

DIÁLOGOS CON AUTORES

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2013, 584 páginas.

1) El libro *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico* es la recopilación de ocho trabajos sobre distintos aspectos de la problemática vinculada a la transposición de directivas en el Estado autonómico. No resulta fácil dar unidad al trabajo de seis autores distintos, sin que se produzcan reiteraciones o incluso incoherencias. Hay que decir, en primer lugar, que este libro lo logra, salvo excepciones puntuales, lo que debe ser puesto en el haber de quien ha dirigido la investigación. En la introducción se explica con claridad el objeto de estudio: la participación regional en el proceso de incorporación de las fuentes europeas, específicamente de las directivas, en cuanto como se sabe, necesitan ser incorporadas formalmente al Derecho interno. Es evidente que la normativa estatal y autonómica condicionada por el Derecho europeo va más allá de las normas que trasponen directivas pero son éstas en las que, al menos formalmente, se centra esta investigación en cuanto «instrumento normativo federal por excelencia de la Unión Europea. Lo que interesa es fundamentalmente el desarrollo normativo interno del Derecho europeo y, en concreto, la participación autonómica en este proceso. Ello supone adentrarse también en los mecanismos para trasladar a las CCAA la responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo que desde las instancias europeas se exige al Estado, pero de forma tangencial. Esta cuestión quizás mere-

cería un análisis específico, también con un acercamiento empírico, como el que aquí se plantea, lo que se ha denominado, siguiendo a la doctrina italiana, la fase descendente de aplicación del Derecho europeo.

Es cierto, como se afirma en la introducción, que sobre esta cuestión hay construcciones teóricas pero faltan los análisis empíricos de cómo se está haciendo efectivamente esa incorporación interna de las normas europeas en el Estado autonómico. Es el hueco que pretende cubrir la investigación que se comenta. En este sentido, aún sin ser exhaustivo, en cuanto el estudio de la transposición de directivas se ciñe a dos ámbitos (regulación económica y medio ambiente) más la importante directiva de servicios, las aportaciones son valiosas y, sobre todo, permiten extraer conclusiones sobre las limitaciones prácticas de un proceso que, sin duda, debe ser mejor perfilado en España pues como nos muestra esta investigación sus deficiencias son numerosas.

La doctrina, e incluso los Informes del Consejo de Estado de 2008 y 2010 sobre incorporación de normas europeas y mecanismos de garantía del cumplimiento, respectivamente, ya habían advertido la separación existente entre el método de incorporación de las normas europeas en España derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional ante el silencio constitucional y la realidad práctica, esto es, la forma en que realmente se desarrolla. Según el Tribunal Constitucional este proce-

so se rige por el principio de no alteración del reparto competencial. En virtud de éste «la traslación de la norma 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». Ello significa, como se sabe, que la aplicación en España del Derecho europeo debe llevarse a cabo conforme a la distribución de competencias resultante del bloque de la constitucionalidad. Sin embargo, en la práctica, puede comprobarse que la transposición de las directivas la hace siempre el Estado en un primer momento, utilizando para ello los denominados títulos horizontales, con el consiguiente vaciamiento de las competencias autonómicas, y sin perjuicio de la ulterior actuación autonómica. Es una situación patológica que había destacado, y criticado, la doctrina e incluso a ello responde la pretensión de los Estatutos de Autonomía de segunda generación, específicamente los de Cataluña (2006) y Andalucía (2007), de recoger en su articulado tanto el principio de no alteración del reparto competencial como la participación autonómica en la fase descendente. No obstante, como se decía al inicio, acaso faltaba la concreción de esta idea en los sectores materiales específicos.

En este sentido, el análisis de transposición de las directivas sobre regulación económica, medio ambiente o servicios en el mercado interior permiten constatar empíricamente que existen las deficiencias de las que se venía advirtiendo hasta aquí: la amplia capacidad de acción del Estado en el proceso de transposición; la amplitud casi ilimitada que está alcanzando el art.

149.1.13 CE como título horizontal del Estado que le habilita para establecer «bases y coordinación» en este proceso, provocando una recentralización de las competencias; el detallismo de las bases estatales que apenas deja margen al ulterior desarrollo normativo autonómico; la escasa conflictividad que esta práctica ha generado, pese a desapoderarse a las CCAA de sus competencias, pues parece aceptarse una forma de incorporar las directivas europeas distinta a la que resulta de la jurisprudencia constitucional o, incluso, la distinción de dos tipos de CCAA si atendemos al activismo transpositivo: unas que efectivamente quieren ser activas en el proceso de transposición y otras que se limitan a aplicar las normas estatales que realizan la incorporación de las normas europeas.

Desde esta perspectiva la investigación recogida en este libro resulta sumamente útil en cuanto ofrece las referencias y los análisis concretos que permiten no sólo demostrar empíricamente la separación entre el plano teórico-constitucional y la práctica material sino, fundamentalmente, reforzar y legitimar las propuestas de cambio sobre la forma en que deben incorporarse las directivas a fin de ser acordes a un modelo territorial que avanza hacia su federalización no sólo desde una perspectiva material sino también desde la formal a través de las propuestas de reforma constitucional que ocupan el debate político-constitucional en la actualidad.

