

COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y REPERCUSIÓN ECONÓMICA AD INTRA DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS EN EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Paz Andrés Sáenz de Santa María*

Resumen

La repercusión de las consecuencias económicas de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre los responsables materiales del incumplimiento presenta especial interés en el caso de los Estados compuestos. En España, aunque el Tribunal Constitucional avaló tempranamente el principio de la repercusión sobre las Comunidades Autónomas, durante tiempo la regulación del tema se confió a cláusulas sectoriales, alguna de las cuales también ha sido específicamente considerada constitucional. En la actualidad, el panorama normativo ha sido simplificado y existe ya una cláusula general en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que regula la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, partiendo del principio de responsabilidad; esta cláusula ha sido desarrollada por 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. Sin perjuicio de que esta normativa aporta certeza, en ella se observa un interés predominante en asegurar los intereses estatales, descuidando la imprescindible colaboración que debe existir con las Comunidades Autónomas.

Palabras clave: derecho de la Unión Europea; recurso por incumplimiento; sanciones pecuniarias; repercusión *ad intra*; normativa española; Comunidades Autónomas; Consejo de Estado.

PASSING ON MONETARY SANCTIONS TO AUTONOMOUS COMMUNITIES IN APPEALS TO THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE FOR NON-COMPLIANCE

Abstract

The passing along of the economic consequences arising from the judgements rendered by the European Union Court of Justice in reliance on Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union regarding those materially responsible for non-compliance is of special interest in the case of composite states. In Spain, although the Constitutional Court endorsed early on the principle of a passing along of sanctions to the autonomous communities, for some time the regulation of the matter was entrusted to sectoral clauses, some of which have also been specifically deemed to be constitutional. Today, the regulatory panorama has been simplified and there now exists a general clause in Implementing Act 2/2012, April 27, 2012, on Budgetary Stability and Financial Sustainability, which regulates responsibility for non-compliance with EU Law on the basis of the principle of responsibility. This clause was further developed by Royal Decree 515/2013, July 5, 2013, regulating the criteria and procedures for determining and attributing responsibilities. Apart from the fact that these regulations do contribute certainty, one can observe therein a predominant interest in ensuring the interests of the central government, while overlooking the indispensable collaboration that should exist with respect to the autonomous communities.

Key Words: European Union law; an appeal for non-compliance; monetary sanctions; passing inward; Spanish regulations; autonomous communities; Council of State.

* Paz Andrés Sáenz de Santa María, catedrática de derecho internacional público de la Universidad de Oviedo, Área de Derecho internacional público, Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo, Avda. El Cristo s/n, 33006 Oviedo, pandres@uniovi.es.

Artículo recibido el 2.09.2013. Evaluación ciega: 7.10.2013 y 8.10.2013. Fecha de aceptación de la versión final: 14.10.2013.

Citación recomendada: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz. «Comunidades autónomas y repercusión económica *ad intra* de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista catalana de dret públic*, núm. 47 (2013), pp. 40-60. DOI: 10.2436/20.8030.01.11

Sumario

Introducción

1 El Estado español, las Comunidades Autónomas y el cumplimiento del Derecho de la Unión

2 La etapa de los mecanismos sectoriales de repercusión de la responsabilidad

3 El cambio parcial de tendencia: de la regulación sectorial a las cláusulas generales en leyes sectoriales

3.1 La efímera disposición adicional primera de la Ley de Economía Sostenible

3.2 Un paso más: la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF)

4 La simplificación incompleta del panorama legal: el R. D.-Ley 7/2013

5 El desarrollo normativo del mecanismo de repercusión de la responsabilidad: el R. D. 515/2013

6 Para concluir: los equilibrios entre lo estatal y lo autonómico y entre la coerción y la cooperación, siguen siendo objetivos pendientes

Bibliografía

Introducción

Aunque no es el único mecanismo para asegurar la correcta aplicación del Derecho de la Unión, el recurso por incumplimiento juega un papel fundamental en esa tarea, en particular en su configuración como instrumento en manos de la Comisión tal como se regula en el artículo 258 TFUE.¹ A lo largo de los últimos años, los desarrollos consagrados en el artículo 260.2 y 3 del Tratado de Lisboa, junto con los aportados por la propia Comisión² y la jurisprudencia del TJUE, han abierto nuevas perspectivas que refuerzan el alcance de este procedimiento; al respecto, se ha podido decir que:

«This corpus of judicial and legislative developments has made the infringements proceedings coming of age: from a rarely used, opaque and policy-driven procedure, it has now become a common, fairly transparent and highly technical procedure».³

Si el sometimiento a este control requiere una constante diligencia a todo Estado miembro, ello es así en particular en el caso de los Estados compuestos, respecto de los cuales el TJUE recuerda sistemáticamente la imposibilidad de invocar situaciones de orden interno para justificar el incumplimiento.⁴ Factores como la prioridad asignada por la Comisión a la vigilancia en la transposición de las directivas y el procedimiento abreviado establecido en el artículo 260.3 del TFUE en relación con la obligación de informar sobre las medidas de transposición de las directivas adoptadas mediante un procedimiento legislativo,⁵ son elementos que acrecientan la presión sobre los Estados de estructura política compleja y que aconsejan el reforzamiento en su seno de los mecanismos preventivos tendentes a asegurar el cumplimiento en plazo; en el límite, si se ha producido una condena con sanciones económicas, también plantean la cuestión de la asunción o el reparto interno de responsabilidades.

Así sucede en el caso de España, donde, en lo que atañe a esta última dimensión, en los años recientes se están produciendo desarrollos importantes tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial. En ellos se centra este trabajo.

1 El Estado español, las Comunidades Autónomas y el cumplimiento del Derecho de la Unión

Hay que reconocer que en relación con el recurso por incumplimiento, los datos no le son favorables a España. En su 29 Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE, la Comisión señala que a finales de 2011 estaban abiertos contra España 99 procedimientos de infracción, lo que es el cuarto

1 Como es bien sabido, los Estados miembros solo han recurrido a este procedimiento en seis ocasiones; de ellas, únicamente en cuatro casos el procedimiento ha terminado en sentencia: STJCE de 4 de octubre de 1979, *Francia c. Reino Unido* asunto 141/1978; STJCE de 16 de mayo de 2000, *Bélgica c. España*, asunto C-388/1995; STJCE de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto C-145/04; STJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. República Eslovaca*, asunto 364/10.

2 Entre los que destacan: Comunicación de la Comisión, *Una Europa de resultados – La aplicación del Derecho comunitario*, COM (2007) 502 final, de 5.9.2007; Comunicación de la Comisión, *Aplicación del artículo 260, apartado 3, del TFUE*, SEC (2010) 1371 final, de 11.11.2010.

3 PRETE, Luca; SMULDERS, Ben. «The Coming of Age of Infringement Proceedings», *CMLR* [United Kingdom: Kluwer Law International], vol. 47 (2010), p. 13.

4 La frase «un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva» es común en la jurisprudencia del TJ cuando resuelve recursos por incumplimiento. En ocasiones, el Tribunal se ha referido expresamente en este contexto al reparto de competencias en los Estados compuestos o a su organización federal o regional; así, entre otras, SSTJCE de 14 de enero de 1988, *Comisión c. Bélgica*, asuntos acumulados 227/85 a 230/85; 28 de febrero de 1991, *Comisión c. Alemania*, asunto C-131/88; 12 de diciembre de 1996, *Comisión c. Alemania*, asunto C-297/95; 11 de octubre de 2001, *Comisión c. Austria*, asunto C-110/00; 14 de mayo de 2002, *Comisión c. Alemania*, asunto C-383/00; 20 de marzo de 2003, *Comisión c. Italia*, asunto C-143/02; 16 de diciembre de 2004, *Comisión c. Austria*, asunto C-358/03; 14 de junio de 2007, *Comisión c. Bélgica*, asunto C-422/05. También lo ha hecho en ocasiones en asuntos relativos a España: SSTJCE de 1 de octubre de 1998, asunto C-71/97 y 13 de septiembre de 2001, asunto C-417/99.

