

## II.1. EL DEBATE SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

### LA REPERCUSIÓN INSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

Marcos Gómez Puente

**Sumario:** **I. Introducción.** **II. El incumplimiento del derecho comunitario.** **III. El control del incumplimiento:** 1. El control comunitario. 2. El control nacional. 3. La responsabilidad patrimonial y otras consecuencias económicas del incumplimiento y de la corrección del incumplimiento. *a) La responsabilidad exterior del Estado. b) La responsabilidad interna de las instituciones nacionales: la responsabilidad patrimonial directa y otros perjuicios derivados del incumplimiento o de su corrección.* **IV. La repercusión institucional de las consecuencias económicas del incumplimiento.** 1. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad institucional. 2. La repercusión institucional de la responsabilidad: su justificación constitucional. 3. La repercusión descendente: la regulación vigente. *a) La paulatina incorporación normativa del principio de corresponsabilidad. b) El procedimiento de repercusión descendente.* 4. La repercusión ascendente: la regulación pendiente.

#### I. Introducción

Cuando el Estado responde patrimonialmente ante las instituciones europeas por el incumplimiento de las obligaciones que tiene ante ellas y dicho incumplimiento trae causa, internamente, de una actuación autonómica o local, el Estado puede trasladar o repercutir la carga de esa responsabilidad a las Comunidades Autónomas (CCAA) o a las Entidades Locales (EELL). Tal posibilidad, aceptada por el Tribunal Constitucional como una expresión más de los principios de unidad, lealtad y colaboración institucionales sobre los que se funda nuestro modelo de Estado compuesto, se ha ido abriendo paso legislativamente en la última década, primero de forma sectorial y finalmente como cláusula o regla general de la articulación autonómica, habiéndose incluso desarrollado

reglamentariamente un procedimiento de repercusión interna de la responsabilidad externa del Estado.

Pero, obviamente, no es sólo el Estado quien puede contraer una responsabilidad patrimonial o sufrir otros menoscabos o perjuicios económicos por un incumplimiento ajeno de las obligaciones comunitarias. A veces son también las CCAA y las EELL las que contraen una responsabilidad patrimonial frente a terceros o experimentan otro tipo de menoscabos o perjuicios económicos a raíz de un incumplimiento o de la reparación de un incumplimiento de obligaciones comunitarias en el que no han tenido ninguna autónoma participación ni podría atribuírseles, por ello mismo, ninguna responsabilidad. No hay en este caso, sin embargo, ninguna norma legal, ni ningún procedimiento administrativo, por el que esté previsto que puedan trasladar parcial o totalmente al Estado (o, en su caso, a otras CCAA o EELL) la carga económica de esa responsabilidad patrimonial o menoscabo económico que experimentan.

Pues bien, si la realización material de los objetivos políticos de la Unión Europea descansa en la actuación de las instituciones nacionales –en el Estado, en las CCAA y en las EELL–, las obligaciones y la responsabilidad derivadas del Derecho Europeo deben también comunicarse o mancomunarse entre ellas. Y si hay una corresponsabilidad política en el ejercicio de la función europea, debe también existir una corresponsabilidad patrimonial o económica.

Y para articular jurídicamente esa corresponsabilidad, en lo que respecta a los incumplimientos o la corrección de los incumplimientos eurocomunitarios, parece conveniente: Primero, identificar bien la naturaleza de la responsabilidad de la que estamos hablando, diferenciando la responsabilidad que podríamos llamar “institucional” de la clásica responsabilidad administrativa “singular” (la versión administrativa de la responsabilidad “aquiliana”). Segundo, identificar los principios jurídicos constitucionales que justifican y hasta exigen la regulación de un sistema integrado e integral de corresponsabilidad; esto es, de un sistema que efectivamente mancomune la responsabilidad de las instituciones nacionales; o sea, que delimite y reparta todos los perjuicios derivados del incumplimiento o de su corrección entre las organizaciones –Estado, CCAA, EELL– políticamente responsables del incumplimiento. Y, tercero, completar la regulación actualmente existente y corregir la asimetría institucional que genera, en cuanto se halla prevista sólo la repercusión descendente, o sea, que el Estado pueda trasladar o repercutir sobre las CCAA los perjuicios que soporta, pero no a la inversa. Esto es, no está previsto que también puedan las CCAA trasladar al Estado la responsabilidad que contraigan por los incumplimientos o la corrección de los incumplimientos estatales. Una repercusión ascendente que, como seguidamente se verá, resulta constitucionalmente aceptable y justificada y tiene el mismo fundamento político constitucional que la repercusión descendente.

Así pues, para ayudar a identificar el objeto de esa corresponsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho Comunitario, los argumentos constitucionales que la justifican y los principios sustantivos y formales sobre los que podría establecerse un sistema interno de repercusión sobre el Estado de las responsabilidades y perjuicios soportados por las CCAA y las EELL (o sobre

la Comunidad Autónoma de los soportados por las EELL de su territorio, si se diera el caso) y para dejar explicado cuál es el estado actual de la cuestión se han escrito estas páginas, compendiando un conjunto de argumentos, ideas y reflexiones para avanzar en el desarrollo de ese sistema de corresponsabilidad y mejorar su solidaridad y simetría, pues no parece que pueda considerarse equilibrado y completo un sistema en el que la responsabilidad se transmite solo en un sentido (del Estado a las CCAA y las EELL) y en interés de uno solo de los agentes que lo integran.

Huelga añadir, en fin, que las CCAA y las EELL tienen legítimo derecho a reivindicar un sistema efectivo de protección de sus intereses financieros, máxime en tiempos de ajustes y contención presupuestaria como los que vivimos, y que la significación económica de los ajustes financieros que han de hacer cuando se les exige o no pueden trasladar la responsabilidad por los incumplimientos comunitarios no es irrelevante para sus presupuestos, por más que no sean relativamente frecuentes dichos episodios de incumplimiento.

## II. El incumplimiento del derecho comunitario

El art. 4.3 TUE dispone lo siguiente:

«Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

Así, pues, los Estados miembros de la Unión Europea deben cumplir y hacer cumplir las obligaciones derivadas de sus Tratados y de los actos de sus instituciones.

Un deber, inherente al principio de leal cooperación o colaboración entre los Estados y la Unión en el cumplimiento de las misiones de ésta, que encuentra correlato institucional en el propio proceso de integración de los Estados que, en el caso español, viene respaldado por el art. 93 CE. Este precepto, en efecto, prevé que mediante ley orgánica se pueda autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Y como los Tratados de la Unión Europea son de esta clase, la adhesión de España (autorizada por sucesivas leyes orgánicas) ha supuesto una parcial y voluntaria renuncia de soberanía en favor de las instituciones comunitarias, de modo que el Derecho Comunitario automáticamente se integra y pasa a formar parte del ordenamiento nacional.

Entre los principios fundacionales de la Unión Europea hay otros, sin embargo, que delimitan sus poderes.

Asumiendo que la Unión sólo tiene las competencias que le atribuyen los Estados (principio de atribución, art. 5.1 TUE), el contenido y la forma de la acción comunitaria no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos comunes (principio de proporcionalidad, art. 5.4 TUE) y en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión sólo intervendrá en la medida en que dichos objetivos no puedan ser suficientemente alcanzados por los Estados (principio de subsidiariedad, art. 5.3 TUE), de modo que los Tratados reservan a los Estados –a sus instituciones nacionales de acuerdo con la interna distribución de competencias (principio de autonomía institucional, revelado por la jurisprudencia y la doctrina científica)–, el protagonismo en la definición, desarrollo y ejecución de las políticas comunitarias, siendo por ello habitual que la acción comunitaria se exprese mediante regulaciones que entrañan una intervención normativa sucesiva de la instituciones comunitarias y nacionales y que habilitan y respaldan la actuación ejecutiva o administrativa de las instituciones nacionales.

Lógicamente, al descansar el desarrollo y el cumplimiento del Derecho Comunitario en los poderes normativos y ejecutivos o administrativos de los Estados (en algunos, incluso descentralizadamente) se multiplica el número de órganos responsables de ese proceso y, con ello, aumenta el riesgo de infracción del ordenamiento comunitario por falta de actuación o por actuación inadecuada de las instituciones nacionales.

En España, el ejercicio de lo que ha venido en denominarse la “función europea” –esto es, la participación en la formación del Derecho Europeo, su recepción o incorporación al ordenamiento interno y su aplicación– y también, por tanto, la responsabilidad política y jurídica por dicho ejercicio, se halla constitucionalmente repartida, en aras de la descentralización política y administrativa, entre el Estado, las CCAA y las EELL.

En el Estado, por ejemplo, sin perjuicio de las competencias propias de otros órganos (el propio Consejo de Ministros, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos o incluso el Consejo de Estado, por ejemplo), la Administración General del Estado cuenta con órganos específicamente dedicados a la función europea: Hay órganos centrales (como la Comisión Interministerial de Asuntos de la Unión Europea, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, la Secretaría de Estado para la Unión Europea y sus órganos dependientes, la Abogacía del Estado ante el TJUE y números órganos existentes en cada departamento ministerial), otros exteriores (como la Representación Permanente en la Unión Europea) y otros dedicados, precisamente, a integrar la iniciativa de las CCAA y canalizar su participación en el proceso, procurando la coordinación, colaboración y cooperación del Estado y de las CCAA con el fin de articular la actuación autonómica y la estatal (la Conferencia para asuntos relacionados con la Comunidad Europea, su Comisión de Coordinadores de Asuntos Comunitarios Europeos, las Conferencias Sectoriales, la Consejería para Asuntos Autonómicos en la REPER o, incluso, las delegaciones sectoriales

ante las instancias comunitarias de las que eventualmente forman parte órganos o responsables autonómicos).

De modo que el cuerpo estatal alberga un cauce orgánico de participación autonómica interna (sobre todo, a través de Conferencias Sectoriales) y otro de participación autonómico exterior (a través de la REPER y de modo directo ante las instituciones europeas).

En las CCAA, por su parte, las Administraciones tienen órganos dependientes de los departamentos de Presidencia encargados de impulsar o coordinar la iniciativa de los órganos departamentales que, en razón de la competencia que la Comunidad Autónoma tiene atribuida, están llamados a participar en la función europea, participando en la definición de la posición del Estado ante la Unión Europea, impulsando la aprobación de las leyes o reglamentos necesarios para asegurar la inserción y desarrollo del ordenamiento comunitario o ejerciendo las funciones ejecutivas o administrativas precisas para su aplicación.

Y en las EELL, en fin, por regla general no existe ninguna diferenciación orgánica, de modo que la responsabilidad política y jurídica del cumplimiento local del ordenamiento comunitario descansa sobre los órganos que tienen generalmente atribuidas las funciones reglamentarias (ordenanzas locales) y ejecutivas o administrativas sobre los ámbitos de competencia que la legislación estatal y autonómica deben reservar a las EELL de acuerdo con el principio constitucional de garantía de la autonomía local (art. 137 CE).

Sobre todas estas instituciones (sobre sus órganos y organismos políticos y administrativos) recae, pues, la responsabilidad del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y, en razón de ella, precisamente, el riesgo de no ejercerla en la forma debida, esto es, de infringir el ordenamiento comunitario por falta de actuación o por actuación inadecuada.

Infracción de naturaleza internacional (en cuanto se incumplen deberes que derivan de instrumentos convencionales de relación internacional y su infracción determina la responsabilidad estatal ante los demás Estados miembros) pero también interna (en cuanto el Derecho Comunitario se inserta en los ordenamientos nacionales y su incumplimiento puede comprometer la responsabilidad patrimonial de los Estados ante los ciudadanos), por la peculiar ubicuidad del ordenamiento jurídico comunitario, que «penetra, afecta y condiciona la mayor parte del ordenamiento jurídico interno», como ha tenido ocasión de señalar nuestro Consejo de Estado<sup>1</sup>.

Y desde la perspectiva comunitaria, que es la que nos interesa ahora, se infringe el Derecho de la Unión Europea cada vez que un Estado incumple cualquiera de «las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados» (art. 258 TFUE). Por lo tanto, es indiferente (i) cuál sea el contenido u objeto de la obligación incumplida; (ii) cuál sea la norma o acto comunitario que la establece (pues la fuerza normativa de los Tratados se extiende a las directivas, reglamentos, decisiones y demás actos jurídicos de las instituciones comunitarias).

1. Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, 14 de febrero de 2008, pág. 24.

rias); (iii) cuál sea el origen y la causa del incumplimiento (no importa cuál sea la naturaleza del órgano –legislativa, ejecutiva, judicial– o el tipo de actuación interna –política, normativa, administrativa, jurisdiccional...– que lo provoca, ni que tenga lugar por acción o por omisión, ni que sea intencionado o no, ni que concurra o no negligencia, ni incluso que pueda atribuirse a circunstancias políticas imprevisibles, dificultades materiales de orden económico o social, mucho menos a disposiciones o prácticas de las instituciones nacionales); y (iv) cuáles sean o hayan podido ser sus efectos (da igual que no hayan llegado a producirse perjuicios para los demás Estados, los particulares, el funcionamiento del mercado único o los objetivos comunitarios).

Así, pues, es posible caracterizar el “incumplimiento comunitario” como una infracción objetiva del Derecho de la Unión Europea, cualquiera que sea su tipo y el poder público interno del que provenga (las infracciones de los particulares no son, pues, “incumplimiento” desde la perspectiva comunitaria).