2) Antes de adentrarse en el análisis de la transposición de directivas en los ámbitos materiales seleccionados, los primeros capítulos pretenden contextualizar el objeto con el acercamiento teórico a las cuestiones sobre las que gira el proceso de incorporación de las normas europeas al Derecho interno en un Estado descen-

tralizado: los fundamentos constitucionales internos y europeos de la actuación de las CCAA en este proceso; los requisitos jurídicos de la transposición derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la distribución interna de responsabilidades ante el incumplimiento del Derecho europeo. Son aportaciones notables que ayudan a enmarcar de forma adecuada el acercamiento empírico posterior. En cualquier caso, me detengo únicamente en el estudio sobre los principios europeos e internos que rigen la participación autónoma en la transposición en cuanto es el básico para el objeto central de la investigación. El trabajo sobre los métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos aun resultando interesante no plantea su posible incidencia en un Estado descentralizado, que es el aspecto singular de la investigación. Por su lado, el trabajo sobre la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión se ocupa de una cuestión vinculada pero distinta al desarrollo normativo del Derecho de la Unión y merecería un análisis específico en cuanto asume una perspectiva ciertamente original al considerar que existen ya en nuestro ordenamiento los procedimientos adecuados para la imputación de la responsabilidad por incumplimiento de la directiva europea a la administración efectivamente responsable.

En consecuencia, nos centramos en el trabajo de M. Azpitarte sobre los principios que rigen el reparto de responsabilidades aplicable a este desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico. En este se repasan los principios europeos de atribución competencial, autonomía institucional, cooperación leal, subsidiariedad y proporcionalidad como principios clásicos que regulan esta cuestión para ocuparse, a continuación, de los principios internos aplicables a la relación Estado-

CCAA. Respecto a los primeros, se parte de la distinción entre el principio de competencia y la regla de atribución del Tratado de la Unión Europea en virtud de la cual en el modelo europeo son los Estados miembros quienes a través de los Tratados atribuyen competencias a favor de la Unión, por lo que, por la misma vía podrían, al menos formalmente, deshacer la atribución. En ese contexto, es el principio de primacía del Derecho europeo quien dota a la atribución de una suerte de rigidez en cuanto la incompetencia sólo podría ser declarada por el Tribunal de Justicia, sin posibilidad de control alguno por los Estados (págs. 33-34). Esta delimitación competencial a través de la regla de atribución competencial lleva consigo una cláusula residual en virtud de la cual debe reconocerse como competencia propia de los Estados todas aquellas no expresamente atribuidas a la Unión. A juicio de Azpitarte, el principio de atribución se ha visto reforzado por el Tratado de Lisboa con el reconocimiento expreso de la reserva a favor de los Estados miembros de aquellas competencias no expresamente previstas en los Tratados (arts. 4.1 y 5.2 TUE). Esto tiene al menos dos consecuencias: frena cualquier intento de la Unión de acrecer su espacio competencial y refuerza la rigidez prevista para la reforma de los Tratados que suponga incremento competencial. Supone un acercamiento claro, y sin prejuicios, a la comprensión de la estructura de la Unión.

En el marco del principio de atribución, el principio europeo que incide directamente en nuestro objeto es el principio de autonomía institucional que deja al Estado miembro la elección del ente político, el organismo o el procedimiento a través del cual se incorpora el Derecho de la Unión. La primera idea destacada, de forma pertinente, es que este principio refleja la ne-

cesaria intervención del Estado miembro en el desarrollo y ejecución del derecho europeo, más allá de abrir esa posibilidad. Pero, además, se sostiene que este principio sólo puede aprehenderse en relación dialéctica con el principio de cooperación leal que comprende el deber de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento así como abstenerse de perturbar la eficacia del Derecho de la Unión.

Es necesario detenerse, lógicamente, en los principios europeos que pueden incidir en la transposición de directivas. Pero ese acercamiento siempre nos deja la sensación de que no es posible extraer conclusiones sobre el concreto proceso en el derecho interno sino que se limitan a remitir a la actuación de los Estados miembros. La mención a la realidad regional que encontramos en algunos de estos principios como el de identidad nacional o el de subsidiariedad tiene un alcance formal, sin que se puedan extraer de ellos consecuencias específicas aplicables al proceso de transposición en un Estado descentralizado. Por tanto, lo que nos interesa realmente son los principios constitucionales que rigen ese desarrollo normativo.

Resulta bien conocida la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional que primero exploró la posibilidad de sustentar una competencia estatal para incorporar el Derecho Europeo en el art. 93 CE para finalmente consagrar el principio de no alteración del reparto competencial en este proceso (SSTC 54/1990; 236/1991; 80/1993). Estamos, en cualquier caso, ante un principio derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional sin reconocimiento expreso en la Constitución, lo que supone una singularidad de nuestro modelo, pero sobre todo es un principio que, como se ha apuntado ya, no se traslada a la práctica constitucional caracterizada por el dominio del Estado central en la transposición del

derecho de la Unión con la consecuente recentralización derivada de la aplicación del Derecho europeo.