5 Sobre las características de esta disposición, puede verse WENNERAS, Pal. «Sanctions against Member States under Article 260 TFEU: Alive, but not Kicking?», *CMLR* [United Kingdom: Kluwer Law International], vol. 49 (2012), pp. 165-170.

peor resultado entre los entonces 27 Estados miembros, y que su cumplimiento está por debajo de la media en su grupo de referencia.⁶

Ciertamente, un determinado número de declaraciones de incumplimiento relativas a España obedecen a comportamientos de acción u omisión de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, como ha señalado un autor tras un estudio estadístico, «se puede constatar que las Comunidades Autónomas no incumplen cualitativamente de forma más grave, ni cualitativamente de forma más reiterada, el ordenamiento comunitario que los poderes centrales del Estado», de forma que «no son excesivos —en número absoluto y en términos comparativos con los totales del Reino de España— los procedimientos incoados por la Comisión contra nuestro país por conductas de las Autonomías, y muchas menos son las sentencias declarativas de incumplimientos del Estado pronunciadas por el Tribunal de Justicia cuyo origen radique en un comportamiento autonómico. Tampoco son más graves las violaciones autonómicas de las obligaciones comunitarias que las estatales, pues —examinadas las categorías en que pueden encuadrarse— consisten menos en la falta de transposición de las normas europeas... que en su incorrecta ejecución administrativa o implementación normativa en nuestro ordenamiento jurídico».⁷ En la misma línea, se ha afirmado que

«la intervención de las Comunidades Autónomas en la incorporación del Derecho europeo no refleja ninguna perturbación singular. Su incumplimiento es cuantitativamente inferior al del Estado central y, cualitativamente, se trata, al igual que el del Estado central, de un incumplimiento a resultas de transposiciones incompletas o erróneas, en ocasiones con causa en el propio derecho estatal, y en la mayoría de los casos en forma de acto ejecutivo, lo cual facilita una restitución mucho más veloz que la del Estado central, que a menudo requiere una modificación legislativa. En definitiva, ni el cumplimiento de las Comunidades Autónomas tiene una naturaleza patológica —simple ausencia de transposición—, ni supera cuantitativamente el incumplimiento del Estado central».⁸

Con todo, hay que recordar que las dos sentencias dictadas hasta el presente contra España en las que el TJ ha decidido medidas económicas se deben al comportamiento de Comunidades Autónomas.⁹ Por otro lado, con

6 *Report from the Commission, 29th Annual Report on Monitoring the Application of EU Law*, 2011, Anexo I, p. 41. En las estadísticas ofrecidas en el *Informe anual* de 2012 del TJUE se pone de relieve que el total de recursos iniciados contra España ante el Tribunal es de 238 (véase p. 120 del citado informe) y que la mayoría de los asuntos terminados entre el 2008 y el 2012 han sido estimados (*Ibid.*, p. 107).

7 CIENFUEGOS MATEO, Manuel. «Instrumentos de colaboración procesal entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la prevención de los incumplimientos autonómicos del Derecho de la Unión Europea», en BIGLINO CAMPOS, Paloma; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (dirs.), *El incumplimiento del derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid: CEPC, 2011, pp. 88-89. Véase por su interés el cuadro-resumen sistematizado que ofrece este autor y que abarca las sentencias dictadas contra España entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2009, y en el que identifica, entre otros datos, el tipo de infracción y su autor. En cuanto a las materias objeto de incumplimiento autonómico, M. Cienfuegos Mateo apunta las ayudas públicas, el transporte, la pesca y el medio ambiente (*ibid.*, p. 101); puede verse también del mismo autor «Comunidades Autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *REAF* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic], núm. 59 (2007), p. 55.

8 AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español», *REAF* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic], núm. 9 (2009), p. 140. Sobre el comparativamente más bajo índice de incumplimiento de las Comunidades Autónomas, véase asimismo GÓMEZ PUENTE, Marcos. «Organización territorial del Estado y Unión Europea: a propósito del incumplimiento del Derecho Comunitario», en ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo.; SERNA VALLEJO, Margarita (coords.). *Estudios de Derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Universidad de Cantabria, 2009, p. 403.

9 STJCE de 25 de noviembre de 2003, *Comisión c. España*, asunto C-278/01; STJUE de 11 de diciembre de 2012, *Comisión c. España*, asunto C-610/10. Como se recordará, en el primer caso se condenó a España al pago de 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/CEE relativa a la calidad de las aguas de baño quedara demostrada respecto del año en cuestión, a partir del momento en que se evaluara la calidad de las aguas de baño correspondiente a la primera temporada de baño siguiente al pronunciamiento de la sentencia y hasta el año en el que se completara la ejecución de la STJCE de 12 de febrero de 1998, *Comisión c. España*, asunto C-92/96; sin embargo, al final no hubo que abonar la multa coercitiva impuesta por estimar la Comisión que ya se había producido el cumplimiento. En el segundo caso, relativo a la inexecución de la STJCE de 2 de julio de 2002 (*Comisión c. España*, asunto C-499/99), que declaró ilegales las ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma del País Vasco al grupo Magefesa, el TJUE condenó a España, por un lado, a pagar una multa coercitiva de 50 000 euros por cada día de retraso en la puesta en práctica de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la citada sentencia, a partir de la fecha de pronunciamiento de la sentencia dictada en virtud del artículo 260 TFUE y hasta la fecha de ejecución de la primera sentencia; por otro, condenó también

carácter general, conviene tener presente que en otros Estados miembros de la UE caracterizados también por la alta descentralización política existen mecanismos de repercusión de las consecuencias económicas del incumplimiento, como es el caso de Alemania, Bélgica e Italia.¹⁰ En España, este camino se ha recorrido lentamente.

2 La etapa de los mecanismos sectoriales de repercusión de la responsabilidad

Tras años de vacío legal, la cuestión de la ventilación de la responsabilidad hacia la Administración o Administraciones responsables comenzó a articularse exclusivamente en relación con los ámbitos materiales más propicios a generar consecuencias económicas adversas; por eso, la regulación se centró primero en la responsabilidad en la gestión de los fondos europeos¹¹ y en la responsabilidad por déficit excesivo.¹² Lo relativamente tardío de esta legislación sectorial contrasta con el temprano reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la potestad de repercusión por parte del Estado, efectuada por la STC 79/1992¹³ y reiterada en la STC 148/1998, en la que —tras recordar la sentencia anterior— añade:

«Corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria, así como los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias».¹⁴

Desde la perspectiva de la responsabilidad económica vinculada al recurso por incumplimiento, la primera norma —igualmente sectorial— se encuentra en el artículo 121 bis del texto refundido de la Ley de Aguas,¹⁵ introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social como respuesta a la STJCE de 25 de noviembre de 2003, que acababa de condenar a España al pago de una multa coercitiva por inejecución de la STJCE de 12 de febrero de 1998,¹⁶ que declaraba el incumplimiento por España de la Directiva 76/464 sobre calidad de las aguas de baño. A tenor del citado artículo 121 bis:

«Las Administraciones públicas competentes en cada demarcación hidrográfica, que incumplieran los objetivos ambientales fijados en la planificación hidrológica o el deber de informar sobre estas cuestiones, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba».

Hubo que esperar hasta el 2009 para que se incluyera otra cláusula de responsabilidad en la Ley 17/2009, de

a España a abonar la suma a tanto alzado de 20 millones de euros.

10 Una exposición detallada del sistema seguido aplicable en cada uno de estos Estados se encuentra en el *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario*, del Consejo de Estado, de 15 de diciembre de 2010 (pp. 186-188 respecto a Italia; pp. 193-195 sobre Alemania; pp. 204 en relación con Bélgica y pp. 207-209 para unas conclusiones comparadas).

11 Artículo 44 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social; artículo 7 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, recientemente modificado por la disposición final segunda del R. D.-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.

12 Artículo 11 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (con posterioridad, art. 10.5 del texto refundido de esta ley, aprobado por R.D. Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, derogado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

13 Para el TC, 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» (FJ 5).

14 FJ 8. El Tribunal enuncia de la misma manera su posición en la STC 96/2002 (FJ 10).

15 Aprobado por R. D. Legislativo 1/2001, de 20 de julio, *Boletín Oficial del Estado* (24 de julio de 2001), pág. 26791-26817.

16 *Comisión c. España*, asunto C-92/96.

23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.¹⁷ Se trata de la disposición final cuarta, titulada «Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento», conforme a la cual:

«Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará la audiencia de la Administración afectada».

En el contexto de la transposición de la Directiva de servicios, la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de Ordenación del Comercio Minorista,¹⁸ también incluyó una disposición adicional séptima acerca de la compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento de contenido idéntico a la de la Ley 17/2009.¹⁹ Por último, la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino,²⁰ ha sido la última de la saga de regulaciones sectoriales con su disposición adicional tercera, que, bajo la rúbrica de «responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario», señalaba:

«3. Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley respecto a obligaciones derivadas de normas del Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas 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.

4. El Consejo de Ministros, previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar, en su caso, la compensación de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario. En dicha resolución que se adopte se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas, se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad, y se acordará la extinción total o parcial de la deuda. Dicho acuerdo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*».²¹

En una valoración de conjunto de estas cláusulas, el Consejo de Estado ha entendido que «el interés del legislador [...] es consecuencia de la regulación comunitaria de procedimientos expeditivos para corregir los eventuales incumplimientos de los Estados miembros [...]. Establecido en la reforma operada en Maastricht, el procedimiento de ejecución de sentencias por el que el Tribunal de Justicia puede imponer sumas a tanto alzado y multas coercitivas, no fue una preocupación para el legislador español hasta que España fue

17 *Boletín Oficial del Estado* (24 de noviembre de 2009), pp. 99570-99593.

18 *Boletín Oficial del Estado* (2 de marzo de 2010), pp. 20216-20225.

19 En su Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el anteproyecto de esta ley, el Consejo de Estado señaló sin éxito que este texto no era el lugar adecuado para la inserción de esa cláusula, habida cuenta de que el mecanismo ya estaba previsto en la Ley 17/2009. En cambio, la misma observación efectuada en el Dictamen 779/2009, de 21 de mayo de 2009, respecto al anteproyecto de Ley 25/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio fue tomada en consideración, por lo que la citada ley no contiene disposición sobre el tema.

20 *Boletín Oficial del Estado* (30 de diciembre de 2010), pp. 108464-108488.

