

# ¿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

**Miguel Azpitarte Sánchez**

Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. – II. Normar y ejecutar en el derecho constitucional de la Unión: dos realidades distintas. 1. Un breve recordatorio: la configuración constitucional de las potestades normativas y ejecutivas en la Unión. 2. La reparación del ordenamiento cuando el Estado miembro incumple las normas o las medidas de ejecución de la Unión. – III. El primer problema: el desarrollo descentralizado de normas y el deber de pago por incumplimiento. 1. El control de cumplimiento y el lugar de la coacción pecuniaria. 2. La tutela judicial y el lugar de la responsabilidad pecuniaria. – IV. El segundo problema: la figura del acto administrativo descentralizado y la restitución pecuniaria. 1. Las características del acto administrativo descentralizado y la articulación de su eficacia. 2. La potestad de gasto de la Unión como ejemplo de la administración cooperativa. Sus instrumentos. 3. El mandato de recuperación de los fondos indebidamente cobrados y la responsabilidad por negligencia del Estado central o de las Comunidades Autónomas. – *Resumen-Resum-Abstract.*

---

## I. Introducción

El Informe de 15 de diciembre de 2010 consolida la revelante participación del Consejo de Estado en el debate doctrinal y práctico referido

---

*Artículo recibido el 28/01/2011; aceptado el 30/01/2012.*

a la incidencia del derecho de la Unión sobre la organización territorial española. Lo hace a petición del Gobierno, cuya consulta interroga sobre "(...) los mecanismos actualmente existentes en el ordenamiento español, tanto a nivel constitucional como ordinario, para garantizar el cumplimiento del derecho de la Unión Europea y, en su caso, determinar y repercutir la responsabilidad a las Comunidades Autónomas y otros entes en caso de incumplimiento" (p. 6 del Informe). Ahora bien, el lector que conozca el Informe anterior, de 14 de febrero de 2008, encontrará pocas novedades, circunstancia que no ha de tenerse como demérito, sino más bien como una muestra de coherencia argumentativa del máximo órgano consultivo. Ante preguntas similares, solo cabe mantener lo dicho.

En esa línea de continuidad, el Consejo conserva un análisis de la realidad, que, curiosamente, estirado en sus presupuestos lógicos, no hace sino socavar la pertinencia de la pregunta del Gobierno y las respuestas del Consejo de Estado,<sup>1</sup> puesto que considera que la transposición efectiva la realiza el Estado central, asumiendo así la "ingratitude" de una translación textual y aliviando la responsabilidad de las Comunidades Autónomas. Ya expuse en esta misma revista que tal presupuesto, de ser cierto, convierte en ficticia la preocupación del Gobierno y de su máximo órgano consultivo.<sup>2</sup> Si la transposición es de facto labor

---

1. Una larga cita quizá ayude a recoger la posición central del Consejo de Estado: "(...) la Comisión ha ido proponiendo textos más concretos y menos condicionales para asegurar el efecto útil de la norma frente a la eventual ausencia, insuficiencia o deficiencia de las medidas nacionales de transposición. Como consecuencia de ello, la labor de transposición se ha convertido en muchos casos en una operación mecánica llevada a cabo a través de la mera transcripción literal del texto comunitario, al haberse reducido al máximo el margen de decisión de las autoridades nacionales, lo que ha podido influir en que las Comunidades Autónomas no insistan en reclamar para sí su ejecución por medio de la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las medidas estatales (...) En suma, la generalmente fácil articulación entre directiva y normativa básica –dada la configuración de ambas categorías–, unida al alto grado de detalle al que desciende con asiduidad la primera, lo cual convierte su transposición en una tarea que casi podría calificarse de ingrata, por cuanto conlleva más riesgos (como prueban las condenas al Reino de España por transposición tardía o incorrecta, todas ellas imputables directamente al Estado por ser el que asume tal labor) que autonomía (ante el escaso margen para la toma de decisiones), son factores que hacen posible entender la aceptación de la situación descrita por las Comunidades, que han redirigido su atención a asegurar su participación en la fase ascendente del Derecho de la Unión Europea y a hacerla efectiva por otros cauces –distintos a la asunción de la propia tarea de transposición o desarrollo normativo– en la fase descendente", pp. 102 y 103.