El profesor Azpitarte explica esta situación a partir de las características genésicas del Estado autonómico que ha configurado un «Estado autonómico unitario», utilizando su propia definición. Por un lado, la formación evolutiva con distinto quantum competencial en las distintas CCAA habilitaba la intervención supletoria del Estado, más fácil en el proceso de aplicación del Derecho europeo pues su contenido económico hacía posible la aplicación de títulos horizontales del Estado, especialmente el art. 149.1.13 CE. En definitiva, permitían al Estado mantener una posición de control en el proceso de transposición del Derecho europeo. Por otro lado, destaca la propia inercia del modelo, esto es, consolidada durante varias décadas una forma de trasponer el Derecho Europeo resulta difícil modificarla pues se presume que el ente que la viene realizando, básicamente el Estado, tiene la competencia.

Me parece que, ciertamente, ahí radican las causas de una práctica que contradice los presupuestos constitucionales. Más dudas me plantea la confianza que expresa en los Estatutos de Autonomía de segunda generación aprobados a partir de 2006 como resortes para reconducir la práctica de la participación autonómica en la transposición al marco constitucionalmente adecuado pues, como expondré con más detalle en el último apartado de este comentario no creo que el reconocimiento de la participación autonómica en el proceso de transposición que encontramos en el Estatuto de Cataluña, o en el de Andalucía, y con ello su incorporación al bloque de la constitucionalidad tenga consecuencias tangibles, especialmente tras la devaluación del Estatuto como fuente que ha derivado

de la STC 31/2010¹. En este punto, coincido más con la posición de H. López Bofill (pág. 202), pese a la matización que luego se hará, que con la de M. Azpitarte (pág. 59) o la de X. Arzoz (pág. 526) pues, a mi juicio, el tratamiento que la STC 31/2010 ha dado al Estatuto de Autonomía afecta también al objeto que nos ocupa aunque haya declarado la conformidad con la Constitución de los preceptos estatutarios. En ese sentido, aunque se reiterará después, debe recordarse que la posibilidad de que las CCAA puedan ejercer su competencia sin necesidad de actuación previa del poder central cuando la norma europea cubre el espacio propio de lo básico es considerada constitucional pero con la «salvaguardia de la competencia básica del Estado en su caso concernida» que no resultara 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 bases».

Entiéndase bien que esto no significa aceptar la consolidación de la práctica seguida hasta aquí, como pretende el Consejo de Estado en su informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. A mi juicio, esta práctica debe modificarse para garantizar el respeto al reparto competencial entre el Estado y las CCAA en el proceso de incorporación del Derecho europeo. No obstante, para ello resulta necesario romper la dinámica desarrollada desde los orígenes del Estado autonómico, como se explica bien en este trabajo. No bastan en este sentido apelaciones a reconsiderar la forma de ac-

tuar del Estado y las CCAA ni la influencia de los nuevos Estatutos que prevén expresamente la participación autonómica. La dinámica está tan asentada que sólo puede reconducirse mediante la incorporación del modo de transposición al «pacto federal» que debe ser reconocido en la Constitución a través de su reforma. Sólo a través de un pacto federal constitucionalizado puede superarse la posición preeminente de los órganos estatales en la conformación y desarrollo del Estado autonómico que, no lo olvidemos, está en el origen de esta práctica de protagonismo estatal en la transposición de las directivas al margen del reparto competencial interno. También en el mismo sentido, la garantía de cumplimiento del Derecho europeo no correspondería al Estado central sino a la Federación y la propia Constitución debe articular la forma de hacerlo efectivo en el ámbito interno.

3) En una investigación de estas características resulta imprescindible el acercamiento a la experiencia de otros países, sobre todo cuando se parte de que la práctica en España es insatisfactoria o cuando menos se aleja de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional en su doctrina. El trabajo del profesor López Bofill expone de forma sintética pero clara la situación en cuatro Estados descentralizados europeos que pueden servir de referencia: Alemania, Austria, Bélgica e Italia. Se parte también en este trabajo de los principios europeos que marcan este proceso, en los que junto al ya conocido, y nodal, principio de autonomía institucional se destacan el prin-

¹ Sobre esta idea remito a mi trabajo «The function of the Constitutional Court in the Distribution of Competences: A critical vision», en A. López-Basaguren; L. Escajedo San Epifanio (editors), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*. Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2013, Volumen 1, páginas 527-543.

cipio de identidad nacional de los Estados miembros, con el respeto a las estructuras fundamentales constitucionales y políticas de los Estados incluyendo también «lo referente a la autonomía local y regional» (art. 4.2 TUE) y el principio de subsidiariedad. En cualquier caso, la conclusión desde esta perspectiva europea sólo puede ser la reiteradamente expuesta: hace posible la participación regional en el proceso de transposición pero no la impone.

