

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-16-001-4

SOBRE LA MEJORA EN LA EFICACIA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN ESPAÑA

Autor: Isaac Ibáñez García
Abogado

DOC. n. 1/2016

INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N. B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PRELIMINARES
 2. LLAMADAS E INTENTOS DE MEJORA
 3. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA FASE DE CONTROL
 4. LA NECESIDAD DE UN *VADEMÉCUM*
 5. CONCLUSIÓN
- ANEXOS

RESUMEN

Si, como ha reconocido el propio Gobierno, “el Derecho de la UE, en virtud del principio de primacía, condiciona de manera esencial la actividad normativa nacional a todos los niveles del ordenamiento jurídico interno (y) esta situación de desplazamiento creciente de la creación normativa hacia las instituciones de la UE plantea a los Gobiernos y Administraciones nacionales nuevos retos de adaptación a un escenario jurídico en el que, cada vez en mayor medida, las normas que afectan directamente a los ciudadanos y empresas provienen de Bruselas”; y las estimaciones indican que el porcentaje de producción normativa de un Estado miembro de alguna manera influido por el Derecho de la Unión Europea puede llegar al 80%; parece obvio que las *Directrices de técnica normativa* no pueden ser ajenas a esta realidad.

Hasta la fecha se han dado sólo tímidos y fragmentarios pasos en la elaboración de directrices y acciones encaminadas a mejorar los controles de calidad, *ex ante* y *ex post*, de la incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: Better regulation, calidad normativa, Consejo de Estado, directrices de técnica normativa, mejora de la transposición.

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como ha señalado Arzo Santisteban¹, “se estima que el porcentaje de producción normativa de un Estado miembro como Alemania (leyes y reglamentos de los dos niveles de gobierno) de alguna manera influido por el Derecho de la Unión asciende al 80%, esto es, un porcentaje coincidente con la llamada «cifra Delors», que se atribuye al antiguo presidente de la Comisión en 1988². Con independencia de cómo se defina y cómo se mida esa influencia, cuestiones metodológicas que no interesan ahora, se puede afirmar sin temor a equivocación que la agenda legislativa de los Estados miembros está fuertemente europeizada”.

Este mismo autor³ subraya que “la transposición o incorporación de las directivas al ordenamiento interno es una de las actividades normativas más delicadas que tienen que abordar las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea. El Conseil d'État francés y el Consejo de Estado español dedicaron recientemente, en 2007 y 2008 respectivamente, sendos informes a la inserción del Derecho de la Unión en el Derecho interno⁴. De forma sintética puede decirse que la actividad de incorporación de las directivas europeas al ordenamiento interno está sometida a requisitos jurídicos europeos y a condicionantes y requisitos jurídicos derivados del ordenamiento interno. Los condicionantes internos pueden ser de diversos tipos: básicamente, de carácter constitucional (p. ej., la reserva de ley), derivados de la distribución competencial en los Estados compuestos y relativos a la técnica legislativa”.

Para Mangas Martín⁵, “si España no fuera miembro de la UE no serían exigibles normas medioambientales para poner coto a los desmanes de buena parte del mundo político y empresarial español. Los gobiernos de González, Aznar y Zapatero llevaron a mal, y con retrasos de años, aplicar normas protectoras del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres. Infringiendo normas de la UE, los gobiernos de Aznar, Zapatero y Rajoy se apropiaron de 13.000 millones de euros de los particulares (según sentencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el *céntimo sanitario*). Sin el Derecho de la UE, las cláusulas abusivas en innumerables contratos, en especial los hipotecarios, no serían hoy nulas; gracias a la UE cabe, por fin, en nuestra historia un recurso de suspensión en el proceso de desahucio. El Derecho de la UE ha puesto innumerables límites al ordeno y mando de nuestros políticos en beneficio de los grandes poderes económicos.

También España ha evolucionado. De socio leal en lo político *hemos derivado al socio más incumplidor de la UE*. Gobierno y Administraciones se lo deben hacer mirar. Somos los segundos (de 28) en mayor nivel de incumplimiento, sólo superados por Italia y seguidos del Grecia. El club Med. En el quinquenio 2010-2014, el Tribunal de Justicia pronunció 32 sentencias constatando infracciones de España por sólo tres desestimatorias de la infracción; y si hablamos de sentencias del Tribunal sin ejecutar, somos los primeros en rebeldía No creo que España sea un Estado de Derecho europeo”.

¹ “Introducción”. En la obra colectiva *“Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico”*. Institut d'Estudis Autonòmics, 2013. XABIER ARZOZ SANTISTEBAN (dir.).

² Vid. HOPPE, TILMAN (2009): «Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-ProzentMythos lebt», *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 168-169. El artículo valida para Alemania con estimaciones cuantitativas y cualitativas un cálculo que se atribuye a Jacques Delors en 1988. Otros autores, en cambio, discrepan de la pertinencia de la «cifra Delors». Así, se niega para Austria la exactitud de la «cifra Delors» (que en este caso se le atribuye un 70%): vid. Bussjäger, Peter (2004): «Implementing and Enforcing EU Law at Regional Level», en Roberto Toniatti, Francesco Palermo y Marco Dani (eds.), *An Ever More Complex Union – The Regional Variable as a Missing Link in the EU Constitution?*, Baden-Baden, Nomos, p. 160, en nota. Las discrepancias se desprenden de la consideración de factores cualitativos en la estimación. (Nota de ARZOZ SANTISTEBAN).

³ “Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos”, en la obra colectiva ya citada.

⁴ Conseil D'État (2007), *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*; Consejo de Estado (2008), *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado/CEPC, Madrid. Sobre este informe, vid. ALONSO GARCÍA, RICARDO (2008): «La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, pp. 7-17; ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID (2008), «Derecho, administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, pp. 235-279, y AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL (2009): «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, pp. 129-164. (Nota de ARZOZ SANTISTEBAN).

⁵ “España en la UE: luces y sombras”. *El Mundo*, 8 de junio de 2015.

La respuesta legislativa a lo denunciado por Mangas Martín no puede ser, en nuestra opinión, la contemplada en el *Proyecto de Ley de régimen jurídico del Sector Público*⁶, que —echando por tierra la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷— trata de modificar radicalmente el sistema de responsabilidad patrimonial por actos del legislador con origen en la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o en la declaración de una norma como contraria al derecho de la Unión Europea; al exigir que para que dicha responsabilidad nazca, el ciudadano contribuyente ha de haber obtenido previamente a tal declaración una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa lesiva, lo que equivale a exigir el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes, habiendo denunciado inexcusablemente en su actividad impugnatoria la inconstitucionalidad de la norma o su contradicción con el Derecho europeo.

En el dictamen del Consejo de Estado n.º 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el “*anteproyecto de Ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*”, puede leerse:

“En reiteradas ocasiones ha señalado este Consejo que *“la mayor o menor bondad de la técnica normativa empleada no es una cuestión neutra ni resulta indiferente para conseguir los objetivos que se persiguen con una determinada regulación*. Por ello, la intervención del Consejo de Estado no se limita a apreciar la legalidad de la actuación o de la reglamentación administrativa, sino que, como recordase el dictamen 2.458/94 antes citado, aquel tiende a buscar en su función `la armonía del ordenamiento jurídico en su totalidad (normas, principios, conceptos, terminología y técnica legislativa), sin perjuicio de que además se valoren, en su caso, los aspectos de oportunidad y conveniencia así como la eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines” (dictamen 664/2008)⁸.”

Y en su dictamen n.º 1178/2010, de 4 de noviembre de 2010, sobre el *Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la Ley de Sociedades de Capital a la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*, señaló que:

“El Consejo de Estado ha venido destacando en numerosos dictámenes —el primero el dictamen n.º 48.377 sobre el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (aprobado posteriormente como Ley 47/1985)— los principios que han de presidir la labor de transposición de las directivas”.

Además de su importante función en todo lo relacionado con la técnica normativa, el Consejo de Estado tiene atribuidas, según Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, importantes competencias en cuanto a la incorporación del Derecho de la Unión Europea en nuestro país. Así, a título de ejemplo, según el artículo 21.2, ha de ser consultado, preceptivamente, respecto a los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y *del derecho comunitario europeo*.

No obstante lo anterior, no siempre las entidades consultantes (obligadas por ley a consultar) ponen el mismo celo y atención a dichas oportunas previsiones legales. A título de ejemplo, lo ocurrido con el *Anteproyecto de Ley de Auditoría de Cuentas*: se solicitó por el Consejo de Ministros el dictamen al Consejo con carácter de urgencia, para que lo evacuara en el plazo máximo de 9 días hábiles. Dictaminado el anteproyecto por el Consejo el 12 de febrero de 2015, es aprobado como proyecto de Ley por el Consejo de Ministros el día siguiente, 13 de febrero. Es evidente que no hubo tiempo material para analizar y tomar en consideración lo expuesto por el Consejo de Estado que, además, realiza algunas observaciones que considera “esenciales”. Además, el dictamen se detiene en amplias consideraciones de Derecho europeo. Pues bien, sobre las prisas relatadas se ha expresado así la Presidenta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), en entrevista publicada en el diario *El País/Negocios*, el día 8 de marzo de 2015⁹:

⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, 18 de mayo de 2015.

⁷ Puede verse nuestro artículo “La confianza en la ley se resquebraja”. *Cinco Días*, 8 de junio de 2015.

⁸ Puede verse sobre este asunto, RUBIO LLORENTE: “El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas”. *Revista española de la función consultiva*, n.º 6, julio/diciembre 2006.

⁹ “El auditor tiene que ser escéptico ante la empresa”. Entrevista de MIGUEL ÁNGEL GARCÍA VEGA a ANA MARÍA MARTÍNEZ PINA, Presidenta del ICAC.

“P. Llama la atención la celeridad. El Consejo de Ministros aprobó el borrador solo un día después de que el Consejo de Estado publicara su informe.

R. La normativa europea se aprobó en junio de 2014 y tiene que estar incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en el mismo mes de 2016. Empezamos a trabajar a finales de junio, con lo que el proceso ha llevado meses. En España, al haber elecciones, las Cortes se disolverán y hasta que se forme un nuevo Gobierno pasará tiempo. Tenemos esa fecha de incorporación. Son los plazos que hay y no debemos retrasarnos en la transposición”.

En mi opinión, es muy necesaria la intervención del Consejo de Estado en el proceso de inserción del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento español, en sus distintas fases, singularmente en cuanto a la transposición de las normas a nuestro ordenamiento y en la *fase de control* (supervisión de la normativa española vigente a la luz de las nuevas tendencias de la jurisprudencia comunitaria y las nuevas interpretaciones de la Comisión Europea); pues el Consejo de Estado es una institución muy capacitada para colaborar en la depuración del ordenamiento interno de normas contrarias al derecho comunitario y en el alumbramiento de normas internas de manera suficientemente clara y públicas a la hora de integrar el ordenamiento europeo.

Pues, a título de ejemplo, con alguna frecuencia se ha procedido a la transposición de Directivas mediante instrumentos de lo más inadecuados y perniciosos, como, por ejemplo en materia tributaria, resoluciones de la Dirección General de Tributos¹⁰. Luchena Mozo y Patón García¹¹ han dedicado un interesante estudio a este asunto, en el que han concluido, analizando casos concretos, que “en síntesis, la Resolución de la DGT representa una disposición con una finalidad de carácter coyuntural y efímera, que no goza de la naturaleza jurídica suficiente como para tener el efecto de evitar las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la obligación de transposición de las Directivas del “Paquete IVA” en forma y plazo adecuados que desnaturaliza la norma jurídica posterior, utilizándose a modo de una especie de anticipación de la *mens legis*. Asimismo, haber optado por una Resolución de la DGT incrementa el proceso de debilitamiento que viene experimentando el principio de reserva de ley en nuestro ordenamiento tributario –materia en la que, no olvidemos, siempre se ha mostrado suficientemente flexible–, en tanto que la Administración “predetermina” en un grado muy considerable el contenido material de la Ley 2/2010, quedando la aprobación de ésta como un trámite de escasa relevancia.