2. M. Azpitarte Sánchez, "El Estado autonómico *unitario* y el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español", *Rev. d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, 2009, pp. 129-164.

del Estado central, ¿por qué fijar la atención en el incumplimiento de las Comunidades Autónomas?; ¿no sería mucho más inteligente proponer medidas que diesen efectividad a la distribución constitucional dispuesta en la Constitución? Entonces intenté explicar que realmente el Consejo de Estado perseguía mantener el *status quo* –transposición dominante del Estado– frente a la posibilidad de que las reformas estatutarias potenciaran un desarrollo del derecho de la Unión más cercano a los mandatos constitucionales. Nada más añadiré al respecto en este ensayo. Tan solo quiero subrayar la idea de que el Consejo de Estado parte de una lectura del derecho europeo discutible, pues considera en términos generales que la transposición es una tara mecánica, despolitizada, en la que el Estado miembro apenas dispone de margen de actuación. Esta perspectiva no se puede compartir. De un lado, hace regla de las directivas de detalle; éstas existen, qué duda cabe, pero me atrevería a sostener que no son la mayoría y, en todo caso, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (desde ahora TFUE), tanto en el artículo 114 como en otras disposiciones sectoriales,<sup>3</sup> ha establecido garantías para frenar la densidad de la potestad de armonización. De otro lado, el hecho de que el legislador central haga de la transposición una mera translación, no significa que el desarrollo del derecho de la Unión deba ser una labor mecánica (e ingrata). Es verdad que el modo de transponer provoca en ocasiones desaliento; pero, no nos engañemos, esta práctica es el resultado directo de una opción política. Que las incorporaciones reciban un vuelo escaso, no significa que deba ser así. Más aún cuando la realidad ofrece ejemplos bien distintos, donde se observa cómo el legislador aprovecha el impulso europeo para reordenar determinados sectores. Basta con recordar la Ley 7/2010, de 31 de enero, General de la Comunicación Audiovisual, que utiliza una transposición para reconfigurar íntegramente su objeto de regulación.

Del Informe del Consejo de Estado, interesan, sin embargo, aquellos aspectos que añaden matices en su doctrina y, sobre todo, los que abren nuevos campos de fructífera reflexión. Respecto a lo primero, se percibe una sustancial variación en la consideración de los mecanismos preventivos. Mientras que el informe anterior exploraba sus

---

3. El mismo 114 admite la coexistencia de normas estatales de mayor protección y normas europeas de armonización. Igualmente, a lo largo del Tratado encontramos mandatos de armonización mínima (vale como ilustración la política social, artículo 153.2 TFUE) y aceptación expresa de normas estatales de mayor protección (por ejemplo, en materia de consumidores, artículo 169.4 TFUE).

posibilidades, en este se pone en cuestión el propio concepto de intervención preventiva<sup>4</sup> y además se constata su escaso recorrido al repasar las técnicas que se habían valorado como vías útiles para corregir incumplimientos antes de la existencia de la correspondiente declaración judicial (p. 79 y ss.). Esta lectura equilibrada del artículo 93, del 149.3, de los títulos transversales, de las leyes de armonización, de la supletoriedad o del artículo 155, se acerca a la interpretación dominante en la doctrina y, por ello, tampoco recibirá en este ensayo una atención particular. La tuvo ya en el anterior trabajo y es un asunto que ha merecido el estudio detenido de diversos autores.<sup>5</sup>

En mi opinión, el valor del Informe radica, sobre todo, en las páginas dedicadas al problema de la determinación de la responsabilidad por incumplimiento y su repetición, verdadera cuestión novedosa en la consulta del Gobierno. Esa importancia se encuentra, como bien señala el Consejo de Estado, en el hecho de que diversas leyes estén incorporando cláusulas relativas a la imputación de responsabilidad. En ellas el legislador pretende recordar, advertir o trasladar el deber de pago al ente que haya contradicho el derecho de la Unión.<sup>6</sup> No hay duda de que esta práctica legislativa denota una cierta inseguridad dogmática respecto a las consecuencias del incumplimiento.

---

4. "(...) se renuncia, al menos en esta fase de diagnóstico, a reflejar la distinción académica entre prevención y reacción, basada en el momento de intervención del Estado, de modo que cumplen una función estrictamente preventiva las medidas estatales que tratan de impedir la infracción autonómica o local del Derecho europeo y reactiva las que se articulan una vez constatada dicha infracción. Tal renuncia obedece a que no existe acuerdo unánime acerca del momento concreto en que se produce el tránsito de la prevención a la reacción, pues para algunos autores basta que la infracción se haya producido (por ejemplo, porque una Comunidad Autónoma no haya adaptado su ordenamiento a una directiva comunitaria habiendo transcurrido el plazo previsto en ella), mientras que otros exigen que medie una sentencia del Tribunal de Justicia declarativa del incumplimiento", p. 78 del Informe.

5. Véase la bibliografía general recogida en mi ensayo ya citado. Y el libro recientemente publicado, cuyos trabajos son citados a lo largo de este estudio, *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs.) P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

6. Sobre las distintas cláusulas legislativas véanse las páginas 155 y siguientes del Informe. 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. Quizá, su verdadera utilidad no sea otra que habilitar el desarrollo reglamentario.

En definitiva, la pregunta del Gobierno revela la existencia de un problema general, que se ha expresado sintéticamente en términos legislativos. Y el Consejo de Estado afronta la cuestión trazando dos líneas de reflexión bien claras. En primer lugar, propone instaurar un procedimiento común para determinar y repercutir las responsabilidades pecuniarias por incumplimiento, del cual incluso detalla sus elementos esenciales. En segundo lugar, recomienda la elaboración de una ley para la garantía del derecho de la Unión.