El punto de partida del análisis es la pregunta sobre si la transposición de directivas es un instrumento de centralización. La pregunta es pertinente pues hemos comprobado que en España lo ha sido. Por ello, resulta procedente comprobar si esto también ocurre en otros Estados y, en otro caso, las causas de la respuesta negativa. La primera conclusión que nos aporta este trabajo es que la participación regional se vincula al rasgo de la «estatalidad» del ente territorial. De esta forma en las uniones de tipo federal se reconoce la máxima intervención de los entes federados en el proceso de incorporación interna de las normas europeas (Alemania) mientras que se advierte una menor intervención en los sistemas descentralizados de tipo devolutivo (Italia o España). Sin embargo, más importante que el carácter integrativo o devolutivo del modelo territorial me parece la segunda cuestión planteada en este trabajo: la regulación constitucional. A juicio de López Bofill, los modelos en los que la incorporación normativa de rango constitucional se encuentra más desarrollada aportan una mayor certidumbre. Es importante pues en este punto España se diferencia nítidamente del resto de Estados considerados en los que a través de reformas constitucionales se ha regulado la participación de los entes territoriales en la fase ascendente y descendente de aplicación del Derecho europeo, mientras que en España las

referencias son casi nulas, más allá de las que pueden deducirse del nuevo art. 135 tras la reforma constitucional de 2011.

Con estos presupuestos se analiza la participación regional en los países considerados a partir de cuatro criterios: el diseño constitucional; los mecanismos de participación de los entes territoriales en la fase de aprobación y de recepción del derecho de la Unión (fase ascendente); los mecanismos de intervención de los entes territoriales en el proceso de aplicación del Derecho de la Unión (fase descendente) y los mecanismos de garantía de cumplimiento. Siguiendo el criterio expuesto más atrás en relación a la construcción teórica nos detenemos únicamente en los dos que afectan directamente al objeto de la investigación: la regulación constitucional y la fase descendente o proceso de incorporación del Derecho europeo al ordenamiento interno.

En cuanto al diseño constitucional se destaca, con razón, la importancia de la reforma constitucional alemana de 2006 en cuanto rompe con el binomio de principios establecidos por la Federación, por un lado, y concreción normativa por los Länder para tender al reconocimiento de espacios de exclusividad para ambos. Esto tiene una importancia directa en el proceso de incorporación normativa del Derecho europeo en cuanto contribuye a clarificar el ente que debe trasponer la norma comunitaria pues, como en España, corresponde a quien sea titular de la competencia según el reparto interno. Ocurre que en España prácticamente todas las materias de competencia autonómica son compartidas pues el Estado puede intervenir a través de sus títulos horizontales, especialmente la «ordenación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE) para establecer las bases y la coordinación. Por ello, esa clarificación frente al «enmarañamiento» querida en Alemania no se advierte en España. A ello se

le añade un segundo elemento también fundamental cual es la existencia de una cámara territorial de representación de los Estados, el Bundesrat, en la que se determina la forma concreta de trasponer. En efecto, como señala López Bofill, la participación determinante de los Estados miembros en sede legislativa refuerza el peso de las entidades federadas en la transposición del programa normativo de la Unión en la fase descendente. Incluso cuando la transposición de la directiva se hace mediante reglamentos se exige que sea autorizado por una norma legislativa de delegación aprobada en el Bundesrat, esto es, con aprobación de la mayoría de los representantes de los Länder. Esta experiencia, configurada sobre dos pilares: delimitación clara de las competencias respectivas y participación en el proceso de transposición del órgano constitucional de representación de los territorios a partir del reconocimiento constitucional es, sin duda, la más valiosa del Derecho comparado y la que debería servir de referencia para el pacto federal al que me refería en el apartado anterior.

En los otros casos se advierten deficiencias que hacen menos atractivos los modelos. En Austria se mantiene la legislación marco como mínimo normativo establecido por la Federación que en el caso de transposición de directivas puede llegar a la regulación de detalle y la forma concreta de transposición puede incorporarse a fórmulas de colaboración como acuerdos y convenios. En Italia, por su parte, la figura de las «leyes comunitarias» asigna al Estado una competencia especial tanto en la fase ascendente como en la descendente. En lo que nos ocupa, la determinación de los elementos comunes de la transposición de derecho europeo es competencia del Estado. La técnica consiste en la aprobación de una «ley comunitaria» estatal anual que incluye la transposición de diver-

sas directivas en ese periodo y en el ámbito competencial correspondiente, sin perjuicio de que existan también leyes comunitarias regionales que concretan de forma singular ese programa normativo de la Unión.

La conclusión que se extrae de este repaso al tratamiento del proceso de transposición de otros Estados descentralizados es que el modelo español es el más proclive a acrecentar la centralización al trasponer las directivas europeas. En primer lugar, los sistemas de mayor indeterminación competencial basados en un modelo de legislación de principios estatal y legislación de desarrollo regional parecen favorecer esa centralización pues las competencias principales del Estado siempre tendrán un mayor alcance transversal. En segundo lugar, la ausencia de intervención «determinante» de los entes territoriales en la fase descendente de transposición del derecho de la Unión en el ámbito de las competencias legislativas de carácter compartido, como notoriamente sucede en España por la ausencia de definición institucional del Senado como cámara de representación territorial, aminora todavía más las posibilidades de participación de los entes territoriales. Finalmente, los modelos en los que la relación regiones-Estado-Unión Europea tiene una menor regulación constitucional, o carece de ella, coinciden con aquellos en los que el impacto del derecho de la Unión tiene efectos centralizadores.