Deseamos, finalmente, advertir del riesgo que supone recurrir sin más a este modo de proceder, que deja la puerta abierta a la “*transposición administrativa*” de una norma comunitaria en abierta contradicción con el principio de separación de poderes y el respeto al procedimiento legalmente establecido. El proceso de transposición de Directivas debe estar adornado, además de la claridad y brevedad conocidas, por la calidad en la interpretación y el respeto a la forma jurídica de transposición como garantía de seguridad jurídica para los ciudadanos”; añadiendo que “creemos que la tardanza del procedimiento legislativo no puede constituir un motivo de justificación de la transgresión del procedimiento legalmente establecido para la transposición de una norma comunitaria”.

Por ello son importantes las apreciaciones del Consejo de Estado en su Dictamen 746/2014, de 23 de julio de 2014, sobre el “*Proyecto de ley por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras*”.

“Finalmente, la exposición de motivos enuncia de forma escueta y sin mayor explicación esta modificación: “Supresión de la exención a los servicios prestados por los fedatarios públicos en conexión con operaciones financieras exentas o no sujetas a dicho impuesto”. *Se debe al dictamen motivado de la Comisión Europea de 24 de octubre de 2012,*

¹⁰ Instrumentos que obviamente no son sometidos al preceptivo dictamen del Consejo de Estado, cuando de transposición del Derecho europeo se trata.

¹¹ “Las resoluciones de la Dirección General de Tributos relativas a la aplicación e interpretación de las Directivas: ¿nuevos instrumentos de transposición?” *Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad* 7/2011. Sobre esta problemática, también: IBÁÑEZ GARCÍA: “*La incorporación del Derecho de la Unión Europea en España. Materiales para la reflexión*”. Dykinson, sl, 2011.

por el que pide a España que grave con el IVA los servicios prestados por los notarios en relación con las transacciones financieras, sin aplicar exención a tales servicios. Se razona que la Directiva de IVA prevé una exención en favor de los servicios financieros (por ejemplo, concesiones de créditos o venta de acciones). Las intervenciones de los fedatarios públicos, que garantizan la autenticidad y exactitud de los documentos que les son sometidos, aun en el caso de que se presten con ocasión de transacciones financieras, son prestaciones distintas de tales servicios y no pueden por tanto acogerse a la exención prevista para ellos”.

.../...

3.-También en la parte expositiva debe explicarse mejor, *con referencia al dictamen motivado de la Comisión Europea* como se vio, la alusión a la "supresión de la exención a los servicios prestados por los fedatarios públicos en conexión con operaciones financieras exentas o no sujetas a dicho impuesto".

Finalmente, *en la exposición de motivos de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (BOE n.º 288, del 28 de noviembre de 2014)*, puede leerse lo siguiente:

“De otra parte, la necesidad de ajuste a la Directiva de IVA viene dada por la obligación de ejecutar diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que inciden de forma directa en nuestra normativa interna, *así como del ajuste al dictamen motivado de la Comisión Europea de 24 de octubre de 2012 relativo a la exención a los servicios prestados por los fedatarios públicos en conexión con operaciones financieras exentas.*

.../...

Así, por lo que respecta al contenido de las modificaciones realizadas cabe señalar:

.../...

En segundo lugar, dentro del principio de ajuste a la Directiva de IVA, se incorporan una serie de modificaciones *derivadas de la necesidad de adaptar la normativa interna a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:*

— La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de enero de 2013, en el asunto C-360/11, conocida comúnmente como la sentencia de «productos sanitarios», determina que se deba modificar la Ley del Impuesto en lo que se refiere a los tipos aplicables a los productos sanitarios.

Los equipos médicos, aparatos, productos sanitarios y demás instrumental, de uso médico y hospitalario, son el grueso de productos más afectados por la modificación del tipo impositivo, al pasar a tributar, con carácter general, del tipo reducido del 10 por ciento del Impuesto al 21 por ciento, manteniéndose exclusivamente la tributación por aquel tipo para aquellos productos que, por sus características objetivas, estén diseñados para aliviar o tratar deficiencias, para uso personal y exclusivo de personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, y cuya relación se incorpora a un nuevo apartado octavo al anexo de la Ley del Impuesto.

El listado de productos que se relacionan en el nuevo apartado octavo del anexo incorpora productos destinados exclusivamente a personas con discapacidad como aparatos que están diseñados para uso personal y exclusivo de personas con deficiencia visual y auditiva; con otros, donde puede resultar un uso mixto de los mismos, si bien con una clara y objetiva utilidad para personas con discapacidad.

— La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2013, en el asunto C-189/11, relativa al régimen especial de las agencias de viaje, conlleva la obligación de modificar la regulación de este régimen especial.

Al margen de las modificaciones obligadas por la Sentencia citada, se introduce la posibilidad, a ejercitar operación por operación, de aplicar el régimen general del Impuesto, siempre y cuando el destinatario de las operaciones sea un empresario o profesional que tenga, en alguna medida, derecho bien a la deducción, bien a la devolución de las cuotas soportadas del Impuesto; a tal efecto se ha tenido en cuenta la regulación del régimen especial que se contiene en otros Estados miembros, en concreto, en los casos en que el destinatario del régimen es un empresario o profesional.

— Consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2012, asunto C-549/11, se modifica la regla de valoración de las operaciones cuya contraprestación no sea de carácter monetario, fijándose como tal el valor acordado entre las partes, que tendrá que expresarse de forma monetaria, acudiendo como criterio residual a las reglas de valoración del autoconsumo.

— La Sentencia de 14 de marzo de 2014, en el asunto C-151/13, ha determinado la necesidad de diferenciar las subvenciones no vinculadas al precio, que no forman parte de la base imponible de las operaciones, de las contraprestaciones pagadas por un tercero, que si forman parte de aquella.

— *Supresión de la exención a los servicios prestados por los fedatarios públicos en conexión con operaciones financieras exentas o no sujetas a dicho impuesto*".

La referida recomendación del Consejo de Estado no es baladí, pues adquiere especial relevancia a la hora de establecer el *dies a quo* de las posibles reclamaciones de los contribuyentes por infracción del Derecho de la Unión Europea, siempre que, entendemos nosotros, la explicación del origen o la causa de la modificación legal sea suficientemente clara y pública.

De gran interés resulta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de septiembre de 2014 (Recurso n.º 826/2009) que, en su Fundamento Jurídico 3º, dice lo siguiente:

"La redacción del artículo 89.Tres. 2.º de la Ley 37/1992, en la versión que hemos considerado aplicable, es tajante, en cuanto a la imposibilidad de aplicar la deducción en un caso como el que motiva estas actuaciones. En este contexto, el respeto al principio de legalidad tributaria impone a la Administración y a los Tribunales, la obligación de acomodar sus resoluciones a los dictados de legislador, lo que conduce, en principio, a la directa desestimación del recurso, pues resulta ser una cuestión pacífica entre las partes que el ingreso de las cuotas se produjo bajo la vigencia de la Ley 37/1992 en la redacción dada por la Ley 13/1996 y que la recurrente fue sancionada por falta de repercusión e ingreso de las cuotas debidas, sanción que fue confirmada por la STS de 2 de junio de 2006.

No obstante lo anterior un examen más detallado de la cuestión nos debe conducir a la estimación del recurso. La Exposición de Motivos de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, es muy clara cuando se refiere a las *razones por las que se produce la modificación legislativa*: "En el Impuesto sobre el Valor Añadido las modificaciones que se introducen obedecen a una doble finalidad; de una parte, a la adecuación de la Ley del Impuesto a la Directiva comunitaria, en determinados supuestos que han sido objeto de observación por la Comisión Europea o derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de otra parte, en el caso de la modificación de la disposición adicional sexta de dicha Ley, a una corrección técnica, en cuanto a los aspectos procedimentales y de gestión del impuesto que regula".

Dado que la cuestión relativa a la aplicación de la DA 6º no es objeto del presente recurso, *resulta evidente que la modificación legislativa que nos concierne, se produce única y exclusivamente para adaptar la legislación española a la jurisprudencia del TJUE y por causa de ciertas observaciones realizadas por la Comisión Europea sobre esta circunstancia*.

En un plano puramente teórico, asiste la razón al Abogado del Estado cuando afirma que el hecho de que la Exposición de Motivos justifique la reforma por las razones expuestas, no implica necesariamente y de forma inequívoca que la legislación precedente era manifiestamente contraria a la legislación europea, pues la modificación puede realizarse

para la mejora técnica de una legislación que en sí misma está ajustada a dicha legalidad. Decimos que esta tesis es defendible en el plano puramente teórico, **pues la realidad nos muestra que las reacciones del legislador español en este terreno son la consecuencia inmediata de pronunciamientos del Tribunal de Justicia o bien de actuaciones de la Comisión Europea en el marco de los recursos de incumplimiento.**

En el presente caso, al hecho del reconocimiento expreso por legislador de que la modificación de la Ley 37/1992 operada por la Ley 22/13, obedece, bien a la necesidad de adaptación a la jurisprudencia, bien a observaciones de la Comisión Europea, limita considerablemente las tesis de la defensa del estado...”

Y de gran interés es también el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4.^a), de 2 de febrero de 2015 (N.º de recurso 46/2013):

“TERCERO.- El acuerdo del Consejo de Ministros impugnado declara inadmisibile la reclamación por considerarla extemporánea ya que, según se razona en sus fundamentos de derecho cuarto a sexto, el *dies a quo del plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, ha de situarse en el momento en el que, como tal precepto dispone, se manifestó el efecto lesivo del acto que motiva la indemnización, siendo así que –en el caso analizado– dicho efecto lesivo es muy anterior al que se defiende en la reclamación.

Como se sigue del expediente administrativo, la hoy demandante presentó la reclamación el 9 de mayo de 2011, justificando el cumplimiento del requisito temporal en atención a la teoría de la *actio nata* pues, a su juicio, el momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción no es otro que el coincidente con la fecha en que se dictan dos sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el 10 de mayo de 2010, en las que se declara expresa y nítidamente la incompatibilidad de la normativa española (el artículo 98.Dos de la Ley del IVA, en la redacción aplicable al caso) con la Sexta Directiva comunitaria. De este modo, señalaba la actora que *"el momento en el que se han concretado todos los elementos que acreditan la existencia del daño no puede ser, en ningún caso, anterior a la fecha en que se dictaron tales sentencias"*.

La resolución recurrida considera, sin embargo, que la acción ya había prescrito en la fecha en la que se ejercitó por cuanto: a) Las sentencias del Tribunal Supremo invocadas (aunque, efectivamente, declaran la incompatibilidad entre la norma española y la Directiva europea) carecen de efecto alguno para el reclamante, como se sigue del artículo 86 de la Ley de esta Jurisdicción, y solo podrían fundamentar una pretensión resarcitoria, en su caso, si ésta fuera ejercitada por quienes fueron parte en los procedimientos en que fueron dictadas; b) *El cabal conocimiento del daño irrogado al solicitante tuvo lugar con la publicación en el BOE de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, que dio nueva redacción a los artículos 97 y 99 de la Ley del IVA con la finalidad de hacer efectiva la derogación del artículo 98.Dos y que se produjera la plena adaptación de la legislación española a las estipulaciones del Derecho de la Unión Europea;* c) La fecha de arranque del plazo prescriptorio ha de situarse, por tanto, en el 25 de diciembre de 2008, fecha en la que tuvo lugar dicha publicación.

El argumento del Consejo de Ministros se completa con las consecuencias que, a criterio de la resolución recurrida, se derivan de la *carta de emplazamiento remitida por la Comisión Europea al Reino de España con fecha 12 de octubre de 2006* (al objeto de que se modificaran los requisitos exigidos para la deducción de la cuota devengada en las importaciones de bienes) y *del posterior Dictamen motivado emitido por aquella Comisión el 5 de junio de 2008* (en el que se señalaba que la modificación introducida en el artículo 98 de la Ley del IVA por la reforma operada en la Ley 51/2007 era insuficiente e inútil - a efectos del necesario ajuste con la Directiva- si no iba acompañada de la reforma de los artículos 97 y 99 del mismo texto legal).

De este modo, siempre según el acto impugnado, *el reclamante habría tenido cabal conocimiento del daño y de los elementos de orden fáctico y jurídico necesarios para el*

ejercicio de la acción resarcitoria con ocasión de la adaptación plena al Derecho Comunitario de nuestra legislación en materia de IVA a la importación, lo que tuvo lugar de manera completa con la repetida Ley 4/2008, de 23 de diciembre, a partir de cuya publicación pudo el interesado "cuantificar el posible perjuicio económico y hacer posible el ejercicio de la acción indemnizatoria".