En este trabajo voy a reflexionar sobre la primera de las vetas que abre el Consejo, a saber, la necesidad de componer un procedimiento común de determinación y repercusión de la responsabilidad por incumplimiento. La conclusión del Informe se construye sobre un fundamento bien sencillo: eliminar la fragmentación existente (p. 266) y, sin caer en la uniformidad, dotar de cierta homogeneidad a los criterios de imputación, el procedimiento o las garantías (p. 269).<sup>7</sup> Hay que añadir, además, que la habilitación al Gobierno para regular un procedimiento de este tenor, prevista en la Disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, supone un refuerzo significativo a esta posición, cuyo fundamento constitucional ha sido remachado recientemente en la STC 198/2011.<sup>8</sup> Sin embargo, mis conclusiones se encaminan por una vía distinta. Antes que fijarme en las carencias o fragmentación del ordenamiento español, prefiero analizar los escenarios en los que puede originarse la vulneración del derecho europeo y las soluciones que ofrecen conjun-

---

7. El procedimiento general que propone el Consejo de Estado viene descrito en las p. 270 y ss. del Informe. En la medida que este trabajo se aparta del Informe, sólo puntualmente se dará cuenta de las características de tal procedimiento.

8. La sentencia ha reconocido expresamente la competencia del Estado para establecer mecanismos de compensación interadministrativa, FJ 15: "Este Tribunal ha afirmado que 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, aunque 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 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 Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias" (STC 148/1998, FJ 8). Con base en esta doctrina se debe desestimar la impugnación del artículo 11 de la Ley 18/2001".

tamente el derecho de la Unión y el derecho patrio. A la luz de esta mirada, la tesis central del trabajo sugiere que tales soluciones son suficientes o necesitan escasas modulaciones.

Para intentar alcanzar esos objetivos, el estudio comienza recordando que normar y ejecutar son actividades distintas, también en el derecho de la Unión. Más importante es la conclusión que nace de este lugar común. Habitualmente, en las organizaciones territorialmente compuestas, el equilibrio centro/periferia<sup>9</sup> se orquesta de modo diferente cuando trata de ordenar la relación entre legisladores o entre órganos ejecutivos. Entiendo que ese criterio general también se cumple en el proceso de integración, de manera que estamos obligados a estudiar por separado la articulación entre normas y la configuración de la ejecución. En concreto, planteo la hipótesis de que el principio de responsabilidad por incumplimiento adquiere singularidades en cada escenario.

Desde esta premisa, en el epígrafe III, valoro la operatividad del citado principio bajo el marco del recurso por incumplimiento y de la tutela por la jurisdicción ordinaria. En el primer supuesto, el deber de pago se imputa de modo automático, precisamente cuando el Estado central, la Comunidad Autónoma o ambos a la vez, se ven obligados a adoptar medidas dirigidas a dar cuenta de una sentencia del Tribunal de Justicia. Ese acto de restitución del ordenamiento es a su vez una asunción de la responsabilidad pecuniaria. Sin embargo, en el caso de la tutela de pretensiones fundadas en derecho de la Unión, la tarea de imputación corresponde al particular que insta el correspondiente procedimiento administrativo de reclamación patrimonial. El ordenamiento, por tanto, ofrece ya al menos dos caminos para determinar a quién corresponde arrostrar las consecuencias económicas del incumplimiento. Los problemas específicos emergen en aquellos casos donde el Estado central y la Comunidad Autónoma comparten competencias. Aquí se sugerirá la oportunidad de seguir un modelo de responsabilidades fijas, sin necesidad de dar lugar a un nuevo procedimiento que determine las responsabilidades específicas en cada caso.

---

9. El Informe del Consejo de Estado incorpora en su reflexión a los entes locales. Sin embargo, en este estudio mi análisis se centra en el juego Estado y Comunidades Autónomas. Me remito a la nota 27.

En el epígrafe IV se subrayan las particularidades de las relaciones centro/periferia cuando de la ejecución se trata, más aún ante la ausencia en los Tratados de técnicas similares al principio de jerarquía. Me concentro en la llamada administración cooperativa, donde la Unión y el Estado miembro dictan un único acto de ejecución a partir de una confluencia de voluntades. En especial, atiendo a la potestad de gasto, que, entre diversos instrumentos, recoge el mandato de recuperación de fondos y, en caso de negligencia, la subrogación del Estado en la devolución. Para este caso, el derecho estatal ofrece un sistema centralizado, coherente con la propia división competencial de nuestra doctrina constitucional.

