

La responsabilidad por incumplimiento y el orden constitucional de competencias: ¿una conexión necesaria?

MIGUEL AZPIARTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea.
Universidad de Granada*

I. Introducción

1. El título de esta última sesión conlleva una tesis, explícita o implícita, que se podría esbozar en una primera formulación del siguiente tenor: existe una conexión necesaria entre la responsabilidad por incumplimiento del derecho europeo y el orden constitucional de competencias. Lo relevante de la tesis, la esencia que le da interés, consiste en definir los términos de esta conexión. Así, la mayoría de la doctrina se ha decantado tradicionalmente por explorar distintos instrumentos competenciales que rearmen al Estado central para suplir a las Comunidades Autónomas incumplidoras, de suerte que la responsabilidad del Reino de España quede incólume. La conexión, por tanto, es clara: el orden competencial debe servir para reparar el incumplimiento del Reino de España¹. El esfuerzo más reciente de esta naturaleza lo encontramos en el Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, que renueva y profundiza los argumentos de reputados autores y subraya las experiencias del derecho comparado.

2. A nadie se le escapa que esta tesis trae causa, o al menos se planteó de modo paralelo a otra que fue discutida con intensidad en nuestro país a lo largo de la década de los noventa y que sostenía igualmente una conexión necesaria entre el desarrollo del derecho europeo (normativo y administrativo) y el orden competencial. Entonces se pensó, sobre todo del lado de la abogacía del estado, con un rechazo mayoritario de la doctrina, que el deber de transponer el derecho europeo, esencialmente sus directivas, debía recaer bajo la competencia exclusiva del poder normativo central. Es por todos sabido que el

¹ Sin duda, una pregunta inicial consistiría en saber a qué fin político-constitucional responde la distribución de competencias. Al respecto, con especial a la formación histórica de la pregunta véase, P. Biglino Campos, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*. Cepco, 2007.

Tribunal Constitucional fue rechazando los distintos argumentos esgrimidos —la competencia sobre relaciones internacionales, los títulos competenciales sobre materia exterior, el instrumento del art. 93.2—, hasta alcanzar un criterio general, por el cual el desarrollo del derecho de la Unión se articula siguiendo estrictamente la distribución competencial establecida en el bloque de constitucionalidad (por todas, STC 67/1996). Criterio general que sólo se ha matizado cuando el desarrollo consiste en la distribución de unas ayudas tasadas en la cuantía (STC 13/1992).

3. No obstante, existe una diferencia evidente entre una y otra conexión. Cuando se reflexiona sobre la distribución competencial en el marco del desarrollo del derecho de la Unión, se busca una solución que no ponga en crisis el sistema jurídico; en el caso de la responsabilidad por incumplimiento, se aspira a terminar con una situación en la que la crisis del sistema jurídico ya se ha producido. Ahora bien, pese a la diferencia del momento, ambas conexiones tienen una lógica común: evitar la responsabilidad del Reino de España, sea reduciendo al mínimo el riesgo de que diecisiete poderes normativos incumplan, sea reponiendo el cumplimiento de alguno de esos diecisiete poderes normativos. Pero, como vemos, la idea político-jurídica que justifica la conexión necesaria entre el orden constitucional de competencias y la transposición o reparación del derecho europeo es bien sencilla: que el Reino de España no incurra en responsabilidad.

4. En mi ponencia me gustaría alcanzar los siguientes objetivos. Primero, demostrar que la supuesta conexión necesaria entre la responsabilidad por incumplimiento y el orden constitucional de competencias es una asociación intelectual que no responde a un problema real. En segundo lugar, ya en términos puramente teóricos o especulativos, querría argumentar que no existe una conexión necesaria entre la responsabilidad por incumplimiento y el orden constitucional de competencias. Me atreveré a defender que el ordenamiento de la Unión, en virtud de su autonomía, cuenta con garantías propias y suficientes que modulan un modo concreto de reparación de su derecho, del que, además, no creo que nos debamos de separar. De este modo, cualquier intervención adicional ha de valorarse con extrema cautela e intentar dilucidar cuáles son los fines político-constitucionales que persigue. Llego así a mi tercer objetivo, que pretende probar que el rearme del Estado central sólo busca mantener un dudoso estatus quo, que en cierta medida pone en discusión la esencia autonómica de nuestro Estado.

II. ¿Existe una patología en el desarrollo del Derecho de la Unión en razón del especial incumplimiento de las Comunidades Autónomas?

1. UNA OJEADA A LA REALIDAD

1. El argumento central de este trabajo quiere desbaratar el presupuesto intelectual que liga necesariamente el orden competencial concretamente el rearme del poder normativo del Estado central, con la necesidad de reparar el incumplimiento del derecho europeo causado por las Comunidades. En mi opinión, esta tesis responde a una comprensión del Estado autonómico inadecuada a día de hoy y, sobre todo, innecesaria desde el punto de vista del derecho de la Unión. Pero antes es preciso formular una pregunta, en cierta medida inédita, pero imprescindible: ¿existe un incumplimiento cuantitativo o cualitativo de las Comunidades Autónomas a la hora de de transponer el derecho de la Unión que invite a buscar soluciones de este tipo?