Varias razones obligan a la Sala a rechazar la argumentación contenida en la decisión impugnada.

En primer lugar, para situar la fecha de arranque del plazo prescriptorio en la publicación de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, habría sido necesario, cuando menos, que dicho texto legal contuviera una referencia -aunque fuera mínima- a la vinculación de la reforma de los artículos 97 y 99 de la Ley del IVA con la necesidad de adaptar nuestra regulación en materia de importaciones a las exigencias del Derecho europeo. Sin embargo, la extensa Exposición de Motivos de dicha norma legal dedica apenas cuatro líneas a la justificación de la modificación, limitándose a afirmar que se da nueva redacción a los artículos 97.Uno y 99.Cuatro para ajustarlos "al momento en que nace el derecho a la deducción del IVA correspondiente a las importaciones (...), que vincula este momento a la realización de la operación y no ya al pago de las cuotas ", de manera que " se adecúa su redacción a la derogación del artículo 98.Dos de la Ley".

La ausencia de toda referencia en este punto a la necesidad de adaptar nuestra legislación a la normativa y jurisprudencia europeas adquiere especial relevancia en el caso analizado por cuanto la propia Exposición de Motivos sí justifica la reforma de otros preceptos de la Ley del IVA en el obligado respeto al Derecho Comunitario. Concretamente, se motiva la presunción de que las sociedades mercantiles ostentan la condición de empresarios o profesionales "en la jurisprudencia comunitaria sobre la materia" y se razona la modificación del artículo 35 de la Ley del IVA en la adecuación del mismo "al contenido de la Directiva 2007/74/CE, de 20 de diciembre, relativa a la franquicia del impuesto sobre el valor añadido y de los impuestos especiales de las mercancías importadas por viajeros procedentes de terceros países".

No parece entonces que pueda defenderse el conocimiento cabal y completo de todos los requisitos para ejercitar la acción por la sola publicación de una reforma en la que el legislador no hace una sola referencia a la previa vulneración (justificadora de tal reforma) del Derecho de la Unión Europea.

En segundo lugar, es sabido que los emplazamientos y comunicaciones que efectúa la Comisión Europea a los países miembros no solo no se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea o, en el caso de España, en el Boletín Oficial del Estado, sino que ni siquiera son determinantes, pues, conforme a la normativa comunitaria, aunque es a la Comisión a la que corresponde decidir si procede o no iniciar un procedimiento por incumplimiento, la declaración de que tal incumplimiento se ha producido compete al Tribunal de Justicia.

Acoger la tesis sostenida en el acto impugnado exigiría al interesado conocer el contenido (no publicado) de las comunicaciones que la Comisión Europea dirigió al Reino de España, le obligaría a dar por hecho cierto que esas mismas comunicaciones condujeron al legislador a modificar el régimen del IVA a las importaciones y le llevaría a concluir con absoluta claridad que esa misma reforma ponía de manifiesto –indudable y notoriamente– que la liquidación de intereses girada en su momento constituía un daño antijurídico que le habilitaba para ejercitar una acción de resarcimiento.

Pero es que, en tercer lugar, el razonamiento del Consejo de Ministros sobre la determinación del *dies a quo* del plazo prescriptorio resulta abiertamente contradictorio con la propia fundamentación jurídica de la resolución que se recurre. Se dice en dicha resolución (fundamento de derecho séptimo) que la pretensión debe desestimarse porque la violación del Derecho Comunitario "no está suficientemente caracterizada" y se justifica tal aseveración en la circunstancia de que pronunciamientos del Tribunal Supremo cercanos en el tiempo (al de las sentencias de 10 de mayo de 2010) y recaídos en litigios

sustancialmente análogos al que ahora se aborda habrían refrendado el criterio mantenido en su día por la Administración Tributaria en relación con el nacimiento del derecho a la deducción sin plantearse siquiera la posible contradicción entre el precepto aplicable (el artículo 98.Dos, en la redacción anterior al 1 de enero de 2008) y la normativa europea.

Si ello es así, no parece que pueda defenderse con éxito que la publicación de la Ley 4/2008 proporcionaba al recurrente el conocimiento pleno sobre el daño irrogado y su ilegitimidad cuando, como el propio acuerdo impugnado señala, la jurisprudencia anterior a la establecida en las dos sentencias de mayo de 2010 era contradictoria con la doctrina que éstas recogen, hasta el punto de que solo a partir de esas dos sentencias –como se reconoce en el acuerdo recurrido– el criterio jurisprudencial es el que señala con rotundidad la contravención de la regulación de la ley española con el Derecho europeo.

En definitiva, entendemos que el cabal conocimiento de la antijuridicidad del perjuicio económico y de su carácter ilegítimo (por oponerse a una Directiva europea de necesario acatamiento) solo tiene lugar, como pronto, a partir de las dos sentencias de esta Sala de 10 de mayo de 2010, porque en éstas la jurisprudencia sienta por primera vez la doctrina según la cual: a) Las determinaciones de la Sexta Directiva no ofrecen la menor duda interpretativa en cuanto que establecen que *"el derecho a deducir nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible, acontecimiento que tiene lugar con el devengo, coincidente en el caso con la importación"*; b) Los principios de efecto directo y primacía del Derecho comunitario obligan a que *"las previsiones del artículo 98.Dos de la Ley 37/1992 (en la redacción anterior al 1 de enero de 2008) deban ceder ante los designios del legislador de la Unión Europea"*; c) El importador, en el régimen legal anterior al 1 de enero de 2008, *"tiene derecho a deducirse el impuesto sobre el valor añadido que se autorepercutió desde la fecha de la importación, momento en que se produjo el devengo y el tributo era exigible, por lo que (...) no cabe hablar de riesgo de pérdida de ingresos fiscales para la Hacienda"*, lo que determina - lógicamente- la impropiedad de girar intereses de demora por un daño que no se produjo.

La reclamación que la parte actora dirigió al Consejo de Ministros con fecha 9 de mayo de 2011 ha de entenderse, por tanto, formulada dentro del plazo del año al que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992".

A nuestro entender, si la exposición de motivos de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, hubiera explicado claramente cual era el origen de la modificación legal (dar cumplimiento al *dictamen motivado* de la Comisión Europea que achacaba un incumplimiento del Derecho de la UE por el Reino de España) *el cabal conocimiento del daño irrogado al solicitante hubiera tenido lugar con la publicación en el BOE de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, que dio nueva redacción a los artículos 97 y 99 de la Ley del IVA con la finalidad de hacer efectiva la derogación del artículo 98.Dos y que se produjera la plena adaptación de la legislación española a las estipulaciones del Derecho de la Unión Europea; iniciándose así el día a quo del plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

2. LLAMADAS E INTENTOS DE MEJORA

En la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE) (2005/309/CE)¹² puede leerse lo siguiente:

"(5) La transposición tardía o incorrecta de las Directivas de mercado interior perjudica a las empresas y los ciudadanos, ya que a menudo les priva de sus derechos.

(6) Asimismo, una transposición tardía o incorrecta impide que las empresas y los consumidores disfruten de todos los beneficios económicos de un mercado interior que funcione correctamente y perjudica la competitividad de la economía europea en su

¹² Diario Oficial de la Unión Europea, de 16 de abril de 2005, L98.

conjunto, socavando la capacidad de la Comunidad de generar crecimiento económico a la vez que se mantiene un nivel de cohesión social elevado.

(15) En su Comunicación sobre la Estrategia para el mercado interior 2003-2006, la Comisión anunció que emitirá una Recomendación de buenas prácticas que deberían aplicar los Estados miembros con objeto de acelerar y mejorar la calidad de la incorporación de las Directivas de mercado interior en el ordenamiento nacional.

(16) Los Estados miembros han manifestado su interés por aprender de las prácticas de los demás países, y el Comité consultivo de mercado interior les ha consultado sobre buenas prácticas de transposición y sobre las diversas normas y prácticas constitucionales, legales y administrativas que puedan influir en la transposición.

(17) Se han identificado diversas buenas prácticas que pueden ayudar a los Estados miembros a transponer las Directivas de mercado interior correctamente y en los plazos establecidos.

(18) Los Estados miembros tienen libertad para elegir los procedimientos y prácticas más adecuados para garantizar una transposición correcta y en los plazos establecidos de las Directivas de mercado interior tras analizar los métodos más eficaces para el contexto específico del país, ya que los procedimientos y las prácticas que resultan eficaces en un Estado miembro pueden no serlo tanto en otro país.

RECOMIENDA:

- 1) Los Estados miembros deben adoptar las medidas, organizativas o de otro tipo, necesarias para solucionar de manera rápida y efectiva las causas subyacentes del incumplimiento sistemático de su obligación legal de transponer las Directivas de mercado interior correctamente y en los plazos establecidos.
- 2) Los Estados miembros deben analizar las mejores prácticas descritas en el anexo y, habida cuenta de sus tradiciones institucionales nacionales, adoptar las prácticas que permitan, o deberían permitir, una transposición mejor y más rápida de las Directivas de mercado interior.
- 3) Los Estados miembros deben publicar oportunamente una lista de las Directivas de mercado interior que no se han transpuesto totalmente en los plazos establecidos; informar a las empresas y los ciudadanos de que, en determinadas circunstancias, pueden gozar de derechos legales en virtud de tales Directivas, aunque no hayan sido transpuestas; y difundir dicha información al menos en una página web gubernamental.
- 4) Los Estados miembros deben garantizar que, a la hora de presentar proyectos de disposiciones nacionales de aplicación a los Parlamentos nacionales, se adjunte una declaración que indique que se consideran conformes con el Derecho comunitario y que transponen, total o parcialmente, una determinada Directiva.
- 5) Al notificar medidas nacionales de aplicación, los Estados miembros deben informar a la Comisión si, a su entender, consideran que dichas medidas son conformes al Derecho comunitario y si transponen, total o parcialmente, una determinada Directiva.
- 6) Los Estados miembros deben evitar añadir a la legislación nacional de aplicación condiciones y requisitos que no sean necesarios para transponer la Directiva en cuestión, en caso de que dichas condiciones o requisitos puedan dificultar la consecución de los objetivos que persigue la Directiva.
- 7) Los estados miembros deben garantizar que se cumpla el plazo fijado para la transposición de la Directiva, aunque ésta forme parte de un procedimiento legislativo más amplio a escala nacional¹³.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 4 de abril de 2012 apareció publicada la siguiente Proposición no de Ley¹³:

¹³ BOCG. Sección Cortes Generales, serie A, núm. 34, de 04/04/2012.

“La Comisión Mixta para la Unión Europea, en su sesión del día 27 de marzo de 2012, ha acordado aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley sobre el cumplimiento del Derecho Europeo en España, presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia y publicada en el "BOCG. Congreso de los Diputados", serie A, núm. 2, de 6 de febrero de 2012, en los siguientes términos:

"La Comisión Mixta para la Unión Europea insta al Gobierno a asegurar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, la adecuada trasposición de Directivas, así como la determinación de los mecanismos de prevención y responsabilidad por incumplimiento del Derecho Europeo, tanto desde una perspectiva general como teniendo en cuenta la realidad de nuestro sistema descentralizado, informando ante esta Comisión de las medidas que, en su caso, piensa adoptar siguiendo las recomendaciones del dictamen del Consejo de Estado emitido al respecto. En tal sentido, se insta al Gobierno a que en el plazo de tres meses elabore y presente un informe sobre los procesos de infracción del Derecho Europeo en España que contenga al menos los siguientes aspectos:

- Tipología de las infracciones.
- Organismo o Administración responsable del incumplimiento.
- Alegaciones presentadas.
- Resolución final de las mismas.
- Propuestas para la mejora en la eficacia de la aplicación del Derecho Europeo en nuestro país."

Asimismo, en las Referencias Consejo de Ministros del 22 de noviembre de 2013, puede leerse:

“Asuntos Exteriores y de Cooperación.

PLAN DE MEJORA DE LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

El Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo sobre el plan de mejora del proceso interno de transposición de Directivas de la Unión Europea.

