otras instancias de apelación».

83 Lo que en opinión de Urrutia Libarona (2010): 58, supone un avance en el principio del reconocimiento mutuo.

84 El artículo 11 de la Directiva de Servicios consagra, en principio, la *duración ilimitada* de las autorizaciones, salvo en los casos que estén sujetas a un proceso de renovación automática, se trate de autorizaciones de funcionamiento, tengan un número limitado o concurran razones imperiosas de interés general. El artículo 12 incide en los supuestos de que el número de autorizaciones sea limitado, debiéndose garantizar los principios de imparcialidad, transparencia y publicidad al inicio, durante el procedimiento y a la finalización del mismo, lo que refuerza la idea de la aproximación de su régimen jurídico al que caracterizaba tradicionalmente a las concesiones administrativas; véase Linde Paniagua (2008b): 94-95. Y el artículo 13 regula los aspectos procedimentales, sobre la base de garantizar los principios de legalidad, claridad, objetividad e imparcialidad, carácter no disuasorio, duración limitada y eficiencia administrativa, sentido positivo del silencio administrativo, salvo razón imperiosa de interés general. En definitiva, a la vista del tratamiento que dispensa la Directiva de Servicios al establecimiento de una eventual autorización administrativa, puede concluirse con Laguna de Paz (2009): 47, que «el régimen jurídico de la autorización debe ser favorable a la libertad –no porque lo diga la Directiva, sino como derivación de los principios constitucionales y comunitarios europeos».

Especialmente relevantes a los efectos de nuestro posterior objeto de análisis, por cuanto han exigido un mayor número de cambios en las regulaciones vigentes, son las prohibiciones relativas a la situación económica del mercado interior y a la preservación de las normas de competencia:[85]

(a) Prohibición de supeditar la concesión de la autorización a un *test o prueba económica individualizada* (caso por caso) para valorar la necesidad del proyecto y su impacto en el mercado o sobre los competidores.[86] Prohibición que cuenta con una importante excepción ya que «*no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general*».

(b) Prohibición de la *intervención* en la concesión de la autorización de *competidores*, esto es, a través de las comisiones, consejos consultivos o equivalentes.[87] No obstante, esta prohibición «*no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general*».[88]

---

85 Como señala Fortes Martín (2009): 152, los ocho requisitos prohibidos en el artículo 14 de la Directiva pretenden «evitar cualquier tipo de barrera, traba u obstáculo nacional –requisito insalvable que pudiera llegar a ser empleado sedicentemente por algún Estado miembro– para impedir el establecimiento, y en última instancia el acceso a su territorio de futuros prestadores de servicios», requisitos prohibidos que el citado autor estructura en dos grandes bloques: los requisitos subjetivos, que afectan a la personalidad del solicitante (apdos. 1 y 2), y los requisitos objetivos, que afectan a la actividad de servicios que se pretende desarrollar (apdos. 3 a 8) (pp. 153-155).

86 El artículo 14.5 de la Directiva de Servicios dispone la prohibición de la «aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente».

87 El artículo 14.6 de la Directiva de Servicios prohíbe la «intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente».

88 En este sentido, la jurisprudencia comunitaria admitía la participación de representantes de intereses económicos y sociales siempre que fuera en su condición de expertos en la materia, en defensa del interés público y que las autoridades administrativas conservaran el poder final de decisión (bien porque la participación era meramente consultiva y no vinculante, bien por tener la mayoría en el órgano de decisión). Véanse las SSTJCE de 17 de noviembre de 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr contra Gebrüder Reiff*

En segundo lugar, el artículo 15 de la Directiva de Servicios incide sobre *la naturaleza y objetivos de los requisitos* que pueden exigir los Estados miembros para conceder o denegar la pertinente autorización administrativa, desde la perspectiva de una integración positiva, al tratarse de *requisitos evaluables* o *condicionados*,[89] proporcionando pautas para depurarlos tras su oportuna revisión (véase Cuadro 2).[90]

En el proceso de evaluación de los requisitos, los Estados miembros habrán de verificar el cumplimiento de tres condiciones: no discriminación (en función de la nacionalidad o del domicilio social), principio de necesidad (vinculado a la existencia de una razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (esto es, la adecuación entre las medidas y el objetivo de conformidad con el principio de menor intervención).[91]

Cuadro 1. Requisitos prohibidos. Art. 14 Directiva de Servicios

a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad. b) Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros. c) Limitaciones para elegir entre un establecimiento principal o secundario.

Gmbh & Co. Kg, as. C-185/91, Rec. 1993, p. I-5801; y de 5 de octubre de 1995, *Centro Servizi Spediporto*, as. C-96/94 Rec. 1995, p. I-2883.

89 Véase Linde Paniagua (2008b): 99-100; Fortes Martín (2009): 155-158.

90 Véase Urrutia Libarona (2010): 61.

91 El artículo 15.3 Directiva 2006/123 de Servicios dispone: «Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes: a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social; b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general; c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado». Dichas condiciones están llamadas a desempeñar un papel fundamental, por cuanto los Estados miembros solamente podrán introducir nuevos requisitos de acceso del tipo de los contemplados en el apartado 2 del artículo 15 cuando reúnan las condiciones establecidas en el apartado 3 del citado precepto (artículo 15.6).

d) Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento.
e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado.
f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones.
g) Obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional.
h) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el Estado miembro o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 2. Requisitos sometidos a evaluación. Art. 15 Directiva de Servicios

a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores.
b) Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica.
c) Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad.
d) Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36.
e) La prohibición de disponer de varios establecimientos.
f) Requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como tener un número determinado de empleados.
g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas.
h) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

Fuente: elaboración propia.

2.3.2 · Libertad de prestación de servicios

La libertad de prestación de servicios consiste en el derecho a realizar una actividad económica no asalariada en otro Estado miembro, sea de forma ocasional o temporal, desplazándose a su territorio para llevarla a cabo, sea de cualquier forma, ocasional o permanente, pero sin desplazamiento al territorio del otro Estado, siendo las normas relativas a la libre prestación de servicios subsidiarias a las normas referidas al Derecho de establecimiento.[92] Y esta libertad se regula en el capítulo IV de la Directiva de Servicios, bajo la rúbrica de «libre circulación de servicios», en su Sección 1ª.[93]

El artículo 16.1 de la Directiva de Servicios afirma el principio de libre prestación en su doble dimensión:[94] activa, «*los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos*», y pasiva, por cuanto el Estado miembro en que se preste el servicio «*asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio*». El régimen jurídico diseñado en la Directiva de Servicios se limita, como veremos, a asumir la jurisprudencia comunitaria en materia de circulación de servicios, definiendo una lista de requisitos prohibidos y recogiendo los criterios para valorar la licitud del resto de requisitos que

---

92 En los casos de «desplazamiento» del prestador, véase la STJCE de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, as. 33/74, Rec. p. 1299, que determinó el efecto directo de las disposiciones del Tratado CEE sobre la libre prestación de servicios, los artículos 59 y 60, y que las legislaciones nacionales no podían imponer la obligación de residir en el territorio del Estado para que un nacional de otro Estado miembro prestase servicios en él. En cuanto a los supuestos de prestación «sin desplazamiento», véase la STJCE de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investsments*, as. C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141. En relación con el carácter subsidiario, véase la STJCE de de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, as. C-55/94, Rec. p. I-04165, apdo. 22. Siguiendo a Vicente Blanco (2010): 31, cabe afirmar que mientras «el Derecho de establecimiento hace hincapié en el desplazamiento de las personas, físicas o jurídicas, de un Estado miembro al otro para realizar la actividad económica no asalariada, en la libre prestación de servicios se hace hincapié en el desplazamiento del servicio». Un examen de la jurisprudencia comunitaria sobre la libre prestación de servicios en Quadra-Salcedo Janini (2011): 279-281.

93 Sección 1ª, artículos 16 a 18, bajo la rúbrica de «Libre prestación de servicios y excepciones». Un examen de la libre circulación de servicios en la Directiva puede verse en Montero Pascual, Juan José (2008): «La libre prestación de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, pp. 103-115.

94 Cit. Urrutia Libarona (2010): 62.

puedan ser impuestos por los Estados miembros. Nada parece quedar, por tanto, del principio del país de origen previsto en la Directiva Bolkestein.[95]

Los Estados miembros deberán abstenerse de imponer sus propios requisitos a los prestadores de servicios que acceden a su mercado, excepto cuando tales requisitos estén justificados por alguna de las cuatro razones enumeradas en los apartados 1.b) y 3 del artículo 16: esto es, por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.[96] Los términos «orden público», «seguridad pública» y «salud pública» han sido interpretados de manera sistemática por el TJUE en un sentido estricto, señalando que debe existir una amenaza real y grave para un interés fundamental de la sociedad y que corresponde a los Estados miembros que invocan tales objetivos de interés general la demostración de los riesgos en cuestión.[97] Por otra parte, en relación con la «protección del medio ambiente», los Estados miembros tienen la posibilidad de garantizar que los prestadores de servicios cumplan con sus respectivas normas nacionales, regionales o locales.

Además, la normativa estatal debe responder a tres exigencias de carácter general (según el párrafo 3º del artículo 16.1 de la Directiva de Servicios), a saber: la *no discriminación*, por razón de la nacionalidad o del

---

95 Como señala Montero Pascual (2008): 110, «la versión final de la Directiva parece renunciar al principio del país de origen. De hecho esta expresión ni siquiera aparece en la Directiva. No obstante, se ha de partir del hecho de que el prestador se va a regir, en principio, por la normativa del Estado de origen, al menos por lo que respecta al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad de hacer. A partir de este punto, quedará sujeto a la normativa del país de destino pero solo en cuanto esta normativa no restrinja su derecho a prestar el servicio sin estar allí establecido».

96 Como señala la Comisión en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, p. 39: «Esto significa que los requisitos que los Estados miembros pueden imponer a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros son limitados. Tal restricción se aplica a toda forma de requisito, independientemente del tipo o nivel de la legislación en cuestión y de los límites territoriales en los que se aplique una norma nacional. Como consecuencia, los prestadores sabrán que no estarán sujetos a las leyes del Estado miembro receptor salvo en los casos en los que la aplicación de las mismas esté justificada por alguna de las cuatro razones expuestas en el artículo 16, apartados 1 y 3 (o en los que las leyes en cuestión estén cubiertos por una de las derogaciones contempladas en el artículo 17)».

97 Véase, en relación con el orden público, la STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02, Rec. p. I-9609. En cuanto al orden y seguridad públicos, véase la STJCE de 14 de marzo de 2000, *Église de Scientologie*, as. C- 54/99, Rec. p. I-1335, apdo. 17. Y por lo que atañe a la seguridad y salud públicas, véase la STJCE de 14 de diciembre de 2006, *Comisión contra Austria*, as. C-257/05, apdo. 25.

Estado miembro en el que estén establecidas las personas jurídicas; la *necesidad* (que se justifica en las cuatro razones fundamentales ya señaladas), y la *proporcionalidad*.

La Directiva de Servicios, en principio, no exige a los Estados miembros que supriman los requisitos existentes (esto es, los podrán mantener para sus operadores nacionales), sino que se abstengan de aplicar los requisitos a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros. Así se desprenden del artículo 16.2, que incorpora una lista de requisitos que las autoridades nacionales no podrán imponer, en cuanto se considera que restringen la libre prestación de servicios, a una empresa establecida en otro Estado miembro (véase Cuadro 3).

No obstante, conviene destacar que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17, la armonización pretendida por la Directiva no se aplica a una serie de servicios de gran relevancia.[98] Por otra parte, los Estados podrán, de forma excepcional, tomar medidas relativas a la seguridad de los servicios respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro (artículo 18). Medidas que solo podrán adoptarse si reúnen las siguientes condiciones (artículo 18.2): a) ausencia de armonización comunitaria; b) mayor grado de protección que la que tomaría el Estado miembro de establecimiento con arreglo a lo dispuesto en sus disposiciones nacionales;[99] c) insatisfactoria o insuficiente aplicación de medidas de asistencia recíproca por parte del Estado de establecimiento (artículo 35.2 Directiva de Servicios); d) proporcionalidad.

---

98 Este es el caso de los servicios de interés económico general que se presten en otro Estado miembro (postales, eléctricos, gas, distribución y suministro de agua, tratamiento de residuos); desplazamiento de trabajadores realizado en el marco de una prestación de servicios; protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; libre prestación de servicios por los abogados, y un largo etcétera.

99 En opinión de Vicente Blanco (2010): 82, en esta condición se oculta una manifestación del denostado y olvidado «principio del país de origen», y así afirma que «la segunda de las condiciones previstas en el apartado 2 para la adopción de medidas relativas a la seguridad de los servicios exige que la medida del Estado de acogida ofrezca al destinatario un mayor grado de protección que la que adoptaría el Estado de origen, de modo que hace primar la ley del país de origen sobre la ley del Estado de destino. En esta norma, destaca a nuestro juicio el coste que para el Estado de acogida supone el ejercicio de la labor comparativa, mecanismo probablemente pensado para disuadir al Estado de actuar y dificultarle una actuación "automática"».

Cuadro 3. Requisitos prohibidos. Art. 16.2 Directiva de Servicios

a) La obligación de que el prestador esté establecido en el territorio del Estado miembro.
b) La obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por autoridades o deba inscribirse en un registro o en un colegio o asociación profesional.
c) La prohibición de que el prestador se procure de cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones.
d) Exigencias que impidan o limiten la prestación de servicios como trabajador autónomo.
e) La obligación de que el prestador obtenga de las autoridades un documento de identificación específico.
f) La exigencia de requisitos sobre el uso de determinados equipos y material que formen parte integrante de la prestación del servicio, salvo por motivos de salud y seguridad en el trabajo.
g) Las restricciones contempladas en el artículo 19.

Fuente: elaboración propia.

La defensa del consumidor –el destinatario de servicios, en la terminología de la Directiva–, la protección de sus intereses y de su capacidad de elección, constituye el objeto de la Sección 2ª y es la continuación lógica de la libre prestación de servicios. De este modo, los Estados miembros no podrán imponer al destinatario requisitos que restrinjan la utilización de servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro, en particular: no podrán obligarle a obtener una autorización de las autoridades nacionales, ni hacer una declaración ante ellas; ni tampoco podrán incluir disposiciones discriminatorias, que limiten las posibilidades de concesión de ayudas económicas debido a que el prestador esté establecido en otro Estado miembro o en función del lugar de ejecución de la prestación (artículo 19). Además, el destinatario no debe estar sujeto a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia (artículo 20.1), factores que tampoco podrán ser tomados en consideración a la hora de establecer las condiciones generales de acceso a un servicio, sin perjuicio de que se puedan establecer diferencias directamente justificadas por criterios objetivos (artículo 20.2). Y, por último, con la finalidad de dotar

de confianza a los destinatarios que pudieran desconocer la normativa en materia de protección de consumidores, exigible a los prestadores de servicios de otros Estados miembros, el artículo 21 desarrolla el derecho de asistencia, sobre la base de un información eficaz y veraz.

2.4 · Medidas no normativas: la simplificación administrativa, la calidad de los servicios y la cooperación administrativa

Finalizaremos el análisis de la Directiva de Servicios haciendo una breve referencia a su *contenido instrumental*: esto es, al conjunto de medidas y propuestas orientadas a promover una elevada calidad de los servicios y a fomentar la información y la transparencia sobre los prestadores y sus servicios.[100]

La Directiva de Servicios señala que los obstáculos que afectan al prestador de servicios inciden en la totalidad de las etapas de su actividad y presentan numerosos puntos en común, «incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros» (considerando 3). En este sentido, en el considerando 42 de la Directiva se afirma que las normas relativas a los procedimientos administrativos deben tener como objeto «suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta», ya que «una de las principales dificultades a que se enfrentan las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos» (considerando 43). Es por ello que uno de los objetivos perseguidos por la Directiva de Servicios sea precisamente la *simplificación de los procedimientos administrativos*: esto es, «eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos,

100 Véase Villarejo Galende (2009a): 49.

autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados» (considerando 43).[101]

La Directiva de Servicios dedica el capítulo II a la simplificación administrativa. Así, en el artículo 5.1 se encomienda a los Estados miembros verificar los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio, con la finalidad de proceder a su simplificación. A tales efectos, resulta especialmente relevante el deber de aceptar los documentos (certificados, justificantes o similares) otorgados por otro Estado miembro en los que se demuestre el cumplimiento de un requisito o tengan una función equivalente (artículo 5.3).[102] Y con este fin, la Comisión podrá establecer formularios armonizados a escala comunitaria referentes a certificados, acreditaciones u otros documentos requeridos para el establecimiento de un prestador (artículo 5.2).

Una de las medidas que propone la Directiva de Servicios en el ámbito de la simplificación es la implantación de la *ventanilla única*, con el objeto de garantizar la centralización de los trámites (artículo 6) y el derecho a la

---

101 La simplificación de los procedimientos administrativos, como expresión de la idea más amplia de la modernización de las Administraciones públicas, es una demanda ya clásica del Derecho comunitario y de los ordenamientos internos, que por primera vez se explicita y aborda en la Directiva de Servicios. Véase sobre este aspecto los trabajos de Villarejo Gelende, Helena (2008a): «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, pp. 52-80; Nevado-Batalla, Pedro (2009): «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, pp. 165-187; Rivero Ortega, Ricardo (2011): «Simplificación administrativa y administración electrónica, objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, 42, pp. 115-138; Palomar Olmeda, Alberto (2010): «Simplificación administrativa», en *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, pp. 378-384.

102 Se trata de una manifestación del principio de reconocimiento mutuo en el plano documental entre autoridades administrativas de los Estados miembros, ya que, como señala Rivero Ortega (2011): 119, la Directiva de Servicios «no persigue principalmente la simplificación –no lo olvidemos– sino la realización del mercado interior, para lo que deben evitarse sobre todo las duplicidades o multiplicidades en la exigencia documental». Por su parte, Martín Martínez, Magdalena María (2008a): «Construyendo la Europa social: claroscuros de la Directiva Bolkenstein», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, p. 13, habla de una manifestación del principio de confianza recíproca.

información de los ciudadanos, contemplado desde una dimensión proactiva que contempla no solamente el derecho a recibirla, sino que aquélla esté a disposición de los ciudadanos (artículo 7).[103] Con la creación de las ventanillas únicas lo que se pretende, en definitiva, es que los prestadores de servicios de toda la Unión Europea tengan la posibilidad de hacer todos los trámites administrativos exigidos para acceder a sus actividades de servicios (en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización), en un mismo organismo (*interlocutor único*). Obviamente, como se encarga de aclarar en el artículo 6.2, la creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional.[104]

Otra medida contemplada en la Directiva de Servicios es la implantación de *procedimientos por vía electrónica* (artículo 8). Estamos ante una *obligación de resultado*, por cuanto los Estados miembros «harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica» (ap. 1). Los medios que se utilicen para conseguirlo son indiferentes, si bien prevé que la Comisión adopte normas para facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información, en la utilización de los procedimientos por vía electrónica entre los Estados miembros (ap. 2).

En el capítulo V de la Directiva de Servicios, artículos 22 a 27, se abordan cuestiones que inciden sustancialmente en la protección de los consumidores, estableciendo unas directrices sobre la *calidad de los servicios,* encaminadas a reforzar las garantías de la parte más débil en la relación contractual.[105] Las directrices sobre la política de calidad de los servicios

---

103 Véanse los considerandos 50 y 51 de la Directiva de Servicios.

104 El considerando 48 de la Directiva de Servicios señala: «El número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. En efecto, la creación de ventanillas únicas no debe interferir en el reparto de competencias entre autoridades competentes dentro de cada sistema nacional. Cuando varias autoridades tienen competencias a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla única y de coordinador con las demás».

105 Martín Martínez, Magdalena María (2008b): «En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, p. 136, ha puesto de manifiesto la relevancia de este capítulo, por ser la Directiva de Servicios la primera norma, en el ámbito comunitario,

se pueden sintetizar en dos aspectos clave: (1) Una rigurosa obligación de los Estados miembros de hacer lo necesario para que los prestadores de servicios pongan a disposición del destinatario información sobre ellos y sus servicios (artículo 22), sobre la base de que la confianza de los consumidores resulta esencial para la prestación transnacional de servicios, confianza que solamente se puede potenciar a través de la transparencia. (2) La necesidad de que en la prestación de determinados servicios que presenten un riesgo directo y concreto para la salud, la seguridad o financieros, del destinatario o de un tercero, se cuente con un seguro profesional (artículo 23.1). Su justificación es obvia por cuanto la prestación de servicios comporta, en mayor o menor medida, un riesgo que puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio o, incluso, de la propia Administración, por *culpa in eligendo o in vigilando*. No obstante, para evitar obstáculos innecesarios, los Estados miembros no pueden exigir la suscripción del seguro en el caso de que el prestador ya tenga cubierto el riesgo por una garantía equivalente. Si la equivalencia del seguro es solo parcial si que pueden, en cambio, pedir una garantía complementaria, cuya existencia podrán probar con la simple exhibición de un certificado emitido por entidades de crédito o aseguradoras establecidas en otro Estado miembro (artículo 23.3).

Uno de los aspectos en los que insiste la norma es en el reforzamiento de los *mecanismos de cooperación interadministrativa*, a los que dedica el capítulo VI, artículos 28 a 36, para garantizar la correcta prestación de los servicios.[106] Como se afirma en el considerando 105, la falta de cooperación entre los Estados miembros «genera una multiplicación de las normas aplicables a los prestadores o duplicaciones de los controles de las actividades transfronterizas, y puede también ser aprovechada por comerciantes

---

que ha regulado con carácter sistemático la calidad de los servicios en el mercado interior europeo; un examen exhaustivo del capítulo es realizado por la citada autora (pp. 135-147). Véase también al respecto, Laguna de Paz (2009): 50-51, y Vida Fernández, José (2009): «Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 218-230.

106 En relación con este capítulo pueden verse los trabajos de Jiménez García, Federico (2008): «La cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, pp. 149-171, y Vida Fernández (2009): 230-238.

abusivos para eludir la supervisión o las normas nacionales aplicables a los servicios. Es por consiguiente esencial establecer obligaciones claras y jurídicamente vinculantes para que los Estados miembros puedan cooperar eficazmente».

La cooperación de los Estados miembros se articula a partir del deber general de prestarse asistencia recíproca y tomar medidas para cooperar de forma eficaz entre sí con el fin de garantizar la supervisión de los prestadores y de sus servicios (artículo 28.1). Esta obligación de asistencia recíproca no es absoluta, sino que se basa en la necesidad de motivar las solicitudes de asistencia. Con ello se consigue asegurar la integridad y la eficacia de los instrumentos de asistencia y cooperación, restringiendo el acceso a los casos que resulten estrictamente necesarios.[107]

Por otra parte, la asistencia recíproca se concreta en medidas tales como el intercambio de información o la realización de controles, inspecciones e investigaciones (control por parte del Estado de establecimiento y supervisión por parte de los Estados en el que se presta el servicio), para lo cual la Comisión promoverá la creación de una red europea de autoridades de los Estados miembros y participará en ella con el fin de reaccionar frente a «actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad de servicios, que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados miembros (ap. 1 y 2 del artículo 32).

Debe destacarse, en el plano organizativo, la creación por la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, de un sistema electrónico de intercambio de información entre Estados miembros, teniendo en cuenta los sistemas de información existentes (artículo 34.1). Este sistema de información debe funcionar «correctamente para que las autoridades competentes puedan determinar fácilmente quiénes son sus interlocutores en otros Estados miembros y comunicarse con ellos de manera eficaz» (considerando 112). Igualmente, se prevé la adopción de medidas complementarias para facilitar el intercambio de los funcionarios responsables de llevar a cabo la asistencia recíproca y para formar a dichos funcionarios, incluido en materias como las lenguas y la informática (artículo 34.2), y la evaluación de la necesidad de establecer un programa plurianual con el fin de organizar los intercambios de funcionarios y la formación pertinentes (artículo 34.3).

---

107 Cit. Vida Fernández (2009): 231.

3 · La transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico estatal y autonómico

3.1 · Rasgos generales del proceso de transposición al derecho interno

El proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España se ha visto dificultado por razones de naturaleza diversa: unas ligadas a la propia idiosincrasia de la norma comunitaria, su carácter horizontal e incidencia en el modelo de ordenación de la economía,[108] y otras derivadas de la estructura territorial de nuestro Estado y singular coyuntura política.[109] A todo ello se ha venido a sumar la grave crisis financiera y económica, especialmente intensa desde el 2009, que ha desinflado las expectativas de crecimiento del PIB y del empleo que generaría la correcta incorporación al derecho interno de la Directiva de Servicios.

Con cierto retraso y lentitud, no exento de confusión, se pone en marcha un proceso de transposición de implementación simultánea de la Directiva de Servicios, liderado por el Ministerio de Economía y Hacienda.[110] El pro-

---

108 Como señala Muñoz Machado (2009): 3-5, uno de los efectos clave de la Directiva es restringir la libertad de opción del legislador respecto de la ordenación de la economía, lo que colisiona con el modelo español que con carácter abierto y flexible configura nuestro texto constitucional (artículos 38 y 128.2 CE); y añade que la complejidad se incrementa por «tratarse de una Directiva "horizontal", [que] corta transversalmente múltiples sectores económicos y, con ellos, diversas ramas del ordenamiento jurídico y materias que, unas veces, son competencia del Estado y, otras, de las Comunidades Autónomas y, en la mayoría de los casos, compartidas por diversos legisladores y, también, participadas por el poder normativo de las entidades locales en lo que concierne a las actividades y servicios de su interés». En la misma línea, Parejo Alfonso (2009): 38-39.

109 Véase Muñoz Machado (2009): 10-13; Rivero Ortega (2009a): 77.

110 Sobre la naturaleza del proceso de transposición, Rivero Ortega (2009a): 74, señala que «la transposición de la Directiva de servicios puede plantearse de dos formas: en cascada o con implementación simultánea en todos los niveles administrativos. Una transposición en cascada presenta la ventaja de la coordinación y armonización del proceso en todas las Comunidades, pero quizás debiera haberse iniciado (dadas las complejidades de nuestro Estado multidescentralizado) un poco antes. En cambio, la transposición simultánea, a pesar del riesgo de descoordinación, facilita el cumplimiento dentro del plazo», y concluye que el Estado parece haber optado por el primer camino. Igualmente interesantes son sus observaciones sobre el liderazgo del Ministerio de Economía y Hacienda, cuando afirma que «la asignación del liderazgo de la transposición al Ministerio de Economía y Hacienda imprime un sesgo peculiar a este proceso, desde mi punto de vista, que podría haber tenido mucho más sentido de prosperar la primera versión del

ceso se enmarca en un amplio Programa de Trabajo, elaborado por el Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios (GTDS), y que fue presentado el 26 de julio de 2007 para su aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), programa que ha regido las actuaciones de transposición hasta diciembre de 2009.[111]. El Programa de Trabajo se articula sobre tres principios:

• Aplicar un *enfoque ambicioso* para alcanzar ganancias de competitividad en relación con los otros Estados miembros, aprovechando al máximo la fuerza y el impulso reformador que contiene la Directiva de Servicios, lo que permitirá maximizar los efectos económicos destacados en el anterior apartado. Este enfoque se concretó, por un lado, en el *Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de Servicios*, que propone una aplicación de los principios de la Directiva con menos restricciones; por otro lado, en un proceso de validación exigente en cuanto a la adaptación sectorial de la normativa a la Directiva y, finalmente en una ventanilla única potente y con el máximo alcance.

• La *responsabilidad en las tareas de transposición corresponde a cada administración en el ámbito de sus competencias*. En efecto, el ejercicio de incorporación al derecho interno de las disposiciones de la Directiva

---

texto, pero lo pierde una vez la Directiva pasa a preocuparse mucho más de las cuestiones burocráticas (administrativas, en suma) que de las propiamente económicas, siendo éste un resultado palpable del cambio de borradores entre 2006 y 2007, como antes he apuntado. ¿Hubiera sido más adecuado situar el liderazgo de la transposición en el ya desaparecido Ministerio para las Administraciones Públicas? A mi juicio, tal vez lo más correcto hubiera sido encomendar a la Vicepresidencia primera del Gobierno un papel coordinador de ambos ministerios, que son los principalmente afectados, sin olvidar al Ministerio de Industria, también potencialmente afectado por los muchos sectores sobre los que se proyecta la norma. Esta implicación necesaria del MAP queda clara cuando se demuestra la necesidad de reformar también la Ley de Procedimiento Administrativo, pues resulta necesario introducir las previsiones sobre autorizaciones, simplificación, agilización, ventanilla única, presentación de documentos o interoperabilidad en la principal norma reguladora del actuar de las administraciones públicas» (p. 76).

111 Los datos del proceso de transposición se han obtenido del *Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, de 29 de abril de 2010; el informe está disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/implementation/20100429_final_es.pdf. El GTDS estaba integrado por el Ministerio de Economía y Hacienda, como responsable, y los restantes Ministerios, competentes por razón de la materia, y su función era impulsar la puesta en práctica y el cumplimiento de la Directiva en su área correspondiente y participar en las reuniones sectoriales que se convoquen para sus áreas, así como elevar periódicamente informes a CDGAE sobre los avances del proceso.

debe tener en cuenta el reparto de competencias en nuestro Estado. Por tanto, compete a cada Administración garantizar una completa y rigurosa transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito de sus competencias.

• Debe existir una *estrecha colaboración entre las Administraciones implicadas*. Esto resulta esencial teniendo en cuenta el marcado carácter horizontal (abarca competencias de todos los ministerios) y vertical (afecta a los tres niveles de la administración: estatal, autonómico y local) de la Directiva de Servicios. Tal colaboración se ha venido instrumentando por medio del Grupo de Trabajo interministerial para la Transposición de la Directiva de Servicios, en el que participan todos los ministerios, así como a través del establecimiento de una red de interlocutores únicos ministeriales, de Comunidades Autónomas y de la FEMP, así como sectorialmente. En esta línea, se desarrollaron diversas acciones de comunicación a través de la página Web del Ministerio de Economía y Hacienda, completadas con otras acciones de la misma naturaleza y de formación en Ministerios y Comunidades Autónomas.

En el Programa de Trabajo quedaron recogidos, además de las principales líneas de actuación, los tres principios que deben orientar todo el proceso y que, de hecho, establecen algunos de los retos y oportunidades más importantes que plantea la Directiva. Por lo que se refiere a las *líneas de actuación*, éstas quedaron estructuradas en tres apartados, a saber: (1) incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno; (2) puesta en marcha de la ventanilla única; y (3) participación en el sistema de cooperación administrativa entre Estados miembros.

El 17 de abril de 2008 se dio por finalizada la fase de identificación de la normativa potencialmente afectada por la Directiva de Servicios. Cabe destacar que se aprovechó esta fase para identificar los procedimientos que ya se realizaban electrónicamente, con vistas a instaurar la ventanilla única, así como a las autoridades competentes que deberían incorporarse al sistema de cooperación administrativa y a todos los agentes de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Administración Local que deberían estar presentes en el proceso de transposición. Se identificaron alrededor de 7.000 procedimientos y normativa potencialmente afectados por la Directiva de Servicios, que fueron clasificados en 22 áreas sectoriales de actividad y que pasarían a ser evaluados. De ellos, menos del 13% de los casos son competencia de la Administración General del Estado (aproximadamente, unas 80 son normas con rango de ley y unas 370 son reales decretos), por lo que cuantitativamente el peso

de la transposición de la Directiva al derecho interno recaía sobre las Comunidades Autónomas.

Como ya señalamos, en el caso del Estado español se ha optado por un modelo de transposición en dos fases: una primera fase de *transposición formal*, en la que se ha procedido a la adopción de una Ley de carácter horizontal, abierta y flexible, la citada LLAAS, y una segunda fase de *transposición material*, que han de llevar a cabo tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y, en el nivel reglamentario, los Entes locales.

A nivel estatal, la segunda fase de transposición material, esto es, de adaptación al contenido de la LLAAS y en última instancia a la Directiva de Servicios, se ha llevado a cabo, fundamentalmente, a través de otras dos leyes:

– La conocida como *Ley ómnibus*, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, LMDLA);[112] mediante esta Ley se procede a la modificación y/o derogación de una gran variedad de leyes, generales y sectoriales, en materias en las que el Estado tiene reconocida competencia, para adaptar su contenido a la Directiva de Servicios y a la LLAAS.

– La Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que refleja la singularidad del proceso de transposición de la norma comunitaria en el ámbito de la distribución comercial. Reforma que ha tenido su continuación en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

A las citadas leyes, se ha de sumar, en nuestra opinión, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que viene a continuar el esfuerzo de remoción de obstáculos administrativos iniciado con las normas de transposición de la Directiva de Servicios. En concreto, en el Título II, bajo la rúbrica de «Competitividad», el capítulo I introduce medidas de simplificación administrativa en dos ámbitos. En primer lugar, en la sección 1ª del capítulo I se establece la obligación, para el Gobierno y las Comunidades Autónomas, de impulsar reformas normativas para ampliar el ámbito de

112 La disposición final quinta, apartado 1, LLAAS, establece: «En el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, se proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley».

aplicación del *silencio administrativo positivo*. En segundo lugar, en la sección 2.ª se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, para *restringir la posibilidad de exigir licencias* a aquellas actividades en las que concurran razones imperiosas de interés general, vinculadas con la protección de la salud o seguridad públicas, el medioambiente o el patrimonio histórico-artístico. Se habilita a las Haciendas Locales, a través de la reforma del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, a cobrar tasas por las actividades de verificación para aquellas actividades no sujetas a autorización o control previo, y se prevé en la disposición adicional octava un procedimiento de clarificación de la situación resultante en cuanto a las licencias exigibles tras la reforma.

Hay que añadir, por su importancia para los Entes locales, otras dos normas posteriores, de diferente rango y alcance, que continúan el proceso de reformas iniciado con la LMDLA y la Ley 2/2011 de Economía Sostenible. Siguiendo el orden temporal, se ha de citar, en primer lugar, el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955,[113] y, en segundo lugar, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (que derogó el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo), que opera un radical proceso de simplificación, reducción de cargas y licencias en el ámbito del comercio minorista, consagrando, de forma definitiva, los mecanismos de control *ex post*[114] (medidas que también podrán tener su incidencia en las competencias autonómicas sobre ordenación comercial).

---

113 Como señala Jiménez Asensio, Rafael (2010): «El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el derecho local», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías XII, p. 130, «la sorpresa evidente de esa modificación reside en el carácter básico que se le ha dado a la misma, lo que inmediatamente conduce a preguntarnos hasta qué punto ese Reglamento preconstitucional puede tener esa naturaleza de básico. Rápidamente se ha de responder que no. Solo son básicos, en principio, esos preceptos modificados como consecuencia de ser desarrollo de una Ley (la 17/2009) que ha sido calificada con ese carácter por el propio legislador».

114 Como señala en la exposición de motivos de la Ley 12/2012, «se avanza un paso más eliminando todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en el anexo con una superficie de hasta 300 metros cuadrados. Se considera, tras realizar el juicio de necesidad y proporcionalidad, que no son necesarios controles previos por tratarse de actividades que, por

Las Comunidades Autónomas, por su parte, se ven obligadas a cumplir el contenido de la Directiva de Servicios que está incorporado con un mayor alcance en la LLAAS y, asimismo, tienen que adaptarse, en aquellas materias en las que cuenten con competencias compartidas, de desarrollo o ejecución, a las medidas generales de reforma administrativa introducidas en la LMDLA y Ley 2/2011 de Economía Sostenible, así como a las medidas específicas previstas en la Ley 1/2010 de modificación de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

Las Comunidades Autónomas en el proceso de transposición, tanto en las competencias exclusivas como en aquéllas compartidas, han recurrido a diferentes vías:[115]

– Aprobación de una propia *Ley ómnibus*, en ocasiones con carácter urgente a través del Decreto-Ley (Murcia, Baleares, Castilla-La Mancha, Madrid, Castilla y León, Madrid, Galicia, Navarra, Aragón, Cantabria, Andalucía, y más recientemente el País Vasco).[116]

---

su naturaleza, por las instalaciones que requieren y por la dimensión del establecimiento, no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria, la cual se sustituye por un régimen de control *ex post* basado en una declaración responsable. La flexibilización se extiende también más allá del ámbito de aplicación de la reforma de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, y afecta también a todas las obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. De esta manera, se podrá iniciar la ejecución de obras e instalaciones y el ejercicio de la actividad comercial y de servicios con la presentación de una declaración responsable o comunicación previa, según el caso, en la que el empresario declara cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente y disponer de los documentos que se exijan, además de estar en posesión del justificante del pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo».

115 Una valoración no muy positiva del proceso de transposición en el ámbito autonómico, por su negativo impacto en el proceso de transposición en el marco de los Entes locales, la ofrece Jiménez Asensio (2010): 124, cuando afirma: «Las Comunidades Autónomas están llevando a cabo, por su parte, procesos de adaptación de su marco normativo a la Directiva de Servicios mucho más lentos y, lo que es peor aún, de muy baja calidad y discutibles en buena parte de su contenidos»; y más adelante añade: «La adaptación de la normativa autonómica a la Directiva de Servicios está siendo, por regla general, tardía o muy tardía, timorata, así como no exenta de innumerables contradicciones o pendiente en muchos casos de «una segunda vuelta» que adecue de forma más correcta el marco normativo vigente a la propia Directiva de Servicios».

116 Crítico con la vía del Decreto-Ley se manifiesta Jiménez Asensio (2010): 134, al entender que difícilmente se cumple el presupuesto de hecho habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad». De «muy atrevido» califica el recurso a la vía del Decreto-ley Ordóñez Solis, David (2010): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo norma-

– A través de la *Ley de acompañamiento* a la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma (La Rioja o Comunidad Valenciana).

– De forma desconcentrada modificando las *Leyes sectoriale*s necesarias (Canarias, Asturias, Extremadura, y muchas de las Comunidades Autónomas anteriores en el caso del comercio o del turismo).

– Mediante una *Ley de Bases* para delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, en la forma de Decretos Legislativos (Cataluña).[117]

Cuestión diferente y más problemática es la situación de las Entidades locales, ya que en este ámbito podría apreciarse una eventual contradicción entre: los principios de primacía del Derecho europeo y de respeto al sistema interno de distribución de competencias, que permitirían a los Entes locales proceder a la modificación de sus normas de conformidad con la Directiva de Servicios previa valoración, eso si, de la conformidad de los preceptos estatales y autonómicos con la Directiva, y el principio de seguridad jurídica en el ejercicio de la potestad normativa que aconseja a las Entidades locales no anticiparse a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado o las Comunidades Autónomas sobre la transposición

---

tivo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, pp. 19-20, quien además duda de que los razonamientos contenidos en los preámbulos de alguno de los decretos-ley (en concreto, en el caso andaluz) justifiquen utilizar un procedimiento tan expeditivo. En relación con esta cuestión, la STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9, admite «la procedencia de la forma de decreto-ley en relación con la transposición de una directiva comunitaria al ordenamiento jurídico interno» siempre que la importancia de los intereses en juego existentes en el sector en cuestión reclamase «una regulación normativa inmediata por los poderes públicos. Esta interpretación es, por lo demás, coherente con nuestra doctrina constitucional en la materia, pues, en relación con la concurrencia del presupuesto habilitante, siempre hemos atendido a la existencia de una justificación material, sin conformarnos con argumentos meramente formales»; pero añade que «el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo».

117 Según Jiménez Asensio (2010): 134, se trata de la opción más ortodoxa y posiblemente una de las vías más idóneas –como ya apuntara el Consejo de Estado– para adaptar una legislación transversal y muy técnica a los principios y reglas de la Directiva de Servicios.

de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local, puesto que se corre el peligro de una diversificación de interpretaciones sobre la forma de realizarla que sea contraria al principio de igualdad y al establecimiento de un mercado europeo único.[118] Resulta evidente que su estrategia en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios está asociada de forma indisoluble, no solamente a las medidas adoptadas por el Estado, sino especialmente a las decisiones y soluciones que las Comunidades Autónomas asumen en el proceso de incorporación del Derecho europeo.[119] Es por ello que una adaptación tardía o defectuosa en el ámbito autonómico incidirá negativamente en los gobiernos locales.

Podemos concluir este apartado señalando que la valoración global del proceso de transposición no está siendo muy positiva, por parte de un sector de la doctrina. La falta de uniformidad conceptual, las diferencias interpretativas sobre el alcance de conceptos esenciales, las divergencias en la evaluación del alcance de las razones imperiosas de interés general o de la proporcionalidad, o la configuración confusa de los mecanismos de control, en especial los controles *ex post*, han contribuido a considerar que de todo ello «resultará una mala e incorrecta aplicación en España de la Directiva y la frustración de sus objetivos»,[120] o que estamos asistiendo a un proceso

---

118 Véase Font i Llovet, Tomàs (2011): «La incidencia de la Directiva de Servicios en los Entes locales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, p. 2.

119 Véase Rivero Ortega (2009a): 75. No debemos olvidar que el ordenamiento local se estructura de forma jerárquica, siguiendo básicamente el esquema ley-reglamento (estatal o autonómico) más ordenanza local o bien ley de bases estatal-ley de desarrollo autonómica-reglamento de ejecución autonómico más ordenanza local, es por ello que la modificación de cualquiera de las normas de rango superior supone, sin necesidad de derogación expresa, la modificación o derogación tácita de la ordenanza local que desarrolla, completa o reproduce la normativa de que trae causa. En este sentido, como señala acertadamente Jiménez Asensio (2010): 130, «los niveles locales de gobierno tienen principalmente una dependencia normativa de los marcos reguladores autonómicos, puesto que son principalmente las Leyes sectoriales aprobadas por las Comunidades Autónomas (Urbanismo, medio ambiente, espectáculos públicos, actividad comercial, etc.), las que determinan una serie de regímenes de autorización que, en buena medida, son antagónicos con los principios y reglas previstos en la Directiva y en la Ley 17/2009. Si no se cambian esos marcos reguladores la posición de las entidades locales es francamente difícil para afrontar razonablemente ese proceso de liberalización que demanda el Derecho de la Unión Europea».

120 Cit. Muñoz Machado (2009): 14, quién completa sus críticas señalando una serie de vías que permitirían revertir la situación; así, señala como fórmulas posibles «la promulgación por el Estado de normas imperativas que no se limiten a establecer formulaciones

caótico y confuso que puede complicar, en lugar de simplificar, el marco regulador de las actividades de servicios.[121]

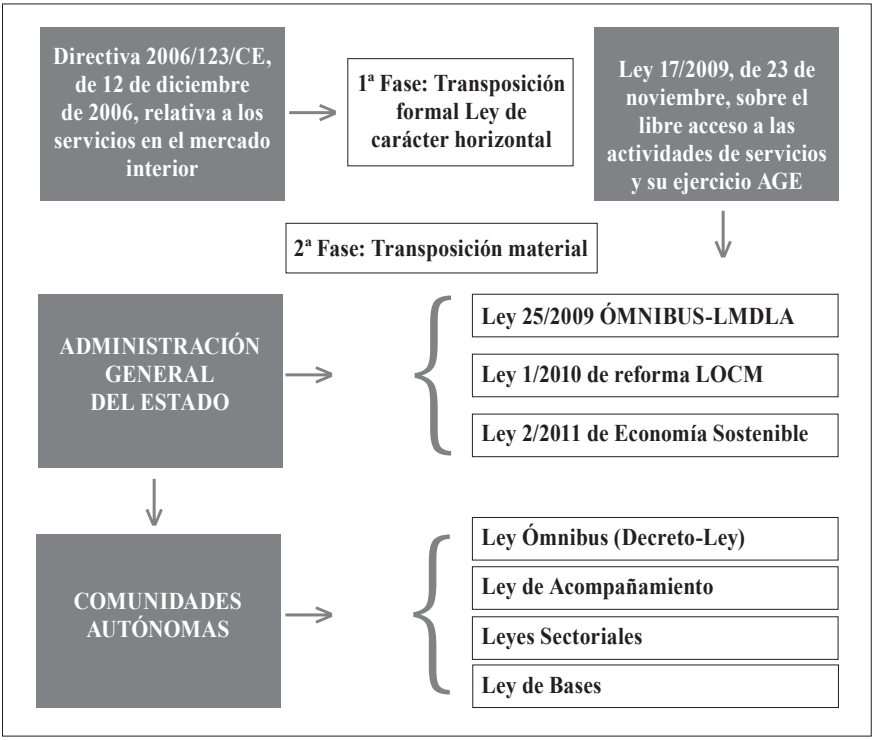
La síntesis del proceso de transposición al derecho interno español de la Directiva de Servicios, articulado en una doble fase, formal y material, se recoge en el siguiente cuadro.

---

de principio, que ya están en la propia Directiva, sino reglas específicas aplicables a los diferentes sectores y a la posible subsistencia o no en cada uno de ellos (un ejemplo muy debatido: establecimientos comerciales) de regímenes de autorización; una norma de tal carácter sí conseguiría la eliminación uniforme de las barreras existentes, que es lo que la Directiva pretende. Otra fórmula puede ser el dictado por el legislador de normas modelo, o también disposiciones con vocación supletoria, que puedan, en este último caso, suplir la inexistencia de legislación autonómica y, en el primero, establecer criterios regulatorios que puedan utilizar luego repetidamente los diferentes legisladores autonómicos. También, por último, siguiendo una escala decreciente en la imposición imperativa de regulaciones uniformes, la celebración de convenios regulatorios por el Estado y las Comunidades Autónomas en los que se fijen, para cada sector económico, reglas claras, objetivas y únicas sobre la pervivencia o no de intervenciones administrativas previas al inicio de la actividad de prestación de servicios. Imponer esas mismas soluciones, por vía legislativa, a las entidades locales, plantea muy pocos problemas constitucionales» (pp. 14-15). Sobre la diversidad en la evaluación del alcance de las razones imperiosas de interés general o el solapamiento de controles en la transposición de la Directiva en el ámbito del comercio, véase Pérez Fernández, José Manuel (2011): «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de Servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, pp. 317-328.

121 En opinión de Jiménez Asensio (2010): 132-133, «[d]esde un punto de vista formal los procesos de adaptación de la legislación autonómica a la Directiva de Servicios pueden ser calificados de dispares, cuando no caóticos. El hilo conductor es inexistente y, aunque ese modo de proceder pueda encontrar una justificación cabal en clave del principio constitucional de autonomía, no es menos cierto que –tanto desde el punto de vista formal como, más aún, del material– se deberían haber buscado fórmulas (vía concertación o cooperación horizontal) que condujeran a la búsqueda de soluciones más homogéneas. La consecuencia de este caótico proceso de transposición puede ser, precisamente, la contraria de la buscada por la normativa comunitaria. La desarticulación del sistema de transposición autonómica de la Directiva de Servicios puede complicar, más que simplificar, los marcos reguladores de las diferentes actividades de servicio, estableciendo diferencias –que de hecho ya las está habiendo– entre los diferentes marcos reguladores: unos apuestan por medidas de liberalización efectiva, otros por una liberalización tibia y algunos por una liberalización aparente. Ni que decir tiene que el prestador de servicios comunitario se encontrará así con una suerte de reedición de fronteras o barreras jurídicas que no le ayudará precisamente en el intento de establecerse o prestar servicios en diferentes partes del territorio español».

Cuadro 4. Proceso de transposición



Fuente: elaboración propia.

3.2 · La transposición formal y la cuestión competencial en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LLAAS)

3.2.1 · Consideraciones generales sobre la LLAAS: ¿un instrumento idóneo para la transposición de la Directiva de Servicios?

La primera cuestión que se ha de analizar es por qué el Gobierno español ha optado por la elaboración de una *Ley horizontal de transposición*, apartán-

dose del modelo propuesto tanto por la Abogacía del Estado como por el Consejo de Estado. Examinar qué razones justifican la adopción de una solución que, como ya vimos, ha sido la seguida de forma mayoritaria por los Estados miembros de la Unión Europea (salvo los significativos casos de Francia y Alemania), pero que, desde algún sector doctrinal, se ha visto como expresión de un enfoque centralizador[122] y cuya eficacia integradora del contenido material de la Directiva de Servicios ha sido igualmente cuestionada.[123]

La Abogacía del Estado, en su *Informe de 23 de septiembre de 2008 al Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, propuso una alternativa a la transposición en dos niveles, concentrando toda la transposición en una única norma, sobre la base de los siguientes argumentos: (1) solamente con la adicional modificación de las normas sectoriales (estatales y autonómicas) que regulan en España las materias afectadas por la Directiva de Servicios se podía considerar transpuesta de modo efectivo y completo dicha Directiva, y (2) el método de transposición en dos niveles crearía una indeseable inseguridad jurídica sobre el alcance derogatorio de la futura LLAAS, al contener principios, mandatos al legislador para su posterior cumplimiento y no queda clara la

---

122 Véase Urrutia Libarona (2010): 129-144.

123 Como señala Muñoz Machado (2009): 13, dado que la LLAAS «es un remedo de transposición de la Directiva porque se limita prácticamente a reproducir su contenido, sin añadidos significantes que puedan remarcarse […] dicha regulación general, que es la misma de la Directiva, es totalmente inadecuada para reproducir el efecto de eliminación de barreras que la disposición europea exige. Un análisis de esa pareja normativa [Ley paraguas y Ley ómnibus] arroja el evidente resultado de que los únicos elementos normativos reales y eficaces que el Estado aporta para trasponer la Directiva, consisten en la modificación de las diversas normas sectoriales ya existentes en nuestro ordenamiento, que quedan dentro del ámbito de su competencia, o también algunas normas generales como las concernientes al régimen jurídico de las Administraciones Públicas o los colegios profesionales». En la misma línea, véase Parejo Alfonso (2009): 39, cuando afirma: «No es, por tanto, que la ejecución interna, ante la obligación de la transposición, prescinda de cualquier cautela; es que, manteniendo intacta la creencia en la bondad intrínseca de la política que la Directiva postula, asume sin reservas su idea motora como política económica interna y prolonga en el interior, reforzándola, su lógica transversal. Desencadenando en él, por ello, una suerte de "proceso de ejecución de la ejecución" dirigido a realizar las reformas sectoriales concretas que, de haber sido llevadas a cabo directamente (sin intermediación de la Ley paraguas) habrían permitido satisfacer plenamente o, en todo caso, mejor las exigencias del principio de proporcionalidad al posibilitar la afinación y, en su caso, modulación de la doble operación de des- y re-regulación en función de las características del sector-mercado correspondiente».

eficacia de esta norma con rango de ley, por sí sola, respecto de la normativa ya vigente.