4) A continuación, los análisis empíricos nos muestran, con un ingente despliegue de material, que efectivamente el art. 149.1.13 CE ha permitido al Estado desarrollar un papel preeminente, un cuasi-monopolio (De la Quadra), en el proceso de transposición de directivas. Una tercera parte de las directivas incorporadas por el Estado en los años 2007, 2008 y 2009 in-

vocan el art. 149.1.13 CE para fundamentar por sí mismo o en conjunción con otros títulos, la competencia normativa del Estado. Y ello no sólo en materia financiera o medio ambiental sino también en supuestos que afectaban a competencias específicamente autonómicas como pesca, agricultura o ganadería.

En las directivas que inciden en la regulación económica, T. de la Quadra lo justifica porque el grueso de las competencias transferidas a las instituciones europeas está vinculado a la construcción del mercado único. No sólo las referidas al mercado interior, fiscalidad o unión aduanera sino también las referidas a sectores como energía, transporte, empleo, consumidores, medio ambiente o sociedad de la información. Para todas ellas hay títulos específicos del Estado en el art. 149.1 CE pero allí donde no llegan estos, como en agricultura, ganadería, comercio o industria se aplica el art. 149.1.13 CE. No obstante, la clave radica en que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación amplia del alcance de las competencias del Estado y ha aceptado unas bases estatales muy detalladas. De esta forma, la actuación del Estado alcanza incluso a la ejecución de la materia regulada. Y, además, no olvidemos un factor clave, a saber, que esta práctica no ha generado apenas conflictividad.

En cuanto a las directivas ambientales, el detallado estudio de la profesora Nogueira nos muestra con nitidez las deficiencias del proceso de transposición con las mismas características advertidas en los restantes trabajos: se transpone forzando el reparto interno de competencias pero las CCAA han aceptado generalmente de forma acrítica esta práctica. Destaca A. Nogueira que las CCAA no parecen reclamar para sí mismas la incorporación del Derecho europeo ambiental, excepto en los

aspectos más procedimentales, ni suelen cuestionar las normas básicas estatales que transponen Directivas. Muestra también cómo actúan las CCAA cuando participan en el proceso de transposición de forma que sólo un reducido número de ellas mantienen una pauta constante de transposición de las directivas ambientales (Cataluña, País Vasco, Navarra, Castilla León y Andalucía), mientras que las restantes desarrollan a lo sumo una «transposición a impulsos» o se abstienen de hacer el desarrollo normativo de la legislación básica estatal.

Finalmente, en el muy extenso y detallado estudio sobre la directiva de servicios del profesor Pérez Fernández se destacan dos elementos a tener en cuenta al plantear propuestas de mejora del proceso de transposición en el Estado autonómico. Por un lado, como se ha repetido en prácticamente todos los trabajos, la amplitud casi ilimitada que está alcanzando el art. 149.1.13 CE como vía para recentralizar las competencias en materia económica. Por otro, la problemática derivada de que las normas autonómicas vigentes que colisionen con la nueva normativa básica estatal devienen en inconstitucionales, dando lugar a la figura de la inconstitucionalidad sobrevenida.

5) A partir del acercamiento teórico y empírico desarrollado a lo largo de toda la investigación, en el último capítulo X. Arzoz aborda el diagnóstico y las perspectivas de futuro de la transposición de directivas en el Estado autonómico. La problemática ha quedado expuesta y es el momento, por tanto, de sintetizar y plantear propuestas de mejora.

La conclusión primera es que la transposición de directivas ha producido en la práctica un importante desplazamiento competencial a favor del Estado. Así lo había señalado la doctrina, de forma mayoritariamente crítica, y el Consejo de

Estado de manera complaciente. De hecho, la jurisprudencia constitucional reconoce diversos títulos que permiten al Estado una amplia intervención en el espacio competencial autonómico. Y ello no sólo en las materias directamente vinculadas a la regulación económica sino en general en todos los sectores materiales pues resulta difícil excluir la incidencia económica. Ahí está el caso de la Directiva de servicios pues la inexistencia de título del Estado sobre actividad de servicios no ha impedido al Estado trasponer la directiva o el de las directivas ambientales respecto a las cuales se utiliza el título horizontal del 149.1.13 CE junto al material del 149.1.23 CE.

Las consecuencias también habrían sido apuntadas: vaciamiento de las competencias autonómicas, especialmente de las legislativas, y transformación de los títulos competenciales autonómicos exclusivos en compartidos. En definitiva, se ha asentado una práctica en la transposición de directivas que no responde a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y provoca la recentralización de competencias autonómicas en el proceso de aplicación del Derecho Europeo.