21 Al analizar en su Dictamen 91/2010, de 25 de febrero de 2010, la versión inicial de esta disposición, similar entonces a la de la Ley 17/2009, el Consejo de Estado advirtió de que «su carácter es tan general que debe replantearse si dicha solución debe figurar en esta ley». En el proyecto de ley enviado a las Cortes se modificó su contenido, ajustándolo al de la cláusula de corresponsabilidad del proyecto de Ley de Economía Sostenible.

condenada por un procedimiento de tal naturaleza [...]».²² En lo que respecta al contenido de las cláusulas, destaca que:

«El examen comparado de las distintas previsiones [...] permite concluir que [...] la atención ha estado más dirigida a la existencia misma de la cláusula de traslado de responsabilidades que a la fijación de los criterios para delimitarlas o a la articulación de un procedimiento para hacer efectiva su repercusión».²³

En este orden de ideas, lleva razón quien dice que:

«Estas cláusulas se mueven en un espacio normativo ambiguo. En lo que tienen de imputación de responsabilidad, no dejan de ser un mero recordatorio si asumimos que constitucionalmente los poderes públicos son responsables de sus actos, por más que la Unión atribuya de modo general al Estado miembro la responsabilidad. La relevancia de estas cláusulas residiría en lo que tuviesen de aclaratorias respecto al procedimiento adecuado para determinar la correspondiente responsabilidad. Sin embargo, en este aspecto son parcas».²⁴

La primera norma en regular sectorialmente la repercusión de la responsabilidad, la contenida en la Ley de Aguas, se encuentra entre los preceptos de esta Ley que fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el 2004 por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla-La Mancha, recientemente resuelto por la STC 36/2013, de 14 de febrero. Para el recurrente, el artículo 121 bis contendría un procedimiento sancionador en el que «es la Administración del Estado la que, en cada caso, debe determinar si existe responsabilidad por parte de alguna otra Administración pública y, en su caso, hasta dónde alcanza dicha responsabilidad»; se trataría de un mecanismo de control sin cobertura constitucional. Además, a su juicio, este artículo «hace caso omiso del deber de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se impone a ambos a la hora de ejecutar el Derecho europeo, y hace caso omiso de los instrumentos existentes para hacer efectivos ese deber, configurando a la Administración del Estado como un aparato meramente de represión de conductas políticas y de recaudación de cantidades que han salido de sus cuentas, con el fin de compensar el déficit que ello le haya generado».²⁵ En cambio, el abogado del Estado sostuvo que «junto al ejercicio pleno de la autonomía existe responsabilidad por ese ejercicio y, en particular, cuando de este se derivan cargas innecesarias para el Reino de España y en definitiva para los administrados».²⁶

En su sentencia, el TC no ha hecho un gran esfuerzo argumentativo para desestimar el reproche de inconstitucionalidad, limitándose a invocar su doctrina sobre el poder estatal de repercusión:

«Este Tribunal ha afirmado que, aunque la responsabilidad *ad extra* de la Administración estatal por incumplimientos del Derecho de la Unión Europea no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, “tampoco le impide repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda” (SSTC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 5; 148/1998, de 2 de julio, FJ 8; o 96/2002, de 25 de abril, FJ 10). De acuerdo con nuestra jurisprudencia, reiterada en la STC 198/2011, de 13 de diciembre, FJ 15, respecto del art. 11 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, que tiene una redacción muy similar al precepto aquí cuestionado, 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 europea, sino también “los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio

22 Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario, de 15 de diciembre de 2010, pp. 169-170.

23 *Ibid.*, p. 170.

24 AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. «¿Quién ha de pagar el incumplimiento del Derecho de la Unión, el Estado o las Comunidades Autónomas? A propósito de algunos aspectos de interés del Informe del Consejo de Estado español de 15 de diciembre de 2010», *REAF* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms], núm. 15 (2012), p. 88, nota 6.

25 Los argumentos de Castilla-La Mancha transcritos se encuentran recogidos en el FJ 9 de la Sentencia; pueden verse también en el apartado 2 h) de los Antecedentes.

26 Antecedentes, apartado 7 d).

Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias” (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 8). Con base en esta doctrina se debe desestimar la impugnación del art. 121 bis». ²⁷

Es exactamente la misma parca respuesta con la que en la STC 198/2011, de 13 de diciembre, desestimó asimismo el recurso contra el artículo 11 de la Ley 18/2001, de 12 de septiembre, sobre la responsabilidad financiera derivada del incumplimiento de los compromisos en materia de estabilidad presupuestaria ²⁸ y la que esgrime de nuevo en la STC 130/2013, de 4 de junio, ante la impugnación del artículo 7.2 y 3 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, sobre la responsabilidad económica de las Comunidades Autónomas como consecuencia de su gestión de subvenciones financiadas por la UE. ²⁹

3 El cambio parcial de tendencia: de la regulación sectorial a las cláusulas generales en leyes sectoriales

Ya sea por discrepar del enfoque, ya por considerar insuficiente la regulación parcial, el caso es que la fórmula de la legislación sectorial nunca tuvo muchos partidarios. Durante años, el Consejo de Estado vino defendiendo la necesidad de un cambio de tendencia para establecer un mecanismo general de repercusión. En su empeño, el Consejo de Estado utilizó los informes generales emitidos en respuestas a consultas planteadas por el gobierno de España. Así, en su Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, de 16 de febrero de 2006, ya apuntó «la posibilidad de repercutir a la Comunidad Autónoma incumplidora las consecuencias económicas de la responsabilidad del Estado» ³⁰ y, tras recordar que «Se ha sostenido la posibilidad de que una ley reconozca a la Administración la facultad de recobrar la suma a tanto alzado o el importe de la multa coercitiva que haya abonado el Estado, mediante la exigencia del reintegro por la Comunidad Autónoma o Entidad Local a la que materialmente sean imputables los incumplimientos de los que deriva el pago por el Estado de la referida suma o multa coercitiva», ³¹ propuso que en la reforma de la Constitución «se incluyese la remisión expresa a una ley estatal que desarrolle los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario que sean imputables a una Comunidad Autónoma y el procedimiento para repercutir dicha responsabilidad en ella». ³² Luego, en el Informe sobre la inserción del Derecho comunitario en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, el órgano consultivo reitera que frente al planteamiento sectorial,

«entiende el Consejo de Estado que la posibilidad de repetir sobre la entidad territorial responsable el pago de la multa coercitiva o suma a tanto alzado que el Tribunal de Justicia pueda imponer por incumplimiento de una primera sentencia condenatoria, posibilidad que contemplan otros Estados miembros de estructura descentralizada, debería ser tratada con un enfoque general». ³³

Por último, en su Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario de 15 de diciembre de 2010, tras señalar que «las soluciones normativas han ido articulándose *ad casum*», se lamenta de que «tampoco se aprecia un cambio de tendencia, a pesar de la recomendación de una regulación general hecha por el Consejo de Estado». ³⁴

27 FJ 9.

28 FJ 15.

29 FJ 9 D). En este caso, la no impugnación en el recurso del apartado 1 del artículo 7 de la Ley obliga al TC a una labor de interpretación de mayor contenido.

30 *Informe*, p. 124.

31 *Ibid.*, p. 125.

32 *Ibid.*, p. 126.

33 *Ibid.*, p. 260.

34 *Ibid.*, p. 155. También en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios aprovechó para apuntar que «El Consejo de Estado ha puesto de manifiesto en ocasiones anteriores la necesidad de afrontar con nitidez y decisión el establecimiento de un régimen interno de asignación de responsabilidades por la falta de transposición o por la mala transposición de las normas comunitarias y de abordar la regulación de la responsabilidad de

En esta reivindicación, el Consejo no estaba solo, pues desde sectores doctrinales se emitían opiniones en el mismo sentido. En efecto, durante la etapa de la regulación sectorial, se dijo que «sería preferible aprobar una ley específica [...] que establezca un procedimiento general suficientemente detallado de cómo tiene que actuar el Estado para recuperar el importe de las sumas a tanto alzado y las multas coercitivas que le hayan sido impuestas por el Tribunal de Justicia en razón de conductas autonómicas».³⁵ Se comentó asimismo que:

«Convendría [...] que la repercusión nacional de la responsabilidad comunitaria del Estado estuviera reconocida por la Ley [...] de manera general, no de forma fragmentada o sectorial [...] que la repercusión no estuviera legalmente prevista solo en el específico ámbito de las ayudas, sino de modo general, para darle adecuada cobertura legal en todas las situaciones en que resulte procedente y para que no resulte jurídicamente incierta su viabilidad o cauce formal. Convendría que estuvieran debidamente articulados las modalidades y los procedimientos de la repercusión para que esta se lleve a cabo con las debidas garantías formales, el debido respeto de la autonomía de las instituciones afectadas y en las condiciones de paridad que el principio de lealtad institucional y colaboración exigen».³⁶

En cuanto a los instrumentos para dar cabida a la propugnada regulación general, como se ha indicado más arriba, el Consejo de Estado consideró conveniente que, aprovechando la reforma de la Constitución, se incluyera una remisión expresa a una ley estatal de desarrollo,³⁷ mientras que algún autor se preguntó si convendría que el reconocimiento de la repercusión de la responsabilidad estuviera también en los Estatutos de Autonomía.³⁸

Con todo, la posición favorable a una normativa general estatal no es unánime, pues otros han afirmado que «la adopción de una ley española *ad hoc* no sería [...] perentoria y, por lo demás, resultaría muy difícil legislar en este ámbito dado que solo podrían establecerse principios demasiado genéricos, que, en esencia, serían una reproducción de los principios establecidos por la Ley estatal de procedimiento administrativo común»³⁹ y algún autor ha sostenido, por una parte, la innecesariedad de arbitrar un procedimiento específico por entender que ya existen mecanismos suficientes para afrontar la atribución de responsabilidad y, por otra, que cabe acudir a otras soluciones ofrecidas conjuntamente por el Derecho de la UE y el estatal.⁴⁰

las Comunidades Autónomas por incumplimiento de su obligación de transposición del Derecho comunitario desde una perspectiva amplia y general, superando así el planteamiento sectorial que ha dominado hasta ahora esta cuestión».