El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el Anteproyecto, propugna la utilización de un doble instrumento en función de cuál sea el objeto del proceso de adaptación a la Directiva de Servicios, a saber: recurrir a la técnica de la delegación legislativa a través de una *Ley de Bases* (art. 82 CE), para abordar la adaptación de las leyes del Estado a la norma europea,[124] o a una *Ley de Armonización* (art. 150.3 CE), en el caso de la adaptación de las normas legales o reglamentarias de las Comunidades Autónomas. Es llamativa, en este sentido, la constancia del Consejo de Estado en su propuesta de utilizar la ley de armonización tanto para abordar la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico español,[125] como más recientemente para garantizar el cumplimiento por el Estado de sus

---

124 Afirma el Consejo de Estado, Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el Anteproyecto de la Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, punto IV, apartado r): «En relación con la adaptación de las leyes del Estado al contenido de la Directiva y del anteproyecto, podría incorporarse a la propia ley un precepto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82.5 de la Constitución, delegase en el Gobierno la facultad de modificar, con el único fin de adaptarlas a la Directiva, un conjunto de leyes que el mismo precepto (o, en su caso, el correspondiente anexo al anteproyecto) debería precisar. Se trata de una técnica que ya se utilizó con éxito en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, a fin de adaptar nuestro ordenamiento al acervo comunitario».

125 El Consejo de Estado, en su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, afirma: «No hay que descartar la utilización –ordinaria y operativa– de la técnica de las leyes de armonización a que se refiere el artículo 150.3 de la Constitución, especialmente en aquellos casos en que se vean afectadas competencias en principio exclusivas de las Comunidades Autónomas, pero que, por la incidencia del ordenamiento comunitario, pueden hacer necesaria la aprobación de una normativa uniforme y de general aplicación. Este instrumento permitiría al Estado establecer los principios necesarios para armonizar las disposiciones de las Comunidades Autónomas que tuvieran por objeto transponer determinada norma comunitaria. Y esa armonización podría producirse con carácter preventivo pues la Constitución no lo prohíbe expresamente (aunque se apunta la solución contraria en la STC 76/1983) y evitaría futuras discrepancias en el contenido de las diversas normas autonómicas, lo que contribuiría de forma decisiva a lograr una correcta incorporación de la norma comunitaria en cuestión. Por lo demás, el interés general que invoca el mencionado artículo 150.3 radica en la necesidad de dar adecuado cumplimiento a la obligación de transponer las disposiciones comunitarias que requieran un complemento normativo interno y de evitar la responsabilidad del Estado español por incumplimiento» (pp. 169-170).

obligaciones de transponer las normas comunitarias.[126] En esta línea, en su dictamen sobre la norma, el Consejo de Estado considera que la Ley de Armonización «puede constituir un mecanismo útil para mejorar la coordinación en el ejercicio por el Estado y las Comunidades Autónomas de sus potestades normativas –especialmente en aquellos casos en que el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas pueda verse afectado por la existencia de una normativa europea de alcance general– y para garantizar el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición». Entiende, además, que en este caso concurren las circunstancias necesarias para proceder a la armonización,[127] y concreta el eventual

---

126 En el *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, el Consejo de Estado insiste en el recurso a las leyes de armonización en los casos en los que el propio Dereho europeo imponga o exija «medidas de armonización»; así, en su opinión: «Tiene pleno sentido, por tanto, que allí donde el Derecho de la Unión Europea impone la armonización, ésta pueda operarse, en el ámbito interno, por medio de las llamadas, precisamente, "Leyes de Armonización", siempre que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o estos no sean suficientes para garantizar aquella armonía; así podrá hacerse, en su caso, cuando se trate de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Ciertamente, es admisible un desarrollo directo de las normas europeas por parte de las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en la materia de que se trate, con la consiguiente armonización de las legislaciones autonómicas respecto de las de los demás Estados miembros, directamente y sin intermediación del Estado. Pero las Leyes de Armonización pueden ser de utilidad, por una parte, para garantizar la armonización legislativa exigida por el Derecho de la Unión, en todo el territorio nacional y mediante un único instrumento (lo que simplifica la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva, obligación cuyo incumplimiento tiene especial relevancia a la vista de lo previsto hoy en el artículo 260.3 del TFUE). Por otra parte, es razonable que el nivel de armonización exigido por el interés general sea mayor cuanto menor sea el ámbito territorial afectado, de forma que la armonización exigida por el Derecho de la Unión Europea (para todos los Estados miembros) puede ser inferior al nivel de armonización que, en determinados casos, ámbitos o materias, se estime exigido por el interés general (a nivel estatal)» (pp. 123-124).

127 Razona el Consejo de Estado, Dictamen 99/2009, punto IV, apartado r), que la necesidad de la armonización y su sentido «vienen en este caso impuestos no por una decisión de las Cortes Generales, sino por la propia Directiva comunitaria, que obliga al Estado español en el sentido lato del término. Por ello, al amparo de lo previsto en el referido artículo 150.3 de la Constitución, el Estado (ahora en sentido estricto) puede establecer los principios necesarios para armonizar la legislación de las Comunidades Autónomas. A juicio del Consejo de Estado, concurren en el presente caso diversas circunstancias que podrían hacer aconsejable la utilización de este instrumento normativo. En primer lugar, ha de tenerse presente que la coexistencia de potestades normativas de diverso alcance –la estatal y las autonómicas– para hacer efectiva la incorporación de la Direc-

contenido de la ley, que deberá versar solamente «sobre el procedimiento a seguir, fijando plazos estrictos y mecanismos de coordinación que permitan asegurar tanto el cumplimiento de esos plazos como la homogeneidad de los criterios que las Comunidades Autónomas utilizarán en el ejercicio de sus propias competencias».

Sin embargo, el recurso al instrumento de la armonización colisiona, por una parte, con la doctrina del Tribunal Constitucional, por cuanto el Estado cuenta en este caso con otros títulos competenciales específicos para intervenir,[128] y genera, a su vez, un rechazo al reflejar una tendencia cen-

---

tiva puede en sí misma provocar problemas prácticos de diversa índole, por ejemplo, en relación con la distribución de competencias o con cuestiones organizativas y de coordinación. Asimismo, debe tenerse en cuenta la propia complejidad del proceso de transposición, que exige una prolija labor de identificación, evaluación y, en su caso, modificación o derogación de todas las normas que han de adaptarse a la normativa comunitaria. Y, en fin, debe valorarse el riesgo que de todo ello deriva de que surjan en el seno de dicho proceso graves disfunciones normativas y de que la transposición no se lleve a cabo de forma adecuada y puntual. Por todo ello y a fin de evitar posibles conflictos y de garantizar la adecuada transposición de la Directiva de Servicios y, con ello, excluir la eventual responsabilidad por incumplimiento, se sugiere ponderar la conveniencia de aprobar una ley de armonización».

128 La virtualidad de este instrumento armonizador tropezó con la experiencia del proyecto de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), y cualquier intento posterior de utilizarlo debe tomar como punto de partida la doctrina sentada en la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3º. Afirma el Alto Tribunal, en primer lugar, que el artículo 150.3 CE constituye una pieza dentro del sistema global de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por ello, no puede ser interpretado aisladamente, sino en relación con el conjunto de normas que configuran dicho sistema, y en este sentido, señala que el constituyente ha tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la nación al fijar las competencias estatales y que «es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el art. 150.3». En segundo lugar, desde esta perspectiva, señala el Tribunal que «el artículo 150.3 constituye una norma de cierre del sistema, aplicable solo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales». Y, en tercer lugar, el Tribunal Constitucional afirma que la armonización puede afectar tanto a

tralizadora o verse como un instrumento de recuperación de competencias por partes del Estado.[129]

Además, el Consejo de Estado, aún considerando que el método de transposición por el que ha optado el ejecutivo no resulta en sí mismo objetable, subraya que nos encontramos ante una peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento que puede provocar distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva de Servicios como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno.[130] Y ello, en opinión del Consejo de Estado, por hallarnos ante «una

---

las competencias exclusivas como a las competencias compartidas de las Comunidades Autónomas: «Si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las Leyes de armonización sean utilizadas cuando, en el caso de competencias compartidas, se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación».

129 Véase al respecto Azpitarte Sánchez, Miguel (2009): «El Estado autonómico "unitario" y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, pp. 150-151; Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la (2010): «Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid, pp. 235-237, y Vida Fernández, José (2010a): «Cuestiones generales sobre la incorporación de la Ley 17/2009 al ordenamiento jurídico: significado, ámbito de aplicación y encaje competencial», en *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, pp. 147-149.

130 Señala el Consejo de Estado, en su Dictamen 99/2009, punto IV, apartado a): «Ante todo, ha de tenerse en cuenta que la ley proyectada es una disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos, pues las disposiciones incompatibles con algunas de sus previsiones mantendrán su vigencia hasta que sean adaptadas a ella o derogadas, lo cual deberá suceder, en todo caso, antes del 27 de diciembre de 2009 (disposición derogatoria única). Muchos de los preceptos de esta norma contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata. E igualmente incluye el anteproyecto artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la "parte expositiva" de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje. En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la directiva que de una ley. Así, los artículos que enuncian o anticipan una sucesión de medidas que los poderes públicos

ley abierta y flexible que se limita, en muchos casos, a reproducir, a veces con las lógicas adaptaciones, los preceptos de la Directiva, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta y a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales», y esta configuración del texto legal explica que «el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales».[131]

El Gobierno justifica la solución adoptada argumentando, sustancialmente, las siguientes razones.[132]

– Primera, la conveniencia de fijar criterios de actuación para las Administraciones Públicas al afrontar el proceso de diseñar la nueva regulación, dado que la Directiva de Servicios contiene una serie de principios que

---

habrán de adoptar vienen a ser, por su carácter discursivo, vaciados de fuerza normativa, como una segunda exposición de motivos, lo que es impropio del articulado de una ley; o, si tienen carácter preceptivo, pueden generar problemas en su aplicación inmediata, ya que es necesario adaptar al anteproyecto las normas que actualmente regulan estas cuestiones. En estos casos, el momento normativo se desplaza a las disposiciones que se dicten con posterioridad a la aprobación de esta norma, quedando con ello demorada su eficacia. Consecuencia de todo ello es que este anteproyecto únicamente supone, según ha quedado apuntado, un primer paso en el proceso de transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva de Servicios, que deberá ir seguido de una secuencia de modificaciones normativas con las que se garantice la eliminación efectiva de los obstáculos y restricciones al libre establecimiento y a la libre circulación de servicios. Por ello, el efecto primordial de la aprobación de esta ley horizontal radicará no tanto en la plena incorporación de la Directiva, cuanto en el compromiso que ello supone de que el ulterior proceso de revisión normativa acabe permitiendo el cumplimiento efectivo de las previsiones comunitarias para alcanzar los objetivos perseguidos. Así pues, el éxito de este proceso vendrá determinado no solo por la incorporación del contenido de la Directiva al anteproyecto, sino también y sobre todo por la labor de adecuación normativa que a partir de su aprobación se realice y que resultará imprescindible para asegurar, al final del proceso, un marco normativo claro y simplificado en los principales sectores afectados por la Directiva de Servicios».

131 Véase el Dictamen 99/2009, punto IV, apartado a).

132 Véase el ya citado *Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, de 29 de abril de 2010 (nota 111), y también Jiménez Asensio (2010): 128.

deben guiar la regulación de los servicios, en el momento de su entrada en vigor y también en lo sucesivo.

– Segunda, la Directiva de Servicios dicta reglas de actuación con vocación de permanencia para la coordinación de las Administraciones Públicas y autoridades competentes, por lo que parecía razonable contener estas reglas en un marco general.

– Tercera, la adopción de una legislación horizontal podía resultar especialmente necesaria como salvaguarda contra las disposiciones en áreas específicas que pudieran escapar a la evaluación de la normativa, así como para garantizar que queden cubiertas las actividades de servicios que se regulen en el futuro.

– Y, cuarta, la adopción de una ley de carácter horizontal de transposición permitiría dotar de mayor visibilidad y efectividad a las disposiciones de la Directiva de Servicios. En este sentido, la nueva Ley facilitaría la derogación o modificación de normas contrarias a la Directiva, al disponerse de un instrumento jurídico interno. En el caso de que una norma fuera incompatible con el contenido de la Directiva, la nueva Ley permitiría invalidarla directamente.

En conclusión, la adopción de una *Ley horizontal de transposición* permitiría, según la tesis gubernamental, suprimir las barreras que restringen injustificadamente el acceso y ejercicio de actividades de servicios, consolidar un marco de regulación transparente, predecible y favorable a la actividad económica, impulsar la modernización de las Administraciones Públicas para que se centren en las necesidades de las empresas y consumidores, así como garantizar una mejor protección de los derechos de los usuarios de los servicios. Con la Ley horizontal se buscaría, en definitiva, establecer un marco jurídico de referencia que subsista más allá del plazo de transposición y desde el que poder afrontar la labor de lograr una correcta y completa integración de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico español.

No obstante, la justificación de una norma de carácter horizontal con el contenido que tiene la LLAAS resulta discutible, sin que se puedan invocar razones como la complejidad o la celeridad en el proceso de integración de la norma europea.[133] En primer lugar, la complejidad no constituye

133 En este sentido, Jiménez Asensio (2010): 126-127, apunta «la complejidad del sistema institucional español desde la perspectiva territorial, así como por consecuencia necesaria la complejidad de la arquitectura del sistema de fuentes del Derecho en cuanto expresiones formales del poder político, no hacían fácil entre nosotros una adaptación

ningún título competencial y, en todo caso, la exigencia que se derivaría de aquélla sería la búsqueda de técnicas de colaboración y cooperación con las Comunidades Autónomas (y también con las Entidades locales), más allá de eventuales soluciones orgánicas que operarán *a posteriori*.[134] En segundo lugar, no se puede invocar tampoco la necesidad de cumplir el plazo fijado por la Directiva de Servicios para la transposición (28 de diciembre de 2009), cuando el legislador estatal ha agotado prácticamente dicho plazo (23 de noviembre de 2009), imposibilitando que las restantes Administraciones Públicas pudieran completar su proceso de adaptación dentro del plazo prescrito.

---

normativa del ordenamiento jurídico español a la Directiva de Servicios», y más adelante insiste en que la «difícil arquitectura institucional de España, la coyuntura política y la compleja situación económica han dificultado la correcta transposición de la Directiva de Servicios al plano interno y, sobre todo, han minimizado sus efectos inmediatos». Véanse también las notas 109 y 110.

134 Siguiendo a Urrutia Libarona (2010): 144, cuando afirma que la utilización de dichas técnicas «han resultado llamativamente deficitarias» en el proceso de transposición. Es cierto que la disposición adicional tercera de LLAAS crea el «*Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios*», como *órgano de cooperación multilateral*, con participación de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y representantes de la Administración local. Los *fines* del Comité concretados en el Acuerdo Institucional de Constitución de 19 de julio de 2010 son: a) la adopción de criterios para promover la mejora del entorno económico mediante la aplicación de los principios de buena regulación, evitando la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados; b) la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios; y c) el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes administraciones para la correcta transposición de la Directiva de Servicios. El Comité en Pleno y en Comisión Local. Integran el Comité en Pleno: 1) el Secretario General de Política Económica y Economía Internacional, que lo preside, y el Director General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda; 2) un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, con rango mínimo de Director General, designado por el Consejero competente en materia de Economía; 3) tres representantes de las Entidades Locales, designados por la asociación de ámbito estatal con mayor implantación. Los representantes designados deberán poseer rango mínimo de director general o equivalente. Y, por otra parte, integran la Comisión Local: 1) el secretario general de Política Económica y Economía Internacional, que la preside, y el director general de Política Económica, ambos del Ministerio de Economía y Hacienda; 2) 28 representantes de las Entidades Locales, designados por el alcalde respectivo, con rango mínimo de director general o equivalente. Este Comité constituye, en opinión de Fuertes López, Mercedes (2011): «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, p. 65, un claro ejemplo de «inflación organizativa».

Cuadro 5. Equivalencias LLAAS/Directiva de Servicios

Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio	**Directiva de servicios**
Capítulo I. Disposiciones generales	
Artículo 1. Objeto	Artículo 1
Artículo 2. Ámbito de aplicación	Artículos 2 y 3.1
Artículo 3. Definiciones	Artículo 4
Capítulo II. Libertad de establecimiento de los prestadores	
Artículo 4. Libertad de establecimiento. Apartados 1 y 2	
Artículo 4. Libertad de establecimiento. Apartado 3	Artículo 9.3
Artículo 5. Regímenes de autorización	Artículo 9
Artículo 6. Procedimientos de autorización	Artículo 13
Artículo 7. Limitaciones temporales y territoriales	Artículo 12
Artículo 8. Limitación del número de autorizaciones	Artículos 11 y 10.4
Artículo 9. Principios aplicables a los requisitos exigidos	Artículos 10 y 23.2
Artículo 10. Requisitos prohibidos	Artículo14
Artículo 11. Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa	Artículo 15
Capítulo III. Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro	
Artículo 12. Libre prestación de servicios	Artículo 16
Artículo 13. Excepciones a la libre prestación de servicios	Artículo 17
Artículo 14. Medidas excepcionales por motivos de seguridad de los servicios	Artículo 18
Artículo 15. Procedimiento aplicable para la adopción de medidas excepcionales por motivos de seguridad de los servicios	Artículo 35
Artículo 16. Restricciones y discriminaciones prohibidas	Artículos 19 y 20
Capítulo IV. Simplificación administrativa	
Artículo 17. Simplificación de procedimientos	Artículos 5 y 8
Artículo 18. Ventanilla única	Artículo 6

Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio	**Directiva de servicios**
Artículo 19. Garantías de información a través de la ventanilla única	Artículos 7 y 21
Capítulo V. Política de calidad de los servicios	
Artículo 20. Fomento de la calidad de los servicios	Artículos 26 y 37
Artículo 21. Seguros y garantías de responsabilidad profesional	Artículo 23
Artículo 22. Obligaciones de información de los prestadores	Artículo 22
Artículo 23. Obligaciones de los prestadores en materia de reclamaciones	Artículo 27
Artículo 24. Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas	Artículo 24
Artículo 25. Actividades multidisciplinares	Artículo 25
Artículo 26. Acciones de cesación	Artículo 42
Capítulo VI. Cooperación administrativa	
Artículo 27. Obligaciones generales de cooperación	Artículo 28
Artículo 28. Obligaciones de información de los prestadores	Artículos 28.4 y 11.3
Artículo 29. Supervisión de prestadores establecidos en territorio español	Artículos 29, 30, y 35.2.2º párrafo
Artículo 30. Supervisión de prestadores establecidos en otro Estado miembro	Artículo 31
Artículo 31. Mecanismo de alerta	Artículos 29.3 y 32
Artículo 32. Información sobre la honorabilidad del prestador	Artículo 33
Disposiciones adicionales	
Primera. Intercambio electrónico de información	Artículo 34
Segunda. Inclusión de otros trámites en la ventanilla única	
Tercera. Comité para la mejora regulatoria de las actividades de servicios	

Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio	**Directiva de servicios**
Cuarta. Notificación a la Comisión Europea	Artículos 15.7 y 39.5
Quinta. Régimen de infracciones y sanciones	
Sexta. Impuesto General Indirecto Canario e Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación en las Ciudades de Ceuta y Melilla	
Disposición transitoria única. Régimen transitorio	
Disposición derogatoria	
Disposiciones finales	
Primera. Título competencial	
Segunda. Incorporación de Derecho comunitario	Artículo 44
Tercera. Habilitación normativa y cumplimiento	
Cuarta. Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento	
Quinta. Adaptación de la normativa vigente	
Sexta. Entrada en vigor	
	Artículo 37
	Artículo 38
	Artículo 39
	Artículo 40
	Artículo 41

Fuente: elaboración propia.

La LLAAS se estructura en seis capítulos y se completa con seis disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y seis finales.[135] De acuerdo con la disposición final sexta, el grueso de la Ley entró en vigor a los 30 días de su publicación, estableciéndose que algunos preceptos en particular (artículos 17.2, 17.3 y 17.4 –relativos a la simplificación de procedimientos–, artículos 18 y 19 –ventanilla única–, y el capítulo VI, sobre cooperación administrativa) lo harían el 27 de diciembre de 2009.

La coincidencia sustancial con la Directiva de Servicios (véase Cuadro 5) hace innecesario abordar un análisis exhaustivo del contenido de la Ley, por lo que nos limitaremos a algunas cuestiones de interés desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio. En concreto, nuestra atención recaerá sobre: (1) los títulos competenciales y el carácter básico de la LLAAS; (2) los efectos derogatorios y su alcance, y (3) la responsabilidad por incumplimiento del deber de transposición.

3.2.2 · La LLAAS y su encaje en el sistema constitucional de distribución de competencias: análisis de los títulos competenciales que justifican su carácter de «norma básica»

La aprobación de una norma de carácter horizontal en materia de servicios como la LLAAS ha planteado, como veremos, algunos problemas inéditos en el ámbito del reparto de competencias. En la medida en que la LLAAS pretende una regulación del sector servicios en su conjunto, o más exactamente de las condiciones de acceso y ejercicio de las actividades de servicios de un modo global, y no por razón de la actividad material de que se trate, ha de reconocerse que transita por un camino nuevo en el ámbito de la intervención pública sobre las actividades privadas.[136]

La ausencia de un título competencial específico sobre la actividad de servicios, no ha sido obstáculo para que el legislador estatal haya optado por convertir el contenido de la Directiva de Servicios en legislación básica, obligando de forma directa a los poderes públicos autonómicos a cumplir

---

135 Un análisis completo y exhaustivo de la LLAAS puede verse en Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás de la (dir.) (2010): *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.

136 Seguimos a Vida Fernández (2010a): 129-130.

y respetar el contenido de la normativa comunitaria cuando procedan a reformar y a aplicar su legislación autonómica sectorial.[137] Es por ello que la disposición final primera de la LLAAS establece que lo dispuesto en ella «*tiene carácter básico*», al amparo de tres títulos competenciales:

– Artículo 149.1.1 CE: regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

– Artículo 149.1.13 CE: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

– Artículo 149.1.18 CE: bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

En el presente apartado se analizará cada uno de los títulos competenciales para determinar si son aptos para fundamentar el carácter básico atribuido a la LLAAS. No obstante, con carácter previo, es necesario realizar unas breves consideraciones sobre la incorporación del Derecho europeo al derecho interno desde la perspectiva de la distribución competencial.

Los criterios de distribución de competencias no sufren una alteración por el hecho de que se trate de transponer Directivas europeas o aplicar o ejecutar de cualquier modo el derecho comunitario, de modo que en la traslación de la normativa europea al derecho interno «han de seguirse los criterios del reparto constitucional y estatutario de competencias» (STC 76/1991, de 11 de abril, FJ 3).[138] La ejecución del Derecho comunitario

---

137 En opinión de Salvador Armendáriz, María Amparo (2009): «La Directiva de Servicios y su transposición: ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, p. 146, la Ley 17/2009 tiene carácter básico en su totalidad, esto es, «no solo como marco para el ejercicio de las competencias de las CCAA que afecten a los servicios, sino también como marco para las leyes estatales vigentes y, significativamente, para las posteriores. De tal modo que, puede decirse, que el carácter básico de la Ley se predica también respecto del resto del ordenamiento estatal».

138 A mayor abundamiento, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con los principios básicos de la ejecución del Derecho comunitario se resume perfectamente en su Sentencia 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3: «en relación ya directa con la problemática de la ejecución del Derecho Comunitario, son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia surgidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 252/1988

corresponde a quien tenga atribuida en cada caso, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, la específica competencia[139] y, como afirma el Tribunal Constitucional, «el hecho de que las Directivas europeas tengan como finalidad la de homogeneizar, aproximar o armonizar los distintos ordenamientos y que sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades o instituciones, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que, incluso, puedan tener un efecto directo, no significa que las normas estatales que las adapten a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente "básicas"» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 14). Aunque existan determinados condicionantes derivados del Derecho europeo, convertidos por el legislador estatal en bases o denominador común normativo

---

y en términos reiterativos, SSTC 76/1991 y 115/1991), tal como, además, se reconoce desde el propio Derecho Comunitario, en el que consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha consagrado el llamado principio de autonomía institucional y procedimental, en virtud del cual, cuando las disposiciones de los Tratados o demás normas comunitarias reconocen poderes a los Estados miembros o les imponen obligaciones en orden a la aplicación del Derecho Comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de esos poderes y la ejecución de las obligaciones pueden ser confiadas por los Estados miembros a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado miembro». En el caso concreto de la Directiva de Servicios el principio de respeto a los criterios de distribución competencial se ha incorporado expresamente a su texto. El considerando 60 de la Directiva de Servicios señala que «[la] Directiva, y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros […]». Así, el artículo 10.7 relativo al régimen de autorizaciones establece que «el presente artículo no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones»; y en su apartado 4, se contempla la posibilidad de que por una razón imperiosa de interés general, la autorización pueda limitar sus efectos «a una parte específica del territorio». Del mismo modo, en relación con la ventanilla única, el artículo 6.2 de la Directiva establece que su creación «no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional». Véase igualmente la más reciente STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9.

139 Como subraya acertadamente Quadra-Salcedo Janini (2010): 184, «el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que la incorporación de España al proceso de integración europeo y la consiguiente adopción de normas por las instituciones comunitarias no han producido una alteración de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecida por nuestro bloque de la constitucionalidad […]. Lo que se traduce en que la ejecución, normativa o administrativa, de las normas comunitarias en el ordenamiento jurídico español corresponde a aquel nivel territorial que, funcional y materialmente, ostente la competencia específica».

con vigencia en todo el Estado, «cada Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, podría establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto la hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1).[140] Por lo tanto, las normas tendrán carácter básico, como ocurre en el caso de la LLAAS, no porque transpongan una norma comunitaria al ordenamiento interno, sino porque las materias concernidas en dicha transposición corresponden en su caso al Estado con carácter básico, cuestión esta que tendremos que analizar.

Consciente de la complejidad del juego *leyes básicas estatales – normas autonómicas de desarrollo* en cuanto instrumento de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal Constitucional completa su principio básico de respeto al orden interno de distribución de competencias subrayando que la ejecución del Derecho europeo no se produce en el vacío, por lo que la configuración que de una institución realice la norma comunitaria puede y debe operar como marco de referencia para articular la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.[141]

a) Condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1 CE)

El artículo 149.1.1 CE expresa la voluntad del constituyente de introducir la garantía de los derechos fundamentales en el pórtico del reparto

---

140 En la STC 95/2001, de 5 de abril, FJ 2, se afirma: «este Tribunal ha reconocido la competencia autonómica para adoptar las disposiciones necesarias en complemento del derecho comunitario europeo y para ejecutar y aplicar en su ámbito territorial normativa comunitaria siempre que, *ratione materiae*, las Comunidades Autónomas ostenten esa competencia y no rebasen la linde establecida por la normativa comunitaria y la estatal básica o de coordinación».

141 En relación con el supuesto del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/2005, de 17 de febrero, FJ 4, señala que «dado que ambas partes asumen que las normas sobre las que se traba el conflicto se han dictado en aplicación de la normativa europea, a la que las disposiciones impugnadas se remiten, resulta adecuado tomarla como punto de referencia, ya que "no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío" (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 5). Por ello, prestar atención a cómo se ha configurado una institución por la normativa comunitaria puede ser no solo útil, sino incluso obligado para proyectar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial, máxime cuando la institución o las técnicas sobre las que versa la disputa carecen de antecedentes en el Derecho interno (STC 13/1998, de 28 de junio, FJ 3)».

competencial y, con este fin, según el Tribunal Constitucional, ha proporcionado al Estado un título competencial «para asegurar su respeto en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de aquellas «condiciones básicas» que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los españoles. Imponiendo así un límite a las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellas materias donde éstas ostenten un título competencial» (STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 14).[142] Igualmente, la doctrina reconoce de forma mayoritaria que el artículo 149.1.1 CE tiene el carácter de competencia, la primera de todas.[143]

---

142 Como señala Quadra-Salcedo Janini (2010): 187, del artículo 149.1.1 CE «se desprende que el Estado tiene atribuida la competencia para promover un objetivo: "la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en la norma fundamental", a través de un instrumento: "la regulación de las condiciones básicas que garanticen aquella igualdad"».

143 Véase Aja Fernández, Eliseo (1992): «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, p. 37. Por su parte, Pemán Gavín, Juan (1992): *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Prensas Universitarias, Madrid, p. 230, afirma que pese a figurar en primer lugar, el artículo 149.1.1 CC puede considerarse una regla de cierre del sistema de distribución de competencias, con la que el constituyente quiso salvar los problemas derivados de un eventual «olvido» del artículo 149.1. La negación al artículo 149.1.1 CE de su carácter de título competencial contó también con cierto respaldo de un sector doctrinal que, con diferentes modulaciones, le atribuía solamente un carácter hermenéutico del resto de los títulos. Así, para Otto y Pardo, Ignacio de (2010): «Estudios sobre Derecho Estatal y Autonómico», en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, pp. 782 y 783, cumple una función interpretativa y no añade una nueva materia a las ya reservadas al Estado. Por su parte, Baño León, José María (1988): *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, pp. 266-269, señala que tratar de configurar como una competencia algo cuyo ámbito material es ilimitado es reprochable y constitucionalmente peligroso; la determinación del espacio competencial autonómico no puede quedar a la voluntad del legislador estatal, cosa que ocurriría si se interpreta el artículo 149.1.1 CE como una competencia específica del Estado. La necesaria pluralidad y diversidad en el Estado autonómico quedaría reducida a la nada si el artículo 149.1.1 CE se interpreta pura y simplemente como un titulo competencial estatal. Más singular, si cabe, es la tesis de Balaguer Callejón, Franciso (1997): «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización», en *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual,* Tirant lo Blanch/Universidad de Alicante, Valencia, p. 654, que ve al artículo 149.1.1 CE como un *mecanismo de garantía* que otorgaría al Estado una posibilidad de incidencia extraordinaria sobre el sistema de distribución competencial, extraño, por tanto, a la distribución ordinaria de competencias; una suerte de *titulo competencial extraordinario* ligado

Dentro de la amplia problemática interpretativa que suscita el artículo 149.1.1 CE,[144] nuestra atención recaerá, como ya se adelantó, sobre la siguiente cuestión: ¿es un título competencial autónomo en el que se pueda fundamentar el carácter básico atribuido a la LLAAS por su disposición final primera?

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional parecía negar al artículo 149.1.1 el carácter de título competencial autónomo, configurándolo como un *título impropio* al emplearse siempre acompañado de otros títulos competenciales materiales desde los que se disponen las condiciones básicas en aquellas materias sobre las que el Estado tiene reconocida competencia. Así, la Sentencia 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, entiende que el artículo 149.1.1 faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, por lo que afirma que esa «función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector

con el artículo 150.3 de tal modo que el artículo 149.1.1 podría servir de motivación que obligue «a armonizar normativas dispersas que afecten a la igualdad básica de los derechos y los deberes de los españoles».

144 Una de las cuestiones más interesantes es la relativa a los derechos y deberes con que se vincula el artículo 149.1.1 CE. En este caso las posiciones doctrinales oscilan entre una *interpretación amplia*: estamos ante un título competencial del Estado cuyo fin es garantizar la igualdad en relación con la totalidad de los derechos y deberes presentes en el texto constitucional, y entre ellos, como es obvio, los derechos sociales y económicos; y una *interpretación más restrictiva*, que sostiene que no se puede incluir en su ámbito los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I CE, por cuanto no reconocen derechos subjetivos de ninguna clase. Al respecto un examen de estas posiciones doctrinales se puede ver en Quadra-Salcedo Janini (2010): 187-190, que concluye afirmando que «lo que no plantea duda alguna es que los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I sí se encuentran incluidos. En efecto, entre los derechos cuyo ejercicio igual puede ser promovido por el Estado encontramos la libertad de empresa (art. 38 CE) o el derecho de propiedad (art. 33 CE). Precisamente el artículo 149.1.1 CE estaría atribuyendo al Estado un instrumento esencial para promover el mercado nacional único al permitir que mediante el ejercicio de la competencia atribuida al Estado en tal precepto éste pueda establecer condiciones iguales de ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional»; véase también Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel (2007): «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1 CE», en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 106-108.

vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito. En otros términos, como declaramos en nuestra STC 146/1986, de 25 de noviembre, "la persecución del interés general en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles se ha de materializar 'a través de', no 'a pesar de' los sistemas de reparto de competencias articulados en la CE" […], de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto "debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales"».[145]

La Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.b), supuso un paso decisivo del Tribunal Constitucional en el largo proceso de delimitación del significado y alcance del artículo 149.1.1 CE: es un *título competencial autónomo*, por lo tanto, no de carácter residual, pero tampoco es un título de carácter horizontal, con el fin de evitar un eventual vaciamiento o invasión de las competencias autonómicas.

En primer lugar y en palabras del Tribunal Constitucional, el artículo 149.1.1 CE constituye «un título competencial autónomo, positivo o habilitante […], lo que permite al Estado una "regulación", aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico», y precisa su ámbito material, en el sentido de que «la "materia" sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos». Condiciones básicas que, por otra parte, no son sinónimo de «legislación básica», porque como precisa el Tribunal, el artículo 149.1.1 CE no se inscribe «en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de restar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas».

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional le niega su condición de título competencial horizontal y realiza una interpretación restrictiva del

145 La jurisprudencia constitucional desarrollada durante la década de los años ochenta del pasado siglo xx sobre el artículo 149.1.1. CE revela la multiplicidad de usos que se le atribuye al precepto; así, como ya señaló López Guerra, Luis María (1992): «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el art. 149.1.1 CE», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Institut d'Edtudis Autonòmics, Barcelona, 1992, pp. 13-24, se pueden citar los siguientes: título competencial genérico que cede ante otros más específicos; título competencial que permanece unido a otros sin que se pueda adivinar su significación o utilidad; título competencial dirigido a preservar la igualdad, no quedando claro en estos casos su relación con otros preceptos como el artículo 81.1 o el artículo 53.1 CE; título competencial específico que a la hora de decidir es eludido y, por último, límite negativo para las Comunidades Autónomas.

alcance de la competencia reservada al Estado en aquel precepto.[146] Así, «las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predican de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que estos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1. CE solo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico que estos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1. CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional».[147]

---

146 Esta configuración significa que el artículo 149.1.1 CE, como título competencial, no está llamado a realizar una regulación completa de un sector determinado, sino solamente de sus condiciones básicas, lo que remite a la idea expresada doctrinalmente de regular aspectos puntuales y no una materia de forma sistemática. Véase, Aja Fernández (1992): 44.

147 En opinión de Quadra-Salcedo Janini (2010): 193, esta interpretación restrictiva del alcance de lo atribuido al Estado en el artículo 149.1.1 CE «ha supuesto, en la práctica, transmutar una competencia estatal para la consecución de un objetivo: "la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en la norma fundamental", en una competencia estatal para la regulación de una materia: el régimen jurídico básico de los derechos y deberes. Ha supuesto transmutar una competencia horizontal definida en función de la consecución de un amplio objetivo en una competencia material sobre determinados aspectos básicos de la materia». Por otra parte, esta tesis restrictiva ya había sido adelantada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 156/1995, de 26 de octubre, FJ 5, cuando razona: «En relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el art. 33 CE, hemos señalado que el título del art. 149.1.1 CE no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987, fundamento jurídico 9). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado territorialmente descentralizado), sino la que queda garantizada con el establecimiento

La disposición final primera de la LLAAS atribuye a todo su contenido el carácter de «*básico*» con apoyo, entre otros, en el título competencial del artículo 149.1.1 CE. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional ha optado por atribuir al Estado, *ex* artículo 149.1.1 CE, una competencia exclusiva para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Si queremos responder a la pregunta formulada anteriormente, esto es, si la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE puede fundamentar el carácter básico de la LLAAS, es necesario definir y precisar primero el término «*condiciones básicas*».

Siguiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, la definición del término «*condiciones básicas*» se realiza en un doble sentido:[148] *positivamente*, la noción comprende (1) un *contenido primario o propio*: las posiciones jurídicas fundamentales, «facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos», en definitiva «las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta» (STC 61/1997, FJ 8), y (2) un *contenido derivado o impropio*, integrado por «aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con [las condiciones básicas], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho […]; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho […]; etcétera» (STC 61/1997, FJ 8). *Negativamente*, el concepto implicará la exclusión del sector material en que se mueve cada derecho o deber (STC 61/1997, FJ 7.b).

La definición de «*condiciones básicas*» ha de entenderse, por tanto, en el sentido de que el artículo 149.1.1 CE habilita al Estado para establecer el marco normativo que permita reconocer a un derecho (o deber) como tal, su identificación y la concreción de sus límites fundamentales; marco que, además, constituye la necesaria referencia de la que ha de partir la normativa ulterior, estatal (basada en otros títulos) o autonómica, siendo

de unas condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado».

148 Véase al respecto el análisis realizado por Cabellos Espiérrez (2007): 90-106, al que seguimos en lo sustancial.

conscientes de que el alcance específico de los límites fundamentales o esenciales dependerá del tipo concreto de derecho de que se trate.

El análisis del concepto de «*condiciones básicas*» elaborado por el Tribunal Constitucional se puede finalizar formulando dos conclusiones: *primera*, su ámbito de actuación es diferente al de las «*normas básicas*», esto es, queda fuera de la dinámica *bases estatales – desarrollo autonómico*.[149] Y *segunda*, que el artículo 149.1.1 CE se ha construido como una competencia «*exclusiva limitada*», esto es, «una competencia *de facto* básica pero nominalmente exclusiva y por esto último no susceptible de desarrollo».[150]

---

149 En este sentido, sobre la distinción entre «condiciones básicas» y «normas básicas» operada por la doctrina del Tribunal Constitucional, no faltan opiniones críticas como la de Ordóñez Solis (2010): 11, cuando afirma que «resultan muy difuminados los contornos entre lo que significan condiciones básicas que competen al Estado para garantizar la igualdad fundamental de los ciudadanos en todo el territorio nacional y las bases o las normas básicas que en determinadas materias corresponde ejercer al Estado con carácter previo al desarrollo normativo por las comunidades autónomas […], y a mi juicio, el Tribunal Constitucional no termina de aclarar la diferencia de esta legislación estatal que garantice la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles respecto de la lógica ley estatal básica y leyes autonómicas de desarrollo, que tienen una finalidad muy similar». Igualmente, Quadra-Salcedo Janini (2010): 217, incide en el hecho de que «aunque la jurisprudencia constitucional ha tratado de diferenciar entre regulación de condiciones básicas y regulación de normas básicas, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional del artículo 149.1.1 CE aproxima, en la práctica, esta competencia del Estado a una competencia sobre lo básico, pues supone considerar que el Estado tiene la competencia para regular las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos pudiendo las Comunidades Autónomas regular el resto si tienen competencias materiales para ello».

150 Cit. Cabellos Espiérrez (2007): 93. En esta línea, se manifiesta Lasagabaster Herrarte, Iñaki (2007a): «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 4, p. 145, cuando analiza la distinta forma de operar y finalidad que existe entre las «condiciones básicas» y las «normas básicas»; afirma el autor que: «Las bases se dictan con la idea de que la normativa autonómica las desarrolle. Cuando el Estado dicta una norma en virtud del artículo 149.1.1 CE, las condiciones básicas que recoge no se dictan para que posteriormente sean desarrolladas por la normativa autonómica. Su objeto es mucho más preciso y es establecer en una materia concreta esa condición básica, agotándose la norma estatal con ese objetivo. No se trata de que la norma estatal establezca una política que después es desarrollada por las Comunidades Autónomas. El objetivo del precepto es mucho más específico. Se trata de que puntualmente el Estado establezca aquello que estima que es una condición básica para el disfrute de un derecho, que debe reconocerse como mínimo común normativo en todo el ámbito estatal, que en rigor "no es susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara"».

La doctrina, al examinar la aptitud del artículo 149.1.1 CE como fundamento del carácter básico de la LLAAS, asume los planteamientos del Tribunal Constitucional, rechazando por tanto que se trate de un título competencial adecuado para tal fin. Sin embargo, en algunos planteamientos doctrinales este rechazo no es incompatible con la utilización del título competencial *ex* artículo 149.1.1 CE, solo o en conexión con otros títulos competenciales estatales, como amparo de la intervención del Estado en el sector de los servicios.

Así, De La Quadra-Salcedo Janini, si bien parte de la premisa de que el artículo 149.1.1 CE no sirve para atribuir carácter básico a la LLAAS,[151] considera que sí habilitaría al Estado para establecer las condiciones básicas en el ejercicio del derecho de libertad de empresa (artículo 38 CE), sus requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan su ejercicio, aspectos todos ellos que constituyen el contenido fundamental de la Directiva de Servicios que se ha trasladado a la LLAAS.[152]

La regulación del contenido esencial del derecho de libertad de empresa constituye el eje de la tesis de Salvador Armendáriz. La regulación de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad de acceso de los prestadores de servicios, experimenta un cambio sustancial: frente al tradicional enfoque sectorial, estatal o autonómico, la LLAAS propone una regulación general y horizontal que afecta al contenido esencial del derecho de libertad de empresa.[153] Es el carácter transversal de la LLAAS y su contenido, marco general del derecho de libertad de empresa para ciertos servicios, lo que «vincula esta regulación con las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles y hace que la invocación del 149.1.1 CE resulte oportuna, aunque no lo sea en calidad de título atributivo de competencias».[154]

---

151 Véase Quadra-Salcedo Janini (2010): 215-217.

152 Véase Quadra-Salcedo Janini (2010): 198 y 199.

153 Se subraya por Salvador Armendáriz (2009): 139, que los enfoques horizontales no son muy frecuentes en las regulaciones que inciden en la libertad de empresa; «únicamente el grupo normativo relativo a las normas de defensa de la competencia […] contempla los límites a la libertad de empresa con carácter transversal. Indirectamente, la licencia municipal de actividades (art. 84 LBRL) o las licencias urbanísticas, también municipales, inciden en la libertad de ejercicio de actividades económicas con una perspectiva horizontal»; en todo caso, la autora matiza más adelante el verdadero alcance de la transversalidad de la LLAAS (pp. 141-142).

154 Cit. Salvador Armendáriz (2009): 149.

En sintonía con este planteamiento, pero con mayor precisión en la función del artículo 149.1.1 CE, se expresa Vida Fernández. Afirma, como punto de partida, la ausencia de un título competencial específico sobre la actividad de servicios, debido a que «dentro de nuestra Constitución económica se mantiene la idea de la intervención sectorial en vertical frente a las medidas horizontales».[155] Es por ello que en el caso de la LLAAS y dado su carácter horizontal, el título competencial del artículo 149.1.1 CE resulta necesario, si bien no proporciona cobertura autónoma a su contenido material, razón por la que su función es actuar como refuerzo –«en garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles»– de las normas que realmente tienen el carácter de básicas y que están amparadas en los otros títulos competenciales invocados en la disposición final primera de la LLAAS. La justificación para invocar el artículo 149.1.1 CE sería la implicación que para la protección de los consumidores presenta la ordenación de las actividades de servicios.[156]

Una posición diferente es la expresada por Urrutia Libarona, quien considera que el artículo 149.1.1 CE no es un título competencial adecuado por un triple motivo:[157]

(1) El carácter horizontal que se atribuye a la LLAAS no casa con la capacidad de intervención que ampara el artículo 149.1.1 CE: no permite la regulación de una materia (por ejemplo, el comercio), sino únicamente el régimen común de un derecho (la libertad de empresa).

(2) No es adecuado para adaptar el Derecho europeo, que, de ordinario, exige, en su aplicación interna, una regulación uniforme en todos los Estados para satisfacer los intereses generales presentes en el ámbito concernido.[158]

---

155 Véase Vida Fernández (2010a): 129-130.

156 Véase Vida Fernández (2010a): 134-135; el autor formula una crítica muy matizada a la técnica empleado por el legislador; en su opinión, «podría haberse exigido al legislador un mayor rigor a la hora de invocar este título competencial con mención de los artículos que se dictan a su amparo, sin embargo es cierto que la materia sobre protección de los consumidores se encuentra presente a lo largo de toda la regulación de los servicios».

157 Seguimos a Urrutia Libarona (2010): 150-153.

158 En relación con este extremo, Ordóñez Solís (2010): 14, subraya «la diferente valoración de la uniformidad y de la diversidad en el Derecho de la Unión y en el Derecho constitucional español. En el Derecho comunitario, la uniformidad se impone como elemento de cohesión en la aplicación del Derecho comunitario; sin embargo, el Tribunal Constitucional español valora en grado sumo la diversidad hasta el punto de que afirma: "no existe una homogeneidad absoluta de los derechos de los ciudadanos en

(3) El carácter básico de la LLAAS no puede sustentarse en el artículo 149.1.1 CE puesto que no se mueve en la lógica «bases estatales – legislación autonómica de desarrollo».[159]

Asumiendo, sin ninguna duda, que el artículo 149.1.1 CE no es un título competencial que justifique atribuir carácter básico a la LLAAS, lo cierto es que seguiríamos teniendo un problema si el mismo se utiliza para amparar, por sí solo o como refuerzo de otros títulos (en especial, *ex* artículo 149.1.13 CE), la regulación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de libertad de empresa en el ámbito de los servicios. El problema no deriva, en nuestra opinión, de un error de inicio en la tesis construida por el Tribunal Constitucional sobre el significado y alcance de las condiciones básicas, sino en su aplicación por el propio Tribunal. Una aplicación excesivamente laxa por parte del Tribunal (y existen abundantes ejemplos de ello),[160] puede contribuir a que el legislador estatal (como ya ha sucedido),[161] haga un uso sin excesivos límites del título competencial *ex* artículo 149.1.1 CE, incrementando por esta vía su techo competencial con regulaciones que descienden al detalle e inciden no ya en las condiciones básicas del derecho de libertad de empresa (en este caso, las relativas a la libertad de acceso al mercado de servicios), sino en un sector material concreto (como, por ejemplo, el del comercio).

---

todo el territorio nacional"». Por su parte, Alguacil González-Aurioles, Jorge (2004): *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 247, señala que al igual que la técnica legislación básica-legislación complementaria ha permitido configurar una organización territorial que garantiza una igualdad mínima en todo el Estado, «la directiva se evidencia como una fuente jurídica general que permite articular en Europa los principios de unidad y diversidad. De un lado, al igual que las bases en el orden territorial español, garantiza la regulación uniforme que en ciertos ámbitos demandan los propios intereses generales; de otro, permite a los Estados mantener un cierto dominio sobre las competencias transferidas mediante su desarrollo, configurando, en consecuencia, un mecanismo por el que los Estados adquieren facultades concretas en la adopción de decisiones comunitarias».

159 En este sentido, ya se manifestó el Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009, punto V, apartado s).

160 Véase Cabellos Espiérrez (2007): 96-98.

161 Véase Cabellos Espiérrez (2007): 108-110.

b) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE)

El artículo 149.1.13 CE atribuye al Estado una competencia exclusiva para intervenir de forma genérica en la ordenación de la actividad económica, mediante el establecimiento de sus bases y sirviéndose de su potestad de coordinación. El alcance de esta reserva competencial ha sido objeto de una interpretación amplia por parte del Tribunal Constitucional, permitiendo al Estado un uso intenso de la misma, tanto cuantitativa como cualitativamente.[162] Por ello, con carácter previo al examen de la idoneidad del artículo 149.1.13 CE como fundamento del carácter básico de la LLAAS, resulta obligado hacer un análisis de la jurisprudencia constitucional elaboradora en torno a dicho título competencial.

En primer lugar, se ha de abordar el problema del ámbito material del título competencial *ex* artículo 149.1.13 CE, lo que puede parecer una obviedad: las actuaciones del Estado al amparo del presente título han de tener por objeto la *actividad económica*, lo que excluiría aquellos ámbitos materiales que pudiendo tener una incidencia sobre la economía, no tienen esta naturaleza *stricto sensu* (por ejemplo, vivienda, urbanismo o infraestructuras). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha configurado el artículo 149.1.13 CE como un título competencial de carácter *horizontal* o *transversal*,[163] cuyo ámbito material genérico incide sobre un gran número de competencias autonómicas sectoriales, muchas de ellas *exclusivas* (por ejemplo, el turismo) o que se ejercitan «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo

162 La generosidad de la interpretación realiza por la jurisprudencia constitucional permite afirmar a Quadra-Salcedo Janini (2010): 213, «la jurisprudencia constitucional, al interpretar que el Estado posee la competencia sobre la ordenación general de la economía en virtud de la atribución realizada por el artículo 149.1.13 CE, ha convertido tal precepto en el equivalente a la Cláusula de Comercio contenida en la Constitución norteamericana».

163 En este sentido, Carrasco Durán, Manuel (2005): «La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)», *Revista de Derecho Político*, núm. 62, p. 62, afirma que «la competencia del artículo 149.1.13ª de la Constitución puede definirse de una manera más gráfica como competencia "plurisectorial", ya que, a partir de ella, el Estado puede intervenir en la ordenación de todos los sectores de la actividad económica, incluyendo aquéllos sobre los cuales las Comunidades Autónomas tienen reconocidas competencias».

dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución» (artículo 11.8 Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, en materia de defensa del consumidor y el usuario).[164] Sobre la base del carácter transversal del título competencial, el Tribunal Constitucional delimita su ámbito material con un doble criterio:

– *Objetivo*, en tanto permite afrontar la ordenación de la actividad económica tanto en general, como desde una perspectiva sectorial y singular: esto es, la ordenación concreta de uno de los sectores de la actividad económica –*comercio*– o de alguno de sus aspectos singulares o subsectores –*urbanismo comercial*.[165]

– *Finalista*, por el que la inclusión en el ámbito material del artículo 149.1.13 CE opera atendiendo al fin de la norma estatal y a la adecuación de los medios a su consecución, lo que permite afectar cualquier actividad o elemento, con independencia de su naturaleza económica o no, por el simple hecho de tener repercusión en la actividad económica.[166]

---

164 Urrutia Libarona (2010): 169, aclara el alcance de las declaraciones estatutarias relativas a la ordenación de la actividad económica general recogidas en los Estatutos de Autonomía de primera generación; señala el autor que «el hecho [de que] atribuyan competencias a las Comunidades Autónomas de acuerdo con la ordenación de la actividad económica general no significa que tales cláusulas estatutarias sean títulos habilitantes de nuevas competencias estatales. La ordenación general de la economía a la que se refieren los Estatutos sería aquella que el Estado pueda hacer valer a través del ejercicio de aquellos títulos competenciales que tiene atribuidos en virtud del artículo 149.1.1 CE».