Por lo demás, la tipología del incumplimiento comunitario es variada, pues son muchos y variados los deberes normativos y ejecutivos que plantean el desarrollo y aplicación del Derecho de la Unión Europea. Pero teniendo en cuenta precisamente esa distinción –el objeto normativo o ejecutivo del deber impuesto por la norma comunitaria– parece posible agrupar los incumplimientos en dos grandes categorías (como lo ha hecho, por lo demás, el Consejo de Estado<sup>2</sup>:

– Los incumplimientos de tipo ordinamental, como (i) la falta de incorporación o la incorporación tardía de las directivas comunitarias; (ii) la falta de adopción o la adopción tardía de disposiciones de desarrollo de los reglamentos comunitarios que las precisen; (iii) la falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición; (iv) la incorporación o el desarrollo defectuoso o incompleto de las directivas y reglamentos comunitarios; o (v) la falta de depuración del ordenamiento nacional (aprobandando o manteniendo en vigor normas incompatibles con el Derecho Europeo).

– Los incumplimientos de tipo ejecutivo o administrativo, como (i) la adopción o el mantenimiento de la eficacia de actuaciones (actos y prácticas administrativas o, incluso, judiciales) incompatibles con el Derecho Europeo o los actos de sus instituciones (significativamente, las decisiones adoptadas por la Comisión respecto de un Estado); (ii) la omisión de actuaciones (actos jurídicos, actos puramente materiales o técnicos, etc.) requeridas por el ordenamiento comunitario directa o indirectamente (esto es, por las normas nacionales de transposición); y (iii) la falta de ejecución de alguna sentencia del Tribunal de Justicia.

### III. El control del incumplimiento

Aclarado qué se viene convencionalmente entendiendo por incumplimiento comunitario toca examinar cómo se constata y declara su existencia.

---

2. Informe sobre las garantías de cumplimiento del Derecho comunitario, 15 de diciembre de 2010, pág. 24 y ss.

Y en este punto importa recordar que el ordenamiento comunitario se inserta y forma parte del ordenamiento jurídico interno y que, por ello, son las autoridades nacionales las que primeramente están encargadas de controlar y asegurar su cumplimiento, sin perjuicio de las facultades de control que se atribuyen a las propias instituciones comunitarias.

En efecto, en caso de discrepancia o litigio sobre la compatibilidad de una actuación con la norma comunitaria, el control del cumplimiento de ésta puede tener lugar por una doble vía: De un lado, por los cauces nacionales de impugnación o revisión en vía administrativa o jurisdiccional, que realizan un control desconcentrado o difuso; de otro lado, por los cauces comunitarios de impugnación o recurso que confluyen en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano de control concentrado al que también corresponde, a través de la cuestión prejudicial, unificar la interpretación o aplicación por los órganos judiciales del Derecho de la Unión Europea.

Debemos tener esto presente, a los fines que persigue este trabajo, porque nuestro objeto de interés no es el incumplimiento propiamente dicho, sino las consecuencias patrimoniales o económicas que se derivan del mismo, bien directas (por los perjuicios que directamente ocasiona), bien indirectas (por los perjuicios que ocasiona la corrección del incumplimiento, esto es, el restablecimiento de la legalidad comunitaria y la retrocesión de las situaciones jurídicas o fácticas creadas por el incumplimiento), que pueden diferir según el momento y la instancia en que se detecta y controla y repara el incumplimiento. Y también por la posición del sujeto que soporta o padece dicho perjuicio, sea un particular, sea una institucional nacional implicada en el propio ejercicio de la función europea.

En efecto, con esta doble perspectiva –la observación de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento y de la corrección o restablecimiento de la legalidad comunitaria–, pueden advertirse algunas diferencias cuando el incumplimiento se declara y corrige por los cauces internos de recurso (como sucede, por ejemplo, cuando la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anula una disposición reglamentaria o un acto administrativo dictados en contravención de un reglamento comunitario o condena a la Administración a hacer algo exigido por éste) y cuando se constata y declara en sede comunitaria, pues en este último caso el incumplimiento puede tener consecuencias patrimoniales tanto en el plano interno (esto es, sobre los particulares y las autoridades nacionales –sean estatales, autonómicas o locales–) como en el plano externo o internacional (en el que únicamente se verá afectado el Estado, el Reino de España).

Y dicho esto parece oportuno proseguir recordando cuáles son los cauces por los que las instituciones europeas llevan a cabo ese control y pueden constatar y declarar un incumplimiento comunitario de un Estado. Y cuáles los que existen en el seno de las instituciones nacionales.

### 1. El control comunitario

Entre los cauces comunitarios de control está, en primer lugar, el *recurso por incumplimiento* ante el Tribunal de Justicia, que pueden plantear la Comi-

sión (art. 258 TFUE) y cualquiera de los Estados miembros (art. 259 TFUE). En ambos casos hay una fase precontenciosa en la que la Comisión, después de dar audiencia al Estado supuestamente incumplidor, actúa ya como instancia de control de la legalidad comunitaria y emite un dictamen concretando el incumplimiento e indicando las medidas necesarias para restablecer la legalidad comunitaria y el plazo para adoptarlas. Si el Estado no se atiene a dicho dictamen en un plazo razonable (dos meses, por regla general) la Comisión puede plantear el recurso ante el Tribunal de Justicia si y cuando lo considere oportuno (en caso de que sea otro Estado quien denuncie, el dictamen motivado de la Comisión es también necesario para poder plantear el recurso con idéntica discrecionalidad). Y con la interposición de la demanda por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia se inicia la fase contenciosa o judicial propiamente dicha, que no pierde su objeto aunque finalmente el Estado cumpla el dictamen de la Comisión. Así, pues, la existencia o no del incumplimiento debe apreciarse por la situación que se diera en el momento de expirar el plazo señalado para cumplir el dictamen motivado, sin que los cambios ocurridos posteriormente puedan ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (aunque no es infrecuente que la Comisión o el Estado demandantes soliciten el archivo si el Estado incumplidor finalmente cumple).

La sentencia del Tribunal de Justicia se limita a declarar que la actuación del Estado incumple el ordenamiento comunitario y por qué, pero no anula los actos o disposiciones en los que en su caso se haya concretado el incumplimiento. De modo que es el Estado el que, frente a la Unión Europea (y los demás Estados miembros, lógicamente), queda obligado a realizar en el plazo más breve posible las actuaciones necesarias para acatar la sentencia de incumplimiento (revisando dichos actos o disposiciones, sustituyéndolos por otros, llevando a cabo las actuaciones materiales que correspondan y reparando los daños que hubiera podido ocasionar el incumplimiento).

Si después de la sentencia persiste el incumplimiento entra en juego un segundo mecanismo, el *recurso por inexecución de sentencia*, que permite a la Comisión pedir al Tribunal de Justicia que imponga al Estado incumplidor una multa coercitiva o le condene al pago de una suma a tanto alzado (art. 260 TFUE). También en este caso hay una fase precontenciosa que termina con un dictamen de la Comisión concretando la inexecución e indicando las medidas necesarias para restablecer la legalidad comunitaria y el plazo para adoptarlas. Si el Estado no lo hace en el plazo indicado la Comisión puede demandarle ante el Tribunal de Justicia si y cuando lo considere oportuno, indicando el importe de la multa coercitiva o de la suma a tanto alzado que considera razonables, si bien puede, asimismo, pedir la acumulación de ambas medidas (esto es, la multa coercitiva por los días que medien hasta la ejecución y la condena pecuniaria para sancionar el hecho mismo de la inexecución).

También está, en tercer lugar, la *cuestión prejudicial* (art. 267 TFUE). Pero este cauce, por su mismo carácter prejudicial, cumple una función aclaradora o interpretativa del ordenamiento comunitario y, por ello mismo, no conduce a una declaración de incumplimiento del Tribunal de Justicia, sino del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión. En efecto, será éste el que, ate-

niéndose a la respuesta ofrecida por el Tribunal, pueda constatar y declarar la infracción del ordenamiento comunitario y actuar en consecuencia; en su caso, dictando la sentencia que corresponda para restablecer la legalidad comunitaria, garantizando su ejecución y poniendo fin al incumplimiento por un cauce de control interno que, como se explicó antes, es ajeno a nuestro actual objeto de interés: el incumplimiento declarado en sede comunitaria.

## 2. *El control nacional*

Por lo que respecta a los cauces nacionales de control es oportuno advertir que, en realidad, no están dirigidos tanto a constatar y declarar un “incumplimiento comunitario” como a evitarlo. Formando parte el ordenamiento comunitario del ordenamiento interno, el control de legalidad llevado a cabo por la Administración o, en su caso, por los Tribunales –con el auxilio interpretativo, en su caso, del Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial–, revisando la actuación de aquélla, viene a garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En efecto, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (S. 28/1991, de 14 de febrero), «el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual –por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia– constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales».

Y admitida la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre las disposiciones generales de rango infraconstitucional, el juez nacional está obligado a dejar de aplicar cualquier ley nacional anti comunitaria (doctrina *Simmmenthal*, STJUE de 9 de marzo de 1978) –sin que la sujeción del juez al imperio de la ley (art. 117 CE) sea impedimento para ello– y a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, pudiendo reconocerlos y restablecer las situaciones jurídicas de los individuos que se hubiesen visto afectados por la vulneración de tales derechos, lo que incluye la condena a reparar los perjuicios indebidamente soportados (esto es, los daños, entendidos como lesión antijurídica, como perjuicio que no existe obligación de soportar).

Siendo el Estado español un estado territorialmente compuesto, en el que eventualmente deben articularse normas legales y reglamentarias de diferente origen orgánico y político, cabe preguntarse, por cierto, si esa misma primacía del Derecho de la Unión Europea autoriza u obliga a las CCAA, por ejemplo, a dejar de observar o aplicar la legislación estatal básica o común que reputen anti comunitaria en cuanto aquélla condicione el ejercicio de sus potestades legislativas o administrativas; o si las Administraciones públicas están autorizadas u obligadas a dejar de aplicar las leyes nacionales o regionales que condicionen el ejercicio de sus potestades normativas o administrativas cuando sospechen que no son compatibles con el ordenamiento comunitario, como pueden hacerlo los Juzgados y Tribunales al ejercer su potestad jurisdiccional. Es una cuestión muy controvertida, pues aunque la primacía comunitaria permite teóricamente

sostener tal posibilidad, en el plano interno y práctico resultaría poco operativo y aun motivo de notable inseguridad jurídica esta suerte de insumisión difusa de los órganos legislativos y administrativos. Por eso parece que la respuesta debe ser negativa en ambos casos, teniendo presente que la función jurisdiccional tiene una finalidad o propósito –la composición del conflicto nacido de la diferente interpretación y aplicación de las normas– de la que carecen la función legislativa y ejecutiva. Así, en el primer caso, es la legislación estatal la que constitucionalmente enmarca y condiciona el ejercicio de las potestades legislativas o administrativas de las CCAA, sin que les corresponda a éstas valorar o apreciar la compatibilidad de aquéllas con el Derecho de la Unión Europea (que es el que, a su vez, enmarca y condiciona el ejercicio de la potestad legislativa estatal); dicho de otro modo, la verificación de la comunitariedad de la legislación estatal queda extramuros de la competencia que internamente les corresponde para conformar y aplicar su propio ordenamiento. Y en el segundo caso, el de la hipotética y genérica obligación de las Administraciones públicas de dejar de aplicar las leyes y reglamentos nacionales o regionales anti comunitarios, internamente se opone a ello el principio constitucional de pleno sometimiento de las Administraciones a la ley al Derecho, sin que los órganos administrativos, a diferencia de lo que pueden hacer los órganos judiciales (o algunos órganos administrativos con funciones cuasi jurisdiccionales), puedan a su propio criterio dejar de aplicar las leyes o reglamentos (art.6 CE), máxime cuando tampoco pueden plantear cuestiones de constitucionalidad (art. 5 LOPJ) o comunitariedad (art. 267 TFUE) antes de aplicarlos o para dejar de aplicarlos (anticipando un juicio de comunitariedad que no les corresponde realizar). Otra cosa es que las Administraciones sí estén obligadas (lo mismo que los órganos legislativos autonómicos) a poner en marcha todas las medidas a su alcance (impulsando modificaciones normativas, por ejemplo) para adecuar el ordenamiento nacional y prevenir el incumplimiento del ordenamiento comunitario.

En todo caso, el que los jueces nacionales estén obligados a dejar de aplicar cualquier ley nacional anti comunitaria y a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, pudiendo restaurar la situación jurídica de los individuos eventualmente afectados mediante una condena de hacer o dar que obligue a reparar los perjuicios indebidamente soportados, nos pone ante la cuestión de la responsabilidad patrimonial de las organizaciones nacionales encargadas de cumplir y ejecutar el Derecho de la Unión Europea. Y esta responsabilidad es una consecuencia económica o patrimonial del incumplimiento comunitario constatado en sede nacional que en nada se diferencia del incumplimiento de cualquier otra ley nacional. Enseguida volveremos sobre esta responsabilidad asociada al restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas.

### *3. La responsabilidad patrimonial y otras consecuencias económicas del incumplimiento y de la corrección del incumplimiento*

Aclarado cómo se constata y declara el incumplimiento, por las instituciones nacionales y por las comunitarias, toca examinar cuáles puedan ser las consecuencias jurídicas y económicas del mismo: las que se derivan del propio incum-

plimiento (directas) y las que pueden derivarse de la necesidad de restablecer la legalidad comunitaria, esto es, de corregir o enmendar las situaciones antijurídicas creadas por el incumplimiento (indirectas).