35 CIENFUEGOS MATEO, Manuel. «Instrumentos de colaboración procesal entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la prevención de los incumplimientos autonómicos del Derecho de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 106. La oportunidad de una ley estatal general ya había sido indicada por este autor en «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *op. cit.*, p. 79.

36 GÓMEZ PUENTE, Marcos. «Organización territorial del Estado y Unión Europea: a propósito del incumplimiento del Derecho comunitario», *op. cit.*, p. 416. En idénticos términos ya se había expresado este autor en «La responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario», en *Estatuto y Unión Europea* [Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms], núm. 49 (2006), p. 180 y en «Un apunte sobre la dimensión regional de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», en *Informe Comunidades Autónomas. 2004* [Universitat de Barcelona, Instituto de Derecho Público-Institut de Dret Públic] (2005), p. 11. Por su parte, F. Pascua Mateo asume el planteamiento del Consejo de Estado en «La ejecución normativa del Derecho comunitario en España: problemas y perspectivas», en *El Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del Informe, estudios y ponencias*, Madrid: Consejo de Estado, CEPC, 2008, pp. 578-579.

37 En la doctrina, esta fórmula fue apuntada por CIENFUEGOS MATEO, Manuel, en su trabajo «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *op. cit.*, p. 79.

38 Es el caso de GÓMEZ PUENTE, Marcos, en sus trabajos «Organización territorial del Estado y Unión Europea: a propósito del incumplimiento del Derecho comunitario», *op. cit.*, p. 416, y «La responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario», *op. cit.*, p. 180.

39 ORDÓÑEZ SOLÍS, David. «La responsabilidad de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación», en BIGLINO CAMPOS, Paloma; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E (dirs.). *El incumplimiento del derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid: CEPC, 2011, p. 179.

40 Es la posición defendida por AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, en sus trabajos «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español» y «¿Quién ha de pagar el incumplimiento del Derecho de la Unión, el Estado o las Comunidades Autónomas? A propósito de algunos aspectos de interés del Informe del Consejo de Estado español de 15 de diciembre de 2010», *op. cit.*

En cualquier caso, hoy ya estamos ante dos hechos ciertos: por un lado, que se ha adoptado regulación general; por otro, que los nuevos Estatutos de Autonomía no han consagrado el principio de repercusión,⁴¹ a lo que cabe añadir que las perspectivas de reforma de la Constitución parecen lejanas. Así las cosas, y sin menospreciar la relevancia del debate apuntado, parece oportuno centrarse ahora en el análisis de dicha legislación y su desarrollo.

3.1 La efímera disposición adicional primera de la Ley de Economía Sostenible

Le corresponde a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible,⁴² en su disposición adicional primera, proporcionar la primera regulación general en el tema que nos ocupa, bajo la rúbrica de «responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario», con el contenido siguiente:

«1. Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas 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.

2. El Consejo de Ministros, previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar, en su caso, la compensación de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario. En dicha resolución que se adopte se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas, se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad, y se acordará la extinción total o parcial de la deuda. Dicho acuerdo se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

3. Se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo establecido en la presente disposición, regulando las especialidades que resulten aplicables a las diferentes Administraciones Públicas y entidades a que se refiere el apartado 1 de esta disposición».

Ni que decir tiene que el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el anteproyecto de ley,⁴³ tras destacar que «persigue un objetivo más ambicioso, al tratar de generalizar lo que hasta ahora han sido esencialmente previsiones vinculadas a leyes o materias concretas y perfilar una regulación más completa y específica», afirmó que «valora positivamente esta iniciativa, pues para garantizar un mejor cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, es preciso contar, entre otros instrumentos, con un mecanismo de alcance general para repercutir las responsabilidades declaradas por su incumplimiento y, en general, de las consecuencias financieras de tales incumplimientos, lo cual resulta especialmente necesario en los Estados de estructura territorial descentralizada», sin perjuicio de aprovechar la oportunidad para insistir en que «cabría sopesar la posibilidad de que fuera en una ley ad hoc donde se regulara con mayor detalle el mecanismo de compensación previsto, partiendo de una perspectiva general que superara las actuales regulaciones parciales y sectoriales».

La regulación contenida en esta disposición es idéntica a la de la Ley de Protección del Medio Marino ya citada⁴⁴ y, por tanto, comparte con ella la atribución al Consejo de Ministros de la competencia para declarar

41 No obstante, al analizar lo que denomina la realidad europea en los nuevos Estatutos de Autonomía, CIENFUEGOS MATEO, Manuel, apunta que «indirectamente se puede encontrar confirmación de que asumen esta responsabilidad si se lleva a cabo una lectura sistemática coherente de los preceptos dedicados a regular las relaciones de cada Autonomía con la UE» («Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *op. cit.*, p. 88).

42 *Boletín Oficial del Estado* (5 de marzo de 2011), pp. 25033-25235.

43 Dictamen 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

44 La tramitación de la Ley de Economía Sostenible y de la Ley de Protección del Medio Marino fue coetánea. Como ya se ha señalado en la nota 21, el tenor inicial de la cláusula inserta en el anteproyecto de la Ley de Protección del Medio Marino era similar a la de la Ley 17/2009; por su parte, el Dictamen 91/2010 del Consejo de Estado sobre ese anteproyecto cuestionó la conveniencia de incorporar tal cláusula en una ley específica; al final, el legislador acabó dando a las disposiciones de la Ley de Economía Sostenible y de la Ley de Protección del Medio Marino el mismo contenido.

la responsabilidad y determinar el alcance de la compensación y la habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario. El Consejo de Estado, cuyas sugerencias en materia de procedimiento fueron atendidas, había aconsejado en su Dictamen una mayor concreción en relación con los distintos supuestos de incumplimiento y las reglas de imputación, considerando que la disposición «cuando menos [...] debiera enunciar los criterios que habría que considerar para determinar en qué medida son imputables las responsabilidades (origen de la infracción, proporcionalidad, etc.); aunque también cabe pensar en modelos más cerrados o definidos como el alemán». Todo esto explica que en su Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario, de 15 de diciembre de 2010, el órgano consultivo valorara la cláusula de la Ley como «un avance significativo dada la generalización de la ventilación de responsabilidades por cualquier incumplimiento del derecho comunitario, poniendo fin a la proliferación de cláusulas parciales que podría avalar la interpretación de que la repercusión por el Estado es inviable en los sectores no contemplados expresamente», pero considera que existe «un margen de mejora y, sobre todo, de desarrollo».⁴⁵ Sin embargo, como veremos, la vida de esta primera cláusula general de repercusión de responsabilidad ha resultado corta y no ha habido tiempo para el esperado desarrollo.

3.2 Un paso más: la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF)⁴⁶

Adoptada en desarrollo del nuevo artículo 135 de la Constitución tras su reforma en septiembre de 2011, esta Ley se enmarca —como es sabido— en el contexto de los compromisos asumidos por España en relación con la gobernanza económica europea. Desde la perspectiva de este trabajo, hay que destacar en primer término la consagración en su artículo 8 del principio de responsabilidad, a cuyo tenor:

«1. Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España en relación con la normativa europea, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.

En el proceso de asunción de responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración o entidad afectada.

2. El Estado no asumirá ni responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de los entes previstos en el artículo 2.2 de esta Ley vinculados o dependientes de aquellas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.

Las Comunidades Autónomas no asumirán ni responderán de los compromisos de las Corporaciones Locales ni de los entes vinculados o dependientes de estas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos».⁴⁷

En segundo lugar, la disposición adicional segunda regula de nuevo la «responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario»⁴⁸ de la siguiente forma:

«1. Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad

⁴⁵ Informe, pp. 172-173.

⁴⁶ Boletín Oficial del Estado (30 de abril de 2012), pp. 32653-32675.

⁴⁷ Pese a indicar que se trata de un principio nuevo, el preámbulo de la Ley no le dedica ningún comentario, a diferencia de lo que hace con los demás principios generales establecidos en el capítulo II de la Ley.

⁴⁸ Nótese que tanto esta ley como la de economía sostenible persisten en la expresión clásica «derecho comunitario». Es cierto que se sigue usando convencionalmente, pero para dar título a la disposición seguramente hubiera sido más acertado hablar del «derecho de la Unión Europea», como luego se hace en el apartado 1 de la cláusula. Así lo había apuntado con razón el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010 sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, sin perjuicio de la pequeña paradoja que supone el que el propio órgano consultivo utilice también la expresión «derecho comunitario» en el título de su Informe de 15 de diciembre de 2010.

con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten.

2. El Consejo de Ministros, previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar, en su caso, la compensación o retención de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario. En dicha resolución que se adopte se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas y se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad. Dicho acuerdo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*.

3. Se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo establecido en la presente disposición, regulando las especialidades que resulten aplicables a las diferentes Administraciones Públicas y entidades a que se refiere el apartado 1 de esta disposición».