2. Basta para mi propósito una breve revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en concreto el repaso de los recursos por incumplimiento, proceso que muestra los casos más llamativos. Tomemos simplemente las sentencias declarativas del incumplimiento del Reino de España desde el año 2005². Ofrecen un repertorio de ilícitos motivados exclusivamente por la actuación del Estado central. Principalmente, se trata de vulneraciones de las obligaciones estipuladas en Directivas, sea por errónea o insuficiente transposición. Así ocurre en materia de derecho de sociedades (C-330/06, de 18 de diciembre de 2008; C-44/06, de 3 de abril de 2008), en el reconocimiento de títulos educativos (C-286/06, de 23 de octubre de 2008; C-137/07, de 16 de octubre de 2008; C-39/07, de 8 de mayo de 2008; C-514/03, de 26 de enero de 2006); en propiedad intelectual (C-36/05, de 26 de octubre de 2006); en cuestiones relativas a los visados (C-503/03, de 31 de enero); o en materia de IVA (C-204/03, de 6 de octubre de 2005). E incluso encontramos obstáculos a la libre circulación de medicamentos producto de una mera actuación administrativa (C-88/07, de 5 de marzo de 2009).

² La doctrina ya había señalado, también en un análisis jurisprudencial, que la posición de las Comunidades Autónomas no suponía perturbación alguna digna de ser reseñada. Véase en este sentido A. MANGAS MARTÍN, «La aplicación del Derecho comunitario por las CC.LL.: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE», en *Comunidades Autónomas y Comunidades Europeas. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, 1991, y D. ORDOÑEZ SOLÍS, «La recepción del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *Noticias de la Unión Europea*, 125, 1995.

No faltan en este período, lógicamente, incumplimientos imputables en exclusiva al derecho autonómico. Sucede así en materia de ejecución medioambiental (C-186/08, de 18 de diciembre de 2007; C-35/04, de 28 de junio de 2007; C-26/04, de 15 de diciembre de 2005; C-135/04, de 9 de junio de 2005); en ayudas de estado en forma de «vacaciones fiscales» (C-177/06, de 20 de septiembre de 2007; C-485/03, de 14 de diciembre de 2006); en cuestiones relativas a la contratación pública (C-323/03, de 9 de marzo de 2006); y en temas relacionados con la protección de consumidores (C-135/03, de 14 de julio de 2005). Pero también encontramos incumplimientos, que, siendo imputables a las Comunidades Autónomas, en una lectura detenida de la sentencia se percibe que el ilícito radica ya en la normativa estatal de la que trae causa (C-121/03 y C-416/02, ambas de 8 de septiembre de 2005).

3. Este sintético análisis de casi un lustro de las declaraciones de incumplimiento del Reino de España funda algunas conclusiones importantes. Primero, que el caso español no es un ejemplo de incumplimiento contumaz, de olvido absoluto del derecho europeo, ni cuantitativa ni cualitativamente. Ahora bien, en la medida que «incumplir mucho o poco» es siempre un criterio relativo según el patrón que se tome (y que ciertamente se debería aspirar al menor incumplimiento), importa sobre todo lo segundo, esto es, el tipo de incumplimiento. En este sentido, lo interesante es que el ilícito se debe en la mayoría de los casos a una transposición errónea o insuficiente y no, lo que entonces sí sería grave, a una simple ausencia de transposición. Es decir, el Reino de España intenta responder a su deber de incorporación del derecho europeo, aunque en ocasiones su interpretación del cumplimiento correcto o suficiente no es compartida por la Comisión y el Tribunal de Justicia. Esta primera conclusión no significa que los instrumentos para la incorporación del derecho europeo sean perfectos. Lo que parece cierto, sin embargo, es que no existe un problema estructural en la incorporación del derecho europeo que motive propuestas de transformación profunda.

4. La segunda conclusión, de nuevo a la luz del repaso jurisprudencial, permite afirmar —lo cual es especialmente importante para este trabajo—, 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 central y, cualitativamente, se trata, al igual que el del Estado central, de un incumplimiento a resultados de transposiciones incompletas o erróneas, en ocasiones con causa en el propio derecho estatal, y en la ma-

yoría de los casos en forma de acto ejecutivo, lo cual facilita una resolución 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 central³. No es posible, por tanto, seguir sosteniendo que las Comunidades Autónomas dificultan u obstaculizan la incorporación del derecho europeo, y que tal dificultad sólo se puede suplir con un poder general del Estado central. No existiendo el problema, la solución carece de sentido⁴.

5. Dado este estado de cosas, llama la atención que el análisis fáctico de los incumplimientos no hubiese sido abordado. Esto se debe, en mi opinión, a que la tesis que vinculaba orden competencial (rearme del Estado) y responsabilidad por incumplimiento fue inicialmente una preocupación teórica, lo cual ha marcado su devenir. En efecto, cuando se produjo el ingreso en las entonces Comunidades Europeas, entre los muchos problemas que se estudiaban, surgió la cuestión del incumplimiento de las Comunidades Autónomas en términos puramente especulativos —«qué hacer si...».

Llegados a este punto, más de uno podría sostener con razón suficiente que no merece la pena seguir reflexionando sobre la conexión entre orden competencial y responsabilidad por incumplimiento, dado que el problema para el que nació no existe. Sin embargo, en mi opinión, la cuestión conserva mucho interés por la pregunta en sí misma, pero también por las precomprensiones que encierra.

³ Cuestión distinta sería plantearse si el mayor incumplimiento del Estado es fruto de su tendencia a ocupar los espacios propios de las Comunidades Autónomas en el proceso de incorporación del derecho europeo. No obstante, incluso si fuese así, quedaría indemne la idea de que el Estado no ejerce necesariamente sus competencias «materialmente» mejor que las Comunidades Autónomas en todo lo relativo al derecho europeo.

