

INTEGRACIÓN EUROPEA Y ESTADO AUTONÓMICO (*)

European Integration and Regional State

MARÍA JESÚS MONTORO CHINER

1. Podría iniciar este análisis refiriéndome a la conocida estrofa de una obra musical maestra (1) «Feliz es quien consigue olvidar aquello que no puede cambiar». Y creo que es bien cierto; libro como el que ahora pretendo comentar debería haberse escrito mucho antes. Se trata de un tema capital; se trata de un tema que afecta a las relaciones, en cascada, entre varios ordenamientos, europeo, estatal-interno y autonómicos. Y se trata, además, de una cuestión a la que nuestros legistas han intentado dar una solución en los últimos meses, y el camino elegido para solventarla, a mi parecer, no resultará satisfactorio. Lo dicho, dado que la tardanza no se puede reparar, mejor es olvidarla.

Con las anteriores frases no pretendo dar a entender que no se hubiesen publicado hasta ahora estudios, análisis e incluso evaluaciones sobre la forma y el sistema en que la integración europea se ha producido en nuestro panorama jurídico (2).

(*) Análisis crítico de la obra colectiva «*Transposición de directivas y autogobierno*» (*El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*). Dirigida por Xabier Arzo Santisteban, Barcelona, editada por el Institut d'Estudis Autonòmics, 2013.

(1) *Glücklich ist wer vergisst, was doch nicht zu ändern ist*. Antiguo proverbio inmortalizado en el libretto de la composición musical *Die Fledermaus*, de J. Strauss. El texto, de C. Haffner y R. Genée, incorpora la cita; todo en su conjunto dio lugar a una obra que, perteneciendo al género de la opereta, por decisión de G. Mahler, que ponderó su altísima calidad musical, se suele representar en teatros de ópera. Excusado es decir que el libretto está salpicado de situaciones en las que el Derecho Administrativo (multas, notificaciones de resoluciones, etc.) tiene mucho que decir. Los conocedores lo saben.

(2) El mismo Institut d'Estudis Autonòmics editó en 1986 «*La aplicación del Derecho de la Comunidad Europea por los organismos subestatales*». Se trataba de un estudio comparativo entre los Länder, las Regiones italianas, las Regiones en Bélgica y las Comunidades Autónomas.

Pero sí puedo expresar mi escepticismo acerca de que, hasta ahora, los trabajos y aportaciones existentes sobre el tema han sido abordados no de manera holística; y ese reproche me lo hago a mí misma y me atribuyo el defecto de no haber contribuido, en su momento (3), a ofrecer soluciones viables que pudieran abrir pistas a tener en cuenta por los legistas en el proceso de clarificación de la transposición de Directivas, la adecuada integración del Derecho de la Unión Europea y la necesidad de que ese proceso no desembocase en lo que ahora observamos: un ordenamiento jurídico opaco, no transparente, con soluciones distintas dadas a través de técnicas e instrumentos jurídicos diversos que dificultan, cuando no imposibilitan, la aplicación del Derecho europeo, favorecen su ejecución defectuosa y el resultado frecuente de su incumplimiento.

Pues bien, la obra que acomete el estudio de la transposición de Directivas en su alcance total y que, finalmente, ve la luz en 2013 tiene, en su ventaja, la oportunidad temporal de su publicación. Como ya se sabe, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, contenía una Disposición Adicional Primera que regulaba criterios para determinar los grados y niveles de incumplimiento del Derecho europeo (en la relación Estado-Comunidades Autónomas); la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en su Disposición Adicional Segunda perfiló escasamente la regulación de la Ley 2/2011; finalmente, el RD 515/2013 desarrolla las responsabilidades por incumplimiento. Es obvio que el contenido de la regulación de las responsabilidades por incumplimiento cierra el deber de transposición de Directivas y completa el ciclo de los deberes de transposición (quién, cómo, en qué forma, con qué norma y según qué técnicas e instrumentos jurídicos) que vienen exigidos por el Derecho europeo.

En conclusión, una publicación como la que ahora analizo era necesaria, puede ser provechosa, ha sido bien dirigida y editada muy cuidadosamente.