Así, jurídicamente, del incumplimiento se deriva el deber inaplazable de terminar con la situación que el incumplimiento hubiera podido generar; el deber de reparar los daños que dicha situación hubiera podido ocasionar, pues solo entonces podrá considerarse plenamente restablecida la legalidad comunitaria; y, para el caso de que el incumplimiento se haya declarado en sede comunitaria, el eventual deber de pagar una multa coercitiva o una suma a tanto alzado y también de soportar determinadas cargas (deducciones, correcciones financieras, reintegros) en los términos que seguidamente se verá. Y la atención de todos estos deberes, también del mencionado en primer lugar, tiene una traducción económica (en forma de gastos, indemnizaciones o sanciones) para las institucionales nacionales responsables ante la Unión Europea o ante los particulares afectados por el incumplimiento. Seguidamente veremos cómo.

#### a) La responsabilidad exterior del Estado

Como se ha adelantado, la detección y corrección del incumplimiento en sede comunitaria puede dar lugar a que se acuerden deducciones o correcciones en los compromisos financieros contraídos por la Unión Europea en favor del Estado incumplidor, minoraciones en las cuantías de las transferencias o fondos que deberían hacerse con cargo al presupuesto de la Unión Europea, sanciones por vulneración de las normas del control del déficit público<sup>3</sup>, reintegros de fondos o medidas de similar desfavorable significación económica o incluso, caso de que el Estado se resista a cumplir la legalidad comunitaria, a que condena al Estado a pagar una suma a tanto alzado o se le imponga una multa coercitiva<sup>4</sup>.

En todos estos casos, es el Estado, como sujeto propio de la relación jurídica internacional trabada en virtud de los convenios fundacionales de la Unión Europea, quien responde ante las instituciones de ésta, con independencia de cuáles sean las instituciones u órganos nacionales que han determinado el incumplimiento comunitario por el que se le imponen tales obligaciones o menoscabos económicos (principio de unidad del Estado como sujeto del Derecho

3. Véase, por ejemplo, el Reglamento CE/1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, que constituye un elemento clave del llamado Pacto de Estabilidad y Crecimiento aprobado por el Consejo Europeo reunido en Ámsterdam los días 16 y 17 de junio de 1997.

4. Por ejemplo, por STJUE de 25 de noviembre de 2003 (*Comisión c. España*, C-278/01), España fue condenada a abonar una multa coercitiva de 624.150 euros al año por cada punto porcentual de zonas de baño en las aguas interiores españolas cuya no conformidad con los valores límite fijados en virtud de la Directiva 76/160 quedara demostrada hasta el año en el que se completara la ejecución de otra previa STJUE de 12 de febrero de 1998 (*Comisión c. España*, C-92/96). Y por STJUE de 11 de diciembre de 2012 (*Comisión c. España*, c-610/10) se condenó al Estado español al pago de una suma a tanto alzado (20 millones de euros) y se le impuso una multa coercitiva de 50.000 euros por cada día de retraso en la ejecución de la STJUE de 2 de julio de 2002 (*Comisión c. España*, C-499/99).

Internacional)<sup>5</sup>. Y esa es una responsabilidad exterior, esto es, una responsabilidad que se le exige de acuerdo con las reglas sustantivas y formales de las instituciones europeas y ante éstas. Y es también, por ello mismo, una responsabilidad institucional, esto es, vinculada al funcionamiento de la propia organización supranacional y al cumplimiento de sus objetivos y ajena, por tanto, a las condiciones de orden interno de las que resulte o sobre las que se proyecte el incumplimiento, se refieran a las instituciones u organismos nacionales (siendo irrelevante cuál es el origen del incumplimiento o la repercusión que tenga sobre éstos), o a los particulares eventualmente afectados (de modo que puede contraerse esa responsabilidad exterior incluso aunque no haya sujetos particularmente afectados o perjudicados por el incumplimiento).

b) La responsabilidad interna de las instituciones nacionales: la responsabilidad patrimonial directa y otros perjuicios derivados del incumplimiento o de su corrección

El incumplimiento comunitario no engendra sólo una responsabilidad institucional del Estado, ante las instituciones comunitarias, en forma de multa coercitiva, suma a tanto alzado, corrección financiera, deducciones, reintegros u otras formas de gravamen. También puede vulnerar derechos o legítimos intereses individuales causando perjuicios que, por su carácter antijurídico, desde el punto de vista del ordenamiento nacional –en el que se inserta y del que forma parte el ordenamiento comunitario– merecen legalmente la consideración de daños, de modo que el reconocimiento y restablecimiento de tales derechos exija la reparación de tales perjuicios.

Así, las institucionales nacionales (lo mismo que las europeas) a las que pueda atribuirse la causación del daño derivado del incumplimiento, por su participación en éste, contraerán el deber de repararlo de acuerdo con los principios y reglas que comúnmente ordenan el instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual.

En efecto, por lo que respecta a los particulares, el deber de los órganos nacionales de reparar los daños derivados del incumplimiento encuentra perfecto encaje en el principio constitucional de responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 106.2 CE), legalmente concretado en los arts. 139 ss. LRJPAC, supuesto que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar daños o perjuicios antijurídicos, calificación que deberían merecer los derivados de una acción u omisión en infracción del ordenamiento comunitario.

Deber de reparación que se pone a cargo de las Administraciones públicas correspondientes (art. 139.1 LRJPAC) –esto es, de aquéllas a las que fuera jurídicamente imputable en cada caso la conducta lesiva–, individual o conjuntamente consideradas (una responsabilidad concurrente, pues, como la prevista en el art. 140 LRJPAC, si bien todas las situaciones de responsabilidad concurrente

---

5. Véase, por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 249-250, 276 y 294-296.

por el incumplimiento comunitario no encuentra fácil acomodo en la expresión «gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones» que utiliza el citado precepto), ante las cuales los particulares pueden plantear la pertinente acción indemnizatoria en los términos y con arreglo a los procedimientos previstos en la LRJPAC (y su normativa de desarrollo), recurriendo luego a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de no ser satisfecha su pretensión en vía administrativa.

Y no parece que deba constituir óbice para reconocer y declarar ese deber de reparación el hecho de que el perjuicio pueda venir causado por una ley nacional, pues si bien el régimen de responsabilidad patrimonial que contemplan los arts. 106.2 CE y 139 LRJPAC no parece prestar cobertura a los daños causados por hecho de las leyes, cuando las leyes nacionales son contrarias al ordenamiento comunitario éste exige su inaplicación y es de la propia infracción de este deber comunitario de la que se desprende la antijuridicidad que permite calificar de daño el perjuicio derivado de la aplicación de la ley nacional. No estamos, pues, ante supuestos de responsabilidad del legislador; no estamos ante menoscabos o perjuicios que, viniendo impuestos por las propias leyes, exista la obligación de soportar por la propia fuerza de tales leyes y no confieran derecho a otra reparación que la que expresamente prevean los propios actos legislativos (siguiendo lo previsto en el art. 139.3 CE).

Cuando con la aplicación de una ley nacional se vulnera el Derecho de la Unión Europea, el menoscabo o perjuicio patrimonial derivado de dicha aplicación es antijurídico por esa misma vulneración, sin que la cobertura jurídica que presta esa ley nacional (anti comunitaria) resulte suficiente para descartar o excluir esa antijuridicidad. Y esto no sólo porque la ley nacional no contemple una compensación para los perjudicados, sino porque se pone en evidencia la ausencia de una suficiente o legítima causa que justifique la privación o ablación de derechos determinada por la ley nacional, pues la causa que podría descubrirse en tal ley sería antijurídica por no ser compatible con el ordenamiento comunitario o contravenirlo. Y siendo este ordenamiento de preferente y directa aplicación por los poderes internos del Estado, éstos, lo mismo que deberían haber adecuado el ordenamiento nacional al comunitario y garantizar el cumplimiento de éste, contraen una responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de su incumplimiento. De manera que, en este caso, constatado que la lesión sí trae causa del mal funcionamiento de los servicios públicos (en sentido amplio, de los órganos o instituciones públicos nacionales) sí parece posible exigir la responsabilidad patrimonial del legislador ante las Administraciones públicas correspondientes por el procedimiento general regulado en la legislación común.

Alguna dificultad ofrece, sin embargo, el determinar cuál es la Administración correspondiente que debe hacerse cargo de la responsabilidad deducible de actos legislativos. La imputación resulta sencilla cuando la violación comunitaria reside en una decisión legislativa de la exclusiva competencia del Estado o de las CCAA, pero se complica cuando resulta del efecto combinado de la legislación estatal y autonómica, como puede darse el caso en presencia de competencias normativas compartidas. En situaciones de esta clase, parece po-

sible recurrir analógicamente a lo dispuesto en el art. 140.1 LRJPAC, haciendo recaer la responsabilidad solidariamente sobre la Administración estatal y la autonómica, de manera que el particular afectado pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellas. Ello, claro está, sin perjuicio del ulterior reparto de responsabilidad entre las mismas, establecido por medio de una deseable concertación o determinado contenciosamente, previa reclamación administrativa, considerando la intervención o grado de participación de cada organización en el incumplimiento (con los criterios que ofrece el propio art. 140.2 LRJPAC: titularidad y alcance de la respectiva competencia, intensidad de la intervención, relevancia del interés público tutelado).

Por el procedimiento general de la LRJPAC debe reclamarse también la reparación de los daños o perjuicios no directamente derivados de las leyes anti comunitarias, sino de los actos administrativos dictados en su ejecución. Mas para establecer la antijuridicidad del perjuicio resultante de un acto ajustado a la ley nacional antes será preciso enjuiciar la conformidad comunitaria de ésta. Algo que podría hacer la propia Administración al examinar la reclamación de responsabilidad (acompañada o no de la revisión del acto), pero que en última instancia corresponde al órgano judicial que, en caso de duda, puede plantear la cuestión prejudicial. Por otra parte, la antijuridicidad de los perjuicios también puede venir confirmada por la anulación en vía administrativa o jurisdiccional de los actos o disposiciones administrativos determinantes de aquéllos, aunque, como advierte el art. 142.4 LRJPAC, dicha anulación no confiere por sí sola derecho a la indemnización si no concurren los demás requisitos de la responsabilidad patrimonial.

En estos casos la imputación no ofrece dificultad, pues debe responder la Administración autora del acto incluso cuando no aplique la legislación propia. Me refiero al supuesto de los daños derivados de actos o disposiciones dictados por una Administración autonómica en aplicación o ejecución de la legislación estatal básica contraria al ordenamiento comunitario; o de los dictados por una Administración local en aplicación o ejecución de la legislación estatal o autonómica igualmente anti comunitaria.

En fin, al margen ya de la teoría general de la responsabilidad patrimonial, no ha de olvidarse que los particulares tenemos también derecho a ser repuestos en nuestra situación jurídica cuando nuestros derechos o intereses legítimos son vulnerados por la actuación administrativa y que, por ello mismo, la anulación en vía judicial de tal actuación puede también llevar aparejada una sentencia de condena de contenido indemnizatorio (arts. 24 CE y 71 LJ).

Ahora bien, la situación económica o financiera de las instituciones nacionales no se ve comprometida solo por esta eventual obligación legal de reparar los daños causados a los particulares por el incumplimiento del Derecho Comunitario, por esta eventual responsabilidad patrimonial directa, o de la resultante de una sentencia de condena a dar una cantidad cierta. También hay otros supuestos en los que se evidencia que el “cumplimiento comunitario”, esto es, la corrección o la retrocesión de las situaciones jurídicas creadas por el incumplimiento, pueden causar perjuicios a las propias instituciones (el Estado, las CCAA o las EELL) incluso no siendo institucionalmente responsables del

mismo. En efecto, pueden padecer en su propio patrimonio perjuicios que, sin embargo, no son propiamente daños; no son daños en el sentido propio o específico del daño individual por el que se contrae la responsabilidad patrimonial directa antes indicada. Sino daños de naturaleza o carácter institucional.

El interés por este tipo de situaciones de menoscabo o perjuicio es relativamente reciente, pero creciente, porque las exigencias de control del déficit público y las limitaciones presupuestarias que impone el escenario de crisis económica, obligan a depurar o refinar el control de los recursos de las organizaciones políticas y ajustar el gasto de cada una de ellas al estricto ámbito de su responsabilidad política e institucional.

Para muestra de esta clase de perjuicios institucionales derivados del incumplimiento o de la corrección del incumplimiento comunitario, algunos ejemplos.

Empecemos por el caso MAGEFESA: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia 11 de diciembre de 2012, C-610/10) concluyó que el Reino de España había incumplido sus obligaciones comunitarias por no haber adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia de 2 de julio de 2002, Comisión/España (C-499/99), referida a la recuperación a cargo de Industrias Domésticas, S.A., de las ayudas que declaró ilegales e incompatibles con el mercado común la Decisión 91/1/CEE de la Comisión, de 20 de diciembre de 1989, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno español y varias CCAA a Magefesa, fabricante de artículos de menaje de acero inoxidable y de pequeños aparatos electrodomésticos. Y por ello, condenó a España a pagar una multa coercitiva de 50.000 euros por cada día de retraso en la puesta en práctica de dichas medidas y una suma a tanto alzado de 20 millones de euros. El restablecimiento de la legalidad comunitaria exigía, por tanto, que Industrias Domésticas, S.A., reintegrara las ayudas recibidas del Estado y de las CCAA. Y siendo estas organizaciones las corresponsables internas del incumplimiento comunitario parece que también deberían ser internamente copartícipes del coste de esa condena pecuniaria (de esa responsabilidad exterior), teniendo en cuenta incluso, por lo que respecta a la multa coercitiva, la asimetría temporal en la ejecución de las medidas de reintegro exigidas por parte del Estado y de las CCAA.