⁴ Es bien cierto, no obstante, que el problema de la posibilidad de un derecho estatal supletorio o de desplazamiento transitorio del derecho autonómico en la incorporación del derecho europeo ha estado desde el principio presente en la doctrina. Se planteaba ya en el libro de P. Pérez Tremps, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 193 y ss. En este sentido también F. Ruiz Ruiz, «La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 51, 1997. El debate se ha mantenido vivo con mayor o menor intensidad, siempre a la luz de la influencia del derecho comparado y bajo la sombra del juego de la supletoriedad. Para una revisión general del debate J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas», *Rev. de Derecho Constitucional Europeo*, 1, 2004, y J.A. MONTILLA MARTOS, pp. 267 y ss.

2. DE LA REALIDAD A LA ESPECULACIÓN

1. Comencemos primero con la parte más evidente de la cuestión teórica: ¿qué razones ligan la conexión entre el orden competencial y la responsabilidad por incumplimiento? Normalmente se esgrime un argumento aparentemente muy sencillo, relativo a la asimetría entre la imputación de la responsabilidad al Reino de España y la efectiva imputación del hecho que causa la ilicitud. En mi opinión, esta asimetría no encierra en sí misma una razón que justifique el necesario rearme del Estado central. Véase que he hecho una distinción entre Reino de España y Estado central. Efectivamente, la responsabilidad del Reino de España puede surgir por un ilícito del Estado central o bien de alguna de las Comunidades Autónomas (e incluso, de algún ente municipal). Ahora bien, saltar de la constatación de este hecho a la justificación de acrecer los poderes del Estado central es una conclusión que plantea serias dificultades. Deja sin responder una pregunta insidiosa pero necesaria: ¿podemos entonces incrementar los poderes de las Comunidades Autónomas cuando es el Estado central quien incumple? Aquellos que defienden la necesidad de crear instrumentos normativos adicionales para reparar el incumplimiento del derecho europeo, habrán de sostener en pura coherencia la necesidad de que tales instrumentos también se habiliten en los supuestos donde el ilícito es imputable al Estado central. De lo contrario, estaremos confundiendo al Reino de España con el Estado central, sin tener en cuenta que las Comunidades Autónomas son también Estado. Sin embargo, no parece que en la práctica se esté dando esta errónea identificación, pues, como es sabido, la legislación está comenzando a incluir reglas que distribuyen la responsabilidad.

2. Un segundo argumento a favor del rearme competencial del Estado podría estar encaminado a subrayar el hecho de que no existen soluciones expresamente constitucionales. En este contexto, la reflexión sería esencialmente teórica, a la espera de que el poder de reforma llenase un «vacío constitucional». Sin embargo, creo que esta idea tampoco se puede compartir. Tomada en serio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se habría de afirmar que nuestra norma suprema sí ofrece respuestas al problema, o, mejor dicho, el Tribunal entiende que no existe un problema específico que obligue a reflexionar sobre la oportunidad de cambios en nuestra distribución competencial. Por tanto, la distribución competencial constitucionalmente garantizada debería ser suficiente para desarrollar con éxito el derecho de la Unión, de modo que la razón de los incumplimientos habría de buscarse en otros motivos. Pero, además, podría defenderse que las recién-

tes reformas estatutarias precisamente buscan fortificar la distribución definida por el bloque, de modo que se ponga coto a una práctica que se inclina al ensanche de los poderes normativos del Estado. No extraña, por tanto, que las reformas estatutarias pretendan la inclusión de mecanismos que reconduzcan «la práctica» a la normalidad constitucional, esto es, a un ejercicio leal de las competencias constitucionales, y lograr así la superación de un estado de cosas que debilita los fundamentos constitucionales de nuestro Estado Autonomático⁵. En efecto, las reformas estatutarias, en lo referido a la incorporación del derecho europeo, han tratado de incluir tres sencillas reglas orientadas a frenar la expansión ilimitada del poder normativo del Estado⁶. Primera, reiterar la regla general elaborada en la jurisprudencia constitucional, por la cual el fenómeno de la incorporación del derecho europeo no puede alterar la distribución constitucional de competencias. Haciendo hincapié en otro de los ámbitos de dilatación del poder central, la segunda regla estipula que la intervención estatal con medidas supraautonómicas en materia competencia de las Comunidades Autónomas, debe ocurrir sólo cuando sea exigencia del derecho europeo, no pueda solventarse con mecanismos de cooperación y tras la debida consulta. Finalmente, la tercera regla, que también incide en una zona de ensanchamiento del Estado central, recuerda que allí donde la norma europea cubre el espacio propio de lo básico, las Comunidades Autónomas pueden ejercer su competencia sin necesidad de actuación del Estado central.

3. Pero la hipótesis del «vacío constitucional», esto es, la hipótesis de que la Constitución y su bloque no ofrecen hoy soluciones suficientes ante el incumplimiento del derecho europeo, conlleva una premisa todavía más interesante: ¿necesitamos el ordenamiento constitucional para restituir la integridad del ordenamiento de la Unión? En mi opinión, esta es la verdadera pregunta teórica de importancia, y es a la que dedico el siguiente epígrafe.

⁵ Por todos, C. VIVER PI-SUNYER, «En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicamente delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídica constitucional», en *La reforma del Estatuto de Autonomía*, CEPC, 2005.

⁶ Para un primer acercamiento a esta cuestión P. PÉREZ TREMPES, «La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Cataluña», en *Estudio sobre la Reforma del Estatuto*, Institut d'Estudis Autonòmics, 2004, en especial la conclusión de la p. 386. También, J.A. MONTILLA MARTOS, «La aplicación del derecho europeo por las Comunidades Autónomas», en *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, director F. BALAGUER, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007.