Sin embargo, se ha comprobado también que ni las propias CCAA ni el Tribunal Constitucional han intentado evitar esta situación. Resulta claro que la mayoría de las CCAA han aceptado esta práctica de transposición, y no ha generado apenas conflictividad si excluimos el caso de Cataluña (como se sabe el País Vasco renunció a partir de 1989 a plantear ante el Tribunal Constitucional las controversias competenciales, con la excepción de los planteados en 2012 por el gobierno López). Como apunta expresamente el Informe del Consejo de Estado de 2010, las CCAA «han redirigido su atención a asegurar su participación en la fase ascendente y a hacerla efectiva por otros cauces distintos a

la transposición en la fase descendente».

A su vez, el Tribunal Constitucional se ha limitado a formular el principio de no alteración del reparto competencial en el proceso de transposición de las directivas pero no ha abordado el problema de que efectivamente la práctica ha provocado un cambio en la distribución de competencias.

La cuestión que se plantea es por qué ocurre esto o dicho con la precisa expresión del profesor Azpitarte: «por qué la Constitución no vuelca su normatividad en la incorporación del derecho europeo».

El Consejo de Estado justifica constitucionalmente esta práctica en la necesidad de prevenir y evitar la responsabilidad por incumplimiento que se imputa directamente por la Unión Europea al Estado. Esta tesis ha sido respaldada en la STC 130/2013 apelando a la cláusula de la supletoriedad en un sentido distinto a como se había considerado a partir de la STC 61/1997. En la STC 130/2013/9 indica el Tribunal Constitucional que «a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las CCAA, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del derecho derivado europeo». Como explica T. de la Quadra parece imponerse la tesis de que es preferible extender el alcance de los títulos del Estado para evitar el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea aunque suponga el vaciamiento de las competencias autonómicas. Sin embargo, ello supone la quiebra de dos asentadas construcciones jurisprudenciales. Por un lado, la que ha sostenido que la supletoriedad no es una cláusula universal atributiva de competencias y, por tanto, el Estado no puede actuar amparándose en el 149.3 CE si no tiene un título competencial. Por otro lado, que la garantía del cumplimiento no puede fundamentar la alteración del reparto competencial. Son pilares del proceso de

construcción del Estado autonómico que no pueden ser cuestionados de forma ligera amparándose en que los «agricultores y ganaderos deben poder percibir las ayudas que les corresponden según la reglamentación comunitaria aplicable».

Pero además se aducen razones técnicas que son, efectivamente, débiles, como sostiene X. Arzoz. Ni el grado de detalle de las directivas ni la coincidencia funcional entre directiva y norma básica pueden justificar la transposición por parte del Estado cuando afecta a competencias autonómicas. Todo lo contrario. Ambos motivos podrían justificar la abstención del Estado. Si las directivas son detalladas o existe coincidencia funcional entre directiva y norma básica ello significa que el ámbito de lo básico ha sido total o parcialmente ocupado por la regulación europea y, por tanto, corresponde actuar al competente para el desarrollo normativo de lo básico que realizará la incorporación al ordenamiento interno exigida por el Derecho de la Unión.

En este punto merece una referencia específica la cuestión de la posible sustitución de las bases estatales por la actuación autonómica en el proceso de transposición de directivas cuando el alcance del espacio básico del Estado coincida con lo ya regulado en la directiva europea. Como se sabe esa posibilidad se ha incluido en algunos Estatutos de Autonomía (Cataluña, Andalucía) y ha sido enjuiciada por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010. La cuestión se plantea en tres trabajos distintos desde posiciones también diferentes, como apuntaba antes. Comparto la posición de López Bofill en el sentido de que la interpretación conforme que realiza el Tribunal Constitucional de la disposición estatutaria catalana en la que se recoge ese supuesto no permite avanzar mucho pues el Tribunal Constitucional destaca que la

competencia del Estado no queda ni «desplazada ni eliminada por la norma europea» y «la sustitución de unas bases por el Derecho Europeo no modifica constitutivamente la competencia estatal de emanación de bases». Sin embargo, ello no significa, como también se afirma en el trabajo de López Bofill que «la Comunidad Autónoma no puede articular el desarrollo normativo fundamentándose directamente en Derecho europeo desconociendo el espacio competencial básico que la Constitución atribuye al Estado» (págs. 202-203). Creo que no es exactamente esto lo que quiere decir el Tribunal Constitucional, y lo que se había sostenido previamente en la doctrina sino, en un sentido algo distinto, que la previsión estatutaria no puede anular la competencia estatal para establecer las bases. Por tanto, en ausencia de bases estatales, la Comunidad Autónoma puede trasponer directamente el Derecho Europeo interpretando que el espacio básico queda cubierto por la norma europea. Pero ello no impide al Estado establecer las bases en ejercicio de su título competencial, si lo tiene, y esas bases deberán ser respetadas por la Comunidad Autónoma aun cuando provoque la inconstitucionalidad sobrevenida de normas autonómicas. Ciertamente no tiene sentido que el Estado dicte unas bases para reiterar lo que ya dice la directiva europea pero cuestión distinta es sostener que no puede hacerlo en virtud de lo previsto en el Estatuto cuando dispone de título competencial para ello.