165 En este sentido, la STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4, señala que «corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, de la propia intervención del Estado en materia económica». Por su parte, la STC 86/1989, de 11 de mayo, FJ 3.b), «que el legislador estatal podrá encontrar, en su caso, base competencial para intervenir en el campo de la regulación de la actividad aseguradora en sus diversas manifestaciones (como en todo el ámbito que pueda alcanzar trascendencia económica) en el art. 149.1.13 CE». Igualmente, la STC 124/2003, de 19 de junio, justifica el carácter básico de las normas estatales que condicionan las competencias autonómicas de comercio, en relación con el subsector del llamado urbanismo comercial; así, afirma que «los preceptos de la Ley impugnada que fijan un contenido mínimo de la noción de gran establecimiento, establecen la sujeción a una licencia comercial específica otorgada por las Comunidades Autónomas, y determinan los mencionados criterios también mínimos de otorgamiento, deben considerarse normas básicas legítimamente dictadas al amparo del art. 149.1.13 CE y por ello no contrarias al orden constitucional de distribución de competencias» (FJ 3).

166 En este sentido, la vivienda y el urbanismo constituye un buen ejemplo de este planteamiento. Baste citar la fundamental STC 61/1997, de 20 de marzo, cuando aborda en su FJ 36 el problema del Patrimonio Municipal del Suelo; razona el Tribunal que como ya

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, con apoyo en una interpretación funcional,[167] ha configurado el término *planificación general* como comprensivo de cualquier tipo de norma o medida de ordenación que tenga una incidencia importante o relevante en la economía, aunque sea de marcado carácter coyuntural –crisis económica–, o una conexión con los objetivos de la política económica del Estado, incluso en aquellos casos en los que esos objetivos no se formulan o se hace de forma muy genérica –mejora de la competitividad, de la eficiencia del sector, o de las condiciones de vida o de trabajo, etc.–. Según el Alto Tribunal, el ámbito de las «*bases*» de la planificación general de la actividad económica no se corresponde con el

---

ha declarado en otras ocasiones «"dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector [...] Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda y, en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su más estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como factor generador de empleo". Si ello es así en relación con la construcción de viviendas, con mayor razón cuando se trata de la política del suelo en su sentido más amplio, por su impacto directo sobre la política económica general. De ahí que sea difícil negarle al Estado, *ex* art. 149.1.13º CE, toda competencia para fijar algunos criterios generales, cuando solo el asentamiento de actividades industriales y empresariales y la construcción de viviendas tienen una repercusión de gran magnitud sobre la entera economía general». Y al examinar cómo ha de interpretarse el alcance del artículo 149.1.13 CE cuando afecta a una competencia sectorial autonómica como el urbanismo, afirma que el natural enfoque restrictivo «ha de verse complementada además por una interpretación finalista o teleológica, de modo que tan solo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación general de la actividad económica podrían encontrar cobijo en el referido título, que impide la producción de normas que, aunque relacionadas con esa planificación general, no guarden esa inmediata y directa relación con la dirección de la economía».

167 Siguiendo a Carrasco Durán (2005): 65, en relación con la concreción del alcance y significado del término *planificación*, «las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad del tiempo en el que deben ser aplicadas, esto aboca a la necesidad de dejar a un lado el criterio histórico de interpretación y sostener una interpretación funcional según la cual sería un ejercicio de planificación toda norma en la que se plasme una voluntad de dirigir las actividades económicas al logro de determinados fines tras una evaluación genérica de los problemas, carencias y necesidades planteados en el desarrollo de dichas actividades y de las medidas que deben adoptarse desde los poderes públicos para intentar superar dichas disfunciones. Es decir, toda norma que obedezca a los fines característicos de la planificación económica, independientemente de su forma o su ámbito material».

concepto material de «*norma básica*»[168] *–común denominador normativo–*, sino que responde a un *sentido directivo*: la competencia del Estado para establecer directrices, criterios globales de ordenación y acciones o medidas destinadas a lograr los fines propuestos,[169] fines tales como la unidad de mercado y unidad económica, los objetivos de la política económica nacional o los principios rectores de la política social y económica,[170] que son el fundamento de una competencia estatal que abarca prácticamente la totalidad de las actuaciones que sirvan a la consecución de aquéllos.[171]

En definitiva, al difuminar la idea de planificación general e interpretar el ámbito material de las bases en un sentido directivo o finalista, el Tribunal Constitucional no solamente amplía una vez más el alcance de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE, sino que transforma dicha competencia en un nuevo título: «ordenación general de la economía», «ordenación de la economía en su conjunto», «dirección de la actividad económica general», «dirección general de la economía», «dirección económica de los diferentes sectores productivos» y otros términos similares.[172]

---

168 Según la STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, la norma «es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto».

169 Como afirma la STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4, las bases de la planificación general de la actividad económica consisten en el establecimiento de «las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector».

170 Véase Carrasco Durán (2005): 71 y 73-74.

171 Siguiendo a Quadra-Salcedo Janini (2010): 210, «la amplia interpretación dada por el Tribunal Constitucional al alcance de la competencia reservada al Estado en aquel precepto ha supuesto en la práctica el reconocimiento de la capacidad del poder central de regular todos aquellos sectores económicos en los que se podría producir tanto una obstaculización justificada de la libre circulación de personas y bienes como una distorsión de las condiciones de competencia por la existencia de una pluralidad regulatoria derivada del ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que les han atribuido sus respectivos Estatutos de Autonomía».

172 Véanse, entre otras, las SSTC 1/1982, de 5 de mayo, FJ 5; 95/1986, de 10 de julio, FJ 4; 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; 14/1989, de 26 de enero, FJ 3; 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2; 29/1994, de 27 de enero, FJ 4.A); 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; 128/1999, de 1 de julio, FJ 7.a); 95/2001, de 5 de abril, FJ 2; y 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 16. En relación con este título competencial estatal sobre la

En tercer lugar, la necesidad de reconocer y respetar a las Comunidades Autónomas un espacio propio para ejercer sus competencias en relación con las actividades económicas, ha obligado al Tribunal Constitucional a establecer un conjunto de límites, por vía interpretativa, al ejercicio de la competencia estatal sobre la ordenación general de la economía.

Desde una perspectiva formal, el juego del principio de seguridad jurídica y el respeto al ámbito competencial autonómico exige que, como regla general, la regulación de las «bases» se atenga al «principio de Ley formal», ya que en opinión del Tribunal Constitucional, «solo a través de este instrumento normativo se alcanzará con las garantías inherentes al procedimiento legislativo una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas» (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5).

No obstante, el propio Tribunal admite como excepción que:[173]

– El Gobierno pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia «cuando

---

«ordenación general de la economía» no siempre se ha residenciado, por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, en la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE, siguiendo Quadra-Salcedo Janini (2010): 200-214, a lo largo del tiempo se ha recurrido doctrinalmente a tres razonamientos diferenciados: (1) Se trataría de un título de origen estatutario, derivado del hecho de haber sido excluida expresamente la competencia sobre ordenación general de la economía como competencia autonómica en los respectivos Estatutos y corresponder al Estado en virtud del artículo 149.3 CE; la STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4, sería el paradigma de esta tesis, según la cual la competencia del Estado sobre la ordenación de la actuación económica general le permitiría al Estado establecer una planificación de detalle mientras que la competencia reservada en el artículo 149.1.13 CE únicamente le permitiría la fijación de bases y medidas de coordinación. (2) La ordenación general de la economía como título competencial estatal derivado del artículo 149.1.13 CE, pues la STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2, afirma que «las facultades de ordenación general de la economía (están) reservadas con carácter general al Estado por el artículo 149.1.13 CE» (véase también, STC 95/2001, de 5 de abril, FJ 2), inclusión que se ha justificado por la jurisprudencia por la necesidad de salvaguardar determinados principios constitucionales como son los de unidad de mercado o unidad de la política económica. (3) La ordenación general de la economía como un título competencial estatal implícitamente reservado al Estado por la norma fundamental, aunque no necesariamente en el artículo 149.1.13 CE; de este modo podría verse como una proyección de la función de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución o una proyección del principio de unidad de mercado, o como una competencia reservada al Estado *ex propria rerum natura*.

173 Véanse al respecto Carrasco Durán (2005): 71-73; Urrutia Libarona (2010): 169-170.

resulten por la naturaleza de esta complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases» (STC 69/1988, FJ 5), cuando así lo exija el carácter técnico de la materia (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24) o cuando afecte a un sector caracterizado por su mutabilidad y tratamiento circunstancial (STC 33/1984, de 9 de marzo, FJ 2).

– E incluso ha admitido también actos de naturaleza ejecutiva (STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2, y STC 208/1996, de 17 de diciembre, FJ 6).

Situándonos en el plano material, hay que considerar, por una parte, los criterios de atribución competencial elaborados por la doctrina del Tribunal Constitucional, y, por otra parte, los tres límites materiales que modulan su aplicación. Los criterios de atribución elaborados por la jurisprudencia constitucional se pueden sistematizar del siguiente modo:

– *Criterio cualitativo*, según el cual corresponde al Estado adoptar las normas y actuaciones que puedan tener una incidencia directa y significativa en la ordenación general de la economía.[174]

– *Criterio finalista*, las disposiciones normativas y actuaciones estatales han de responder directamente a la consecución de los objetivos de la política económica, ya sean de carácter general, ya de carácter sectorial.[175]

– *Criterio de incidencia territorial*, la acción del Estado al amparo del artículo 149.1.13 CE responde a sus efectos territoriales supraautonómicos,[176]

---

174 Véase la STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, que enmarca en el artículo 1491.1.13 CE la regulación de unas subvenciones a viviendas de protección oficial, al considerar «la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, generador de empleo», o la STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 16, relativa a actividad de distribución de gases licuados del petróleo y la regulación de las existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos.

175 Véase la STC 63/1988, de 11 de abril, FJ 11, que junto con otras sentencias (SSTC 96/1990, 237/1992, 385/1993, 171/1996, 62/2001 y 24/2002), encuadra en la competencia sobre coordinación de la planificación la regulación por el Estado de los topes de incrementos retributivos de los empleados públicos y vincula esta previsión al logro de determinados objetivos de política económica estatal, o la STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ, en la que el Tribunal ha entendido que determinadas actuaciones son necesarias «con el fin de conseguir los objetivos económicos [...] para el sector», en este caso, el de la vid.

176 La STC 235/1999, de 16 de diciembre, FJ 3, se hace eco de diversos pronunciamientos jurisprudenciales anteriores para indicar que la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE, engloba actuaciones de naturaleza ejecutiva «”ya lo sea porque se encuentren afectados directamente intereses supraautonómicos, o porque se trate de decisiones y actuaciones que trascienden del caso particular y de las situaciones concretas afectadas dada la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional o, en fin, cuando el acto de ejecución comporte, por necesidad intrínseca de la materia, márgenes tan amplios de

como puede ser el objetivo de corregir los desequilibrios territoriales,[177] o favorecer los procesos de integración en la Unión Europea.[178]

La excesiva amplitud y casuismo de los criterios de atribución plantean problemas de seguridad jurídica,[179] que el propio Tribunal Constitucional trata de solucionar articulando una serie de límites de carácter material, uno de ellos de alcance general, otros vinculados a determinadas actuaciones; así:

– La simple *existencia de intereses supraautonómicos* no es suficiente para encuadrar en la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE su disciplina, convirtiendo de este modo un acto de exclusiva competencia autonómica en un acto complejo. Según el Tribunal Constitucional, el ámbito concreto del interés viene definido por la ley misma como repertorio concreto de competencias,[180] por lo que dos condiciones deben concurrir para amparar la

---

discrecionalidad que solo pueda ser adoptado por instancias que no tengan a su cuidado intereses peculiares distintos a los puramente generales" [STC 178/1992, fundamento jurídico 2.º; y, en igual sentido, SSTC 87/1993, fundamento jurídico 5.º; 155/1993, fundamento jurídico 6.º; 204/1993, fundamento jurídico 5.º; 37/1997, fundamento jurídico 5.º; y 133/1997, fundamento jurídico 4.º B)]». Igualmente, véanse la STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6, sobre la libre competencia en el conjunto del mercado nacional, o la STC 124/2003, de 19 de julio, FJ 4, en relación con la implantación de grandes superficies comerciales.

177 Véase STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4, que faculta al Estado para llevar a cabo la ejecución de los planes de reconversión industrial y reindustrialización; o la STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1, relativa a unos incentivos regionales para la corrección de desequilibrios territoriales.

178 La ya citada STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4; o la STC 133/1997, de 18 de julio, FJ 9, sobre la regulación de los Mercados de Valores, o la STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.D), sobre horarios comerciales.

179 Se puede compartir con Carrasco Durán (2005): 81, que el principal inconveniente de los criterios interpretativos «consiste en que introducen al Tribunal Constitucional en un subjetivismo y en un casuismo que merman en gran modo la previsibilidad de las decisiones del órgano jurisdiccional y aportan una gran inseguridad acerca del alcance y los límites de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas para la ordenación de las actividades económicas. En efecto, este tipo de razonamiento hace difícil extraer conclusiones que vayan más allá del supuesto resuelto en cada ocasión y que pudieran ser generalizables a otros supuestos». Como señala el autor un ámbito que ejemplifica perfectamente la expansión alcanzada por el artículo 149.1.13 CE a la luz de la interpretación de la jurisprudencia constitucional es el de las medidas de fomento (véanse pp. 83-88).

180 STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1, afirma, en este sentido, que «la determinación, en caso de conflicto, del contenido de éstas, ha de hacerse sin recurrir, salvo cuando la propia definición legal lo exija, a la noción del interés respectivo, pues de otro modo se provocaría una injustificada reducción del ámbito de los intereses propios de la entidad

intervención estatal: (1) su carácter indispensable para preservar lo básico,[181] y (2) la insuficiencia de los mecanismos de cooperación y coordinación para alcanzar el fin propuesto.[182]

---

autónoma definido por el legislador y se transformaría esta noción del interés propio o respectivo en una apelación a la "naturaleza de las cosas", mediante la cual la decisión política se traslada del legislador al juez». Y la STC 75/1989, de 21 de abril, FJ 2, insiste en este argumento, cuando el Tribunal razona que «no cabe justificar una competencia estatal por la mera razonabilidad de la medida, ni por la conveniencia de adoptar estas medidas a nivel "supraautonómico", ya que la persecución del "interés general" que representa el Estado "se ha de materializar 'a través de' no 'a pesar de' los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución" (STC 146/1986, de 25 de noviembre), excluyéndose así que el ámbito de competencias autonómicas pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas». Igualmente, la STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 17.A), al abordar el problema de la justificación del carácter básico de las autorizaciones para las actividades de distribución de petróleo, señala que dicha justificación «tampoco puede encontrarse en el dato de que puedan ser realizadas en todo el territorio nacional […]; pues la respuesta solo puede venir dada a partir de una consideración material de lo básico y de su finalidad, ya que, en otro caso, sería suficiente extender los efectos de una medida de carácter ejecutivo a todo el territorio nacional para que se generase, sin mayor justificación, una modificación del orden constitucional de competencias».

181 La ya citada STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 17.A), exige, para encuadrar la competencia *ex* artículo 149.1.13 CE, que las medidas o actuaciones «han de ser indispensables para preservar lo básico o constituir complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal en materia de ordenación general de la economía, como ya se ha dicho».

182 STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 10, tras afirmar, una vez más, que «la perspectiva territorial general que es propia del art. 149.1.13 CE no puede tener como consecuencia necesaria la centralización de toda la normativa que deba establecerse, ni tampoco de todas las medidas de ejecución que hayan de adoptarse, puesto que ello supondría, sencillamente, el desapoderamiento de las competencias autonómicas con las que concurre», y que por tanto «la centralización de las funciones de normación y de ejecución solo puede tener lugar, como venimos insistiendo, en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados», concluye con el siguiente argumento: «la regla ha de ser la de que las Comunidades Autónomas competentes desarrollen normativamente los Planes y los apliquen, incluso cuando su ejecución pueda tener un alcance supraterritorial, pues es responsabilidad del Estado en estos casos fijar los puntos de conexión que permitan la ejecución autonómica de las medidas, dado que hemos dicho que el traslado al Estado de la titularidad de la competencia de gestión solo puede tener lugar, "como se apuntó en la STC 329/1993, cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación (STC 243/1994, FJ 6)" (STC 242/1999, FJ 18)».

– El carácter excepcional con el que se puede atribuir la consideración de básica a las *intervenciones estatales de naturaleza ejecutiva*: nuevamente, se exige su carácter indispensable o su necesidad para la consecución de la finalidad a la que responda la intervención del Estado.[183]

Junto a estos límites de carácter específico, hay que mencionar el límite del *vaciamiento competencial* que tiene un alcance general, operando a modo de cláusula de garantía de respeto al orden constitucional de competencias. La intervención del Estado al amparo de su competencia sobre ordenación general de la economía no puede alcanzar tal intensidad que suponga un vaciamiento de las competencias autonómicas sobre actividades económicas, muchas de ellas atribuidas con carácter exclusivo.[184] En otras palabras, el no vaciamiento se refiere «a la necesidad de que las normas del Estado salvaguarden la facultad de las Comunidades Autónomas para poder regular ámbitos materiales completos y coherentes poniendo en práctica opciones políticas propias».[185] El límite del vaciamiento exige, en definitiva,

---

183 STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 5, en relación con el contenido esencialmente normativo de las «bases» para la regulación del crédito y la banca, afirma que «también pueden quedar comprendidos en su ámbito los actos ejecutivos, actos administrativos singulares en cuanto resulten necesarios para la preservación de lo básico (SSTC 56/1983 y 57/1983, fundamentos jurídicos 4 y 7) o para garantizar, con carácter complementario, la consecución de los fines inherentes a la regulación básica [STC 48/1988, fundamento jurídico 3.c)]. Esta posibilidad de pasar a la ejecución tiene su fundamento no solo en las exigencias de la unidad del sistema económico general, lo que se ha llamado la "constitución económica", para cuya intangibilidad no bastan los denominadores comunes de naturaleza normativa, sino también en la necesidad de actuaciones estatales directas por razones de urgencia en prevención de perjuicios irreversibles al interés general».

184 El problema del vaciamiento por una interpretación excesivamente amplia del artículo 149.1.13 CE, fue denunciado por el magistrado Rubio Llorente en su voto particular a la STC 152/1988, de 20 de julio, «porque dada su naturaleza lleva a la ablación total de las competencias autonómicas».

185 Cit. Carrasco Durán (2005): 81. Del mismo modo, Urrutia Libarona (2010): 172, afirma que «las bases fijadas por el Estado han de limitarse a establecer una normativa susceptible de desarrollo ulterior, sin monopolizar la actuación pública sobre una determinada materia, que impediría cualquier actuación autonómica de relieve práctico efectivo. El margen de actuación de las Comunidades Autónomas debe incluir la posibilidad de actuar sus propias decisiones políticas normativas cuando así lo prevé el Estatuto de autonomía». En esta dirección apunta la STC 75/1989, de 21 de abril, FJ 5, cuando razona del siguiente modo: «No se ha tratado aquí de medidas excepcionales que traten de reequilibrar desigualdades regionales o sectoriales, sino de fomentar en general en todo el territorio nacional actividades turísticas distintas de las que constituyen la masificada oferta turística común. Se trata precisamente de una materia en la que las singularidades y peculiaridades regionales han de ser más relevantes y en las que la

que la intervención del Estado deje un margen razonable de actuación o espacio suficiente a las competencias autonómicas.[186]

Sin embargo, en ocasiones el límite del vaciamiento se ha revelado ineficaz ante la interpretación excesivamente laxa del artículo 149.1.13 CE realizada por el Tribunal Constitucional con un doble efecto: por una parte, transformar competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en competencias compartidas,[187] al tener que respectar las normas y actuaciones ejecutadas por el Estado al amparo de su competencia transversal *ex* artículo 149.1.13 CE.[188] Y, por otra parte, admitir la posibilidad de que la intervención estatal no requiera «ulteriores desarrollos legislativos del régimen esta-

---

gestión directa de las ayudas por las Comunidades Autónomas resulta más necesaria para poder definir y llevar a cabo una política propia en relación con esos sectores turísticos marginales o atípicos, aplicando las medidas estatales pero adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, especialmente relevantes en esta materia, como ocurre por ejemplo con el caso del turismo rural, que en Galicia puede tener un significado y una relevancia muy distinta a otras Comunidades Autónomas».

186 STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 4, sobre la política desarrollada por el Estado en materia de vivienda de protección oficial, señala que «ello no significa que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier atribución por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector. Por un lado, es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos, lo que, frente a lo que alega el Gobierno Vasco, no resulta impedido por las disposiciones que impugna. Pero además, para la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles que, como diremos más adelante, les corresponde, las Comunidades Autónomas deben contar con un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos». Y la STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 6, afirma que «el Estado puede operar sobre el sector vitícola haciendo uso de su competencia para proceder a la ordenación general de la economía, pero ello siempre que no vacíe de contenido las competencias de la Comunidad Autónoma sobre la viticultura, desplazando las que con carácter exclusivo tienen respecto de las actuaciones administrativas de gestión que, *ratione materiae*, se subsumen en el título competencial de la agricultura. Aplicando esta doctrina a la Orden que se examina, se observa que el espacio reservado al Estado llega más allá de donde lo exige el principio de la ordenación general de la economía y menoscaba en el ejercicio de su competencia económica la competencia sobre viticultura de la Comunidad Autónoma en algunos de sus contenidos».

187 STC 75/1989, de 21 de abril, FJ 3.

188 Seguimos a Urrutia Libarona (2010): 166, quien también apunta la conversión de las competencias compartidas en concurrentes, «habiéndose admitido en ciertos casos

blecido, al igual que tampoco precisa de intervenciones administrativas»;[189] esto es, que el Estado con apoyo en el artículo 149.1.13 CE pueda agotar la ordenación posible de determinados aspectos relativos al ejercicio de las actividades económicas, reduciendo el papel de las Comunidades Autónomas a cuestiones puntuales y de carácter técnico y procedimental.[190]

Examinada la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el título competencial *ex* artículo 149.1.13 CE, vistos los problemas que se derivan de su amplia interpretación y de su naturaleza horizontal o transversal, lo que explica su uso intensivo y constante por parte del Estado, debemos abordar por último si sirve de fundamento para atribuir carácter básico al contenido de la LLAAS.

Un sector de la doctrina hace suyo el planteamiento del Consejo de Estado, expresado en el dictamen sobre la norma, en el sentido de que es el único título competencial que ampararía el carácter básico de la LLAAS.[191] De La Quadra-Salcedo Janini justifica esta posición por la coincidencia existente entre el fin perseguido por la Directiva de Servicios y, por tanto, por la LLAAS, y

---

[sobre todo en el ámbito del fomento] intervenciones sobre el mismo objeto y con el mismo alcance sobre la base de este título».

189 Véase STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 4.B), en materia de horarios comerciales.

190 Como acertadamente señala Carrasco Durán (2005): 89, «corresponde al Estado determinar la regulación de todos los aspectos tras los cuales exista una decisión por una opción política determinada y llevar a cabo también las actuaciones de carácter ejecutivo que impliquen una opción política [STC 178/1992, FJ 2, 87/1993, FJ 5, 155/1993, FJ 6, 204/1993, FJ 6, 37/1997, FJ 5, y 133/1997, FJ 4.B)]. En correspondencia, quedaría a las Comunidades Autónomas, pues, la ejecución de actos de carácter procedimental, técnico o reglado, o, como mucho, la precisión de la regulación del Estado en detalles que puedan considerarse como mero desarrollo técnico o procedimental de las normas estatales y que no comporten la adopción de una decisión política previa».

191 Véase, tras examinar los otros títulos competenciales invocados por el legislador estatal, el Consejo de Estado, en su *Dictamen 99/2009*, punto V, apartado s), afirma: «De lo anterior se sigue que el único título competencial que otorga carácter básico al anteproyecto es el previsto en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica". Por lo tanto, solo aquellos preceptos de la norma en proyecto que puedan incardinarse en este título competencial podrán considerarse legislación básica, debiendo precisarse en la disposición analizada cuáles son esos preceptos», y tras examinar la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre dicho título, concluye que «ninguna objeción se formula a la atribución de carácter básico a todo el anteproyecto, pues todo él responde a esa concreta finalidad y a un intento de establecer instrumentos aptos para evitar contradicciones o discordancias entre las distintas Administraciones Públicas implicadas que ostentan competencias muy diversas en la materia».

la finalidad que al artículo 149.1.13 CE atribuye la jurisprudencia constitucional.[192] En la misma línea, Vida Fernández fundamenta el carácter básico de la LLAAS en la fuerza expansiva del título competencial *ex* artículo 149.1.13 CE, en conexión con el principio de unidad de mercado del artículo 139.2 CE.[193]

En nuestra opinión, la respuesta a la cuestión planteada exige hacer una reflexión previa:[194] el *fin* de la Directiva de Servicios y el que persigue el legislador estatal a través de la LLAAS, como ya señalamos al inicio de este capítulo, no es otro que favorecer la consecución de un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea (y, por tanto, en España), a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que limitan actualmente el ejercicio de las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios. En este sentido, la naturaleza económica de la norma europea y la LLAAS que la transpone podría considerarse evidente, en cuanto expresa un objetivo de la política económica europea y española: creación de un efectivo mercado único.

Sin embargo, si analizamos el contenido sustancialmente idéntico de la Directiva de Servicios y la LLAAS, podremos comprobar que aquél no atiende tanto establecer medidas concretas de ordenación de un sector económico –sector servicios–, como a fijar los *instrumentos y técnicas*

---

192 Según Quadra-Salcedo Janini (2010): 211, «el propósito de la Directiva de Servicios, fundada en la competencia comunitaria para garantizar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sería tanto eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros como suprimir las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria346. Propósito, que no es otro que el de la formación y configuración de un mercado único caracterizado por la libre circulación de personas y la igualdad en las condiciones de ejercicio de la actividad económica, que cae en la amplia interpretación realizada de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE».

193 Vida Fernández (2010a): 136-137; no obstante, realiza una matización y una crítica. La primera es que «en todo caso, el alcance de la potestad estatal de dirección general de la economía no puede conllevar un radical vaciamiento de las competencias económicas de las CCAA», y la segunda es que «cabe objetar que se invoque de forma genérica este título competencial para dictar por igual todo el contenido de la LLAAS cuando es evidente, que éste juega con distinta intensidad según cada uno de los artículos de la misma» (p. 139).

194 Compartimos, en este sentido, los planteamientos formulados, entre otros, por Rivero Ortega (2009a): 77; París i Domènech, Neus, y Corretja i Torrens, Mercè (2010): «Aproximació al procés de transposició de la Directiva de Serveis: incidència en el sistema de distribució de competències dissenyat per la CE i l'EAC», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, num. 10, p. 95, y Urrutia Libarona (2010): 174.

administrativas de control de acceso al mercado de servicios. En efecto, la LLAAS se ocupa del régimen instrumental de intervención administrativa, sus técnicas, condiciones y procedimiento (artículos 5 a 8), de la simplificación administrativa (artículo 17), del acceso a los trámites procedimentales a través de una ventanilla única y su régimen (artículos 18 y 19), o de la cooperación administrativa (artículo 27 y siguientes). Desde esta perspectiva, el recurso al título competencial del 149.1.13 CE podría resultar excesivo y no totalmente adecuado, por lo que la vía más idónea hubiese sido quizás operar a través de una reforma de mayor calado del procedimiento administrativo común, más acorde con el perseguido enfoque horizontal y con la sensibilidad del hecho autonómico.

c) Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18 CE)

El artículo 149.1.18 CE reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas [...] que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas», y sobre «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas».

Como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado, el problema en este caso no es la falta de idoneidad del título competencial invocado para atribuir carácter básico a la LLAAS, sino que *ex* artículo 149.1.18 quedan englobadas competencias estatales de distinto alcance, pues algunas son básicas y otras, en cambio, exclusivas.[195] Es básica, por ejemplo, la competencia estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (que incluye los aspectos organizativos e institucionales de las Administraciones Públicas, según declaró la STC 214/1989, de 21 de diciembre), al igual que la competencia para aprobar la legislación sobre contratos. Por el contrario, es exclusiva del Estado la competencia para regular el procedimiento administrativo común, «sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas».[196]

---

195 En general la doctrina no expresa reparo alguno a la hora de invocar el artículo 149.1.18 CE para atribuir carácter básico a la LLAAS, véase Rivero Ortega (2009a): 77; Vida Fernández (2010a): 142, o Urrutia Libarona (2010): 154; la cuestión se complica cuando se trata de concretar su alcance.

196 Véase Dictamen 99/2009, punto V, apartado s). Como afirma el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 23/1993, de 21 de enero, FJ 3: «La Constitución, en su art. 149.1.18, emplea diversas técnicas de distribución competencial, y de reserva de competencias al

La idoneidad del título competencial *ex* artículo 149.1.18 CE desde la perspectiva de la LLAAS ha de valorarse desde la exclusiva competencia estatal en materia de «procedimiento administrativo común». En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ampara la competencia estatal cuando el objeto de regulación es el procedimiento administrativo común,[197] y excepcionalmente, procedimientos especiales *ratione materiae* o de carácter sectorial.[198] Y este sería el caso, con matices, de la LLAAS que regula un ámbito sectorial, el de los servicios, pero lo hace con un carácter transversal u horizontal.[199]

Estado. El precepto reserva al Estado las "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios". Pero no emplea el mismo criterio (distinción entre bases y desarrollo) al reservar *in toto* al Estado la competencia sobre "procedimiento administrativo común". Es ésta, pues, una competencia exclusiva del Estado, y no reducida al establecimiento de bases o normas básicas».

197 En la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32, al delimitar el significado de «*procedimiento administrativo común*», se afirma que con el adjetivo *común* debe entenderse que «lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del "procedimiento administrativo común", que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia –lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.ª –, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración».

198 Así, STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 31, admite en el caso del urbanismo que pese a tratarse de un sector de la exclusiva competencia autonómica, el Estado puede establecer normas procedimentales «en su caso, con un marcado carácter principial o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales», por tanto, «no se le pueda negar de raíz la posibilidad [al Estado] de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales». Y, ello, explica que se admita la regulación de los trámites de «información pública» y «publicidad» [FJ 25.*c)* y *d)*], o de exigir el «deber de información» [FJ 26.*a)*] al amparo del artículo 149.1.18 CE.

199 En este sentido se expresa Vida Fernández (2010a): 142-143, cuando afirma que «así ocurre en la LLAASE en la que se ejerce el título competencial del artículo 149.1.18ª

Por otra parte, se puede asumir sin grandes inconvenientes que, en principio y desde una perspectiva general, las medidas previstas en la LLAAS no exceden y se acomodan a la competencia estatal *ex* artículo 149.1.18.[200] El problema radica, como acertadamente ha puesto de relieve Urrutia Libarona, en atribuirle al conjunto de preceptos un carácter general básico: bien porque algunos de ellos no son básicos, al ser dictados al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de procedimiento administrativo común (artículos 6, 8.2, 15 o 27 LLAAS), o bien porque su atribución de carácter básico puede resultar excesivo y colisionar con las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas (artículo 17.3 o 18.3 LLAAS).[201]

CE relativo al procedimiento administrativo común en un ámbito sectorial como son los servicios. Sin embargo, al proyectarse la LLAASE de forma trasversal sobre todas las actividades de servicios abarcando gran parte de la actividad administrativa su contenido relativo al procedimiento administrativo tiene un carácter más general que especial-sectorial».

200 La ya citada STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 3, consideró las normas relativas a «la simplificación de trámites administrativos», o a «las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo», como «normas de procedimiento administrativo común, dictadas al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución». Véase también Vida Fernández (2010a): 143, que solamente cuestiona amparar con carácter exclusivo en el artículo 149.1.18 CE, el artículo 27 LLAAS relativo al establecimiento de un punto único de contacto como instrumento de cooperación administrativa, en cuyo caso, en su opinión, «entra en juego también la competencia estatal básica sobre la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.13ª CE» (pp. 144-145).

201 Siguiendo a Urrutia Libarona (2010): 157-162, quien afirma que la LLAAS «contiene normas de procedimiento administrativo común, que no identifica. En esos casos, lógicamente, no se trataría de preceptos de naturaleza propiamente básica. El problema que se plantea con la falta de identificación del fundamento competencial de los preceptos es doble: de un lado el ya adelantado derivado de la inseguridad que planeta la falta de clarificación de la naturaleza de los artículos, ya que el ámbito de intervención autonómica en la regulación de los procedimientos en materias de su competencia dependerá de ello [...] Pero de otro lado, nos encontramos con la cuestión del alcance material que los preceptos de carácter básico pudieran provocar sobre las competencias exclusivas sectoriales de las Comunidades Autónomas», a lo que se añade que «en otros casos [la naturaleza básica] resulta discutible teniendo en cuenta las competencias sectoriales de que disponen las CCAA, así como también el limitado alcance que ha de tener "lo básico" en materia organizativa y de funcionamiento interno». Y concluye el autor que, «en el fondo, lo que subyace de esta cuestión es que la Directiva de Servicios afecta a multitud de competencias sectoriales exclusivas de las Comunidades Autónomas, cuya naturaleza no puede verse alterada a través de una ley transversal declarada básica».

3.2.3 · La LLAAS y su eventual efecto derogatorio de la normativa autonómica

La disposición derogatoria de la LLAAS prevé una *derogación inmediata* de «cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley» (apartado 1), en el plazo de treinta días a partir del día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (disposición final sexta), y una *derogación diferida* de «las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V», estas mantendrán su vigencia «hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009» (apartado 2). En cuanto al alcance de la derogación tácita, los términos de la disposición dan a entender que comprende, además de las leyes y normas reglamentarias del Estado en sentido estricto, las normas legales y reglamentarias de las Comunidades Autónomas, así como las normas reglamentarias de los Entes locales.

El propósito de la disposición derogatoria sería evitar un eventual incumplimiento de la Directiva de Servicios derivado de la falta de transposición por los poderes autonómicos y locales.[202] Lo que suscita la cuestión que será objeto de nuestro análisis: ¿es posible articular jurídicamente tal propósito en nuestro ordenamiento jurídico?; en otros términos, ¿puede la normativa estatal derogar las normas de las Comunidades Autónomas?

Con carácter previo, es necesario subrayar que la respuesta a la pregunta formulada ha de tener en cuenta las singularidades que caracterizan a la LLAAS.[203] En primer lugar, como ya sabemos, la disposición final primera atribuye a la LLAAS carácter básico, sin embargo, la nueva regulación básica no viene a sustituir a ninguna otra. En segundo lugar, conforme a la configuración de la legislación básica por el Tribunal Constitucional, aquélla viene a regular a un sector, delimitando el ámbito en el que operará la normativa autonómica de desarrollo. En el caso de la LLAAS, dado su carácter horizontal, no contiene una verdadera regulación sustantiva aplicable al sector servicios, lo que en opinión del Consejo de Estado podría

202 En este sentido se expresan Quadra-Salcedo Janini (2010): 219; Urrutia Libarona (2010): 207.

203 Véase Urrutia Libarona (2010): 208.

generar «una situación de confusión normativa», limitando su alcance como canon de validez.[204]

El Consejo de Estado y la doctrina coinciden en que resulta constitucionalmente cuestionable que el legislador estatal pueda disponer la derogación tácita de las normas autonómicas que se opongan a lo establecido en la norma estatal de carácter básico, la LLAAS. La razón es que la derogación expresa o tácita es un instituto que resuelve el conflicto normativo aplicando el criterio de jerarquía o temporalidad dentro de un mismo sistema normativo; la derogación no opera, pues, en los conflictos entre normas que pertenecen a ordenamientos jurídicos distintos: en este caso, pertenecientes a dos subsistemas normativos diferentes, el estatal y el autonómico.[205]

La resolución del conflicto entre la nueva normativa estatal de carácter básico –LLAAS– y la normativa autonómica en vigor ha encontrado varias soluciones posibles. Dado que las normas básicas son normas de *directa aplicación* y no simples mandatos dirigidos a las Comunidades Autónomas con competencia para desarrollarlas, la doctrina concluye que la legislación básica *desplaza*, desde el momento en que entra en vigor, a toda legislación de las Comunidades Autónomas que se le oponga, por lo que esta legislación autonómica pierde su eficacia, por incurrir en una inconstitucionalidad sobrevenida, aunque fuera válida en el momento en que se dictó; en conclusión: los preceptos básicos de la LLAAS, en su caso, desplazarán las normas autonómicas que se le opongan, pero no las derogará tal como prevé la disposición derogatoria de la LLAAS.[206]

---

204 Véase Dictamen 99/2009, punto V, apartado r). En palabras de Urrutia Libarona (2010): 208, «siendo así, el eventual conflicto normativo se produciría entre la norma sectorial autonómica dictada sobre la base de sus competencias sectoriales y la norma horizontal del Estado declarada básica, sin que aquella tenga a ésta como canon de validez, actuando a lo más como un límite negativo».

205 Véase Consejo de Estado, Dictamen 99/2009, punto V, apartado r); Solozábal Echavarría, Juan José (1998): *Bases constitucionales del Estado autonómico,* McGraw Hill, Madrid, p. 166; Muñoz Machado, Santiago (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II. El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, pp. 172-173; Lasagabaster Herrarte, Iñaki (2007b): *Fuentes del Derecho*, Lete/IVAP, Bilbao, p. 273; Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2009): *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2ª ed., Iustel, Madrid, pp. 151-152.

206 Cit. Sánchez Morón, Miguel (2010): *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, p. 322. Sobre el efecto desplazamiento, véase por todos García de Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (2009): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, pp. 300-301.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica vigente como consecuencia de la nueva delimitación competencial realizada por el legislador estatal a través de su nueva normativa básica. Así, en su Sentencia 60/1993, de 18 de febrero, FJ 1, afirma que «la norma autonómica que contradice la Ley básica –material y formal– invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias»,[207] correspondiendo al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida cuando se trate de normas autonómicas con rango de ley.[208]

Frente a esta tesis, un sector doctrinal invoca como vía de resolución del conflicto el principio de prevalencia del derecho estatal básico sobre el derecho autonómico vigente; prevalencia que podría ser apreciada por cualquier juez o tribunal ordinario al tratarse de una regla que resuelve conflictos entre normas válidas y ajustadas al ordenamiento constitucional, y no conflictos de competencias:[209] «Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el art. 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad […]. Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente […], deberá fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella».[210]

---

207 Véanse también SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 4, y 1/2003, de 16 de enero, FJ 9.

208 Véase STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4. En este sentido, Urrutia Libarona (2010): 210, señala que toda «modificación de la legislación básica por parte del Estado (no seguida de la modificación de la normativa autonómica de desarrollo anterior) podría dar lugar a la participación del TC, lo que podría entenderse excesivo».

209 Como señala Alguacil González-Aurioles (2004): 216, «la prevalencia es una norma de colisión o conflicto, que únicamente opera cuando ambos órdenes jurídicos actúan dentro del ámbito de sus competencias. Los Jueces y Tribunales pueden encontrarse con situaciones en las que una norma estatal y otra autonómica, válidas y ajustadas al ordenamiento constitucional, se proyecten sobre idéntico objeto pero con resultado distinto. En tal coyuntura, prevalece la estatal sobre la autonómica».

210 Esta es la tesis reflejada en el voto particular emitido por los magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Javier Delgado Barrio y don Jorge Rodríguez-Zapata, en la ya citada STC 1/2003, de 16 de enero cuando afirman que «la cláusula de prevalencia, ampliamente experimentada en Derecho comparado, no es ajena a nuestra tradición constitucional y se revela como complemento necesario de los criterios mencionados anteriormente [jerarquía y competencia], para resolver antinomias como las planteadas en el presente caso que se producirán necesariamente –y cada día con mayor

El recurso al principio de prevalencia en el supuesto bases-desarrollo es rechazado por el Tribunal Constitucional al considerar que está ausente el presupuesto de su aplicación: el principio de prevalencia exige un conflicto entre normas válidas y tiene como límite las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, mientras que en estos casos lo que se produce es un conflicto de competencias.[211]

---

frecuencia– en supuestos de concurrencia válida, prevista y garantizada en la misma Constitución, de diversas fuentes del Derecho». A continuación exponen de forma razonada su tesis, la cual podemos sintetizar del siguiente modo: (1) La «colisión entre la ley de la Comunidad Autónoma y la posterior ley básica del Estado, que hace que una norma que fue aprobada válidamente resulte sobrevenidamente contraria a la normativa básica estatal, no puede ser confundida con una situación completamente distinta: la que resulta de una ley autonómica que, en el momento mismo en que es aprobada, contradice directamente la Constitución. Este último es el supuesto que da lugar sin más a la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de una ley». (2) En estos casos, la prevalencia de la normativa básica estatal «no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad». (3) «Sostener que las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas, hace posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución. Es preciso tener en cuenta que la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos. Modificaciones en modo alguno excepcionales en el funcionamiento de un Estado autonómico maduro, que se producen cada vez con mayor frecuencia en un ordenamiento complejo y que obligan a reajustes muy distintos». En este sentido, véanse Tornos Mas, Joaquín (1991): «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, pp. 33 y sigs.; Alguacil González-Aurioles (2004): 230-231.

211 Véanse Quadra-Salcedo Janini (2010): 223-224; Urrutia Libarona (2010): 211. Por su parte, Santamaría Pastor (2009): 513-514, opina que el principio de competencia es por si solo insuficiente para explicar la lógica *bases-desarrollo*, por lo que ha de completarse con el principio de prevalencia o de posición supraordenada de la norma estatal básica sobre la norma de desarrollo. Sin embargo, a su juicio, «cuestión diversa es la que se suscita en los supuestos de relación cronológica inversa: esto es, cuando la ley básica estatal es posterior a la norma autonómica de desarrollo. En tal caso, si la ley básica establece una normación incompatible con la normativa anterior de desarrollo, ésta debe entenderse *ipso iure* derogada».

Sin embargo, para De La Quadra-Salcedo Janini, sería posible acudir al principio de prevalencia si el carácter básico de la LLAAS se fundamentase en el artículo 149.1.1 CE y se parte de la naturaleza transversal de este título competencial, con capacidad para colisionar con las medidas autonómicas adoptadas en ejercicio de competencias materiales propias y distintas; según el citado autor, en estos supuestos «el conflicto entre dos normas adoptadas en ejercicio de competencias distintas no podría solucionarse a través del principio de atribución o competencia, pues la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de su competencia, adoptar tal norma, y lo que ocurre es que el Estado puede, en ejercicio de la suya, que es distinta, adoptar una norma susceptible de colisionar con la norma autonómica. El conflicto entre normas se da entre normas legítimas competencialmente hablando y debe ser resuelto a través de la misma regla de resolución de conflictos que se utiliza para el caso de las competencias concurrentes: el principio de prevalencia del Derecho del Estado sobre el Derecho autonómico».[212]

Sea cual sea la posición que se asuma en relación con el conflicto analizado, lo que resulta claro, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, es que no se sustenta la capacidad derogatoria de la LLAAS respecto de las normas legales dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sectoriales. Las normas autonómicas vigentes que colisionen con la nueva normativa básica estatal devienen en inconstitucionales, correspondiendo la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida en exclusiva al Tribunal Constitucional.[213]

---

212 Cit. Quadra-Salcedo Janini (2010): 225. La tesis ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional (STC 135/2006, de 27 de abril, FJ 2.d) y 3.b) y c); sin embargo, el autor considera que «frente a lo afirmado por la jurisprudencia constitucional, consideramos que cuando el Estado regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos el Estado (art. 149.1.1 CE) no delimita nada, no determina el alcance de las competencias materiales autonómicas. Los posibles conflictos que se puedan producir entre una norma estatal dictada en ejercicio del artículo 149.1.1 CE y una norma autonómica dictada en ejercicio de una competencia material propia son en realidad conflictos de normas –y no conflictos competenciales– que se deben resolver, por tanto, determinando cuál es la norma aplicable al caso. En este caso el conflicto se resuelve determinando la norma aplicable –que en virtud del principio de prevalencia debe ser la norma estatal dictada en ejercicio de una competencia propia– pero en ningún caso se resuelve determinando la invalidez de la norma autonómica sino únicamente su inaplicabilidad; esto es, su desplazamiento por la norma estatal» (p. 227).

213 En este sentido, Quadra-Salcedo Janini (2010): 228. Por su parte, Urrutia Libarona (2010): 212, coincide cuando afirma: «En definitiva, jurídicamente no resulta correcta la derogación de las leyes autonómicas a través de la cláusula derogatoria de la LLAAS.

3.2.4 · La cláusula de responsabilidad por incumplimiento de la disposición final cuarta de la LLAAS

La integración del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico interno, especialmente en aquellos casos en los que, como el español, están dotados de una estructura descentralizada, exige diferenciar entre dos aspectos:

– La responsabilidad de *incorporar* el Derecho de la Unión, ante la cual la Directiva de Servicios, como hemos visto, mantiene una actitud de neutralidad respecto del orden interno de distribución de competencias.[214]

– La responsabilidad por *incumplimiento* del deber de incorporación, tanto en los casos de ausencia total de transposición, como en aquellos otros de transposición incorrecta del Derecho comunitario,[215] responsabilidad que incumbe el Estado miembro, el cual no puede alegar para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en las normas comunitarias, disposiciones o prácticas propias de su ordenamiento interno,

---

Las disposiciones legales [autonómicas] incompatibles con la LLAAS podrían entenderse en todo caso inconstitucionales sobrevenidamente en el caso de que colisionaran con aquel contenido que materialmente pudiera considerarse básico, si bien corresponderá exclusivamente al TC declararlo así».

214 Según el considerando 60: «La presente Directiva, y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales y el uso de lenguas oficiales». En este sentido, el principio de autonomía institucional ha permitido a las entidades regionales europeas conservar sus competencias de ejecución. Como ya hemos señalado, la Unión Europea no se pronuncia sobre qué instancia interna de los Estados miembros debe ejecutar el Derecho comunitario. Las reglas que han de decidir la instancia competente para su ejecución serán las internas. Véase López de los Mozos Díaz-Madroñero, Alicia E. (2010): *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Cuadernos del Congreso de los Diputados 5, Madrid, pp. 315 y sigs.

215 Como ha subrayado el Consejo de Estado en su *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, pp. 16-17, el concepto de incumplimiento es una construcción jurisprudencial comunitaria, caracterizada por dos notas: la *amplitud*, «pues abarca cualquier infracción del Derecho europeo (incluido el omnicomprensivo deber de cooperación leal), cualquiera que sea la naturaleza de dicha infracción (acción u omisión), su origen –un texto normativo, una práctica administrativa o incluso la actuación de un órgano jurisdiccional– y el poder público del que provenga», y el *carácter objetivo*, ya que la admisibilidad de una acción basada en el artículo 258 TFUE depende solamente de la constatación objetiva del incumplimiento, «bastando la invocación del interés general comunitario de velar por la correcta aplicación de las normas europeas y de denunciar el incumplimiento para poner fin al mismo».

circunstancias políticas imprevisibles, dificultades de orden económico o social, o la inactividad de una institución ni el incumplimiento de otro Estado miembro.[216]

La disposición final cuarta de la LLAAS aborda el problema de responsabilidad por incumplimiento, y lo hace en los siguientes términos:[217]

> «Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, la audiencia de la Administración afectada.»

Se trata de una previsión que, contando con algunos precedentes sectoriales en nuestro ordenamiento jurídico,[218] se ha introducido en términos idénticos en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, tras su reforma por la Ley 1/2010, de 1 de marzo (disposición adicional séptima), y cuenta en la actualidad con una regulación de carácter general en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presu-

---

216 Véanse SSTCE de 8 de junio de 1993, *Comisión/Países Bajos*, as. C-52/91, Rec. p. I-3069, apdo. 36; de 25 de abril de 2002, *Comisión/Francia*, as. C-418/00 y 419/00, Rec. p. I-3969, apdo. 58; de 14 de noviembre de 2002, *Comisión/Reino Unido*, as. C-140/00, Rec. p. I-10379, apdo. 60; de 2 de octubre de 2003, *Comisión/Luxemburgo*, as. C-89/03, Rec. p. I-0000, apdo. 5; y de 4 de marzo de 2004, *Alemania/Comisión*, as. C-344/01, apdo. 60.

217 En opinión de Urrutia Libarona (2010): 220-224, la LLAAS contiene varios preceptos, además de la citada disposición final cuarta, que tratan de impulsar a los diferentes poderes públicos para que adapten su normativa y su práctica administrativa a lo dispuesto en la Directiva de Servicios. Entre ellos cita la disposición derogatoria, la disposición transitoria o las disposiciones finales quinta y sexta.

218 Véase artículo 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; artículo 121 bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), o el artículo 10.5 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (vigente hasta mayo de 2012).

puestaria y Sostenibilidad Financiera (disposición adicional segunda).[219] En cuanto a su origen, hay que tener presente el *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, en el que el Consejo de Estado, al hilo del examen del principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho europeo, aboga por la necesidad de introducir un mecanismo que traslade los efectos de las sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los sujetos responsables del incumplimiento.[220] La trascendencia de la cuestión explica que el Consejo de Estado vuelva a retomar la misma en su más reciente *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, al que nos referiremos.

Con carácter previo al análisis de la disposición final cuarta de la LLAAS, haremos una breve aproximación al problema del incumplimiento del deber de incorporar el Derecho europeo y los medios que son posibles para garantizar el mismo, para situar la previsión de la Ley en su justo contexto.

Si bien, como ya hemos señalado, la incorporación del Derecho comunitario no siempre corresponde al Estado, solamente a él le incumbe garantizar el cumplimiento de tal deber:[221] la regla general, desde el punto de vista

---

219 Desarrollada mediante el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

220 Así, en el citado *Informe 2008*, pp. 364-365, el Consejo de Estado concluye: «Dada la responsabilidad externa única del Estado, en cuyo nacimiento resulta irrelevante el poder público del que provenga el incumplimiento apreciado, cabría introducir la posibilidad legal de repetir sobre la Comunidad Autónoma infractora el pago de la multa coercitiva o suma a tanto alzado impuesta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por incumplimiento. Esta medida no es alternativa, sino complementaria a la destinada a asegurar la aplicación subsidiaria de la norma estatal cuando no se haya ejercido en el plazo previsto por la norma comunitaria. En consecuencia, el traslado de responsabilidad entraría en juego cuando la inobservancia de obligaciones comunitarias obedeciese, no a la falta de incorporación de directivas, sino a cualquier otra actuación u omisión de las Comunidades Autónomas».