III. ¿Es el ordenamiento europeo incapaz de restituir su integridad, por lo que es necesario coadyuvar con nuevos instrumentos de naturaleza constitucional?

1. En las páginas anteriores he intentado explicar que la intervención perturbadora de las Comunidades Autónomas en la incorporación del derecho europeo es un problema inexistente. Pero, además, creo que toda la argumentación que pretende rearmar al Estado central da a la responsabilidad por incumplimiento una importancia que no es tan significativa, pues no deja de ser una técnica más, entre otras, para el verdadero problema: la coherencia de un sistema jurídico en el que operan tres ordenamientos autónomos —el de la Unión Europea, el del Estado central y el de las Comunidades Autónomas—. Corresponde así situar la responsabilidad por incumplimiento en el marco de los instrumentos que ofrece el derecho europeo para lograr su eficacia, algo que precisa en primer lugar repasar en abstracto los modelos de reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico.

2. Conviene antes de nada volver sobre el concepto de coherencia del sistema jurídico. No significa la ausencia de conflictos normativos, sino la existencia de reglas que permitan a una autoridad determinada solventar esos conflictos⁷. De este modo, la concreta coherencia que se postule dependerá realmente de la idea de conflicto normativo que se sostenga, de las reglas que se elijan y de la autoridad seleccionada para arbitrar la solución. Así las cosas, creo oportuno rescatar tres modelos básicos que permiten entender mejor los distintos instrumentos que utiliza el derecho europeo en la consecución de la coherencia del sistema jurídico.

3. El primer modelo sería aquel que toma la coherencia del ordenamiento como premisa. Debe existir una sola norma para un género de controversias, que, por tanto, se resuelven igual en todo el territorio. Es la identidad de la controversia y no el territorio en el que se produce, la clave que determina la aplicación de una norma. Sin duda, la técnica fundamental de este modelo es la uniformidad normativa. Y esta uniformidad sitúa a los poderes productores de derecho (realmente a «un» poder normativo) en el centro del sistema. Normalmente se da al poder central la competencia para restaurar la coherencia con su derecho de eficacia prioritaria en todo el territorio. En este sentido,

⁷ Para un acercamiento al problema de la unidad del ordenamiento, F. BALAGUER, *Fuentes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional*, vol. I, Tecnos, 1991, pp. 141 y ss.

tal acto de producción normativa conlleva dos mandatos. Uno incorpora disposiciones al ordenamiento, esto es, la nueva regulación para una determinada materia. Y el otro mandato supone una orden de aplicación de este nuevo derecho en detrimento del derecho periférico.

Es importante subrayar que ese acto de producción normativa, que introduce una nueva regulación y desplaza a la regulación de otros poderes normativos, es un juicio de oportunidad. Y en mi opinión, esta es la clave del modelo: la coherencia se logra con ciertas dosis de uniformidad cuya intensidad es fruto de un juicio político del poder que ostenta el título para dictar el derecho de aplicación general y preferente en todo el territorio. Entonces, el correcto funcionamiento del sistema reside en el proceso político que formula el derecho uniforme y en el control político del juicio que decide dar una solución única a través del derecho uniforme.

4. El segundo modelo que me interesa destacar es aquel en el que la coherencia del ordenamiento se presenta como resultado. Existe así una sola norma aplicable para un género de controversias en un territorio delimitado dentro de una entidad política más amplia, de manera que el aplicador selecciona esa norma entre disposiciones diversas fruto de productores distintos. Por tanto, es el territorio en el que surge la controversia y no el tipo de controversia, la clave que determina la elección de la norma. En cuanto que hablamos de «seleccionar la norma aplicable», la lógica del principio de división de poderes invita a pensar que la autoridad en la que recae el peso de la coherencia son aquellos poderes con responsabilidades en la aplicación del derecho, en especial el poder judicial⁸. En efecto, los poderes normativos, plurales y con zonas de fricción, son la causa del problema, circunstancia que invoca una solución fuera de la función normativa. Por tanto, a diferencia del modelo anterior, en este se trata de una respuesta ajena a la oportunidad política, de modo que el sistema jurídico se va construyendo de manera fragmentada y paulatina, dependiendo de los impulsos externos nacidos de la acción procesal. Son los titulares de la acción los que demandan más o menos dosis de intervención judicial⁹, y esta intervención es el último medio de coordinación del sis-

⁸ A menudo se soslaya la tarea de unificación que puede cumplir la función de ejecución en la construcción de la unidad del ordenamiento. Más aún en un sistema pluridimensional donde la coordinación y cooperación es clave en la búsqueda de soluciones armónicas cuando se desarrolla y ejecuta la legislación central. Pero es evidente que en un sistema constitucional, donde la actuación administrativa está dirigida por la ley y sometida a control jurisdiccional, su papel en la elaboración de la unidad del ordenamiento siempre será subordinada.

⁹ Cuando la intervención judicial es el instrumento final para lograr coercitivamente

tema, un instrumento coercitivo que se sitúa en una instancia separada de los poderes en conflicto.