## **II. Normar y ejecutar en el derecho constitucional de la Unión: dos realidades distintas**

### **1. Un breve recordatorio: la configuración constitucional de las potestades normativas y ejecutivas en la Unión**

La Unión, para el cumplimiento de sus objetivos, dispone normas y dicta actos. Posee, en definitiva, la distinción primaria de cualquier sistema que reivindique el valor de lo jurídico. En la potestad de crear reglas generales y abstractas radica la existencia de un ordenamiento objetivo, pues solo ellas producen continuidad y normalidad en los comportamientos. A su vez, su aplicación, reconociendo situaciones jurídicas concretas y singulares, disuelve la tensión entre el deber ser y el ser o, lo que es igual, niega la efectividad de poderes ajenos al sistema jurídico.

Dada esta división inicial, la naturaleza específica de toda organización constitucional se concreta en los criterios políticos utilizados para distribuir la función normativa y ejecutiva. Así, en los primeros tiempos del proceso de integración, el reparto se resolvió de una sola vez a través del régimen jurídico de las tres fuentes principales: reglamento, directiva y decisión.<sup>10</sup> La elección entre el reglamento y la di-

---

10. Lenaerts y Desomer señalan que son tres inicialmente los parámetros que organizan el sistema de fuentes: "(...) the binding/non binding force of the act, the general/individual scope of application of the act, and the direct/indirect impact of the act in the Member States' legal orders (...)", K. Lenaerts y M. Desomer, "Towards a Hierarchy of

rectiva, que contrasta lo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable frente a lo obligatorio en cuanto al resultado, era (y sigue siendo, de ahí las específicas reservas de fuentes a lo largo del TFUE) una elección sobre las dosis de potestad normativa que ejercía la Comunidad y, correlativamente, una definición del campo de actuación normativo y ejecutivo que correspondía a los Estados miembros. A su vez, la dicotomía entre el alcance general del reglamento y el carácter solo obligatorio para sus destinatarios de la decisión, señalaba que en algunos ámbitos la Unión dictaba y dicta actos que reconocen determinadas situaciones singulares y concretas a los particulares. En definitiva, se aspiraba a instaurar un ordenamiento con una separación primordial de funciones, de manera que a los Estados miembros, salvo excepciones, le correspondería la función ejecutiva y la parte de la normativa que dejase abierta la inicial regulación europea, mayor o menor según la elección de un reglamento o una directiva. Este criterio de ordenación del sistema de fuentes de la Unión, de clara raigambre federal, sin embargo, solo ha sido reconocido de manera expresa en la reforma del Tratado de Lisboa, concretamente en el actual artículo 291 TFUE.

Por tanto, la distribución de funciones normativa y ejecutiva poseía una dimensión territorial; en cambio, puesto que, inicialmente, el Consejo en exclusiva y por decisión unánime ostentaba la potestad para crear normas, es comprensible que la variable interorgánica careciera de misión alguna en el reparto de funciones. Sin embargo, desde bien pronto, el Consejo procedió a una delegación de la función normativa y de la ejecución presupuestaria a favor de la Comisión. Con este deslinde se creó un mecanismo que respondía a razones de eficiencia, incluso a la tradicional separación entre decisiones políticas y técnicas, siendo las primeras del Consejo y las segundas de la Comisión.<sup>11</sup> Es claro, sin embargo, que esa actuación delegada de la

---

Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures”, *European Law Journal*, Vol. 11, núm. 6, 2005, (pp. 744-765), p. 746. Esta sencilla distinción se apoya en los cuatro elementos destacados por J. Bast: carácter vinculante o ausencia del mismo; generalidad o singularidad; los pasos necesarios para la implementación; e imposición de obligaciones. Véase J. Bast, “On the Grammar of EU Law: Legal Instruments”, *Jean Monnet Working Paper*, 9/03, p. 61 (los Jean Monnet Workin Papers citados en este trabajo se pueden encontrar en <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/index.html>).

11. Para contextualizar este tipo de delegación en el sistema actual de fuentes y su origen inmediato de la fallida Constitución europea, véase E. Virgala Foruria, “Los actos no legislativos en la Constitución Europea”, *Rev. de derecho constitucional europeo*, núm. 6,



Comisión podía suponer un alargamiento de la potestad normativa de la entonces Comunidad, de ahí que el procedimiento estuviese controlado y condicionado mediante comités en los que estaban presentes las administraciones de los Estados. La "comitología" se convirtió así en el segundo criterio ordenador del sistema de fuentes.<sup>12</sup> Y ahí sigue, ahora en la forma de actos ejecutivos, cuyo procedimiento ha sido renovado por el Reglamento 181/2011.