221 Siguiendo a López de los Mozos Díaz-Madroñero (2010): 227-230, con referencia al concreto caso de las directivas, «el titular de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario, según la jurisprudencia del TCE, es el Estado miembro infractor», principio que se fundamenta a su vez en los principios de primacía y eficacia; por tanto, concluye la autora, la responsabilidad «es del Estado, y surge por un "acto del Estado", con lo que nos queremos referir al comportamiento de cualquier órgano del Estado que tenga capacidad para ello dentro del Derecho interno, que tenga competencia para transponer y por tanto para incurrir en responsabilidad por incumplimiento de su deber

de nuestro ordenamiento interno, es que con apoyo en el artículo 93 *in fine* CE, corresponde al Estado la función de garantía del cumplimiento de los tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales.[222] No obstante, la introducción de un mecanismo encaminado a garantizar la responsabilidad del sujeto efectivamente causante del incumplimiento exige hacer dos consideraciones previas:

– En primer lugar, de la función de garante del cumplimiento del Derecho europeo que corresponde al Estado, no deriva ninguna alteración en el reparto interno de las competencias aplicativas o de ejecución del Derecho de la Unión Europea. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional, cuando en su Sentencia 96/2002, de 24 de abril, afirma que «conforme a nuestra doctrina, la distribución competencial que entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha operado el Texto constitucional rige también para la ejecución del Derecho comunitario, pues la traslación de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales del reparto competencial, de tal manera que el orden competencial establecido no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias»; y añade 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" (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 8). Es más, las dificultades que pudieran existir en la ejecución de la normativa comunitaria, de existir, "no pueden ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente corresponden a una Comunidad Autónoma" (STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 11)» (FJ 4).[223]

---

de transposición. Pero la responsabilidad será del Estado y subsiste independientemente del órgano cuya acción u omisión haya dado lugar a dicha infracción».

222 Así, Fernández Farreres, Germán (2011): «La repercusión sobre las Comunidades Autónomas de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 15, p. 51.

223 En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia: así, en la STCE de 14 de enero de 1988, *Comisión/Bélgica*, as. 227 a 230/85, Rec. p. 1, apdo. 9, afirma que «todo Estado miembro es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una Directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales. Esta distribución de competencias, sin embargo, no puede dispensarle de la obligación de garantizar que las disposiciones de la Directiva sean fielmente reflejadas en el Derecho interno», y con referencia al caso español, la STC de 13 de septiembre de 2001, *Comisión/Reino de España,* as. C-417/99, Rec. p. I-6026, apdo.

– En segundo lugar, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un mecanismo o mecanismos de esta naturaleza encuentra también su justificación desde la defensa del respeto de las reglas constitucionales que rigen la distribución de competencias en los procesos de incorporación del Derecho europeo al orden interno: esto es, la imputación de responsabilidades ha de funcionar de acuerdo con el criterio del reparto competencial.[224]

37, razona que «como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, todo Estado miembro es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una Directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales. Esta distribución de competencias, sin embargo, no puede dispensarle de la obligación de garantizar que las disposiciones de la Directiva sean fielmente reflejadas en el Derecho interno (véanse las sentencias de 14 de enero de 1988, *Comisión/Bélgica*, asuntos acumulados 227/85 a 230/85, Rec. p. 1, apartado 9, y de 28 de febrero de 1991, *Comisión/Alemania*, C-131/88, Rec. p. I-825, apartado 71)».

224 Así se manifiesta Urrutia Libarona (2010): 229, quien añade que, siendo este el planteamiento correcto, «se debería otorgar a las Comunidades Autónomas un mayor protagonismo en la defensa de su actuación en el marco del recurso por incumplimiento». En la misma línea se sitúa el Consejo de Estado, *Informe 2008*, p. 260, cuando tras valorar la posibilidad de repercutir la responsabilidad sobre la Comunidad Autónoma infractora, afirma: «En contrapartida al traslado de la responsabilidad a las Comunidades Autónomas cuando el incumplimiento les sea imputable, debería otorgarse a las mismas un mayor protagonismo en la defensa de su actuación en el marco del recurso por incumplimiento. La intervención de las entidades autonómicas a estos efectos fue abordada por la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) en un Acuerdo adoptado el 29 de noviembre de 1990, después sustituido por el vigente de fecha 11 de diciembre de 1997, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia. La cláusula undécima de este acuerdo, específicamente referida al procedimiento por incumplimiento, prevé medidas como la remisión a las Comunidades Autónomas de los escritos de queja, cartas de emplazamiento, dictámenes motivados y demás comunicaciones recibidas de la Comisión Europea que afecten a sus competencias, o la designación por las mismas de Abogados o asesores para que asistan al Abogado del Estado del Servicio Jurídico ante el Tribunal de Justicia, cuando se hubiera interpuesto ante éste el referido recurso, si el posible incumplimiento tuviese su origen en una acción u omisión autonómica. El reconocimiento a nivel legal de la participación de las Comunidades Autónomas cuyas competencias se viesen afectadas, tanto en la fase precontenciosa como en la fase jurisdiccional del recurso por incumplimiento, mediante medidas similares a las recogidas en el acuerdo mencionado (el cual fue firmado por todas las Comunidades Autónomas excepto por la del País Vasco), beneficiaría la implicación de dichas entidades en la defensa de su actuación y contribuiría a la asunción de responsabilidades en el caso de que el Reino de España resultara finalmente condenado en el proceso. Como límite, la intervención autonómica en el procedimiento horizontal del control –o en cualquiera de los especiales– ha de respetar la unidad de la defensa del Reino de España ante los

En los casos en que el cumplimiento o ejecución del Derecho europeo corresponde a las Comunidades Autónomas, como ocurre en buena medida con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva de Servicios, los medios de los que dispone el Estado para garantizar el cumplimiento son limitados.[225] Teniendo en cuenta que el cumplimiento del Derecho comunitario se manifiesta en un doble orden –*normativo* y *ejecutivo*–, y que, del mismo modo, los medios para garantizar el cumplimiento pueden ser *preventivos* o *reactivos*, nuestro interés se centrará en los casos de un eventual incumplimiento normativo por parte de las Comunidades Autónomas, esto es, al transponer la Directiva de Servicios en el ámbito de sus competencias.[226] Incumplimiento normativo que puede comprender dos

órganos administrativos y judiciales comunitarios y la consiguiente posición directiva y prevalente del Abogado del Estado».

225 El análisis de dichos medios constituye el objeto del citado *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010 (en adelante, *Informe 2010*), elaborado por el Consejo de Estado, y que servirá de base a nuestra exposición.

226 Sistemática formulada por Fernández Farreres (2011): 52. Una cuestión capital y de no fácil solución es fijar el límite entre los *medios preventivos*, destinados a evitar el incumplimiento, y los *medios reactivos*, cuyo objeto es poner fin al incumplimiento; esto es, concretar el factor que determina el tránsito de unos medios a otros. En este sentido, el Consejo de Estado, *Informe 2010*, p. 219, concluye que «el factor determinante del tránsito de la prevención a la reacción ha de ser la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare al Reino de España en situación de incumplimiento por una conducta activa o pasiva de una Comunidad Autónoma, lo que supone situar en tal pronunciamiento el punto de inflexión en el que el Estado, sin tener que hacerlo de forma inmediata, pueda acudir a mecanismos correctores de alcance sustitutivo de la actuación autonómica. Con anterioridad a ese momento, el comienzo de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento ha de provocar el fortalecimiento de la cooperación del Estado con la Comunidad Autónoma implicada para impedir que el recurso prospere (ya sea sentando las bases de la defensa de la actuación autonómica, ya sea favoreciendo la rectificación de ésta por la propia Comunidad Autónoma); con posterioridad, si el Estado no hubiese activado todavía los instrumentos de corrección, en la confianza de que las autoridades autonómicas corregirían por sí mismas la infracción declarada del Derecho de la Unión Europea, debe acudir a ellos cuando la persistencia en la infracción amenace con justificar la imposición de una suma a tanto alzado o multa coercitiva, con arreglo al artículo 260 del TFUE. Situado el punto de inflexión en la sentencia declarativa del incumplimiento, a ella pueden llegar a equipararse, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, la sentencia que condene a otro Estado miembro por igual conducta que la atribuida a una Comunidad Autónoma y la que aprecie la conculcación del Derecho europeo por un comportamiento autonómico en vía prejudicial».

hipótesis: (1) Incumplimiento por omisión o inactividad en la transposición, y (2) Incumplimiento por transposición contraria a la Directiva.

Ante estas hipótesis de incumplimiento normativo por parte de las Comunidades Autónomas, los medios se pueden sistematizar del siguiente modo:

(1) Medios preventivos.

– En los casos de incumplimiento por *omisión o inactividad en la transposición de la Directiva*, el Estado podrá recurrir al principio de supletoriedad del artículo 149.3 CE: esto es, dictando normas estatales de transposición que, naturalmente, no impedirán el ejercicio de la competencia autonómica, al desplegar únicamente eficacia supletoria. La previsión supletoria debería entrar en vigor, en opinión del Consejo de Estado, a la expiración del plazo de transposición de la Directiva, lo que no significa que deba posponerse la actividad legislativa o reglamentaria al momento en que termina el referido plazo, cuando se constate entonces que alguna Comunidad Autónoma no ha cumplido la tarea normativa exigida por la directiva (responsabilidad compartida).[227]

– En los casos de incumplimiento por *transposición contraria a la Directiva*, es obvio que la cláusula de supletoriedad deja de ser operativa y las eventuales soluciones propuestas por el Consejo de Estado (entre ellas, el recurso a las leyes de armonización), no son tales, por lo que la responsabilidad por incumplimiento gravita en la esfera de la Comunidad Autónoma.[228]

---

227 Véase *Informe 2010*, pp. 231-235, que en relación con la entrada en vigor de la normativa estatal supletoria afirma que, inspirándose en el Derecho italiano, «podría diferirse la entrada en vigor o la aplicación temporal de la norma estatal supletoria al momento de finalizar el plazo de transposición o complemento, en el bien entendido de que su eficacia no se extiende al ámbito de las Comunidades Autónomas que, finalizado dicho plazo, hubiesen adoptado las medidas oportunas» (p. 234). Por su parte, Fernández Farreres (2011): 54, señala que una solución de esta naturaleza «a los efectos de la responsabilidad *ad intra*, no puede determinar sin más la responsabilidad única y exclusiva de la Comunidad Autónoma o Comunidades Autónomas competentes para hacerlo. Sencillamente, por mucho que a ellas corresponda la competencia de ejecución, la inactividad del Estado a fin de prevenir el incumplimiento no le puede eximir de "culpa" en la producción del resultado final».

228 Como señala el Consejo de Estado, *Informe 2010*, p. 250, en estos casos «el mecanismo del Derecho supletorio resulta en este caso insuficiente (a menos que hayan quedado formalmente invalidadas las normas vulneradoras del Derecho de la Unión), por la propia naturaleza del Derecho supletorio, que desactiva su aplicación cuando hay una norma reguladora de la materia de que se trata». En relación con la posibilidad de recurrir a las leyes de armonización, el propio Consejo de Estado reconoce su escasa

(2) Medios reactivos.

Frente al incumplimiento normativo ya declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Consejo de Estado considera que, si resultasen ineficaces los medios de coordinación y cooperación pertinentes, en su caso, para que la propia Comunidad Autónoma incumplidora corrigiese la vulneración del ordenamiento europeo, podría justificarse una intervención estatal al amparo del artículo 149.1.3 CE, que supondría el desplazamiento de la competencia autonómica indebidamente ejercitada al ámbito competencial ejecutivo del Estado: esto es, el Estado dictaría una norma sustitutoria de la norma autonómica que se impondrá a ésta, desplazándola en virtud del principio de prevalencia del Derecho estatal.[229]

---

virtualidad, ya que, por una parte, «mientras no se ha declarado que alguna o algunas normas autonómicas de transposición vulneran el Derecho de la Unión Europea, el hecho de que el Estado considere que sí existe tal vulneración no debería servir de base a la invocación de un interés general consistente en la garantía de cumplimiento de aquel Derecho; en efecto, en tal caso, la Ley de Armonización, más que a garantizar dicho cumplimiento, se estaría dirigiendo a imponer el criterio estatal sobre el de la Comunidad Autónoma» (p. 248); y, por otra parte, cuando ya se ha producido una declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia (o, en su caso, por un órgano judicial competente), «el hecho de que se haya producido esa declaración de incumplimiento no debe descartar que la corrección se produzca, en principio, por parte de la Comunidad Autónoma competente (por lo que no debe determinar la exclusión de los mecanismos de colaboración y coordinación al efecto) que, a juicio del Consejo de Estado, sería la solución idónea desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias» (p. 249). En estos casos, coincidimos con Fernández Farreres (2011): 54, cuando afirma que «será difícil que en estos casos la responsabilidad pueda ser imputada internamente al Estado, ya que no cuenta con medio útil y adecuado para evitar el incumplimiento y, por tanto, su responsabilidad ante los órganos comunitarios. De manera que será la Comunidad Autónoma incumplidora la que deba asumir la responsabilidad por el perjuicio ocasionado».

229 Según el Consejo de Estado, *Informe 2010*, pp. 240-241, «podría justificarse una intervención estatal al amparo del artículo 149.1.3ª […] Se trataría, aquí también, de un incumplimiento (no por falta de transposición sino por transposición incorrecta), por lo que la acción del Estado se enmarcaría en la "garantía de ejecución", a fin de evitar la responsabilidad del Reino de España como sujeto de Derecho internacional», y puntualiza: «Por tanto, parece que en estos casos el artículo 149.1.3ª ampararía la aprobación por el Estado de una norma de transposición que no tuviera mero carácter supletorio –y que se impondría en virtud del principio de prevalencia–, puesto que la misma finalidad garantista que, en la situación anterior, aconsejaba limitar los efectos de la norma estatal (atribuyéndole carácter supletorio, a fin de lograr el máximo respeto del ámbito competencial autonómico), quedaría ahora desvirtuada si la norma estatal no se impusiera sobre la norma autonómica vulneradora del ordenamiento europeo. De este modo, la norma estatal no vendría a "sustituir" a las de las CC. AA. por su

Descartado el recurso a las leyes de armonización por las dudas que su utilidad suscita,[230] el Consejo de Estado también menciona como instrumento de garantía el artículo 155 CE, si bien restringiendo considerablemente su utilización, por cuanto esta «debe limitarse, como regla, a supuestos de persistencia en una situación de incumplimiento, que se mantiene incluso después de haberse dictado una sentencia del artículo 260 del TFUE».[231]

El estado de la cuestión, brevemente descrito, pone de manifiesto la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una previsión que, con carácter general, regule los mecanismos para articular la imputación de la responsabilidad por incumplimiento en la integración del Derecho europeo. No obstante, conviene subrayar que la imputación de responsabilidad por incumplimiento, por parte de la Unión Europea, se hace al «Reino de España», del que forman parte el Estado central y las Comunidades Autónomas, por lo que «aventurar una equivalencia entre responsabilidad y medios para el cumplimiento a favor del Estado central es una visión estrecha. Las Comunidades Autónomas son Estado y a ellas corresponde, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, la incorporación del Derecho europeo

---

inactividad, sino a "desplazar" su actuación al haber sido ésta formalmente declarada contraria al Derecho de la Unión Europea». Para Fernández Farreres (2011): 58, se trata de una construcción que «resulta un tanto forzada y, desde luego, muy problemática, lo que tal vez hubiera debido llevar a plantear abiertamente la necesidad de que el texto constitucional proceda a atribuir al Estado, cuando menos, una específica competencia para la "ejecución de sentencias del Tribunal de Justicia"».

230 Afirma al respecto el Consejo de Estado, *Informe 2010*, p. 317, que: «Esa técnica no resulta necesaria, como regla general, para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea mientras no ha expirado el plazo para la adopción de medidas normativas internas exigidas por aquél; y tampoco cuando, expirado el plazo, las Comunidades Autónomas competentes siguen sin adoptar tales medidas. Sin embargo, en determinados casos, las leyes de armonización pueden constituir un instrumento idóneo para el cumplimiento del Derecho de la Unión, aun en materias de competencia autonómica, por razones vinculadas a factores como la complejidad de la norma europea o por la interrelación de las materias abordadas por ella. También puede estar justificada la utilización de este instrumento armonizador, en ciertos casos, para poner fin a una situación de incumplimiento ya declarada por el Tribunal de Justicia y, más aún, en caso de que llegara a dictarse una sentencia del artículo 260 del TFUE. En todo caso, las leyes de armonización parecen estar pensadas para tener vigencia general y uniforme, lo que puede restringir su utilidad para afrontar problemas singulares de incumplimiento».

231 Véase *Informe 2010*, pp. 251-256.

y, en su caso, arrostrar con las consecuencias que puedan derivarse de la declaración de incumplimiento».[232]

En este contexto, se justifica el recurso a una medida como la prevista en la disposición final cuarta de la LLAAS: la repercusión a la Comunidad Autónoma de las consecuencias de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas tanto en la Ley como en la Directiva de Servicios, al menos como medida paliativa.[233] El Consejo de Estado, y con él también un sector de la doctrina, expresa una valoración positiva de la medida,[234] considerando que su incorporación en la LLAAS

---

232 Cit. Azpitarte Sánchez (2009): 148-149. Del mismo modo, Urrutia Libarona (2010): 220, afirma que ni la responsabilidad por incumplimiento, ni la falta de una previsión interna general que la articule «pueden servir como fundamento a una pretendida competencia general del Estado para transponer el Derecho europeo, ni se considera razón suficiente para recurrir a mecanismos extraordinarios (como la legislación de armonización o la sustitución transitoria de las competencias autonómicas) afectando al ejercicio de las competencias constitucionales, al existir otros mecanismos que podrían resultar más respetuosos con el reparto de competencias».

233 Así la califica Fernández Farreres (2011): 59.

234 Véase Dictamen 99/2009, punto V, apartado t), en el que el Consejo de Estado afirma: «Dada la inexistencia, actualmente, de un mecanismo que permita con carácter general repercutir sobre la entidad territorial incumplidora las consecuencias económicas de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado considera acertada la inclusión en el anteproyecto de una disposición como la que se analiza, especialmente necesaria en este caso concreto, dadas la ya apuntada complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios y la necesaria implicación que en él habrán de tener las distintas Administraciones Públicas, con el consiguiente incremento del riesgo de que los incumplimientos puedan provenir de diferentes instancias territoriales. También la ampliación del ámbito competencial autonómico que algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía reconocen a sus respectivas Comunidades en relación con los asuntos europeos postula afirmar y hacer efectiva, en rigurosa correlación conceptual y práctica, la responsabilidad de la Comunidad Autónoma a la que fuera imputable el incumplimiento». Igual valoración positiva merece a Urrutia Libarona (2010): 230-231, por «los beneficios que reportaría al ejercicio leal de las competencias respectivas y consiguientes responsabilidades. Con ello se posibilitaría que la responsabilidad por incumplimiento dejara de utilizarse como razón última de la intervención del Estado cuando se trata de transponer el Derecho de la Unión. Y es que, ante la falta de títulos competenciales materiales, suele argumentarse a favor de la intervención del Estado, la responsabilidad en la que éste podría incurrir frente a la Unión en caso de que las Comunidades Autónomas no adaptasen su ordenamiento al Derecho europeo». En relación con este eventual incumplimiento de las Comunidades Autónomas, no está de más recordar, como señala Azpitarte Sánchez (2009): 140, que «la intervención de las Comunidades Autónomas en la incorporación del Derecho europeo no refleja ninguna perturbación singular. Su incumplimiento es cuantitativamente inferior al del Estado

dista de ser casual, cuando afirma que «frente al tradicional protagonismo del Estado en las tareas normativas propias de la fase descendente del Derecho europeo, la acción normativa estatal no es bastante para cumplir las exigencias de la Directiva de Servicios (entre las que se incluye la supresión como regla general de los regímenes autorizatorios), al exigirse –a todos los niveles territoriales y, por consiguiente, también en el autonómico y local– la revisión del marco normativo vigente para comprobar si se ajusta a tales exigencias y modificarlo en caso negativo».[235]

En relación con la concreta formulación de la medida de repercusión prevista en la disposición final cuarta de la LLAAS, se pueden hacer las siguientes observaciones:[236]

– En primer lugar, la medida encuentra su fundamento constitucional en el artículo 93 CE en conexión con el principio general de cooperación Estado y Comunidades Autónomas, lo que permite afirmar al Tribunal Constitucional que «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» (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 8).[237]

– En segundo lugar, destaca la ausencia de reglas de distribución de responsabilidades, por cuanto la fórmula empleada –*en la parte que les sea*

central y, cualitativamente, se trata, al igual que el del Estado central, de un incumplimiento a resultas de transposiciones incompletas o erróneas, en ocasiones con causa en el propio derecho estatal, y en la mayoría de los casos en forma de acto ejecutivo, lo cual facilita una restitución mucho más veloz que la del Estado central, que a menudo requiere una modificación legislativa. En definitiva, ni el cumplimiento de las Comunidades Autónomas tiene una naturaleza patológica –simple ausencia de transposición–, ni supera cuantitativamente el incumplimiento del Estado central», autor que valora también positivamente la medida de repercusión (p. 149).

235 Véase *Informe 2010*, p. 167.

236 Véase al respecto el *Informe 2010*, pp. 165-171; Vida Fernández, José (2010b): «Cláusula de responsabilidad por incumplimiento de la Ley 17/2009», en *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, pp. 554-556.

237 En opinión de Urrutia Libarona (2010): 232, una regulación general relativa a la imputación de la responsabilidad a las Comunidades Autónomas podría articularse sobre la base jurídica del artículo 149.1.18 CE.

imputable– no concreta con arreglo a qué reglas deben distribuirse tales responsabilidades. Cuestión que es abordada en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, que desarrolla la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

– En tercer lugar, llama la atención la escasez de disposiciones procedimentales.[238] No obstante, en la actualidad esta cuestión se resuelve mediante la conexión entre la LLAAS y las previsiones de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y el desarrollo de la misma por el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, normas que permiten concluir: (1) el Consejo de Ministros será el órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar la cuantía de la compensación; (2) la resolución se adoptará previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas; (3) en su adopción se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas, se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad, y se acordará la extinción total o parcial de la deuda, y (4) se publicará en el BOE.

3.3. La transposición material y la cuestión competencial en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

La LLAAS ha llevado a cabo una incorporación parcial de la Directiva de Servicios –a la que hemos venido denominando *transposición formal*–, que exige, para alcanzar el objetivo de reformar de modo significativo el marco regulador de los servicios, proceder a un previo ejercicio de evaluación de toda la normativa existente para, a continuación, adecuarla a los principios y fines que postula la norma europea y, como es obvio, la propia LLAAS (*transposición material*).

---

238 La remisión al procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social no es suficiente, en cuanto estas previsiones no articulan un verdadero procedimiento. Procedimiento que en la actualidad se desarrolla en los artículos 7 a 18 del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LMDLA), en el ámbito de las competencias del Estado, responde al cumplimiento de esa necesidad de transposición efectiva y lo hace, como expresa el Preámbulo, con un doble objetivo:

– En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Directiva de Servicios y a su norma de transposición horizontal, la LLAAS, en virtud del mandato contenido en su disposición final quinta.

– En segundo lugar, con la finalidad de dinamizar en mayor medida el sector servicios e incrementar los niveles de competitividad, se toman como punto de partida los principios de buena regulación propuestos por la Directiva de Servicios y se extienden a otros sectores en principio no afectados por aquélla. Se adopta así «un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios», facilitando «la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados».[239]

---

239 Como señala Vida Fernández (2010a): 47, «es importante tener en cuenta este desdoblamiento de la LMDLA ya que si bien en su origen se encuentra apegada a las actividades de servicios en su redacción final es una Ley de reforma administrativa general, lo que se aprecia en la nueva regulación relativa a las comunicaciones previas y a las declaraciones responsables, o en la restricción de las excepciones a la regla del silencio positivo que se introducen respectivamente en los artículos 39 bis, 43 y 71 LRJ-PAC». Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen 779/2009, de 21 de mayo, sobre Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ap. IV, señala al respecto que «aun cuando, con carácter general, la aplicación extensiva de los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios –e incorporados a nuestro ordenamiento a través de la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio– a sectores de actividad excluidos de su ámbito de aplicación no es en sí misma objetable, sí debe reprocharse que tales modificaciones se incluyan en este anteproyecto. Y ello porque tales reformas no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella. En consecuencia, debería considerarse la posibilidad de posponer la modificación de tales normas, lo que sin duda permitiría un debate más reposado y una ponderación más sosegada de los intereses en juego». Por su parte, Rivero Ortega, Ricardo (2009b): «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus», en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, p. 351, señala que «la incorporación de reformas estructurales no directamente derivadas ni requeridas por la Directiva de Servicios al Proyecto de Ley Ómnibus se ha querido presentar como una muestra del

La primera cuestión en la que detendremos nuestra atención es la relativa a la técnica jurídica empleada por el legislador estatal: esto es, el recurso a una ley ómnibus y los problemas de seguridad jurídica que ello pudiera suscitar.[240] El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el Anteproyecto de la norma, ya expresó su reiterado rechazo a la técnica de las leyes ómnibus por «la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las "*sedes materiae*" que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos y sistemáticos».[241] Igualmente,

---

"enfoque ambicioso" adoptado por el Gobierno en el cumplimiento de la norma europea, pero no deja de ser llamativo que materias deliberadamente excluidas de la Directiva en su proceso de gestación (así las del ámbito laboral, o sobre la salud o los transportes) se reintroduzcan en clave interna».

240 En relación con el principio de seguridad jurídica, la STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4, señalaba que «la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo». Y en la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8, insiste en que «no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas».

241 Véase el Dictamen 779/2009, ap. IV, cuando afirma: «Desde esta perspectiva, no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto, habida cuenta de que "el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no solo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares" (Dictamen 4.908/97). Por ello debe reiterarse una vez más que razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras». Sin embargo, en opinión de Giménez Sánchez, Isabel (2008): «Las leyes de acompañamiento y el problema de las leyes ómnibus», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 22, p. 561, «con apoyo en la transcrita doctrina constitucional, es posible afirmar que, ciertamente, una deficiente técnica legislativa no equivale en sí misma considerada a una vulneración del principio de seguridad jurídica, pero sí puede operar como un elemento agravante cuando otros se añaden».

para un sector de la doctrina, la ley ómnibus evoca «inmediatamente la denostada herramienta conocida como "leyes de acompañamiento"», ya que cualquier parecido entre ambas técnicas «no es pura coincidencia».[242]

En relación con esta cuestión, podemos coincidir con De la Quadra-Salcedo Janini en que la LMDLA «adolece de vicios y defectos de técnica legislativa que podían haberse soslayado si la transposición de la Directiva hubiese comenzado antes, y se hubiese presentado un proyecto de Ley para cada materia», pero «no consideramos que tales vicios hayan llegado al punto en el presente caso de producir una vulneración del artículo 9.3 de la Constitución».[243]

El eje de las reformas gira, con carácter general, en torno a la eliminación o reducción de requisitos para el acceso a los servicios y la reducción de cargas administrativas. Sin pretender realizar un examen exhaustivo del contenido de la LMDLA, pues excedería el objeto del presente trabajo, resulta oportuno subrayar cuáles son los elementos más significativos:[244]

– Se introducen nuevas formas de control de la actividad más eficaces pero menos gravosas para ciudadanos y empresas. Fundamentalmente, se sustituye la figura de la autorización previa que rige el acceso en numerosas actividades –*control ex ante*– por meras comunicaciones de inicio de la actividad o declaraciones responsables por parte del prestador a la Administración –*control ex post*.

– Se eliminan requisitos y obstáculos existentes en las regulaciones que restringen innecesariamente o desproporcionadamente la puesta en marcha de actividades de servicios e impiden o retrasan el desarrollo de nuevos proyectos.

---

242 Véase Rivero Ortega (2009b): 333-334.

243 Véase Quadra-Salcedo Janini (2010): 234.

244 No obstante, podemos coincidir con Rivero Ortega (2009b): 348-349, que en relación con las reformas de carácter sectorial, resultaría conveniente «ir más allá de la mera supresión de los controles previos para fortalecer los posteriores y sus sanciones», y añade que «en el cambio de sistema de control, elevar las consecuencias punitivas de quienes se aprovechen del levantamiento de las barreras resulta tan imprescindible como reforzar las dotaciones del aparato inspector y sus capacidades mediante la introducción de medios técnicos que permitan cumplir eficazmente con sus obligaciones, incluyendo la cooperación interadministrativa», y utiliza estas consideraciones para insistir en su idea de que la *ley ómnibus* no es la vía adecuada: «La necesaria reconsideración de las potestades inspectoras y controladoras, en suma, encuentra su lugar adecuado con carácter general en la Ley de Procedimiento Administrativo, mejor que en una miríada de reformas legislativas sectoriales carentes de armonización ni homogeneidad».

– Se realizan otras modificaciones con incidencia en los trámites y procedimientos administrativos, encaminadas a la simplificación y agilización; medidas tales como: (1) Otorgar validez en todo el territorio estatal a diversas autorizaciones o habilitaciones para el ejercicio de una actividad. (2) Simplificar procedimientos administrativos, favoreciendo la tramitación telemática, suprimiendo autorizaciones provisionales y unificando trámites de apertura y funcionamiento. (3) Imponer el silencio positivo como norma general. (4) Introducir los principios de buena regulación en la concesión de autorizaciones cuando su número es limitado.

Cuadro 6. Resumen impacto LMDLA

LMDLA		**Modificaciones**
Número de Leyes que se modifican		47
Número de regímenes de autorización que se suprimen…	…completamente	16
	…se sustituyen por comunicaciones previas o declaraciones responsables	
Número de requisitos que se eliminan		28
Número de requisitos que se sustituyen por otros menos restrictivos		22
Casos de introducción de principios de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (concurrencia en concesión de autorizaciones limitadas, libre prestación, simplificación de procedimientos, silencio positivo, etc.)		23
Validez en todo el territorio nacional de la autorización o habilitación para el ejercicio de una actividad		10

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio, es el tratamiento de la cuestión competencial la que presenta un mayor interés.[245] Un examen de

245 Algunos autores consideran que los problemas competenciales no son los más relevantes en comparación con los que se derivan, como ya vimos, de la técnica jurídica empleada; así, Quadra-Salcedo Janini (2010): 232. Sin embargo, Rivero Ortega (2009b): 337, jus-

la disposición final primera de la LMDLA, relativa a los títulos competenciales, permite concluir que nos encontramos ante una norma asimétrica, por cuanto regula tanto materias que son de exclusiva competencia estatal como otras que son de competencia compartida, por lo que constituyen el marco de desarrollo normativo o de ejecución que tienen que seguir las Comunidades Autónomas en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios.

La LMDLA, además de medidas de reforma de carácter sectorial vinculadas a la eliminación o reducción de requisitos y trabas para acceder al mercado de servicios, prevé medidas de carácter horizontal –*medidas de reforma administrativa general*–, que sientan las bases para abordar una reforma sustancial de la regulación del sector servicios –*cambio de modelo de los instrumentos de control de acceso*–, y que tendrán un efecto condicionante de las modificaciones que las Comunidades Autónomas (y también las Entidades locales) realizarán, en el ejercicio de sus competencias sectoriales, muchas de ellas de carácter exclusivo.[246]

El examen del Cuadro 7 nos permite extraer algunos datos elocuentes, por su incidencia en el sistema constitucional de distribución de competencias, en relación con la utilización de los títulos competenciales invocados para atribuir carácter básico a la LLAAS, ya examinados, y que permiten reiterar las dudas sobre la idoneidad de la vía de transposición adoptada. Los títulos competenciales en cuestión sirven de fundamento a la modificación de casi el 30% las leyes, del siguiente modo:

– El título competencial *ex* artículo 149.1.18 CE sirve de único fundamento a las medidas de reforma de carácter horizontal o de reforma administrativa general (tres leyes) y a las modificaciones de tres leyes de

---

tifica la idoneidad de haber acudido a una reforma de la LRJAP y PAC, porque «podría contribuir a prevenir los considerables riesgos de controversia competencial que el Proyecto de Ley Ómnibus (y, en general, la transposición de la Directiva de Servicios) suscita».

246 Véase Vida Fernández (2010a): 47. En opinión de Rivero Ortega (2009b): 343-344, «estas reformas administrativas merecerían a mi juicio replanteamientos más amplios de la Ley de Procedimiento Administrativo. No es un secreto que en el ya extinto Ministerio para las Administraciones Públicas se barajó la posibilidad de reformar la Ley 30/92, con un alcance mucho mayor al previsto en el texto que ahora analizamos. Hubiera sido una buena ocasión para replantear globalmente el silencio administrativo, recoger un régimen general de las autorizaciones y un tratamiento sistemático y coordinado de las intervenciones previas y posteriores, sintonizando con estas reformas las potestades inspectoras y sancionadoras».

carácter sectorial (sociedades profesionales; sector de la construcción y montes), y ha sido invocado, junto con otros títulos, en el caso de otras dos leyes sectoriales (colegios profesionales y tabaquismo).

– El título competencial *ex* artículo 149.1.13 CE es el único fundamento de la intervención en tres leyes sectoriales (industria; recursos fitogenéticos y competencia en mercados de bienes y servicios), y compartido con otros títulos, en el caso de otras dos leyes (consumo e hidrocarburos).[247]

– El título competencial *ex* artículo 149.1.1 CE solamente se usa parcialmente como fundamento de la modificación de la ley sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Cuadro 7. LMDLA: Sectores afectados y títulos competenciales

Sector	**Ley estatal modificada**	**Título competencial**
Administración Pública	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local	Art. 149.1.18
	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	Art. 149.1.18
	Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos	Art. 149.1.18
Consumo	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre	Arts. 149.1.13 y 16 [Arts. 4.1 y 4.2]
		Arts. 149.1.6 y 8 [Art. 4.3]

247 En opinión de Rivero Ortega (2009b): 337, al «basar la competencia estatal sobre todo en el artículo 149.1.13, y menos en el 149.1.18, se abre la puerta a la discusión sobre los límites de las intervenciones del Estado sobre competencias autonómicas». En realidad, en el caso de la LMDLA sucede al contrario: es más intenso el uso del artículo 149.1.18 CE.

Sector	Ley estatal modificada	Título competencial
Servicios Profesionales	Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales	Arts. 149.1.18 y 30
	Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales	Art. 149.1.6
		Art. 149.1.18 [Art. 6.3]
	Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales	Art. 149.1.30
Empleo	Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales	Art. 149.1.7
	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales	Art. 149.1.7
	Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social	Art. 149.1.7
	Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.	Arts. 149.1.7 y 17
Servicios industriales y construcción	Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología	Art. 149.1.12
	Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes	Art. 149.1.9
	Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria	Art. 149.1.13
	Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada	Art. 149.1.29
	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación	Art. 149.1.30
	Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción	Art. 149.1.18

Sector	Ley estatal modificada	Título competencial
Energía	Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas	Art. 149.1.25
	Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico	Art. 149.1.25
		Art. 149.1.22 [Art.18.4]
	Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos	Arts. 149.1.13 y 25
Transporte y comunicaciones	Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea	Art. 149.1.20
	Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres	Art. 149.1.21
	Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo	Art. 149.1.21
	Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante	Art. 149.1.20
	Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario	Art. 149.1.21
	Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General	Art. 149.1.20
	Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales	Art. 149.1.21
	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.	Art. 149.1.21

Sector	Ley estatal modificada	Título competencial
Medio ambiente y agricultura	Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial	Art. 149.1.23
	Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza	Art. 149.1.23
	Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas	Art. 149.1.23
	Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias	Art. 149.1.23
	Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos	Art. 149.1.23
		Arts. 149.1.10 y 23 [salvo art. 32.2]
	Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio	Art. 149.1.22
	Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes	Art. 149.1.18
	Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales	Art. 149.1.23
	Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad	Art. 149.1.23 [salvo art. 36.3]
	Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado	Art. 149.1.19
	Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal	Art. 149.1.16
	Ley 30/2006, de 26 de julio, de Semillas y Plantas de Vivero de Recursos Fitogenéticos	Art. 149.1.13

Sector	Ley estatal modificada	Título competencial
Sanidad	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad	Art. 149.1.16
	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias	Art. 149.1.30
	Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios	Art. 149.1.16 [Arts. 47.1, 4 y 9]
		Arts. 149.1.1 y 16 [Arts. 47.2 y 3]
		Art. 149.1.17 [Art. 47.5]
		Art. 149.1.14 [Arts. 47.6, 7 y 8]
Propiedad intelectual	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril	Art. 149.1.9
Otros	Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria	Art. 149.1.14
	Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco	Arts. 149.1.16 y 18
	Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios	Art. 149.1.13

Fuente: elaboración propia.

4 · La Directiva de Servicios y su impacto en el sector del comercio: transposición material y cuestión competencial

La operación de transposición material de la Directiva de Servicios ha seguido una vía singular en el caso del sector del comercio, ya que quedó al margen del contenido de la LMDLA,[248] y se concretó en una norma específica: la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, lo que evidencia la importancia que se le atribuye a la ordenación del comercio y su problemática, con especial atención para el llamado *urbanismo comercial*.[249]

Junto a la citada Ley 1/2010, el Estado ha continuado su labor de transposición material en el sector del comercio: en una primera fase, mediante normas reglamentarias (comercio ambulante, ventas a distancia y en régimen de franquicia), y en una segunda fase, al agudizarse la crisis económica, por la vía urgente de los Decretos-leyes, arbitrando

---

248 La exclusión del comercio del contenido de la LMDLA suscitó algunas suspicacias; así, para Rivero Ortega (2009b): 349-350, no deja de resultar sorprendente que se omita de la LMDLA el comercio, que, a su juicio, «se ha convertido en la reforma central y más discutida que puede derivarse de la transposición de la Directiva de Servicios», y concluye con una sospecha: «Sacar de la estrategia general de transposición de la Directiva de Servicios al sector comercial puede ser considerado un indicio de que, precisamente en este ámbito, el enfoque es distinto. No tan ambicioso ni tan decidido de cumplir los principios de libertad de establecimiento consagrados por el Derecho comunitario. Los intereses contrapuestos son muchos y de gran alcance, como se puede observar también en el ámbito autonómico, que condiciona la aproximación del Estado».

249 La transposición de la Directiva de Servicios a la legislación comercial está siendo una de las que más problemas y polémicas ha generado, debido tanto a la trascendencia económica y social del sector, como al duro enfrentamiento de los intereses en juego, y ello no solamente en España, sino también en otros Estados de la Unión Europea. Véase entre otros los trabajos de Suelt Cock (2009): 22-39; Sánchez Sánchez (2009): 40-51; Pimenta da Costa Gonçalves, Pedro Antonio (2009): «La ejecución y transposición de la "directiva de servicios" –el caso portugués», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, pp. 52-61; Villarejo Galende, Helena (2009): «La Fierecilla Domada: La Directiva de Servicios en el Reino Unido», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, pp. 62-87; Guy, Cliff (2009): «La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos comerciales en el Reino Unido», pp. 131-143; Monnet, Jérôme (2009): «El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: Cambios antes y después de la Directiva Europea de Servicios», pp. 145-164, y Casella, Antonio (2009): «Los efectos de la Directiva de Servicios sobre la regulación del comercio en Italia», pp. 165-180, todos ellos en *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada.

un conjunto de medidas carácter liberalizador (licencia exprés, horarios comerciales, ventas de promoción, etc.), pero ligadas a los objetivos de la Directiva de Servicios.

Cuadro 8. Normas estatales de transposición de la Directiva de Servicios en el sector del comercio

A=Actuación (M=Modificación, D=Derogación).

Normativa afectada	A	Título competencial	Normativa de modificación/adaptación
Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista	M	Art. 149.1.13 [Arts. 2, 6.1, 6.2, 6.3, 38.2, 49.2, 50, 62.2, 64.j), 65.1.a), 65.1.r) y 65.1.s)]	Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
		Art. 149.1.13 y 18 [Arts. 6.4 y 54]	
		Art. 149.1.13, 14 y 18 [DA 7ª]	
		Art. 149.1.23 [DA 8ª]	
		Art. 149.1.1, 13, 14 y 18	Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.
Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista	M	Art. 149.1.13	Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales			
Real Decreto 1010/1985, de 5 de junio, por el que se regula el ejercicio de determinadas modalidades de venta fuera de establecimiento comercial permanente	D	Art. 149.1.13	Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.

Normativa afectada	A	Título competencial	Normativa de modificación/adaptación
Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de venta a distancia	M	Art. 149.1.13	Real Decreto 200/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica, entre otros, el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero
Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores	D	Art. 149.1.6 y 8 [Arts. 1, 2, 3 y 4]	Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores
		Art. 149.1.18 [Art. 7]	
		Art. 149.1.13 [resto artículos]	

Fuente: elaboración propia.

Esta normativa estatal de transposición material de la Directiva de Servicios en el sector del comercio se ha de completar, necesariamente, con la referencia a otras normas estatales que al contemplar medidas de reforma administrativa general –horizontales–, tendrán también un efecto condicionante de las modificaciones que las Comunidades Autónomas realizarán, en el ejercicio de sus competencias sectoriales en ordenación comercial.

Cuadro 9. Normas estatales de transposición de medidas horizontales con incidencia en el comercio

A=Actuación (M=Modificación, DM=Derogación Modificación).

Nueva normativa	A	Título competencial	Normativa anterior
Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.	M	Art. 149.1.18	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
		Art. 149.1.18	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
		Arts. 149.1.13 y 16 [Arts. 4.1 y 4.2]	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
		Arts. 149.1.6 y 8 [Art. 4.3]	
Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible	M	Art. 149.1.18	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
			Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo
Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.	DM	Art. 149.1.1, 13, 14 y 18	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Normas autonómicas sobre comercio

Nueva normativa	A	Título competencial	Normativa anterior
Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955	M	Art. 149.1.18	Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955

Fuente: elaboración propia.

Las Comunidades Autónomas, con mayor o menor celeridad, han procedido a la transposición o adaptación de su normativa sobre comercio a las exigencias comunitarias y estatales: en unos casos, aprobando una nueva Ley específica para el sector del comercio o reformando la ya existente (Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia y Principado de Asturias; Comunidad Valenciana); en otros casos, sirviéndose de una Ley *ómnibus* autonómica (Madrid, Murcia, Navarra o el País Vasco), o recurriendo a vías urgentes, con un contenido ómnibus, como las Leyes de acompañamiento a la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma (La Rioja e, inicialmente, Comunidad Valenciana) o el Decreto-Ley (Andalucía, Aragón, Castilla y León y Cataluña), o la singular vía de la Ley de Bases en el caso de Cataluña (salvo para los equipamientos comerciales).

Cuadro 10. Normativa en comercio de las Comunidades Autónomas

Comunidad autónoma	Vehículo de transposición de la Directiva de Servicios
Andalucía	Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior
	Ley 3/2010, de 21 de mayo, por la que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior
	Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía
Aragón	Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas Leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
Baleares	Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
	Decreto-ley 11/2012, de 19 de octubre, por el que se modifica la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears
Canarias	Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la Licencia Comercial
	Ley 8/2011, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1994, de 25 de abril
	Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la licencia comercial

Comunidad autónoma	**Vehículo de transposición de la Directiva de Servicios**
Cantabria	Ley 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior
Castilla y León	Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León
Castilla-La mancha	Ley 2/2010, de 13 de mayo, de comercio de Castilla-La Mancha
Cataluña	Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales
	Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
Extremadura	Ley 7/2010, de 19 de julio, de modificación de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura
Galicia	Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior de Galicia (modificada parcialmente por la disposición adicional 5ª de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, de protección general de las personas consumidoras y usuarias)
Madrid	Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña
	Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid
Murcia	Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
Navarra	Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior

Comunidad autónoma	Vehículo de transposición de la Directiva de Servicios
País Vasco	Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior
Principado de Asturias	Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior
	Decreto asturiano 119/2010, de 15 de septiembre, por el que se aprueba definitivamente la Revisión de las Directrices Sectoriales de Equipamiento Comercial
La Rioja	Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010
Comunidad Valenciana	Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana
	Ley 3/2011, de 23 de marzo, de comercio de la Comunitat Valenciana
	Ley 6/2012, de 24 de octubre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Comercial y la Eliminación de Cargas Administrativas

Fuente: elaboración propia.

Las Comunidades Autónomas han dictado las normas de comercio al amparo de sus competencias exclusivas, ejercitadas «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado».[250] Formulación que sufre un cambio sustancial en los Estatutos de Autonomía de segunda generación. Así, el Estatuto de Autonomía de

250 Según el Consejo de Estado, Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, punto 4, apartado B, cuando señala que «la afirmación que realizan los Estatutos de Autonomía de la competencia de comercio interior como competencia exclusivamente autonómica ha de comprenderse dentro del respeto al resto de los títulos que al Estado reserva el artículo 149 CE, que suponen unos límites dentro de los cuales deben interpretarse aquellas cláusulas estatutarias, haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional. La competencia autonómica en materia de comercio cuyo alcance fue fijado (en materia de licencias comerciales y planificación del equipamiento comercial) y avalado por el

Andalucía de 2007, recoge en el artículo 58.1.1 que la Comunidad asume la competencia exclusiva en:

> La ordenación administrativa de la actividad comercial, incluidos las ferias y mercados interiores; la regulación de los calendarios y horarios comerciales, respetando en su ejercicio el principio constitucional de unidad de mercado y la ordenación general de la economía; el desarrollo de las condiciones y la especificación de los requisitos administrativos necesarios para ejercer la actividad comercial; la regulación administrativa de todas las modalidades de venta y formas de prestación de la actividad comercial; la clasificación y la planificación territorial de los equipamientos comerciales, incluido el establecimiento y la autorización de grandes superficies comerciales; el establecimiento y la ejecución de las normas y los estándares de calidad relacionados con la actividad comercial; la adopción de medidas de policía administrativa con relación a la disciplina de mercado, y la ordenación administrativa del comercio interior, por cualquier medio, incluido el electrónico, sin perjuicio en este último caso de lo previsto en la legislación del Estado.[251]

Por su parte, la disposición final primera de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, recurre de forma casi exclusiva al título competencial *ex* artículo 149.1.13 CE para atribuir carácter de básico a la regulación que transpone la Direc-

---

Tribunal Constitucional en las SSTC 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de julio; 228/1993, de 9 de julio y 264/1993, de 22 de julio, entre otras».

251 Competencia exclusiva que, según el artículo 42.2.1 del Estatuto, comprende «la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio». En términos similares, véanse los artículos 110 y 121 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. El reformado Estatuto de Autonomía de Castilla y León se mantiene, en cambio, más apegado a las fórmulas estatutarias tradicionales, si bien con un mayor detalle en el alcance de la competencia autonómica; así, el artículo 70.1.20 atribuye a la Comunidad competencia exclusiva en «20. Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Regulación y autorización de grandes superficies comerciales, en el marco de la unidad de mercado. Calendarios y horarios comerciales, en el marco de la normativa estatal. Ferias y mercados interiores. Establecimiento de bolsas de valores y establecimiento y regulación de centros de contratación de mercancías, conforme a la legislación mercantil». Véase, en relación con las previsiones establecidas en los nuevos Estatutos de Autonomía, Villarejo Galende, Helena (2008b): *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Editorial Comares, Granada, pp. 255-269.

tiva de Servicios.[252] No es nuestra intención examinar el contenido de la reforma,[253] ni reiterar el análisis del título competencial *ex* artículo 149.1.13 CE acometido en páginas anteriores; sin embargo, es preciso hacer algunas consideraciones de su utilización en el caso del comercio y, más en concreto, para amparar la regulación que incide de forma sustancial en una de las cuestiones más problemáticas: el llamado urbanismo comercial u ordenación espacial del equipamiento comercial; esto es, la definición de establecimiento comercial (artículo 2), y el régimen de instalación de los establecimientos comerciales (artículo 6).

El Consejo de Estado, en su dictamen sobre la norma, considera que la solución adoptada por el legislador estatal es correcta, en cuanto se ajusta a la jurisprudencia constitucional.[254] En este sentido, es preciso hacernos eco de la capital Sentencia 124/2003, de 19 de junio, en la que el Tribunal Constitucional se pronunció la posibilidad de que el Estado establezca normas de carácter básico, *ex* artículo 149.1.13 CE, sobre los establecimientos comerciales. Según el Alto Tribunal, la finalidad de la regulación prevista en los artículos 6.1, 6.2 y 7 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista «no es regular la instalación de los grandes establecimientos […] sino adoptar una norma básica de ordenación económica respecto del sistema de distribución, en concreto del subsistema de los grandes establecimientos,

---

252 Junto al artículo 149.1.13 CE se cita, de forma conjunta, en algunos casos el artículo 149.1.18, y en dos supuestos los artículos 149.1.14 (mecanismo de repercusión de la responsabilidad por incumplimiento) y 23 (proyectos que deben someterse a evaluación de impacto ambiental).

253 Un análisis del contenido de la reforma puede verse en Pérez Fernández (2011): 297-331; y Pérez Fernández, José Manuel (2012): «La Directiva de Servicios y su impacto en la ordenación del gran equipamiento comercial», en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 323-366.

254 Solución que el Consejo de Estado, en su Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, punto 4, apartados B y C, considera suficiente y ajustada a la jurisprudencia constitucional, por cuanto la regulación de la Ley 1/2010 «responde a la finalidad de fijar "líneas directrices y criterios globales de ordenación", consistentes en la liberalización del acceso a las actividades de prestación de servicios –en este caso, en lo que hace al comercio minorista–; además, se trata de medidas que están dotadas de "incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general"». En el mismo sentido opuesto, véase Vida Fernández (2010a): 139, que considera que en materia de distribución comercial la invocación del citado título competencial se ha realizado de «forma precisa y contenida, diferenciando su alcance en cada artículo».

fijando unos criterios globales de ordenación de este sector que poseen una clara incidencia sobre la actividad económica general: la sujeción de la apertura de tales establecimientos a licencia comercial específica, y su otorgamiento por la Administración autonómica mediante la ponderación de la existencia de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo, y los efectos que éste puede ejercer en la estructura comercial» (FJ 3). Además, repasa su propia doctrina respecto a la competencia estatal en materia de «*ordenación general de la economía*», que puede abarcar «"tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector (SSTC 95/1986, 213/1994, etc.)" (STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5). Y ello a condición de que el referido título competencial no alcance a "incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1988 y 133/1997), pues, de no ser así, 'se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico' (STC 112/1995)" (STC 21/1999, FJ 5), sin que de la invocación del interés general que representa el Estado pueda resultar otra cosa por cuanto, según hemos dicho, el mismo se ha de materializar a través del orden competencial establecido, excluyéndose así la extensión de los ámbitos competenciales en atención a consideraciones meramente finalísticas (SSTC 75/1989, de 24 de abril; 13/1992, de 6 de febrero)».