La simetría con la cláusula de la Ley de Economía Sostenible es completa salvo dos detalles consistentes, respectivamente, en un añadido y una omisión: por un lado, la referencia expresa a que el Consejo de Ministros podrá acordar la compensación «o retención» de la deuda; por otro, la desaparición de la mención a que en la resolución del Consejo de Ministros se acordará «la extinción total o parcial de la deuda».

Estamos de nuevo ante una cláusula general inserta en una ley sectorial que en este caso tiene, según su propio preámbulo, tres objetivos: «garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas; fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española; y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria». Siendo así, se comprende el problema sobre el instrumento normativo empleado que advirtió el Consejo de Estado en su Dictamen 164/2012, de 1 de marzo de 2012, sobre el anteproyecto: el carácter orgánico se justifica si se trata de una norma de repercusión de las responsabilidades por incumplimiento de las normas de la UE en materia de estabilidad presupuestaria; esto es, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y de las demás disposiciones europeas que inciden sobre la estabilidad presupuestaria, entre las que cabe destacar el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, pero no se justifica en el caso de incumplimientos por otras causas. Ello explica que el Consejo de Estado aconsejara que «De mantenerse la disposición adicional segunda en sus actuales términos, debiera suprimirse por innecesaria y meramente reiterativa de lo que ya se establece en la Ley de Economía Sostenible; o, cuando menos, introducirse sin carácter orgánico pues es claro que excedería del ámbito material delimitado por el artículo 135 de la Constitución» y propusiera cambiar el enfoque general para centrarla en un mecanismo que tuviera en cuenta las especificidades de los incumplimientos relacionados con la estabilidad presupuestaria como una cláusula ubicada en el propio articulado de la Ley.⁴⁹ Estas consideraciones no fueron tenidas en cuenta y la disposición adicional segunda se mantuvo como cláusula general, lo que ha producido un caso de redundancia normativa: dos regulaciones prácticamente idénticas, una con rango de ley ordinaria y otra con rango de ley orgánica, en una pintoresca situación que se ha mantenido durante más de un año. Por añadidura, y en contra de lo sugerido por el órgano consultivo, la LOEPSF deroga la legislación que hasta entonces sustentaba el mecanismo de ventilación de las responsabilidades financieras en materia de déficit excesivo.⁵⁰

4 La simplificación incompleta del panorama legal: el R. D.-Ley 7/2013

La adopción de las sucesivas cláusulas sectoriales y generales hasta aquí comentadas, aplicables en casos de responsabilidad económica vinculada a las sentencias dictadas por el TJUE en relación con recursos por incumplimiento, que además venían conviviendo con las específicas relativas a la gestión de fondos europeos y a los incumplimientos por déficit excesivo, creó un panorama legal complejo que reclamaba clarificación. Esta tarea ha sido asumida por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes

⁴⁹ En coherencia con su planteamiento, el Consejo de Estado hizo una serie de sugerencias sobre el ámbito objetivo, las reglas de imputación y el procedimiento que a su juicio deberían integrarse en la cláusula.

⁵⁰ En efecto, la disposición derogatoria única deroga el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por R. D.-Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, cuyo artículo 10.5 contenía dicho mecanismo.

de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación,⁵¹ que deroga expresamente:

- «a) El artículo 121 bis del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.
- b) La disposición final cuarta de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- c) Los apartados tercero y cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección al Medio Marino.
- d) La disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible».

De esta forma, la regulación de la repercusión de las consecuencias financieras que pueden derivarse del artículo 260 TFUE se queda ahora concentrada en las previsiones de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, aunque sorprendentemente permanece vigente la disposición adicional séptima de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de ordenación del comercio minorista, que está demostrando una inusitada capacidad de resistencia, si tenemos en cuenta que ya había sobrevivido a la propuesta de supresión efectuada por el Consejo de Estado.⁵²

5 El desarrollo normativo del mecanismo de repercusión de la responsabilidad: el R. D. 515/2013

La simplificación del panorama legal ha sido seguida por la adopción del R. D. 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.⁵³ Su preámbulo destaca que en él se desarrolla un procedimiento general de determinación y repercusión de las responsabilidades derivadas de los incumplimientos del Derecho de la UE, lo que «supone una gran novedad en el ordenamiento jurídico español, ya que hasta la fecha sólo existían regulaciones dispersas y de carácter sectorial en determinadas materias, como son la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea, los compromisos adquiridos en materia de estabilidad presupuestaria, en materia de aguas o los servicios del mercado interior». El Consejo de Estado, cuyo dictamen sobre el proyecto ha sido muy tenido en cuenta en la versión final del texto y de quien el preámbulo cita expresamente el Informe de 15 de diciembre de 2010, también consideró que este Real Decreto «merece una valoración positiva, toda vez que se pone fin a la fragmentación existente, ahora en el plano reglamentario, y se articulan de modo completo los trámites de procedimiento necesarios para determinar y exigir (repercutir) las responsabilidades últimas derivadas del incumplimiento del Derecho de la UE».⁵⁴ El citado preámbulo parte de las obligaciones de España de aplicar este Derecho de acuerdo con los principios de primacía, efecto directo y cooperación leal, recordando que:

«Como Estado territorialmente descentralizado, estos principios vinculan al conjunto de las Administraciones Públicas. No obstante, es el Reino de España, tal y como establecen los Tratados europeos, el responsable ante dichas instituciones por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En todo caso, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, cada Administración es responsable de cumplir internamente con las obligaciones europeas, tal y como ha reiterado ampliamente

51 *Boletín Oficial del Estado* (29 de junio de 2013), pp. 48767-48781.

52 Véase nota 19. Por lo que se refiere a la responsabilidad vinculada a la gestión de fondos europeos, la disposición final segunda del R. D.-Ley 7/2013 modifica el artículo 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

53 *Boletín Oficial del Estado* (6 de julio de 2013), pp. 50508-50519. Conviene aclarar que el ámbito objetivo de aplicación de este R. D. desborda el propósito de este trabajo, pues abarca toda sanción impuesta a España «mediante sentencia, acto o decisión ejecutiva de las instituciones europeas» (art. 3.2); por ello, el análisis que a continuación se ofrece de este R. D. en la presente contribución se hace desde la óptica de la responsabilidad económica vinculada al recurso por incumplimiento, sin entrar en otras dimensiones de las que también se ocupa el R. D., como es la normativa aplicable a los procedimientos de déficit excesivo y las especialidades en relación con los fondos europeos.

54 Dictamen 569/2013, de 13 de junio de 2013. Pese a esta opinión favorable, el órgano consultivo apunta que la fórmula «aunque se aparte, como ya lo había hecho el legislador orgánico, de la sugerencia de este Consejo relativa a la aprobación de una ley integral sobre la materia, de contenido sustantivo y procedimental».

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que conlleva que la Administración General del Estado pueda repercutir a la Administración que corresponda la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea».

Desde el plano del derecho español, se recuerda que la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, dictada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución española, ha desarrollado el principio de responsabilidad tanto en su artículo 8 como en su disposición adicional segunda, que específicamente se refiere a la responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea; este principio «permite repercutir a la Administración incumplidora las responsabilidades derivadas de cualquier acción u omisión contraria al ordenamiento europeo que haya realizado en el ejercicio de sus competencias».⁵⁵

Partiendo de estas premisas, el R. D. se dicta en desarrollo de la disposición adicional segunda de la LOEPSF y regula el procedimiento y los criterios para la determinación y repercusión de las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, determinando su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, así como los mecanismos para hacer efectiva la repercusión. Determinado el ámbito subjetivo de aplicación mediante remisión al artículo 2 de la LOEPSF,⁵⁶ es claro que las Comunidades Autónomas se encuentran entre «Las Administraciones [...] que, en el ejercicio de sus competencias o funciones, incumplieran por acción u omisión el Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado con carácter ejecutivo por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se deriven de tal incumplimiento»⁵⁷ y, en esta dirección, dentro del ámbito objetivo de aplicación de la normativa, entre las sanciones susceptibles de repercusión se encuentra «la imposición, mediante sentencia [...] de una multa a tanto alzado o una multa coercitiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea».⁵⁸

En relación con ese ámbito objetivo, el artículo 3.3 consagra una tipificación no exhaustiva de incumplimientos:

- «3. Se entenderá que existe un incumplimiento cuando se realicen actuaciones u omisiones contrarias al Derecho de la Unión Europea y en particular, entre otros, en los siguientes supuestos:
- a) Transposición tardía de directivas europeas al ordenamiento jurídico.
 - b) Transposición incorrecta de directivas europeas al ordenamiento jurídico.
 - c) Adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.
 - d) Mantenimiento en vigor o aprobación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea.
 - e) Falta de ejecución o ejecución incorrecta de sentencias, actos o decisiones dictados por las instituciones europeas».