Ahora bien, si diéramos por hecho que Industrias Domésticas, S.A., carece de argumentos legales para oponerse al reintegro, pues este resulta obligado por la norma comunitaria, cabría preguntarse si podría prosperar una acción de responsabilidad en reparación de los perjuicios derivados de la retirada de la ayuda recibida. Y si esta acción prosperara internamente (por mal funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, si se concluyera que dicha mercantil no tuvo ninguna participación en el incumplimiento comunitario; o que, por el principio de confianza de legítima, no está obligada a soportar los perjuicios derivados de la retirada de las ayudas), la indemnización impuesta al Estado o a la Comunidad Autónoma correspondiente, ¿no debería también distribuirse o repartirse entre éstos? Ciertamente, esta hipótesis parte de una premisa discutible: que sean indemnizables, esto es, equiparables a un daño o lesión antijurídica, los perjuicios derivados del “cumplimiento” del Derecho Comunitario; puede ponerse en duda que la entidad beneficiada por el incumplimiento no esté

obligada a soportar los perjuicios derivados del cumplimiento. Y aun cabría preguntarse si al reconocerle una indemnización por los perjuicios no estaría nuevamente incumplándose el ordenamiento comunitario. Pero la indemnización reconocida no sería una ayuda, sino una compensación o reparación por los perjuicios derivados de la retirada de una ayuda que legítimamente obtenida (otra cosa es que fuera ilegalmente concedida), y cumpliría una finalidad distinta (garantizar su indemnidad patrimonial frente al mal funcionamiento del servicio público y la legítima confianza puesta en él). Si alguien solicitara y obtuviera una licencia en aplicación de un plan de urbanismo y, por declararse éste ilegal, luego se le privara de la licencia, nadie pondría en duda el deber de reparar los perjuicios ocasionados al beneficiario. Comparando este caso con el que nos ocupa, no parece irrazonable sostener que quien recibe y luego se ve privado de una ayuda anti comunitaria tiene también derecho a ser compensado o indemnizado por los perjuicios derivados de la pérdida de la condición de beneficiario previamente reconocida y de la retirada de la ayuda recibida. Y si esta hipótesis indemnizatoria no parece irrazonable, tampoco debe serlo el preguntarse por la procedencia o justificación de una repercusión “ascendente” que permita a la entidad concedente de la ayuda resarcirse del gasto correspondiente a la responsabilidad patrimonial que se le exige por la retirada de una ayuda anti comunitaria que concedió en aplicación de la legislación nacional, pero en infracción o incumplimiento del ordenamiento comunitario, cuando no haya tenido ninguna responsabilidad sobre éste (por ejemplo, porque se haya limitado a aplicar una legislación anti comunitaria a la que, con arreglo a las normas nacionales internas de distribución de competencias, no podía constitucionalmente sustraerse).

Otro ejemplo de esta clase de perjuicios patrimoniales ligados al cumplimiento del ordenamiento comunitario, a la retrocesión de las situaciones creadas por el incumplimiento comunitario, podemos ilustrarlo con los efectos de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (asunto c-127/12), sobre la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, un tributo esencialmente regulado por el Estado que recaudan las CCAA para sus Haciendas como parte de la financiación que institucionalmente les corresponde y les reconoce la propia legislación estatal.

El Tribunal ha declarado incompatible el régimen de dicho tributo por oponerse al principio de libre circulación de capitales en la medida en que trata de modo diferente «las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste».

Pues bien, como consecuencia de este fallo, primero, los no residentes (e incluso los residentes en algunos casos) que hubieran tributado conforme a los mismos, sea cual sea la fecha del ingreso de su autoliquidación o pago de la liquidación (incluso conforme a la legislación anterior –la Ley 21/2001– bajo cuya vigencia se inició el procedimiento comunitario por incumplimiento) tienen derecho a la devolución de lo ingresado, con sus correspondientes intereses de demora y eso, aunque haya transcurrido el plazo de 4 años de prescripción,

sin necesidad de acudir al expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Y, segundo, los no residentes o residentes cuyas liquidaciones devienen nulas no pueden tributar por normas que se dicten en el futuro en reemplazo de las inaplicables, salvo que se les atribuya expresamente carácter retroactivo, lo que sería muy discutible tanto desde el punto de vista del derecho interno como del comunitario.

Significa esto que, para cumplir el Derecho de la Unión Europea y restablecer la situación jurídica de los contribuyentes, alterada en aplicación de una ley nacional, pero en contravención de la comunitaria, las CCAA van a tener que devolver, con intereses, los importes que en su día recaudaron y que, además, no van a poder a recaudar el referido tributo como venían haciéndolo, motivos ambos por el que las CCAA se verán económicamente perjudicadas. Un contratiempo financiero derivado de la retrocesión de una situación jurídica anti comunitaria cuya generación es esencialmente atribuible al Estado, no a las CCAA. Pues bien, nuevamente hay que preguntarse por la razonabilidad de la corresponsabilidad y la justificación de una repercusión “ascendente” que permita a las CCAA trasladar al Estado un perjuicio económico –la pérdida de ingresos correspondiente a la recaudación de dicho tributo– que se les irroga por la aplicación de una legislación del Estado a la que las CCAA no podían constitucionalmente sustraerse y sobre cuya aprobación ninguna capacidad de decisión tenían dichos entes territoriales.

Parece oportuno mencionar aquí también el ejemplo del denominado “céntimo sanitario” (el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos), un tributo de titularidad (y gestión) estatal que tenía un tramo estatal y otro autonómico, cuyo rendimiento se cedía a las CCAA como otros previstos por el sistema de financiación autonómica. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 27 de febrero de 2014), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declaró que su exacción era incompatible con la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a los productos objeto de impuestos especiales, siguiéndose de ellos que los contribuyentes podrían solicitar la devolución de lo abonado con los correspondientes intereses. Pero esta devolución, sin embargo, no correrá a cargo de las CCAA, pues la ha asumido el Estado (haciendo un rápido y encomiable reconocimiento de su propia responsabilidad institucional), recayendo sobre su Hacienda el coste de esta retrocesión de las liquidaciones tributarias practicadas en infracción del ordenamiento comunitario y garantizando así la indemnidad financiera de las CCAA en lo que respecta a esta partida de ingresos.

Sirvan todos estos ejemplos, pues, para ilustrar el problema –o sea, para identificar esta clase perjuicios institucionales asociados al cumplimiento del Derecho Comunitario– y para centrar el debate sobre la justificación política y jurídica de una regulación y de un procedimiento, de repercusión “ascendente”, que permita distribuir estos perjuicios entre quien efectivamente los origina o provoca, siendo, por lo demás, más relevante la discusión sobre la justificación o procedencia de esa reparación, que la discusión sobre su instrumentación, pues, si existe acuerdo y voluntad en lo que a la reparación respecta, la articulación de

un procedimiento y de unos criterios de repercusión o distribución no parece que ofrezca dificultades insalvables.

#### IV. La repercusión institucional de las consecuencias económicas del incumplimiento

##### 1. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad institucional

Como acaba de advertirse, los particulares tenemos derecho a ser indemnizados por la lesión de cualquiera de nuestros bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 106.2 CE). Y tenemos también derecho a ser repuestos en nuestra situación jurídica cuando nuestros derechos o intereses legítimos son vulnerados por la actuación administrativa (arts. 24 CE y 71 LJ). Así, bien en el marco específico de una acción de responsabilidad patrimonial, bien en el marco más amplio de un proceso contencioso-administrativo, los particulares podemos deducir pretensiones de anulación y de condena con las que obligar a las Administraciones públicas a dar o hacer o dejar de hacer algo.

Y por estas obligaciones –lo mismo si son de dar, como la de indemnizar, que si son de hacer o de dejar de hacer– las Administraciones contraen, obviamente, una responsabilidad.

Una responsabilidad que, desde un punto de vista jurídico, representa siempre una pérdida, una disminución del patrimonio jurídico personal. Y que puede suponer también un perjuicio, desde un punto de vista económico-financiero, si el cumplimiento de tales obligaciones exige realizar gastos o dejar de percibir ingresos. De la obligación de reparar los daños causados o de la obligación de restablecer las situaciones jurídicas individualizadas conculcadas se sigue, por tanto, una responsabilidad.

Así, las instituciones pueden contraer una *responsabilidad por daños subjetivos*, una responsabilidad patrimonial *ante privados*, que puede traer causa de obligaciones establecidas en el Derecho de la Unión Europea; esto es, pueden contraer una responsabilidad singular por el incumplimiento del Derecho de la Unión, una responsabilidad que resulta exigible en virtud de éste. Una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento del ordenamiento comunitario que pueden contraer, frente a los particulares, tanto las instituciones comunitarias como las instituciones nacionales y que, según corresponda, puede declararse y exigirse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (arts. 263-266 y 340 TFUE) o por los órganos judiciales nacionales que ordinariamente revisan la actuación del Estado, de las CCAA o de las EELL.

Ahora bien, además de esta responsabilidad patrimonial vertical, contraída por los poderes públicos ante los ciudadanos, hay otra responsabilidad horizontal, contraída no frente a particulares, sino entre poderes públicos y derivada de las obligaciones públicas –si lo prefieren, de las competencias y deberes– que como poderes públicos les corresponden de forma conjunta, concurrente o separada. A esta otra responsabilidad es a la que podemos llamar *responsabilidad*

*institucional* para diferenciarla de la individual o singularizada. E importa diferenciarla porque esta es la responsabilidad económico-financiera que puede mancomunarse y, por tanto, conmutarse o repartirse, en función de la responsabilidad política; esto es, en función de los poderes y deberes, de las competencias, atribuidas a cada institución política y de las relaciones de sujeción o autonomía existentes entre ellas.

Esta otra clase de responsabilidad interinstitucional también puede traer causa de obligaciones establecidas en el Derecho comunitario; también puede contraerse por el incumplimiento del Derecho de la Unión. Pero no se deriva directamente de situaciones jurídicas individualizadas, sino de la participación de las instituciones en el ejercicio de la función europea –de la participación en el desarrollo y ejecución del Derecho Comunitario– de acuerdo con las competencias que les atribuye el ordenamiento comunitario o el ordenamiento nacional. Y este tipo de responsabilidad es el que, en mi opinión, puede y debe delimitarse y repartirse entre las instituciones nacionales, siendo esa la finalidad propia de la repercusión que nos ocupa, como técnica de corresponsabilidad económico-financiera.

Esta clase de responsabilidad institucional es la que contrae el Estado, ante las instituciones comunitarias, cuando, por el incumplimiento del Derecho Comunitario, se le condena a pagar una suma a tanto alzado, o se le impone una multa coercitiva, o se le practican deducciones o correcciones financieras o se le exige el reintegro de importes o se le impone cualquier otro análogo menoscabo financiero. De esa misma naturaleza institucional participa la responsabilidad que cabe atribuir a las CCAA (y las EELL), ante el Estado, cuando es éste el que soporta las consecuencias patrimonialmente desfavorables de un incumplimiento que no puede atribuírsele, internamente, por su propia incompetencia o falta de participación en él. Y de esa misma naturaleza institucional es la responsabilidad que debe atribuirse el Estado, ante las CCAA, cuando son éstas las que soportan los perjuicios derivados de un incumplimiento o de la corrección de un incumplimiento sobre el que, internamente, por su falta de competencia, no han tenido participación o responsabilidad política.

Son dos, pues, los escenarios de esta responsabilidad institucional por incumplimiento comunitario: Uno, externo, que es el de la responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea. Una responsabilidad que recibe carta de naturaleza de los Tratados Europeos. Y otro, interno, que es el de la responsabilidad cruzada del Estado y de las CCAA –y, en su caso de las EELL– por los perjuicios respectivos que les haya ocasionado un incumplimiento comunitario que no les sea imputable; esto es, un incumplimiento en el que no hayan tenido participación autónoma debido a la interna distribución de competencias. Y en este caso esa responsabilidad cruzada recibe carta de naturaleza de la propia Constitución; mejor dicho, del conjunto de normas –del bloque de constitucionalidad (art. 28 LOTC)– que articula la relación entre el Estado y las CCAA, como seguidamente indicaré.

## *2. La repercusión institucional de la responsabilidad: su justificación constitucional*

Como se ha dicho antes, frente a las instituciones comunitarias el incumplimiento resulta imputable únicamente al Estado y ha de ser este quien se haga cargo de las consecuencias económicas del mismo, sean las derivadas del deber de cumplir (por ejemplo, devolución de fondos europeos finalistas inadecuadamente aplicados), sean las derivadas de la propia situación de incumplimiento (multas coercitivas, suma a tanto alzado).