Sin embargo, la transposición realizada de forma específica para el sector comercial por la Ley 1/2001, merece nuestra crítica por recurrir el Estado, una vez más, al título competencial del artículo 149.1.13ª para incidir en materias que, como la ordenación espacial del equipamiento comercial o urbanismo comercial, son a nuestro entender de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Además, no deja de sorprender que el Estado invoque un título competencial ligado estrechamente a la ordenación o planificación económica, cuando precisamente la Directiva de Servicios veta, en aras a la consecución de sus fines, las consideraciones de naturaleza económica.[255]

255 Véase Tornos Mas, Joaquín (2009): «La licencia comercial específica y el régimen de las autorizaciones en la Directiva de Servicios», en *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada. p. 46.

Sin perjuicio de la competencia en comercio interior (relevante en el caso de disponer un mecanismo de control a través de una autorización administrativa o licencia comercial específica que respete la normativa básica estatal), consideramos que las Comunidades Autónomas podrán recurrir a sus competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo (artículo 148.1.3 CE) y en materia de tutela del medio ambiente (artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE) para establecer un régimen específico de ordenación espacial del gran equipamiento comercial siempre que se justifique en una razón imperiosa de interés general: esto es, en criterios territoriales, urbanísticos o medioambientales y no en criterios de naturaleza económica o estrictamente de política comercial.[256]

5 · Conclusiones

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, tiene como finalidad esencial favorecer la consecución de un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea, a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que limitan actualmente el ejercicio de las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios, consagradas en los artículos 49 y 56 del TFUE.

La Directiva de Servicios se define, sustancialmente, por: (1) cuestionar toda regulación jurídico-pública que someta el acceso al mercado de las actividades de servicio o su ejercicio a controles previos propios de la policía administrativa; (2) perseguir una reducción real y efectiva de las cargas administrativas, y (3) otorgar mayor seguridad jurídica a aquellos que desean prestar un servicio, a través de un establecimiento permanente (libertad de establecimiento) o sin recurrir a dicho establecimiento (libertad de prestación de servicios).

Desde la perspectiva del derecho interno, la Directiva de Servicios representa cualitativa (implantación generalizada de controles *ex post*, re-

256 Esta tesis, ya defendida por mí en el año 1998, adquiere mayor vigencia en la actualidad, dadas las exigencias derivadas de la Directiva europea y los excesos cometidos por el legislador autonómico en estos últimos años. Véase Pérez Fernández, José Manuel (1998): *Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa*, Marcial Pons, Madrid, pp. 123-127; Villarejo Galende (2008b): 270-281.

forzamiento de la regla del silencio administrativo positivo, simplificación administrativa…) y cuantitativamente (turismo, comercio, servicios profesionales…), un cambio sustancial –un cambio de paradigma– en el modo en que el ordenamiento jurídico ha de abordar la ordenación de la práctica totalidad de las actividades de servicios, con implicaciones para el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales.

En España se ha optado por un modelo de transposición en dos fases: una primera fase, en la que se ha procedido a la adopción de una Ley de carácter horizontal, abierta y flexible: la LLAAS, que reproduce íntegramente, de forma casi literal, las disposiciones de la Directiva de Servicios, sin ningún desarrollo normativo o, lo que es lo mismo, sin realizar una efectiva adaptación material del ordenamiento interno (*transposición formal*). Y una segunda fase de identificación, evaluación y, en su caso, derogación o modificación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los ámbitos sectoriales implicados, que han de llevar a cabo el Estado y las Comunidades Autónomas y, en el nivel reglamentario, los Entes locales (*transposición material*).

El carácter horizontal de la Directiva de Servicios y de su norma de transposición, la LLAAS, impacta transversalmente sobre múltiples sectores económicos y, con ellos, sobre diferentes ramas del ordenamiento jurídico y materias que, unas veces, son competencia del Estado y, otras, de las Comunidades Autónomas y, en la mayoría de los casos, compartidas (sin olvidar el poder normativo de las entidades locales). La complejidad que se deriva del carácter trasversal de la norma unida al desarrollo mismo del proceso de transposición en dos fases, presidido por la obsesión de cumplir (al menos en un plano formal) el plazo de transposición y los problemas inherentes a nuestra organización territorial, no están contribuyendo a que se pueda formular una valoración global positiva. En este sentido, la falta de uniformidad conceptual, las diferencias interpretativas sobre el alcance de conceptos esenciales, las divergencias en la evaluación del alcance de las razones imperiosas de interés general o de la proporcionalidad, o la configuración confusa de los mecanismos de control, en especial los controles *ex post*, son algunas muestras de estos desajustes. No obstante, conviene subrayar que la complejidad del proceso, aun siendo cierta, no constituye ningún título competencial y, en todo caso, la exigencia que se derivaría de aquélla sería la búsqueda de técnicas de colaboración y cooperación con las Comunidades Autónomas (y también con las Entidades locales).

En relación el fundamento competencial de la norma interna de transposición formal, la LLAAS, en cuanto pretende una regulación de las condiciones de acceso y ejercicio de las actividades de servicios de un modo global, y no por razón de la actividad material de que se trate, transita por un camino nuevo en el ámbito de la intervención pública sobre las actividades privadas. Un camino en el que, conviene recordar, no existe un título competencial específico sobre la actividad de servicios, lo que no ha impedido al legislador estatal convertir el contenido de la Directiva de Servicios en legislación básica, con apoyo en los artículos 149.1.1, 13 y 18 CE.

El artículo 149.1.1 CE no es un título competencial que justifique de forma individual atribuir carácter básico a la LLAAS. No obstante, seguiríamos teniendo un problema si el mismo se utiliza para amparar, como refuerzo de otros títulos (en especial, *ex* artículo 149.1.13 CE), la regulación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de libertad de empresa en el ámbito de los servicios. El problema no derivaría de un error de inicio en la tesis construida por el Tribunal Constitucional sobre el significado y alcance de las condiciones básicas, sino en su aplicación por el propio Tribunal. Una aplicación excesivamente laxa por parte del Tribunal (y existen abundantes ejemplos de ello) puede contribuir a que el legislador estatal (como ya ha sucedido) haga un uso sin excesivos límites del título competencial *ex* artículo 149.1.1 CE, incrementando por esta vía su techo competencial con regulaciones que descienden al detalle e inciden no ya en las condiciones básicas del derecho de libertad de empresa (en este caso, las relativas a la libertad de acceso al mercado de servicios), sino en un sector material concreto (como, por ejemplo, el del comercio).

El artículo 149.1.13 CE, objeto de una interpretación amplia y flexible por parte de la jurisprudencia constitucional, se ha admitido como el único que fundamentaría el carácter básico de la LLAAS dada la coincidencia sustancial de contenidos entre la norma (Directiva de Servicios y LLAAS) y el propio título competencial. Sin embargo, en nuestra opinión, es preciso diferenciar entre el *fin* de la norma –eliminación de las barreras legales y administrativas en el acceso al mercado de servicios–, y los medios que arbitra para alcanzarlos. En este sentido, analizando el contenido sustancialmente idéntico de la Directiva de Servicios y la LLAAS, se comprueba que aquél no atiende tanto establecer medidas concretas de ordenación de un sector económico –sector servicios– como a fijar los *instrumentos y técnicas administrativas de control de acceso al mercado de servicios*. Desde esta perspectiva, el recurso al título competencial del 149.1.13 CE

podría resultar excesivo y no totalmente adecuado, por lo que la vía más idónea hubiese sido quizás operar a través de una reforma de mayor calado del procedimiento administrativo común, más acorde con el perseguido enfoque horizontal y con la sensibilidad del hecho autonómico.

Finalmente, el artículo 149.1.18 CE, si bien no resulta cuestionable como título competencial que ampare la intervención estatal, el problema es derivar del mismo el carácter básico de la totalidad de los preceptos de la LLAAS.

En cuanto a la supuesta eficacia derogatoria de la LLAAS, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional no se sustenta dicha capacidad derogatoria respecto de las normas legales dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sectoriales. Las normas autonómicas vigentes que colisionen con la nueva normativa básica estatal devienen en inconstitucionales, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en exclusiva, la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida.

La integración del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico interno español exige diferenciar entre dos aspectos: la responsabilidad de *incorporar* el Derecho de la Unión, ante la cual la Directiva de Servicios mantiene una actitud de neutralidad respecto del orden interno de distribución de competencias, y la responsabilidad por *incumplimiento* del deber de incorporación, tanto en los casos de ausencia total de transposición como en aquellos otros de transposición incorrecta del Derecho comunitario, responsabilidad que incumbe el Estado miembro. En este sentido y de modo especial, el Consejo de Estado ha expresado la necesidad de introducir un mecanismo que traslade los efectos de las sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los sujetos efectivamente responsables del incumplimiento.

Consideramos que la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un mecanismo o mecanismos de esta naturaleza encuentra también su justificación desde la defensa del respeto de las reglas constitucionales que rigen la distribución de competencias en los procesos de incorporación del Derecho europeo al orden interno: esto es, la imputación de responsabilidades ha de funcionar de acorde con el criterio del reparto competencial. En este sentido, la repercusión a la Comunidad Autónoma de las consecuencias de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas tanto en la Ley como en la Directiva de Servicios nos parece una solución adecuada. En todo caso, conviene subrayar que la responsabilidad por incumplimiento no puede servir como fundamento a una pretendida

competencia general del Estado para transponer el Derecho europeo, ni para recurrir a mecanismos extraordinarios que incidan negativamente en el ejercicio de las competencias constitucionales.

En el análisis de los ejemplos de transposición material, la LMDLA y la Ley 1/2010, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, se comprueban la veracidad de las objeciones formuladas en relación con la LLAAS: en primer lugar, en la mayor parte de los casos, además de medidas de reforma de carácter sectorial vinculadas a la eliminación o reducción de requisitos y trabas para acceder al mercado de servicios, lo que arbitran son medidas de carácter horizontal –*medidas de reforma administrativa general*–, que sientan las bases para abordar una reforma sustancial de la regulación del sector servicios –*cambio de modelo de los instrumentos de control de acceso*–, y que tendrán un efecto condicionante de las modificaciones que las Comunidades Autónomas (y también las Entidades locales) realizarán, en el ejercicio de sus competencias sectoriales. En segundo lugar, el artículo 149.1.18 CE es el título competencial que sirve mayoritariamente de fundamento a la intervención del legislador estatal, seguido del artículo 149.1.13 CE. Este último es el que prevalece en al ámbito del comercio, pese a tratarse de medidas de idéntica naturaleza horizontal, uso que se ha incrementado en las últimas reformas llevadas a cabo por la vía del Decreto-ley y que manifiesta la amplitud casi ilimitada que está alcanzando el artículo 149.1.13 CE como vía para recentralizar las competencias en materia económica.

6 · Bibliografía

Aguado i Cudolà, Vicenç, y Noguera de la Muela, Belén (2012): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona.

Aja Fernández, Eliseo (1992): «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Alguacil González-Aurioles, Jorge (2004): *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Azpitarte Sánchez, Miguel (2009): «El estado autonómico "unitario" y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9.

Baño León, José María (1988): *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid.

Berberoff Ayuda, Dimitry (2010): «La Directiva 2006/123/CE y su contexto», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico XII.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Carrascosa González, Javier (2000): «Mercado único europeo y libertades comunitarias», en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Blanco-Morales Limones, Pilar (eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid.

Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel (2007): «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1 CE», en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Carrasco Durán, Manuel (2005): «La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)», *Revista de Derecho Político*, núm. 62.

Casella, Antonio (2009): «Los efectos de la Directiva de Servicios sobre la regulación del comercio en Italia», en *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada.

Cidoncha Martín, Antonio (2010): «El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid.

Entrena Ruiz, Daniel (2009): «La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.

Estella de Noriega, Antonio (2009): «El principio del "país de origen" en la propuesta de Directiva Bolkestein», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.

Esteve Garcia, Francina (2011): «Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

Fernández Farreres, Germán (2011): «La repercusión sobre las Comunidades Autónomas de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 15.

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2009): «La larga marcha por la libertad de empresa», en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios: Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid.

Fernández Torres, Juan Ramón (2011): «La apertura de grandes establecimientos comerciales no puede quedar sujeta a consideraciones económicas (comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2011, Comisión c. España, as. C-400/08)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 23.

Font i Llovet, Tomàs (2011): «La incidencia de la Directiva de Servicios en los Entes locales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

Fortes Martín, Antonio (2009): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.

Fuertes López, Mercedes (2011): «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (2009): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid.

Giménez Sánchez, Isabel (2008): «Las leyes de acompañamiento y el problema de las leyes ómnibus», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 22.

Guy, Cliff (2009): «La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos comerciales en el Reino Unido», en *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada.

Jiménez Asensio, Rafael (2010): «El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el derecho local», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías XII.

Laguna de Paz, José Carlos (2009): «Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6.

Lasagabaster Herrarte, Iñaki (2007a): «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 4.
— (2007b): *Fuentes del Derecho*, Lete/IVAP, Bilbao.
Linde Paniagua, Enrique (2008a): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los Servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.
— (2008b): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.
López Guerra, Luis María (1992): «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el art. 149.1.1 CE», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.
López de los Mozos Díaz-Madroñero, Alicia E. (2010): *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Cuadernos del Congreso de los Diputados 5, Madrid.
Martín Martínez, Magdalena María (2008a): «Construyendo la Europa social: claroscuros de la Directiva Bolkestein», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15.
— (2008b): «En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.
Martín y Pérez de Nanclares, José (2000): «El derecho de establecimiento», en López Escudero, Manuel, y Martín y Pérez de Nanclares, José, *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, Madrid.
Monnet, Jérôme (2009): «El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: Cambios antes y después de la Directiva Europea de Servicios», en *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada.
Montero Pascual, Juan José (2008): «La libre prestación de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.
Muñoz Machado, Santiago (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II. El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid.
— (2009): «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 21.

Nevado-Batalla, Pedro (2009): «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.

Nogueira López, Alba (dir.) (2012): *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos,* Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Ordóñez Solís, David (2010): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9.

Otto Pardo, Ignacio de (2010): «Estudios sobre Derecho Estatal y Autonómico», en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo.

Palomar Olmeda, Alberto (2010): «Simplificación administrativa», en *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.

Parejo Alfonso, Luciano (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6.

Paricio Rallo, Eduard (2010): «La aplicación material de la Directiva de servicios», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 23.

París i Domènech, Neus; Corretja i Torrens, Mercè (2010): «Aproximació al procés de transposició de la Directiva de Serveis: incidència en el sistema de distribució de competències dissenyat per la CE i l'EAC», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 10.

Pellicer Zamora, Rafael (2001): «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea», en Illescas Ortiz, Rafael y Moreiro González, Carlos Javier (dirs.), *Derecho Comunitario Económico (Volumen I). Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid.

Pemán Gavín, Juan (1992): *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Prensas Universitarias, Madrid.

Pérez Andrés, Antonio Alfonso (1998): «La Ordenación del Territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», *Revista de Administración Pública*, núm. 147.

Pérez Fernández, José Manuel (1998): *Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa*, Marcial Pons, Madrid.

— (2011): «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de Servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.
— (2012): «La Directiva de Servicios y su impacto en la ordenación del gran equipamiento comercial», en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos,* Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).
Pimenta da Costa Gonçalves, Pedro Antonio (2009): «La ejecución y transposición de la "directiva de servicios" –el caso portugués», *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario 122.
Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás de la (dir.) (2009): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.
— (2010): *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.
— (2009a): «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.
— (2009b): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7.
Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la (2007): «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22.
— (2010): «Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid.
— (2011): «Mercado interior y Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.
Rivero Ortega, Ricardo (dir.) (2009): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.
Rivero Ortega, Ricardo (2009a): «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34.

— (2009b): «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus», en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid.

— (2011): «Simplificación administrativa y administración electrónica objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

Rivero Ysern, Enrique (2009): «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.

Salvador Armendáriz, María Amparo (2009): «La Directiva de Servicios y su transposición: ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.

Salvador Armendáriz, María Amparo, y Villarejo Galende, Helena (2007): «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44.

Sánchez Morón, Miguel (2010): *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

Sánchez Sánchez, Zulima (2009): «La transposición de la Directiva en Francia», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2009): *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2ª ed., Iustel, Madrid.

Sierra, Susana de la (2010): «El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: Una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías XII.

Solozábal Echavarría, Juan José (1998): *Bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw Hill, Madrid.

Suelt Cock, Vanessa (2009): «La implementación de la Directiva de Servicios en Alemania», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122.

Synnott, Brian (2008): «Los servicios sociales en la Directiva Bolkestein», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.

Tornos Mas, Joaquín (1991): «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33.

— (2009): «La licencia comercial específica y el régimen de las autorizaciones en la Directiva de Servicios», en *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada.

Urrutia Libarona, Iñigo (2010): *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Oñati.

— (2012): «Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios», en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Vicente Blanco, Dámaso-Javier, y Rivero Ortega, Ricardo (dir.) (2010): *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid.

Vicente Blanco, Dámaso-Javier (2010): «La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid.

Vida Fernández, José (2009): «Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.

— (2010a): «Cuestiones generales sobre la incorporación de la Ley 17/2009 al ordenamiento jurídico: significado, ámbito de aplicación y encaje competencial», en *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.

— (2010b): «Cláusula de responsabilidad por incumplimiento de la Ley 17/2009», en *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.

Villarejo Galende, Helena (dir.) (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada.

VILLAREJO GELENDE, Helena (2008a): «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.
— (2008b): *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Editorial Comares, Granada.
— (2009a): «La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.
— (2009b): «La fierecilla domada: la Directiva de Servicios en el Reino Unido», *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario 122.
ZAPATERO MIGUEL, Pablo (2009): «El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.

Capítulo VIII

LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO: DIAGNÓSTICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Xabier Arzoz Santisteban

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. La práctica de la transposición de directivas en el Estado autonómico: entre el protagonismo estatal y la invisibilidad autonómica. 1.1. El protagonismo estatal: instrumentos, razones y problemas. 1.1.1. Los instrumentos del protagonismo estatal. 1.1.2. Las razones del protagonismo estatal. 1.1.3. Algunos problemas derivados del protagonismo estatal. 1.2. La invisibilidad de la transposición autonómica: problemas de definición, de ausencia de comunicación a la Comisión y de técnica normativa. 2. Soluciones y propuestas. 2.1. Taking powers seriously: la distribución de competencias en serio. 2.1.1. ¿Una nueva garantía externa de la distribución constitucional de competencias? 2.1.2. La garantía interna de la distribución competencial: el nuevo bloque de constitucionalidad. 2.2. La articulación competencial en la transposición de directivas. 2.2.1. Directivas que requieren la adopción interna de normas sustantivas. 2.2.2. Directivas que pueden requerir la adopción estatal de normas de articulación, de medidas de aseguramiento o de medidas de carácter supraterritorial. 2.2.3. La responsabilidad autonómica en la situación triangular directivas-bases-legislación de desarrollo. 2.3. La articulación procedimental del respeto de la distribución de competencias. 2.3.1. La inexistencia de pautas claras de actuación para los órganos centrales del Estado. 2.3.2. La «visibilización» de la transposición autonómica. 2.4. La colaboración Estado-CCAA para la ejecución del Derecho de la Unión Europea. 2.4.1. Mecanismos actuales. 2.4.2. El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (2008). 2.4.3. Propuestas de mejora. 3. Bibliografía.

1 · La práctica de la transposición de directivas en el Estado autonómico: entre el protagonismo estatal y la invisibilidad autonómica

1.1 · El protagonismo estatal: instrumentos, razones y problemas

1.1.1 · Los instrumentos del protagonismo estatal

Lo expuesto a lo largo del presente estudio permite corroborar lo que investigaciones anteriores venían señalando: en el proceso de integración europea, con relación a la incorporación al ordenamiento interno de las directivas, se ha producido *de facto* un importante desplazamiento competencial a favor del Estado. El Estado lleva a cabo la transposición de las directivas asumiendo competencias normativas sobre materias que, en principio, según el bloque de constitucionalidad, corresponden a las Comunidades Autónomas.

Esta situación viene siendo descrita por la doctrina jurídica desde hace ya dos décadas, prácticamente desde la adhesión del Estado español a las Comunidades Europeas.[1] La misma conclusión extrae un reciente estudio

---

1 Vid., entre otros, Varela Suanzes-Carpegna, Daniel (1989): «La conflictividad constitucional en la aplicación estatal y autonómica del derecho comunitario europeo», *Integració Europea*, núm. 2, hivern 88/89, pp. 57-90; Tornos i Mas, Joaquim (1991a): «Algunos problemas competenciales en la ejecución interna de directivas comunitarias», *Autonomies*, núm. 13, p. 43. Vid. también en el mismo sentido: Jiménez Asensio, Rafael (2001): *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons/IEA/IVAP, Madrid, pp. 273-281; Bustos Gisbert, Rafael (2005): «La transposición del Derecho comunitario por el Gobierno», en P. Lucas Murillo de la Cueva (coord.), *Gobierno y Constitución – Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* Tirant lo blanch, Valencia, especialmente pp. 387-394; Montilla Martos, José Antonio (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, p. 159; Albertí Rovira, Enoch (2006): «El desarrollo y la ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», en *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 79-103; Carmona Contreras, Ana M. (2006): «Las comunidades autónomas», en P. Cruz Villalón (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución Española*, Fundación BBVA, Bilbao, p. 204; Ordóñez Solís, David (2010b): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núms. 8-9, p. 14; y Bairati, Lorenzo (2013): *La intervención de las Comunidades Autónomas y de las regiones italianas en la transposición de las directivas europeas. El caso de la certificación energética de los edificios*, IDP-IEA-Aranzadi, Cizur Menor, p. 102.

politológico sobre la europeización de la agenda legislativa estatal y autonómica en el periodo 1986-2007: «a pesar del proceso de descentralización política, es el Estado, más que las CCAA, el que lidera la implementación de la normativa comunitaria, incluso en sectores muy descentralizados. El porcentaje de legislación europeizada se ha incrementado también en las CCAA pero la agenda legislativa autonómica está mucho menos europeizada que la del Estado».[2]

La situación ha sido incluso reconocida en los últimos años por el supremo órgano consultivo del Gobierno, el Consejo de Estado (art. 107 CE). Así, en el Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de diciembre de 2008, el Consejo de Estado señaló que «[e]n la práctica, la labor de transposición es asumida generalmente por el Estado» y que «*de facto*, es el Estado el que con carácter general asume sin más la labor de transposición y la participación autonómica se verifica en la tramitación de las concretas normas que la llevan a cabo, ya sea en el marco de la audiencia pública ya sea mediante la integración de los representantes autonómicos en el correspondiente órgano de coordinación»; e, incluso, se mostró partidario del «mantenimiento de la práctica y usos en cuya virtud el Estado desempeña un papel primario en la labor de transposición».[3]

Los capítulos V, VI y VII del presente estudio muestran en detalle los instrumentos que el Estado emplea para fundamentar su competencia de transposición de las directivas adoptadas en el ámbito del medio ambiente y el comercio o que inciden en la regulación económica: principalmente,

---

2 Palau, Anna M. (2013): «La europeización de la agenda estatal y autonómica (1986-2007)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, pp. 69-102, especialmente p. 72. El estudio analiza todas las leyes aprobadas en los parlamentos de Cataluña (413), Galicia (240), País Vasco (221) y Andalucía (212). El resultado más sorprendente de dicho estudio, al menos desde una perspectiva jurídica, es la conclusión de que la europeización de la agenda ha aumentado en todas las CCAA analizadas en el periodo considerado, en algunas muy notablemente teniendo en cuenta el punto de partida: en el País Vasco ha aumentado del 1% al 12%, en Andalucía del 3% al 15%, en Galicia del 5 al 21%, aunque en Cataluña solo del 2% al 3%. Recordemos que, según dicho estudio, el porcentaje de europeización de la agenda legislativa estatal es del 35%.

3 Consejo de Estado (2008): *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, pp. 113, 118, 120. Vid. al respecto el estudio crítico de Azpitarte Sánchez, Miguel (2009). «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, pp. 129-164.

los amplios títulos competenciales estatales en materia económica y la ampliación de la competencia funcional sobre legislación y sobre bases, por ejemplo, en materia de medio ambiente. Así, en el capítulo V destaca Tomás de la Quadra-Salcedo Janini que el Estado acumula títulos de intervención que, al amparo de la jurisprudencia constitucional, le permiten una amplia participación tanto en materias de competencia compartida como en materias de competencia autonómica exclusiva, no solo en la transposición o desarrollo normativo del Derecho de la Unión, sino también en su ejecución. En este apartado no pretendemos dar cuenta de nuevo de dichos instrumentos. Bastará algunos ejemplos para ilustrar nuestros principales hallazgos.

El *case study* sobre la transposición de la denominada «Directiva de Servicios» (Directiva 2006/123/CE), abordado exhaustivamente en el capítulo VII por José Manuel Pérez Fernández, puede servir de ejemplo paradigmático para sintetizar en este lugar algunas de las características y de las consecuencias de la práctica estatal en este ámbito. La Directiva de Servicios ha sido incorporada al ordenamiento interno en dos fases. Una primera fase, en la que se ha procedido a la adopción de una Ley de carácter horizontal, abierta y flexible: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, LLAAS), la conocida como «Ley paraguas», que reproduce íntegramente, de forma casi literal, las disposiciones de la Directiva de Servicios, sin ningún desarrollo normativo o, lo que es lo mismo, sin realizar una efectiva adaptación material del ordenamiento interno (*transposición formal*). Y una segunda fase de identificación, evaluación y, en su caso, derogación o modificación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los ámbitos sectoriales implicados, que han de llevar a cabo el Estado y las Comunidades Autónomas y, en el nivel reglamentario, los Entes locales (*transposición material*). Como pone de relieve en sus conclusiones el autor del citado capítulo, en cuanto al fundamento competencial de la norma interna de transposición formal de la Directiva de Servicios, la LLAAS «transita por un camino nuevo en el ámbito de la intervención pública sobre las actividades privadas. Un camino en el que, conviene recordar, no existe un título competencial específico sobre la actividad de servicios, lo que no ha impedido al legislador estatal convertir el contenido de la Directiva de Servicios en legislación básica, con apoyo en los artículos 149.1.1, 13 y 18 CE». En concreto, el autor pone en cuestión la invocación del art. 149.1.1 y 13 CE, pues, a la vista del contenido sustancialmente idéntico de la Directiva de servicios y la llamada «Ley

paraguas», se comprueba que la norma estatal no pretende establecer tanto medidas concretas de ordenación de un sector económico –el sector servicios– como fijar los instrumentos y técnicas administrativas de control de acceso al mercado de servicios, y por ello considera que el recurso al título competencial del art. 149.1.13 CE podría resultar excesivo y no totalmente adecuado y que la vía más idónea hubiese sido quizá una reforma de calado del procedimiento administrativo común, más acorde con el perseguido enfoque horizontal de la Directiva de Servicios y con el hecho autonómico.

Por otra parte, en materia ambiental, la práctica estatal se puede sintetizar a grandes rasgos de la siguiente forma: las directivas europeas en materia ambiental, que conforme a los Tratados se fundamentan en el título competencial de la Unión relativo al medio ambiente, son incorporadas por el Estado a menudo sobre la base de un doble título competencial, medio ambiente (art. 149.1.23 CE) y ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE). A título de ejemplo cabe mencionar la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que transpone la Directiva 2003/87/CE y cuyo objetivo es dar cumplimiento al Protocolo de Kyoto. La Ley se dicta al amparo tanto del art. 149.1.23 CE (legislación básica sobre protección del medio ambiente) como del art. 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). La exposición de motivos de dicha Ley arguye que la creación de un novedoso mercado de derechos de emisión tiene «decisivas consecuencias sobre sectores económicos tales como el industrial y el eléctrico y afecta a la toma de decisiones empresariales». En realidad, todo el derecho ambiental tiene consecuencias decisivas para los sectores económicos y afecta a la toma de decisiones empresariales, sin que ello signifique que las normas ambientales puedan dictarse al amparo de títulos competenciales distintos del art. 149.1.23 CE. La propia Directiva objeto de transposición (la Directiva 2003/87/CE) se dictó al amparo del art. 175.1 TCE [actual art. 192 TFUE] (medio ambiente).[4]

Un ejemplo adicional conectado con el anterior lo encontramos en la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido

---

4 Vid. Arzoz Santisteban, Xabier (2012): «La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las cajas de ahorro», en M. Rebollo Puig (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria – Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Universidad de Córdoba/Iustel, Madrid, pp. 519-520.

de carbono, que transpone al ordenamiento interno la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono. Esta Ley tiene carácter básico al amparo del art. 149.1.23 de la Constitución, a excepción de determinados artículos que se dictan al amparo de las competencias atribuidas al Estado en los arts. 149.1.13 y 25 CE. En concreto, siete preceptos se dictan al amparo del art. 149.1.13 CE, versando sobre cuestiones como la concesión de almacenamiento (art. 10), la tramitación de concesiones de almacenamiento (art. 11), las condiciones para otorgar las concesiones de almacenamiento (art. 13), el contenido de las concesiones de almacenamiento (art. 14), la revisión y revocación de las concesiones de almacenamiento (art. 15), la transferencia de responsabilidad (art. 24) y el seguimiento de lugares de almacenamiento de dióxido de carbono tras la transferencia de responsabilidad (art. 25). Como en el caso anterior, la Directiva objeto de transposición (la Directiva 2009/31/CE) se dictó igualmente al amparo del art. 175.1 TCE [actual art. 192 TFUE] (medio ambiente). No obstante, en este caso el legislador estatal parece ser consciente de la sorpresa que puede causar que algunas de las disposiciones jurídicas que se acaban de aludir se dicten al amparo del art. 149.1.13 CE (de hecho se reconoce explícitamente la complejidad de la atribución estatal: «Es quizá en relación con el otorgamiento de la concesión de almacenamiento, que, como se ha indicado, corresponde al Estado, donde aparantemente podría existir mayor complejidad para deslindar los títulos competenciales…»), y en este caso ha procedido en la exposición de motivos a justificar, con una extensión inusitada (¡algo más de dos páginas del *Boletín Oficial del Estado*!), la adopción con arreglo a dicho título competencial. De forma general se alude al carácter estratégico para la economía nacional en su conjunto de la normativa aprobada y se enuncian varios argumentos para atribuir al Estado diversas competencias ejecutivas.[5]

5 Sintéticamente los argumentos son los siguientes: «[…] el análisis tanto del modelo ya utilizado en relación con el reparto competencial en el mercado de derechos de emisión como del proporcionado por el régimen de hidrocarburos […]»; «El establecimiento de grandes instalaciones de combustión –grandes centrales térmicas– de competencia estatal vendrá íntimamente asociado a la obtención de concesiones de almacenamiento. En este sentido, la posibilidad de contar con dispositivos de captura y la posibilidad de acceder a lugares de almacenamiento resultará con toda probabilidad, esencial para la viabilidad de centrales de generación de energía eléctrica de cierta entidad que empleen combustibles fósiles.»; «[…] la captura y el almacenamiento geológico de dióxido de car-

Otro ejemplo en el mismo sentido proporciona el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación y que tiene como objeto transponer la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007. El Real Decreto tiene carácter de legislación básica y se dicta al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el art. 149.1.13 y 23 de la Constitución, salvo algunos de sus artículos, los art. 14, 15, 19 y 21, que se dictan en base a la competencia estatal exclusiva en materia de seguridad pública (art. 149.1.29 CE) y salvo las competencias atribuidas a los organismos de cuenca, que se fundamentan en la competencia estatal exclusiva en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas intercomunitarias (art. 149.1.22 CE). En suma, ¡la evaluación y gestión de riesgos de inundación es también actividad económica! Este caso es llamativo porque el Estado tiene suficientes títulos de intervención (art. 149.1.22 y 29 CE). No se ve qué aspecto básico de la actividad económica está contemplado por el Real Decreto. Es cierto que en el preámbulo del Real Decreto se afirma que su objetivo es reducir las consecuencias negativas de las inundaciones para la salud humana, el medio ambiente, el patrimonio cultural, la actividad económica y las infraestructuras. Pero ello no justificaría invocar que el fundamento de la norma adoptada se hallara en todos y cada uno de los títulos competenciales que tiene el Estado en esas materias.

Sin duda no es posible trasladar sin más el encaje competencial de una norma europea según los Tratados constitutivos a la producción normativa interna que trae causa de dicha norma. Los Tratados tienen sus parámetros competenciales y el bloque de constitucionalidad los suyos. El ejemplo más claro es el de las directivas adoptadas tomando como base jurídica la aproximación de legislaciones (art. 114 TFUE): las normas internas de transposición de esas directivas deben buscar su encuadramiento material y competencial en la materia de que se trate (medio ambiente, salud pública,

---

bono desempeña un papel central en el cambio de modelo energético y en el diseño de las políticas energética, industrial y de lucha contra el cambio climático»; «[…] el despliegue de esta tecnología puede tener gran relevancia en la toma de decisiones empresariales, particularmente en el sector energético»; «[…] las estructuras geológicas aptas para el almacenamiento no están distribuidas uniformemente por todo el territorio, por lo que, en la medida en que esta tecnología se vaya desplegando, los lugares de almacenameinto deberán estar conectados con los puntos de captura a través de redes de transporte. Ello acabará configurando una red de infraestructuras de ámbito supraautonómico interconectadas en todo el ámbito nacional».

energía, etc.). Pero la operación de encuadramiento material y competencial de las normas internas que incorporan directivas debe respetar las reglas básicas elaboradas al efecto por la jurisprudencia constitucional para los supuestos de entrecruzamientos de materias y de concurrencia de competencias.[6]

Mostrados sintéticamente los instrumentos del protagonismo estatal, interesa ahora ir más allá e indagar en las razones de ese protagonismo.

1.1.2 · Las razones del protagonismo estatal

Un argumento recurrente en el pasado para augurar el futuro protagonismo o para explicar el incipiente protagonismo del Estado en la ejecución normativa y administrativa del Derecho comunitario era la naturaleza u orientación económica de las Comunidades Europeas, que explicaría que, de forma natural, el Estado acudiese a su título competencial *ex* art. 149.1.13 CE a la hora de ejecutar aquel Derecho.[7] En consecuencia, como las directivas se refieren a materias en las que el Estado ostenta competencia, la instancia competente para su transposición al Derecho interno sería el Estado. Otros autores, en cambio, partían del mismo dato para efectuar el razonamiento justamente contrario: por su finalidad armonizadora, la regulación que realicen las instituciones europeas mediante directiva se corresponderá normalmente con el núcleo básico de una materia, por lo que su incidencia afectará más a la competencia de la legislación básica estatal que a la de desarrollo que corresponde a las Comunidades Autónomas.[8] Cuando menos desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y la constitución de la Unión Europea, la integración europea no se reduce

---

6 Para una introducción, vid. Fernández Farreres, Germán (2005): *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, especialmente pp. 163-198.

7 Vid., por ejemplo, Muñoz Machado, Santiago (1986): *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, p. 101, y Pérez Calvo, Alberto (1989): «La capacidad del Estado para dictar normas básicas en desarrollo de la normativa comunitaria», en Pérez Calvo, Alberto (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, p. 204.

8 Pérez Tremps, Pablo (1987): *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 118.

a lo meramente económico, aunque el peso de lo económico sigue siendo relevante. El Derecho de la Unión cubre todos los ámbitos del Derecho.

Como se ha analizado en este trabajo y ha subrayado la doctrina, la «profecía del futuro protagonismo estatal» se ha cumplido con creces, con las consecuencias que lleva aparejadas: vaciamiento de las capacidades legislativas de las CCAA y reconversión de los títulos competencias autonómicos, que de exclusivos se han transformado en compartidos o aún en concurrentes.[9] La utilización del art. 149.1.13 CE para amparar la transposición estatal de las directivas se ha extendido incluso a materias como la agricultura o el medio ambiente que, por su objeto o por su finalidad, no se conectan directamente con lo económico y que no se encuadran en dicha materia cuando se trata de una norma interna que no incorpora disposiciones de una directiva.

Otro argumento invocado a menudo en el pasado por los órganos estatales era el de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho de la Unión. Según dicho argumento, la responsabilidad que al Estado incumbe, de acuerdo con el art. 93 en conexión con el art. 149.1.3 CE, sobre la garantía del cumplimiento del Derecho comunitario, le facultaría para incorporar las directivas al ordenamiento interno y, en general, para el desarrollo normativo del Derecho de la Unión. Esta interpretación fue rechazada por la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional afirmó que la responsabilidad del Reino de España por los incumplimientos del Derecho de la Unión no justificaba la asunción por la Administración General del Estado de competencias que no le corresponden.[10]

En el Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (nº E 2/2009), de 15 de diciembre de 2010, el Consejo de Estado señaló que «la explicación de este fenómeno [del protagonismo estatal] no resulta sencilla, porque, a partir de una interpretación tajante del principio de no alteración, la asunción estatal de la labor de incorporación de directivas solo podría significar que las instituciones europeas únicamente han normado –por ahora– sobre materias donde el Estado conserva,

---

9 Jiménez Asensio, Rafael (2001): *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 274-276.

10 Vid., entre otras, SSTC 79/1992, de 28 de mayo, FFJJ 1 y 5; 148/1998, de 2 de julio, FJ 8; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 10.

como mínimo, la competencia normativa».[11] De hecho el citado Informe de 2010 analiza la práctica estatal de transposición de directivas y los títulos competenciales que generalmente se invocan, constata la ausencia de conflictos constitucionales suscitados por dicha práctica y explora las razones que a su juicio, pueden haber coadyuvado a la pacífica admisión por las Comunidades Autónomas del protagonismo estatal en la actividad normativa derivada del Derecho de la Unión Europea.[12] La tesis del informe del Consejo de Estado se puede sintetizar de la siguiente forma:

> En suma, la generalmente fácil articulación entre directiva y norma básica –dada la configuración de ambas categorías–, unida al alto grado de detalle al que desciende con asiduidad la primera, lo cual convierte su transposición en una tarea que casi podría calificarse de ingrata, por cuanto conlleva más riesgos (como prueban las condenas al Reino de España por transposición tardía o incorrecta, todas ellas imputables directamente al Estado por ser el que asume tal labor) que autonomía (ante el escaso margen para la toma de decisiones), son factores que hacen posible entender la aceptación de la situación descrita por las Comunidades Autónomas, que han redirigido su atención a asegurar su participación en la fase ascendente del Derecho de la Unión Europea y a hacerla efectiva por otros cauces –distintos a la asunción de la propia tarea de transposición o desarrollo normativo– en la fase descendente.

En el informe anterior sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (2008), había apuntado en la misma línea:[13]

> En la práctica, la labor de transposición es asumida generalmente por el Estado y no suele suscitar oposición por parte de las Comunidades Autónomas. Diversas son las razones que lo explican y que, en último término expresan la convicción de que la regulación material, con independencia de quién sea el autor de la transposición y a la vista de la formulación acabada de muchas directivas, será la misma.

El mérito principal de los informes del Consejo de Estado estriba en no ignorar una patología propia del sistema jurídico-político español, reiteradamente señalada por la doctrina. Con todo, su diagnóstico no es completo.

---

11 Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010, pág. 91.

12 Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010, pp. 91-103.

13 Consejo de Estado (2008): 113.

En realidad, ni el Consejo de Estado ni la jurisprudencia constitucional[14] contribuyen a aclarar el problema de fondo: de qué forma la relación entre la legislación básica estatal y la legislación autonómica de desarrollo se ve afectada por las exigencias del Derecho de la Unión Europea. O, como lo formula Azpitarte, «el verdadero interrogante sería saber por qué la Constitución no vuelca su normatividad en la incorporación del derecho europeo».[15] Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la doctrina del Consejo de Estado proclaman como un mantra el principio de no alteración de la distribución competencial como consecuencia de la integración europea. Eso les impide abordar el problema de raíz y reconocer que, efectivamente, la adhesión a las Comunidades Europeas/Unión Europea sí supuso un cambio en la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.[16]

El informe del Consejo de Estado de 2010 aduce sustancialmente dos razones, pretendidamente técnicas, para explicar tanto el protagonismo es-

---

14 En este sentido, por lo que respecta al Tribunal Constitucional, Ordóñez Solís, David (2010b): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núms. 8-9, p. 14. Al respecto puede consultarse Fernández Farreres, Germán (2005): *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, especialmente pp. 463-467. La contribución del Tribunal Constitucional se limita a la formulación del principio de no alteración de la distribución competencial.

15 Azpitarte Sánchez (2009): 135.

16 Baquero Cruz, Julio (1997): «Etiquetado en catalán, derecho constitucional español y derecho comunitario: exposición y comentario de la STC de 19 de diciembre de 1996», *Gaceta Jurídica de la C.E.*, núm. 122, p. 17. El autor señala lo siguiente: «En primer lugar, en materias de competencia exclusiva comunitaria, ni el Estado español ni las CCAA pueden legislar más ni adoptar medida alguna. En segundo lugar, en materias de competencia compartida, el Estado, y, en su caso, las CCAA, solo pueden legislar de acuerdo con la normativa comunitaria relevante (salvo que se trate de Reglamentos, donde son superfluas por innecesarias las normas estatales), y no podrán hacerlo cuando la Comunidad haya ocupado la competencia material completamente (*preemption*). ¿Qué otra cosa es necesaria para cambiar la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA? En sentido estricto, solo ha cambiado la distribución de las competencias entre la Comunidad Europea y el Estado español, distribución que antes no existía y tras la adhesión sí existe. Pero no puede negarse la incidencia de la misma en el ámbito competencial interno, porque muchas de las competencias que antes fueron normativas (bases, etc.) ahora pasan a ser de ejecución de la normativa comunitaria, y esta competencia ejecutiva debería corresponder a las CCAA. Por ello, el proceso de integración debería ayudar, en principio, a profundizar en los aspectos federales del Estado Autonómico, salvo interpretaciones formalistas, pues la Unión tiende a absorber las competencias normativas originalmente correspondientes al Estado central».

tatal en la transposición de directivas como la ausencia de conflictividad competencial en la materia: el grado de detalle de las directivas (en esto coincide también el informe de 2008) y la coincidencia funcional entre directiva y norma básica. Sin embargo, estas razones no parecen suficientes.

La primera razón, el grado de detalle de las directivas, no explica por qué es el Estado, y no las CCAA, quien asume la tarea de su transposición.[17] ¿Por qué es una tarea ingrata para las CCAA y no, en cambio, para el Estado? ¿Porque el Estado tiene los medios para ello? ¿Porque el Estado tiene la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de incorporación? Este último argumento convertiría lo que no es un título competencial en una razón válida para abandonar la regla de la no alteración de la distribución competencial.[18] El grado de detalle de las directivas, en realidad, debería justificar más bien lo contrario: si las directivas son detalladas, ello implica en general que el ámbito de lo básico ha sido total o parcialmente ocupado por la regulación europea, y lo que procede es su desarrollo

---

17 El argumento se puede rastrear hasta algunos trabajos doctrinales. Así, el letrado del Consejo de Estado E. García-Trevijano Garnica, glosando la experiencia acumulada por dicho órgano en la materia desde la adhesión española a las Comunidades Europeas, sostenía que «en muchas ocasiones todo este esquema relativo a la competencia Estado-Comunidades Autónomas para la transposición de directivas, se convierte en realidad en un problema sustancialmente formal, ya que, desde el punto de vista de la regulación material, sea quien fuere el sujeto u órgano autor de la transposición –y teniendo en cuenta el carácter acabado de muchas directivas, que no dejan opciones normativas– el resultado será el mismo» y que «comportaría un innecesario derroche de energías que una norma estatal transcribiese en su literalidad o casi en su literalidad una directiva comunitaria y que, a su vez, las Comunidades Autónomas transcribieran igualmente el contenido de dicha directiva en normas propias, por entender que la regulación material afectaba a competencias que, según el orden interno de distribución, a ellas correspondía». Vid. García-Trevijano Garnica, Ernesto (1993): «Sobre la incorporación del Derecho de la Unión Europea en el Derecho interno: una visión práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, pp. 214-215.

18 Algo de eso late en las siguientes palabras del informe del Consejo de Estado de 2008: «[…] no es perturbador, sino razonable y útil, el mantenimiento de la práctica y usos en cuya virtud el Estado desempeña un papel primario en la labor de transposición (en coherencia, por lo demás, con su posición de único responsable ante las instancias comunitarias).

»Por lo mismo, tampoco es objetable que un eventual desacuerdo entre Estado y Comunidades Autónomas acerca de la competencia para transponer se someta *a posteriori*, mediante el planteamiento del correspondiente recurso o conflicto al Tribunal Constitucional. De esta forma, ante la Unión Europea se habría cumplido con la tarea de incorporación, aunque internamente penda, en sede de revisión constitucional, la dilucidación del desacuerdo existente». Vid. Consejo de Estado (2008): 120-121.

normativo por quien tiene la competencia para adoptar la legislación de desarrollo legislativo conforme al bloque de constitucionalidad, esto es, las Comunidades Autónomas.[19] Como sabemos, lo que ha ocurrido en general en la práctica es precisamente lo contrario.[20] Es el grado de detalle, no de las directivas, sino de las normas básicas estatales que incorporan aquellas, lo que produce la inactividad y, con ello, el vaciamiento competencial de las Comunidades Autónomas.[21]

En cuanto a la coincidencia funcional entre directiva y norma básica, tampoco es una razón suficiente. En primer lugar, por las mismas razones ya apuntadas. Si la directiva sustituye a una norma básica previa o ocupa el ámbito de lo básico, y no hay espacio o margen con arreglo al bloque de constitucionalidad para que el Estado dicte normas sustantivas básicas, la comprobación de la coincidencia funcional entre una directiva y el ámbito de lo básico debe abrir directamente paso a la legislación autonómica de desarrollo, que realizará la incorporación al ordenamiento interno exigida por el Derecho de la Unión. En segundo lugar, la identidad, la equivalencia o la coincidencia funcional entre normas básicas y normas comunitarias no es un criterio prescriptivo.[22] El concepto constitucional de bases no es necesariamente equivalente al margen de decisión transferido a la Unión

---

19 Pérez Tremps (1987): 118-119.

20 Ya Tornos i Mas (1991a): 32 señalaba lo siguiente: «La cesión de ámbitos competenciales normativos a las instituciones comunitarias sugería, en una primera aproximación, que quien más perdería sería la instancia estatal, pues el desarrollo interno de la normativa principal comunitaria (Directiva) correspondería por lo general a quien a nivel interno tenía las competencias de desarrollo legislativo y ejecutivo, es decir, las comunidades autónomas. Como ya he apuntado, la lectura del *Boletín Oficial del Estado* pone de manifiesto que la realidad es hoy distinta de lo que pudo pensarse en un primer momento. La Administración estatal asume la transposición de las directivas recuperando de este modo competencias normativas y ejecutivas». En un sentido similar, Mangas Martín, Araceli (1990): «La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas», en *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, p. 73: «Lo que es insostenible es que la integración de España en las Comunidades Europeas no haya desapoderado de competencias en ningún caso al Estado-poder central en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA. Y es más insostenible aún, por el juego de la distribución de competencias entre los Estados miembros y las CCEE, que solo haya afectado a una de las partes en la relación competencial interna, a las CCAA».

21 En el mismo sentido Montilla Martos (2005): 203.

22 Bustos Gisbert (2005): 389.

Europea,[23] ni con el margen de decisión que las instituciones de la Unión han querido ejercer *hic et nunc* a través de la correspondiente directiva. En alguna materia concreta puede haber quizá coincidencia, pero no existe un criterio prescriptivo de equivalencia para la generalidad de las competencias cedidas a las instituciones europeas. Por otra parte, la coincidencia funcional entre directiva y norma básica es desmentida a menudo en la práctica por el carácter extenso y detallado de numerosas directivas, las cuales, puntualmente o no, rebasan el ámbito de lo básico. Cuando las normas estatales incorporan al ordenamiento interno esas directivas detalladas amparándose en la competencia estatal básica, por ejemplo en materia de medio ambiente, la consecuencia es una ampliación extraordinaria del alcance funcional de las bases estatales y la reducción correlativa de la competencia autonómica de desarrollo legislativo.

La jurisprudencia constitucional también insiste en que las normas estatales que transpongan directivas no tienen que ser necesariamente consideradas «básicas». Así, en la STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 2, el Tribunal constitucional señaló lo siguiente:

> el hecho de que las directivas de la CEE sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que incluso puedan tener un «efecto directo» –lo que no corresponde enjuiciar a este Tribunal– no significa que las normas estatales que las adaptan a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente básicas. Aquellas normas comunitarias vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas, pero por su propia fuerza normativa y no por la que les atribuye su traslación al Derecho interno como normas básicas. Y, si bien esa necesaria adaptación puede llevar en ciertos casos a establecer normas internas de contenido prácticamente uniforme para todo el territorio de la Nación, tal regulación solo corresponde hacerla al Estado mediante normas de carácter básico en la medida en que así lo permitan la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Por tanto, el hecho de que algunos de los preceptos del Real Decreto 2.528/1986 se limiten a transcribir el contenido de otros incluidos en directivas comunitarias, no resuelve la duda acerca de su carácter básico.

La STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 14, reitera esa doctrina, con un ligero retoque al principio:

---

23 Vernet i Llobet, Jaume, y Jaria i Manzano, Jordi (2004): «La incidencia de la Unión Europea en el sistema constitucional de distribución territorial del poder», en M. L. Balaguer Callejón (ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, p. 150.

> el hecho de que las Directivas europeas tengan como finalidad la de homogeneizar, aproximar o armonizar los distintos ordenamientos y que sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades o instituciones, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que, incluso, puedan tener un efecto directo, no significa que las normas estatales que las adapten a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente «básicas». Aquellas disposiciones del Derecho comunitario vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas, pero por su propia fuerza normativa y no por la que le atribuya su traslación al Derecho interno como normas básicas. Y si bien esa necesaria adaptación puede llevar en ciertos casos a dictar normas internas de contenido prácticamente uniforme para todo el territorio de la Nación, tal regulación solo corresponde hacerla al Estado mediante normas de carácter básico en la medida en que lo permitan la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Y de forma similar en la STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 3, señaló que «la calificación como materialmente básicas de las disposiciones impugnadas del Reglamento ejecutivo no depende de que reproduzcan o no prescripciones de la Directiva comunitaria, ni de que incorporen o no opciones abiertas por la misma, sino de si cabe o no conceptuarlas como materialmente básicas de acuerdo con la doctrina de este Tribunal recaída en torno al alcance de lo básico (STC 141/1993, fundamento jurídico 2º)».