Otra cosa es que en un tema tan delicado como el que abarcan las opiniones doctrinales esté en consonancia con la regulación de algunos de los aspectos que la materia brinda; y ése es el caso, en mi opinión, de las soluciones legislativas adoptadas en los supuestos de responsabilidad y de distribución de cuotas por incumplimiento. Pero no adelantemos opiniones sobre la solución antes de esbozar el problema.

(3) MONTORO CHINER, María Jesús, «Integración europea y creación del Derecho», *RAP*, núm. 128, 1992, pág. 145; «Europäische Integration und Rechtsetzung: Retrospektive Evaluierung der Umsetzung von Europarecht in Spanien», págs. 23-61, en «*Text and Context. The Development of Legal Techniques and Legal Culture in the New Context of Europe*», Proceedings of the 8th Congress of the European Association of Legislation (EAL), 18th/19th September 2008, Vienna, Austria, Ed. Mader-Schäffer, Nomos, 2010.

2. La dirección de la obra, a cargo de X. Arzoz Santisteban, ha concebido su estructura partiendo de las responsabilidades en la producción normativa en la Unión Europea. Acompaña, de lógica forma a lo anterior, un análisis de los métodos de transposición de las Directivas y de las responsabilidades por su incumplimiento, centrado en nuestro Estado autonómico, sin pasar por alto el caballo de batalla que constituyen las materias que implican, siquiera tangencialmente, regulaciones económicas que se ven «atraídas» por el título competencial del artículo 149.1.13 de la CE. Completa esta parte general de la obra un estudio de Derecho comparado cuya aproximación se lleva a cabo desde Alemania, Austria, Italia y el federalismo belga. En lo que podríamos calificar de «parte especial», incluye la obra un análisis de la transposición de las Directivas ambientales y de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, que pone de relieve la dificultad de transponer las Directivas con contenidos «horizontales». Se incluye un Anexo sobre las normas estatales de transposición de Directivas notificadas a la Unión Europea durante los años 2007 a 2009, que fue elaborado a petición del Consejo de Estado para la redacción de su Informe núm. E 2/2009; por último, cierra la obra una diagnosis en prospectiva, a cargo de su director, que efectúa propuestas de mejora.

La selección de los temas y de los autores, tan cuidada, no me impide preguntarme si ha faltado el análisis de materias como los sectores regulados (los grandes sectores económicos), la contratación administrativa, en la que en nuestro país hemos sido «maestros» en incumplimiento, en cumplimiento parcial y en incumplimiento interesado y, por poner otro ejemplo ahora de moda, todo lo relativo a inmigración. Pero ésa es una opinión propia que no tiene por qué ser ni seguida ni compartida y que, vaya por delante, para nada se dirige a poner en cuestión la estructura de la obra.

Ciertamente, la cuestión de la transposición de las Directivas es tema que afecta a la estructura del Estado; pero afecta, también, a la «sanidad mental» de los operadores jurídicos. Tras casi treinta años de incorporación a las Comunidades Europeas, un observador imparcial y avisado puede llegar a la conclusión de que habrían de cambiarse los modos de proceder. Y lo dicho para las Directivas se puede decir, también, para algunos Reglamentos necesitados de actos de introducción en el ordenamiento.

Y ese mismo observador se sorprendería al comprobar que, ya tímidamente iniciados los convencimientos de que la Constitución de 1978 podría reformarse, pocas veces se lee que el «Capítulo Europa», por llamarlo de alguna manera, también necesitaría revisarse, con vistas a una modificación constitucional. Es, en efecto, una cuestión pendiente.