En consecuencia, las razones de esta forma de actuar en la transposición de directivas no son de carácter técnico. Más bien, como exponía en el primer capítulo M. Azpitarte y ahora se reitera deben vincularse a los rasgos genésicos del Estado autonómico, con unas CCAA de menor nivel competencial que requerían la actuación supletoria del Estado. Ello contribu-

yó a instaurar unas pautas de actuación que se han mantenido incólumes y resulta difícil modificar.

Este protagonismo estatal ha provocado numerosos problemas que se apuntan bien en este apartado a partir de lo expuesto al hilo de la concreta transposición de directivos en los trabajos de T. de la Quadra-Salcedo Janini, A. Nogueira López y J.M. Pérez Fernández. En efecto, es un problema la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas autonómicas cuando el Estado decide modificar de manera unilateral las bases, sin que exista condicionamiento alguno para ello y a partir de una doctrina extensiva de las bases por parte del Tribunal Constitucional. Así ha ocurrido en la transposición de las directivas ambientales. También es cierto que cuando el Estado invoca el art. 149.1.13 CE junto a los títulos sectoriales la finalidad de esa mención conjunta no es sólo justificar la transposición por parte del Estado sino retener amplias funciones para la ejecución de la regulación derivada de la directiva. También las directivas de medio ambiente constituyen un buen ejemplo en este sentido.

En este contexto problemático se plantean diversas soluciones y propuestas como conclusión de la investigación.

En primer lugar, encontramos la apelación a tomarse en serio la distribución de competencias, lo que obliga a un cambio de actitud por parte de los actores implicados, tanto el Estado como las CCAA que deben reivindicar su espacio propio y ejercer sus competencias. Para ello se plantea como garantía externa la inclusión de la «autonomía regional» en el respeto de la identidad constitucional de los Estados», a la que hemos concedido escaso alcance. También hemos dicho que parece poco relevante para alterar la apuntada dinámica el reconocimiento de esta facultad de trans-

posición en los Estatutos de segunda generación, como ya he señalado. Es verdad que «anclan en el bloque de la constitucionalidad algunas reglas importantes que hasta hoy sólo tenían una base doctrinal y jurisprudencial». Sin embargo, la mencionada «devaluación» del Estatuto de Autonomía como fuente que ha derivado de la STC 31/2010 impide la eficacia real de esta garantía, como hemos comprobado al analizar la previsión estatutaria de sustitución de las bases estatales cuando la directiva europea cubra ese espacio competencial. Si esa previsión concreta de sustitución tiene escaso alcance pese a su conformidad constitucional, aun tendrá menos la referencia genérica a la participación autonómica en el proceso de incorporación.

En segundo lugar, se insiste en rechazar la adopción de normas estatales de transposición de carácter básico de contenido meramente reiterativo de la directiva. En ese sentido, se considera que el Estado debe abstenerse para no incrementar la complejidad normativa aumentando el número de escalones normativos. El planteamiento es, sin duda, razonable. El problema es que atendiendo a la dinámica desarrollada hasta aquí en el Estado autonómico y a la posición del Tribunal Constitucional en relación tanto a la variabilidad de lo básico como a las propias previsiones estatutarias no se entiende como se podrá conseguir, sin ningún cambio normativo, la reconsideración en una forma de actuar plenamente consolidada que incluso tiene el aval del Consejo de Estado y se despliega mientras el Tribunal Constitucional se limita a recordar el principio genérico de no alteración del reparto de competencias en el proceso de transposición sin extraer sus consecuencias. Cuando ha debido ocuparse de esta cuestión al valorar las previsiones estatutarias que pretenden reforzar la participación regional no ha reconocido la sustitución del espacio es-

tatal por las CCAA al cubrir la directiva el espacio de lo básico sino más bien la posibilidad de ocupación normativa de ese espacio por las CCAA en el proceso de transposición en cuanto la instancia autonómica no tiene que esperar plazo alguno para transponer. Pero ello no impide la actuación ulterior del legislador básico que se impone a la autonómica en cuanto se desarrolla en su espacio competencial.

En tercer lugar, se denuncia la inexistencia de pautas claras de actuación para los órganos del Estado en el proceso de transposición. Es evidente que las Directrices establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas de 2008 son genéricas e insuficientes. A su vez, también las CCAA deben reflejar institucional y procedimentalmente la transposición y sus consecuencias jurídicas como es la obligación de notificar las medidas internas de transposición, comunicándolas formalmente al Estado, a fin de que proceda a notificar dichas normas a la Comisión Europea.