Se trata de establecer un plan de mejora del proceso de transposición con todos los Ministerios, cuyo cumplimiento se seguirá semanalmente en la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

Con este plan se busca introducir un elemento de ayuda a los Ministerios responsables de la transposición de directivas, en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que obliga a los Estados miembros a hacer una transposición correcta y completa de las Directivas dentro del plazo máximo que se señala en las mismas.

Incorporación al ordenamiento interno

Cada vez es más numerosa la legislación de los Estados miembros que debe adaptarse en ejecución de Directivas comunitarias, lo que genera la obligación de su incorporación al ordenamiento jurídico interno en un plazo determinado, y deja a las autoridades nacionales competentes la determinación de los medios legislativos para alcanzar dicho objetivo.

El incumplimiento de estas obligaciones tiene para los Estados miembros consecuencias negativas que comprometen su credibilidad política y puede llevar a la imposición de multas pecuniarias, por lo que deben ponerse todos los recursos para evitar un escenario tan desfavorable.

Los últimos datos de España respecto de la calidad y transposición en plazo de las Directivas han permitido constatar una evolución ralentizada, tanto en el número de procedimientos de infracción incoados por la Comisión Europea, como en los resultados que la Comisión Europea hace públicos dos veces al año respecto del control de la transposición de las Directivas del mercado.

En el nuevo escenario diseñado por el Tratado de Lisboa, los supuestos de incumplimiento de la obligación de transponer una Directiva en plazo, puedan dar lugar, como

principio general, a que la Comisión solicite del Tribunal de Justicia que imponga al Estado miembro una sanción pecuniaria en la primera sentencia en la que se constate el incumplimiento de la obligación de transponer.

La introducción de este nuevo sistema de elaboración por los Ministerios de los Planes de Transposición de las directivas de la Unión Europea y su control por parte de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios contribuirá, sin duda, a mejorar nuestros resultados en el ámbito de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en España, fortaleciendo nuestra imagen y credibilidad ante las instituciones y socios comunitarios y contribuyendo a una mayor calidad, claridad y seguridad jurídica de nuestras transposiciones permitiendo en el medio plazo una reducción preventiva del número de procedimientos de infracción del Derecho de la Unión Europea abiertos por la Comisión Europea al Reino de España”.

El Instituto de Estudios Fiscales constituyó, mediante Resolución de 23 de septiembre de 2008, una Comisión de Expertos cuyo objetivo era el de abordar la problemática relativa a la adaptación de la regulación del Derecho tributario general al Ordenamiento Comunitario y formular propuestas concretas de reforma¹⁴. Sobre la “*elaboración de normas: control de ajuste a las directrices comunitarias y transposición*” se propuso:

“Parece recomendable la elaboración de un *Manual de Transposición*. De modo análogo a lo que sucede con las actuales *Directrices de Técnica Normativa*, el *Manual* podría aprobarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros y publicarse en el BOE mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia”.

Debemos señalar que para dicha Comisión de Expertos:

“El proceso de inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español presenta tres fases: *ascendente* (participación española en la elaboración de las normas comunitarias), *descendente* (transposición de dichas normas al ordenamiento español) y *de control* (supervisión de la normativa española vigente a la luz de las nuevas tendencias de la jurisprudencia comunitaria y las nuevas interpretaciones de la Comisión). *Pues bien, un adecuado control de calidad de la transposición exige tomar medidas que afecten a las tres fases y consigan la necesaria coordinación entre ellas*”.

Respecto a la referida *Proposición no de Ley sobre el cumplimiento del Derecho Europeo en España*, hemos de indicar que el 22 de agosto de 2012 el Ministerio de la Presidencia presentó en el Congreso de los Diputados un “*Informe sobre los procesos de infracción del Derecho europeo en España*”, que se inicia con el siguiente párrafo:

“El procedimiento de infracción del Derecho de la UE, regulado por los artículos 258-260 del TFUE, constituye la herramienta más efectiva en manos de la Comisión Europea en el ejercicio de sus funciones de “guardiana” del cumplimiento de los Tratados por los Estados miembros. Este procedimiento tiene por objeto alcanzar una solución entre la Comisión y el Estado miembro presuntamente infractor del Derecho de la UE que evite plantear una demanda ante el TJUE. Esta disputa puede abocar, en última instancia y caso de que el TJUE declare la existencia del incumplimiento, en la imposición por parte de dicho Tribunal de importantes sanciones económicas al Estado infractor a solicitud de la Comisión”.

A dicho Informe se adjuntó un Anexo que contiene la relación actual (a la fecha del Informe) de los procedimientos de infracción abiertos al Reino de España, con detalle de su tipología, organismos responsables y estado de tramitación de cada uno de ellos. Según el Informe, en aquella fecha la Comisión Europea mantenía un total de 82 procedimientos de infracción abiertos contra España, de los cuales 12 contaban con una Sentencia del TJCE declarativa de incumplimiento del Derecho comunitario.

Como se ha indicado, uno de los aspectos, a nuestro juicio fundamentales, requeridos por la *Proposición no de Ley* citada era que el Gobierno realizara “*propuestas para la mejora en la eficacia de la*

¹⁴ “La adaptación de la regulación del Derecho tributario general al ordenamiento comunitario”. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Economía y Hacienda. Junio 2011.

aplicación del Derecho europeo en nuestro país”. El Informe cuenta con un apartado titulado “Eficacia de la aplicación del Derecho Europeo en España”, que destaca el papel de la *Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios* en la sistemática vigilancia del proceso de transposición de directivas de la UE, al dedicar el primer punto del orden del día de sus reuniones semanales al examen de esta cuestión. Sin embargo, no contiene propuesta alguna de mejora.

Dicha ausencia de propuestas de mejora se pone en evidencia poco más de un año después al aprobarse en el Consejo de Ministros del 22 de noviembre de 2013 el referido “*Plan de mejora de la transposición de Directivas de la Unión Europea*”. En la Memoria que acompaña al Acuerdo del Consejo de Ministros puede leerse:

“El Derecho de la UE tiene un carácter expansivo a todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Los tratados, reglamentos, directivas y demás normas “comunitarias” junto con la jurisprudencia del TJUE, constituyen un acervo que los operadores jurídicos nacionales deben conocer y aplicar de manera cotidiana. El Derecho de la UE, en virtud del principio de primacía, condiciona de manera esencial la actividad normativa nacional a todos los niveles del ordenamiento jurídico interno. Esta situación de desplazamiento creciente de la creación normativa hacia las instituciones de la UE plantea a los Gobiernos y Administraciones nacionales nuevos retos de adaptación a un escenario jurídico en el que, cada vez en mayor medida, las normas que afectan directamente a los ciudadanos y empresas provienen de Bruselas”.

En esta Memoria también se advierte de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas en plazo, dado el nuevo escenario diseñado por el Tratado de Lisboa. Los incumplimientos de transposición en plazo, conforme al artículo 260.3 del TFUE, pueden dar lugar, como principio general, a que la Comisión solicite del Tribunal de Justicia que imponga al Estado miembro importantes sanciones pecuniarias.

Se acompaña a este trabajo, como Anexo II el, a nuestro juicio fragmentario, *Plan de mejora del proceso interno de transposición de directivas de la Unión Europea*.

3. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA FASE DE CONTROL

El 21 de enero de 2015 realicé la siguiente alegación en el trámite de Información Pública del *Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*:

ÚNICA.- “Título VI. Procedimiento de elaboración de normas y disposiciones” (artículos 154 y siguientes del anteproyecto)

El Anteproyecto contiene interesantes disposiciones sobre lo que viene denominándose “*Better Regulation*”: prácticas encaminadas a mejorar la calidad de la regulación; que no hay que entender exclusivamente como anteriores o coetáneas a la aprobación final de la norma, sino también dinámicas, incluyendo, por tanto, su período de vigencia.

Lo anterior lo tiene en cuenta, en parte, el anteproyecto, al referirse al análisis normativo tanto *ex ante* como *ex post*. A continuación nos referimos a un aspecto que debería concretarse respecto al análisis *ex post* y que está referido al cumplimiento de la norma interna con el Derecho de la Unión Europea.

Como es conocido, a través del denominado *procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea*, la Comisión suele instar a los Estados miembros a la modificación de la legislación interna que entienda contraria al Derecho de la UE. La infracción del Derecho de la UE genera responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en beneficio de los ciudadanos y empresas perjudicados que, en ocasiones, es muy cuantiosa. De ahí la necesidad de una *respuesta rápida y acertada* a los posibles incumplimientos.

Si como establece el artículo 161.6 del anteproyecto (medida *ex ante*) debe requerirse, en la tramitación de la norma, el *Dictamen del Consejo de Estado* cuando sea preceptivo

y conveniente, más necesario y conveniente será (medida *ex post*) cuando la norma, ya en vigor, está siendo cuestionada por la Unión Europea; teniendo en cuenta los graves perjuicios que una infracción del Derecho de la UE puede acarrear.

Para una buena depuración del ordenamiento jurídico interno y a fin de no causar graves perjuicios tanto a los contribuyentes como a las arcas públicas sería conveniente que por el Gobierno se diera un tratamiento rápido a dichos procedimientos de infracción y nada más recibirse una *carta de emplazamiento* o *dictamen motivado* se procediera a recabar dictamen del Consejo de Estado, pues, según el artículo 21.5 de su Ley Orgánica (LO 3/1980, de 22 de abril), el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado sobre los problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales. *La gravedad de los casos así lo requiere.*

No obstante y dado que la citada Ley Orgánica del Consejo de Estado deja al arbitrio del legislador ordinario establecer los asuntos que deba dictaminar el Consejo (p.e art. 21.11 : "todo asunto en que, por precepto expreso de una ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en Pleno"; Respecto a la Comisión Permanente del Consejo, art. 22.10: "revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos en las leyes"; art. 22.19: "Todo asunto en que por precepto de una ley haya de consultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno"), *dada la gravedad de la mayoría de los procedimientos de infracción, que vienen a cuestionar la adecuación al ordenamiento de la Unión Europea de disposiciones generales nacionales, incluidas las disposiciones con rango de ley; sería deseable que la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su Título VI, contemplase la obligación de someter a dictamen del Consejo de Estado dichos procedimientos de infracción remitidos por la Comisión Europea al Reino de España.*

Previamente, el 24 de junio de 2014, realicé la misma alegación en el trámite de Información Pública del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Indicando, además:

"Para un tratamiento justo de este asunto, hay que tener en cuenta que el mal funcionamiento del denominado "procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea", tanto por la demora injustificada de los Estados miembros en la cumplimentación de las *cartas de emplazamiento* y los *dictámenes motivados* evacuados por la Comisión Europea, como por la desidia de esta institución comunitaria en la tramitación de los procedimientos, causa graves perjuicios a los ciudadanos europeos, confiados en que las normas nacionales que transponen el Derecho de la UE están ajustadas a dicho Derecho. Ejemplo palmario es el procedimiento seguido sobre el denominado "*céntimo sanitario*" que se demoró, sin resolverse por la Comisión Europea, durante más de diez años. Parece que este asunto (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014 sobre el "*céntimo sanitario*" (Asunto C-82/12. *Transportes Jordi Besora, SL*) es el que ha motivado la reforma que ahora se incorpora en el anteproyecto, a través de los apartados "Veintiuno" y "Treinta y uno" de su artículo Único, que limitan temporalmente la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

.../..."

Actualmente, dentro de la Abogacía General del Estado, la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales, asume las siguientes funciones:

- La dirección jurídica y la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, y ante la Corte Penal Internacional.
- La asistencia jurídica en materia de Derecho de la Unión Europea, en particular, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea.
- Colaborar con los órganos competentes del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la asistencia jurídica en los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea contra el Reino de España.

4. LA NECESIDAD DE UN VADEMÉCUM¹⁵

El 21 de diciembre de 2011 realice las siguientes propuestas al Gobierno:

“La incorporación del Derecho de la Unión Europea al Derecho interno está sometido a *normas de procedimiento* o de técnica normativa (formales y sustantivas), tanto nacionales como dimanantes del propio Derecho comunitario, que no siempre son cumplidas. Incumplimientos que provocan graves problemas de seguridad jurídica y, finalmente, la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, después de largos procesos instados por quienes son titulares de los derechos que confiere el propio Ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Muchas de las observaciones y propuestas de reforma legislativa que realiza el Consejo de Estado para una depurada incorporación del Derecho de la Unión caen en saco roto.