La reforma del Tratado de Lisboa ha introducido un tercer criterio, esta vez con una razón estrictamente política. Me refiero, como es obvio, al deslinde entre actos legislativos y actos delegados. Estos comparten con los ejecutivos su necesaria habilitación previa, pero se distinguen en el contenido posible, dado que los delegados solo incorporan normas de carácter general, y también se separan en el procedimiento de elaboración, esencialmente en los órganos de control. Así las cosas, podría sostenerse que teniendo una matriz común, hoy responden a lógicas distintas. En efecto, el primero es fruto de una técnica de cooperación entre los órganos de la Unión, que resulta de una decisión política. Corresponde al legislador de la Unión elegir la delegación a favor de la Comisión, cuando podría regular íntegramente la materia en cuestión.<sup>13</sup> Para esa delegación solo existen motivos de oportunidad y sus límites jurídicos vedan determinadas delegaciones, pero en ningún caso la fuerzan. Por el contrario, la dinámica de la ejecución pretende articular las relaciones centro/periferia a partir de determinados presupuestos jurídicos. La ejecución es una tarea reservada a los Estados miembros y la Unión la ostenta-

---

2006, (pp. 279-234), en especial p. 284. También, G. Garzón Clariana, "Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión", *Rev. de derecho comunitario europeo*, núm. 37, 2010, (pp. 721-760), p. 730 y ss.

12. Resultaría imposible dar cuenta bibliográfica del problema específico de la comitología. Conviene, no obstante, presentar algunos trabajos que sitúan la comitología en un contexto más amplio referido a las nuevas formas de gobernanza, por ejemplo, C. Sore, "European Governance or Governability? The European Commission and the Future of Democratic Government", *European Law Journal*, vol. 17, núm. 3, May 2011, pp. 287-303; C.F. Sabel y J.Z. Zeitlin, "New Architecture of Experimentalism Governance in the European Union", *European Law Journal*, vol. 14, núm. 3, 2008, pp. 271-327; y, desde una perspectiva político-jurídica general, O. Lobel, "The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought", *Minnesota Law Review*, 2004, vol. 89, p. 262 (pp. 262-390).

13. Sobre la *ratio legis* del acto delegado, que pretende evitar la regulación de detalle sin menoscabar los poderes del Parlamento, véase G. Garzón Clariana, "Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión", *Rev. de derecho comunitario europeo*, núm. 37, 2010, (pp. 721-760), p. 725 y ss.

rá solo cuando emerja la necesidad de condiciones uniformes de ejecución o esté expresamente reservada por los Tratados. En el primer caso, el legislador de la Unión no puede optar por distribuir la ejecución entre los Estados miembros y la Comisión. Esa elección ya la ha realizado el Tratado a favor de los Estados miembros; la ejecución de la Unión requerirá el fundamento jurídico que constituye la necesidad de ejecución uniforme. Sólo en el segundo supuesto, cuando el Tratado ha reservado expresamente a la Unión la competencia de ejecución, puede modularla dando mayor o menor espacio al Estado miembro.

Este trabajo se va a apoyar principalmente en el primer criterio estructurador del sistema de fuentes, esto es, en la separación entre la función normativa y la función ejecutiva, a sabiendas de que una u otra requieren del Estado miembro actuaciones distintas, y asumiendo además que los principios de garantía, especialmente el de la responsabilidad por incumplimiento, operaran con particularidades según el tipo de función. Pero antes de desarrollar esa tesis, para movernos sobre un terreno firme, es preciso recordar las múltiples formas de la ejecución del derecho de la Unión. Conviene subrayar que el concepto de ejecución su usa en el ámbito de la integración de forma amplia, englobando tanto la potestad normativa como la potestad para dictar actos singulares y concretos. A nosotros nos interesa el segundo fenómeno, en definitiva, el momento en el que la intervención administrativa declara una situación jurídica específica en relación con un número determinado de administrados. Normalmente esta hipótesis se produce con un acto del Estado miembro, que en todo caso habrá de respetar las prescripciones del derecho de la Unión, además de los principios de efectividad y equivalencia. Estaremos entonces ante la modulación del derecho administrativo nacional. De otro lado, a resultas de una reserva expresa del Tratado, o porque se ha habilitado a la Comisión de acuerdo con el artículo 291, es posible encontrarnos con actos administrativos dictados directamente por la Comisión, o por alguna de sus agencias ejecutivas. Finalmente, puede ocurrir que en virtud del artículo 317 del TFUE, de una decisión de la Comisión o de una regulación del derecho derivado, la ejecución consista en un único acto administrativo, que, sin embargo, para su formulación necesita la participación de la Comisión y el Estado Miembro, dando lugar así a la administración cooperativa. Pues bien, es el fenómeno de ejecución cooperativa el que va a ser atendido a lo largo de este trabajo, especialmente la potestad de gasto.