En cuarto lugar, es evidente que el actual mecanismo de colaboración en el proceso de transposición a través de las conferencias sectoriales no está funcionando. Estas conferencias son órganos para el intercambio de información pero no sirven como órganos de decisión sobre como transponer las directivas. La solución que propone el Consejo de Estado en su Informe es potenciar el papel de las conferencias sectoriales y especialmente de la CARCE; sin embargo, no sirve. El reflejo más claro es que la actual CARUE no se ha reunido desde hace dos años, esto es, en la práctica no existe aunque formalmente se siga hablando de ella. La raíz del problema la explica muy bien X. Arzoz: «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 sus-

pendida» (pág. 555). Ocurre que en ese contexto no creo que puedan tener eficacia la constitución de una «red de correspondientes de la transposición» o un «grupo de alto nivel de la adaptación del Derecho de la Unión». Son propuestas de mejora que plantean un cambio de actitud sin alterar el marco normativo que difícilmente resolverán el problema si partimos de la premisa de que en el modelo actual el Estado no necesita la cooperación. Es necesario, por tanto, alterar el *status quo* para impedir el despliegue de los mecanismos propios del Estado autonómico unitario.

En definitiva, la investigación plantea unas pautas de actuación en el proceso de transposición que resultan indudablemente adecuadas, a saber: a) Las CCAA deben y pueden transponer las directivas europeas hasta donde alcanza su competencia normativa; b) Los órganos centrales del Estado deben transponer si sus competencias sectoriales u horizontales le habilitan para ello. En el supuesto de que no pretendan dictar normas básicas sería conveniente que lo anunciaran y formalizaran en órganos de colaboración, con consecuencias al considerar la responsabilidad financiera por incumplimiento; c) Si el Estado opta por adoptar nuevas normas básicas deberían dejar un plazo de tiempo prudencial a las CCAA para que adapten sus normas de desarrollo.

Sin embargo, dudo que se puedan implementar esas pautas de actuación sin alterar el marco normativo cuando la práctica de protagonismo estatal en la transposición de directivas está consolidada y el Estado no necesita la cooperación. A mi juicio, en esta investigación hay mimbres para plantear una propuesta más ambiciosa que resuelva las deficiencias advertidas. Debe girar, como se apuntaba antes, por utilizar como referencia el modelo alemán. En Alemania concurren los tres elementos claves para garantizar una adecuada parti-

cipación regional en el proceso de transposición cuando afecte a sus competencias conforme al reparto interno: el reconocimiento constitucional que garantice su aplicación desde la cúspide del ordenamiento; una delimitación clara de las competencias respectivas de Estado y CCAA que facilite la atribución de la responsabilidad y un órgano constitucional de representación de los territorios que intervenga en el proceso normativo de transposición, no como un mero foro de información y deliberación sino un órgano constitucional con capacidad legislativa, al modo del *Bundesrat*.

Por tanto, a mi juicio, es necesario constitucionalizar el modelo de transposición de directivas. En puridad, es un elemento más del cambio constitucional pendiente en España. Se enmarca en la constitucionalización del pacto federal que supere la configuración estatalista originaria del modelo territorial en España. Es la que permite que la norma institucional básica de las CCAA sea una fuente del Estado, las bases estatales puedan ser variables, detalladas y materialmente ilimitadas o la impugnación de una norma autonómica provoque su suspensión mientras no ocurre así a la inversa. En ese pacto federal deben concretarse las competencias del Estado en la Constitución, especificando las facultades concretas y limitando los títulos transversales. También deberá sustituirse el actual Senado por una auténtica cámara de representación territorial con funciones específicas para que pueda desarrollar esa tarea. No son los únicos cambios que se plantean en un programa normativo de federalización del Estado autonómico pero están entre los ineludibles y, con ellos, el cambio en la forma de trasponer las directivas en el sentido propuesto por esta investigación se producirá con naturalidad. La delimitación de las facultades competenciales del Estado y la atribución a los entes territoriales de las restantes permi-

tirá determinar con más claridad quien es el competente para trasponer la directiva en cada caso. Por otro lado, un Senado territorial podrá cumplir la función que en Alemania desarrolla el *Bundesrat* al aprobar las leyes que traspongan directivas comunitarias. Con ello se garantiza la participación regional en el proceso. Incluso debe recordarse de nuevo que en Alemania aun cuando la transposición se haga a través de reglamentos, proceso muy habitual en España como se ha comprobado en el caso de las directivas ambientales, esa transposición deberá ser aprobada también en el *Bundesrat*.

En definitiva, estamos ante una excelente recopilación de trabajos en los que se muestran las deficiencias del proceso de transposición de directivas en el Estado autonómico desde distintas perspectivas: teórica, comparada y empírica. Son, en esencia, las que ya se habían detectado en trabajos anteriores pero ahora se aporta no sólo un renovado y actualizado análisis teórico sino fundamentalmente un análisis empírico que dificulta seguir manteniendo posiciones como la sostenida por el Consejo de Estado.

En cuanto a la forma de superar esta separación entre el modelo derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional y la práctica material, las propuestas recogidas en la parte final de libro son adecuadas. No obstante, a mi juicio, de los propios contenidos de la investigación puede extraerse una propuesta más ambiciosa pues la dinámica desarrollada en estos años está tan asentada que sólo con cambios normativos desde la cúspide del ordenamiento se puede alterar la forma de trasponer directivas desarrollada hasta aquí.

José Antonio Montilla Martos
Universidad de Granada