5. Existe, finalmente, un tercer modelo, que identifica la coherencia con el principio de no discriminación por motivos de residencia. En este caso no se trata de construir una norma jurídica uniforme o de seleccionar la norma entre disposiciones concurrentes, sino de eliminar aquellas normas que prevén consecuencias jurídicas distintas en atención al vínculo territorial del destinatario de la norma. El punto de cierre del modelo es el estatus personal del destinatario, que determina la aplicación de una u otra norma al margen del territorio donde surge la controversia o del tipo de controversia. A diferencia de los modelos anteriores, el peso 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 judicial¹⁰. Técnicamente, este modelo se logra a través de la demanda de igualdad que realiza el sujeto de derecho, la cual activa la dinámica institucional dispuesta para reconstruir la coherencia del ordenamiento. Pero más aun, es el sujeto de derecho, en su interpretación de la libertad, el que identifica la medida presuntamente discriminatoria y el término de relación con el que se compara. Evidentemente, en la lógica constitucional que excluye la autotutela, la resolución de la controversia no puede recaer también en el sujeto, sino que necesariamente ha de institucionalizarse a través de la función jurisdiccional.

La coherencia del ordenamiento mediante la selección de la norma aplicable entre disposiciones concurrentes, se admite que previa a la decisión judicial existe todo un flujo de divergencias y convergencias entre los poderes en conflicto. Y este dato es fundamental para diseñar los procesos jurisdiccionales que resuelven las controversias, pues son precisamente esos procesos el pilar en el que se va a sostener todo el modelo. Se han de tener en cuenta múltiples variables para diseñar los procesos que mejor permitan la articulación del ordenamiento. No será lo mismo habilitar la legitimación activa de los particulares o reducir la a los poderes en conflicto; será fundamental si se trata de un modelo concentrado o difuso de jurisdicción, y en este último caso el problema de la jerarquía jurisdiccional se convierte en un elemento fundamental; pero, además, es posible que estemos ante un modelo dual de jurisdicciones, en el que la acción se puede presentar indistintamente ante la jurisdicción federal o la periférica; sin duda, la cuestión de las medidas cautelares se convierte en un elemento definitivo; al igual que los mecanismos de resolución extraprocesal de controversias. Ahora bien, todas estas variables, en el fondo, no son más que los reflejos técnicos de una cuestión anterior: la teoría federal de la jurisdicción y la unidad del ordenamiento.

¹⁰ Y no se le ha de escapar al lector, sin embargo, una matización. En la medida que la controversia se construye como lesión de una libertad o como quiebra de la igualdad, la coherencia del ordenamiento introduce el elemento del daño, que era ajeno a los dos anteriores sistemas, donde tal unidad se definía estrictamente como un conflicto de competencia entre poderes.

6. En este marco, el derecho europeo, para lograr la eficacia de sus normas preservando la coherencia del sistema jurídico, proyecta técnicas incardinables en los tres modelos reseñados. Dentro de los instrumentos que persiguen la coherencia del sistema jurídico a través de los mecanismos de producción del derecho, se sitúan de manera obvia las fuentes del derecho europeo y la naturaleza de las normas comunitarias. En efecto, la posibilidad de reglamentos «obligatorios en todos sus elementos», de directivas destinadas a armonizar regulaciones estatales dispares y la transformación de muchas de las obligaciones de los Tratados en derechos subjetivos, confirman que el ordenamiento europeo da instrumentos suficientes para lograr una dosis relevante de uniformidad jurídica. También en este contexto —el de la coherencia a través de la producción normativa—, se han de considerar dos mecanismos, que, siendo uno político-judicial y otro político-administrativo, existen exclusivamente para garantizar la integridad de la fuente europea y, por tanto, la uniformidad como instrumento para la coherencia. Me refiero, en primer lugar, al recurso por incumplimiento. Como es bien sabido, se trata de una suerte de control abstracto del derecho estatal, donde la fase precontenciosa dominada por la Comisión juega un papel fundamental en el condicionamiento de la producción del derecho estatal conforme al europeo. E igual ocurre con distintas normas que obligan al Estado miembro a notificar nuevas medidas, sean legislativas, reglamentarias o ejecutivas, antes de su entrada en vigor¹¹. Se trata pura y llanamente de un control preventivo de naturaleza político-jurídica que tiene por objeto la norma estatal. En definitiva, estamos hablando de dos técnicas que condicionan la creación del derecho estatal en razón del derecho producido por la Unión. La coherencia a través de la uniformidad justifica la eficacia con primacía de este último derecho y, además, la existencia de técnicas político-judiciales y político-administrativas destinadas específicamente a garantizar que esa uniformidad no se pone en cuestión.

7. El otro gran eje sobre el que gira la coherencia del sistema jurídico a la luz del derecho europeo conjuga de manera singular instrumentos propios del segundo y del tercer modelo. Me refiero al derecho fundamental que tiene toda persona física o jurídica para deducir ante la jurisdicción ordinaria una pretensión fundada en disposiciones comunitarias (art. 47 de la Carta). En concreto, esa pretensión puede requerir del órgano judicial una selección de la norma que resulte en una exclusión, sustitución o interpretación concreta del derecho estatal. O bien, como es sabido, la pretensión puede consistir subsidiaria-

¹¹ Véase, por ejemplo, en la Directiva 83/189.

mente en solicitar una correspondiente indemnización por daños resultantes del incumplimiento del derecho europeo. En definitiva, el ordenamiento europeo conecta el derecho subjetivo del particular y la función jurisdiccional para impulsar la eficacia de la norma comunitaria.