## 2. La reparación del ordenamiento cuando el Estado miembro incumple las normas o las medidas de ejecución de la Unión

La tesis central de este ensayo consiste en subrayar el tratamiento diverso que se ha de dar a la responsabilidad por incumplimiento según el contexto en el que se produzca: desarrollar y ejecutar derecho de la Unión son actividades distintas, porque las normas y los actos de ejecución de la Unión implican fenómenos distintos. Entiendo que la tarea del Estado en uno y otro supuesto ha de ser diferente y, en lo que interesa ahora, los mecanismos de garantía deben operar con características peculiares. Los Tratados ordenan de modo separado la función estatal de dictar normas de desarrollo (si se prefiere, transponer) y la de ejecutar (estipular declaraciones que determinen de modo singular derechos y deberes).<sup>14</sup> La primera se rige por el régimen común de la cooperación leal (artículo 4.3 TUE), que, como es de sobra sabido, impone, con la finalidad de cumplir las obligaciones derivadas del derecho de la Unión, un deber general de adoptar medidas o abstenerse en la creación de obstáculos. Pero, sobre todo, el principio de atribución de competencias (artículo 5.2 TUE), los listados (artículo 3 TFUE y siguientes) y especialmente las reglas de desplazamiento de la "potestad legislativa estatal", dispuestas en el artículo 3 del TUE, son los criterios constitucionales que ordenan la incidencia de la Unión en el desarrollo normativo (sin olvidar, que también la elección de la fuente repercute sobre el margen de actuación de los Estados). Respecto a las medidas estatales de ejecución, el artículo 291 es una concreción del principio general de cooperación, en el entendido de que la ejecución es en términos generales una función reservada al Estado miembro. Más adelante será necesario matizar esta idea, al menos cuantitativamente, pero es indudable que si los artículos 3 y siguientes del TFUE distribuyen materias entre la Unión y los Estados, el 291 reparte las funciones.

---

14. Otra forma de abordar la diferencia entre dictar normas de desarrollo y actos de ejecución en relación con el derecho de la Unión, sería conceptuar los tipos de infracción, que nos ofrecen un elenco variado –producido por medidas legislativas, por actuaciones ejecutivas, fruto de incompleta transposición, falta de cooperación de buena fe, ausencia de comunicaciones debidas o incumplimientos generales y persistentes–, tal y como muestran en el segundo epígrafe de su trabajo, L. Prete y B. Smulders, "The coming of age of infringement proceedings", *Common Market Law Review*, núm. 47, pp. 9-61, 2010.

Este diferente tratamiento, creo que se manifiesta a su vez en el deber de cumplimiento. Transponer requiere del Estado una actuación normativa suficiente para que su ordenamiento y la realidad jurídica respondan a lo dispuesto en la fuente de la Unión correspondiente. Tal adecuación, si lo que pretende la Unión es regular relaciones jurídico-públicas, se proyectará sobre la ejecución del Estado, pero ya no estaremos estrictamente hablando de "medidas estatales de ejecución" del derecho de la Unión, puesto que la transposición no consiste en dictar uno u otro acto singular y concreto. Sí ha de ser esta la intervención del Estado cuando le corresponde ejecutar derecho de la Unión, previsiblemente un reglamento o una decisión. En estas circunstancias también pueden ser precisas actuaciones de carácter normativo, pero el núcleo del deber de cumplimiento radica en que el Estado, a partir del derecho de la Unión, realice determinados actos singulares y concretos. En definitiva, mientras que la transposición exige la adaptación del marco normativo, la ejecución busca el reconocimiento, modificación o supresión de situaciones jurídicas específicas.

Esa diferencia en la naturaleza de la transposición y la ejecución conlleva consecuencias sobre los criterios que ordenan la relación entre el ordenamiento de la Unión y el de los Estados miembros. En principio, sea para articular el desarrollo o la ejecución, la primacía, la eficacia directa, la interpretación conforme y la responsabilidad por incumplimiento garantizarían la tutela judicial efectiva de las pretensiones fundadas en derecho de la Unión. Sin embargo, una mirada más atenta muestra que se trata de principios diseñados esencialmente para articular las relaciones entre normas, esto es, para resolver los conflictos entre el derecho de la Unión y el estatal en el curso de la transposición. Pero son muchísimo menos útiles a la hora de dar cuenta de las dificultades específicas que plantean las medidas de ejecución, más aún cuando éstas deben incluir un acto singular y concreto que satisfaga las exigencias del derecho de la Unión.<sup>15</sup> Si se toma por cier-

---

15. Solo en los últimos años se ha comenzado a reflexionar sobre la posibilidad de que produzcan también un efecto de sustitución de mayor calado (C-555/07, Seda Küçükdeveci, de 19 de enero de 2010) o reconozcan una pretensión más amplia encaminada a la defensa objetiva del ordenamiento (C-201/02, Delena Wells, 7 de enero de 2004). El efecto de desplazamiento ha obtenido también frutos llamativos en el ámbito de la ejecución estatal, como refleja, por ejemplo, la doctrina de la revisión de los actos administrativos. Sin embargo, esta misma institución, o el supuesto deber de la Administración de apartarse de la ley contraria al derecho de la Unión, muestran las particularidades de la relación entre ordenamientos cuando se quiere un determinado tipo de ejecución. Pero mayores

ta esta conclusión, el desarrollo descentralizado de la norma europea y el acto administrativo descentralizado han de analizarse de manera separada.