Desde el punto de vista interno, sin embargo, el incumplimiento no ha de ser siempre exclusiva y necesariamente al Estado, pues, en el caso de España, al tener una organización política y administrativa territorialmente descentralizada, pueden concurrir en el ejercicio de la función europea (esto es, en la formación del Derecho Europeo, su recepción o incorporación al ordenamiento interno y su aplicación) las tres instancias político-territoriales –el Estado, las CCAA y las EELL– y la fase descendente de esa función (esto es, en la transposición, desarrollo y ejecución del Derecho de la Unión Europea), que es sobre la que recae el riesgo de incumplimiento comunitario, está distribuida entre los órganos de cada uno de ellas mediante un complejo sistema de reglas internas de competencia material, territorial y funcional que resulta de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía y de otras leyes que forma parte del convencionalmente denominado «bloque de constitucionalidad».

Así, internamente, el incumplimiento comunitario puede tener origen en la actuación u omisión, aislada o conjunta, de uno o más órganos internos y por ello no siempre resulta fácil determinar a cuál de ellos resulta imputable el incumplimiento; ni tampoco precisar, cuando puede imputarse a varios, con qué intensidad resulta imputable a cada uno de ellos –particularmente cuando, por las reglas internas de distribución de competencias, el ejercicio de la función europea corresponde conjuntamente a los órganos de distintas instancias territoriales–.

Una evaluación interna de la imputación que es necesario realizar para que las consecuencias del incumplimiento comunitario, por más que sea el Estado quien las asuma frente a la Unión Europea, se distribuyan luego equitativa y proporcionadamente, como proceda, entre todas las instancias político-territoriales que tienen constitucionalmente atribuidas competencias para el ejercicio de la función europea –y, por tanto, también la responsabilidad política y jurídica por el ejercicio de dichas competencias y función–, sin que resulte aceptable, por la responsabilidad que la propia autonomía política y administrativa lleva inherente y por los principios de lealtad institucional, solidaridad y colaboración que la enmarcan, que el Estado soporte en solitario tales consecuencias cuando el incumplimiento no le sea imputable exclusivamente.

Por eso la jurisprudencia constitucional ha considerado constitucionalmente admisible el establecimiento de mecanismos de repercusión –de redistribución, en realidad– que permitan al Estado trasladar total o parcialmente a las CCAA (y a las EELL, hay que sobreentender) las consecuencias que deba soportar en virtud de su responsabilidad exterior o internacional (esto es, ante la Unión

Europea) por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en cuanto, en el plano interno, no puede serle atribuido exclusivamente. Incluso considera constitucionalmente admisible –como es deseable– la existencia de mecanismos preventivos de coordinación o de cooperación que contribuyan evitar el incumplimiento comunitario, sin que, sin embargo, pueda con esta finalidad el Estado atribuirse competencias que no tiene constitucionalmente atribuidas ni pueden considerarse inherente a su competencia en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3CE).

En efecto, advierte el Tribunal Constitucional, (i) que «la distribución competencial que entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha operado el Texto Constitucional rige también para la ejecución del Derecho Comunitario, pues la traslación de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales del reparto competencial, de tal manera que el orden competencial establecido no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias»; (ii) que la responsabilidad *ad extra* de la Administración estatal «no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, aunque tampoco le impide repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda» (Sentencia 79/1992, de 28 de mayo); y (iii) que haciendo uso de sus propias competencias, «corresponde al Estado no solo establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria», sino también «los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias» (SSTC 79/1992, de 28 de mayo; 148/1998, de 2 de julio; 96/2002, de 25 de abril; y 198/2011, de 13 de diciembre –todas ellas citadas por la más reciente de 36/2013, de 14 de febrero–).

Así se justificado constitucionalmente la traslación o repercusión sobre las instituciones nacionales de la responsabilidad institucional contraída por el Estado ante las instituciones comunitarias (en forma de multa coercitiva, suma a tanto alzado, corrección financiera, deducciones, reintegros u otras formas de gravamen). Una traslación o repercusión “descendente”, podríamos decir, en cuando parte de la premisa, acertada, de que el único responsable del incumplimiento comunitario ante las instituciones europeas es el Estado y que, *ad extra*, el incumplimiento tiene consecuencias económicas únicamente para él. Pero que, internamente, permite al Estado resarcirse total o parcialmente del detrimento económico asumido determinando el grado de participación en el incumplimiento de las instituciones internas (incluidas las estatales) y su correspondiente contribución o participación al resarcimiento, todo ello sobre la base de la corresponsabilidad patrimonial o financiera de tales instituciones, que deriva de la propia organización del Estado (de su descentralización política y administrativa, que es tanto territorial como funcional).

Ahora bien, en la medida en que las CCAA pueden ser declaradas patrimonialmente responsables frente a los particulares por la aplicación de leyes estatales incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, lo mismo que las EELL

por la aplicación de leyes estatales o autonómicas; o en la medida en que, como consecuencia de la retrocesión de las situaciones jurídicas originadas por un incumplimiento comunitario que no le sea imputable por no haber tenido efectiva participación en el mismo, contraigan el deber de reparar los daños derivados de esa retrocesión o de soportar otros perjuicios económicamente evaluables, cabe preguntarse si no resulta igualmente legítima y justificada una traslación o repercusión “ascendente”. Esto es, que las EELL puedan ser resarcidas por la Comunidad Autónoma correspondiente o el Estado o que las CCAA puedan ser resarcidas por el Estado.

Si, como se ha explicado, estamos tratando de la reparación de perjuicios derivados de la retrocesión de situaciones de incumplimiento comunitario, parece razonable concluir que dicha retrocesión es otra manifestación más del ejercicio de la aludida función europea y que, por tanto, la responsabilidad política por dicho ejercicio, en nuestro país se halla constitucionalmente repartida, en aras de la descentralización política y administrativa, entre el Estado, las CCAA y las EELL. Conclusión que ha de ponernos nuevamente ante el principio de corresponsabilidad, si bien ahora desde la perspectiva opuesta a la de la repercusión descendente.

En efecto, del mismo modo que el principio de corresponsabilidad permite al Estado trasladar a las CCAA y a las EELL la responsabilidad que asume, ante la Unión Europea, por los incumplimientos comunitarios que les son imputables y en la medida o cuantía que lo sean, las EELL y las CCAA deben poder trasladarse y trasladar al Estado la responsabilidad que asumen, ante terceros, por la corrección de los incumplimientos que no les son imputables y en la medida o cuantía que sean imputables al Estado u otra Comunidad Autónoma o entidad local.

Y esta proyección simétrica de la responsabilidad –por más que se trate de una simetría variable, en función del grado de participación en el incumplimiento– se infiere del propio principio de corresponsabilidad en la ejecución de la función europea y tiene su mismo fundamento político: La naturaleza compuesta de un Estado que internamente se articula política y administrativamente en tres niveles territoriales.

Por ello, los mismos principios constitucionales –unidad, lealtad institucional y colaboración– a partir de los cuales se ha perfilado normativa y jurisprudencialmente (jurisprudencia constitucional) el principio de corresponsabilidad fundamentan esa proyección simétrica –esto es, en vía de repercusión descendente y ascendente– de la responsabilidad de las instituciones políticas y administrativas encargadas de la función europea. Porque no parece que la lealtad institucional ni el deber de colaboración, que son emanaciones del principio constitucional de unidad, obliguen al Estado, a las CCAA o a las EELL a soportar los perjuicios derivados del incumplimiento o de la corrección del incumplimiento del ordenamiento comunitario cuando no les resulta imputable éste, ni que, por tanto, deban verse privados del derecho a recibir una reparación de parte de quien originó el incumplimiento. No parece que de la lealtad institucional ni del deber de colaboración, ni del principio de corresponsabilidad, se siga una suerte de solidaridad limitada, unidireccional, que obligue a las CCAA

y a las EELL a soportar los perjuicios derivados de los incumplimientos o de la corrección de los incumplimientos comunitarios imputables al Estado, cuando éste no está obligado a soportar y puede repercutir sobre las CCAA o las EELL los perjuicios derivados de los incumplimientos o de la corrección de los incumplimientos comunitarios imputables a éstas. Aunque sí parece que la lealtad, la colaboración y la corresponsabilidad obligan al Estado, a las CCAA y a las EELL, desde luego, a alcanzar acuerdos sobre los cauces, términos y modalidades de resarcimiento institucional, de modo que se posibilite y normalice la distribución o reparto del perjuicio atendiendo a la fuente y responsabilidad del mismo y se evite el planteamiento de reclamaciones y litigios interadministrativos nada deseables.

Si esta es la conclusión a la que puede llegarse desde la perspectiva de la lealtad institucional, colaboración y corresponsabilidad, todos ellos emanación del principio constitucional de unidad de la Nación española, el otro principio constitucional sobre el que se articula políticamente el Estado, el principio de autonomía, conduce al mismo lugar, en cuanto los aludidos perjuicios tienen una significación económico-financiera para las CCAA y las EELL.

Como es sabido, el efectivo ejercicio de las competencias autonómicas y locales descansa en la autonomía financiera que tienen reconocida las CCAA y las EELL.

En el caso de las CCAA, el sistema de financiación descansa en una serie de principios que enuncia la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA), como los de igualdad fiscal, equilibrio económico, financiación básica, corresponsabilidad, solidaridad interregional, suficiencia o lealtad institucional. Principios sobre los que se desarrolla el sistema financiero autonómico<sup>6</sup> de cuyas características no es preciso dar cuenta aquí. Lo que sí parece necesario advertir es que, a través de ese sistema, cada Comunidad Autónoma obtiene anualmente unos recursos financieros con los que se materializa o concreta su posición en el conjunto del sistema, esto es, el punto de equilibrio financiero que legalmente le corresponde con arreglo a las normas y criterios que regulan dicho sistema. Y que ese equilibrio puede verse alterado, sin causa o justificación legal (esto es, al margen de las normas y criterios del sistema financiero autonómico) y con menoscabo de su autonomía financiera y de los principios por los que debe dirigirse y delimitarse y garantizarse dicha autonomía, sí las CCAA no pueden resarcirse del perjuicio financiero que les deparen los incumplimientos o la corrección de los incumplimientos comunitarios que son imputables al Estado. De ahí que la repercusión ascendente pueda ser también justificada como un mecanismo de garantía de la autonomía financiera y, por lo tanto, como una exigencia propia de su efectividad.

---

6. Si bien con un doble modelo: de un lado, el sistema de Convenio y Concierto aplicables exclusivamente a los territorios forales de Navarra y el País Vasco; de otro, el sistema de régimen común, cuyas bases quedan establecidas en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), y que tiene desarrollo por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

A la misma conclusión parece posible llegar en el caso de las EELL, en cuanto su autonomía financiera pueda verse comprometida o limitada por la imposibilidad de repercutir sobre las CCAA o el Estado el importe de los perjuicios económicos que se hayan visto obligadas a soportar por los incumplimientos o la corrección de los incumplimientos comunitarios imputables a dichas instancias políticas.

Relacionado con el principio de autonomía financiera, y concebido como un límite intrínseco de ésta, está el principio de sostenibilidad financiera, que se deriva del controvertido principio de estabilidad presupuestaria, recientemente constitucionalizado (art. 135 CE, en la versión dada por la Reforma de la Constitución de 27 de septiembre de 2011). Según dicho principio, que ha recibido expresión positiva en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, las Administraciones y demás entidades del sector público deben actuar de modo que no comprometan su capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial. Ahora bien, si como consecuencia del ejercicio de la función europea y de un incumplimiento o la corrección de un incumplimiento comunitario que no les es imputable dicha capacidad puede verse comprometida, esto es, si la sostenibilidad financiera de las CCAA (lo mismo que la de las EELL) puede verse comprometida, por poco que sea, por la actuación del Estado, parece que ese mismo principio de sostenibilidad obliga al Estado a soportar los oportunos ajustes en sus cuentas y realizar las compensaciones oportunas a las CCAA afectadas para evitarlo.

La justificación política del resarcimiento ascendente descansa también en la propia articulación competencial, en la distribución constitucional de competencias que condiciona, internamente, el ejercicio de la función europea. Si las CCAA pudieran inaplicar las leyes del Estado que consideren incompatibles con el Derecho de la Unión Europea (o si las EELL pudieran inaplicar las leyes autonómicas o estatales incompatibles) podría atribuirseles alguna culpabilidad y responsabilidad en los incumplimientos comunitarios por la que resultara justificado que corrieran de su cargo los perjuicios derivados de dichos incumplimientos o de su corrección. Pero si las normas internas de distribución de competencia obligan a los parlamentos autonómicos a cumplir las leyes estatales y a las Administraciones autonómicas y locales a cumplir las leyes estatales y autonómicas, incluso cuando su compatibilidad comunitaria resulte cuestionable, no puede considerárseles responsables del incumplimiento comunitario, ni deben ponerse a su cargo los perjuicios económicos derivados de dicho incumplimiento o de su corrección en cuanto no han tenido ninguna responsabilidad política sobre él. A falta de toda culpabilidad o responsabilidad por una situación de incumplimiento en la que las CCAA han sido meros instrumentos ejecutores de la legislación estatal (o, en el caso de las EELL, de la legislación estatal o autonómica), es forzoso defender su indemnidad, posibilitando la repercusión ascendente de los perjuicios que han sufrido por esa mera condición instrumental.