8. La breve descripción anterior muestra que son tres los motivos que impulsan la coherencia del sistema jurídico a la luz del derecho europeo¹²: la existencia de derecho uniforme producido por la Unión, la función de control de la Comisión y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. ¿Qué lugar ocupa entre ellos la responsabilidad por incumplimiento? Sin duda, merece una posición relevante. Toma cuerpo en forma de sentencia declarativa al final del proceso de control por incumplimiento que inicia la mayoría de las veces la Comisión. Y también se concreta en un derecho a la indemnización del particular que ha padecido un daño causado por el incumplimiento. Ahora bien, no dejan de ser instrumentos subsidiarios, que se activan como último resorte, por lo que centran la mirada sobre estos dos instrumentos supone dar una imagen incompleta de los mecanismos previstos para asegurar el cumplimiento. Porque, sin duda, el pilar sobre el que se ha sostenido la exitosa eficacia del ordenamiento comunitario ha sido su articulación a través del derecho fundamental a la tutela judicial. En efecto, el reconocimiento de la primacía y eficacia directa, y la flexibilidad del Tribunal de Justicia a la hora de conocer la cuestión prejudicial han hecho de la acción procesal ordinaria fundada en derecho europeo la técnica esencial destinada a asegurar el efectivo cumplimiento¹³.

9. En verdad, la traslación del control del derecho europeo desde los poderes institucionales a los particulares da hoy la imagen específica del ordenamiento comunitario. Primero, amplía ilimitadamente el control del derecho europeo al dotar a todo particular de la legitimación activa para exigir su cumplimiento. Segundo, propicia la transformación del derecho europeo, ya que si bien había sido diseñado en los Tratados como un conjunto de disposiciones con la eficacia propia del derecho internacional, puesto en las manos de los par-

ticulares se convierte en un ordenamiento que tiene como destinatario principal a las personas físicas y jurídicas, que cobran directamente del derecho europeo un conjunto de garantías subjetivas oponibles frente a terceros, incluido el Estado¹⁴. Esta es, sin duda, la piedra de toque del cumplimiento del derecho europeo.

10. Tal conclusión nos lleva finalmente a la pregunta teórica verdaderamente importante: ¿necesitamos el ordenamiento constitucional para restituir la integridad del ordenamiento de la Unión? A priori parece que no. La historia de la formación del derecho europeo muestra a las claras que la delimitación de sus garantías se ha articulado de manera autónoma sin necesidad de recurrir a una defensa concurrente de las instituciones estatales. Así, por ejemplo, la intervención del juez ordinario en la protección del derecho europeo es resultado de los deberes que nacen en el ordenamiento de la Unión, sin necesidad de una alteración constitucional del Poder judicial para dar cumplida respuesta a las obligaciones derivadas de proceso de integración. Del mismo modo, la potestad de transposición de las directivas por el poder legislativo —estatal o autonómico— nace directamente de los Tratados, sin necesidad de recurrir a fundamentos constitucionales adicionales. En definitiva, la autonomía del ordenamiento de la Unión abarca la autonomía en la garantía de su integridad.

11. Además, incluso si esta explicación es insatisfactoria y se sostiene que el ordenamiento constitucional puede percutir sobre los instrumentos autonómicos de garantía, en términos prácticos, la solución de acrecer los poderes normativos del Estado central no parece la más adecuada, pues se aleja, a fin de cuentas, de la garantía judicial de pretensiones subjetivas. Recordemos que la mayoría de los incumplimientos del derecho europeo se detectan por la reclamación de un particular ante una transposición aparentemente correcta, en la que realmente se discute sobre si abarca o no determinadas facultades. Es, en definitiva, un problema de selección e interpretación de la norma aplicable, esto es, una cuestión esencialmente jurisdiccional. ¿Puede aquí un poder sustitutivo del Estado aportar alguna solución? ¿No parece, en definitiva, una medida inadecuada para determinar la norma aplicable y, sobre todo, el sentido último de la norma comunitaria?

¹² Siempre, lógicamente, bajo la premisa de que el derecho europeo se desenvuelve en un determinado ámbito competencial, fuera del cual sus normas carecen de eficacia, de modo que la coherencia se resuelve exclusivamente con las técnicas propias del derecho constitucional estatal.

¹³ Al respecto, me permito reenviar a un trabajo anterior donde desarrollo el argumento, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*. Civitas, 2002, pp. 86 y ss.

¹⁴ Respecto a esta transformación harto conocida, basta recordar los trabajos seminales que la subrayaron, E. STEIN, «Lawyers, Judges, and the making of a transnational Constitution», *American Journal of International Law*, vol. 75, 1, 1981; F. MASCINI, «The making of a Constitution of Europe», *Common Market Law Review*, 16: 595-614, 1989; y J.H.H. WELTER, «The Reformation of European Constitutionalism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, 1997.

¿No ha querido el derecho europeo resumir en la potestad jurisdiccional la garantía de cierre del derecho de la Unión?

IV. ¿Cuál es el fin que verdaderamente persigue la supuesta conexión necesaria entre la responsabilidad por incumplimiento y el refuerzo de las potestades normativas del Estado central?

1. En las páginas anteriores he intentado sostener dos argumentos. Primero, que no existe un problema específico, ni práctico ni teórico, de incumplimiento de las Comunidades Autónomas. Segundo, que el ordenamiento de la Unión define de modo autónomo sus instrumentos de garantía, que, en todo caso, se alejan de la propuesta que supone reforzar las potestades normativas del Estado central. Si esto es así, la voluntad de querer ligar inescindiblemente el orden competencial y la responsabilidad por incumplimiento, responde, en mi opinión, a la estrategia de mantener en el ámbito de la transposición del derecho europeo una forma de comprender nuestro Estado autonómico.