Corresponde a los Estados miembros velar por una transposición del Derecho comunitario a la legislación nacional correcta, rápida y dentro de plazo. Las principales consecuencias de la transposición incorrecta o fuera de plazo son la posible aplicación del principio de efecto directo y la responsabilidad del Estado infractor. Del Derecho de la Unión Europea, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de las buenas prácticas, se deducen importantes principios obligatorios de técnica normativa que son en ocasiones incumplidos.

En mi opinión dichos principios deberían introducirse, como epígrafe ad hoc¹⁶, en las “Directrices de técnica normativa”¹⁷ y constituirían el complemento en el plano nacional de las normas de técnica normativa adoptadas en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea.

Por tanto, debería estudiarse la pertinencia de modificar las *Directrices de técnica normativa* vigentes, a fin de incorporar un epígrafe *ad hoc* relativo a directrices relativas a la incorporación del Derecho de la Unión Europea, recogiendo los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Consejo de Estado.”

Sin ánimo de exhaustividad, entre dichos principios se encuentran los siguientes:

- Directrices sobre la elección del instrumento legislativo adecuado. La norma de transposición (ley, real decreto, orden ministerial, etcétera) deberá ser conforme con las reservas establecidas en nuestro sistema de fuentes.
- Si la norma de transposición utilizada es el Decreto-ley, por haber vencido o estar próximo a vencer el plazo de transposición, el Ministerio proponente deberá solicitar, con carácter previo y urgente, dictamen del Consejo de Estado. No obstante, resultará preferible la tramitación de la iniciativa legislativa correspondiente, con carácter de urgencia y también previo dictamen del Consejo de Estado, ante las Cortes Generales¹⁸.

¹⁵ Según nuestro Diccionario: “Libro de poco volumen y de fácil manejo para consulta inmediata de nociones o informaciones fundamentales”.

¹⁶ Que podría denominarse: “Incorporación del Derecho de la Unión Europea”. En este epígrafe se incluirían algunas menciones dispersas en las actuales *Directrices*, como la relativa a la “Cita de normativa comunitaria”.

¹⁷ Las actualmente vigentes constan en el “Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las *Directrices de técnica normativa*”, publicado mediante Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría, en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 180, de 29 de julio de 2005.

¹⁸ Como sugiere el Consejo de Estado (“Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español”. Febrero de 2008), “lo que sí parece imprescindible es la consagración del carácter prioritario en la tramitación parlamentaria de todos los proyectos de ley que tienen por objeto incorporar disposiciones comunitarias y la introducción, quizá, de alguna previsión específica adicional, por ejemplo para reducir notablemente los plazos cuando el proyecto de ley tuviese por objeto dar cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que condenara a España o para impedir el decaimiento, sin más, ante la convocatoria de elecciones generales, de un proyecto de ley de transposición (como, por ejemplo, sucedió en la IV Legislatura a propósito del proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)”.

Los efectos de la disolución de las Cortes Generales sobre los proyectos de ley en tramitación se ponen de manifiesto en la “Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 21 de octubre de 1994 a los órganos de contratación sobre aplicación de las Directivas comunitarias”. Según la Junta, el retraso en la adaptación al Derecho comunitario ha reproducido la situación jurídica de discordancia y “parece procedente dirigir una Recomendación a los órganos de contratación reconociendo, como se hizo por esta Junta el 18 de abril de 1986, que existen diversos extremos de las Directivas comunitarias

- Las normas reglamentarias necesarias para completar la transposición deben prepararse *pari passu*, especialmente si ha transcurrido el plazo de transposición. Así, el Consejo de Estado, en su Dictamen n.º 499/2010, de 29 de abril de 2010, señaló: “Hay que tener presente el eventual desarrollo reglamentario que puedan requerir algunos aspectos concretos del anteproyecto y, en especial, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En este sentido y dado que el plazo para transponer la Directiva 2007/66/CE finalizó el 20 de diciembre de 2009, sería conveniente que se procediera a la elaboración *pari passu* y a la aprobación, en el más breve plazo posible una vez aprobada la ley, de las normas reglamentarias precisas”.
- En la exposición de motivos y en las disposiciones finales se invocarán las normas de la Unión Europea que se incorporan. Asimismo, se debería explicar en la exposición de motivos si la norma se dicta para subsanar incumplimientos puestos de manifiesto a través de un procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea o para dar cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹.
- En los anteproyectos normativos elaborados para dar cumplimiento al Derecho de la Unión Europea motivados por procedimientos de infracción en trámite, debe incorporarse al expediente copia de la documentación relativa a dicho procedimiento. Como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 215/2010, de 18 de marzo de 2010, sobre el anteproyecto de ley de economía sostenible, “*la incorporación al expediente de información acerca de la evolución del referido procedimiento por incumplimiento y, sobre todo, del dictamen motivado de la Comisión, habría sido pertinente para justificar la motivación de la reforma proyectada y muy útil para valorar si la misma responde al parecer de la Comisión*”²⁰.

que resultan directamente aplicables aun sin necesidad de adaptación del Derecho interno... La presente Recomendación trata de precisar, por tanto los extremos de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, en vigor en la actualidad, que deben considerarse directamente aplicables”.

La Junta Consultiva ha hecho aplicación de la doctrina del efecto directo en varias ocasiones, como se relata en su Informe 57/05, de 19 de diciembre de 2005, “Efecto directo de las Directivas comunitarias”.

En nuestra opinión, este tipo de Recomendaciones no pueden contener previsiones de gravamen sobre los particulares, pues sabido es que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal, contra dicha persona.

Asimismo, no debe olvidarse, como recuerda ALONSO GARCÍA (“*Sistema Jurídico de la Unión Europea*”, THOMSON/CIVITAS, 2007) que, en términos de seguridad jurídica, “ni siquiera la aptitud de una Directiva para producir efectos directos exime a los Estados miembros de su obligación de transposición”.

¹⁹ En el Dictamen del Consejo de Estado n.º 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el “anteproyecto de ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista” consta, entre las finalidades del anteproyecto sometido a consulta reconocidas por la Administración, la de “evitar la condena a España en los procedimientos de infracción abiertos en el ámbito comunitario”, pues “se han seguido dos procedimientos de infracción contra España, al amparo del artículo 226 del Tratado, por incompatibilidad del derecho español en materia de comercio minorista”. Sin embargo, en el texto definitivo de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, no se hace referencia alguna a esta cuestión.

Según consta en el dictamen, “en la contestación del dictamen motivado de la Comisión, se hizo saber por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la “firme voluntad del Reino de España de modificar (...) la Ley de ordenación del comercio minorista (...) para ajustarse plenamente a los requerimientos del ordenamiento jurídico comunitario”, si bien, por “motivos de economía procesal, redacción y tramitación normativa” se decía que se realizaría la revisión de la ley con motivo de la incorporación de la Directiva de Servicios al ordenamiento nacional”.

A título de ejemplo, MARTÍN CÁCERES señala (“La supresión de las bonificaciones a las tasas de utilización especial de las instalaciones portuarias en los puertos insulares y de Ceuta y Melilla en el proyecto de ley de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general”. Instituto de Estudios Fiscales, *Documento de Trabajo* n.º 5/10): “La causa de la supresión de las bonificaciones a que nos venimos refiriendo se encuentra en la emisión, por la Comisión Europea, del Dictamen motivado a que se hizo alusión al comienzo de este trabajo, comunicado en abril de 2008 al Reino de España. Así se reconoció en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que precede al proyecto de Ley ahora analizado, *si bien en este último ha desaparecido la mención de tal circunstancia*. En el citado Dictamen, la Comisión Europea advierte que algunas de las bonificaciones establecidas en la Ley 48/2003 son contrarias al Derecho comunitario y concretamente, al principio “a igual servicio igual precio” porque se otorgan en función del origen o destino del buque”.

²⁰ Sin embargo, la “Guía metodológica para la elaboración de la Memoria del análisis de impacto normativo”, aprobada el 11 de diciembre de 2009 por el Consejo de Ministros, contiene la previsión: “Debe inexcusablemente indicarse si el proyecto de norma incide en un procedimiento de infracción de la Unión Europea en curso. En ese caso, deberá indicarse una descripción de dicho procedimiento de infracción, con referencia a la base jurídica comunitaria del incumplimiento imputado por la Comisión Europea, su fecha de apertura y la fase procedimental en la que se encuentra de acuerdo con los artículos 258 y 260 del TFUE”. Considero que el Consejo de Estado debería conocer el expediente de infracción completo, a fin de realizar mejor su labor consultiva.

La práctica gubernamental es errática al respecto. Así, en el Dictamen del Consejo de Estado n.º 499/2010, de 29 de abril de 2010, relativo al anteproyecto de ley sobre recursos en materia de contratos públicos, el Consejo hace constar que consta en el

- Si como consecuencia de un procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea, de una Sentencia del Tribunal de Justicia o por jurisprudencia nacional se impone la necesidad de rectificar criterios o prácticas administrativas contrarias al Derecho de la Unión Europea, el cambio de criterio se debe publicar de inmediato, mediante el instrumento adecuado (Orden Ministerial, Resolución, etcétera), en el Boletín Oficial del Estado²¹. Ello con independencia de que el criterio que se rectifica se haya publicado o no previamente.
- Se evitarán las incorporaciones parciales o fragmentarias de la normativa a transponer, es decir, debe agotarse la materia regulada, sin lagunas ni omisiones²². Si la materia regulada en la norma europea a incorporar se encuentra regulada en diversas disposiciones nacionales por razón de la materia y con distinto rango, se respetará la *sedes materiae* nacional que corresponda.
- No se incorporarán por remisión las normas a transponer, ni se utilizará en la transposición la remisión parcial. Esta directriz rige incluso en el caso de normas técnicas²³.
- Procederá la transcripción literal total o parcial de la norma a transponer si con ello se persigue la claridad normativa²⁴.

expediente de norma sometido a consulta, como anexo, “la documentación relativa al expediente seguido por la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06”.

²¹ A título de ejemplo nos referimos a los criterios establecidos en respuestas a consultas evacuadas por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda o por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

²² En el Dictamen del Consejo de Estado n.º 91/2010, de 25 de febrero de 2010, sobre el “Anteproyecto de ley de protección del Medio Marino” puede leerse: “Finalmente, la transposición de la Directiva llevada a cabo por el anteproyecto plantea otra cuestión relevante. Al contrario de lo que se hizo cuando se transpuso al ordenamiento interno la Directiva marco del agua, no recoge en precepto alguno del anteproyecto los importantes límites temporales y plazos (desde el 15 de julio de 2010 hasta finales de 2016) a que somete la Directiva, especialmente en su artículo 3.2, las distintas y sucesivas fases del proceso (actuaciones preparatorias, elaboración de estrategias, aprobación de programas de medidas, etc.). Ello hace que el contenido dispositivo de la Directiva quede muy difuminado y sea cuestionable que se haya realmente transpuesto en su conjunto al ordenamiento español al carecerse de horizonte temporal.

El calendario, pues, debería quedar expresamente recogido en la futura ley de manera clara –el mejor sitio sería una disposición adicional– (o al menos debería remitirse a un reglamento su fijación pero diciendo entonces en la exposición de motivos y en la disposición final segunda que la transposición de la Directiva 2008/56/CE que se hace en esta ley es parcial y que se completará cuando se fije dicho calendario por real decreto, solución que no parece muy oportuna).”

²³ El Consejo de Estado (“Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español”. Febrero de 2008) señala que “no es aconsejable incorporar el contenido de la Directiva por remisión, pues impide adaptar los conceptos y puede enturbiar la claridad dispositiva y, por tanto, afectar a la seguridad jurídica”. No obstante el Consejo entiende que podrían incorporarse normas por remisión en casos excepcionales, tales como circunstancias de urgencia y para evitar incurrir en responsabilidad ante las instituciones comunitarias y en el caso de normas técnicas.

Como recuerda ALONSO GARCÍA (“Sistema Jurídico de la Unión Europea”. *Ob. cit.*), “con palabras del Abogado General en el asunto *Comisión v. Italia* (1978), “la seguridad jurídica exige que las directivas técnicas –*id est*, las más detalladas– sean transformadas en Derecho interno para llegar al conocimiento de todos los afectados y ser efectivamente aplicadas por todas las autoridades”.