Se ha optado así por combinar una definición general del ámbito objetivo de aplicación del mecanismo de repercusión con una lista de los posibles supuestos que pueden desencadenar su aplicación, pese a que — como dijera el Consejo de Estado— «la variedad de supuestos de incumplimiento que pueden plantearse no es susceptible de ser reconducida a una previa enumeración, pues ello dotaría a tal regulación de una excesiva rigidez y pudiera plantear el problema de algún caso que realmente constituye un supuesto de

⁵⁵ En sus alegaciones ante el TJUE en el caso *Magfesa*, España intentó rebajar las cuantías de la multa coercitiva y la suma a tanto alzado invocando el principio de responsabilidad. Según España, «toda vez que las ayudas ilegales en cuestión fueron concedidas por una Comunidad Autónoma que representa el 6,24 % del producto interior bruto español [...] y que el Derecho nacional obliga al Gobierno español a repercutir las sanciones que se impongan en su caso en el presente asunto en las entidades infraestatales responsables del incumplimiento del Derecho de la Unión, el tanto alzado de base debe fijarse [...] en 9,98 euros por día, resultado de multiplicar 160 euros por 6,24 %» (STJUE de 11 de diciembre de 2012, *Comisión c. España*, asunto C-610/10, apartado 91; en términos similares, el apartado 138). El TJUE no consideró este argumento.

⁵⁶ Artículo respecto del que el Consejo de Estado, en su Dictamen 164/2012, manifestó reticencias por contener una remisión al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96, del Consejo, cuyas definiciones, terminología y sistemática no se corresponden con las de la legislación española; reticencias que reitera en el Dictamen 569/2013.

⁵⁷ Artículo 3.1 del R. D.

⁵⁸ Artículo 3.2 del R. D.

incumplimiento y que, sin embargo, no quedaría cubierto por el mecanismo de repercusión al no estar contemplado expresamente como tal».⁵⁹ Con independencia de lo anterior, esta enumeración suscita dos comentarios. El primero, que, como algunas Comunidades Autónomas observaron durante la tramitación del proyecto, no se contempla expresamente la hipótesis de que sus incumplimientos puedan resultar imputables a la propia inactividad o actividad defectuosa del Estado en la transposición. En su Dictamen, el Consejo de Estado se hizo eco de esta cuestión, pero consideró que «esa faceta queda suficientemente salvaguardada en el proyecto a través de lo dispuesto en su artículo 5 (“responsabilidad concurrente”)».⁶⁰ En efecto, el artículo 5.1 del R. D. dispone que:

«1. Cuando se produzca una actuación u omisión conjunta de alguno o algunos de los sujetos establecidos en el artículo 2 y de la misma se derive un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en los términos previstos en el artículo 3, los sujetos intervinientes en dicha acción u omisión responderán de manera mancomunada, debiendo cuantificarse el grado de responsabilidad que corresponde a cada una de ellos y expresándose mediante porcentaje.

Para la determinación de la correspondiente responsabilidad se atenderá a las sentencias, actos o decisiones ejecutivas de las instituciones europeas que declaren el incumplimiento, y se ponderará en cada caso, entre otros, los criterios de competencia, intensidad de la intervención, participación en la financiación asignada y la reiteración.

En aquellos casos en que no sea posible la aplicación de estos criterios, la distribución se realizará por partes iguales entre cada uno de los sujetos incumplidores».

Esa interpretación es plausible, pero no deja de ser cierto que la falta de consagración expresa de tal hipótesis trasluce un interés en poner el énfasis incumplidor en las conductas de las Comunidades Autónomas y no tanto en las del Estado. La percepción de ese interés es lo que motiva también el segundo de los comentarios, relacionado con el apartado c) del artículo 3.3 ya transcrito, pues cabe puntualizar que la adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la UE constituirá o no un incumplimiento del Derecho de la Unión en la medida en que la Comunidad Autónoma lo ejecute normativamente de modo incorrecto o tardío, a lo que resulta ajeno, como parámetro de control y fuente de obligaciones, la normativa básica que el Estado hubiera aprobado en el ejercicio de sus competencias. De nuevo en esto se percibe una visión estatista, un cierto «solipsismo» estatal.⁶¹

El procedimiento a seguir para declarar la responsabilidad y efectuar la subsiguiente repercusión se extiende a lo largo de tres de los cuatro capítulos que configuran el R. D.⁶² Se ha optado por plasmar una configuración unitaria de dicho procedimiento, sin perjuicio de visibilizar sus diferentes fases.⁶³ Con carácter general, el diseño del procedimiento sigue el de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,⁶⁴ y recuerda, salvando las distancias, el regulado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de

⁵⁹ Informe, p. 280.

⁶⁰ Dictamen 569/2013, VI, C) d).

⁶¹ Sin embargo, en su Dictamen, el Consejo de Estado, recordando su Informe de 14 de febrero de 2008 en el que constataba que *de facto* es el Estado el que con carácter general asume la labor de transposición, y el Informe de 15 de diciembre de 2010 en el que señalaba el interés del Estado en aprobar normas de carácter básico a efectos de transposición de las directivas, se mostró partidario de la inclusión de este apartado, indicando que «como se ha observado con acierto durante el expediente, deberían incluirse de forma expresa —entre los incumplimientos [...] de este artículo 3.3— los relativos a una posible responsabilidad de las CCAA derivada de la falta de adecuación de su legislación (por demora o incorrección) a la legislación básica ya incorporada por la Administración estatal».

⁶² Capítulos II, III y IV, artículos 7-18.

⁶³ Que dan nombre a cada uno de los capítulos: capítulo II, «Iniciación del procedimiento y medidas de carácter provisional»; capítulo III, «Instrucción del procedimiento»; capítulo IV, «Finalización del procedimiento». La configuración unitaria era la recomendada por el Consejo de Estado en su Informe de 15 de diciembre de 2010 (véanse las pp. 284-285 del mismo). Este órgano consultivo ya había avanzado sugerencias sobre el procedimiento en el Dictamen 215/2010 sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.

⁶⁴ El cual, además, se aplicará supletoriamente (disposición final segunda).

Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo;⁶⁵ en él se garantiza la audiencia a las Administraciones o entidades afectadas, tal como requiere el artículo 8.1 de la LOEPSF, y se atribuye la competencia de resolución al Consejo de Ministros, conforme a lo ya establecido en la disposición adicional segunda de la LOEPSF.⁶⁶

Un aspecto relevante es el de los criterios de reparto de las responsabilidades financieras. El R. D., en su artículo 9.1 c), dispone sin más que el acuerdo de iniciación del procedimiento concretará, entre otros extremos, los «criterios de imputación y, en su caso, de distribución de la responsabilidad tenidos en cuenta» y que el acuerdo del Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento tendrá en cuenta «los hechos y fundamentos recogidos en las sentencias [...] de las que se derive el incumplimiento de la normativa europea y recogerá los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad» (art. 14.1). Este enfoque configura un amplio margen de discrecionalidad que sólo resulta acotado por la previsión del artículo 4.2, conforme a la cual «serán vinculantes para el Consejo de Ministros los [hechos y fundamentos jurídicos] contenidos en las sentencias [...] que las instituciones europeas hayan dictado al efecto». En esto, parece haberse seguido el parecer del Consejo de Estado en su Informe de 15 de diciembre de 2010, donde planteaba la opción entre dos modelos: «por un lado, la articulación de un sistema de carácter marcadamente objetivo, en el que se encuentran previamente determinadas las cuotas de reparto de las responsabilidades financieras en función de porcentajes numéricos; por otro lado, la de un sistema más flexible, pero también más complejo, en el que los porcentajes de reparto habrán de determinarse caso por caso, previa valoración de las circunstancias concurrentes»;⁶⁷ tras apuntar que el recurso al modelo alemán⁶⁸ plantearía dudas importantes en cuanto a su viabilidad en el caso español, pues exigiría una cobertura constitucional expresa, y descartar también la posibilidad de instrumentar un sistema objetivo de reparto en el que la responsabilidad financiera se distribuyera con arreglo a porcentajes previamente determinados, el cual simplificaría el procedimiento pero presentaría «la considerable dificultad de reducir a una enumeración la diversidad de supuestos que pueden plantearse en la práctica, restaría flexibilidad al sistema y, en última instancia, no permitiría valorar, de cara a la determinación de la responsabilidad imputable a cada Administración, las circunstancias concurrentes en cada caso»;⁶⁹ el órgano consultivo estatal consideraba más prudente tomar en consideración criterios de carácter general a ponderar en cada caso.⁷⁰

También conviene reseñar que, en lo que atañe a los mecanismos de repercusión de las responsabilidades, el artículo 17.3 contempla que con «carácter general, la compensación, deducción o retención se llevará a cabo, en primer lugar, con cargo a los recursos o flujos satisfechos por el Estado en aplicación de los regímenes de financiación que les resulten aplicables a las Comunidades Autónomas, Comunidad foral, Entidades Locales, incluidas las Diputaciones forales y Ciudades con Estatuto de Autonomía», pero también que «con carácter subsidiario, la compensación, deducción o retención se llevará a cabo con cargo a las transferencias, subvenciones y otras asignaciones de carácter finalista contempladas en la Ley de Presupuestos Generales

65 *Boletín Oficial del Estado* (4 de mayo de 1993), pp. 13250-13255.

66 Según el Consejo de Estado en su Informe de 10 de diciembre de 2010, esta atribución «es una opción razonable y preferible. Frente al argumento de falta de imparcialidad, hay que tener en cuenta la posición constitucional de dicho órgano colegiado como pieza fundamental de gobierno dentro del Estado en su conjunto, como órgano que no representa únicamente los intereses de la Hacienda estatal, sino en el que se integran los intereses de los distintos entes territoriales que componen el Estado español. Por otra parte, no hay que olvidar que el acuerdo adoptado es susceptible de recurso en vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Supremo» (*Informe*, p. 286).

67 *Informe*, p. 283.

68 También traído a colación en el Dictamen 215/2010 sobre el anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible a propósito de las reglas de imputación, que recomendaba concretar.