Ciertamente, de los principios comunitarios de eficacia directa y primacía se desprende un poder-deber de inaplicar las leyes nacionales incompatibles con el

ordenamiento comunitario que alcanza a las autoridades de los Estados miembros. Y si las CCAA pudieran dejar de aplicar las leyes estatales anti comunitarias o las EELL pudieran dejar de aplicar las leyes estatales o autonómicas anti comunitarias, podría atribuírseles alguna culpabilidad o responsabilidad por el incumplimiento comunitario que justificara que corrieran de su cargo total o parcialmente los perjuicios derivados del incumplimiento o de su corrección. Pero no puede ignorarse que el poder-deber de inaplicación de las leyes no opera con la misma fuerza sobre los órganos judiciales o cuasi judiciales (según la doctrina Simmenthal –STJUE de 9 de marzo de 1978– el juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria) que sobre los órganos legislativos o sobre las Administraciones públicas, pues la aceptación de dicho poder-deber en este último caso suscita notables problemas constitucionales ya que, careciendo las CCAA o las EELL de capacidad para inaplicar las leyes que se reputan contrarias al texto constitucional, resulta conceptualmente inconsistente reconocérsela para inaplicar las que se reputan contrarias al Derecho comunitario (y por esta razón el Consejo de Estado considera prudente renunciar al reconocimiento expreso en nuestro Derecho del poder-deber de la Administración de inaplicar normas internas contrarias al ordenamiento jurídico comunitario)<sup>7</sup>, máxime cuando dicha incompatibilidad puede ser controvertible y (por no tratarse de órganos judiciales) no existe la posibilidad de dirigirse en vía prejudicial al Tribunal de Justicia para obtener un pronunciamiento sobre la interpretación o validez del Derecho comunitario. Y por eso en este caso, a la vista de los principios de efecto directo y primacía, parece preferible habilitar internamente cauces para que las CCAA o las EELL puedan combatir las leyes estatales incompatibles con el ordenamiento comunitario, que a reconocer en el ordenamiento interno un poder-deber de inaplicación de la ley nacional. Pues respecto de estos órganos, la primacía va más en la línea que expresa el art. 4.3 del TUE (adoptar todas las medidas generales o particulares que se puedan adoptar según las normas internas de distribución de competencias), que en la línea de autorizar la inaplicación de las leyes estatales hipotéticamente anti comunitarias. En todo caso, y por lo que ahora nos importa, la imposibilidad de sustraerse a las leyes estatales anti comunitarias y la necesidad, cuando así les corresponda por la interna distribución de competencias, de darles ejecución, exime a las CCAA y a las EELL de toda responsabilidad por los incumplimientos comunitarios resultantes y por esta ausencia de responsabilidad resulta injustificado que tengan que soportar los perjuicios derivados de ese incumplimiento o de su corrección, razón por la que deberían poder repercutir sobre el Estado los que eventualmente se les deparasen. Y lo mismo puede decirse de las EELL respecto de los incumplimientos comunitarios que traen causa de la aplicación o ejecución de leyes autonómicas.

Por otra parte, incluso en el caso de que se reconociera a las CCAA o a las EELL el poder-deber de inaplicar la legislación estatal anti comunitaria, la sim-

---

7. Véase el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero de 2008, págs. 238 ss.).

ple capacidad para anticiparse al incumplimiento comunitario y para evitarlo no justificaría que se les considerara culpables del mismo, ni que se les pudiera imputar dicho incumplimiento, pues se opondría a esta imputación el principio de confianza legítima. Si las CCAA o las EELL, en el ejercicio de la función europea y actuando dentro de los límites de su propia competencia, se limitan a aplicar una ley estatal que no es compatible con el ordenamiento comunitario en la confianza de que sí lo es, y, como consecuencia de ello, se ven obligadas a soportar las consecuencias de ese incumplimiento, no puede atribuirseles ninguna responsabilidad sobre dicho incumplimiento, ni deberían soportar las consecuencias del mismo en cuanto ha venido propiciado por la propia validez de la ley estatal de cuya aplicación, por más que sea anti comunitaria (siendo oportuno recordar que la norma comunitaria no deroga la ley interna).

Todas las anteriores ideas permiten concluir, pues, que no son sólo las CCAA y las EELL las que han de compensar al Estado por la responsabilidad que este asume en caso de un incumplimiento comunitario imputable a aquéllas, sino que también el Estado debe compensar a las CCAA y a las EELL por la responsabilidad que éstas contraen en caso de un incumplimiento comunitario imputable a aquél.

Aceptado que, de acuerdo con nuestro marco constitucional, resulta políticamente justificado que también las CCAA o las EELL puedan trasladar la responsabilidad que asumen frente a terceros por los incumplimientos o las correcciones de los incumplimientos comunitarios que no les son imputables (esto es, que son imputables al Estado o, en el caso, de las EELL, al Estado o las CCAA), cabe preguntarse cómo pueden hacerlo.

### 3. La repercusión descendente: la regulación vigente

#### a) La paulatina incorporación normativa del principio de corresponsabilidad.

En el ordenamiento estatal se han ido incorporando procedimientos de repercusión o compensación para trasladar a las CCAA las cargas económicas que hubiera de soportar el Estado a raíz de los incumplimientos comunitarios. Primero se hizo de modo fragmentado y sectorial. Y más recientemente, ya de forma general (no sin el rechazo de algunas CCAA que impugnaron ante el Tribunal Constitucional los preceptos correspondientes, sin éxito hasta la fecha)<sup>8</sup>.

Encontramos vestigios de esas primeras normas de corresponsabilidad en la *política agraria*: Inicialmente, de remisión a los oportunos convenios interadministrativos (por ejemplo, Real Decreto 1887/1991, de 30 de diciembre, sobre mejora de las estructuras agrarias, DA 5<sup>a</sup>); luego ya, con contenido normati-

---

8. Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, BIGLINO CAMPOS, P. / DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado Autonomico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; ARZOS SANTISTEBAN, X., *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho Administrativo Europeo*, IVAP-Civitas, Madrid, 2013; CIENFUEGOS MATEO, M., *La repercusión en España de las sanciones impuestas al Estado por infracciones del Derecho de la Unión Europea: desarrollos normativos y jurisprudenciales recientes*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 98, enero-abril 2014, págs. 49-95.

vo pleno (como el Real Decreto 2206/1995, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actuaciones interadministrativa relativas a los gastos de la sección Garantía del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola [FEOGA], art. 13). Así, se exigía a los Organismos pagadores y las Administraciones de las que dependiesen que asumieran la responsabilidad financiera que pudiera corresponderles por la realización de actuaciones o pagos indebidos y, en particular, por las correcciones financieras que pudiera aplicar la Unión Europea en atención a actuaciones derivadas de su gestión.

Y la corresponsabilidad se extendió luego a la gestión de toda clase de *fondos de la Unión Europea*. Primero, en virtud del art. 44 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social; luego, a través del art. 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones<sup>9</sup> (a la que hizo remisión la coetánea Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, redundando en ello –por lo que se refiere a los fondos para el fomento del empleo– la igualmente coetánea Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

Por la misma época, en materia ambiental (*protección aguas continentales*), la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo en la Ley de Aguas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) un nuevo precepto para trasladar el coste de las sanciones por incumplimiento que pudieran imponerse al Estado a las Administraciones con competencia hidrológica en la medida en que pudiera serles imputable dicho incumplimiento (poco antes España había sido condenada al pago de una multa coercitiva por no cumplir las normas comunitarias sobre aguas de baño interiores –STJUE de 25 de noviembre de 2003–).

En el marco de la *política monetaria*, de la disciplina presupuestaria y del control del déficit, se decidió que los Estados miembros pudieran ser sancionados si incurrieran en déficit excesivo (art. 104 TUE'92 y Reglamento CE/1467/1997, del Consejo, de 7 de julio) y el Estado español decidió aprobar la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, incluyendo una fórmula que le permitiera trasladar a las demás Administraciones públicas y entidades del sector público las sanciones por incumplimiento que pudiera imponerle la Unión Europea en la proporción o medida en que dicho incumplimiento les fuera imputables. Previsión recogida luego en el Texto Refundido de la Ley

---

9. El art. 7 (responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea) ha sido modificado, una década después, por la DF 2ª del Real Decretoley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, con el fin disociar el régimen de la responsabilidad exigible a las Administraciones y entidades del sector público por las correcciones financieras acordadas por las instituciones europeas (exigible o repercutible con arreglo al principio, la normativa y los procedimientos de responsabilidad por incumplimiento generalmente previstos en la DA 2ª de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) del régimen de la devolución, propiamente dicha, de las ayudas otorgadas en contravención del ordenamiento comunitario (exigible con sujeción a las normas y el procedimiento de reintegro regulado en el Título II de la Ley General de Subvenciones y sus disposiciones de desarrollo).

General de Estabilidad presupuestaria (Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre), vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que, como se verá enseguida, generaliza e institucionaliza el principio de responsabilidad por incumplimiento.

Después fue la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio<sup>10</sup>, la que incluyó una cláusula de corresponsabilidad en las sanciones que pudieran derivarse del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea relacionado con el objeto de aquella (*liberalización de los servicios* exigida por la Directiva CE/2006/123, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006), autorizando incluso el pago, por deducción o compensación, de las deudas contraídas con la Administración del Estado por tal concepto. Modo de pago de deudas entre Administraciones públicas, por compensación o deducción sobre transferencias debidas, que en su día introdujo la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, contemplado también para ciertas deudas (por cesión tributaria y de Seguridad Social) de las CCAA por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y que fue posteriormente generalizado para todas las deudas tributarias por el art. 74 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (adviértase, sin embargo, que el pago de deudas tributarias por compensación es una forma común de extinción de la deuda tributaria a la que se hallan sujetos la Administración del Estado o sus organismos, como cualquier otro obligado tributario, frente a cualquier Administración tributaria, art. 71 LGT).

Análoga previsión se incluyó en los ordenamientos de la tutela de los *consumidores* (Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>11</sup>), del *medio marino* (Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino<sup>12</sup>) y de la *seguridad alimentaria* (la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición).

Los preceptos mencionados permiten ver cómo la cláusula de corresponsabilidad se fue extendiendo por muchos ámbitos de la acción pública, pero (i) sin

---

10. El artículo Único.13 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, añadió a ésta una DA 7ª con idéntica previsión.

La aludida DF 4ª fue derogada por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación (Disposición derogatoria única, letra b).

11. Idéntica previsión incluye la DA 1ª de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (aunque para esta fecha la corresponsabilidad por el incumplimiento ya estaba generalmente establecida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

12. Los apartados 3 y 4 del precepto transcrito fueron derogados por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación (Disposición derogatoria única, letra c).

llegar a tener alcance general, (ii) sin concretar los criterios para determinar en qué medida el incumplimiento comunitario resulta imputable a cada uno de los órganos internos participantes en la fase descendente de la función europea y en qué grado debe hacerse partícipes de las consecuencias del incumplimiento a cada una de las instancias político-administrativas nacional y (iii) sin articular ningún procedimiento específico para formalizar esa distribución, traslación o repercusión de las consecuencias económicas del incumplimiento (aunque algunas normas sí precisan la necesidad de dar audiencia a la entidad afectada y otras implícitamente se remiten al procedimiento de compensación o deducción —que, en realidad, es un procedimiento para el pago o extinción de las deudas, no para su constatación y liquidación—).

La corresponsabilidad de los órganos nacionales por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea quedó convertida en regla o principio general con la DA 1ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>13</sup>, precepto que autorizó al Gobierno a desarrollar reglamentariamente sus previsiones y atribuyó al Consejo de Ministros la competencia para declarar la responsabilidad de cada Administración o entidad afectada, liquidar la deuda correspondiente y acordar su compensación con cargo a las cantidades que deba transferirle el Estado por cualquier concepto (presupuestario y no presupuestario). La resolución del procedimiento, con audiencia de la entidad afectada, debía atenerse al contenido de la decisión de las instituciones europeas que hubiera declarado el incumplimiento y sus consecuencias y expresar los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad de la entidad afectada.

Y, posteriormente, fue la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (art. 8 y DA 2ª), la que formalmente dio expresión positiva y alcance general al principio de corresponsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario, exigiendo que las Administraciones públicas y cualquiera de las entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea, asuman, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento por las sanciones impuestas al Reino de España por las instituciones europeas (art. 8, apdo. 1).

Importa advertir que dicha ley orgánica, al tiempo que proclamó el referido principio de corresponsabilidad, lo delimitó negativamente, más allá del ámbito propio del incumplimiento comunitario. En efecto, excluyó la responsabilidad del Estado por los compromisos que asumieran las CCAA, las EELL o las entidades del sector público y también la responsabilidad de las CCAA por los compromisos de sus respectivas EELL o entidades del sector público (art. 8, apdo. 2). Una exclusión que parece encontrar correspondencia lógica en la propia autonomía política y administrativa territorial o funcionalmente reconocida, pues si ésta confiere capacidad para aprobar los propios presupuestos, dentro de los límites que impone el principio constitucional de estabilidad presupuestaria

---

13. Dicha disposición fue derogada por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación (Disposición derogatoria única, letra d).

(art. 135 CE) y las leyes que lo desarrollan, es lógico que sean cada una de las organizaciones dotadas de capacidad presupuestaria propia, no otra organización distinta, las que individualmente respondan de los compromisos que asuman o de las consecuencias de sus incumplimientos presupuestarios (a menos que las organizaciones estén obligadas a prestarse o hayan convenido en darse garantía financiera mutua para la realización conjunta de proyecto específicos).

Proclamado formalmente el principio y habilitado el Gobierno para darle concreción y desarrollo, el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, reguló los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Sobre esta disposición reglamentaria (por la que la Comunidad Autónoma de Canarias ha planteado un conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional [núm. 6893-2013], admitido a trámite por Providencia de 17 de diciembre de 2013) volveremos enseguida para examinar su contenido.