²⁴ Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el “anteproyecto de Ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios:

“En el plano formal, ha de hacerse especial referencia a los términos mismos de la transposición efectuada, pues en muchos de los informes que obran en el expediente se ha objetado el que en ocasiones la transposición se efectúa de forma excesivamente literal o se limita a reproducir el texto de la Directiva sin añadir precisión alguna.

c) Transposición y transcripción

Es cierto que, como regla general, la mera transcripción no es la técnica más adecuada, máxime si se tiene en cuenta que este tipo de normas se caracteriza por su flexibilidad en cuanto a los medios a utilizar. No debe olvidarse, en efecto, que la Directiva es una norma finalista, limitada a fijar el resultado que se debe alcanzar y dejando libertad a cada Estado miembro para concretar la normativa a adoptar para lograr dicho resultado o fin. En esta labor de concreción, los Estados asumen la obligación de ajustar a la norma comunitaria su normativa interna, adecuando los criterios en ella contenidos a las peculiaridades de su propio ordenamiento.

En ocasiones, cabe optar por la transcripción literal, a fin de evitar que la utilización de otra terminología sea fuente de conflictos y eventual fundamento de alguna imputación de infracción del contenido de la norma comunitaria. A este respecto, no hay que olvidar que la Comisión vigila de cerca que se recojan con la mayor fidelidad posible los preceptos comunitarios que se incorporan y, aunque ello no implica necesariamente su copia literal, lo cierto es que en la práctica se tiende a ello.

Pero aun en tales casos, la labor de transposición de las normas comunitarias exige la puesta en práctica, según las exigencias del propio ordenamiento del Estado miembro, de los principios en ellas contenidos. Y es indudable que tales principios no sólo han de ser incorporados al Derecho español, sino que deben servir de criterio hermenéutico para la interpretación de dicho ordenamiento.

Desde esta perspectiva, no puede dejar de señalarse que la transposición de la Directiva de Servicios requiere, en algunos puntos, una formulación más ajustada a nuestro ordenamiento y a las categorías y conceptos propios de él. A modo de ejemplo, puede citarse el artículo 8.3, que habla de “retirar” las autorizaciones, cuando lo correcto es utilizar el verbo “revocar” (a

- Los criterios lingüísticos a emplear en la transposición serán los generales establecidos en las *Directrices*; empleando los términos jurídicos y técnicos usuales en España. Si ello no fuera posible, se añadirán descripciones que los aclaren y se utilizarán en todo el documento con igual sentido²⁵.
- Deber de cumplir en plazo la Comunicación a la Comisión de la adopción de las normas de transposición.

Las contestaciones del Gobierno

La contestación del Ministerio de la Presidencia, de 6 de marzo de 2012 fue la siguiente:

“En primer lugar, se agradece el esfuerzo realizado para presentar una propuesta de mejora de las Directrices de Técnica Normativa en una materia tan compleja como la incorporación del Derecho Comunitario a la normativa nacional. Se trata de una propuesta interesante si bien, la mayoría de estos principios de técnica normativa que, según usted mismo, se deducen del Derecho de la Unión Europea, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de las buenas prácticas son de carácter procedimental y exceden, en nuestra opinión, del ámbito propio de regulación de las Directrices de Técnica Normativa.

Las Directrices son, en definitiva, una serie de reglas que pretenden conseguir un cierto grado de normalización en la elaboración de las normas desde un punto de vista formal y estructural, así como una simplificación en el uso del lenguaje administrativo para garantizar de este modo una mayor claridad y calidad de las normas y por tanto una mejor comprensión de éstas por parte de los ciudadanos. Estas reglas son aplicables a toda la legislación elaborada en el ámbito de la Administración General del Estado, incluida aquella que traspone o incorpora el Derecho Comunitario.

Desde su aprobación en el año 2005, las Directrices se han mostrado como una herramienta útil para la elaboración de unas normas más claras y comprensibles y no está prevista su modificación a corto plazo. Si bien en caso de que ésta se llevase a cabo en un futuro se elevará consulta a la Secretaría de Estado para la Unión Europea relativa a los principios para la incorporación del Derecho de la Unión Europea sugeridos por usted y se sopesará la conveniencia de incorporar alguno de ellos a una nueva redacción de las Directrices de Técnica Normativa”.

Previamente, el 2 de marzo de 2010 solicitamos al Ministerio de la Presidencia:

“Que se estudie la pertinencia de modificar las *Directrices de técnica normativa* vigentes, a fin de incorporar un epígrafe *ad hoc* relativo a directrices relativas a la incorporación del Derecho de la Unión Europea, recogiendo los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Consejo de Estado.”

La contestación a la petición es de fecha 28 de abril de 2010, suscrita por el Secretario General Técnico del Ministerio de la Presidencia:

algún otro supuesto se hará especial referencia en el apartado en que se recogen las observaciones concretas al articulado del anteproyecto). La falta de esfuerzo en este sentido puede dar lugar a problemas de encaje en el ordenamiento vigente y a dificultades en la interpretación de la norma, así como en su aplicación práctica. E incluso desde una perspectiva puramente formal, puede provocar defectos de redacción, como ocurre en numerosos preceptos del anteproyecto.

En el lado opuesto se encuentran aquellos artículos que se apartan de algunas de las previsiones de la Directiva, omitiendo o variando —en ocasiones, sin suficiente justificación—, algunos preceptos. Consecuencia de ello es que, en algunos puntos del anteproyecto, parece detectarse cierta falta de coherencia entre el propósito o finalidad de la norma y la concreta formulación de su articulado, ya sea por adoptar una sistemática inadecuada, ya por falta de claridad de algunos conceptos o por no ajustarse exactamente sus contenidos a los de la Directiva. Tal es el caso, entre otros, del artículo 5, que plantea dudas en cuanto a la forma en que han de articularse sus dos apartados. Sobre esta cuestión se volverá en el siguiente apartado.

Finalmente, debería revisarse cuidadosamente el uso que de algunos conceptos definidos en la norma comunitaria y en el anteproyecto se hace en el articulado de este (pueden citarse los artículos 4 y 5, respecto del concepto de "prestador"; así también, los artículos 5 y 11, en relación con la definición de "establecimiento"), al objeto de evitar distorsiones o contradicciones internas.”

²⁵ En el Dictamen del Consejo de Estado n.º 91/2010, de 25 de febrero de 2010, sobre el “Anteproyecto de ley de protección del Medio Marino” puede leerse: “En el artículo 32, apartados 4 y 5, se utiliza el término "aceptable" que no suele ser corriente en el lenguaje dispositivo español. Salvo que haya razones de Derecho Internacional para utilizarlo, podría buscarse alguno que permitiera dar más precisión a qué es exactamente lo que se pretende imponer como parámetro de legalidad. Debe revisarse, pues, su redacción, para clarificar más, a ser posible, su contenido”.

“De acuerdo con el informe de la Subdirección General del Secretariado del Gobierno, en el que se califica su propuesta de interesante y loable a la vez que notablemente estructurada y fundamentada, se comunica lo siguiente:

Efectivamente, no cabe la menor duda del enorme impacto que sobre los ordenamientos de los Estados miembros ha supuesto la eclosión normativa comunitaria. Esta proliferación normativa europea genera, entre otros problemas, el relativo a la dificultad de las operaciones de transposición del Derecho derivado comunitario al objeto de incorporarlo al sistema interno, operación que, en muchas ocasiones, resulta altamente compleja: análisis de la necesidad real de efectuar una transposición; del rango formal de las normas de incorporación de las Directivas; cumplimiento de los plazos de transposición; criterios de técnica normativa y su repercusión en la estructura de las disposiciones; intervención de los sectores interesados; papel que juega el Consejo de Estado; comunicación de las normas de transposición a las instituciones europeas y, de manera especial, las cuestiones que afectan a la determinación de los órganos competentes (Estado y Comunidades Autónomas) para realizar las labores de incorporación del Derecho comunitario derivado.

Por ello, en este proceso de transposición, al igual que en el de elaboración de cualquier norma de origen gubernamental, resulta necesario contar con unos instrumentos técnicos que ayuden a conseguir un producto normativo de calidad, lo que en definitiva se traduce en que las normas deben estar adornadas de dos cualidades esenciales: la claridad y la brevedad, todo ello con el fin de materializar el principio de seguridad jurídica.

Este fue precisamente el objetivo fundamental que comprometió el Gobierno al aprobar, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, las Directrices de técnica normativa vigentes. Como dijo la Vicepresidenta Primera del Gobierno en la presentación de estas Directrices:

“Quien redacta una norma, quien se dirige a un ciudadano, debe estar convencido de que no lo hace para sí, sino para los auténticos destinatarios de las normas jurídicas que tienen el derecho, además, de acceder en condiciones de igualdad a su plena comprensión. Por eso es imprescindible huir del empleo de tecnicismos inútiles, de términos crípticos o enigmáticos de imposible o difícil comprensión popular. Porque toda expresión oscura e ininteligible acaba repercutiendo en la seguridad jurídica, pone en peligro el conocimiento de la disposición o decisión y, en consecuencia, aleja a los ciudadanos de la Administración Pública. Si al adecuado tratamiento del lenguaje administrativo le acompaña una homogeneización y normalización del modo en que las normas deben ser elaboradas, desde su manifestación formal y estructural, habremos dado un paso de gigante en la mejora de la técnica normativa y, con ello, en la modernización, transparencia y cercanía de la Administración Pública al ciudadano”.

La Unión Europea, que ha hecho enormes esfuerzos por la mejora de la calidad de la legislación, debe ser un referente importante en materia de técnica normativa. Y, desde luego, lo ha sido en la elaboración de nuestras vigentes Directrices de 2005.

Se tuvieron en cuenta, entre otros documentos, los siguientes:

- Las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992.
- La Resolución del Consejo de la UE relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, de 8 de junio de 1993.
- El Acuerdo Interinstitucional (Consejo, Parlamento y Comisión) de 20 de diciembre de 1994.
- La Declaración n.º 39 sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, aprobada el 2 de octubre de 1997 por la Conferencia Intergubernamental y aneja al Acta final del Tratado de Ámsterdam.
- El Acuerdo Interinstitucional de 22 de diciembre de 1998.

- La Guía práctica común para la redacción de los textos legislativos comunitarios, de 16 de marzo de 2000.
- El Informe Mandelkern sobre mejora de la regulación, de 13 de noviembre de 2001.
- El Acuerdo Interinstitucional de 28 de noviembre de 2001.

Las nuevas Directrices, sin perjuicio de algunas críticas sobre aspectos concretos de su contenido, han sido valoradas en general por todos como una útil y eficaz herramienta que nos ayuda a redactar unas normas más claras y de más fácil comprensión por los ciudadanos, lo que, en definitiva, era el objetivo fundamental de su elaboración, sin que entonces se valorara como necesaria la introducción de un epígrafe específico relativo a directrices para la incorporación del Derecho de la Unión Europea.

No obstante, debemos ser conscientes de que la transformación cualitativa de la legislación sigue siendo una exigencia demandada por la sociedad y de que tanto la aplicación de estas Directrices como su desarrollo nos va a continuar exigiendo un permanente esfuerzo para avanzar en la modernización, en la transparencia y en la confianza de los ciudadanos en la Administración y en nuestro ordenamiento jurídico, *sin descartar en absoluto su revisión mediante su modificación o, incluso, introducción de nuevos criterios técnicos si ello redundaría en la mejora de la legislación*".

Como puede observarse de la transcrita contestación, se reconoce la problemática concreta que genera la incorporación al Derecho interno de la normativa de la Unión Europea, distinta de la problemática propia de técnica legislativa de elaboración de normas de carácter exclusivamente nacional; de lo que se deduce la necesidad de incorporar directrices específicas de técnica legislativa al respecto, basadas en la experiencia acumulada a lo largo de los años. A pesar de ello, sorprende que en la lista de documentos citados y que sirvieron de inspiración a las Directrices de 2005, no se encuentre la *Recomendación de la Comisión Europea de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior*, en cuyo Anexo se considera como buena práctica la relativa a que *"se elaboren directrices que indican cómo transponer las Directivas y garantizan que toda la administración aplique al respecto un enfoque común"*.