### III. El primer problema: el desarrollo descentralizado de normas y el deber de pago por incumplimiento

La Unión comparte las características típicas de cualquier estructura político-jurídica compuesta, en la cual el centro marca reglas que han de ser desarrolladas y aplicadas por los entes periféricos. Se trata de aunar dosis de uniformidad a través de un derecho de vigencia general, al que se añade la particularidad propia de su concreción en cada uno de los Estados miembros. La dificultad principal estriba en garantizar la integridad del derecho de la Unión, cuando se da en el Estado miembro una realidad que difiere del resultado esperado por las normas europeas. Esa divergencia se manifiesta en disposiciones estatales antinómicas, la ausencia absoluta de adecuación o, incluso, pese a existir conformidad normativa, una realidad práctica ajena a las normas supraestatales.<sup>16</sup>

La Unión cuenta con diversos instrumentos para asegurar la integridad de su derecho. Se vale en ocasiones de procedimientos administrativos, entre los cuales destacan, como es sabido, la obligación de comunicar a la Comisión la aprobación de normas técnicas o el condicionamiento de la entrada en vigor de ciertos acuerdos.<sup>17</sup> Asi-

---

son los problemas si se trata de afrontar las omisiones estatales de ejecución, en las que la eficacia directa muestra todas sus carencias ante las dificultades de producir un verdadero efecto de sustitución.

16. Respecto a la realidad práctica que se separa de la normativa, véase P. Wenneras, "A new dawn for Commission enforcement under articles 226 and 228 EC: general and persisting (gap) infringements, lump sums and penalties", *Common Market Law Review*, núm. 43, (pp. 31-62), 2006, en especial p. 46.

17. Para una revisión general de los instrumentos y las posibilidades de mejora, R. Munoz, "The monitoring of the application of Community law: a need to improve the current tools and an obligation to innovate", *Jean Monnet Working Paper 04/06*; A.J. Gil Ibañez, "Exceptions to Article 226: Alternative Administrative Procedures and the Pursuit of Member States", *European Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2000 (pp. 148-175), en especial pp. 159 y ss. Desde una perspectiva española M.J. García Morales, "La prevención del incumplimiento. Mecanismos de cooperación y consulta", en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs). P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 (pp. 13-52), que señala algunos caminos

mismo, el artículo 2.2 TFUE, en el ámbito de las competencias compartidas, invita a pensar en la capacidad de la potestad normativa de la Unión para resolver conflictos, pues desplazaría el derecho de los Estados miembros, si éste no alcanza los objetivos señalados.<sup>18</sup> Con todo, la garantía jurisdiccional es el vértice sobre el que reposa en última instancia la reparación del ordenamiento. Es bien conocido que en la práctica se trata de una garantía jurisdiccional dual, dividida en un control de cumplimiento ante el Tribunal de Justicia y una suerte de control incidental a partir de la tutela de pretensiones subjetivas.

## **1. El control de cumplimiento y el lugar de la coacción pecuniaria**

### **a. Las finalidades del control de cumplimiento**

El procedimiento de los artículos 258 y siguientes compone un juicio de normas y realidades normativas, cuyo objeto principal es contrastar la vulneración del derecho de la Unión por los Estados miembros. Ahora bien, en busca de la finalidad del deber de pago instaurado en este procedimiento, conviene ir más allá de los rasgos formales<sup>19</sup> e intentar comprender las utilidades político-constitucionales del proceso previsto en los artículos 258 y siguientes.

---

infrautilizados o no explorados, p. 25 y ss. La Comisión atribuye a uno de estos sistemas, el llamado EU Pilot - coordinación administrativa para responder preventivamente a las dudas de transposición-, el éxito en la reducción de las infracciones, véase *Report from the Commission. 28th Annual report on monitoring the application of Eu law (2010)*, draft 2011, p. 5. A su vez, M. Cienfuegos Mateo, "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 *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs.) P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 (pp. 53-137), en la p. 76 señala la positiva incidencia del sistema EU pilot para potenciar la cooperación entre las administraciones españolas.

18. La primacía cobra matices intensos cuando se analiza desde la perspectiva de la distribución competencial, véase A. Arena, "The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen", *Jean Monnet Working Paper* 03/10, en especial p. 67 y ss. Y.R. Schütze, "Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community preemption", *Common Market Law Review*, 43: 1023-1048, 2006, en especial, p. 1032 y ss.

19. De la caracterización formal del procedimiento y su rendimiento, se ofrece un estado de la cuestión en L. Prete y B. Smulders, "The coming of age of infringement proceedings", *Common Market Law Review*, núm. 47, pp. 9-61, 2010.