Probablemente el Consejo de Estado ha preferido justificar el protagonismo del Estado en razones pretendidamente técnicas que en razones de otro tipo.[24] En las siguientes secciones del presente apartado se apuntan razones alternativas que contribuyen a explicar el «protagonismo estatal»: el «efecto desaliento» de la interposición de las bases estatales en conexión con la doctrina constitucional sobre la inconstitucionalidad sobrevenida (1.2.3.1), y la relativa «invisibilidad» de la transposición autonómica (1.2). Para completar esta sección esbozaremos a continuación algunas razones institucionales que pueden contribuir también a explicar el «protagonismo estatal».

El protagonismo estatal en la transposición de directivas se remonta en realidad al periodo inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la adhesión española a las Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986. A mediados de los años 80 del siglo pasado la mayor parte de las Comuni-

24 Palau (2013): 96 apunta a dos explicaciones del protagonismo estatal: una cuestión de eficacia, para garantizar la transposición efectiva de la normativa europea en todo el territorio, disminuyendo el riesgo de las sanciones por las instituciones europeas, y la voluntad de garantizar cierta homogeización en su aplicación en todo el territorio.

dades Autónomas estaban en fase de consolidación, sobre todo en el plano administrativo.[25] En cambio, los órganos del Estado, que estuvieron negociando la adhesión desde 1979 hasta la firma del Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985, estaban en situación de realizar las labores de estudio y preparación, primero, y de incorporación al ordenamiento interno, después, de la ingente cantidad de directivas que la pertenencia a las Comunidades Europeas traía consigo, y así lo hicieron.[26]

Hay que tener en cuenta que descentralización política e integración europea (o comunitarización) son dos procesos aparentemente contradictorios que se solapan en el tiempo, pero que tienen distintos ritmos y condicionantes. Mientras el proceso de adhesión a las Comunidades Europeas tenía una fecha fija (1 de enero de 1986, aunque los preparativos eran anteriores), el proceso de descentralización política establecido en España solo tenía de cierto su fecha de inicio, en 1978, pues estaba condicionado por lo dispuesto en la Constitución, por el nivel de competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía respectivo (el principio dispositivo) y por los decretos de traspasos. El debate constitucional se centró en el proceso de descentralización; en cambio, la eventual adhesión a las Comunidades Europeas, y sobre todo el impacto de esa adhesión sobre el Estado autonómico, recibieron mucha menor atención tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía que se fueron aprobando con posterioridad.[27] Y cuando España se incorpora a las Comunidades Europeas, el Estado autónomico no estaba completado del todo.

El Estado seguía siendo competente para legislar para una parte significativa de las Comunidades Autónomas, aquellas que conforme a la Constitución debían esperar cinco años a partir de la aprobación de sus

---

25 Los primeros Estatutos de Autonomía, el del País Vasco y el de Cataluña, se aprobaron en diciembre de 1979, y el último, el de Castilla y León, en 1983.

26 Ordóñez Solís (2010a): 169 atribuye el escaso papel desempeñado por las Comunidades Autónomas en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión, «probablemente por falta de desarrollo institucional pero también por la razonable eficacia mostrada en este ámbito por los órganos normativos del Estado: las Cortes Generales y el Gobierno de la Nación». En otra obra Ordóñez Solís (1994): 266 señala que «la preocupación máxima en las Comunidades Autónomas fue en un primer momento la participación en la fase ascendente. Los resultados, en general satisfactorios, por la participación a la hora de negociar las condiciones de adhesión (hubo gran número de reuniones a este respecto), no se continuaron en la fase posterior a 1986».

27 Ross, Andrea, y Salvador Crespo, Mayte (2003): «The effect of devolution on the implementation of European Community law in Spain and the United Kingdom», *European Law Review*, vol. 28, p. 227.

Estatutos de Autonomía para solicitar su reforma y la eventual ampliación competencial. En consecuencia, el Estado debía incorporar las normas europeas para su efectiva aplicación en las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido en sus Estatutos competencia normativa de desarrollo sobre la materia objeto de la directiva.[28] Por último, la interpretación dominante de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE consideraba que el Estado podía dictar normas supletorias de las que pudieran dictar las Comunidades Autónomas.[29]

Todo ello, si bien no impidió que algunas Comunidades Autónomas como el País Vasco y Cataluña procedieran a la adaptación global de sus respectivos ordenamientos al Derecho comunitario utilizando la vía de la delegación legislativa,[30] probablemente contribuyó a instaurar unas pautas de actuación, preservadas después quizá sin aparentes reticencias en la mayoría de las Comunidades Autónomas pero no sin la oposición de otras.[31] En cambio, a diferencia de lo ocurrido en materia de transposición

---

28 Alonso García (1990): 235.

29 Así, todavía en la STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 3, el Tribunal Constitucional avaló expresamente esa interpretación: «las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines en el ámbito de sus competencias […] en tales casos la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada […] 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 el alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE)».

30 Leyes 2/1986, de 19 de febrero, y 4/1986, de 10 de marzo. Utilizaron la misma vía que había empleado el Estado a través de la Ley 17/1985.

31 La ausencia de conflictividad, que señala el Consejo de Estado en el Informe analizado en el texto, resulta un punto controvertido. Sobre la elevada conflictividad institucional derivada de la ejecución del Derecho comunitario a partir de 1986 puede verse especialmente Varela Suanzes-Carpegna (1989); también Ordóñez Solís, David (1994): *La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*, Civitas, Madrid, p. 445-450. De hecho, la formulación por el Tribunal Constitucional del principio de no alteración de la distribución constitucional de competencias por la adhesión a las Comunidades Europeas es el principal activo de esa conflictividad. Según los datos que recoge el trabajo de Varela, la conflictividad se dirige principalmente a la ejecución administrativa y es menor en cuanto a la ejecución normativa, y proviene principalmente de Cataluña y País Vasco y, en menor medida, de Galicia y Andalucía, es decir, las Comunidades Autónomas con mayor nivel competencial y con más sensibilidad hacia el autogobierno. En fechas cercanas, sin embargo, García-Trevijano Garnica (1993): 214, se refería a que

de directivas, las Comunidades Autónomas fueron mucho más sensibles y estuvieron más atentas al ejercicio y preservación de sus competencias en relación con la gestión de las políticas comunitarias financieramente más importantes: las políticas agrícola, regional y social.[32]

El modelo del «Estado autonómico unitario» implantado al comienzo de la andadura constitucional ha condicionado probablemente también las pautas a seguir por lo que respecta a la incorporación de directivas. Según Azpitarte, el modelo de «Estado autonómico unitario» implantado al comienzo de la andadura constitucional venía conformado por tres elementos que no están expresamente previstos en la Constitución: la concepción material de la normativa básica, la utilización de la cláusula de la supletoriedad como un título competencial universal a favor del Estado central y la facultad del Gobierno central de suspender toda normativa autonómica (normativa o ejecutiva) con su recurso ante el Tribunal Constitucional.[33] Como ya se ha indicado, un cuarto elemento adicional, la invocación de un poder general del Estado central *ex* art. 149.1.3 CE para incorporar las directivas, fue expresamente descartado por el Tribunal Constitucional. De todas formas, los tres elementos mencionados eran suficientes para salvaguardar el papel predominante del Estado central en la transposición de directivas. Así pues, como subraya Miguel Azpitarte en el capítulo I de esta obra, frente al principio jurisprudencial de no alteración de la distibución competencial, en un segundo nivel se desplegaban con más incidencia práctica otras reglas constitucionales que situaban a los órganos centrales del Estado en una posición de control en la transposición de las directivas.

Como es bien sabido, solo los dos últimos elementos mencionados han sido deconstruidos o modulados por el Tribunal Constitucional, a partir de mediados de los años noventa del siglo pasado.[34] En cambio, la concepción

---

la transposición de directivas que no permiten margen de maniobra por normas estatales «no suele suscitar oposición por parte de las Comunidades Autónomas […] aun cuando pudiera ser discutible, especialmente cuando se trata de materias compartidas, hasta dónde llega la competencia del Estado y hasta dónde las de las Comunidades Autónomas».

32 Ordóñez Solís (1994): 267; Ordóñez Solís (2010b): 13. Para un análisis actualizado de la contribución de los Fondos Europeos al desarrollo autonómico vid. Boix Palop, Andrés (2012): «25 de años de Fondos Europeos y desarrollo autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, pp. 44-48.

33 Azpitarte Sánchez (2009): 144-147.

34 ATC 154/1994 con respecto al adelantamiento de la decisión sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión cautelar de la norma o acto autonómico impugnado, y STC 61/1997 con respecto a la cláusula de supletoriedad.

material de la normativa básica, a la que las últimas reformas estatutarias pretendían poner coto, ha sido corroborada por la STC 31/2010. La concepción material de la normativa básica que ha acogido el Tribunal Constitucional no es favorable a la transposición autonómica. En efecto, «el Tribunal Constitucional no ha dejado de dar a entender su posicionamiento a favor de un ejercicio amplio de las facultades estatales, y en la misma medida restrictivo de las autonómicas, en aquellos casos en los que se trate de la aplicación del Derecho comunitario en materias en las que existe compartición de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas».[35] En teoría, una comunidad autónoma puede transponer una directiva si ello entra dentro de sus competencias, sin esperar a que los órganos estatales ejerzan sus competencias legislativas sectoriales o transversales. Pero puede existir amplia incertidumbre acerca de: a) hasta dónde llegan las competencias legislativas autonómicas en la materia (pues ello depende del ejercicio estatal de sus propias competencias); b) si el Estado hará uso de sus competencias transversales y hasta qué punto; c) cuáles son las soluciones normativas que, en su caso, escogerán los órganos estatales para transponer la directiva, si ésta deja margen a los Estados miembros. Si una comunidad autónoma transpone la directiva y los órganos estatales adoptan posteriormente actos de transposición de la misma directiva optando por soluciones normativas distintas a las escogidas por aquella comunidad autónoma, la normativa autonómica de transposición puede requerir ser inmediatamente modificada si se quiere corregir la contradicción detectada con respecto a la normativa básica estatal y evitar así una declaración de inconstitucionalidad por inconstitucionalidad mediata sobrevenida. En materias con incidencia directa sobre la situación jurídica de los particulares, es comprensible que los órganos de las Comunidades Autónomas sean reticentes a crear derechos o establecer obligaciones que después, quizá, deban suprimir o modificar.

1.1.3 · Algunos problemas derivados del protagonismo estatal

Además de las consecuencias directas ya aludidas consistentes en el importante desplazamiento competencial a favor del Estado, la forma en que

35 Ruiz Ruiz (1995): 295.

el Estado asume el protagonismo en la incorporación de directivas al ordenamiento interno produce también otras consecuencias indirectas.

1.1.3.1 · El «efecto desaliento» para la transposición autonómica: la interposición de las bases estatales y la doctrina constitucional de la inconstitucionalidad sobrevenida

El caso de la transposición de la Directiva de Servicios permite ilustrar una consecuencia perniciosa de la interposición de las bases estatales entre la legislación europea y la legislación autonómica. La reiteración de las disposiciones de una directiva mediante normas básicas altera significativamente el estatus jurídico interno de las obligaciones dimanantes de la directiva. Como es sabido, la Directiva de Servicios pretende una transformación jurídico-administrativa radical del acceso al mercado de servicios y del control público sobre las actividades de servicio y obliga al conjunto de poderes públicos con competencias en la materia a acomodar las normas que regulan una pluralidad de sectores concernidos, de forma que, por ejemplo, ponderen la proporcionalidad del establecimiento o del mantenimiento de controles administrativos previos. Una vez que la exigencia de proporcionalidad deja de ser un juicio de ponderación dirigido a los poderes públicos competentes al interior del Estado y adquiere la condición de norma básica del Estado, las disposiciones de la directiva en cuanto que normas básicas se convierten en parámetro de constitucionalidad de la legislación autonómica.

Así pues, desde la entrada en vigor de la Ley 17/2009, la totalidad de las normas autonómicas que mantengan controles administrativos previos sobre las actividades de servicio (las miles de licencias que puedan estar previstas en normas autonómicas y que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios) quedan en una situación de potencial inconstitucionalidad mediata sobrevenida, inconstitucionalidad que puede ser promovida por los jueces y tribunales contencioso-administrativos que conozcan de litigios en los que se plantee la conformidad a Derecho de una licencia exigida por una norma autonómica. El eventual resultado de la conversión de la regulación de la Directiva de Servicios en legislación estatal básica es que, a instancias de los jueces y tribunales, el Tribunal Contitucional se puede ver en la tesitura de tener que controlar la proporcionalidad de la exigencia de licencias administrativas con respecto a una pluralidad de actividades de servicios, siendo –por una parte– una materia en la que la jurisdicción constitucional

ha reconocido tradicionalmente un amplio margen de configuración legal al legislador democrático y cuando –por otra parte– los únicos órganos competentes para velar por la correcta aplicación e interpretación del Derecho de la Unión son la Comisión, como guardiana de los Tratados, y el Tribunal de Justicia, como órgano jurisdiccional de la Unión.[36]

Lo anterior se refiere al supuesto particular de que las bases estatales sean meramente reiterativas (*leges repetitae*) de las disposiciones contenidas en la directiva que ha de transponerse. El problema es especialmente agudo en relación con la transposición autonómica «innovadora», esto es, cuando la Comunidad Autónoma utiliza la directiva como punto de partida para una regulación innovadora e, incluso, experimental en un sector.[37] Como se apunta en el capítulo VI de esta obra (apartado 4.3), uno de los riesgos a los que se enfrenta el legislador autonómico y probablemente la principal causa inhibidora en relación con la transposición autonómica anticipada de directivas es la doctrina constitucional de la inconstitucionalidad sobrevenida: si el legislador autonómico se adelanta con su transposición, es posible que el legislador básico estatal no comparta sus opciones sustantivas y/o su comprensión sobre el alcance de lo básico, tanto más cuanto mayor sea el grado de innovación o de experimentación de la normativa autonómica. Cuando se incurre en contradicción, si la norma estatal es declarada básica con arreglo al bloque de constitucionalidad, la consecuencia es que la norma

---

36 La cuestión no es hipotética. En 2011 la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco promovió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6898-2011 sobre el art. 55.1 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, en relación con el Anexo II. J) Actividad Hosteleras, por posible vulneración de los arts. 149.1.1ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª CE. El planteamiento obedecía a la posible vulneración –por la exigencia de licencia de actividad para las actividades hosteleras contemplada en la redacción original del art. 55.1 de la Ley 3/1998– de lo previsto en la «Ley paraguas», que convierte en norma básica la exigencia de proporcionalidad que dimana de la Directiva de Servicios. La cuestión fue inadmitida a trámite por el ATC 23/2013, de 29 de febrero. En el problema de la inconstitucionalidad mediata sobrevenida influye también que la transposición vasca de la Directiva de Servicios tuvo lugar con sumo retraso, fuera del plazo establecido por la Directiva y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre («Ley paraguas»): por la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

37 La capacidad de experimentación reguladora y de diseño de políticas públicas es, según la teoría federal, una de las ventajas de los sistemas políticos descentralizados o federales.

autonómica será considerada inconstitucional (de forma sobrevenida) en cualquier momento, cuando menos siempre que la jurisdicción constitucional comparta la calificación de básica. En el capítulo VI, Alba Nogueira pone ejemplos de normas autonómicas anticipadas de transposición que quedan en un limbo jurídico, ante la posterior adopción de normas estatales de transposición a las que se otorga carácter básico, hasta que, finalmente, por lo general, son derogadas o adaptadas a las normas estatales básicas.

1.1.3.2 · Títulos competenciales invocados para la transposición y retención de competencias ejecutivas

La cuestión del título competencial pertinente para transponer una directiva no se agota en la identificación de la autoridad competente para ejercer la competencia legislativa. Las consecuencias jurídicas de la invocación del art. 149.1.13 CE como título competencial preferente para la incorporación de las directivas también afectan a las competencias ejecutivas derivadas de la regulación europea. A menudo el Estado no necesita en realidad invocar dicho título competencial para poder *transponer* una directiva. Para eso le basta normalmente el título competencial estatal relativo a la materia sobre la que versa la directiva (medio ambiente, energía, etc.). Si el Estado invoca el art. 149.1.13 CE como complemento del título sectorial correspondiente, su finalidad inmediata no es transponer la directiva en sí, sino retener amplias funciones para la ejecución de la regulación derivada de la directiva.[38]

Como subraya la exposición de motivos de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ateniéndonos al ejemplo antes mencionado, la jurisprudencia constitucional ha admitido que el art. 149.1.13 CE puede amparar «tanto normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, como

38 Así, Ruiz Ruiz, Florentino (1995): «Las competencias de las Comunidades Autónomas en el desarrollo normativo y la ejecución del Derecho comunitario europeo. Análisis de la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, p. 302 señalaba que «la posibilidad reconocida al Estado de actuar en el "núcleo de fluctuación de lo básico", de emanar normas básicas de rango reglamentario o atribuir este carácter a algunas actuaciones administrativas, junto con la reserva a su favor de algunas actividades ejecutivas, le sitúan en la posibilidad de restringir la capacidad autonómica de desarrollo normativo y ejecución del Derecho comunitario».

previsiones de acciones o medidas singulares indispensables para alcanzar los fines propuestos en la ordenación». Asimismo, como recuerda la exposición de motivos, «ampara actuaciones ejecutivas en relación con prácticas o actividades que puedan alterar la libre competencia y tengan trascendencia sobre el mercado supraautonómico, como es el caso de la agrupación de instalaciones» (el mismo recordatorio realiza la exposición de motivos de la Ley 40/2010). La invocación del art. 149.1.13 implica, por ejemplo, que el Estado se considera competente para las siguientes funciones en relación con el régimen de comercio de derechos de emisión: establecer las bases del régimen jurídico de los derechos de emisión y su comercio; autorizar la agrupación de instalaciones; elaborar y aprobar el Plan Nacional de asignación de derechos de emisión; tramitar y resolver los procedimientos de asignación de derechos de emisión, y regular y gestionar el Registro Nacional de Derechos de Emisión.[39]

1.2 · La invisibilidad de la transposición autonómica: problemas de definición, de ausencia de comunicación a la Comisión y de técnica normativa

El protagonismo estatal es indudable. Ahora bien, sería precipitado extraer la conclusión de la inexistencia o de la irrelevancia de la transposición autonómica.[40] Ya en el período inmediatamente posterior a la adhesión a

39 Vid. Arzoz Santisteban (2012): 520.

40 Así, por ejemplo, el informe del Consejo de Estado de 2008 afirma lo siguiente: «En líneas generales, puede calificarse de no muy abundante la actividad normativa para la incorporación –especialmente la incorporación directa– del Derecho comunitario desarrollada por los ejecutivos autonómicos. Por su parte, la mayoría de las asambleas legislativas han adoptado normas que de modo directo o indirecto tienen por objeto dar cumplimiento a determinadas obligaciones comunitarias; no obstante, en ocasiones no pasa de una simple mención formal (por ejemplo, en el preámbulo) a la pertenencia de España a la Unión Europea o a una serie de disposiciones comunitarias, defiriéndose al Estado la labor de transposición propiamente dicha; otras veces prevalece la importancia política de la disposición adoptada sobre su incidencia desde un punto de vista normativo o técnico (así, por ejemplo, en la aprobación por los legislativos vasco y catalán –respectivamente, Leyes 2/1986 y 4/1986– de sendas leyes de bases de delegación en sus respectivos ejecutivos autonómicos». Vid. Consejo de Estado (2008): 113, en nota. Vid. también las conclusiones del estudio de Palau (2013), citadas en la nota segunda de este capítulo.

las Comunidades Europeas, las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña procedieron a la adaptación global de sus respectivos ordenamientos al Derecho comunitario utilizando la misma vía que había utilizado el Estado, la de la delegación legislativa; un mimetismo de iniciativa y de formas quizá propiciado porque la propia Ley estatal de delegación había circunscrito la delegación expresamente al «ámbito de las competencias del Estado».[41] Para la doctrina, la mayor virtualidad de esas actuaciones autonómicas fue la de «mostrar la evidencia de una potestad normativa autonómica, también en desarrollo y aplicación del derecho comunitario, siendo su alcance efectivo muy corto».[42] El ejercicio de la delegación se concretó en «la aprobación de los decretos legislativos referidos al estatuto del consumidor, cooperativas, precios de productos alimenticios y publicidad engañosa en el caso del País Vasco, así como, en el caso de Cataluña, en los relativos a colegiación profesional, residuos industriales, alta montaña, modernización de la empresa familiar agraria y estatuto de la empresa pública catalana».[43]

La transposición autonómica no se ha limitado al momento inmediatamente posterior a la adhesión. En algunos ámbitos la transposición autonómica es apreciable.[44] Así, en el capítulo VI de la presente obra se ha examinado la actividad de transposición autonómica de las directivas ambientales, ciertamente concentrada en la transposición de los instrumentos transversales de protección ambiental y que presenta, como señala Alba Nogueira, asimetrías en el espacio e inconstancia en el tiempo, pero, al

---

41 Leyes 2/1986, de 19 de febrero, y 4/1986, de 10 de marzo, respectivamente. Utilizaron la misma vía que había empleado el Estado a través de la Ley 47/1985, de 27 de noviembre, de bases de delegación del Gobierno para la aplicación del derecho de las Comunidades Europeas. Sobre dichas leyes autonómicas de adecuación al Derecho comunitario vid. Navarro Munuera, Andrés (1987): «Análisis comparado de las leyes del Estado, del País Vasco y de Cataluña, de delegación en los respectivos Gobiernos para la aplicación del Derecho comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, pp. 141-152; Bassols Coma, Martín (1988): «La adecuación del Derecho de Cataluña al Derecho de las Comunidades Europeas: la Ley 4/1986, de 10 de marzo», *Noticias/CEE*, núm. 38, pp. 13-18.

42 López Castillo (1992): 145. Vid. también Ordóñez Solís (1994): 262-264.

43 López Castillo (1992): 145.

44 Dejamos al margen el caso evidente de las normas fiscales vascas y navarras, que adaptan periódicamente su normativa tributaria propia a las directivas europeas sobre el impuesto del valor añadido o que regulan cuestiones con incidencia en el impuesto de sociedades.

fin y al cabo, existe actividad autonómica de transposición. Igualmente, la abundante transposición autonómica en relación con la Directiva de Servicios ha sido analizada en el capítulo VII y no necesita ser reproducida de nuevo aquí.

El protagonismo estatal en la transposición de directivas es sin duda real, pero no deberíamos apresurarnos a calificarlo de monopolio. La actividad autonómica de transposición es también un hecho innegable.[45] Ahora bien, desconocemos las exactas dimensiones del fenómeno de la transposición autonómica, por lo que no podemos valorar con precisión si la proporción entre transposición estatal y autonómica es la adecuada de conformidad con el bloque de constitucionalidad. Pero, al margen de ello, a la vista de algunas opiniones doctrinales parece existir lo que podría denominarse un «problema de reconocimiento» de la transposición autonómica.[46] Puede haber más transposición autonómica que la que habitualmente se reconoce. La visibilidad de la transposición autonómica depende de lo que entendamos por transposición. Transponer no es solo reproducir el contenido de una directiva dada mediante una norma específica homónima, sino dar cumplimiento a las obligaciones establecidas por la directiva en el ámbito de las propias competencias, cualesquiera que sean esas competencias. Si la competencia de un poder público solo alcanza a dar cumplimiento a parte de las obligaciones establecidas en la directiva, ese cumplimiento parcial que le compete según el orden interno de competencias debe ser considerado «transposición», aunque sea parcial.[47]

---

45 Vid., por ejemplo, con relación al ámbito tributario la actividad desarrollada en la Comunidad Foral de Navarra de adaptación a determinadas directivas, citada por Ordóñez Solís (1994): 265.

46 Estudios realizados en una entidad subestatal austriaca (Vorarlberg) indican que entre 1993 y 1999 alrededor del 25% de los actos legislativos de dicho *Bundesland* aplicaban Derecho de la Unión; entre 2000 y 2003 la cifra habría crecido hasta alcanzar un tercio de la producción legislativa del *Bundesland*. Es cierto que no sabemos cuántos de esos actos legislativos se dictan para transponer directivas. Con todo el autor señala que un porcentaje superior de actos legislativos estaría influido en alguna medida por el Derecho de la Unión o se habría notificado a las instituciones de la Unión. Vid. Bussjäger (2004): 160.

47 Así, Pérez Medina ha inventariado la normativa autónomica adoptada en un año concreto (2003) que se vincula directa o indirectamente con el proceso de integración europea. Aunque constata que en dicho periodo no hay ninguna transposición de directiva por parte de los poderes autónomicos (legislativos o ejecutivos), no deja de hacer un amplio repaso de carácter meramente descriptivo a la normativa autonómica «derivada o relacionada con el derecho comúnitario», lo que le permite escribir cuatro crónicas con un

Suele considerarse que las directivas de la Unión Europea son incorporadas al ordenamiento interno generalmente por el Estado. Esto puede ser correcto si adoptamos la perspectiva del acto interno de transposición que se adopta específicamente por el Estado y se comunica posteriormente a la Comisión Europea. Uno de los problemas a los que alude el Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010, es precisamente el de la falta de comunicación de las medidas autonómicas de transposición: «las Comunidades Autónomas no comunican al Ministerio de Asuntos Exteriores la adopción de medidas con fundamento en el Derecho comunitario, lo que impide que éste pueda transmitir esta información a su vez a la Comisión Europea».[48] De hecho, el citado Informe señala que de los listados de las normas nacionales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 recabados de la Secretaría de Estado para la Unión Europea «todas las normas de transposición notificadas son estatales (salvo una norma foral, dirigida a adaptar el régimen de carreteras de Vizcaya a las directivas comunitarias sobre la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras)». Hay que recordar que el art. 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la obligación de remitir al órgano competente de la Administración General del Estado las disposiciones de carácter general o resoluciones de cualquier Administración cuya comunicación a las instituciones europeas venga exigida por el Derecho originario o derivado de la Unión Europea.[49] Con todo,

total de 140 páginas. Las cuatro crónicas, por cada trimestre de 2003, se publican con el mismo título: vid. Pérez Medina, José María (2003/2004): «Normativa de las Comunidades Autónomas derivada o relacionada con el derecho comunitario», *Revista General de Derecho Europeo*, números 1, 2, 3 y 4.

48 Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010 (http://www.consejo-estado.es/bases.htm), pág. 92.

49 Por otra parte, el Tratado de Lisboa ha reforzado la obligación de notificar las medidas internas de transposición de las directivas. El nuevo art. 260.3 TFUE habilita a la Comisión a proponer al TJUE que imponga sanciones pecuniarias a los Estados miembros que incumplan con la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva, una vez presentado el correspondiente recurso de incumplimiento contra dicho incumplimiento. Vid. Gáspár-Szilágyi, Szilárd (2013), «What constitutes "failure to notify" national measures?», *European Public Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 281-294.

el Informe reconoce que la ausencia de medidas autonómicas notificadas «no supone que la actividad normativa de las Comunidades Autónomas esté completamente desconectada del Derecho europeo, toda vez que es fácil encontrar leyes autonómicas en las que se mencionen –en la parte expositiva– directivas comunitarias objeto de incorporación».

Por ejemplo, diversas Comunidades Autónomas han adoptado leyes generales de medio ambiente, que condensan las obligaciones derivadas de la normativa europea, sobre todo por lo que respecta a los instrumentos transversales de protección ambiental. Así, si tomamos como ejemplo la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, su exposición de motivos toma especial cuidado en resaltar hasta qué punto constituye desarrollo normativo de lo previsto en las directivas europeas, además de la normativa básica estatal:

> La ley se incardina en un sistema de ordenamientos jurídicos confluyentes, de forma que, además de plasmar el derecho comunitario, los convenios internacionales y sus transposiciones, ha de respetar la legislación básica estatal, a la vez que transversalmente ha de articularse con las regulaciones propias de otras materias con trascendencia medioambiental.
>
> De este modo la ley ha de articularse en primer lugar con *las normativas europeas reguladoras de la evaluación de impacto ambiental, control integrado de la contaminación, gestión de residuos, protección de calidad del aire, sistemas de ecoauditorías y gestión ambiental y derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente*.
>
> En segundo lugar la ley se articula con la regulación estatal vigente en materia de impacto ambiental, gestión de residuos tóxicos y peligrosos, actividades clasificadas, biodiversidad, y protección de la costa y las aguas litorales.
>
> La ley se inspira en principios generales de cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas y de participación de los ciudadanos y ciudadanas, tanto personas físicas como jurídicas, fomentando la información y comunicación, a la búsqueda de una efectiva corresponsabilidad, ya que el medio ambiente se concibe en la ley como un bien social generador de derechos y obligaciones, que ha de ser usado de una forma sostenible, en un esfuerzo de integración tanto en la definición como en la realización de la política ambiental vasca de *los objetivos del Quinto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Unión Europea y de lo dispuesto en el Tratado de la Unión*.
>
> […]

El Título Segundo aborda la protección de los recursos ambientales inspirándose, entre otros, en el Convenio sobre Biodiversidad de Río de Janeiro y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, aplicando, asimismo, lo dispuesto en *la normativa comunitaria y estableciendo a tal efecto los principios que debe informar la actuación de las Administraciones públicas en relación con la protección de la biodiversidad, las aguas, incluyendo el litoral, el suelo y el medio atmosférico, abarcando la lucha contra el ruido y las vibraciones.*

El Título Tercero regula la ordenación de las actividades con incidencia en el medio ambiente, *introduciendo el principio de control integrado de la contaminación en cumplimiento de la Directiva 96/61/CE*, y estableciendo los pilares de la futura regulación que garantizará un enfoque integrado y efectivo de las condiciones de autorización de las actividades afectadas por aquella norma.

El capítulo dedicado a la evaluación de impacto ambiental diseña un sistema que permitirá estimar los efectos que sobre el medio ambiente puedan derivarse de la ejecución de los planes y proyectos que se relacionan en el Anexo I de la ley, estableciéndose a tal efecto *un procedimiento de evaluación conjunta de impacto ambiental de planes* […]

Respecto al régimen de actividades clasificadas, cuya relación se contempla en el Anexo II, se actualiza el procedimiento de concesión de licencias, procedimiento que con el transcurso del tiempo demandaba su revisión, teniendo presente que será *la futura regulación sobre control integrado quien culmine definitivamente el sistema de autorización, como requisito previo para la implantación de industrias y actividades haciendo efectivos los principios y objetivos de la directiva comunitaria*. […]»

Cabe destacar, además, que la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente, del País Vasco introducía los conceptos claves de objetivos de calidad, valores límite y umbrales de alerta de la Directiva 96/62/CE de evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, normativa que el Estado no incorporó al ordenamiento interno hasta 2002.[50] En esa como en otras materias de la protección del medio ambiente, la citada Ley vasca preparaba anticipadamente la sintonía con el Derecho comunita-

50 Sobre la peculiar transposición estatal al ordenamiento interno de la Directiva de la calidad del aire y sus directivas de aplicación, vid. Arzoz Santisteban, Xabier (2010): «La protección de la atmósfera», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), X. Arzoz Santisteban y M. Uriarte Ricote, *Derecho ambiental. Parte Especial III. Agua, Atmósfera, Contaminación Acústica*, 2ª ed., Lete, Bilbao, pp. 252-257.

rio existente, aunque todavía no hubiera sido transpuesto al ordenamiento interno, y en este sentido designaba en su art. 33 el órgano autonómico ambiental competente para la evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, una de las principales y más inmediatas obligaciones de la Directiva 96/62/CE.[51] Naturalmente, la Ley vasca no podía dar pleno cumplimiento al conjunto de obligaciones derivadas de las Directivas ambientales pendientes de transposición.

De la misma manera, la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas, también del Parlamento Vasco, señala en su exposición de motivos que una de sus dos finalidades es «establecer los mecanismos necesarios para la ejecución de la política europea» (la otra es «dotar a esta materia de un marco normativo adecuado para la intervención de las diferentes administraciones implicadas») y su punto de partida es la «Directiva marco del agua» (Directiva 2000/60/CE), cuya terminología y definiciones se recogen ampliamente en el art. 2 de la Ley.

Una factor adicional de «invisibilidad», apuntado por Alba Nogueira en el capítulo VI, es que la normativa ambiental autonómica de transposición de directivas asume en general sin discusión la intermediación estatal y omite incluso la referencia a la directiva como fuente normativa de las obligaciones a las que la norma autonómica pretende dar cumplimiento. Si las propias normas autónomicas que dan cumplimiento materialmente a las obligaciones de las directivas no indican esta circunstancia, no es de extrañar que una parte sustantiva de transposición autonómica quede soterrada bajo la dinámica «bases-desarrollo».

2 · Soluciones y propuestas

2.1 · *Taking powers seriously:* la distribución de competencias en serio

Existe una creciente asimetría entre la distribución de competencias que se aplica a la producción normativa interna y la que se aplica a la producción normativa estatal dirigida a la transposición de directivas. Es necesario

51 De hecho, la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2001, *Comisión/España*, as. C-417/99, p. I-1615, declaró el incumplimiento del Estado español en cuanto a la designación de las autoridades competentes de evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente conforme a la Directiva 96/62/CE.

recuperar el respeto de la distribución constitucional y estatutaria de competencias en el ámbito de la transposición de directivas. A ello obliga el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución de 1978 y los Estatutos de Autonomía. Ello requiere que los diversos poderes territoriales cambien de actitud: de una parte, el Estado, en cuanto que su producción normativa debe respetar escrupulosamente los criterios de distribución competencial; de otra, las Comunidades Autónomas, en cuanto que tienen que ser conscientes de que la transposición de directivas no altera la distribución constitucional de competencias y deben actuar en consonancia, reivindicando su espacio normativo propio y ejerciendo sus competencias. La praxis estatal no puede modificar el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, frente a la realidad de la omnipresente transposición estatal de directivas en materias de legislación compartida las reivindicaciones competenciales sustanciadas por las Comunidades Autónomas en la jurisdicción constitucional son relativamente escasas.

Dos recientes factores jurídico-constitucionales deben suscitar una nueva consideración de la importancia del respeto de la distribución competencial en relación con la transposición de directivas.

2.1.1 · ¿Una nueva garantía externa de la distribución constitucional de competencias?

El Derecho de la Unión proclama el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros, que incluye la «autonomía regional» como principio constitucional de la Unión Europea.

La cláusula del respeto de la identidad nacional, introducida sin más precisiones sobre su contenido por el Tratado de Maastricht (art. F.1 TUE) y mantenida en los mismos términos por el Tratado de Ámsterdam (art. 6.3),[52] ha sido revisada por el Tratado de Lisboa (siguiendo la estela del Tratado

52 Véase Bleckmann, Albert (1997): «Die Wahrung der "nationalen Identität"», *Juristenzeitung*, 52, núm. 6, pp. 265-269; de Witte, Bruno (1992): «Community Law and National Constitutional Values», *Legal Issues of European Integration*, pp. 1-22; Díez-Picazo Giménez, Luis María (2005): «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en M. Cartabia, B. de Witte y P. Pérez Tremps (dirs.), I. Gómez Fernández (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 437-448.

Constitucional).[53] La nueva y ampliada redacción incluida en el art. 4.2 TUE proporciona a la cláusula de la identidad nacional una densidad cuyas concretas manifestaciones pueden solaparse parcialmente con el principio de autonomía institucional y procedimental. El Derecho primario ha intentado identificar los aspectos cuya definición corresponde, en total autonomía, a los Estados miembros. El art. 4.2 TUE, en la versión introducida por el Tratado de Lisboa, señala lo siguiente: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». A diferencia del principio de autonomía institucional de los Estados miembros, el respeto de la identidad nacional puede moderar la primacía absoluta del Derecho de la Unión en ciertas circunstancias en beneficio del Derecho constitucional de uno o más Estados miembros.[54]

---

53 Pernice, Ingolf (2011): «Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 136, núm. 2, pp. 185-221; Von Bogdandy, Armin, y S. Schill (2010): «Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70, núm. 4, pp. 701-734 (se cita por la versión inglesa, «Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1454); Burgorgue-Larsen, Laurence (dir.) (2011): *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Ed. Pedone, París; Sarmiento, Daniel (2012a): «La construcción judicial de la identidad nacional. Comentario a las sentencias Sayn-Wittgenstein y Runevič-Vardyn del Tribunal de Justicia de la UE», en E. García de Enterría y R. Alonso García (dirs.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial – Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. II, Civitas, Madrid, pp. 3599-3622; así como los trabajos publicados en el núm. 556 de la *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* (2012) por S. Platon (2012), «Le respect de l'identité nationale des États membres: frein ou recomposition de la gouvernance?», pp. 150-158; j.-D. Mouton (2012), «L'État membre entre souveraineté et respect de son identité: quelle Union européenne?», pp. 204-209, y B. Nabli (2012), «L'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?», pp. 210-215.

54 Por su ubicación y su contenido, Von Bogdandy y Schill, «Die Achtung der nationalen Identität…», cit., argumentan que el art. 4.2 TUE es la cláusula de apertura al Derecho constitucional interno y de modulación del postulado de la primacía absoluta del Derecho de la Unión.

Las anteriores consideraciones pueden ser controvertidas. Así, Daniel Sarmiento ha sostenido recientemente que «la configuración constitucional de las autonomías no parece alinearse, en principio, con la definición que dan los Tratados de la identidad nacional», que «el Derecho de la Unión, al intervenir en espacios propios de la esfera de decisión autonómica o local, no ha de hacer una dejación en favor de una u otra por el hecho de que la distribución competencial se encuentre constitucionalmente garantizada», que «la estructura territorial descentralizada de un Estado miembro no forma parte, necesariamente, de la "identidad nacional" de aquél», y que «la distribución competencial entre Estado, regiones y municipios no forma parte de la "identidad nacional"».[55] Su postura se basa en el siguiente razonamiento: «De lo contrario, la Unión se encontraría ante una irresistible dificultad a la hora de garantizar que los Estados dan cumplimiento a sus obligaciones europeas, pues bastaría con denunciar un posible desequilibrio competencial a favor de un ente u otro para justificar una resistencia al Derecho de la Unión». El autor solo parece incluir dentro del término «identidad nacional» «una especial protección [atribuida por una ordenación constitucional] a un sujeto jurídico-político de forma singular» o aquellas materias no solo reguladas por la Constitución sino también sujetas a un régimen agravado de reforma: ello revelaría a su juicio que «estaríamos ante un elemento que para ese Estado miembro forma parte de un núcleo esencial, cuya reforma requiere un pronunciamiento especialmente cualificado del poder constituyente».

A mi juicio, dejando ahora al margen la cuestión de las competencias locales, la exclusión tajante del principio de autonomía de las nacionalidades y regiones como elemento integrante de la identidad nacional no se concilia con el razonamiento del mismo autor que se acaba de transcribir: ¿no es el

55 Sarmiento, Daniel (2012b): «La Unión Europea ante el Estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, pp. 12, 14. Vid. también Beltrán García, Susana (2010): «La inclusión de los principios de autonomía regional y local en el Tratado de Lisboa», en AA.VV., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, pp. 93-117; Beltrán García, Susana (2012): «El reconocimiento de la autonomía regional en el Tratado de la Unión Europea: ¿un avance para la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos», y Huici Sancho, Laura (2012): «La interpretación del principio de autonomía institucional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: incidencia en la autonomía regional y local», ambos trabajos en A. Olesti Rayo (coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 47-74 y 223-252, respectivamente.

derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones proclamado en el art. 2 en conexión con el Título VIII de la Constitución un pronunciamiento especialmente cualificado del poder constituyente?[56] Igualmente, la garantía constitucional de la foralidad supone un núcleo intangible.[57] Sin duda el debate está abierto, y solo el futuro dirá cómo abordará el Tribunal de Justicia las estructuras federales o compuestas de los Estados miembros que entren en conflicto con libertades fundamentales de la Unión.[58]

2.1.2 · La garantía interna de la distribución competencial: el nuevo bloque de constitucionalidad

El vigente «bloque de constitucionalidad» aborda explícitamente algo que no contemplaban los Estatutos de Autonomía aprobados y modificados durante las dos primeras décadas de régimen democrático y que constituía una reclamación doctrinal: la constitucionalización de la intervención autonómica en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión.[59] Los

---

56 Cfr., por ejemplo, López Castillo, Antonio (1996): *Constitución e integración* (CEC, Madrid), pp. 379-380: «el principio autonómico ha de tenerse por elemento configurador de la estatalidad constitucionalizada», o Solozábal Echavarría, Juan José (1995): «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, p. 63: «una disminución del grado efectivo de descentralización de nuestro sistema político, resultado del desapoderamiento competencial de las Comunidades Autónomas y de la atribución de facultades de coordinación y control al Estado central, al alterar las bases de la articulación territorial en el Estado español, acabaría afectando seriamente la legitimación de éste».

57 STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 4: la garantía constitucional de la existencia de un régimen foral que dimana de la disposición adicional primera CE «supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable [del] régimen foral tradicional».

58 Para un interesante análisis de la distinta actitud del Tribunal de Justicia, de mayor deferencia hacia los derechos constitucionales cuando entran en conflicto con las libertades fundamentales de la Unión, por una parte, y de menor consideración hacia las disposiciones también constitucionales sobre la estructura compuesta de los Estados miembros, vid. Cloots, Elke (2012): «The European Court of Justicie and Member State Federalism: Balancing or Categorisation», en E. Cloots, G. de Baere y S. Sottiaux (eds.), *Federalism in the Union*, Hart, Oxford, pp. 322-361.

59 Montilla Martos (2005): 152-153. Este autor advertía de que «la constitucionalización no garantiza un adecuado funcionamiento de las relaciones entre el Estado y las CCAA, pero sin duda la inclusión en la Constitución de los principios que la inspiran y los objetivos que se persiguen coadyuva a su inexcusabilidad».

Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Castilla y León, Aragón, Andalucía, Illes Balears y Navarra, reformados total o parcialmente entre 2006 y 2011, contienen disposiciones específicas que reiteran la regla de que la integración europea no altera la distribución interna de competencias y que proclaman la competencia autonómica sobre la ejecución del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de las competencias asumidas estatutariamente [art. 61.3 d) EACV;[60] art. 189 EAC;[61] art. 62.3 EACyL;[62] art. 93.2 EAAr;[63] art. 235 EAAnd;[64] art. 109 EAIB;[65] y

60 La Comunitat Valenciana «ostenta la competencia exclusiva para el desarrollo y ejecución de las normas y disposiciones europeas en el ámbito de sus competencias».

61 «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».

62 «La Comunidad aplica y desarrolla 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 establecida por la Constitución y el presente Estatuto».

63 «La Comunidad Autónoma de Aragón aplica y desarrolla 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».

64 «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».

65 «Es competencia de la Comunidad Autónoma el desarrollo y la ejecución del derecho comunitario de acuerdo con sus competencias. En el caso de que sea ineludible realizar la transposición del derecho europeo en las materias de su competencia exclusiva por normas estatales, 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».

art. 68.1 LORAFNA[66]].[67] A juicio de la doctrina, las nuevas disposiciones «no introducen novedades significativas […] pero anclan en el bloque de constitucionalidad algunas reglas importantes que hasta hoy tenían solo una base doctrinal y jurisprudencial».[68]

En algunos Estatutos la competencia autonómica de desarrollo y ejecución del Derecho de la Unión ha quedado singularizada de forma expresa: no se trata propiamente de *una materia nueva*, sino un tipo especial de competencia sobre materias sobre las que se dispone de competencia.[69] Así, los Estatutos de Autonomía de Cataluña (art. 113),[70] de Andalucía (art. 42.2.4º) y de Extremadura (art. 12.1)[71] clasifican la competencia autonómica de desarrollo y ejecución del Derecho de la Unión como el cuarto tipo

---

66 «La Comunidad Foral de Navarra aplica, ejecuta y desarrolla 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 la presente Ley Orgánica».

67 Vid. Albertí Rovira (2006): 98-103; Martín y Pérez de Nanclares, José (2010): «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autonómico sin reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, pp. 45-90; Ordóñez Solís, David (2010a): «Las cláusulas europeas de los nuevos Estatutos de Autonomía en la perspectiva del Tratado de Lisboa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 77, pp. 131-170; Carmona Contreras, Ana (2012): «Art. 235», en P. Cruz Villalón y M. Medina Guerrero (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, vol. IV, Parlamento de Andalucía, Sevilla, pp. 3192-3202.

68 Albertí Rovira (2006): 102, aunque menciona «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 competencias y de los principios de lealtad constitucional y de colaboración entre todas las instancias de gobierno».

69 Cabe recordar que la jurisprudencia constitucional había entendido que la capacidad de las Comunidades Autónomas para ejecutar e incorporar el Derecho de la Unión no era una competencia nueva o distinta que hubiera de fundamentarse en un título específico, sino que eran las competencias existentes sobre las diversas materias las que determinaban esa capacidad. Vid. STC 252/1988, de 20 de diciembre.

70 «Artículo 113. *Competencias de la Generalitat y normativa de la Unión Europea*.
»Corresponde a la Generalitat el desarrollo, la aplicación y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de sus competencias, en los términos que establece el Título V».

71 «Son funciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura el desarrollo y, en su caso, la ejecución de la normativa de la Unión Europea en los ámbitos materiales de competencia autonómica».

de competencias asumidas, junto a las exclusivas, las compartidas y las ejecutivas.

Cabe destacar que las impugnaciones de los apartados 2 y 3 del art. 189 EAC fueron desestimadas por la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 123, afirmando entonces el Tribunal Constitucional que «de acuerdo con una reiterada y conocida doctrina constitucional (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 4), no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia».

Este «bloque de constitucionalidad» revisado y declarado constitucionalmente conforme debe ser el punto de partida de una aplicación y una interpretación más rigurosa de las normas de delimitación de competencias.[72] El «rescate» estatutario de la competencia autonómica para la transposición de directivas que inciden en el ámbito de las propias competencias debe ir acompañado de voluntad política para ejercerla. De otra forma, se volvería a la situación anterior.

2.2 · La articulación competencial en la transposición de directivas

2.2.1 · Directivas que requieren la adopción interna de normas sustantivas

A la vista del bloque de constitucionalidad, parece claro que la actual práctica estatal de transposición de directivas, consistente en la adopción sistemática de una norma estatal, a menudo de contenido meramente reiterativo, a la que se reconoce carácter básico, invocando un combinado de títulos competenciales estatales, necesita reconsideración.

---

72 Sin entrar en su adecuación al texto constitucional, el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (2008) subraya que las nuevas previsiones estatutarias (arts. 189.3 EAC y 235.2 EAAnd) apuntan a «un previsible reforzamiento, en la línea de una mayor reivindicación, de las competencias autonómicas» en materia de transposición de directivas. Vid. Consejo de Estado (2008): 114, 137.

El punto de partida para una correcta interpretación de la relación entre la legislación básica estatal y la legislación autonómica de desarrollo, en las materias en las que las instituciones de la Unión tienen competencia para adoptar directivas, debe ser el siguiente. La competencia normativa de la Unión que se expresa a través de las directivas reduce de forma directa *ante todo* el margen de apreciación y de configuración del legislador básico estatal, aunque cuando la regulación de la directiva es particulamente intensa y detallada puede reducir *también* el margen de desarrollo legislativo del legislador autonómico.[73] Por eso puede afirmarse que «en la ejecución normativa del derecho comunitario el campo para dictar normas básicas debería, en general, reducirse ostensiblemente»;[74] y no, como ocurre, actualmente, ampliarse notablemente. El legislador básico estatal tiene dos límites: por un lado, con arreglo al Derecho de la Unión está sometido a los límites y al margen de configuración que le permita la directiva correspondiente; por otro lado, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias, debe dejar margen suficiente para que el legislador autonómico desarrolle las bases estatales.[75] Ambos límites –europeo e interno– no deben confundirse, ni sobre todo intercambiarse, de forma que la reducción del margen de configuración del legislador básico estatal como consecuencia del ejercicio por la Unión de su competencia normativa se transforme inmediatamente en una reducción de la competencia autonómica de desarrollo legislativo o, incluso, de la competencia autonómica exclusiva de legislación.

En principio, toda directiva deja margen de intervención normativa, mayor o menor, al legislador interno. Dependiendo de la densidad normativa de la directiva, ese margen conferido al legislador interno les corresponderá, en el ámbito de las competencias compartidas, al legislador estatal y al legislador autonómico conjuntamente, o al legislador autonó-

---

73 En el mismo sentido Pérez Tremps (1987): 118: «la absorción de competencias de los Estados miembros que realiza la Comunidad Europea se corresponderá fundamentalmente al núcleo básico de una materia, por lo que su incidencia afectará más a la competencia de la legislación básica que a la de desarrollo que corresponda a las Comunidades Autónomas»; y Baquero Cruz (1997): 17: «muchas de las competencias que antes fueron normativas (bases, etc.) ahora pasan a ser de ejecución de la normativa comunitaria, y esta competencia debería corresponder a las CCAA […] pues la Unión tiende a absorber las competencias normativas originalmente correspondientes al Estado central».

74 Bustos Gisbert (2005): 391.

75 Ordóñez Solís (2010b): 13.

mico exclusivamente. La respuesta de qué instancia debe transponer una directiva dada en materia de competencias legislativas compartidas, por tanto, no tiene una respuesta única y requiere tener en cuenta dos variables: por un lado, el programa normativo y la densidad de la regulación contenida en la directiva;[76] por otro lado, la distribución constitucional de competencias.

Como cuestión previa, para encuadrar materialmente de forma correcta el objeto de la norma de transposición, debe partirse del objeto y la finalidad de la propia norma que ha de ser transpuesta. El encuadramiento no debe partir desde la finalidad asignada a la norma de transposición, pues se corre el riesgo de que, al transponer la directiva al Derecho interno, cambie su naturaleza y se convierta en una norma con un *telos* diferente.[77] El Tribunal Constitucional ha señalado que «prestar atención a cómo se ha configurado una institución por la normativa comunitaria puede ser no solo útil, sino incluso obligado para proyectar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial, máxime cuando la institución o las técnicas sobre las que versa la disputa carecen de antecedentes en el Derecho interno (STC 13/1998, de 28 de junio, FJ 3)» (STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 4). Este criterio lo aplicó el Tribunal Constitucional a la hora de determinar el órgano competente para aplicar un Reglamento comunitario que establecía un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, y nada permite pensar que el punto de partida deba ser distinto por lo que respecta a la transposición de directivas.