En fin, la integración del Derecho europeo en el interno es, en unas ocasiones, una tarea de buena legislación; en otras, de legislación responsable; en no pocas se trata de optar por lo que llama «opción cero»: algunos no deberían legislar tanto; y muchos, en lugar de poner por delante los intereses de los legisladores, deberían atender los intereses de los particulares. Para éstos, sobran más normas que faltan y muchas de las dictadas lo están en tiempos que no guardan secuencias lógicas. ¿Se imagina un legislador el trastorno que causa el desfase entre una norma autonómica que se dicta conforme al Derecho europeo, con legítima utilización de su título competencial pero con anterioridad a la legislación estatal básica que es dictada con posterioridad, haciendo uso, también, de un título competencial legítimo? Nada nuevo en materias ambientales, con marcado carácter técnico, conectadas a reglas de procedimiento que, por definición, deben homogeneizar las posiciones jurídicas de los particulares. ¿Se imagina el legislador el trastorno que causa, en el caso que cuestionamos, el uso de técnicas o instrumentos jurídicos, no uniformes, diversos, aunque todos legítimamente posibles, por parte de las Comunidades Autónomas, cuando, con posterioridad, una norma básica estatal uniformiza o impone una misma técnica jurídica, entendiendo que ésta es la de transposición acorde con el Derecho europeo? La evaluación de impacto ambiental de proyectos y planes y el control integral de la contaminación, autorizaciones, comunicaciones previas, declaraciones responsables son instrumentos y técnicas jurídicas que considero «muestras de disgregación» en los componentes del ordenamiento. Tengo el convencimiento de que una transposición más deferente con los particulares y con las actividades económicas habría evitado leyes como la de «unidad de mercado». O peor aún, tener que acudir al texto del Derecho europeo porque entre la transposición estatal y la autonómica (no importa, en este caso, el orden temporal) se ha desfigurado la finalidad de la Directiva en el orden interno y, en consecuencia, las diferencias con las regulaciones de otro Estado de la Unión Europea redundan en una discriminación perturbadora.

Pero volvamos a la obra que tengo el propósito de analizar. No resultaría ineficiente comenzar por el Derecho comparado. Ya se sabe que, en el comienzo de la «andadura autonómica», como algunos la denominan, la doctrina jurídica fijó su mirada en diferentes modelos. Más o menos, el orden fue el siguiente: modelo italiano, belga, alemán, austríaco... Y no creo que sea malo fijarse en modelos; lo malo es intentar acoplarlos. En el Derecho público, si las condiciones sociales, económicas, políticas y educativas de un país no son idénticas a la de otros, importar modelos es muy peligroso. Especialmente en los Estados compuestos.

Importar modelos sobre cómo en cada país miembro de la Unión Europea se transpone el Derecho de la Unión Europea es un esfuerzo titánico si, con anterioridad, no se ha analizado cómo se produce, en el país del que se toma la inspiración, la participación ascendente tanto del Estado como de sus entes subestatales (o cualquier referencia que se tome para calificarlo de compuesto) en la formación del Derecho de la Unión. Jamás habrá una buena aplicación y ejecución descendente si la formación de la voluntad ascendente del Estado, la que incide en la producción del Derecho europeo no ha sido suficientemente realizada y ejecutada. Sólo cuando esto sucede, se explica el fenómeno de muchos Estados miembros que, por aligerar el propio ordenamiento, por evitar su propia opacidad, asumen el Derecho europeo, de forma directa, advirtiendo, eso sí, del acto formal de la incorporación de la Directiva en el ordenamiento. Me refiero a las materias en las que el Estado miembro posee un estándar más alto que el europeo (que siempre es de mínimos, por ej., en la materia ambiental) y no se obstaculiza ni se pretende obstaculizar la libertad de circulación de mercancías o de establecimiento.

Desearía huir de la casuística y de la referencia a datos, Directivas, normas, etc. Pero constituiría un buen ejemplo analizar por qué Austria, en materia de aguas, está por encima de los niveles de protección, del «alto nivel de protección ambiental» y por qué, en nuestro país, las condenas por incumplimiento de las Directivas de aguas, calidad de aguas (omito las referencias exactas), se cuentan por decenas. Incumplimos reglas de calidad de agua y estándares de calidad de agua; incumplimos la formación y aprobación de planes hidrológicos y, cuando no incumplimos el hecho en sí de la aprobación o formación del Plan —una vez éstos redactados—, todas las organizaciones subestatales entran en conflicto e impugnan los planes ante la jurisdicción contenciosa. ¿Podría evitarse la situación expuesta con una mejor participación «ascendente» de todos los implicados?