69 *Informe*, p. 284.

70 Véanse las pp. 282-284 del *Informe*. A favor de la fijación de una escala de pago se ha mostrado AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. «¿Quién ha de pagar el incumplimiento del Derecho de la Unión, el Estado o las Comunidades Autónomas? A propósito de algunos aspectos de interés del Informe del Consejo de Estado español de 15 de diciembre de 2010», *op. cit.*, p. 105. Véase también la propuesta de FERNÁNDEZ LLERA, Roberto, en su trabajo «Un enfoque federalista sobre procedimientos internos para delimitar la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en BIGLINO CAMPOS, Paloma; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (dirs.). *El incumplimiento del derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid: CEPC, 2011, pp. 205-215, referida fundamentalmente a los casos de déficit excesivo.

del Estado o en mecanismos extrapresupuestarios. Asimismo, la compensación, deducción o retención podrá efectuarse con cargo a los fondos e instrumentos financieros de la Unión Europea siempre y cuando sea posible de acuerdo con la normativa que regula cada uno de los Fondos Europeos». Al respecto, durante el trámite de elaboración del R. D., alguna Comunidad Autónoma cuestionó la posibilidad de recurrir a asignaciones de carácter finalista. En su Dictamen, el Consejo de Estado no encontró inconveniente en ello. Citando su Informe de 15 de diciembre de 2010, dijo que «puede establecerse —como hace el artículo analizado— “una suerte de prelación entre los distintos recursos disponibles para hacer efectiva la repercusión, de modo que primero se operaría sobre los recursos de carácter no finalista, [y] después sobre créditos, subvenciones y otras partidas de carácter finalista”». ⁷¹

El análisis del R. D. quedaría incompleto sin apuntar ciertas carencias y alguna cuestión dudosa. Varios de estos aspectos fueron puestos de relieve en las observaciones generales presentadas por las Comunidades y Ciudades Autónomas al proyecto que les fue remitido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ⁷² y que este rechazó. Se centraban en: «la falta en la norma de una mayor participación de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales; el hecho de que el proyecto deba contemplar la responsabilidad descendente, es decir, la que cause perjuicios patrimoniales a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales por un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea sólo atribuible al Estado; el entendimiento de que la materia debería regularse por ley con alcance general (especialmente, en lo relativo a los criterios objetivos de imputación y los principales trámites del procedimiento de determinación de la responsabilidad); y, finalmente, la naturaleza sancionadora del procedimiento que se establece, a pesar de la declaración en contrario de la parte expositiva». ⁷³

Compartimos plenamente la primera cuestión. No parece de recibo que la disposición adicional séptima, relativa a la cooperación interadministrativa, se limite a disponer que:

«Cuando en los términos previstos en el artículo 3 se imponga una sanción al Reino de España para cuyo cumplimiento sean necesarias acciones que competan a Administraciones Públicas distintas de la Administración General del Estado, corresponderá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con la asistencia, en su caso, de la Abogacía General del Estado, coordinar la cooperación y relaciones con las Administraciones implicadas»,

sin mencionar siquiera los órganos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tanto los de carácter multilateral como, en su caso, los de naturaleza bilateral. Si bien esta laguna ya se observa en las dos cláusulas generales de repercusión, ⁷⁴ este R. D. hubiera sido el lugar adecuado para integrar a tales órganos. También en esta línea, cabe recordar la sugerencia del Consejo de Estado en su Informe de 2008 de reconocer a nivel legal la participación de las Comunidades Autónomas cuyas competencias se viesan afectadas en los recursos por incumplimiento. ⁷⁵

Respecto a la segunda, es verdad que lo que se ha dado en denominar la repercusión descendente es un tema que desde hace tiempo se viene apuntando por la doctrina; como se ha dicho, «La respuesta, probablemente, no pueda ser la misma [...] pues la posición institucional del Estado y de las CCAA es distinta [...]. Por ello, la asimetría de régimen jurídico en la forma de repercutir dichas responsabilidades parece justificada. Pero no parece estarlo, en cambio, en el fondo, en la irresponsabilidad o la inmunidad del Estado frente a las CCAA

⁷¹ Dictamen 569/2013, VI, F).

⁷² Todas salvo Cantabria y Navarra.

⁷³ Así las sintetizó el Consejo de Estado en su Dictamen.

⁷⁴ FERNÁNDEZ LLERA, Roberto, señalaba como defecto de la disposición adicional primera de la Ley de Economía Sostenible «la ausencia total de referencia a los órganos de coordinación o de cooperación multilateral y, de forma muy especial, la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea, el Consejo de Política Fiscal y Financiera y la Conferencia Sectorial para Asuntos Locales» («Un enfoque federalista sobre procedimientos internos para delimitar la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *op.cit.*, pp. 202-203).

⁷⁵ Informe, p. 261.

perjudicadas, a la que podría llegarse por la inexistencia de cauces formales o mecanismos financieros para repercutir sobre aquél los perjuicios que hubieran padecido». ⁷⁶ Compartiendo que se trata de una dimensión relevante, es discutible que el lugar para abordarla sea un R. D. cuyo objetivo es regular los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión y cuyo presupuesto es que el Estado ya ha tenido que asumir el pago ante la UE pese a que hay otros responsables o corresponsables, porque cuando aquel ha sido el único responsable del incumplimiento carece de sentido pensar en la repercusión de sus consecuencias financieras. Otra cosa es que, si con el incumplimiento se hubiera causado un daño a las Comunidades Autónomas o a alguna de ellas, estaríamos ante un problema de responsabilidad patrimonial por violación del Derecho de la Unión, que se sustanciaría por esa vía específica.

En cuanto al tipo de instrumento regulador, ya hemos visto que para el Consejo de Estado lo óptimo sería una ley, y así lo viene señalando cada vez que tiene ocasión (y la última ha sido precisamente el Dictamen 569/2013 sobre el proyecto de R. D.), pero el legislador ha preferido recurrir a la fórmula de insertar una cláusula general en la LOEPSF, que incluye la habilitación para el desarrollo reglamentario, sin que con carácter general parezca que quepa reproche de legalidad, con independencia de la opinión que pueda merecer desde el punto de vista de la técnica normativa. Ahora bien, en relación con la categoría de instrumento normativo se plantea la siguiente cuestión específica: en su Informe de 1 de diciembre de 2010, el Consejo de Estado se preguntaba si la repercusión puede hacerse efectiva sobre los recursos que integran el sistema de financiación autonómica y, más en concreto, «si la utilización de recursos que integran el sistema de financiación autonómico para repercutir las responsabilidades financieras en que hubieran podido incurrir las Comunidades Autónomas por incumplimiento del Derecho europeo supone una alteración de los elementos esenciales de dicho sistema». ⁷⁷ El Consejo se respondía a sí mismo negativamente, pero daba por hecho que se trataba de una cuestión a regular mediante ley, y además reconocía que:

«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 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». ⁷⁸

Sin embargo, en su Dictamen sobre el R. D., el órgano consultivo no hizo ninguna consideración —y menos aún formuló una observación esencial— sobre este importante aspecto, cuya entidad provoca que nos planteemos si al menos los apartados 2 y 3 del artículo 17 del R. D. pueden ser regulados en este texto o si deberían serlo en otro de rango superior.

En lo que atañe a la calificación del procedimiento como sancionador por parte de alguna Comunidad Autónoma, cabe recordar que no lo ha entendido así el TC en su Sentencia 36/2013 mencionada más arriba, ni tampoco el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el proyecto, en el que afirma que «no se está en este caso ante una norma de naturaleza sancionadora (aunque sí con consecuencias financieras desfavorables, en cuanto se exigen responsabilidades ya nacidas por el pago de una sanción)». ⁷⁹

⁷⁶ GÓMEZ PUENTE, Marcos. «Organización territorial del Estado y Unión Europea: a propósito del incumplimiento del Derecho comunitario», *op. cit.*, p. 417. En idénticos términos ya se había expresado este autor en «La responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario», *op. cit.*, p. 181; y en «Un apunte sobre la dimensión regional de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ *Informe*, p. 300.

⁷⁸ *Informe*, p. 301. Véase asimismo la p. 313, donde afirma: «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 artículo 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».

⁷⁹ Dictamen 569/2013, VI, I).

Por otra parte, alguien podría preguntarse si la repercusión de la sanción es de ejercicio obligatorio o facultativo, aunque la respuesta parece clara a la luz de la LOEPSF, la cual —como ya se ha visto— impone en términos imperativos tanto el principio general de responsabilidad por incumplimiento como el específico en caso de que el incumplimiento acarree sanción; en consecuencia, cabe entender que el procedimiento de ventilación de la responsabilidad no es facultativo, dicho sea esto contando con la diligencia que para iniciarlo se presupone al Gobierno del Estado y su obligación de no incurrir en discriminaciones.⁸⁰

En ese mismo orden de ideas, también puede causar extrañeza que el artículo 8.1 del R. D. imponga la iniciación de oficio del procedimiento en el plazo de dos meses desde la notificación de la sentencia que imponga la sanción a España mientras que el artículo 18, mediante remisión al artículo 15.1.a) de la Ley General Presupuestaria, establece que, transcurridos cuatro años desde que el Estado haya satisfecho la sanción impuesta, se entenderá que el derecho del Estado a determinar y repercutir las correspondientes responsabilidades ha prescrito, porque, en un procedimiento que la Ley desarrollada por el R. D. concibe como obligatorio, traer a colación un plazo de prescripción parece incoherente.