2. El Estado autonómico *unitario* es un vicio conocido de nuestra dogmática. Se formula en los inicios de la andadura constitucional como un modelo de organización territorial en el que la descentralización política y jurídica que propicia la creación de las Comunidades Autónomas se compensa con la existencia permanente de un ordenamiento central completo, que regula todas las materias, incluso aquellas constitucionalmente atribuidas a las Comunidades Autónomas. De este modo, vivirán en paralelo un incipiente sistema jurídico de naturaleza federal, que requiere la correlación, organizada por principios constitucionales, entre el ordenamiento del Estado central y los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, y un sistema jurídico de tipo unitario, en el que el derecho creado por el Estado central asegura la compleción del conjunto jurídico. En definitiva, la coherencia del sistema estaría doblemente garantizada. De un lado, a través de las normas constitucionales que distribuyen competencias y resuelven las posibles antinomias entre el derecho estatal y el derecho autonómico. De otro lado, reconociendo al Estado central, como si se tratase de una Constitución sin pluralismo territorial, un poder general de producción normativa, que daría en todo momento y de forma subsidiaria plenitud al sistema jurídico¹⁵.

¹⁵ Para una comprensión general de los rasgos de este modelo en su devenir histórico véase F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fun-

3. Este modelo de Estado Autonómico *unitario* se ha sostenido en virtud de tres piezas que no están expresamente previstas en la Constitución. La primera sería la concepción material de la normativa básica. Es verdad que esta técnica surgió precisamente para asegurar el espacio propio de las Comunidades Autónomas ante un derecho estatal, que por el origen unitario del Estado, se volcaba sobre todas las esferas susceptibles de regulación. Pero salvado este instante inicial, el concepto material de lo básico y su *mantra* del «mínimo común normativo» han sido utilizados sin recato para extender la uniformidad del derecho del estado allí donde, en principio, la Constitución esparcía un cierto grado de diversidad normativa. No en vano, los topes formales, en especial la preferencia de ley, suelen excepcionarse hasta el punto de poner en tela de juicio su verdadero vigor¹⁶. En definitiva, esta vocación por extender la uniformidad de las normas respondería, si quiera de manera latente, a uno de los clásicos prejuicios en el análisis de los Estados de matriz federal: la diversidad normativa conduce a la desigualdad.

La segunda pieza, que ha sido constantemente descrita por nuestra doctrina, consistió en la utilización de la cláusula de supletoriedad como un título competencial universal a favor del Estado central. Es verdad que la existencia de un ordenamiento central completo fue inicialmente una imperiosa necesidad práctica, puesto que mientras algunas Comunidades Autónomas asumían y desarrollaban sus competencias propias, otras Comunidades Autónomas se encontraban en proceso de formación e incluso tardarían en asumir y desarrollar plenamente sus competencias. Es decir, en tanto que existió una crasa asimetría competencial, la función supletoria del derecho del estado era vicaria de su función principal de normación de aquellas materias en las que todavía conservaba una competencia directa, aunque no estuviese destinada a todo el territorio del Estado. Sin embargo, esa circunstancia aparentemente transitoria, mutó en condición natural, de modo que el Estado, incluso cuando ya carecía de competencia por la asunción plena de las Comunidades Autónomas de una determinada

dacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, 2001; y J.L. REQUEJO PACÉS, «El Estado autonómico: ¿un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del derecho estatal en la STC 61/1997», *Cuadernos de Derecho Público*, 1, 1997.

¹⁶ Como resumen de la denuncia J. GARCÍA MORILLO, «La versatilidad de lo básico», *Rev. de Administración Pública*, 139, 1996, y J.A. MONTILLA MARTOS, «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 68, 2003. Bien es cierto, que existen trabajos relevantes que defienden la flexibilidad de lo básico, al respecto L. ORTEGA, «Legislación básica y Estatutos de Autonomía», en especial pp. 45 y ss.; y J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «La noción estatutaria de la legislación básica como pretexto», en especial pp. 77 y ss. Ambos en *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, CEPC, 2006.

materia, continuó generando un ordenamiento completo fruto exclusivo de un título competencial universal¹⁷. Se salvaba así otro de los clásicos prejuicios con los que se mira a las estructuras federales: la existencia de diversos órganos productores de derecho puede provocar omisiones normativas, esto es, que el sistema jurídico no sea completo.

La facultad a favor del Gobierno central de suspender toda medida autonómica (sea normativa o ejecutiva) con su recurso ante el Tribunal Constitucional, extendida por la Ley orgánica del citado tribunal, ha sido la tercera pieza sobre la que se ha construido el Estado Autonómico unitario¹⁸. La suspensión por vía jurisdiccional de la eficacia del derecho autonómico supone en verdad la preferencia aplicativa del derecho estatal en todo caso, al ser el único vigente, hasta que la Comunidad Autónoma logre justificar en el Tribunal Constitucional la conformidad de su derecho con la distribución competencial. Más aún, declarada la licitud constitucional, el derecho autonómico reconocería su eficacia, pero el estatal no la perdería gracias al sostén de la cláusula de supletoriedad. Se ha señalado que estas circunstancias provocaban una anomalía constitucional, por la cual al derecho del estado le bastaba con ser producido para ser válido, siendo una cuestión ulterior determinar si su eficacia sería directa o supletoria, mientras que el derecho autonómico habría de ser primeramente constitucional, para luego poder ser eficaz¹⁹. En definitiva, este desequilibrio que se decantaba, como ya se ha dicho, en la preferencia aplicativa del dere-

cho del estado, quería salvar otro de los típicos prejuicios frente a las estructuras federales: el riesgo de que la concurrencia de diversos poderes de producción normativa cause antinomias.