Si el Estado tiene un título competencial sectorial en la materia cubierta por la directiva, debe examinar el programa normativo y la densidad de la directiva. Si la directiva agota o va más allá del ámbito de lo básico, debe entenderse que hay coincidencia funcional entre lo establecido por la directiva y el alcance de la competencia básica estatal. El interés en establecer un «común denominador normativo» vinculante para el conjunto del Estado debe entenderse satisfecho si, tras la aprobación de una directiva, ese «común denominador normativo» ya existe con carácter vinculante en

---

76 Vid. en el mismo sentido Bustos Gisbert (2005): 390; también López Castillo (1992): 143: «serán las materias reguladas y el alcance de esa regulación lo que defina su régimen de desarrollo y ejecución, quedando descartados criterios de tipo formal».

77 Baño León, José María (1989): «La ejecución autonómica del Derecho comunitario ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 252/1988, de 20 de diciembre», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 62, pp. 259 y sigs.

un ámbito determinado para el conjunto de la Unión.[78] El temor de que, en el marco establecido por la directiva, las Comunidades Autónomas puedan establecer normativas no coincidentes entre sí no justifica la intervención de los órganos centrales del Estado,[79] pues ello es intrínseco con el principio constitucional de autonomía (art. 2 CE). Además, en relación con la transposición de directivas el ejercicio de las competencias legislativas autonómicas puede conducir a una sana competición de las Comunidades Autónomas entre sí por establecer la «mejor» regulación. En cualquier caso, el Estado debe abstenerse de adoptar bases estatales meramente reiterativas del contenido de una directiva, para no incrementar la complejidad normativa aumentando el número de escalones normativos[80] y para no generar problemas de difícil solución jurídica como los abordados anteriormente

---

78 Así, desde la perspectiva constitucional alemana, Haslach, Christoph (2004): «Zuständigkeitskonflikte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien?», *Die Öffentliche Verwaltung*, p. 18.

79 Haslach (2004): 18.

80 Un problema similar se detectaba en Alemania con la legislación marco. En las materias en las cuales la Federación solo disponía de competencia para la legislación marco, una vez aprobada una directiva el legislador federal trataba de descubrir espacios vacantes para sus disposiciones marco. Los *Länder* tenían entonces que desarrollar las directivas europeas y las disposiciones marco de la Federación. El interrogante, señalaba la doctrina alemana, era qué quedaba para la competencia legislativa de los *Länder*. Vid. Mende, Susann (2010): *Kompetenzverlust der Landesparlamente im Bereich der Gesetzgebung – Eine empirische Analyse am Beispiel des Sächsischen Landtages*, Baden-Baden, Nomos, p. 112. Determinados *Länder*, a través de su participación en el Bundesrat, abogaban por una transposición de recepción literal en el nivel federal, pues ello les permitía un desarrollo legislativo menos constreñido. Vid. Schwarze, Jürgen (2007): «Richtlinienumsetzung "eins zu eins"», en R. Pitschas y A. Uhle (eds.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für R. Scholz*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 175. Por otra parte, uno de los motivos de la supresión de la legislación marco en la reforma constitucional alemana de 2006 fue precisamente que «la categoría de la legislación marco, con la necesidad de dos procedimientos legislativos encadenados a nivel federal y de los *Länder*, se había mostrado especialmente ineficaz en el caso de la transposición del Derecho europeo, sin que, en los demás casos, se pudiera valorar positivamente el resultado ofrecido» (Naranjo de la Cruz, Rafael (2006): «La reforma del sistema de atribución de competencias en la Ley Fundamental», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, 2006, pp. 125-159, aquí 155). Sobre las razones de la supresión de la legislación marco, vid. también Arroyo Gil, Antonio (2009): *La reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 73-74.

(1.2.3.1).[81] Cuando el Estado aprecie tal coincidencia, debe informar cuanto antes a las Comunidades Autónomas de esa circunstancia para asegurar la incorporación ordenada y tempestiva de las disposiciones de la directiva por aquellas. En consecuencia, la vía para la directa intervención autonómica debe quedar inmediatamente expedita, sin necesidad de interposición estatal.[82]

Si, por el contrario, la directiva no agota el ámbito de lo básico, el Estado puede desarrollar la directiva hasta donde llegue funcionalmente el ámbito de lo básico de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Si el margen es pequeño o insignificante, el Estado puede decidir no adoptar normas adicionales, en cuanto que la función de uniformidad normativa asignada a las bases estatales ya está garantizada por la regulación de la directiva.[83] Cuanto más margen de actuación deje a los Estados miembros, se puede presumir que mayor será la capacidad de las instancias centrales para «completar» lo básico en la materia.[84] Si hay margen tanto para que el Estado agote el ámbito de lo básico como para que las Comunidades Autónomas adopten una legislación de desarrollo a partir de la normativa europea y básica estatal, ello dará lugar eventualmente a una transposición

---

81 Una voz discrepante a este respecto es la de Montilla Martos (2005): 192-193, quien insiste en que «el Estado no puede perder, en el plano jurídico-constitucional, la capacidad normativa para dictar bases que le asigna la Constitución territorial» y, en consecuencia, defiende la obligación de las instancias estatales en dictar una norma básica recepticia porque a ello les obligaría el propio título competencial estatal. El autor aduce dos argumentos adicionales sobre la necesidad de intermediación estatal: la inclusión de las tablas de vigencia y la fijación de la entrada en vigor de la directiva. Sin embargo, ello no es impedimento para la transposición autonómica directa de la directiva: de un lado, las normas autonómicas pueden cumplir los requisitos establecidos a este respecto; de otro, cada directiva establece la preceptiva fecha de entrada en vigor, a la que debe adecuarse la incorporación interna. Y no resulta coherente que el autor aluda a dichos obstáculos en el ámbito de las competencias compartidas y los ignore cuando el Estado no tiene título competencial alguno para la transposición (*ibid.*, 188-189). Tales obstáculos operarían siempre, con independencia de la distribución competencial interna. El propio autor parece sostener que «si el Estado no establece las normas básicas de incorporación del Derecho de la Unión, cuando tenga título competencial para ello, la CA podrá hacerlo sin esperar a esa actuación del Estado, para evitar el incumplimiento de las obligaciones europeas» (*ibid.*, 199).

82 Carmona Contreras (2012): 3199.

83 Esta posibilidad admite Ordóñez Solís (2010a): 165, aunque con cierta cautela: «al menos en teoría, podía sostenerse la posibilidad de una transposición de las directivas si el legislador básico estatal poco pudiese añadir a lo ya establecido por las directivas».

84 En sentido parecido, Pérez Tremps (1987): 119.

escalonada y por tramos por el Estado y por las Comunidades Autónomas, cada uno en el ámbito de sus competencias.[85] La articulación de las competencias normativas –europeas, estatales y autonómicas– que confluyen sobre una misma materia resultará especialmente problemática,[86] pero ello no constituye un argumento para ignorar o alterar la distribución interna de competencias.

Si el Estado no tiene un título competencial sectorial en la materia cubierta por la directiva y se plantea utilizar un título horizontal, debe examinar el programa normativo y la densidad de la directiva. Si la directiva impone ya los principios comunes aplicables al sector económico de que se trate, debe entenderse que esos principios comunes constituyen «ordenación general del sector» en el sentido del art. 149.1.13 CE, de forma que «la competencia autonómica, por lo demás exclusiva, debe conectarse con la norma comunitaria y no quedar diluida por la intervención interna estatal».[87] El Estado no tiene que reproducir una norma europea mediante una norma estatal que, sustantivamente, nada aporta. Si la directiva no impone directamente principios comunes sino que reclama una intervención normativa de carácter horizontal con arreglo a determinados principios, el Estado podría acudir a su título horizonal. Este sería el caso de una norma similar a la Directiva de Servicios, que reclamaba una amplia reforma de las técnicas de intervención administrativa sobre las actividades privadas, algo que propiamente corresponde al Estado en virtud de sus competencias sobre «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», «procedimiento administrativo común» y «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas» *ex* art. 149.1.18 CE.

Antes incluso de que se consagrara en diversos Estatutos de Autonomía, algunos autores rechazaron la interpretación expuesta sobre la relación entre la legislación básica estatal y la legislación autonómica de desarrollo, en las materias en las que las instituciones de la Unión han dictado directivas. Así, para Pérez Calvo, que califica la interpretación expuesta de concepción «métrica» de lo básico, la normativa básica constituye no solo un límite para la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas, sino también «un instrumento positivo que la Constitución pone en manos del Estado para

85 La idea de transposición por tramos en materias de competencia legislativa compartida en Muñoz Machado (1986): 102.

86 Albertí Rovira (2006): 97; Carmona Contreras (2012): 3201.

87 Tornos i Mas (1991a): 39.

llevar a cabo determinadas políticas». En consecuencia, a juicio de dicho autor, «la normativa básica no puede concebirse como un concepto metafísico y fijo, ajeno, a las voluntades políticas, sino, al contrario, directamente conectado con la voluntad política del competente», por lo que «puede ser objeto de variaciones, no solo en cuanto a los contenidos, lo cual es evidente, sino también, en cuanto a la extensión de esos mismos contenidos. […]. Eso significa que, en unos casos, la base puede abarcar mayor espacio normativo […] o menor espacio normativo».[88]

Es cierto que no hay que asumir un automatismo en relación con la sustitución u ocupación normativa del ámbito de lo básico por lo dispuesto en una directiva. Salvo error de quien escribe, ningún autor ha defendido estrictamente tal automatismo,[89] así como tampoco nadie ha defendido algo que iría más allá, la «tesis que niega al Estado su capacidad de dictar bases en ejecución del derecho comunitario».[90] La competencia estatal de legislación básica no desaparece, caduca o se extingue, claro está, por el hecho de que exista una directiva de la Unión Europea. Como señala Pérez Tremps, «[n]o puede entenderse que esa absorción de la competencia de regulación básica que posee el Estado por parte de la Comunidad sea algo mecánico en cada supuesto de uso de directivas. Muchas variables habrán de tenerse en cuenta para determinar en esos supuestos dónde acaba la competencia estatatal y dónde la autonómica».[91] El programa normativo o la densidad

---

88 Pérez Calvo (1989): 206. El argumento se reitera en Pérez Calvo, Alberto (1993): *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, pp. 238-245.

89 La postura doctrinal que podría estar más cercana a ese posicionamiento es la de Urrutia Libarona, Iñigo (2012): «Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios», en A. Nogueira López (coord.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Madrid, p. 65, quien habla de la «imposibilidad material» del ejercicio por el Estado de su competencia para dictar las bases, cuando el espacio material correspondiente ha resultado colmado por la norma europea, si bien afirma que el Estado no pierde la capacidad como tal para dictar las bases que le reconoce la Constitución.

90 Por tanto, creo que Pérez Calvo (1989) y (1993): 232 y sigs. pone la venda antes que la herida cuando se ocupa de discutir «la tesis que niega al Estado su capacidad de dictar bases en ejecución del derecho comunitario».

91 Pérez Tremps (1987): 119. En un trabajo posterior, el autor precisa su posición al hilo de la crítica formulada por Pérez Calvo (1989): 206, reproducida en el texto: «el concepto de bases supone siempre un margen de actuación para el poder estatal que debe fijarlas; por otro lado, según se desprende de la Constitución y así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, las bases tienen por finalidad garantizar un núcleo de uniformidad dentro de todo el territorio. Pues bien, en la medida en que la actuación de la

normativa de una directiva puede obligar al Estado en ocasiones a reconsiderar los contornos de lo básico a la vista de lo que exige o lo que permite aquella norma, y en su caso a introducir algunos ajustes en la existente normativa básica en forma de normas adicionales. Pero debe rechazarse una concepción «móvil» o «extensible» de las bases en función de la voluntad política de la instancia competente o del desarrollo material del Derecho de la Unión.[92] El planteamiento de Pérez Calvo persigue preservar para el legislador básico un margen de decisión política, pero lo hace a costa de la competencia autonómica de desarrollo legislativo: si se atribuyen competencias normativas a la Unión Europea, el perdedor en dicho proceso no puede ser solo o principalmente la instancia autonómica.[93] La frontera entre lo básico y lo que corresponde decidir a las Comunidades Autónomas no es fija e inamovible, pero lo esencial es que, después de la definición de lo básico por las instancias centrales, «cada Comunidad, en defensa del propio interés general, p[ueda] establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1). Es cierto que la jurisprudencia constitucional es condescendiente en lo tocante a la variabilidad del contenido de las bases estatales por razones

---

Comunidad Europea basada en "la atribución del ejercicio de competencias" realizada en favor suyo tiende a garantizar también una uniformidad, hay una presunción, o, si se quiere, puede haber una línea de interpretación, consistente en entender que el núcleo básico de uniformidad se ha trasladado a la Comunidad Europea. Ello no quiere decir que los dos círculos de uniformidad, el estatal y el comunitario, tengan que ser exactamente concéntricos y de la misma extensión, ni que todo lo que sea uniforme en España tenga que serlo también en Europa y al contrario; a lo mejor en Europa se imponen uniformidades que aquí nos parecen, incluso, absurdas; y, viceversa, el núcleo de uniformidad del Estado español por determinadas razones, valorables en cada caso, puede ser mayor de lo que se establece en Europa. Sin embargo, creo que como línea metodológica, y puesto que la justificación de la normativa europea y la justificación de la normativa básica estatal son la misma (la uniformidad), debe partirse no de una identidad pero sí de un acercamiento entre esos dos ámbitos de actuación». Vid. Pérez Tremps, Pablo (1989): «Derecho comunitario y bloque de la constitucionalidad», en Pérez Calvo, Alberto (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, p. 210. En términos parecidos Montilla Martos (2005): 190.

92 En sentido parecido, Montilla Martos (2005): 186, 189, 194.

93 Aunque no es el tema aquí abordado, debe subrayarse que el poder ejecutivo estatal ya obtiene una nada desdeñable compensación en el seno de la organización supranacional por la pérdida de competencias normativas internas, tanto estatales *como autonómicas*: mediante su participación en el principal órgano decisorio de la Unión, el Consejo.

políticas,[94] pero ello no significa que el alcance de las bases estatales pueda expandirse ilimitadamente en función de la voluntad política de la instancia competente o, como se postula en relación con la transposición de directivas, en función del desarrollo material del Derecho de la Unión.

Las consideraciones anteriores sobre la eventual sustitución de la relación bases-desarrollo por la relación directiva-incorporación interna se basan en la asunción de que entre la directiva y la norma autonómica no es necesario, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, que se interponga una norma estatal de recepción de la directiva o una norma estatal de carácter básico. La doctrina más autorizada ha defendido el criterio de que la competencia autonómica puede conectarse de forma directa con la norma comunitaria.[95] Ello es evidente cuando el Estado carece de título

---

94 En materia de medio ambiente, vid., por ejemplo, STC 69/2013, de 14 de marzo, FJ 3: «la anticipación de la normativa autonómica no invalida el carácter básico de la normativa aprobada con posterioridad por el Estado, "con las consecuencias correspondientes para las normas de todas las Comunidades Autónomas en cuanto a su necesaria adaptación a la nueva legislación básica" (STC 158/2011, de 19 de octubre, FJ 8), pues "no puede pretenderse que el ejercicio previo de una competencia autonómica en una materia […] produzca, por esa sola razón, una suerte de efecto preclusivo que impida al Estado el ejercicio de sus propias competencias […] De este modo, si se reconoce que el Estado tiene la competencia para desarrollar las bases en una determinada materia, esa competencia integra la capacidad para modificar la regulación básica, de modo tal que el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear esa capacidad de revisión por parte del Estado, bajo el argumento de que la nueva normativa básica va contra los dictados de las disposiciones autonómicas previas" [STC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b)]». Vid. también STC 31/2012, de 28 de junio, FJ 60.

95 Tornos Mas, Joaquín (1985): «La distribución de competencias», en Eliseo Aja, Joaquín Tornos, Tomás Font, Juan Manuel Perulles y Enoch Albertí: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, p. 135; Mangas Martín, Araceli (1986), *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, p. 255; Muñoz Machado (1986): 104; Pérez Tremps (1987): 120; Mangas Martín (1990): 74; Alonso García, Ricardo (1990): «La ejecución del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 121, p. 234; Tornos i Mas (1991a): 39; López Castillo (1992): 143; Jiménez Asensio (2001): 279; Vernet i Llobet y Jaria i Manzano (2004): 148; Montilla Martos (2005): 188-189.

También propone la sustitución del Derecho federal o estatal de Estados compuestos como Alemania y España por el Derecho de la Unión, a fin de que la legislación de los entes subestatales se conecte directamente con las directivas europeas: Bussjäger, Peter (2004): «Implementing and Enforcing EU Law at Regional Level», en Roberto Toniatti, Francesco Palermo y Marco Dani (eds.), *An Ever More Complex Union – The Regional Variable as a Missing Link in the EU Constitution?*, Baden-Baden, Nomos, p. 178. En el

competencial,[96] y no tiene por qué ser distinto con relación a las competencias compartidas, siempre que la directiva haya previamente agotado el ámbito de lo básico. El argumento principal a favor de lo que Muñoz Machado llamó la «competencia impaciente autonómica»[97] era la doctrina constitucional sobre el alcance material de las bases: si la atribución al Estado de la competencia legislativa sobre las bases no exige que el Estado tenga que adoptar formalmente las bases de una materia para que las Comunidades Autónomas pudieran ejercer sus competencias de desarrollo legislativo, lo mismo ha de valer para la incorporación de las directivas al ordenamiento interno.[98] Argumentos adicionales apuntaban al «efecto sustitutorio del artículo 93 [CE] en las competencias de las Instituciones nacionales (estatales y autonómicas) y también en razones de evidente pragmatismo en la simplificación de los escalones normativos que intervendrán en la aplicación del Derecho Comunitario por las Comunidades Autónomas».[99] Es claro que el Derecho de la Unión no cuestiona dicho criterio, que se extrae y se fundamenta en la autonomía institucional del Estado miembro para organizar internamente el desarrollo y la ejecución del Derecho de la Unión. De hecho, la práctica interna muestra algunos casos de anticipación autonómica en la transposición de directivas, por ejemplo, en los ámbitos de la evaluación de impacto ambiental y el control integrado de la contaminación, propiciada sin duda por el retraso estatal en la transposición.[100]

Incluso antes de las reformas estatutarias cuyo contenido será examinado a continuación, el Tribunal Constitucional parecía admitir esa posibilidad de forma tácita. En la STC 102/1995 (FJ 14) señaló que, si bien la necesaria adaptación del Derecho interno a las directivas de la Unión «puede llevar en ciertos casos a dictar normas internas de contenido prácticamente uniforme para todo el territorio de la Nación, tal regulación solo corresponde hacerla al Estado mediante normas de carácter básico en la medida en que lo permitan la Constitución y los Estatutos de Autonomía». Si normas internas uniformes solo serán posibles en la medida en que lo permita el bloque de

---

mismo sentido, en relación con Alemania: C. Haslach, «Zuständigkeitskonflikte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien?», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2004, pp. 18-19.

96 Jáuregui Bereciartu, Gurutz (1986): *Las Comunidades Autónomas y las relaciones internacionales*, IVAP, Oñati, pp. 154-155; Montilla Martos (2005): 188.

97 Muñoz Machado (1986): 104.

98 Pérez Tremps (1987): 120.

99 Mangas Martín (1986): 254; Mangas Martín (1990): 74.

100 Vid. Alba Nogueira, capítulo VI, apartado 4.3.

constitucionalidad, no se descarta la posibilidad de que, en ciertos casos, no existan normas internas uniformes, lo que parece implicar la posibilidad de una transposición autonómica directa de la directiva.[101]

Con las reformas estatutarias, el criterio de sustitución de la relación bases-desarrollo por la de directiva-desarrollo autonómico ha sido acogido expresamente por el bloque de constitucionalidad (arts. 189.3 EAC y 235.2 EAAnd). El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (2008) también parece dar por válido ese criterio a la luz de las previsiones estatutarias que explícitamente lo contemplan.[102] Más aún, la jurisprudencia constitucional ha corroborado la validez de la regla recogida en el art. 189.3 EAC de que una Comunidad Autónoma puede adoptar legislación de desarrollo a partir de las normas europeas que sustituyan a la normativa básica del Estado en una materia, aunque imponiendo –a través de la técnica de la interpretación conforme– un importante condicionamiento: «una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases» (STC 31/2010, FJ 123).[103]

---

101 Con todo, Montilla Martos (2005): 189 considera que existe cierta desconfianza jurisprudencial hacia dicha posibilidad.

102 Consejo de Estado (2008): 116. No obstante, el informe se plantea después la posibilidad de que «viéndose afectado el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas por la existencia misma de una normativa europea de alcance general, se haga imprescindible la aprobación de una normativa básica o armonizadora por parte del Estado –incluso referida a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas–, como denominador común a respetar por todas las regulaciones autonómicas». La respuesta que se da el propio informe es negativa: «en la actualidad no existe previsión normativa alguna que, de modo expreso y directo, contemple esa posibilidad». No obstante, el argumento se desarrolla de nuevo en la pp. 125-126, y se arguye entonces que la armonización podría producir incluso con carácter preventivo «pues la Constitución no lo prohíbe expresamente (aunque se apunta la solución contraria en la STC 76/1983)».

103 Junto a dicha reserva específica, conviene recordar otra reserva general derivada también de la doctrina del Tribunal Constitucional: la imposibilidad de «blindar» las competencias autonómicas exclusivas frente a los órganos centrales del Estado. La exclusividad de las competencias autonómicas pretendida por el legislador estatutario debe ceder ante la interpretación amplia que la STC 31/2010 atribuye a las competencias estatales, que

Cabe resaltar que el propio Tribunal Constitucional utiliza y, por tanto, da por buena la expresión «sustitución» empleada por el art. 189.3 EAC.

El alcance de la posibilidad reconocida en las disposiciones estatutarias analizadas puede ser controvertido.[104] En efecto, la idea de «sustitución» puede referirse a dos supuestos distintos: a) la nueva regulación europea aplicable en una materia viene a desplazar «sustituyendo» a la norma estatal que, con carácter básico, regía en esa materia («sustitución normativa»); b) la nueva regulación europea ocupa, por su densidad normativa, la totalidad del ámbito de lo básico en una materia dada, de forma que el Estado, a quien corresponde constitucionalmente la competencia sobre la legislación básica, ya no tiene espacio libre para poder adoptar normas adicionales de carácter básico, con independencia de que el Estado hubiera agotado anteriormente el ámbito de lo básico («ocupación normativa»).

La regla proclamada por los arts. 189.3 EAC y 235.2 EAAnd debe valer para los dos supuestos mencionados, la «sustitución» y la «ocupación normativa».[105] La expresión «sustitución» no puede entenderse referida a una relación entre «normas» o «productos normativos», sino en términos funcionales. Las normas europeas no sustituyen, derogan o modifican las normas internas. La exigencia de que, por un lado, existie-

---

operan incluso sobre las materias exclusivas de las Comunidades Autónomas y que se proyectan «cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración» (FFJJ 64 y 66). Para una valoración de dicha jurisprudencia puede verse de la Quadra-Salcedo Janini, Tomás (2010): «El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, pp. 287-314, y, críticamente, Viver Pi-Sunyer, Carles (2011): «El Tribunal Constitucional: ¿"siempre solo… e indiscutible"? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 319-351. También debe leerse García Couso, Susana (2012): «El reparto de competencias tras las últimas reformas estatutarias (su alcance tras el control efectuado por el Tribunal Constitucional)», en V. Garrido Mayol (dir.), *La solidaridad en el Estado autonómico*, Fundación Profesor Manuel Broseta-Universitat de València, Valencia, pp. 65-95.

104 Así, Martín y Pérez de Nanclares (2010) señala que la adopción autonómica de normas de desarrollo a partir de las normas europeas es «en todo caso, una posición en teoría perfectamente acorde en su planteamiento con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pero en la práctica no siempre será sencillo determinar la "sustitución" de la normativa básica del Estado por la legislación comunitaria».

105 Vid. Albertí Rovira (2006): 96-98. En contra, Ordóñez Solís (2010a): 165.

ra una normativa básica estatal y de que, por otro, esa normativa fuera sustituida en su conjunto por la regulación contenida en la directiva resultaría extremadamente restrictiva[106] y sin apenas utilidad práctica. De lo que se trata es de si, una vez adoptada una directiva, el legislador básico estatal sigue teniendo margen para regular las bases de la materia o no, con independencia de que antes hubiera adoptado una normativa básica. La sustitución relevante es la que se produce en la *función* del legislador estatal por las instituciones de la Unión. Así lo venían entendiendo los autores que habían defendido el desarrollo directo de las directivas por las Comunidades Autónomas.[107]

Solamente cuando la norma europea no haya agotado el ámbito de lo básico, le corresponde al Estado adoptar las normas necesarias para completar la legislación básica de la materia o para modificar la legislación básica existente de acuerdo con lo previsto en la directiva. Pero cuando exista coincidencia entre lo regulado por la norma europea y el ámbito de lo básico según la delimitación competencial interna, es innecesario que el Estado se interponga para reproducir las normas europeas mediante normas estatales de carácter básico. Como regla interpretativa puede presumirse que hay ocupación normativa del ámbito de lo básico por una directiva cuando la regulación que contiene es amplia y detallada. Solo cuando la directiva contenga una regulación de principios que admite varios desarrollos o varios modelos para alcanzar los objetivos perseguidos cabe entender que hay un espacio básico no ocupado por la directiva y que el Estado puede desarrollar, pues si no hay espacio para el desarrollo normativo será señal de que el ámbito de lo básico ha sido ya consumido por el ejercicio por la Unión de su competencia normativa.

Afirmada la competencia autonómica para transponer una determinada directiva, teniendo presente tanto el alcance de su regulación como la distribución competencial interna, es evidente que la instancia autonómica no tiene que esperar plazo alguno, ni por supuesto dejar que transcurra

---

106 Ordóñez Solís (2010a): 165 así lo reconoce: «los supuestos a los que se refieren estas cláusulas estatuarias son limitados».

107 Vid. Alonso García (1990), 234-235: cuando el contenido de la norma europea cubra el concepto interno de norma básica, «la intervención de las instituciones comunitarias habrá supuesto, en principio, una sustitución del Estado *en el papel* que antes de la misma le correspondía, por lo que las Comunidades Autónomas podrán proceder al desarrollo directo de la norma europea» (énfasis añadido).

el plazo de transposición establecido por la propia directiva,[108] lo que implicaría que la transposición autonómica solo fuera constitucionalmente posible con infracción de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión.

2.2.2 · Directivas que pueden requerir la adopción estatal de normas de articulación, de medidas de aseguramiento o de medidas de carácter supraterritorial

Las anteriores consideraciones se refieren al supuesto ordinario de las directivas que reclaman la adopción o el desarrollo de normas sustantivas, que serán aprobadas por la instancia competente, el Estado o las Comunidades Autónomas. Pero, en ocasiones, el cumplimiento de una Directiva exige la adopción de disposiciones que solo el Estado puede adoptar.[109]

No nos referimos al supuesto, más o menos habitual, de que convenga que el Estado delimite sus propias competencias de aplicación de la directiva así como su ejercicio por los órganos estatales, porque le parece oportuno adoptar esa regulación en el ámbito de sus competencias, o porque contribuye a aclarar lo que según su opinión corresponde, *a sensu contrario*, a las Comunidades Autónomas. Esas normas no tendrán la condición de básicas, al referirse exclusivamente a la Administración General del Estado. Esas normas las adopta el Estado para dar cumplimiento, en el ámbito de sus competencias explícitas, a las obligaciones de la Directiva. En este sentido puede traerse a colación un fragmento de la STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 12, no sin advertir que el problema entonces suscitado era si determinadas disposiciones accesorias incluidas en un real decreto-ley adoptado para la transposición de unas directivas poseía la necesaria conexión de sentido con la finalidad a la que respondía la norma de urgencia:

> Además, es preciso destacar que el principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros, que viene consagrado desde hace décadas por el Derecho comunitario europeo y se recoge actualmente en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea, prescribe con carácter general que «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones

108 En contra, sin aportar justificación: Ordóñez Solís (2010b): 15.
109 Vid. Tornos i Mas (1991a): 42-43.

> derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión». Por tanto, cuando las autoridades de un Estado miembro se proponen incorporar al Derecho interno el contenido de una directiva, no tienen por qué limitarse a incorporar únicamente las medidas requeridas explícitamente por dicha norma europea, sino que, conforme al Derecho de la propia Unión, deben también adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones» resultantes del acto de la Unión que se pretende incorporar al Derecho interno. En suma, no puede considerarse que la inclusión de una referencia normativa al marco básico de atribuciones y potestades aplicable al objeto de regulación que se pretende introducir o modificar carezca de la necesaria conexión de sentido con la finalidad a la que responde la normativa contenida en el real decreto-ley.

En este fragmento de la STC 1/2012 se subraya que las autoridades de un Estado miembro «deben también adoptar "todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones" resultantes del acto de la Unión que se pretende incorporar al Derecho interno». Ese mandato, inserto en el principio de cooperación leal, apela a la leal toma en consideración por los Estados miembros de los instrumentos jurídicos, los procedimientos administrativos y las vías procesales cuya creación o modificación impone en cada sector o en el conjunto del ordenamiento la aplicación correcta de las obligaciones comunitarias. Así pues, si el Estado considera que una directiva, a pesar de afectar a una materia o al espacio normativo perteneciente a la competencia autonómica, requiere para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones que se adopten determinadas medidas que solo el Estado puede adoptar –por ejemplo, medidas penales, procesales, etc.–, esas «medidas de aseguramiento» han de ser adoptadas por las instancias estatales.

Otro supuesto que puede fundamentar la adopción estatal de disposiciones es el de una directiva que exija del Estado la elaboración de un plan o programa común en una materia en que las competencias son compartidas o son de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. El principio de no alteración de la distribución competencial, que tiene plasmación tanto en el nivel europeo como en el constitucional, debe conciliarse con el principio de que la Unión Europea solo tiene un interlocutor en cada Estado miembro. Si en el plano interno la competencia para adoptar las medidas requeridas pertenece parcial o exclusivamente a las Comunidades Autónomas, al Estado le corresponde «desarrollar los mecanismos técnicos necesarios para poner en conexión la actuación de los entes subestatales con

los comunitarios».[110] En tales supuestos, el Estado debe regular, por ejemplo, cómo se canaliza la información desde las Comunidades Autónomas y el procedimiento de elaboración del plan o programa común. Ello no puede servir para centralizar las competencias de las Comunidades Autónomas, por lo que el procedimiento de elaboración del plan o programa común debe conceder a las Comunidades Autónomas el peso y la relevancia que se desprende de la distribución interna de competencias.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña se refiere al supuesto de las «medidas internas de alcance superior al territorio autonómico, requeridas por la ejecución del derecho de la Unión Europea y que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación» (art. 189.2 EAC). A tales efectos el Estatuto establece un mecanismo específico de participación autonómica en la adopción de tales medidas, mediante consulta o mediante emisión de informe previo. El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del mecanismo de participación, en la medida en que dicha participación no se produce en órganos de carácter decisorio y deja «a salvo la titularidad de las competencias estatales y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los órganos del Estado» (STC 31/2010, FJ 123). Por lo demás, el supuesto de hecho de la previsión contenida en el art. 189.2 EAC se inserta pacíficamente en una línea jurisprudencial reiterada del Tribunal Constitucional sobre las actividades públicas que no sean susceptibles de fraccionamiento entre las Comunidades Autónomas con competencias en la materia y que requieran «un grado de homogeneidad que solo pueda garantizarse mediante su atribución a un solo titular que forzosamente tiene que ser el Estado» (SSTC 243/1994, de 21 de julio, FJ 7; 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 6; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 11; y 80/2012, de 18 de abril, FJ 7). Así interpretado el precepto, no sería aplicable en relación con la transposición de directivas.

En cambio, el Estatuto de Autonomía de Illes Balears recoge un supuesto aparentemente similar, pero, como veremos a continuación, con importantes diferencias. El segundo inciso del art. 109 EAIB señala lo siguiente: «En el caso de que sea ineludible realizar la transposición del derecho europeo en las materias de su competencia exclusiva por normas estatales, por el hecho de que la norma europea tenga un alcance superior al de la Comunidad Autónoma, ésta será consultada con carácter previo

110 Tornos i Mas (1991a): 43. Este autor señala que el título que legitimaría la actuación estatal podría encontrarse en la combinación de los arts. 93 y 149.1.3 CE.

de acuerdo con los mecanismos internos de coordinación previstos en una ley estatal». Por un lado, el precepto balear recoge un supuesto de hecho parcialmente diferente. Se refiere literalmente a los supuestos de *transposición* de directivas en un ámbito en el que la Comunidad Autónoma goza de competencias *exclusivas*. Parece pensar en directivas que afectan a materias de competencia exclusiva autonómica sobre las que podría incidir, por las razones que fueran, alguno de los títulos horizontales del Estado, de forma que la transposición de la directiva en cuestión podría ser asumida por los órganos centrales del Estado. Por otro lado, las consecuencias previstas en la norma estatutaria son parcialmente diferentes. Si bien establece un mecanismo de consulta previa de la Comunidad Autónoma al igual que el citado precepto catalán, se indica que dicho mecanismo de consulta (y aún otros mecanismos de coordinación) deberá haberse regulado previamente en una «ley estatal».

2.2.3 · La responsabilidad autonómica en la situación triangular directivas-bases-legislación de desarrollo

Como hemos visto hasta ahora, sobre las Comunidades Autónomas recaen diversas exigencias jurídicas aparentemente contradictorias que deben conciliarse. Si, atendiendo al principio de no alteración de la distribución competencial, se anticipan a transponer una directiva hasta donde alcancen sus competencias normativas, se arriesgan a que su legislación contradiga la legislación básica que pueda dictar el Estado posteriormente para la transposición de la misma directiva, ya sea al amparo de un título sectorial o de un título transversal. Si esperan a que legisle el Estado y éste no lo hace o lo hace tardía o incorrectamente, se puede generar la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la Unión, lo cual implica que, de imponerse algún tipo de sanción al Reino de España, de acuerdo con las nuevas cláusulas de distribución interna de las consecuencias financieras derivadas del incumplimiento del Derecho de la Unión,[111] el Estado puede repercutir en la Comunidad Autónoma infractora esas consecuencias financieras, en todo o en parte, según disponga de competencias exclusivas o compartidas en la materia, arguyendo que la Comunidad Autónoma no

111 Véanse los capítulos III *in toto* y VII (apartado 3.2.4).

ejerció sus competencias normativas para transponer la directiva. Es más, el reciente Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea[112] ha definido como supuesto de incumplimiento que puede acarrear la responsabilidad autonómica, en el caso de que las instituciones de la Unión impongan algún tipo de sanción al Reino de España, la «adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la UE» [art. 3.3 c)].

Para conciliar las diversas exigencias jurídicas –europeas y constitucionales– que recaen sobre el legislador autonómico, habría que entender lo siguiente:

1) Las Comunidades Autónomas pueden y deben transponer las directivas europeas hasta donde llegue su competencia normativa sobre las diversas materias, sin necesidad de esperar a la intermediación estatal. Ello es especialmente relevante en el ámbito de las competencias exclusivas.

2) Los órganos centrales del Estado también pueden transponer las directivas europeas si sus competencias sectoriales o transversales les facultan para ello. En el supuesto de que los órganos centrales del Estado considerasen que no necesitan dictar normas básicas (bien porque no lo consideran necesario en sí o porque estiman suficientes las ya existentes), sería conveniente que lo anunciaran y formalizaran debidamente esa posición en los foros oportunos (Senado, CARCE, etc.). Este anuncio podría tener relevancia jurídica posteriormente a la hora de considerar a quién le corresponde la responsabilidad financiera por incumplimiento, en la eventualidad de que se impusiera una sanción al Estado. La necesidad de un anuncio de esta naturaleza se fundamenta, por lo demás, en el carácter delimitador con respecto a las competencias normativas autonómicas que la doctrina constitucional atribuye a las normas básicas del Estado. Por la misma razón sería oportuno que los órganos centrales del Estado anunciaran también su intención de transponer total o parcialmente una directiva con suficiente precisión.

3) Si los órganos centrales del Estado optan por adoptar nuevas normas básicas, deberían dejar un plazo de tiempo prudencial a las Comunidades Autónomas para que adaptasen sus normas de desarrollo (tanto las previa-

112 BOE de 6 de julio de 2013. Desarrolla la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

mente existentes como las que hubieran sido adoptadas específicamente para transponer la directiva). Ello no sería estrictamente necesario cuando las normas básicas se limitan a reiterar el contenido de las disposiciones de la directiva (pues la obligación autonómica de transponer una directiva surge desde el momento de su publicación o notificación) sino solo cuando los órganos centrales del Estado pretendan reducir el margen de configuración normativa que reconoce la directiva a las autoridades de los Estados miembros, y opten por una solución normativa determinada, por ejemplo en aras de la eficacia o la homogeneidad de la legislación interna.[113] Las Comunidades Autónomas han podido transponer correctamente la directiva en cuestión, de acuerdo con la libertad de medios y formas que permita, decantándose quizá por opciones igualmente válidas y permitidas por la directiva pero que no han sido las acogidas por los órganos centrales del Estado. Ese plazo prudencial les posibilitaría adaptarse a la nueva legislación básica que transpone la directiva, sin generar confusión normativa en los particulares.

4) Si eventualmente las instituciones europeas aprecian un incumplimiento imputable al Reino de España, habría que determinar quién es responsable, los órganos centrales del Estado o las Comunidades Autónomas. Si, de acuerdo con el orden constitucional de competencias, todas y cada una de las Comunidades Autónomas transpusieron en tiempo y forma la directiva, ello no acarrea la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la Unión, aunque ello no coincida con la transposición que efectue posteriormente los órganos centrales del Estado.

5) El supuesto de incumplimiento que puede acarrear la responsabilidad autonómica derivada de una sanción europea impuesta al Reino de España, previsto en el art. 3.3 c) del reciente Real Decreto 515/2013 –«adecua-

113 Para evitar el riesgo de confusión normativa que pueden ocasionar las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal, la doctrina científica venía proponiendo *de lege ferenda* que las leyes básicas (sobre todo las que modifican leyes básicas anteriores que han sido ya desarrolladas por las Comunidades Autónomas) establecieran un plazo prudencial y suficiente de adecuación de la legislación autonómica a las nuevas bases estatales, de manera que las leyes autonómicas de desarrollo previamente dictadas y eventualmente contradictorias conservaran validez durante un periodo de tiempo prudencial. Esta propuesta resulta muy oportuna en la compleja situación triangular directiva-bases-legislación de desarrallo. Vid. Tornos Mas, Joaquín (1991b): «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, p. 45.

ción tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la Unión Europea»– debe entenderse que no es un supuesto autónomo, independiente o desligado del incumplimiento del Derecho del Unión. Así, no sería aplicable a una adecuación tardía o incorrecta a la legislación estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la Unión, cuando la actuación autonómica no constituyera por sí misma un incumplimiento del Derecho de la Unión. Eso no significa que la actuación autonómica quede inmune o desprovista de sanción. Pero la sanción que establece el ordenamiento constitucional para la legislación autonómica de desarrollo que contradice la legislación básica dictada de conformidad con el bloque de constitucionalidad es la inconstitucionalidad.

2.3 · La articulación procedimental del respeto de la distribución de competencias

2.3.1 · La inexistencia de pautas claras de actuación para los órganos centrales del Estado

Al Estado le corresponde la tarea principal de incorporar las directivas al ordenamiento interno. En ocasiones esa tarea no parece estar suficientemente ordenada y planificada. Las labores de preparación recaen en los distintos departamentos ministeriales dependiendo de la materia de que se trate. Los Ministerios disfrutan de una amplia autonomía organizativa para organizar y desarrollar dichas tareas, hasta el punto de que «las disposiciones relativas a la estructura de los diferentes Ministerios no reflejen con claridad cuáles son los órganos encargados de las labores de transposición».[114] Con todo, la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea se encarga de seguir el estado de los trabajos de incorporación de las directivas comunitarias que afectan a varios Ministerios.[115] Más allá del aspecto organizativo, el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (2008) subrayó la inexistencia de un protocolo de actuación o guía para la transposición

114 Consejo de Estado (2008): 109.

115 Consejo de Estado (2008): 110. El informe nota «la conciencia generalizada de que la eficacia de la CIAUE es mejorable».

que dote de agilidad y certeza al procedimiento de transposición y a la toma de decisiones al respecto, a través de la concreción de las distintas actuaciones a realizar, de las medidas a adoptar y de los instrumentos necesarios para garantizar la coordinación entre los distintos departamentos ministeriales.[116] Ninguna instrucción regula el procedimiento específico para asignar la transposición de una norma comunitaria a un determinado Ministerio, ni para organizar la transposición identificando las autoridades competentes (estatales o autonómicas), las reformas normativas necesarias y el calendario de transposición.[117]

Así, por poner un ejemplo, la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (conocida como la «Directiva marco del agua»), obligaba a introducir en la legislación española[118] modificaciones de importancia (la nueva noción de demarcación hidrográfica y el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de protección, que se añadían, respectivamente, al concepto clásico de cuenca hidrográfica y a la regulación clásica del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio). Pues bien, dicha directiva fue incorporada al ordenamiento interno por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, esto es, a través de una «ley de acompañamiento» tramitada en paralelo a la ley de presupuestos, y que además tuvo su origen no en el proyecto de ley del Gobierno sino en una enmienda presentada en el Senado. Esta forma de legislar[119] puede explicarse quizá en ocasiones por el deseo de no generar

---

116 Consejo de Estado (2008): 110.

117 Consejo de Estado (2008): 140-141.

118 Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Sobre la Directiva marco de aguas y su recepción en España, vid. el número monográfico especial de *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, de 2012.

119 Constituye efectivamente una forma deliberada de legislar. A este respecto Pérez Medina, José María (2004): «La normativa de las Comunidades Autónomas derivada o relacionada con el derecho comunitario (octubre-diciembre de 2003)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, p. 13, señala que «en el ámbito estatal, estas leyes [de acompañamiento] se han convertido en un mecanismo de especial utilidad para la incorporación de preceptos propios del Derecho comunitario». El autor destaca la circunstancia de que la Ley 62/2003, que se comenta en el texto, incorpora un total de siete directivas y desarrolla un reglamento. Palau (2013): 72 apunta un factor que fomenta

la responsabilidad estatal por incumplimiento de la obligación de transposición en el plazo establecido, pero encierra el riesgo de la precipitación y la improvisación. Además de denotar falta de planificación, la vía de la enmienda parlamentaria sortea también la obligación que tiene el Gobierno de recabar el preceptivo informe del Consejo de Estado previsto en el art. 21.2 LOCE para los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo del derecho europeo (y para los proyectos de reglamentos que dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones con arreglo a los arts. 22.2 y 3 LOCE), lo cual no contribuye precisamente a garantizar el acierto técnico de la incorporación. Al no sujetarse a ningún otro trámite propio del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, como por ejemplo el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas, tampoco garantiza que se analice mínimamente la adecuación del contenido de la enmienda al vigente orden constitucional y estatutario de competencias en relación con la incorporación del Derecho de la Unión. Aunque el Tribunal Constitucional no vea problemas de constitucionalidad en ello,[120] ello no quiere decir, claro está, que constituya un modelo adecuado de planificación y organización de la incorporación de directivas al ordenamiento interno.[121]

En el procedimiento de transposición, los órganos estatales deben plantearse de forma explícita y reflexiva la cuestión de la distribución competencial entre el Estado y las CCAA, de forma que ponderen el alcance de las competencias estatales en la materia sobre la que versa la directiva de

---

esa forma de legislar: el bajo contenido europeo de la actividad de control que realiza el Parlamento sobre la acción del Gobierno, en comparación con el porcentaje de leyes europeizadas.

120 Vid. STC 36/2013, de 14 de febrero, FFJJ 2-4.

121 Desafortunadamente, no es el único ejemplo de transposición de directivas mediante las llamadas «leyes de acompañamiento». Los arts. 29-33 y 34-43 de la misma Ley 62/2003, de 30 de diciembre, a la que se hace referencia en el texto, incorporaron también al ordenamiento interno dos importantes directivas: la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE 2000 L 180, p. 22), cuyo plazo de transposición había finalizado el 19 de julio de 2003, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual (DOCE 2000 L 303, p. 16), cuyo plazo de transposición había finalizado el 2 de diciembre de 2003.

que se trate. Algunos criterios de actuación emitidos por la Administración General del Estado a este respecto no resultan de gran ayuda.

En abril de 2008, el Ministerio de Administraciones Públicas aprobó unas «Directrices para la adecuación de la producción normativa estatal al vigente orden constitucional y estatutario de distribución de competencias». En dicho documento, que no tiene carácter normativo y no ha sido objeto de publicación oficial, se afirma que «entre las cuestiones generales que han de ser tenidas en cuenta respecto a la fundamentación de la actividad normativa estatal, tienen una especial relevancia las referidas al título competencial que ampara la norma proyectada y las que plantea la incorporación del derecho comunitario al derecho estatal» y, a tal efecto, formula la siguiente «directriz»:

> «**No es posible invocar como fundamento de la actividad legislativa del Estado la necesidad de aplicar el Derecho comunitario o de incorporarlo al ordenamiento interno.**
>
> Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, «la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias», pues «la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 9.1 de la Norma fundamental». Además, «Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencias en virtud de esa conexión comunitaria. La ejecución de los Convenios y Tratados Internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma (STC 252/1988, fundamento jurídico 2º). De otro lado el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (artículo 149.1.3ª de la Constitución) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas (STC 148/1998).

> No obstante, cuando una iniciativa que pretenda la incorporación de Derecho comunitario no pueda encontrar amparo en ninguna de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado, excepcionalmente y debidamente acreditada en la parte introductoria la concurrencia de razones de urgencia y de interés general, podría dictarse la disposición en cuestión, debiendo introducirse, en este caso, una disposición adicional redactada en los siguientes términos:
>
> «*Los preceptos incluidos en este Real Decreto no serán de aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que, en el ejercicio de sus competencias, hayan aprobado o aprueben normas de transposición de la Directiva [...]*».
>
> En todo caso, se ha de tener en cuenta que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, este precepto podría resultar cuestionable, en la medida en que supone la aplicación de la norma estatal como Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas.

Lo que en las «directrices» se dice a propósito de la adecuación de la producción normativa estatal al vigente orden constitucional y estatutario de competencias en relación con la incorporación del Derecho de la Unión resulta manifiestamente insuficiente y hasta contraproducente. Por un lado, se limita a reiterar el principio de no alteración de la distribución constitucional de competencias y a excluir la aplicación del art. 149.1.3 CE como título competencial aplicable a la ejecución del Derecho de la Unión, cuestiones ya aclaradas tiempo atrás por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que no aportan auténticas directrices, orientaciones o recomendaciones para encauzar o reconducir la producción normativa estatal por una senda más acorde con el bloque de constitucionalidad. El «valor añadido» de la «directriz» es, por tanto, nulo. Por otro lado, a falta de competencias propias se reconoce, aunque con mucho titubeo e inseguridad, un impreciso título estatal «excepcional por razones de urgencia y de interés general», del que no se acierta a indicar su anclaje constitucional, y que operaría solo a título supletorio: resulta una curiosa propuesta para propiciar la adecuación de la producción normativa estatal al orden constitucional y estatutario de competencias.

2.3.2 · La «visibilización» de la transposición autonómica

También las CCAA tienen que reflejar institucional y procedimentalmente la existencia de competencias autónomas de ejecución normativa del

Derecho de la Unión así como las consecuencias jurídicas que se anudan a dicha ejecución, como es la obligación de notificar las medidas internas de transposición. Una política de «visibilidad» de la actividad autonómica de transposición requiere no solo ocupar el espacio normativo propio, sino también señalarlo simbólicamente, mediante la inclusión en el texto de las normas autonómicas de referencias a las directivas que se transponen y mediante la notificación a la Comisión de dichas normas autonómicas, de acuerdo con lo previsto en el art. 10 LRJPAC. Sin comunicación a la Comisión y sin referencia a la directiva a la que se da cumplimiento, la actividad normativa autonómica que da cumplimiento a las obligaciones de las directivas permanecerá invisible. Para ello es imprescindible que las CCAA establezcan si no los tienen, o apliquen con rigor si los tienen, mecanismos de comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores de las normas de transposición que aprueben los distintos departamentos, a fin de que el Ministerio proceda a notificar dichas normas a la Comisión Europea.

De un examen superficial de la normativa autonómica parece desprenderse que las CCAA no tienen un procedimiento específico de comunicación de las normas de transposición al Ministerio de Asuntos Exteriores, para que las transmita a su vez a la Comisión. Si bien la carencia de un procedimiento formalizado no tiene por qué impedir la comunicación efectiva, la comunicación puede quedar en manos de la voluntad e iniciativa de cada departamento de la Administración autónomica.

Por poner un ejemplo, la Ley vasca 8/2003, de 22 de diciembre, que proporciona una amplia regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general en la Administración autonómica vasca, prevé que la orden de iniciación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general –que corresponde adoptar al consejero o consejera titular del departamento competente por razón de la materia sobre la que versen– señalará, entre otros aspectos, junto a la viabilidad jurídica y material, su incidencia presupuestaria, etc., «los trámites e informes que se estiman procedentes en razón de la materia y el contenido de la regulación propuesta, y, en su caso, si la disposición ha de ser objeto de algún trámite ante la Unión Europea» (art. 5.1). Así mismo, la disposición adicional primera establece que «[s]e integran en el procedimiento previsto en esta ley los trámites que deben realizarse ante o por órganos de la Unión Europea en virtud de lo dispuesto en el Derecho comunitario. El momento, la forma y los efectos que de los mismos se deriven serán los establecidos en las normas que los regulan». Esa mención a los trámites que deban realizarse ante

la Unión Europea puede ser interpretada tal vez en sentido comprensivo e incluyente de la obligación de notificar las medidas de transposición, pero esa interpretación no se desprende literal o inmediatamente del tenor de los preceptos citados y puede no ser la seguida por los distintos departamentos. Sería conveniente precisar cuándo y quién debe notificar qué a los órganos de la Unión Europea, y que ello ha de hacerse, en el estadio actual del Derecho de la Unión y de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno, por el conducto de la Administración General del Estado, tal y como dispone el art. 10 LRJPAC.

2.4 · La colaboración Estado-CCAA para la ejecución del Derecho de la Unión Europea

2.4.1 · Mecanismos actuales

En el ordenamiento español existen, al menos sobre el papel, fórmulas de colaboración y coordinación en la ejecución del Derecho de la Unión Europea. Así, la Resolución de 10 de marzo de 1995 de la Secretaría de Estado para Administraciones Territoriales que publica el Acuerdo de la CARCE de 30 de noviembre de 1994 sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales[122] establece lo siguiente:

> […] III. Participación de las Comunidades Autónomas en la fase descendente de aplicación del Derecho comunitario europeo y de los actos de las instituciones
>
> 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

122 BOE núm. 69, de 22 de marzo de 1995, p. 9037, y núm. 78, de 1 de abril de 1995, p. 10.045. Vid. Bustos Gisbert, Rafael (1995): «Un paso más hacia la participación autonómica en asuntos europeos: el acuerdo de 30 de noviembre de 1994», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, pp. 153-172.