Por último, desde otra perspectiva, hay que señalar que el R. D. no prevé ninguna especialidad en relación con la Comunidad Autónoma del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra.⁸¹ Al referirse en el artículo 17 a los mecanismos de repercusión de las responsabilidades, su apartado 2 dispone que «El Estado podrá compensar, deducir o retener de los importes satisfechos en cumplimiento de los regímenes de financiación que les resulten aplicables a las Comunidades Autónomas, Comunidad foral, Entidades Locales, incluidas las Diputaciones forales, y Ciudades con Estatuto de Autonomía, las cantidades necesarias para hacer efectivo el pago de la deuda».⁸² Sin embargo, al diseñar los elementos esenciales del por entonces futuro sistema de repercusión de alcance general, el Consejo de Estado, en su Informe de 15 de diciembre de 2010 había advertido de la singularidad subjetiva de ambas Comunidades y señalado posibles soluciones para asegurar la repercusión de las consecuencias financieras de eventuales incumplimientos.⁸³ En todo caso, la regulación del R. D. debe compaginarse con la disposición final tercera de la LOEPSF, según la cual, en virtud de su régimen foral, la aplicación de esa Ley a la Comunidad Foral de Navarra se llevará a cabo, según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, conforme a lo dispuesto en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra y que la aplicación a la Comunidad Autónoma del País Vasco se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Concierto Económico.

6 Para concluir: los equilibrios entre lo estatal y lo autonómico y entre la coerción y la cooperación, siguen siendo objetivos pendientes

En España, la regulación de la repercusión sobre las distintas Administraciones Públicas de las responsabilidades económicas derivadas del incumplimiento del Derecho de la UE, avalada tempranamente por el TC, ha seguido un lento y tortuoso camino en el que el Consejo de Estado ha actuado como paladín, instando incansablemente a su regulación mediante una ley general sin que hasta ahora haya conseguido su objetivo. En el momento presente, el resultado es que este tema ha sido víctima, como tantos otros,

80 El carácter obligatorio de la repercusión de la sanción fue afirmado por España ante el TJUE en el asunto Magefesa a propósito del importe de la multa coercitiva. Como ya se ha recogido en la nota 55, España dijo entonces que «el Derecho nacional obliga al Gobierno español a repercutir las sanciones [...] en las entidades infraestatales responsables del incumplimiento» (STJUE de 11 de diciembre de 2012, *Comisión c. España*, asunto C-610/10, apartado 91).

81 Sin embargo, en el proyecto sobre el que se pronunció el Consejo de Estado figuraba una disposición adicional específica.

82 Reiterando en el apartado 3 que «Con carácter general, la compensación, deducción o retención se llevará a cabo, en primer lugar, con cargo a los recursos o flujos satisfechos por el Estado en aplicación de los regímenes de financiación que les resulten aplicables a las Comunidades Autónomas, Comunidad foral, Entidades Locales, incluidas las Diputaciones forales y Ciudades con Estatuto de Autonomía».

83 Véase el *Informe* de 15 de diciembre de 2010, pp. 272-277 y 301-308. También, en el Dictamen 215/2010 sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, al ocuparse del ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula general de repercusión, el órgano consultivo apuntó que «quizá fuera conveniente introducir una mención expresa al caso específico de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra y a los regímenes de concierto y convenio vigentes, con arreglo a los cuales se habrían de regir las compensaciones y ajustes que, en su caso, resultarían procedentes».

de la abominable moda legislativa consistente en regular cualquier tema en cualquier ley, a impulso de la necesidad del momento. Así, la cuestión que nos ha ocupado en este trabajo ha acabado siendo resuelta en una ley sectorial, la LOEPSF, que incorpora una cláusula general al tiempo que elimina el mecanismo específico relativo a la materia objeto de dicha ley. Tras el desarrollo normativo de la misma, el escenario global de la regulación de la repercusión de la responsabilidad financiera por incumplimiento del Derecho de la UE está formado por la regulación general contenida en la LOEPSF y el R. D. 515/2013, por el que se establecen con carácter general los criterios y el procedimiento aplicables a todos los supuestos y se prevén especialidades únicamente en relación con los fondos europeos.⁸⁴

Por consiguiente, superado el inicial enfoque sectorial, la regulación de la ventilación sobre las Comunidades Autónomas de las consecuencias financieras que pueden derivarse de las sentencias dictadas por el TJUE en aplicación del artículo 260 TFUE se encuentra subsumida en esa normativa general, sin que existan particularidades por razón ni de los sujetos ni de la materia.

Cabe valorar positivamente el hecho de que se haya alcanzado una regulación general, pero desde la óptica autonómica la nueva normativa presenta cierto escoramiento hacia el aseguramiento de los intereses estatales en los casos de incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas, mientras que olvida las situaciones inversas que también podrían presentarse. Además, en relación con extremos relevantes como son los criterios de imputación y distribución de la responsabilidad deja márgenes de discrecionalidad en manos de los órganos instructores y decisores del procedimiento que pueden ser causa de litigiosidad en el futuro. Al mismo tiempo, hay que lamentar que no se haya aprovechado la oportunidad para tener en cuenta y potenciar los mecanismos de colaboración tanto multilaterales como bilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido, en lo que atañe en particular al procedimiento del artículo 260 TFUE, tanto la CARUE como las conferencias sectoriales, así como en su caso las comisiones bilaterales, son instrumentos que pueden jugar un papel útil que merece consideración; también sería aconsejable una paralela actualización del Acuerdo de 1997 sobre participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante el TJ.⁸⁵ Porque en definitiva, incluso cuando hay que llegar al momento de exigir responsabilidad, el diálogo y la cooperación siguen siendo necesarios.

84 Aunque esa dimensión de la repercusión de la responsabilidad económica no es objeto de este trabajo, quede apuntada aquí la duda sobre si en relación con el déficit excesivo y la estabilidad presupuestaria convendría regular también especialidades, tal como indica el Consejo de Estado en su Informe de 15 de diciembre de 2010 (pp. 268-269) y su Dictamen 164/2012 (apartado V.C.2). La disposición adicional primera del R. D. 515/2013 señala que «en el caso en que el Reino de España resulte incurso en un Procedimiento de Déficit Excesivo de la Unión Europea, para lo no dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, se aplicará lo previsto en este real decreto».

85 Las cláusulas de los nuevos Estatutos de Autonomía sobre acciones ante el TJUE, como el artículo 191 del Estatuto de Autonomía para Catalunya, son otro motivo más para esa actualización.

Bibliografía

- AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL. «El Estado autonómico *unitario* y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español», *REAF* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic], núm. 9, (2009), pp. 129-164.
- ÍDEM. «¿Quién ha de pagar el incumplimiento del Derecho de la Unión, el Estado o las Comunidades Autónomas? A propósito de algunos aspectos de interés del Informe del Consejo de Estado español de 15 de diciembre de 2010», *REAF* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic], núm. 15 (2012), pp. 85-123.
- CIENFUEGOS MATEO, MANUEL. «Comunidades Autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *REAF* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic], núm. 59 (2007), pp. 39-99.
- ÍDEM. «Instrumentos de colaboración procesal entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la prevención de los incumplimientos autonómicos del Derecho de la Unión Europea», en BIGLINO CAMPOS, PALOMA; DELGADO DEL RINCÓN, LUIS E. (dirs.), *El incumplimiento del derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid: CEPC, 2011, pp. 53-137.
- FERNÁNDEZ LLERA, ROBERTO. «Un enfoque federalista sobre procedimientos internos para delimitar la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en BIGLINO CAMPOS, PALOMA; DELGADO DEL RINCÓN, LUIS E. (dirs.), *El incumplimiento del derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid: CEPC, 2011, pp. 183-216.
- GÓMEZ PUENTE, MARCOS. «Un apunte sobre la dimensión regional de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», en *Informe Comunidades Autónomas. 2004* [Universitat de Barcelona, Instituto de Derecho Público-Institut de Dret Públic] (2005), pp. 780-799.
- ÍDEM. «La responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario», en *Estatuto y Unión Europea* [Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic], núm. 49 (2006), pp. 153-196.
- ÍDEM. «Organización territorial del Estado y Unión Europea: a propósito del incumplimiento del Derecho Comunitario», en ARRANZ DE ANDRÉS, CONSUELO.; SERNA VALLEJO, MARGARITA. (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Universidad de Cantabria, 2009, pp. 397-422.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID. «La responsabilidad de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación», en BIGLINO CAMPOS, PALOMA; DELGADO DEL RINCÓN, LUIS E. (dirs.), *El incumplimiento del derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, Madrid: CEPC, 2011, pp. 143-181.
- PASCUA MATEO, FABIO. «La ejecución normativa del Derecho comunitario en España: problemas y perspectivas», en *El Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del Informe, estudios y ponencias*, Madrid: Consejo de Estado, CEPC, 2008, pp. 491-582.
- PRETE, LUCA; SMULDERS, BEN. «The Coming of Age of Infringement Proceedings», *CMLR* [United Kingdom: Kluwer Law International], vol. 47 (2010), pp. 9-61.
- WENNERAS, PAL. «Sanctions against Member States under Article 260 TFEU: Alive, but not Kicking?», *CMLR* [United Kingdom: Kluwer Law International], vol. 49 (2012), pp. 145-176.