4. El miedo a la desigualdad, al vacío normativo y a la antinomia operó como un factor determinante en la construcción jurídica del Estado Autonómico unitario durante la fase de formación de nuestra praxis territorial. En un momento de transición, en el que se proyectaban todavía las precomprensiones forjadas en la tesitura de un Estado unitario, podía justificarse la búsqueda de la coherencia del ordenamiento y la consiguiente seguridad jurídica a través de la existencia continua de un derecho completo y uniforme, el del Estado central. Ahora bien, paulatinamente hemos visto cómo se deshacían estas precomprensiones abriendo el espacio a un nuevo paradigma, llamémoslo federal, que explica la coherencia del sistema jurídico no ya por la existencia de un derecho uniforme nacido de un productor de competencia universal, sino que concibe esa coherencia como resultado de la aplicación de regulaciones procedentes de productores diversos, que se armonizan gracias a varios principios constitucionales. Lo importante es la coherencia en el resultado aplicativo, es decir, la pluralidad proyectada y resuelta sobre un caso concreto.

5. Esta circunstancia explica también que paulatinamente y desde frentes diversos se hayan ido deconstruyendo las tres piezas del Estado Autonómico unitario. La cláusula de supletoriedad como título competencial universal, criticada con crudeza por la doctrina y desbaratada definitivamente por el Tribunal Constitucional. La revisión de la suspensión cautelar, tímidamente modulada por el Tribunal Constitucional. Y, finalmente, el intento de contener la *vis* expansiva de la normativa básica, denunciada por la doctrina, y que encuentra su enésimo en las reformas estatutarias, tanto en el intento de articular los tipos de competencia, como, sobre todo, en la traslación a los Estatutos de la jurisprudencia constitucional sobre cada materia concreta. Ahora bien, dada la pérdida de sentido de la transitoriedad que dio lugar al Estado Autonómico unitario, ¿cuál es el fundamento que justifica su recuperación por el Consejo de Estado? ¿Qué forma, con qué piezas, se escenifica nuevamente ese Estado Autonómico unitario?

6. El fundamento, ya lo hemos visto —también sus insuficiencias—, no sería otro que evitar la responsabilidad por incumplimiento del Reino de España. Desde ahí, la renovación del Estado Autonómico unitario se proyectaría esencialmente a través de dos piezas. La primera consistiría en mantener el recurso ante el Tribunal Constitu-

¹⁷ La comprensión del uso de la supletoriedad como título competencial universal sigue encontrándose en I. Orto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, 2.ª ed., 7.ª reimpresión, 1999, p. 283. Para un repaso de la evolución del principio de supletoriedad véase P. BIGLINO CAMPOS, «La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 50, 1997; F. BALAGUER CALLEJÓN, «Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de la supletoriedad», *Rev. Derecho Político*, 44, 1998; J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La regla de supletoriedad a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal», *Rev. Estudios Políticos*, 99, 1998, y, recientemente, J. TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 78, 2006.

¹⁸ Calificada directamente como instrumento de control del Estado sobre el derecho autonómico, que sólo en su hipótesis de alzamiento parece cobrar tintes de medida cautelar, como indica en una descripción del estado de cosas F. MEDINA GUERRERO, «Comentario al artículo 30», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinador J.L. REQUEJO PACÉS, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 447 y ss. y 451 y ss. También se marca esa evolución en el análisis de J. GARCÍA ROCA, «Comentario al artículo 65.2», en la misma obra. Desde una perspectiva crítica, analizando las consecuencias sobre el derecho de las Comunidades Autónomas, R. JIMÉNEZ ASSENSIO, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes*, Marcial Pons, 2001, pp. 71 y ss.

¹⁹ F. Caamaño Domínguez, p. 94.

cional como instrumento para la preferencia aplicativa. Una vez más, el Estado central gozaría del privilegio de suspender la aplicación del derecho autonómico hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional. Pieza que se completaría con los instrumentos que construirían implícitamente un poder general del Estado central en la incorporación del derecho europeo. En mi opinión, ya lo he dicho, ni las piezas tienen encaje, ni el fundamento es suficientemente robusto.

Índice

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://www.060.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2011:

© Paloma BIGLINO CAMPOS
 Luis E. DELGADO DEL RINCÓN (dirs.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
 Plaza de la Marina Española, 9
 28071 Madrid
<http://www.cepc.es>

NIPO: 005-11-019-3

ISBN: 978-84-259-1523-9

Depósito Legal: M. 39669-2011

Realización: Gráficas/85, S. A. 28031 Madrid

Impreso en España - Printed in Spain

Impreso en papel reciclado



Págs.

Presentación	XI
<i>por PALOMA BIGLINO CAMPOS</i>	
<i>LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN.</i>	
I. INTRODUCCIÓN	
La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Unión Europea desde la perspectiva del Estado autonómico: una aproximación general	3
<i>por RICARDO ALONSO GARCÍA.</i>	
II. LA PREVENCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO.	
MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y CONSULTA	
La prevención del incumplimiento del Derecho europeo en el Estado autonómico: instrumentos, posibilidades y límites ...	13
<i>por MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES.</i>	
1. Introducción	13
2. El (in)cumplimiento del Derecho europeo: respuestas internas a un problema compartido en los Estados compuestos de la Unión	14
2.1. LA REACCIÓN NORMATIVA: LAS REGLAS DE REPARTO DE RESPONSABILIDADES Y LA REGULACIÓN DE PODERES SUSTITUTIVOS	14
2.2. LA REACCIÓN INFORMAL: LA ACTUACIÓN PREVENTIVA Y LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN Y CONSULTA	17
2.3. PREVENCIÓN, COORDINACIÓN Y CONSULTA, ¿MÁS CUMPLIMIENTO DEL DERECHO EUROPEO?	18