Desde el punto de vista de la comparación entre sistemas que se efectúa en la publicación, en especial, lo referente a la técnica legislativa en Estados compuestos y el análisis de la actividad normativa, y de si el Estado utiliza o menciona el título competencial, o de si necesita una delegación legislativa del Bundestag (caso de Alemania) cuando la intervención transpositiva es vía reglamento, en mi opinión, merecía un estudio casuístico o por materias, pues al igual que sucede con el análisis del caso italiano, varían mucho las técnicas según la materia que se trate de transponer.

Que cuanto más aumenta la actividad normativa en la Unión Europea, muchos Estados compuestos disminuyen la suya, especialmente en el espacio federal, es ya conocido. Y es algo que se origina de forma natural, sin un uso «tortice-

ro» de las competencias estatales. Pero es también sabido que una participación ascendente de los entes territoriales (ya sé que es un sacrilegio denominar así a un Land) aligera su carga legislativa y, a la larga, reduce el número de normas sobre una materia. En la «*Zeitschrift für Gesetzgebung*» y en la «*Zeitschrift für öffentliches Recht*» hay abundantísima bibliografía sobre estos aspectos.

A mi entender, el análisis fundamental que se realiza en la obra es el que su director efectúa bajo el título «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos».

Yo recuerdo haberme referido a la necesidad de un análisis metodológico de las diferentes formas y modos de transposición ya en 1992. Recuperé la idea y el intento de efectuarlo justo quince años después. Y así lo hice. Supongo que el hecho de que lo publiqué en lengua alemana (4) fue un error mío. Era muy extenso el artículo y contenía una «evaluación retrospectiva» de cómo se habían efectuado las transposiciones de Directivas y, en general, la transposición de los grandes sectores (ambientales, contratación, salud, gas, energía, ferrocarriles). Curiosamente, por vías distintas, llegaba a conclusiones similares a las que ha llegado más tarde X. Arzoz, teniendo en eso la ventaja de que desde 2008, año en el que yo publiqué mi artículo, hasta el 2012, han acontecido circunstancias que le han ofrecido una perspectiva más extensa.

Es remarcable la minuciosidad con la que distingue las tipologías de transposición. Desde la innecesaria, hasta la convencional, pasando por «la praxis administrativa», la carente de valor jurídico vinculante, a través de normas sustantivas, etc. Las referencias a casos ventilados en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al Informe del Consejo de Estado de 2010, entre otras, dan credibilidad a sus afirmaciones y permiten al lector entender que la realidad de la cuestión, el análisis de las transposiciones, no puede dejarse ni a entelequias teóricas. Es, precisamente, al bajar al terreno de lo «practicado» cuando se comprueban los defectos y se pueden buscar soluciones de futuro.

Tan sólo por poner un ejemplo. Mientras no se descienda a los «convenios ambientales» o «acuerdos voluntarios», nunca se podrá comprobar si las materias ambientales han sido verdaderamente transpuestas. Una cosa es transponer unas finalidades técnicas dando configuración jurídica a un mandato de «alto nivel de protección ambiental» y otra es comprobar cómo por ramos, sectores industriales, etc., la tecnología aplicada es la que ha dado completud a la finalidad que la Directiva, como *ultima ratio*, perseguía.

(4) MONTORO CHINER, María Jesús, «Europäische Integration und Rechtsetzung: Retrospektive [...], *op. cit.*

Las conclusiones que el autor formula son plausibles y, por supuesto, atendibles. Tan sólo por añadir algún ingrediente a un buen manjar, diría que podría haber sacado más partido a las «Directivas de técnica legislativa del Gobierno federal austríaco», cuyo *drafting* fue realizado por muy buenos expertos y maestros en técnica legislativa. De haberse tenido en cuenta con anterioridad a las conclusiones, o si las hubiese tomado de *leit motiv*, en su discurso argumental, al analizar las diversas formas y métodos de transposición, habría facilitado el análisis de las técnicas.

3. Me resta ya sólo efectuar unas reflexiones acerca de la solución que se ha dado en nuestro país y, por ahora (pues desearía que se varíe), a la responsabilidad por incumplimiento y a la distribución interna de «cuotas» por incumplimiento.