Antes es oportuno advertir que la redacción originaria del art. 8 y de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, han sido recientemente modificados por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, con un triple propósito:

—Dar mayor alcance objetivo al principio de corresponsabilidad, extendiéndolo a los incumplimientos de cualquier tratado o convenio internacional de los que España sea parte (no solo a los incumplimientos comunitarios) u por los que pueda ser condenado por tribunales internacionales o por órganos arbitrales (no solo por las instituciones comunitarias, pues).

– Precisar su alcance subjetivo, para que esté comprendido en él todo el sector público.

– Renovar la habilitación para su desarrollo reglamentario, autorizando la regulación de especialidades aplicables a los diferentes tipos de entidades del sector público atendiendo a las peculiaridades de éstas.

## b) El procedimiento de repercusión descendente

Haciendo uso de la habilitación contenida en la Disposición Adicional Segunda .3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 17 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y antes de que ésta fuera modificada por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, el Gobierno aprobó el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (no parece, pues, que por este procedimiento puedan ventilarse las responsabilidades relacionadas con el incumplimiento de otros ordenamientos supranacionales).

Por el procedimiento regulado en esta disposición la Administración del Estado puede trasladar o repercutir, total o parcialmente, las sanciones o cargas

impuestas por un incumplimiento comunitario sobre cualquier entidad del sector público en cuanto dicho incumplimiento la sea imputable internamente por tener origen en el ejercicio indebido de las competencias o funciones que tiene atribuidas según la interna organización del Estado.

Así, pueden ser objeto de repercusión (i) las multas coercitivas, (ii) las multas o sumas a tanto alzado, (iii) las correcciones financieras, (iv) las minoraciones en las transferencias o fondos que correspondan a España con cargo al presupuesto de la Unión Europea, (v) la minoración de cualquier otra cantidad que le hubiera sido reconocida, y (vi) el importe de cualquier otra responsabilidad financiera que resulten exigibles en virtud, según corresponda, de una sentencia, acto o decisión ejecutiva de las instituciones europeas adoptados como consecuencia del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (art. 3.2). Resultando suficiente que sea ejecutivo el acto comunitario que impone al Estado la obligación de pago, descuento o reintegro, no parece que la facultad de repercusión esté supeditada al efectivo cumplimiento de esa obligación, o sea, el previo pago (aunque el derecho del Estado a determinar y repercutir la responsabilidad prescribe a los cuatro años de haber satisfecho la deuda ante las instituciones comunitarias –art. 18–).

Destinatarias de la repercusión deben ser, en principio, las responsables internas del incumplimiento; esto es, la entidad o entidades del sector público que, por acción u omisión en el ejercicio de sus propias competencias o funciones y en contravención del ordenamiento comunitario, hayan propiciado o determinado, directa o indirectamente, el incumplimiento comunitario por el que se adopta contra España la sentencia, acto o decisión ejecutiva de las instituciones europeas que impone la obligación de pago, descuento o reintegro cuyo importe se pretende repercutir (arts. 3.1 y 4).

Ahora bien, si el incumplimiento lo ha propiciado una entidad del sector público estatal (la propia Administración General del Estado o sus organismos) la repercusión, obviamente, carece formalmente de objeto, por la evidente confusión subjetiva y patrimonial que se produce, sin perjuicio de que internamente el Estado pueda realizar los ajustes presupuestarios que correspondan entre sus departamentos y organismos (así lo prevé expresamente la DA 2ª). Y si alguna entidad no quiere o no puede asumir la repercusión acordada, ésta podrá subsidiariamente dirigirse contra la Administración pública de la que dependa o con la que esté vinculada la renuente. Parece que debería iniciarse contra ella un procedimiento, más simple, de derivación de responsabilidad –no un nuevo procedimiento de repercusión, puesto que ya se ha tramitado uno para establecer la procedencia y alcance de la repercusión y tendría poco sentido reproducirlo–, pero la normativa no aclara este extremo.

Cuando el incumplimiento haya venido propiciado o determinado por la actuación u omisión conjunta (o, simplemente coetánea, paralela, sin previa concertación ni unidad de acción, parece que debe sobreentenderse) de varias entidades éstas deben soportar la repercusión mancomunadamente, esto es, cada una por la cuota parte que les corresponda, expresada porcentualmente, en función del grado de participación o responsabilidad que hayan tenido en la actuación determinante del incumplimiento.

Y para determinar el grado de participación o responsabilidad de cada entidad el RD 515/2013 enuncia, sin ánimo exhaustivo, los siguientes criterios: (i) el contenido del acto comunitario declarativo del incumplimiento; (ii) la competencia de la entidad (material, funcional y territorial, puede sobreentenderse); (iii) la intensidad de su intervención (si se prefiere, de su contribución al incumplimiento); (iv) la participación en la financiación asignada; y (v) la reiteración. Pero podrían también considerarse otros, como la población afectada, el impacto territorial, la diferente duración de la situación de contravención, la renuencia al cumplimiento, la intencionalidad, la diligencia puesta en el cumplimiento, etc., porque la relación contenida en la norma no es exhaustiva o cerrada (polémica resulta, por ejemplo, la aplicación de correcciones financieras cuantificadas “por extrapolación”, porque la participación o responsabilidad se objetiva y solidariza y la corrección puede resultar inequitativa). Y cuando no sea posible aplicar criterios como los indicados, lo que prevé el reglamento es que la repercusión se distribuya a partes iguales entre todas las entidades responsables (art. 5.1).

Para la determinación de la participación o responsabilidad de cada entidad hay, además de los indicados criterios, algunas reglas particulares:

–Cuando el detrimento patrimonial trae causa de una corrección financiera (aplicada a tanto alzado o por extrapolación) sobre fondos procedentes de la Unión Europea que afecte a la totalidad o parte de un programa operativo, el importe de aquélla debe repartirse en función de la financiación asignada a cada uno de los sujetos participantes en el programa o parte del programa operativo afectado, salvo lo previsto especialmente para el Fondo Social Europeo<sup>14</sup>.

–Cuando el detrimento patrimonial trae causa de un incumplimiento acaecido en la aplicación de los fondos europeos agrícolas, la responsabilidad de la Administración General del Estado y de los organismos pagadores que tienen atribuidas las actuaciones de gestión y control de las ayudas, instrumentadas o no en programas operativos, se distribuirán con arreglo a su respectiva competencia en tales actuaciones<sup>15</sup>.

–Y cuando existe un convenio, un contrato o un acuerdo específico que regula la actuación conjunta y contiene reglas de distribución de responsabilidades ante un posible incumplimiento comunitario, estas reglas deben ser tenidas en cuenta.

El reglamento regula el procedimiento para declarar y exigir la responsabilidad de las entidades a las que internamente pueda atribuirse el incumplimiento comunitario, en cuyo detalle no es preciso detenerse ahora. Un procedimiento

---

14. Disposición Adicional Cuarta del RD 515/2013, de 5 de julio (especialidades para la determinación de la responsabilidad por incumplimientos de obligaciones derivadas del derecho de la Unión Europea en el ámbito del Fondo Social Europeo).

15. Disposición Adicional Quinta del RD 515/2013 (especialidades para la determinación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea en el ámbito de los fondos europeos agrícolas) detalla ese reparto vinculando la responsabilidad por el incumplimiento comunitario con la competencia específica de cada entidad.

de gravamen, ciertamente, pero que no es un procedimiento sancionador, ni se inspira ni rige por los principios propios de éste.

Sí es oportuno advertir que no será necesario incoar ese procedimiento si las entidades afectadas (no existiendo diferencias sobre su cuota de participación) deciden voluntariamente pagar, supuesto en el que se verán libres de abonar el interés compensatorio por los costes financieros que le haya generado la deuda al Estado. En otro caso, el procedimiento se incoará y resolverá y la resolución que adopte el Consejo de Ministros (que es, por supuesto, recurrible ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, arts. 1 y 12.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) se ejecutará, en su caso, practicando la compensación, deducción o retención correspondiente, que también puede ser solicitada por el deudor como modo voluntario de pago.

#### 4. La repercusión ascendente: la regulación pendiente

A falta de un procedimiento específico que permitiera a las CCAA (o a las EELL) resarcirse de los perjuicios económicos asociados a los incumplimientos comunitarios de origen estatal, cabe preguntarse por la posibilidad de recurrir al régimen general de la responsabilidad patrimonial para lograr esa reparación. Pero no parece que el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en la forma en que actualmente está regulada en la LRJPAC, pueda amparar tal pretensión resarcitoria.

Ciertamente, a raíz del incumplimiento comunitario o de su corrección, eventualmente incluso por haber tenido que reparar o soportar el coste de la reparación de los daños causados a particulares por dicho incumplimiento o por su corrección, las CCAA o las EELL pueden experimentar un daño o perjuicio que, por ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable y por no tener el deber legal de soportarlo, aparentemente podría merecer la consideración de una típica lesión antijurídica indemnizable, en los términos del arts. 139.2 y 141 de la LRJPAC. Pero actualmente el instituto de la responsabilidad patrimonial no está concebido para la reparación de los daños que sufren las Administraciones públicas en cuanto tales –esto es, no como personas sujetas a las potestades administrativas, sino como titulares de las mismas (siendo oportuno recordar que, según el art. 139.1 LRJPAC son los particulares los que tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos)– y es en esa condición en la que llevan cabo el ejercicio de la función europea por el que eventualmente –a raíz del incumplimiento propio o inducido o de la corrección de dicho incumplimiento– pueden soportar perjuicios, como el de verse obligadas a indemnizar o reparación los daños causados a terceros. Ni sería correcto afirmar, hoy por hoy, que no tienen el deber legal de soportar tales perjuicios, porque una cosa es que no esté políticamente justificado que lo hagan y que sean constitucionalmente deseables y aún exigibles mecanismos de articulación o relación interadministrativa que les permitan trasladarse y repartirse dicha carga y otra distinta que jurídicamente no estén obligados a soportar las consecuencias derivadas del ejercicio de su potestades en el desarrollo de la

función europea, como lo es, por ejemplo, el tener que abonar una indemnización a un tercero a raíz de un incumplimiento comunitario o tras su corrección.

No es, como digo, sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial sobre el que puede descansar la repercusión ascendente, sino que debe darse a ésta título o carta de naturaleza propios, lo mismo que la ha recibido la repercusión descendente, como una consecuencia normal de la corresponsabilidad en el ejercicio de la función europea y la obligada colaboración y solidaridad interadministrativas.

Ahora bien, ¿a quién correspondería regular este sistema ascendente de compensación o derivación interadministrativa de responsabilidad?

Si lo que se pretende regular es una modalidad de responsabilidad interadministrativa, con las lógicas implicaciones para la Hacienda del Estado, de las CCAA y de las EELL, parece forzoso concluir que es el Estado quien constitucionalmente ostenta la competencia para hacerlo, siendo sus títulos competenciales los que enuncian los apartados 14 («Hacienda general») y 18 («bases del régimen jurídico») y «sistema de responsabilidad» de todas las Administraciones públicas» del art. 149.1 CE, en conexión con el art. 156 CE (autonomía financiera de las CCAA). No parece, pues, que sean las CCAA las que, en ejercicio de su propia autonomía y competencias, puedan regular el procedimiento para trasladar al Estado la responsabilidad previamente asumida por ellas o por las EELL. Se impone una legislación estatal habilitante que autorice tal derivación y la institucionalice, como un elemento más de la ordinaria articulación territorial sobre la que descansa el ejercicio conjunto de la función europea.

Y puesto que parece razonable concluir que debe ser una ley estatal la que regule dicho mecanismo ascendente de compensación, cabe preguntarse si debería hacerse por ley orgánica o por ley ordinaria e, incluso, si puede ya considerarse parcialmente regulado dicho mecanismo, si se ha otorgada al menos una habilitación general para establecerlo, a la vista de la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto intitulado «Responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea o de tratados o de convenios internacionales de los que España sea parte».

Digo esto porque, si nos ceñimos al tenor literal de dicha disposición («Las Administraciones Públicas... que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea o de tratados o convenios internacionales en los que España sea parte, *dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, o condenado por tribunales internacionales o por órganos arbitrales*, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten») podría concluirse que la Administración incumplidora debe asumir las responsabilidades (esto es, *toda* clase de responsabilidades) que se devenguen por tal incumplimiento y, también, por tanto, la que contraiga con las Administraciones que hayan sufrido algún perjuicio por el incumplimiento o la corrección

del incumplimiento. En tal caso, el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, habría venido solo limitada o parcialmente a desarrollar dicha previsión legal, regulando los criterios y el procedimiento de repercusión descendente (y haciéndolo exclusivamente, además, para los supuestos de incumplimiento comunitario).

Ahora bien, si consideramos el inciso antes destacado (el que alude a las sanciones o condenas de las que es destinatario el Reino de España) parece que la intención no ha sido esa, sino la de que el Estado pueda resarcirse, parcial o totalmente, de los perjuicios soportados por la responsabilidad que se le exige en virtud de la correspondiente sanción o condena. Esto es, exclusivamente autoriza la existencia de un mecanismo de repercusión descendente y habilita al Estado para que lo desarrolle reglamentariamente, como lo ha hecho mediante el citado Real Decreto 515/2013, circunscrito a los incumplimientos comunitarios.