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.

Duodécimo. La participación en la fase descendente implica, como contenido necesario, los siguientes compromisos relativos a la aplicación del Derecho comunitario europeo y de los actos de las instituciones.

1. Cuando la aplicación consista en la aprobación de normas.

1.1. Las Administraciones que proyecten la aprobación de una norma, bien para desarrollar o completar un reglamento o decisión comunitario, bien para efectuar la transposición de una directiva comunitaria, pondrán en conocimiento de la Conferencia Sectorial el texto del proyecto.

1.2. Cuando en la Conferencia Sectorial la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas coincidan en la necesidad de dar un contenido semejante o equivalente al proceso normativo interno derivado de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión será incluida en el orden del día del correspondiente órgano especializado de la Conferencia Sectorial al objeto de elaborar una propuesta de acuerdo y elevarla al Pleno de la Conferencia.

[…]

Como se desprende del texto de la Resolución, por lo que respecta a la transposición de directivas al ordenamiento español el compromiso es doble: las Administraciones que proyecten aprobar una norma de transposición de una directiva pondrán en conocimiento de la Conferencia Sectorial el texto del proyecto; cuando en la Conferencia Sectorial la Administración estatal y las Administraciones autonómicas coincidan en que la transposición de una directiva requiere un contenido «semejante» o «equivalente», la cuestión se abordará en el órgano especializado de la Conferencia Sectorial al objeto de elaborar una propuesta de acuerdo.

El primer compromiso tiene un contenido claro: se trata de informar de la intención de aprobar un acto dirigido a transponer una directiva en el ámbito de las propias competencias; ello parece imprescindible desde todos los puntos de vista. Sin embargo, la finalidad del segundo es ambigua. Se trata de coordinar el ejercicio de las respectivas competencias a través de una propuesta de acuerdo, pero ¿a quién le corresponde adoptar esa propuesta de acuerdo? ¿A la Administración estatal en nombre y representación de las Comunidades Autónomas competentes? ¿A cada Comunidad Autónoma?

A la vista del número de actos de transposición que son necesarios para dar cumplimiento a las numerosas directivas, por un lado, y la poca frecuencia de las reuniones de las Conferencias Sectoriales y la propia naturaleza de estas, por otro, cabe dudar de que la actual regulación y la propia figura de las Conferencias Sectoriales pueda ofrecer resultados mínimamente satisfactorios, incluso con la mejor de las voluntades.

2.4.2 · El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (2008)

La valoración del supremo órgano consultivo del Gobierno es similar. Para el Consejo de Estado, las características del sistema de Conferencias Sectoriales establecido «dificulta[n] su funcionamiento práctico como órgano que garantiza pautas de ordinaria actuación administrativa»;[123] además, no existe un cauce específico para resolver las discrepancias que surjan a la hora de determinar la naturaleza, estatal o autonómica, de la competencia requerida para transponer la norma europea, pues «el cauce formal que constituyen la CARCE y las Conferencias Sectoriales parece configurarse en general más bien como un ámbito de participación y de intercambio de información y no como una instancia para decidir sobre la distribución de competencias».[124]

De nuevo el diagnóstico del Consejo de Estado parece acertado, pero sus soluciones resultan muy conservadoras. Así, se muestra reticente en cuanto a la introducción de una instancia específica para dilucidar los eventuales conflictos (riesgo de retrasos, falta de necesidad), y partidario del «mantenimiento de la práctica y usos en cuya virtud el Estado desempeña un papel primario en la labor de transposición (en coherencia, por lo demás, *con su posición de único responsable ante las instancias comunitarias*».[125] Y, finalmente, parece secundar la regla «primero transponer, luego se verá de quién es la competencia», pues ya plantearán las Comunidades Autónomas el correspondiente recurso o conflicto de competencia ante el Tribunal

123 Consejo de Estado (2008): 118: se alude al limitado alcance de sus instrumentos jurídicos, la poca utilidad como órgano de coordinación y la débil institucionalización de la Secretaría de las Conferencias.

124 Consejo de Estado (2008): 118.

125 Consejo de Estado (2008): 119-120, énfasis añadido.

Constitucional.[126] Al discurso anterior se le podía haber añadido un poco más de ironía afirmando que, «como se sabe, los procesos constitucionales en España son lentos e inciertos».[127] Posteriormente, a la hora de sugerir soluciones el informe del Consejo de Estado se limita a proponer potenciar el papel de las Conferencias Sectoriales y, en particular, de la CARCE, reforzar la intervención del Ministerio de Administraciones Públicas, de forma que su informe previo en la elaboración de las disposiciones internas abordase las cuestiones competenciales que plantee la norma comunitaria a transponer y acudir a la Conferencia de Presidentes Autonómicos para tratar de buscar una solución de consenso a este tipo de cuestiones.[128]

La discutible intepretación de los fundamentos constitucionales del Estado autonómico que se desprende del mencionado informe del Consejo de Estado ha sido analizada en detalle por Azpitarte Sánchez (2009). Para este autor, el informe pretende rescatar el modelo de Estado autonómico unitario ante las reformas estatutarias que buscan la inclusión de mecanismos para salvaguardar el ejercicio de las competencias autonómicas en el ámbito del desarrollo normativo del Derecho de la Unión. En cuanto a los concretos pronunciamientos sobre la necesidad de acomodar la incorporación de las directivas a la distribución de competencias, Azpitarte se muestra muy crítico. Subraya, por un lado, que el informe muestra a las claras que las circunstancias que fundan el «papel primario del Estado central» sean el resultado de meras «prácticas y usos», consistentes en la utilización de la competencia estatal para realizar la transposición, y, por otro lado, la contundente afirmación –antes indicada– sobre el carácter irrelevante de la cooperación Estado-CCAA en el proceso de incorporación del Derecho europeo. Azpitarte señala lo siguiente: «el Consejo de Estado aplica a la incorporación del derecho europeo uno de los axiomas

126 Consejo de Estado (2008): 120.

127 Así expresamente, Ross y Salvador Crespo (2003): 230: «Constitucional litigation in Spain is not only uncertain but also slow and costly». Tan inciertos que, como se recordará, las instituciones vascas decidieron en 1989 no acudir al Tribunal Constitucional, a partir de entonces, en defensa de su ámbito competencial. El último recurso presentado, con fecha de 28 de febrero de 1989, fue el conflicto de competencia núm. 380-1989. Con el cambio de gobierno en el País Vasco, como consecuencia de las elecciones autonómicas de marzo de 2009, y en el Estado, como consecuencia de las elecciones generales de noviembre de 2011, el Gobierno Vasco volvió en 2012 a impugnar normas estatales por motivos competenciales (recurso de inconstitucionalidad núm. 5423-2012 y conflicto de competencia núm. 6714-2012).

128 Consejo de Estado (2008): 125.

prácticos de nuestro Estado autonómico, por el cual el Estado central se vale de la suspensión cautelar por el Tribunal Constitucional del Derecho autonómico, para imponer en el corto y medio plazo su interpretación de la distribución competencial. Dicho de otro modo, el Estado no necesita la cooperación porque cuenta con la ventaja de saber que ante un hipotético conflicto su normativa gozará de plena eficacia, mientras que la normativa autonómica será suspendida. En definitiva, el Estado central gozaría de un poder general para incorporar el Derecho europeo».[129] A juicio del citado autor, la reflexión del Consejo de Estado «no va encaminada a pensar sobre las sugerencias precisas para que el Estado central definitivamente acote su inclinación expansiva en la incorporación del Derecho europeo y se reconduzca a los márgenes de lo constitucionalmente adecuado. Al contrario, el Consejo de Estado apuesta decididamente por sugerir mecanismos que, frente a las reformas estatutarias, consoliden e incluso refuercen la posición del Estado central, asegurándole un poder general en la incorporación del Derecho europeo».[130]

2.4.3 · Propuestas de mejora

La simple, pero obvia, necesidad de informar al Estado o a las CCAA de la intención de transponer una directiva requeriría fórmulas de cooperación más ágiles, una estructura de información en forma de red.[131] Esa misma red podría servir de cauce específico para identificar y, a ser posible, dilucidar con carácter previo los conflictos en materia de competencias que se susciten en la transposición de directivas.[132]

La coordinación de la ejecución del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico requiere fórmulas específicas, más ágiles que las que ofrece el marco de las Conferencias Sectoriales. Una fórmula podría ser

129 Azpitarte Sánchez (2009): 137-138.

130 Azpitarte Sánchez (2009): 143.

131 En el mismo sentido, Montilla Martos (2005): 211 apunta a «la búsqueda de técnicas participativas o mecanismos de colaboración entre el Estado y las CCAA que garanticen una adecuada aplicación del Derecho de la Unión mediante el seguimiento exhaustivo de la articulación normativa bases-desarrollo en el proceso de incorporación interna».

132 Sobre diversas experiencias al respecto puede verse Arzoz Santisteban, Xabier (2004): «Alternativas a la solución judicial de los conflictos competenciales en materia de defensa de la competencia», Revista de Administración Pública, núm. 164, pp. 41-93.

la constitución de una «red de corresponsales de la transposición» o un «grupo de alto nivel de la adaptación del Derecho de la Unión» compuesto por «enlaces» o «corresponsales de la transposición» designados por el Estado y las Comunidades Autónomas, preferentemente de entre altos funcionarios procedentes de los departamentos o los servicios responsables de la ejecución del Derecho de la Unión o de la coordinación de la actuación normativa gubernamental.[133]

El «grupo de trabajo de la adaptación del Derecho de la Unión» debería estar asociado o atender a la fase de preparación de las directivas europeas. Convendría que el impacto de las propuestas de directivas de la Comisión sobre el Derecho interno pudiera ser apreciado cuando antes, tanto para aportar sugerencias que ayuden a perfilar las posiciones de negociación del Estado como para preparar una futura transposición de las directivas finalmente adoptadas.

Una vez exploradas en cada Administración las intenciones o proyectos de transposición de los departamentos responsables de la materia concernida por la directiva, los «enlaces» trasladarían a la red cuanto antes la postura de la respectiva Administración en cuanto a la intención de transponer las directivas pendientes de incorporación: intención de transponer una determinada directiva, alcance total o parcial de la transposición proyectada, títulos competenciales que fundamentan esa intención, rango normativo del acto de transposición y opciones político-legislativas que se proyectan plasmar en el acto de transposición. Sería recomendable remitir un anteproyecto y una tabla de correspondencias que permita identificar las concretas disposiciones de la Directiva que se pretenden transponer.

La transmisión de la información no debe depender exclusivamente de la (buena) voluntad de los responsables de cada ente territorial. El Tribunal Constitucional admite la constitucionalidad de las obligaciones de informa-

---

133 Esta propuesta se inspira en parte en la Circular francesa de 27 de septiembre de 2004 relativa al procedimiento de transposición en Derecho interno de las directivas y las decisiones-marco negociadas en el marco de las instituciones europeas, adoptada del primer ministro (JORF, núm. 230, de 2 de octubre de 2004, p. 16290). Los objetivos de esta circular son aminorar el déficit de transposición en especial de las directivas relativas al mercado interior por debajo del 1,5% y asegurar la transposición del conjunto de las directivas cuyo plazo de transposición hubiera sido superado en más de dos años. El principal instrumento diseñado para programar la transposición y mejorar su ejecución es la «constitución de una red interministerial de corresponsales de la transposición» (anexo II).

ción mutua en las relaciones interadministrativas,[134] por lo que similares obligaciones de notificación en el marco del Estado autonómico igualmente deben deducirse del principio de cooperación leal.

El «grupo de alto nivel de la adaptación del Derecho de la Unión» celebraría reuniones de coordinación, en las que el Estado y las Comunidades Autónomas intercambiarían información sobre los proyectos de transposición de directivas, su contenido y el calendario previsto. El conocimiento de los proyectos de transposición ayudaría a evitar normas de transposición contradictorias, reiterativas o incompletas. Así, el Estado puede convencerse de la innecesariedad de una transposición estatal a la vista de la suficiencia de los trabajos autonómicos de transposición, o puede limitarse a una transposición parcial circunscrita exclusivamente a las disposiciones de la directiva que entran en el ámbito de su competencia.

Los objetivos del «grupo de alto nivel de la adaptación del Derecho de la Unión» serían el intercambio de información y la coordinación, con el fin de facilitar una transposición de calidad y tempestiva de las directivas, pero no resolver las eventuales discrepancias de fondo sobre la delimitación de competencias. Su funcionamiento podría mitigar ciertamente los conflictos competenciales, pero no sería su fin inmediato. Los «corresponsales» de la transposición deben ser altos cargos o altos funcionarios con suficiente capacidad de interlocución y de persuasión sobre los responsables de los departamentos gubernamentales concernidos de la conveniencia de retirar o modificar un proyecto de acto normativo de transposición.

Lo anterior tiene que ocurrir en un plazo breve de tiempo a partir de la publicación de la directiva en cuestión en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, alrededor de tres meses o, en su caso, no más tarde de la tercera parte del plazo establecido para la transposición de la directiva.

---

134 Así, en la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 26 a), señaló que «la obligación de notificar es, en sí misma, plenamente respetuosa con el orden constitucional de competencias, en cuanto expresión de los principios que presiden las relaciones entre las Administraciones públicas y, en particular, del deber de facilitar a las demás Administraciones públicas la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias así como del deber de prestar la cooperación y asistencia activa que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias (art. 4.1, letras c y d, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)». En dicho caso la obligación de notificar los instrumentos de planeamiento urbanístico impuesta a los municipios se fundamentó en el art. 149.1.18 CE.

Como complemento y apoyo del sistema descrito, sería sumamente útil que una página web recogiera toda la información relativa a la transposición:[135] identificación de las directivas, plazos de transposición, breve reseña de su contenido, competencia estatal, autonómica o conjunta para su transposición, existencia de discrepancias al respecto, estado de la transposición (estudio, proyecto de ley o reglamento presentado, finalización) y las normas estatales o autonómicas que constituyen la transposición parcial o plena. La utilidad estribaría no solo en la información proporcionada a los miembros de la red, sino también en ofrecer esa misma información a los ciudadanos y a los operadores jurídicos en general.

3 · Bibliografía

Albertí Rovira, Enoch (2006): «El desarrollo y la ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», en *Estatuto y Unión Europea*, Institut d'Estudis Autònomics, Barcelona, pp. 79-103.

Alonso García, Ricardo (1990): «La ejecución del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 121, pp. 213-243.

Arroyo Gil, Antonio (2009): *La reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Arzoz Santisteban, Xabier (2004): «Alternativas a la solución judicial de los conflictos competenciales en materia de defensa de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, pp 41-93.

— (2010): «La protección de la atmósfera», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), X. Arzoz Santisteban y M. Uriarte Ricote, *Derecho ambiental. Parte Especial III. Agua, Atmósfera, Contaminación Acústica*, 2ª ed., Lete, Bilbao, pp. 225-479.

— (2012): «La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las cajas de ahorro», en M. Rebollo Puig (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación banca-*

135 Una propuesta similar en Consejo de Estado (2008): 138.

ria – Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba/Iustel, Madrid, 2012, pp. 513-524.

Azpitarte Sánchez, Miguel (2009): «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, pp. 129-164.

Bairati, Lorenzo (2013): *La intervención de las Comunidades Autónomas y de las regiones italianas en la transposición de las directivas europeas. El caso de la certificación energética de los edificios*, IDP-IEA-Aranzadi, Cizur Menor.

Baño León, José María (1989): «La ejecución autonómica del Derecho comunitario ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 252/1988, de 20 de diciembre», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 62, pp. 259 y sigs.

Baquero Cruz, Julio (1997): «Etiquetado en catalán, derecho constitucional español y derecho comunitario: exposición y comentario de la STC de 19 de diciembre de 1996», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 122, pp. 13-20.

Bassols Coma, Martín (1988): «La adecuación del Derecho de Cataluña al Derecho de las Comunidades Europeas: la Ley 4/1986, de 10 de marzo», *Noticias/CEE*, núm. 38, pp. 13-18.

Beltrán García, Susana (2010): «La inclusión de los principios de autonomía regional y local en el Tratado de Lisboa», en AA.VV., *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, pp. 93-117.

— (2012): «El reconocimiento de la autonomía regional en el Tratado de la Unión Europea: ¿un avance para la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos», en A. Olesti Rayo (coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 47-74.

Bleckmann, Albert (1997): «Die Wahrung der "nationalen Identität"», *Juristenzeitung*, vol. 52, núm. 6, pp. 265-269.

Boix Palop, Andrés (2012): «25 de años de Fondos Europeos y desarrollo autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, pp. 44-48

Burgorgue-Larsen, Laurence (dir.) (2011): *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Ed. Pedone, París.

Bussjäger, Peter (2004): «Implementing and Enforcing EU Law at Regional Level», en Roberto Toniatti, Francesco Palermo y Marco Dani (eds.), *An Ever More Complex Union – The Regional Variable as a Missing Link in the EU Constitution?*, Baden-Baden, Nomos.

Bustos Gisbert, Rafael (1995): «Un paso más hacia la participación autonómica en asuntos europeos: el acuerdo de 30 de noviembre de 1994», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, pp. 153-172.

— (2005): «La transposición del Derecho comunitario por el Gobierno», en P. Lucas Murillo de la Cueva (coord.), *Gobierno y Constitución – Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 369-396.

Carmona Contreras, Ana M. (2006): «Las comunidades autónomas», en P. Cruz Villalón (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución Española*, Fundación BBVA, Bilbao, pp. 175-216.

— (2012): «Art. 235», en P. Cruz Villalón y M. Medina Guerrero (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, vol. IV, Parlamento de Andalucía, Sevilla, pp. 3192-3202.

Cloots, Elke (2012): «The European Court of Justicie and Member State Federalism: Balancing or Categorisation», en E. Cloots, G. de Baere y S. Sottiaux (eds.), *Federalism in the Union*, Hart, Oxford, pp. 322-361.

Consejo de Estado (2008): *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid.

De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás (2010): «El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 90, pp. 287-314.

De Witte, Bruno (1992): «Community Law and National Constitutional Values», *Legal Issues of European Integration*, pp. 1-22.

Díez-Picazo Giménez, Luis María (2005): «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en M. Cartabia, B. de Witte y P. Pérez Tremps (dirs.), I. Gómez Fernández (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 437-448.

Fernández Farreres, Germán (2005): *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid.

García Couso, Susana (2012): «El reparto de competencias tras las últimas reformas estatutarias (su alcance tras el control efectuado por el Tribunal Constitucional)», en V. Garrido Mayol (dir.), *La solidaridad en el Estado autonómico*, Fundación Profesor Manuel Broseta-Universitat de València, Valencia, pp. 65-95.

Gáspár-Szilágyi, Szilárd (2013): «What constitutes "failure to notify" national measures?», *European Public Law*, vol. 19, núm. 2, pp. 281-294.

Huici Sancho, Laura (2012): «La interpretación del principio de autonomía institucional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: incidencia en la autonomía regional y local», en A. Olesti Rayo (coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 223-252.

Jiménez Asensio, Rafael (2001): *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons/IEA/IVAP, Madrid.

López Castillo, Antonio (1992): «Creación y aplicación del Derecho comunitario europeo y Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, pp. 111-151.

— (1996): *Constitución e integración* (CEC, Madrid, 1996).

Mangas Martín, Araceli (1986), *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid.

— (1990): «La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas», en *Relaciones Internacionales y Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 59-76.

Martín y Pérez de Nanclares, José (2010): «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autonómico sin reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, pp. 45-90.

Mende, Susann (2010): *Kompetenzverlust der Landesparlamente im Bereich der Gesetzgebung – Eine empirische Analyse am Beispiel des Sächsischen Landtages*, Baden-Baden, Nomos.

Montilla Martos, José Antonio (2005): *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas,* Madrid, CEPC, 2005.

Mouton, J.-D. (2012): «L'État membre entre souveraineté et respect de son identité: quelle Union européenne?», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, núm. 556, pp. 204-209.

Nabli, B. (2012): «L'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, núm. 556, pp. 210-215.

Navarro Munuera, Andrés (1987): «Análisis comparado de las leyes del Estado, del País Vasco y de Cataluña, de delegación en los respectivos Gobiernos para la aplicación del Derecho comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, pp. 141-152.

Ordóñez Solís, David (1994): *La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*, Civitas, Madrid.

— (2010a): «Las cláusulas europeas de los nuevos Estatutos de Autonomía en la perspectiva del Tratado de Lisboa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 77, pp. 131-170.

— (2010b): «Directivas, legislación básica estatal y desarrollo normativo autonómico en el contexto de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núms. 8-9, pp. 1-23.

Palau, Anna M. (2013): «La europeización de la agenda estatal y autonómica (1986-2007)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, pp. 69-102.

Pérez Calvo, Alberto (1989): «La capacidad del Estado para dictar normas básicas en desarrollo de la normativa comunitaria», en Pérez Calvo, Alberto (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, pp. 203-208.

Pérez Medina, José Maria (1993): *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid.

— (2003): «La normativa de las Comunidades Autónomas derivada o relacionada con el derecho comunitario (enero-marzo de 2003)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 1, pp. 1-41.

— (2003): «La normativa de las Comunidades Autónomas derivada o relacionada con el derecho comunitario (abril-junio de 2003)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 2, pp. 1-35.

— (2004): «La normativa de las Comunidades Autónomas derivada o relacionada con el derecho comunitario (julio-septiembre de 2003)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 3, pp. 1-31.

— (2004): «La normativa de las Comunidades Autónomas derivada o relacionada con el derecho comunitario (octubre-diciembre de 2003)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, pp. 1-34.

Pérez Tremps, Pablo (1987): *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid.

— (1989): «Derecho comunitario y bloque de la constitucionalidad», en Pérez Calvo, Alberto (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, pp. 209-213.

Pernice, Ingolf (2011): «Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 136, núm. 2, pp. 185-221.

Platon, P. (2012): «Le respect de l'identité nationale des États membres: frein ou recomposition de la gouvernance?», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, núm. 556, pp. 150-158.

Ruiz Ruiz, Florentino (1995): «Las competencias de las Comunidades Autónomas en el desarrollo normativo y la ejecución del Derecho comunitario europeo. Análisis de la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, pp. 279-303.

Ross, Andrea, y Salvador Crespo, Mayte (2003): «The effect of devolution on the implementation of European Community law in Spain and the United Kingdom», *European Law Review*, vol. 28, pp. 210-230.

Sarmiento, Daniel (2012a): «La construcción judicial de la identidad nacional. Comentario a las sentencias Sayn-Wittgenstein y Runevič-Vardyn del Tribunal de Justicia de la UE», en E. García de Enterría y R. Alonso García (dirs.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial – Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. II, Civitas, Madrid, pp. 3599-3622.

— (2012b): «La Unión Europea ante el Estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 26, pp. 10-19.

Schwarze, Jürgen (2007): «Richtlinienumsetzung "eins zu eins"», en R. Pitschas y A. Uhle (eds.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für R. Scholz*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 167-178.

Solozábal Echavarría, Juan José (1995): «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, pp. 45-67.

Tornos Mas, Joaquín (1985): «La distribución de competencias», en Aja, Eliseo; Tornos, Joaquín; Font, Tomás; Perulles, Juan Manuel; Albertí, Enoch: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, pp. 113-207.

— (1991a): «Algunos problemas competenciales en la ejecución interna de directivas comunitarias», *Autonomies*, núm. 13, pp. 31-43.

— (1991b): «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, pp. 29-45.

Urrutia Libarona, Iñigo (2012): «Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios», en A. Nogueira López (coord.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Madrid, pp. 43-80.

Varela Suanzes-Carpegna, Daniel (1989): «La conflictividad constitucional en la aplicación estatal y autonómica del derecho comunitario europeo», *Integració Europea*, núm. 2, hivern 88/89, pp. 57-90.

Vernet i Llobet, Jaume, y Jaria i Manzano, Jordi (2004): «La incidencia de la Unión Europea en el sistema constitucional de distribución territorial del poder», en M. L. Balaguer Callejón (ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, pp. 135-155.

Viver i Pi-Sunyer, Carles (2011): «El Tribunal Constitucional: ¿"siempre solo… e indiscutible"? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de comptencias según la STC 31/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 319-351.

Von Bogdandy, Armin, y S. Schill (2010): «Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70, núm. 4, pp. 701-734 (se cita por la versión inglesa, «Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1454).

ANEXO

Listado elaborado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea sobre las normas estatales de transposición notificadas a la Unión Europea durante los años 2007, 2008 y 2009 a petición del Consejo de Estado para la elaboración del Informe nº E 2/2009 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2006/106	Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General	149.1.1ª
2005/035	Ley 27/1992, de puertos del Estado y la Marina Mercante	149.1.20ª
2006/138	Ley 37/1992, del IVA	–
2005/035	Reglamento 1.398/1993, del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora	149.3
2007/042	Real Decreto 1.413/1994, de normas técnico sanitarias sobre materiales y objetos de película de celulosa para uso alimentario	149.1.16ª
2005/035	Real Decreto 1.772/1994, de adecuación de los procedimientos administrativos en materia de transporte terrestres, aviación civil y marina mercante a la Ley 30/1992	
2006/109	Ley 10/1997, reguladora de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria	149.1.7ª
2008/106	Ley Orgánica 1/1997, que modifica a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para la transposición de la directiva 94/80/CE, de elecciones municipales	149.1.1ª
2006/125	Real Decreto 490/1998. Reglamentación técnico-sanitaria de los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad	149.1.10ª, 16ª
1992/029	Real Decreto 258/1999, de condiciones mínimas sobre la protección de la salud y de la asistencia médica de los trabajadores del mar	149.1.7ª, 16ª,19ª, 20ª, 30ª
2006/109	Ley 44/1999, que modifica la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.	149.1.7ª
2008/125	Real Decreto 1445/2000, que modifica el Real Decreto 490/1998, que aprueba la reglamentación técnico-sanitaria de alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad	149.1.16ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2006/090	Real Decreto 412/2001, que regula diversos aspectos relacionados con el transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril.	–
2007/047	Real Decreto 91/2003, que regula las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles	149.1.20ª
2005/035	Real Decreto 91/2003, por el que se aprueba el reglamento de inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles	149.1.20ª
2006/125	Real Decreto 480/2004, que modifica el Real Decreto 490/1998, de reglamentación técnico-sanitaria	149.1.16ª
2007/042	Real Decreto 691/2005, que modifica el Real Decreto 14/3/1994, de normas técnico-sanitarias de la celulosa	149.1.16ª
1992/043	Ley 5/2005, que regula la supervisión de los conglomerados financieros y modifica otras leyes del sector financiero	149.1.11ª, 13ª
1985/337	Ley 11/2006, de planes y fondos de pensiones.	149.1.11ª, 13ª, 6ª
2005/029	Ley 44/2006, de mejora de protección de consumidores y usuarios	149.1.16ª, 1ª, 6ª, 8ª
1993/013	Ley 44/2006, de mejora de protección de consumidores y usuarios	149.1.16ª, 1ª, 6ª, 8ª
2006/002	Real Decreto 4/2007, de análisis cuantitativos de mezclas binarias de fibras textiles	149.1.13ª
2004/108	Real Decreto 1580/2006, que regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos	149.1.13ª, 21ª
2002/091	Real Decreto 47/2007, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de un edificio de nueva construcción	149.1.13ª, 23ª, 25ª
2004/038	Real Decreto 240/2007, sobre entrada libre, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo	–
2002/073	Ley Orgánica 3/2001, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas	149.1.18ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2004/113	Ley Orgánica 3/2001, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas	149.1.18ª
2005/081	Ley 4/2007, de transparencia financiera	149.1.13ª, 18ª
2005/035	Real Decreto 394/2007, de medidas aplicables a los buques en tránsito que realicen cargas de contaminación en aguas marítimas españolas.	149.1.20ª
2006/111	Ley 4/2007, de transparencia financiera	149.1.13ª, 18ª
2006/110	Real Decreto 438/2007, que modifica el Real Decreto 1575/2006, por el que se aprueba el Programa Anual 2007 del Plan Estadístico Nacional 2005-2008	–
2004/109	Ley 6/2007, de reforma de Ley 24/1988, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de las emisiones	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2004/025	Ley 6/2007, de reforma de Ley 24/1988, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de las emisiones	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2005/094	Real Decreto 445/2007, de medidas de lucha contra la influencia aviar. Sanidad animal	–
2004/008	Real Decreto 616/2007, de electricidad. Fomento de la cogeneración	149.1.13ª, 25ª
2006/123	Ley 11/2007, sobre el acceso electrónico de los ciudadanos en los servicios públicos	149.1.18ª
2004/107	Real Decreto 812/2007, de evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos	149.1.16ª
2005/068	Ley 13/2007, que modifica el Real Decreto legislativo 6/2004, de ordenación y suspensión de seguros privados	149.1.11ª, 13ª
2003/055	Ley 12/2007, que modifica la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos	149.1.13ª, 25ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2003/054	Ley 17/2007, que modifica la Ley 54/1997, del sector eléctrico	149.1.13ª, 25ª
2000/060	Real Decreto 907/2007, de planificación hidrológica	149.1.13ª
2004/049	Real Decreto 810/2007, de seguridad en la circulación de la red ferroviaria de interés general	149.1. 21ª, 24ª, 29ª
2002/065	Ley 22/2007, sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores	149.1.6ª, 8ª, 11ª, 13ª
2005/014	Ley 21/2007, que modifica el Real Decreto legislativo 8/2004, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y ordenación y supervisión de seguros privados	149.1.6ª
2002/015	Real Decreto 902/2007, que modifica el Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera	–
2004/025	Real Decreto 1066/2007, de régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2004/066	Real Decreto 1032/2007, según la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera	149.1.21ª
2003/059	Real Decreto 1032/2007, por el que se regula la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera	149.1.21ª
2006/103	Real Decreto 1032/2007, por el que se regula la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera	149.1.21ª
2002/091	Real Decreto 1027/2007, sobre instalaciones térmicas en edificios	149.1.13ª, 23ª, 25ª
2005/050	Real Decreto 1143/2007, que modifica los Reales Decretos sobre productos sanitarios	149.1.16ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2006/096	Real Decreto 1116/2007, que modifica el Real Decreto 168/1988, por el que se establecen determinadas condiciones técnicas para el vidrio-cristal	–
2006/052	Real Decreto 1118/2007, que modifica el Real Decreto 142/2002, que aprueba la lista positiva de aditivos de colorantes y edulcorantes para su uso en productos alimenticios	149.1.16ª
2006/096	Real Decreto 1111/2007, que modifica el Real Decreto 597/1988, que regula el control metrológico de la CEE	149.1.12ª
2007/013	Real Decreto 1111/2007, que modifica el Real Decreto 597/1988, que regula el control metrológico de la CEE	149.1.12ª
2006/024	Ley 25/2007, de conservación de datos de comunicaciones y de redes públicas de comunicación	149.1.29ª
2004/109	Real Decreto 1362/2007, que desarrolla la Ley 24/1988, del mercado de valores	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2007/014	Real Decreto 1362/2007, que desarrolla la Ley 24/1988, del mercado de valores	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2005/068	Real Decreto 1361/2007, que modifica el reglamento de ordenación y supervisión de seguros privados y de desarrollo de la LO 3/2007 para la igualdad de mujeres y hombres en materia de factores actuariales	–
2005/032	Real Decreto 1369/2007, de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía	149.1.13ª, 23ª
2004/035	Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental	149.1.23ª
2006/007	Real Decreto 1341/2007, de gestión de calidad de las aguas de baño	149.1.16ª, 23ª
2007/010	Real Decreto 1314/2007, de modificación del Real Decreto 650/1994, de medidas generales de lucha contra enfermedades de los animales	149.1.16ª
2004/017	Ley 31/2007, de procedimientos de contratación de sectores especiales	149.1.18ª
2005/075	Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público	149.1.6ª
2005/051	Ley 31/2007, de procedimientos de contratación de sectores especiales	149.1.18ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2005/051	Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público	149.1.6ª
2004/018	Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público	149.1.6ª
2005/062	Real Decreto 1343/2007, de normas relativas al sistema de calidad de centros y servicios de transfusión	149.1.16ª
2004/027	Real Decreto 1344/2007, sobre farmacovigilancia de medicamentos de uso humano	149.1.16ª
2004/024	Real Decreto 1345/2007, sobre el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados indistintamente	149.1.16ª
2004/027	Real Decreto 1345/2007, sobre el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados indistintamente	149.1.16ª
2002/074	Ley 38/2007, que modifica el Estatuto de los Trabajadores	149.1.7ª
2002/014	Ley 38/2007, que modifica el Estatuto de los Trabajadores	149.1.7ª
2003/098	Ley 37/2007, sobre la utilización de la conformación del Sector Público	149.1.18ª
2006/048	Ley 36/2007, que modifica la Ley 13/1985, de coeficientes de inversión y otras normas del sistema financiero	149.1.11ª, 13ª
2007/003	Real Decreto 1523/2007, que modifica el Real Decreto 928/1987, sobre el etiquetado de la composición de los productos textiles	–
2007/004	Real Decreto 1522/2007, que modifica el Real Decreto 4/2007, sobre métodos de análisis cuantitativos de mezclas binarias de fibras textiles	149.1.13ª
2006/049	Ley 47/2007, que modifica la ley 24/1988, del Mercado de Valores	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2006/073	Ley 47/2007, que modifica la ley 24/1988, del Mercado de Valores	149.1.6ª, 11ª, 13ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2004/039	Ley 47/2007, que modifica la ley 24/1988, del Mercado de Valores	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2006/054	Decreto legislativo 670/1987, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado	–
2004/038	Ley 30/1992, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común	149.1.18ª
2006/093	Real Decreto 1422/1992, de limitación del uso de los aviones de reacción subsónica civiles	–
2006/054	Decreto legislativo 1/1995, sobre el Estatuto de los Trabajadores	–
2006/054	Decreto legislativo 2/1995, de procedimiento laboral	–
2006/054	Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales	149.1.18ª
2002/010	Real Decreto-ley 12/1996, sobre créditos extraordinarios, impuestos sobre el alcohol, bebidas derivadas y labores del tabaco	–
2006/103	Real Decreto 772/1997, sobre el Reglamento general de conductores	–
2005/089	Ley 54/1997, del sector eléctrico	149.1.13ª, 25ª, 22ª, 8ª, 18ª
2006/032	Ley 54/1997, del sector eléctrico	149.1.13ª, 25ª, 22ª, 8ª, 18ª
2005/089	Real Decreto 2019/1997, que regula el mercado de producción de energía eléctrica	149.1.13ª, 25ª
2005/089	Real Decreto 2017/1997, que regula el procedimiento de liquidación de cortes de la electricidad	–
2005/054	Ley 29/1998, de la jurisdicción contenciosa-administrativa	–
2005/089	Real Decreto 2819/1998, de transporte y distribución de energía eléctrica	149.1.25ª
2006/103	Real Decreto 2822/1998, del Reglamento general de vehículos	149.1.21ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2008/005	Real Decreto 1334/1999, sobre la norma de etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios	149.1.13ª, 16ª
2006/054	Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil	–
2004/038	Ley 4/2000, sobre la declaración de fallecimiento de desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros	–
2006/054	Decreto legislativo 5/2000, de inspecciones y sanciones en el orden social de 2000	149.1.2ª, 7ª, 17ª, 18ª
2006/032	Real Decreto 1955/2000, sobre el transporte, distribución, comercialización, suministro y autorización de instalaciones de energía eléctrica	149.1.13ª, 25ª
2005/089	Real Decreto 1955/2000, sobre el transporte, distribución, comercialización, suministro y autorización de instalaciones de energía eléctrica	149.1.13ª, 25ª
2002/010	Ley 53/2002, de medidas económicas de 2003	149.1.21ª
2006/093	Ley 21/2003, de la Seguridad Aérea	149.1.4ª, 20ª
2005/089	Real Decreto 1802/2003, que establece la tarifa eléctrica para 2004	–
2005/089	Real Decreto 2392/2004, que establece la tarifa eléctrica para 2005	–
2004/038	Real Decreto 2393/2004, del reglamento de extranjería del 2005	–
2002/087	Ley 5/2005, que regula la supervisión de los conglomerados financieros y modifica otras leyes del sector financiero	149.1.11ª, 13ª
2006/032	Real Decreto 1454/2005, que modifica determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico	149.1.13ª, 15ª
2002/010	Real Decreto-ley 2/2006, de modificación de la Ley del Tabaco	–
2008/068	Real Decreto 551/2006, que regula las operaciones de transporte de mercancías peligrosas en carreteras del territorio español	–

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2005/089	Real Decreto 809/2006, que revisa la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2006	–
2006/054	Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas del 2006	–
2005/089	Real Decreto 1634/2006, que establece la tarifa eléctrica desde 1 de enero del 2007	–
2006/054	Ley Orgánica 3/2007, de igualdad	149.1.1ª, 6ª, 7ª, 8ª, 30ª
2006/054	Ley 7/2007, sobre el Estatuto básico del empleado público	149.1.18ª
2006/032	Real Decreto 616/2007, sobre electricidad. Fomento de la cogeneración	149.1.25ª
2005/089	Real Decreto 661/2007, que regula actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial	149.1.22ª, 25ª
2006/046	Ley 16/2007, de reforma y adaptación de la relación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE	–
2005/089	Ley 17/2007, que modifica la Ley 454/1997, del sector eléctrico	149.1.13ª, 25ª
2005/089	Real Decreto 1110/2007, sobre el reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico	149.1.13ª, 25ª
2006/032	Real Decreto 1110/2007, sobre el reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico	149.1.13ª, 25ª
1993/013	Real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª
1999/044	Real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª
1990/314	Real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
1985/577	Real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª
1985/374	Real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª
1997/007	Real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª
1998/027	Real Decreto Legislativo 1/2007. texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios	149.1.1ª, 13ª, 16ª
1979/409	Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad	149.1.3ª, 23ª
2006/105	Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad	149.1.3ª, 23ª
1992/043	Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad	149.1.3ª, 23ª
2005/065	Real Decreto 1617/2007, que establece medidas para la mejora para la protección de los puertos y del transporte marítimo	149.1.20ª, 29ª
1998/026	Ley 51/2007, de presupuestos para 2008	–
1989/391	Real Decreto 1755/2007, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las fuerzas armadas y la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa	149.1.4ª
2006/142	Real Decreto 36/2008, que modifica la norma general del etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, aprobada por Real Decreto 1334/1999	149.1.13ª, 16ª
1985/337	Real Decreto Legislativo 1/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos	–
1997/011	Real Decreto Legislativo 1/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos	–

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2006/066	Real Decreto 106/2008, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos	149.1.23ª
2006/048	Real Decreto 216/2008, de recursos propios de las entidades financieras	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2007/016	Real Decreto 217/22008. del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el reglamento de la Ley 35/2003, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005	149.1.6ª, 11ª, 30
2006/049	Real Decreto 216/2008, de recursos propios de las entidades financieras	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2006/073	Real Decreto 217/2008, del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el reglamento de la Ley 35/2003, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005	149.1.6ª, 11ª, 30ª
2005/045	Real Decreto 323/2008, que modifica el Real Decreto 2062/1999 que regula el nivel mínimo de formación en profesiones marítimas	149.1.20ª
2007/019	Real Decreto 866/2008, que aprueba la lista de sustancias permitidas para la fabricación de materiales objetos plásticos destinados a estar en contacto con los alimentos y se regulan determinadas condiciones de ensayo	149. 1.16ª
2006/141	Real Decreto 867/2008, que aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los preparados para lactantes y los preparados de continuación	149.1.16ª
2007/029	Real Decreto 868/2008, que modifica el Real Decreto 1430/1997, que aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los productos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso.	–

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2007/068	Real Decreto 1245/2008, que modifica la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios aprobado por Real Decreto 1334/1994	149.1.13ª, 16ª
2006/130	Real Decreto 1246/2008, que regula el procedimiento de autorización, registro y farmacovigilancia de medicamentos veterinarios	149.1.16ª
2007/061	Real Decreto 1472/2008, que modifica el Real Decreto 1054/2004, que aprueba la norma de calidad para determinados tipos de leche conservada parcial o totalmente deshidratada, destinadas a la alimentación humana	–
2005/047	Real Decreto 1579/2008, que modifica el Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y se regulan determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector del transporte	149.1.16ª
2008/053	Real Decreto 1614/2008, sobre requisitos zoosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, así como a la prevención y el control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos	149.1.16ª
2006/088	Real Decreto 1614/2008, sobre requisitos zoosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, así como a la prevención y el control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos	149.1.16ª
2006/042	Real Decreto 1644/2008, de normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas	149.1.13ª
2007/045	Real Decreto 1801/2008, sobre normas relativas a las cantidades nominales para productos envasados y al control de su contenido efectivo	149.1.12ª, 13ª
2006/121	Real Decreto 1802/2008, que modifica el Real Decreto 363/1995, sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas	–

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2006/100	Real Decreto 1837/2008, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado (incorporación de directivas)	–
2005/036	Real Decreto 1837/2008, de reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado (incorporación de directivas)	
2001/084	Ley 3/2008, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original	149.1.9ª
2005/036	Real Decreto 3303/1978, de regulación de la medicina de familia y comunitaria como especialidad de la profesión médica	–
2005/036	Ley 10/1986, de odontología	–
2005/036	Real Decreto 1418/1990, que modifica el Real Decreto 970/1986, por el que se establece el título universitario oficial de licenciado en odontología y las directrices generales de los planes de estudio para su obtención.	–
2005/036	Real Decreto 1466/1990, que establece el título universitario oficial de diplomado en enfermería y las directrices generales propias de los planes de estudio para su abstención	
2005/036	Real Decreto 1464/1990, que establece el título universitario oficial de licenciado en farmacia y las directrices generales propias de los planes de estudio para su abstención	
2005/36	Real Decreto 1417/1990, que establece el título universitario oficial de licenciado en medicina y las directrices generales propias de los planes de estudio para su abstención	
2005/036	Real Decreto 1384/1991, que establece el título universitario oficial de licenciado en veterinaria y las directrices generales propias de los planes de estudio para su abstención	

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2005/036	Real Decreto 4/1994, que establece el título universitario oficial de arquitecto y las directrices generales propias de los planes de estudio para su abstención	
2005/036	Real Decreto 1753/1998, sobre el acceso excepcional al título de medio especialista en medicina familiar y comunitaria y ejercicio de la medicina de familia en el Sistema Nacional de Salud	
2008/068	Real Decreto 412/2001, que regula diversos aspectos relacionados con el transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril	
2005/036	Real Decreto 450/2005, de especialidades de enfermería	149.1.30ª
2006/021	Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental	149.1.30ª
2008/103	Real Decreto 106/2008, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos	149.1.23ª
2005/036	Real Decreto 183/2008, que determina y clasifica las especialidades de ciencias de la salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada	149.1.1ª, 16ª, 30ª, 2ª, 7ª
2009/014	Real Decreto 1642/2008, que fija los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y el Real Decreto 948/2001, sobre sistemas de indemnización de los inversores	149.1.11ª, 13ª
2008/007	Ley 4/2008, de supresión del gravamen del impuesto sobre patrimonio. Se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria	–
2007/074	Ley 4/2008, de supresión del gravamen del impuesto sobre patrimonio. Se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria	–
1990/427	Real Decreto 2129/2008, que establece el Programa Nacional de conservación y mejora y fomento de las razas ganaderas	149.1.13ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
1987/328	Real Decreto 2129/2008, que establece el Programa Nacional de conservación y mejora y fomento de las razas ganaderas	149.1.13ª
1990/118	Real Decreto 2129/2008, que establece el Programa Nacional de conservación y mejora y fomento de las razas ganaderas	149.1.13ª
1988/661	Real Decreto 2129/2008, que establece el Programa Nacional de conservación y mejora y fomento de las razas ganaderas	149.1.13ª
1977/504	Real Decreto 2129/2008, que establece el Programa Nacional de conservación y mejora y fomento de las razas ganaderas	149.1.13ª
1989/361	Real Decreto 2129/2008, que establece el Programa Nacional de conservación y mejora y fomento de las razas ganaderas	149.1.13ª
2008/039	Real Decreto 103/2009, que modifica el Real Decreto 866/2008, por el que se aprueba la lista de sustancias permitidas para la fabricación de materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con los alimentos y se regulan determinadas condiciones de ensayo	149.1.16ª
2008/060	Real Decreto 299/2009, que establece las normas de identidad y pureza de los edulcorantes utilizados en los productos alimenticios	149.1.16ª
2002/044	Real Decreto 330/2009, que modifica el Real Decreto 1311/2005, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas	149.1.7ª
1991/628	Real Decreto 363/2009, que modifica el Real Decreto 1559/2005, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos destinados al transporte por carretera en el sector ganadero	149.1.13ª, 16ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
1995/029	Real Decreto 363/2009, que modifica el Real Decreto 1559/2005, sobre condiciones básicas que deben cumplir los centros de limpieza y desinfección de los vehículos destinados al transporte por carretera en el sector ganadero	149.1.13ª, 16ª
2006/117	Real Decreto 243/2009, que regula la vigilancia y control de trabajadores y residuos radioactivos y combustible nuclear gastado entre Estados miembros, procedentes o con destino al exterior de la Comunidad	149.1.13ª, 25ª
2005/056	Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles	149.1.6ª
2007/063	Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles	149.1.6ª
2006/068	Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles	149.1.6ª
2008/097	Real Decreto 562/2009, que modifica el Real Decreto 2178/2004, que prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias beta-agonistas de uso en la cría de ganado	149.1.16ª
2008/013	Real Decreto 715/2009, que deroga el Real Decreto 65/1994, relativo a las exigencias de seguridad de los aparatos eléctricos utilizados en medicina y veterinaria	–
2006/038	Real Decreto 713/2009, que establece los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en las autopistas en régimen de concesión de la red de carreteras del Estado, incluidas en la red transeuropea de carreteras	149.1.24ª
2008/049	Real Decreto 714/2009, de seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan aeropuertos situados en territorio español	149.1.20ª
2002/022	Real Decreto 899/2009, que aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas	149.1.21ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2008/065	Real Decreto 818/2009, sobre el Reglamento general de conductores de 2009	149.1.21ª
2006/126	Real Decreto 818/2009, sobre el Reglamento general de conductores de 2009	149.1.21ª
2006/021	Real Decreto 975/2009, de gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras	149.1.11ª, 25ª
2007/044	Ley 5/2009, que modifica la Ley 24/1988 del mercado de valores, la Ley 26/1988 sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y el texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2007/071	Real Decreto 1084/2009, que modifica el Real Decreto 1381/2002, de instalaciones portuarias de recepción de desechos generales por los buques y residuos de carga	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2008/047	Real Decreto 1381/2009, que establece los requisitos para la fabricación y comercialización de los generadores de aerosoles	149.1.10ª, 13ª
2008/084	Real Decreto 1466/2009, que establece las normas de identidad y firmeza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes utilizados en los productos alimenticios	149.1.16ª
2009/010	Real Decreto 1466/2009, que establece las normas de identidad y firmeza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes utilizados en los productos alimenticios	149.1.16ª
2008/128	Real Decreto 1465/2009, sobre normas de identidad y pureza de los colorantes utilizados en los productos alimenticios	149.1.16ª
2006/023	Real Decreto 1516/2009, que regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo	149.1.20ª
2006/118	Real Decreto 1514/2009, que regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro	149.1.23ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2000/060	Real Decreto 1514/2009, que regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro	149.1.23ª
2005/085	Ley 12/2009, del derecho de asilo y la protección subsidiaria	149.1.2ª
2004/083	Ley 12/2009, del derecho de asilo y la protección subsidiaria	149.1.2ª
2007/047	Real Decreto 1616/2009, sobre productos sanitarios implantables activos	149.1.16ª
2007/047	Real Decreto 1591/2009, sobre productos sanitarios	149.1.16ª
2008/100	Real Decreto 1669/2009, que modifica el Real Decreto 930/1992, de etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios	149.1.16ª
2007/058	Ley 15/2009, de contrato del transporte terrestre de mercancías	149.1.6ª
2007/064	Ley 16/2009, de servicios de pago	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2006/123	Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio	149.1.13ª, 18ª
2007/044	Real Decreto 1818/2009, que modifica el Real Decreto 1309/2005, de instituciones de inversión colectiva	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2007/044	Real Decreto 1817/2009, modifica el Real Decreto 1245/1995 sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito	149.1.11ª, 13ª
2007/044	Real Decreto 1820/2009, que modifica el Real Decreto 361/2007, del Mercado de valores, y el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2007/044	Real Decreto 1821/2009, que modifica el Real Decreto 2486/1998, de ordenación y supervisión de seguros privados	149.1.6ª, 11ª, 13ª
2009/050	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª

Directiva	Rango, título y número de la norma	Art. Constitución
2009/052	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2008/115	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2003/110	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2004/081	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2004/082	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2004/114	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2005/071	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2003/109	Ley Orgánica 2/2009, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	149.1.1ª, 2ª
2006/123	Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus)	149.1.6ª, 7ª, 9ª, 10ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 17ª, 18ª, 19ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª, 25ª, 29ª, 30ª

Col·lecció
Institut
d'Estudis
Autonòmics

85

La presente obra analiza la incidencia de la transposición de las directivas europeas en las competencias autonómicas. Para ello se parte de un estudio dogmático y crítico de los fundamentos de la relación entre la integración europea y las competencias de las Comunidades Autónomas (principios de subsidiariedad y de autonomía institucional y procedimental en el ordenamiento de la Unión; principio de no alteración del reparto competencial en el sistema constitucional español) y los mecanismos institucionales de articulación previstos en los ordenamientos europeo y español. En segundo lugar, se realiza un estudio analítico exhaustivo de la transposición de las directivas en materias en las que las CCAA tienen competencias exclusivas o compartidas, centrándose en tres grandes áreas: las directivas que afectan a las competencias de regulación económica, las directivas ambientales, y la llamada Directiva de Servicios. A tal efecto se estudian los títulos competenciales utilizados por el legislador estatal para la transposición de las mencionadas directivas, así como las actitudes y estrategias de las CCAA ante la transposición de las directivas que entran dentro de sus competencias exclusivas o compartidas. Por último, pero no menos importante, la presente obra quiere proponer soluciones jurídico-constitucionales al vaciamiento competencial de las CCAA.

ISBN: 978-84-393-9074-9

9 788439 390749