Ya me referí antes a ello, pues, como es sabido, la regulación actual tuvo su origen con la introducción de un precepto «intruso» en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, mediante la Ley 36/2013. No hay que insistir en que el artículo 121 bis obedecía a la necesidad de remediar las sucesivas condenas al Reino de España por incumplimiento de las Directivas, en especial la Directiva Marco del Agua. Preceptos de similar contenido se incluyeron en leyes especiales o sectoriales (subvenciones, p. ej.) y, con posterioridad, en leyes de objeto múltiple (sostenibilidad, estabilidad presupuestaria) (5).

Sin embargo, la litispendencia ante el Tribunal Constitucional de las normas que, finalmente, han regulado la responsabilidad por incumplimiento y del Reglamento que las desarrolla, RD 515/2013, puede llevar a pensar que, tal vez y por fortuna, éste no es un tema cerrado.

Para comenzar, debe reconocerse que en el momento de publicarse la obra que analizo el Reglamento 515/2013 se encontraba recién publicado y entiendo que este tipo de normas se estudian mejor una vez se toma distancia. Por otra parte, la innovación es escasa, ya que las técnicas de compensar, deducir o retener están acreditadas hace años en las normas generales sobre recaudación; que sea el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas quien instruya el expediente resta especialidad a la comprensión del tema principal.

Sin embargo, si la resolución del expediente de incumplimiento por el Consejo de Ministros, acto posiblemente recurrible, pone en manos de la jurisdicción contenciosa lo que es una cuestión de ejercicio de poderes y de distribución

(5) ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz, «Comunidades Autónomas y repercusión económica *ad intra* de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RCDP*, núm. 47 (2013), págs. 40-60, DOI 10.2436/20, 8030.01.11.

de poderes del Estado, no un acto de ejercicio de Administración, la solución no es la adecuada.

Ésas serían las cuestiones que plantea la regulación actual, sin dejar de poner de relieve cómo se expresa en términos de medida y de repercusiones la responsabilidad concurrente atendiendo a «las sentencias, actos o decisiones ejecutivas de las instancias europeas que declaren el incumplimiento». Pero plantea, también, algunas otras que cabe reflexionar.

La regulación propuesta por el Reglamento 515/2013 establece una remisión al potencial incumplimiento del Derecho de la Unión Europea cuando así lo hayan decidido instancias europeas. Deja, por tanto, abierto, en el plano interno el cuándo y el cómo se originarán los supuestos. Entendemos que, por lo que hasta el momento viene sucediendo, la declaración de incumplimiento decidida por el TJUE será determinante. Pero no es la única. Lleva todo a concluir que, en tanto no se produzca una advertencia de incumplimiento formal emitida por instancias europeas no se habrán previsto técnicas que puedan permitir «entrever» lo que se avecina en un futuro próximo. Y me refiero a esta circunstancia porque en un plano procesal las Comunidades Autónomas no están en igualdad respecto al Estado. En el proceso ante el Tribunal, por ejemplo, el ejercicio del derecho de defensa corresponde al Estado frente al emplazamiento de la Comisión por un hipotético incumplimiento (del Estado o de sus componentes territoriales, que son también Estado). Ya se sabe que las Comunidades Autónomas tienen medios de no ignorar lo que se está debatiendo en el proceso de incumplimiento; también se sabe, sin embargo, que no todas poseen los mismos mecanismos para conocer lo que, posiblemente, está anticipando: una declaración de incumplimiento. Ésta es una cuestión que debe tenerse en cuenta. La información preferente sobre un futuro, previsible, plausible o probable incumplimiento «declarado» la posee el Estado, sea quien fuera el causante del incumplimiento, de manera más avanzada que las Comunidades Autónomas. A esa cadena de desinformación se añade otra cuestión por resolver. ¿Podría el causante del incumplimiento —o los causantes, si la responsabilidad es concurrente— adoptar las medidas que motivaron el incumplimiento antes de recaer la resolución del Consejo de Ministros, intentando «mitigar» las consecuencias económicas previsibles? Nada lo impide; pero de ser así, no todas las partes estarían en posición procesal de igualdad si la información sobre la declaración de incumplimiento no se distribuye en plano de igualdad.