Más discutible resulta el hecho de que dicha habilitación legal se haya incluido en una ley orgánica; esto es, que sea una ley de esta naturaleza la que deba utilizarse para regular esta clase de mecanismos de compensación, tanto da que sea descendente como ascendente. Porque si esta clase de mecanismo no es otra cosa, en realidad, que un supuesto especial de responsabilidad patrimonial, de responsabilidad sucesiva o derivada; si no viene más que a definir un título para la imputación o traslación de obligaciones entre las Administraciones públicas, el objeto de la regulación, su materia, parece ajena a las que constitucionalmente tiene reservadas la ley orgánica. Sólo en cuanto esa regulación pueda afectar a la autonomía financiera de las CCAA, esto es, en cuanto pueda tratarse de «normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado» (art. 157.3 CE), resulta justificado el empleo de la ley orgánica. Y así parece haberlo entendido el Estado al incluir la citada cláusula de habilitación de la repercusión descendente en la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (parece que siguiendo, por lo demás, el criterio expresado por el Consejo de Estado)<sup>16</sup>.

---

16. En el *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, diciembre 2010, puede leerse, en lo que respecta a la repercusión descendente y sobre la selección de los recursos autonómicos de los que podrían detrarse las cantidades pertinentes para trasladar a las CCAA la responsabilidad asumida el Estado:

«En principio, no parece que el sistema de financiación se vea afectado en sus elementos esenciales: no varían los recursos que lo integran, ni se modifica su cuantía, permaneciendo inalterados los porcentajes de cesión y las dotaciones a los Fondos. Lo que sucede es que parte de esos recursos se vincula a la cobertura de la responsabilidad autonómica como consecuencia de un incumplimiento del Derecho europeo que ha sido merecedor, a juicio de las instancias europeas, de una sanción –suma a tanto alzado o multa coercitiva– a la que ha debido hacer frente el Reino de España, como sujeto responsable ad extra.

Por tanto, bastaría en principio una ley ordinaria para regular esta cuestión (como, de hecho, hace la disposición adicional primera de la Ley 53/2002). Sin embargo, podría resultar aconsejable incluir en el bloque normativo de la financiación autonómica una previsión expresa sobre la posibilidad de hacer efectiva la repercusión sobre recursos

Sea por ley orgánica o por ley ordinaria, hay que preguntarse también por la procedencia y alcance de la remisión reglamentaria. Como se ha visto, en el caso de la repercusión descendente el legislador se ha limitado a autorizarla, relegando en el Gobierno de la Nación la regulación de los criterios y del procedimiento. Es posible que tan generosa remisión normativa sea constitucionalmente compatible con las exigencias del principio de reserva de ley que genéricamente cabe inferir de nuestra Constitución para cuanto limita la libertad o autonomía de los sujetos (en este caso, para imponer obligaciones a las CCAA o a las EELL) porque la cláusula legal que habilita la repercusión define el presupuesto y el alcance de ésta. Pero siendo necesario concretar otros relevantes elementos o condiciones de las obligaciones derivadas de la repercusión (contenido, modo, extinción, etc.), siendo ésta un mecanismo de colaboración y articulación interadministrativa –y, por tanto, de participación y ejercicio de la autonomía–, y debiendo garantizarse, por ello mismo, una mínima estabilidad y permanencia de su regulación (más propia del rango legal que del reglamentario), cuánto más apropiado hubiera sido que el legislador, en lugar de limitarse a autorizarla, hubiera regulado sus principios y criterios materiales y aún los aspectos esenciales del procedimiento para llevarla a cabo. Pues bien, por idénticas razones parece preferible que sea una ley la que regule detalladamente –no solo la que autorice– el presupuesto y alcance de la repercusión ascendente y sus criterios y normas esenciales, sin descartar la colaboración reglamentaria del Gobierno para la concreción de otros aspectos menores de su aplicación.

Desde una perspectiva subjetiva, esa regulación debería ofrecer una vía de compensación o resarcimiento para todas las Administraciones y entidades del sector público que, por su actuación en el seno de la interna distribución de competencias, incluso al margen del ámbito estricto del ejercicio de la función europea, tengan que soportar las consecuencias de un incumplimiento o de la corrección de un incumplimiento comunitario que sea imputable al Estado (en el caso de las CCAA) o al Estado y a las CCAA (en el caso de las EELL).

---

integrantes de dicho sistema de financiación, pues no hay que olvidar que se pretende construir un sistema de repercusión de aplicación generalizada que, aunque no altera propiamente los elementos definitorios de la financiación autonómica, se proyecta sobre el destino de dichos recursos» (pág. 301)

«Por tanto, una ley para la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, aprobada con base en el art. 93 de la Constitución y en ejercicio de la competencia estatal sobre relaciones internacionales prevista en el art. 149.1.3ª de la Constitución, no tendría que revestir carácter orgánico.

Cuestión distinta es que alguna de las técnicas de garantía del Derecho de la Unión Europea pudieran incidir en materias reservadas constitucionalmente a la ley orgánica. Tal es el caso, por ejemplo, de los mecanismos de repercusión de las sanciones económicas por incumplimiento, que, aunque no modifican en sus elementos estructurales el sistema de financiación autonómica reservado a la ley orgánica por el art. 157.3 de la Constitución, podrían afectar a la cuantía de los recursos disponibles por éstas, lo cual, unido a razones de coherencia y unidad normativa de la materia regulada, conduce a no descartar la aprobación de los preceptos reguladores de esta cuestión con carácter orgánico».

Y desde una perspectiva objetiva sería necesario precisar, primero, para qué tipo de consecuencias estaría justificado dicho resarcimiento. En el caso de la repercusión descendente la responsabilidad que el Estado anticipa, el perjuicio que asume, está delimitada por la multa, la corrección o la minoración financiera impuesta por las instituciones europeas y el resarcimiento se contrae a dicha responsabilidad tasada. En el caso de la repercusión ascendente, en cambio, los perjuicios derivados del incumplimiento o de su corrección no tienen ese carácter tasado: Pueden concretarse en la obligación de abonar una indemnización o de realizar una devolución a un tercero, pero también tratarse de otros menoscabos patrimoniales propios ligados a la realización de gastos o inversiones que se revelan innecesarios o inútiles tras el incumplimiento o su corrección, supuesto en el que la determinación y cuantificación del perjuicio puede hacerse más compleja. Segundo, si la obligación de resarcimiento, aun referida en todo caso a consecuencias ciertas, ha de ser anticipada o vencida: Esto es, si debe referirse a perjuicios ya efectivamente producidos (por ejemplo, que se haya pagado la indemnización o efectuado la devolución a un tercero) o futuros (por ejemplo, cuando simplemente se ha reconocido el derecho a una indemnización o devolución sin haberse llegado a efectuar ésta). Y tercero, cómo y por quién debe establecerse la relación de causalidad, la relación causa-efecto entre el incumplimiento o la corrección del incumplimiento imputable al Estado y el perjuicio o menoscabo patrimonial que se padece: En el caso de la repercusión descendente hay originariamente una sentencia o acto que constata e incumplimiento comunitario y declara, delimita y exige la responsabilidad del Estado que luego se traslada a las CCAA o a las EELL; esto es, el perjuicio para el Estado nace de la propia sentencia o acto comunitario, tiene causa inmediata en él. En el caso de la repercusión ascendente la relación de causalidad es más difusa. Ciertamente, puede haber una sentencia que ponga a cargo de una Comunidad o de una Entidad Local una indemnización o una devolución para restablecer la situación jurídica generada por una violación del ordenamiento comunitario. Pero la corrección del incumplimiento también podría tener lugar por propia iniciativa de la Comunidad o de la Entidad Local, sin que un tercero lo exija judicialmente (o, aun exigiéndolo, antes de que se dicte sentencia), o exigir actuaciones o medidas internas (sobre la propia organización administrativa) patrimonialmente perjudiciales que no impliquen a terceros. Pues bien, en casos como estos, ¿a quién corresponde constatar y declarar dicha relación de causalidad –la relación el incumplimiento y la corrección del incumplimiento y dichos perjuicios–?; ¿de qué órgano debería proceder el acto que constituya título para poner en marcha el procedimiento de repercusión? Dado que las Administraciones gozan de autotutela, ¿podrían valerse de ella para declarar la existencia del perjuicio y su origen (el incumplimiento o la corrección del incumplimiento) emplazando al Estado a consentir dicha declaración o impugnarla?

A la dificultad de constatar y declarar la relación de causalidad entre el incumplimiento o la corrección del incumplimiento comunitario y el perjuicio sufrido se suma, como en la repercusión descendente, la propia dificultad de la imputación (ascendente) de responsabilidad, particularmente si las CCAA o las EELL han participado en la actuación estatal que da lugar al incumplimiento (imaginemos el caso, por ejemplo, de una ley estatal aprobada a partir de un

proyecto previamente negociado con las CCAA o las EELL; o de una medida adoptada en el seno de un conferencia sectorial u otro órgano de colaboración interadministrativa que el Estado hace suya al ejercer su propia competencia) o en su desarrollo o ejecución y, por ello mismo, el incumplimiento no pueda considerarse exclusivamente estatal ni, por la asimetría que la propia autonomía propicia, resulta imputable en igual medida a unas CCAA o EELL que a otras. En la vía de repercusión ascendente (como en la descendente) puede descubrirse, pues, una responsabilidad concurrente, haciéndose entonces necesaria la graduación y atribución de la responsabilidad de cada instancia con criterios abiertos y adecuados al caso (el RD 515/2013, de 5 de julio, contempla algunos que podrían ser útiles, como el de la respectiva competencia o la intensidad de la intervención, pero también podría considerarse el carácter imperativo o dispositivo de la norma estatal o la existencia de previo acuerdo o discrepancia sobre la medida estatal, etc.). Como idea de principio parece posible afirmar que la responsabilidad autonómica o local –y, por tanto, la exoneración estatal– debe ser directamente proporcional a la participación y autonomía que tengan las CCAA o de las EELL en la actuación combinada que determina el incumplimiento comunitario.

Desde la perspectiva de la individualización y compartición de la responsabilidad y para los supuestos en que la corrección del incumplimiento implica el pago de una indemnización o de una devolución, parece oportuno apuntar la posibilidad, como alternativa al propio procedimiento de repercusión ascendente, de que se plantee en sede jurisdiccional dicha delimitación de responsabilidades contemplando el litisconsorcio pasivo necesario de las Administraciones implicadas. No es una alternativa sencilla, pues la presencia como demandadas de Administraciones de distinto nivel territorial tiene implicaciones en lo que respecta a la competencia jurisdiccional (¿cuál sería el órgano llamado a conocer?) y al carácter revisor (¿de quién debería proceder el acto contra el que deba interponerse el recurso contencioso-administrativo?), pero tendría la ventaja de residenciar directamente en sede judicial esa delimitación de responsabilidades (haciendo innecesario que la Administración solidariamente condenada actúe en vía de regreso contra las demás Administraciones corresponsables o que se siga el procedimiento de repercusión contra cuya resolución cabría luego interponer recurso contencioso-administrativo). Dicho de otro modo, lo resuelto en el escenario de la responsabilidad patrimonial ya no podría trasladarse al marco de la responsabilidad institucional.

Otro aspecto a tener en cuenta es de la competencia para instruir y resolver el procedimiento de repercusión, pues formalmente podría residenciarse tanto en la Administración sobre la que se pretende efectuar la repercusión (en cuyo caso sería la Administración repercusora la que debería instar la iniciación de éste y estar a lo que se resuelva para luego impugnar, si discrepa) como en la Administración repercusora (en cuyo caso será la Administración repercutida la que debería poder defender su derecho o plantear su oposición en sede administrativa y luego jurisdiccional). Pero tratándose de una vía ascendente de repercusión de la responsabilidad parece más idóneo que sea el propio Estado quien, a instancia de las CCAA o EELL, conjunta o separadamente formulada, incoe, tramite y resuelva el procedimiento de repercusión que podría muy bien quedar

bajo la competencia de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local (como lo está ahora el de repercusión descendente, si bien la resolución última corresponde al Consejo de Ministros), siendo también posible concentrar o acumular las peticiones de repercusión procedentes de distintas CCAA o EELL con el fin de que se tramiten y resuelvan con criterios uniformes. O podría considerarse la posibilidad de atribuir esta competencia a un órgano colegiado ad hoc, de composición mixta E-CCAA, dada la naturaleza “precontenciosa” del procedimiento.

Y cabe también preguntarse, en fin, sobre la conveniencia de que estas pretensiones de repercusión puedan también hacerse valer a través de un procedimiento alternativo más rápido, de carácter negociado y cooperativo –no conflictual–, en el que tengan participación todas las CCAA o EELL afectadas y la compensación se determine haciendo una estimación objetiva –no directa y singularizada– de los perjuicios.

Hay, seguramente, algunas otras cuestiones que plantearse y sobre las que reflexionar (la ejecutividad inmediata o diferida de la resolución dictada en este tipo de procedimiento; la prescripción del derecho a exigir la reparación y la prescripción del derecho a exigir el pago; las modalidades de extinción de las deudas reconocidas; la determinación de los créditos compensables...), pero las que se dejan ya enunciadas parecen suficientes para iniciar el debate sobre la cobertura estatal de la responsabilidad autonómica y local por los perjuicios derivados de los incumplimientos comunitarios que no son imputables a las CCAA ni a las EELL. Un debate que no debería demorarse más, pues resulta necesario avanzar en el desarrollo del principio de corresponsabilidad y terminar de construir el sistema general, integrado e integral, de compensación o repercusión institucional que demanda la propia naturaleza compuesta del Estado.