Prueba de la necesidad que propugnamos es que en la *"Guía metodológica para la elaboración de la Memoria del análisis de impacto normativo"*, aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009²⁶, se dedica su Anexo III al *"Derecho de la Unión Europea"*, con importantes previsiones en orden a incorporar a dicha memoria de toda la información relevante respecto a la incorporación del Derecho europeo en el anteproyecto de norma. Puede leerse en dicho Anexo III:

"Cada vez es más numerosa la legislación de los Estados miembros que se adopta en ejecución de este tipo de normas comunitarias (directivas), que generan la obligación de resultado de su incorporación al ordenamiento jurídico interno en un plazo determinado, dejando a las autoridades nacionales competentes la determinación de los medios legislativos para alcanzar dicho objetivo. Es obligación de los Estados miembros que esta legislación, no sólo cumpla los plazos establecidos en la norma comunitaria de la que traen causa (transposición en plazo), sino que igualmente sea suficiente para lograr los objetivos previstos en dicha norma sin entrar en contradicción ni con la norma de transposición ni con el Tratado u otro tipo de normas que integran el Derecho de la Unión Europea (transposición correcta)".

Con ocasión de la ya referida *Proposición no de Ley sobre el cumplimiento del Derecho Europeo en España*, de 27 de marzo de 2012, las observaciones relacionadas en el presente capítulo también las hicimos llegar,

- El 24 de abril de 2012 a la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados, que en su sesión de 12 de junio de 2012 acordó trasladarlas al Presidente y a los portavoces de la Comisión Mixta para la Unión Europea.

²⁶ Puede verse también el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (*Boletín Oficial del Estado* n.º 173, del 18 de julio de 2009).

- El 27 de abril de 2012, a la Secretaría de Estado para la Unión Europea (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación), quien agradeció su remisión.

5. CONCLUSIÓN

Si, como ha reconocido el Gobierno, “el Derecho de la UE, en virtud del principio de primacía, condiciona de manera esencial la actividad normativa nacional a todos los niveles del ordenamiento jurídico interno (y) esta situación de desplazamiento creciente de la creación normativa hacia las instituciones de la UE plantea a los Gobiernos y Administraciones nacionales nuevos retos de adaptación a un escenario jurídico en el que, cada vez en mayor medida, las normas que afectan directamente a los ciudadanos y empresas provienen de Bruselas”; y las estimaciones indican que el porcentaje de producción normativa de un Estado miembro de alguna manera influido por el Derecho de la Unión Europea puede llegar al 80%; parece obvio que las *Directrices de técnica normativa* no pueden ser ajenas a esta realidad.

Por ello, se tornan cada vez más necesarias las propuestas encaminadas a la “*elaboración de normas: control de ajuste a las directrices comunitarias y transposición*” que se concreten en una modificación de las Directrices vigentes (que es lo que consideramos más conveniente), o en la elaboración *ad hoc* de un *Manual de Transposición* que también debería aprobarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros y publicarse en el *BOE* mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia.

Como hemos visto, la propia Comisión Europea, en su Recomendación de 12 de julio de 2004, consideró como buena práctica la de *elaborar directrices que indican cómo transponer las Directivas y garantizan que toda la administración aplique al respecto un enfoque común*.

En esta tarea debe jugar un papel fundamental, en nuestra opinión, el Consejo de Estado, dado el acervo doctrinal que ha acumulado en la materia en muchos de sus dictámenes e informes.

Como también se ha señalado, “el proceso de inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español presenta tres fases: *ascendente* (participación española en la elaboración de las normas comunitarias), *descendente* (transposición de dichas normas al ordenamiento español) y *de control* (supervisión de la normativa española vigente a la luz de las nuevas tendencias de la jurisprudencia comunitaria y las nuevas interpretaciones de la Comisión). *Pues bien, un adecuado control de calidad de la transposición exige tomar medidas que afecten a las tres fases y consigan la necesaria coordinación entre ellas*”.

En nuestra opinión y especialmente en las fases *descendente* y *de control*, también ha de jugar un papel relevante el Consejo de Estado. Si bien es cierto que en la fase *descendente* ya lo hace, pues por imperativo de su Ley Orgánica debe ser consultado, preceptivamente, respecto a los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y *del derecho comunitario europeo*; hasta la fecha no se le ha dado encaje en la fase *de control*. A lo largo de este trabajo hemos visto como la falta de seguimiento de importantes principios –enunciados en ocasiones por el Consejo de Estado– relativos a la incorporación del Derecho de la UE traen importantes consecuencias jurídicas, que pueden afectar –negativamente– a la esfera de derechos de los ciudadanos: por ejemplo, la falta de concreción en los textos normativos del origen o la causa de las modificaciones dimanantes del derecho europeo (cumplimiento de dictámenes motivados de la Comisión Europea), que podrían abrir plazos de reclamación.

Como ha señalado el propio Gobierno²⁷, las mejoras en la incorporación interna del Derecho de la Unión Europea contribuirán **al fortalecimiento de nuestra imagen y credibilidad ante las instituciones y socios comunitarios y contribuirán a una mayor calidad, claridad y seguridad jurídica de nuestras transposiciones, permitiendo en el medio plazo una reducción preventiva del número de procedimientos de infracción del Derecho de la UE abiertos por la Comisión Europea al Reino de España**²⁸.

²⁷ Memoria al Acuerdo del Consejo de Ministros del 22 de noviembre de 2013, sobre el Plan de Mejora de la transposición de directivas de la UE.

²⁸ La negrita y el subrayado constan en el original de la Memoria.

ANEXO I.—ANEXO A LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE) (2005/309/CE)²⁹

PRÁCTICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS QUE FACILITAN LA TRANSPOSICIÓN CORRECTA Y EN LOS PLAZOS ESTABLECIDOS AL DERECHO NACIONAL DE LAS DIRECTIVAS QUE AFECTAN AL MERCADO INTERIOR

1. Hacer que la transposición correcta y en los plazos establecidos sea una prioridad política y operativa permanente

1.1. Un alto cargo del Gobierno, con rango de ministro o de secretario de Estado, es responsable oficialmente de supervisar la transposición de todas las Directivas de mercado interior al Derecho nacional y de mejorar el índice de transposición del Estado miembro. Este alto cargo cuenta, en el ejercicio de su misión, con un apoyo visible del jefe de Gobierno, y los ministros y la administración deben tener claro que el Gobierno considera una prioridad la transposición correcta y en los plazos establecidos.

1.2. Todos los ministros reciben periódicamente (por ejemplo, una vez al mes) un informe sobre los índices de transposición de todos los ministerios y organismos gubernamentales. Los índices de transposición se analizan periódicamente en las reuniones de ministros.

1.3. Se asignan recursos suficientes para garantizar una transposición correcta y en los plazos establecidos.

2. Garantizar la supervisión y la coordinación permanentes de la transposición de las Directivas de mercado interior en los niveles administrativo y político

2.1. Un ministerio u organismo gubernamental es responsable de supervisar la transposición en su conjunto. Esta autoridad coordina la transposición con otros ministerios y organismos autonómicos, regionales y autónomos responsables de la transposición y recibe el calendario previsto de transposición. Asimismo, vela por que la situación de la transposición se analice periódicamente (por ejemplo, una vez al mes) con los ministerios en un nivel administrativo elevado, e informa periódicamente (por ejemplo, una vez al mes) al ministro o secretario de Estado responsable del seguimiento de la transposición. También actúa como coordinador nacional en los contactos con la Comisión en materia de transposición y situación de la transposición en el Estado miembro.

2.2. Cada ministerio y organismo autonómico, regional o autónomo responsable de la transposición designa funcionarios encargados de supervisar la transposición en cada ministerio u organismo, que actúan también como personas de contacto. Se crea una red nacional de estos funcionarios.

2.3. Se elaboran directrices que indican cómo transponer las Directivas y garantizan que toda la administración aplique al respecto un enfoque común.

2.4. Se mantiene una base de datos central sobre transposición, accesible a todos los ministerios y organismos autonómico, regionales y autónomos responsables de la misma. Para cada Directiva, la base de datos incluye: las referencias y el objeto de la Directiva, el ministerio u organismo gubernamental responsable de la transposición, las personas responsables en cada ministerio u organismo gubernamental, una lista de los demás ministerios y organismos gubernamentales implicados en la transposición y de las personas responsables, los recursos necesarios para la transposición, el plazo de transposición, las medidas necesarias para transponer la Directiva, el calendario previsto de transposición (debates parlamentarios incluidos), la situación de la transposición, las eventuales dificultades surgidas, y si se han incoado procedimientos de infracción por transposición tardía o incorrecta. Es posible determinar, en todo momento, el índice de transposición del Estado miembro y de cada uno de sus ministerios.

2.5. El ministerio u organismo gubernamental responsable remite recordatorios antes de que expire el plazo de transposición (por ejemplo, tres meses antes y de nuevo un mes antes de que expire el plazo).

2.6. Cuando un plazo ha expirado, se remite inmediatamente un recordatorio a escala administrativa y ministerial, y se informa al Parlamento nacional.

2.7. Los Estados miembros actúan de manera proactiva solicitando oportunamente a la Comisión asesoría y ayuda en materia de transposición. Se utiliza la base de datos de personas de contacto creada por la Comisión para identificar a los funcionarios responsables.

²⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 16 de abril de 2005, L98.

3. *Garantizar que la preparación de la transposición se produce en una fase temprana, con el objetivo de que se realice una transposición correcta y en los plazos establecidos*

3.1. El ministerio u organismo gubernamental responsable de las negociaciones elabora un calendario de planificación de la transposición durante la negociación de la Directiva y, en todo caso, antes de la adopción de la misma. Para cada Directiva, el calendario de planificación indica: las referencias y el objeto de la Directiva, el ministerio u organismo gubernamental responsable de la transposición, las personas responsables en cada ministerio u organismo gubernamental, una lista de los demás ministerios y organismos gubernamentales implicados en la transposición y de las personas responsables, los recursos necesarios para la transposición, el plazo de transposición, una comparativa entre la legislación nacional existente y lo dispuesto en la Directiva propuesta, las medidas necesarias para transponer la Directiva y el calendario previsto de transposición (debates parlamentarios incluidos). A fin de garantizar que la base de datos de transposición esté actualizada, el calendario de planificación se remite lo antes posible tras la publicación de la Directiva en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (por ejemplo, en las cuatro semanas siguientes) al ministerio u organismo gubernamental responsable del seguimiento de la transposición en su conjunto.

3.2. Se empieza a redactar el acto legislativo antes de que se publique la Directiva en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, o tan pronto como sea publicada.

3.3. El ministerio u organismo gubernamental responsable de la transposición elabora un cuadro que muestra la correlación entre lo dispuesto en la Directiva y las medidas de transposición. Este cuadro se adjunta a los proyectos de medidas nacionales de aplicación que se transmiten al Parlamento o al Gobierno a fin de facilitar sus deliberaciones, así como a las notificaciones a la Comisión de tales medidas.

3.4. Se evitan disposiciones adicionales que no sean necesarias para transponer la Directiva. En caso de añadirlas, el ministerio u organismo gubernamental responsable justifica su necesidad e indica que éstas no retrasarán la transposición.

3.5. En la medida de lo posible, se implica en la transposición de las Directivas a los funcionarios nacionales que las negocian. Si no es posible, cooperan estrechamente con los que se encargan de transponerla. En todo caso, los funcionarios que negocian una Directiva mantienen informados durante las negociaciones a los que se encargan de transponerla, para garantizar que todos los eventuales problemas de transposición se plantean y resuelven antes de que aquella se adopte.

3.6. Durante las negociaciones de la Directiva, se mantiene informados a los representantes de los organismos gubernamentales autonómicos, regionales o autónomos encargados de transponerla.

3.7. Se notifican las medidas nacionales de aplicación por vía electrónica a la Comisión.

4. *Trabajar de cerca con los Parlamentos nacionales, regionales y autonómicos que participen en la transposición de las Directivas de mercado interior para garantizar una transposición correcta y en los plazos establecidos*

4.1. Los Parlamentos reciben las propuestas de Directiva de la Comisión tan pronto como se presentan, y se les mantiene informados de las negociaciones de las Directivas.

4.2. Los Parlamentos reciben informes periódicos (por ejemplo, cada tres meses) de la evolución de la transposición, las Directivas cuya transposición sufre retraso, y los procedimientos de infracción incoados por la Comisión por transposición tardía o incorrecta.