Otra de las cuestiones que plantea la regulación del Reglamento 515/2013 es la de la disgregación entre la lesión a bienes jurídicamente protegidos que el incumplimiento origina y la valoración «remitida» de la cuota de incumplimiento según los «criterios de las sentencias, actos o decisiones ejecutivas de las

instancias europeas que declaren el incumplimiento». Me pregunto si se pueden someter a los mismos criterios los incumplimientos en materia ambiental (aguas, en años de sequía, vertidos contaminantes...), en materia de protección de trabajadores, en materias referidas a técnicas o instrumentos administrativos que afectan a servicios en el mercado interior, y a componentes químicos autorizables en las bebidas energéticas. Dicho sea lo anterior sin entrar a evaluar los casos de alarma social que pueda haberse originado entre la población en los casos en que un hipotético incumplimiento haya podido ser causa directa o indirecta (decomiso y destinación de productos, inmovilización de transportes de ganado, alimentos). En fin, supuestos que ya han sucedido y que no es difícil que pudieran volver a suceder en el futuro. No debe de olvidarse que el incumplimiento es omisión del deber de actuar, ejecutar y aplicar el Derecho europeo. Ya se dijo que es susceptible de vehiculizarse mediante actos, convenios, normas...

Una última cuestión me parece oportuno analizar respecto a la solución dada por el Reglamento 515/2013: la de la resolución del conflicto por acuerdo de Consejo de Ministros. ¿Por acuerdo de Consejo de Ministros o por Sentencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa?

Leído atentamente el RD 515/2013 es difícil concluir que el acto quede fuera del control jurisdiccional. Por establecer una comparación, no está quedando fuera del control jurisdiccional el acto de otorgamiento de un indulto, última reliquia de una manifestación absolutista de poder del Estado. Partiendo de esas analogías todo apunta que el artículo 103.1 de la CE ejercerá su fuerza expansiva y el acuerdo resolutorio de las cuotas de responsabilidad por incumplimiento será impugnabile ante la Sala correspondiente de la jurisdicción contenciosa en el Tribunal Supremo. No sin pretender resolver aquí lo que daría en extensión como para redactar una tesis, es legítimo plantearse las siguientes cuestiones. Respecto de los criterios, ¿puede el Juez entrar a enjuiciar unos criterios técnicos que ya han sido valorados en el curso del procedimiento tramitado en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas? ¿Son los criterios que el Reglamento 515/2013 establece verdaderos «criterios técnicos deducibles de las sentencias, actos o decisiones ejecutivas que declaraban el incumplimiento»? ¿Si el criterio de repercusión de la cuota de incumpliendo requiere para su fijación un nivel de especialidad, de experiencia, «de estado de la ciencia» de verificación de la «*lex artis ad hoc*», de determinación de efectos lesivos para la salud, el medio ambiente, etc., puede el Tribunal entrar en su revisión y control? ¿Cabe entender que los criterios aludidos se incluyan dentro de lo que se conoce como discrecionalidad técnica y, por tanto, son inmunes al conocimiento y revisión del poder jurisdiccional? ¿Debe limitarse la revisión jurisdiccional tan sólo

al control de la observancia de las reglas del procedimiento que tendrá lugar bajo la supervisión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas? Ésas son algunas de las preguntas que el operador jurídico puede formularse.

Y ésta es una de las razones por la que remato estas líneas tal y como las comenzaba. Era necesario una obra como la editada por el Institut d'Estudis Autònoms; pero también es necesario completarla. Se debería realizar el esfuerzo de evaluar por títulos competenciales específicos el grado de cumplimiento del Derecho europeo; por sectores y técnicas jurídicas. No medio ambiente, sino residuos. No Directiva de Servicios, sino autorizaciones, declaraciones responsables, comunicaciones previas, en sanidad vegetal. Tal vez nos lleváramos sorpresas. No es complicado elegir las muestras: bastaría con seleccionar las atribuciones de competencias en los modernos y modificados Estatutos de Autonomía.