4.3. Junto a los proyectos legislativos nacionales, los Parlamentos reciben un calendario de transposición, la indicación clara del plazo, los cuadros de correlación que se han elaborado y una declaración del Gobierno que indica que la medida nacional de aplicación se considera conforme con el Derecho comunitario.

4.4. Los gobiernos envían a los Parlamentos avisos anticipados (por ejemplo, tres meses antes de que expire el plazo de transposición) de la inminencia de que expire el plazo, e informan a los Parlamentos cuando el plazo ha expirado.

4.5. Los gobiernos animan a los Parlamentos a que reserven tiempo para transponer las Directivas en los plazos establecidos.

5. *Adoptar medidas rápidas, visibles y eficaces para transponer las Directivas cuya transposición vaya con retraso*

5.1. Tras la expiración del plazo de transposición, se adoptan todas las medidas necesarias para garantizar que las Directivas que no hayan sido transpuestas en los plazos establecidos se transpongan lo antes posible.

5.2. Si se retrasa la transposición de una o más Directivas, se anima a los Parlamentos a que reserven tiempo para transponerlas y a solucionar las causas de los retrasos en materia de procedimiento.

5.3. Los Estados miembros publican la lista de Directivas no transpuestas en el plazo establecido e informan a las empresas y los ciudadanos de que, en determinadas circunstancias, pueden gozar de derechos legales en virtud de tales Directivas, a pesar de que no hayan sido transpuestas.

5.4. Los Estados miembros que habitualmente no consiguen transponer las Directivas en el plazo establecido analizan si es posible acelerar el procedimiento parlamentario de transposición. Se considera la posibilidad de adopción en una única lectura o mediante un procedimiento acelerado.

5.5. Los Estados miembros que habitualmente no consiguen transponer las Directivas en el plazo establecido consideran, si lo permite su Constitución u ordenamiento jurídico interno, la utilización de decretos legislativos o reglamentos para llevar a cabo la transposición si ello puede acelerarla.

ANEXO II.—ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2013, PARA LA APROBACIÓN DE UN PLAN DE MEJORA DEL PROCESO INTERNO DE TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

PROPUESTA

Que el Consejo de Ministros apruebe el plan de mejora del proceso interno de transposición de directivas de la Unión Europea. Dicha mejora se implementará a través de la obligación de presentar por parte de los Ministerios responsables de la transposición, un plan de transposición para cada una de ellas, sujeto a control semanal por parte de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, conforme al modelo adjunto al Acuerdo.

EXPOSICIÓN

El contenido de este plan es facilitar a los equipos correspondientes dentro de cada Ministerio responsable un instrumento claro y preciso que identifique las dificultades a las que pueda tener que hacer frente en el proceso de elaboración de las normas de transposición. El objetivo de este ejercicio es lograr una transposición mejor y más rápida.

A la luz de la experiencia de los últimos controles de transposición en plazo llevados a cabo por la Comisión Europea urge la implantación inmediata de este sistema de cara a mejorar los resultados en el ámbito de la aplicación del Derecho de la UE en España, lo que dotará de mayor calidad, claridad y seguridad jurídica a la normativa interna de transposición, permitiendo en el medio plazo una reducción preventiva del número de procedimientos de infracción del Derecho de la UE abiertos por la Comisión Europea al Reino de España.

ANEXO I.—Guía para la aprobación del plan de mejora del proceso interno de transposición de directivas de la Unión Europea

Los Ministerios responsables de transponer directivas de la Unión Europea deberán presentar un plan de transposición de cada una de ellas, que será recabado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea en el momento de designación del Ministerio responsable de la transposición, concediendo para su elaboración un plazo de dos meses desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la directiva. Los planes de transposición de los Ministerios serán objeto de control semanal por parte de la Comisión general de Secretarios de Estado y Subsecretarios y deberán incluir en todo caso la siguiente información:

Primero.—Rango de la(s) norma(s) de transposición necesaria(s) para alcanzar una transposición completa de la directiva (incluyendo una valoración acerca de la necesidad o no de la aprobación de normas autonómicas);

Segundo.—Compromiso de calendario de tramitación y aprobación definitiva de todas las normas necesarias para completar la transposición (que en ningún caso podrá exceder del plazo de transposición);

Tercero.—Compromiso de elaborar desde el inicio de la presentación del primer borrador de transposición una tabla de correspondencias completa en la que se especifique la correlación entre cada artículo de la directiva con la normativa nacional de transposición. Dicha tabla será remitida al Consejo de Estado al recabar la emisión de su preceptivo dictamen y deberá ser asimismo presentada junto con el texto de la/s norma/s de transposición en el momento de la aprobación de cada una de ellas por parte de esta Comisión General;

Cuarto.—Identificación de la Unidad/persona de contacto en la Comisión Europea responsable del seguimiento de la directiva, al objeto de evacuar las correspondientes consultas preventivas de eventuales problemas en la transposición que pueden acabar desembocando en procedimientos de infracción abiertos por la propia Comisión Europea.

ANEXO II.–Ficha-modelo de plan de transposición de directivas de la U.E

PLAN DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA ***/**/UE

Aceptada la responsabilidad por parte del Ministerio de *** de la transposición de la Directiva ***, cuyo plazo de transposición ha sido establecido a más tardar el día ***, y conforme el Acuerdo de Consejo de Ministros para la aprobación del plan de mejora del proceso interno de transposición de directivas de la Unión Europea de fecha ***, se informa a esa Secretaría de Estado de la Unión Europea en relación con la mencionada transposición lo siguiente:

1. El número y rango de las normas de transposición necesarias para completar la transposición será el que se detalla:

Rango	Título de la iniciativa

2. Es/no es necesaria la aprobación de normas de transposición en el ámbito de las Comunidades Autónomas (en caso afirmativo, breve justificación y descripción de las mismas).

3. El calendario estimado de los procedimientos de aprobación de cada una de las normas de transposición necesarias será el que se detalla:

Título de la iniciativa	
Fase	Fecha inicio estimada

4. Los datos de la unidad/persona de contacto en la Comisión Europea responsable del seguimiento de la directiva son los siguientes:

Este Ministerio se compromete a elaborar una tabla de correspondencias entre las disposiciones de la Directiva y las de las correspondientes normas nacionales de transposición, que irá incorporada a los proyectos de las normas de transposición desde su fase de borrador.

ANEXO III.–PETICIÓN AL CONSEJO DE ESTADO DE 20 DE ABRIL DE 2015

Que según la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado:

“Artículo 20.

1. El Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, podrá elevar al Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran.

2. El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración”.

Que, si, como ha reconocido el propio Gobierno, “el Derecho de la UE, en virtud del principio de primacía, condiciona de manera esencial la actividad normativa nacional a todos los niveles del ordenamiento jurídico interno (y) esta situación de desplazamiento creciente de la creación normativa

hacia las instituciones de la UE plantea a los Gobiernos y Administraciones nacionales nuevos retos de adaptación a un escenario jurídico en el que, cada vez en mayor medida, las normas que afectan directamente a los ciudadanos y empresas provienen de Bruselas"; y las estimaciones indican que el porcentaje de producción normativa de un Estado miembro de alguna manera influido por el Derecho de la Unión Europea puede llegar al 80%; parece obvio que las *Directrices de técnica normativa* no pueden ser ajenas a esta realidad.

Que hasta la fecha se han dado sólo tímidos y fragmentarios pasos en la elaboración de directrices y acciones encaminadas a mejorar los controles de calidad, *ex ante* y *ex post*, de la incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea.

Que el Instituto de Estudios Fiscales constituyó, mediante Resolución de 23 de septiembre de 2008, una Comisión de Expertos cuyo objetivo era el de abordar la problemática relativa a la adaptación de la regulación del Derecho tributario general al Ordenamiento Comunitario y formular propuestas concretas de reforma³⁰. Sobre la *"elaboración de normas: control de ajuste a las directrices comunitarias y transposición"* se propuso:

"Parece recomendable la elaboración de un *Manual de Transposición*. De modo análogo a lo que sucede con las actuales *Directrices de Técnica Normativa*, el *Manual* podría aprobarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros y publicarse en el *BOE* mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia".

Que debe señalarse que para dicha Comisión de Expertos:

"El proceso de inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español presenta tres fases: *ascendente* (participación española en la elaboración de las normas comunitarias), *descendente* (transposición de dichas normas al ordenamiento español) y *de control* (supervisión de la normativa española vigente a la luz de las nuevas tendencias de la jurisprudencia comunitaria y las nuevas interpretaciones de la Comisión). *Pues bien, un adecuado control de calidad de la transposición exige tomar medidas que afecten a las tres fases y consigan la necesaria coordinación entre ellas*".

Que en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE) (2005/309/CE)³¹ se acompaña un Anexo ejemplificativo de "prácticas de los Estados miembros que facilitan la transposición correcta"; *lo que pone de manifiesto, en opinión del que suscribe, la utilidad de los denominados Manuales de transposición o Directrices de técnica normativa en materia de Derecho europeo*.

Que muchas de esas Directrices pueden extraerse de la doctrina contenida en los dictámenes e informes de ese Consejo de Estado y pueden agruparse en un texto único.

Que, así, en el dictamen de ese Consejo de Estado nº 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el *"anteproyecto de Ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios"*, puede leerse:

"En reiteradas ocasiones ha señalado este Consejo que *"la mayor o menor bondad de la técnica normativa empleada no es una cuestión neutra ni resulta indiferente para conseguir los objetivos que se persiguen con una determinada regulación*. Por ello, la intervención del Consejo de Estado no se limita a apreciar la legalidad de la actuación o de la reglamentación administrativa, sino que, como recordase el dictamen 2.458/94 antes citado, aquel tiende a buscar en su función `la armonía del ordenamiento jurídico en su totalidad (normas, principios, conceptos, terminología y técnica legislativa), sin perjuicio de que además se valoren, en su caso, los aspectos de oportunidad y conveniencia así como la eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines" (dictamen 664/2008)."

Y en su dictamen n.º 1178/2010, de 4 de noviembre de 2010, sobre el Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la Ley de Sociedades de Capital a la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio

³⁰ *"La adaptación de la regulación del Derecho tributario general al ordenamiento comunitario"*. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Economía y Hacienda. Junio 2011.

³¹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 16 de abril de 2005, L98.

de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, señaló que:

“El Consejo de Estado ha venido destacando en numerosos dictámenes –el primero el dictamen n.º 48.377 sobre el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (aprobado posteriormente como Ley 47/1985)– *los principios que han de presidir la labor de transposición de las directivas*”.

Que, dado que los *principios de transposición* a que se refiere el Consejo de Estado se destacan en dictámenes sobre asuntos concretos, los mismos vienen recogidos, pues, de modo disperso; por lo que se torna conveniente, a juicio del que suscribe, recogerlos en un texto doctrinal único que permita al poder público competente elaborar un *Manual de transposición* o *Directrices de técnica normativa en materia de incorporación del Derecho europeo*.

Que ese Consejo de Estado, por la práctica y experiencia de sus funciones, tiene una posición privilegiada para aportar, a los poderes públicos, un acervo –concentrado y no fragmentario– de conocimientos prácticos para la mejora en la eficacia de la aplicación del Derecho europeo en España. Prueba de su conocimiento del Derecho europeo es, entre otros, su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, del año 2008.

Que la base jurídica para actuar en dicho sentido, por propia iniciativa, es el artículo 20 de su Ley Orgánica reguladora.

Que el que suscribe adjunta su estudio “*Sobre la mejora en la eficacia de la aplicación del Derecho europeo en España. Exposición al Consejo de Estado*”, por si pudiera ser de interés para ese Consejo.

Por todo cuanto antecede,

SOLICITA AL CONSEJO DE ESTADO:

Que, siempre que lo estime oportuno, acometa una *compilación* actualizada (de derecho indicativo o *soft law*) de principios o directrices que han de presidir la labor de incorporación del Derecho europeo por parte de los poderes públicos, tanto en la labor pre-legislativa y legislativa como en la de ejecución o aplicación; con el fin de que, en base a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/1980, el Consejo de Estado, la eleve al Gobierno, proponiéndole la elaboración de un *Manual de transposición* o *Directrices de técnica normativa en materia de incorporación del Derecho europeo*.

En su defecto, que dicha *compilación* se recoja como estudio en su próxima Memoria anual.