En primer lugar, el control de cumplimiento sirve para impulsar y dirigir la adecuación del ordenamiento estatal. El procedimiento administrativo que antecede a la demanda se explica acertadamente como un instrumento pre-contencioso que permite a la Comisión instar la actuación estatal allá donde todavía no se ha producido, pero, sobre todo, conducir la acomodación del derecho estatal al europeo cuando entienda que dentro de las posibilidades interpretativas, conviene una por encima de las demás. Así las cosas, este proceso posee una dimensión política evidente y puede incluso concebirse como una prolongación de la actuación normativa de la Unión. La Comisión, que ostenta la iniciativa en el procedimiento legislativo ordinario, traslada ese dominio al control del desarrollo por los Estados miembros, desempeñando una tarea de pivote entre la creación de normas y su aplicación, donde se mueve con cierto grado de discrecionalidad, tanto para interponer la demanda como para elegir el momento adecuado de la presentación.

En segundo lugar, el control de cumplimiento responde a todo tipo de infracciones del derecho de la Unión. Recordemos que los particulares carecen de una acción para la defensa objetiva del ordenamiento. Se dan incumplimientos que la tutela de pretensiones subjetivas no puede proteger; por ejemplo, todos aquellos deberes procedimentales, organizativos y formales al margen de un interés subjetivo.<sup>20</sup> El control de cumplimiento cerraría el círculo abarcando aquellas infracciones ajenas a un menoscabo directo de los particulares.

Finalmente, el control de cumplimiento sirve para frenar la inobservancia manifiesta del derecho de la Unión. Me refiero a aquellos supuestos donde el Estado simplemente hace caso omiso a la necesidad de transposición, pero también a esas situaciones en las que habiendo acomodado su ordenamiento incurre, sin embargo, en una infracción general y estructural, que refleja, pese a las apariencias normativas, una separación absoluta entre la realidad estatal y los objetivos perseguidos por la Unión. Se trata del único procedimiento a través del cual se afronta la desatención generalizada del derecho en un ámbito normativo concreto. Son supuestos donde la garantía del ordena-

---

20. En mi opinión, la mejor ilustración de esta tensión siguen siendo las conclusiones del abogado general Jacobs al asunto C-443/98, Unilever Italia Spa, de 27 de enero de 2000. Y, seguramente, el apartado tercero del artículo 260 es un intento de resolver este problema.

miento se queda corta si tan solo se apoya en la jurisdicción declarativa. De ahí que a menudo en los Estados federales, para tales casos, se haya trasladado la competencia al poder ejecutivo (pensemos en nuestro artículo 155), a quien incumbe entonces restituir la integridad cuya quiebra pone en tela de juicio la efectividad del propio sistema. No extraña que en esta línea se pensase en una solución radicada en el Consejo, o lo que es igual, en una respuesta política que pusiese coto a estos fenómenos propios de las estructuras compuestas.<sup>21</sup> Sin embargo, acabó por imponerse la solución de las consecuencias pecuniarias, sea la suma a tanto alzado o la multa coercitiva, que pretende ser una suerte de camino intermedio en la que se conjuga la función jurisdiccional con instrumentos de corte ejecutivo.<sup>22</sup>

---

21. I. Kilbey, "Financial penalties under article 228(2) EC: excessive complexity?", *Common Market Law Review*, núm. 44, pp. 743-759, 2007, respecto a la solución política, p. 744 y ss. Como es sabido, la defensa política de los Tratados no es ninguna novedad. Se articula en el artículo 7 del TUE para proteger los valores del artículo 2 y en el artículo 126 para los déficit públicos excesivos. En relación al primero remito a mi trabajo "La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 del TUE", en *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, (coord.) F. Balaguer, Tecnos, 2004 (pp. 369-386), en especial p. 383 y ss. Un esbozo del segundo, de plena actualidad, podemos verlo en D. Ordóñez Solís, "La responsabilidades de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación", en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs.) P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 (pp. 143-181), en especial p. 165.

La dimensión política que conlleva la adopción de medidas económicas destinadas a asegurar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia, se ha vuelto a plantear en la práctica, cuando se ha debatido sobre la competencia del Tribunal para modificar las cantidades pedidas por la Comisión e incluso introducir medidas no pedidas. En C-387/97, Comisión c. Grecia, el abogado general Ruiz Jarabo, en sus conclusiones de 28 de septiembre de 1999, párrafos 86 y siguientes, directamente apuesta por subrayar esa dimensión política y ceñir la jurisdicción del Tribunal, limitando su control sobre las medidas propuestas por la Comisión e impidiendo añadir otras. Esta no será la posición seguida por el Tribunal, que se reconocerá competencia plena. El argumento más desarrollado para comprender la tesis del Tribunal sobre su jurisdicción plena la encontramos en el asunto C-304/02, Comisión c. Francia, de 12 julio de 2005, tanto en los párrafos 89 y siguientes de la Sentencia, como en los párrafos 22 y siguientes de la segundas conclusiones del abogado general Geelhoed.

22. Existiría, además, la posibilidad de explorar la suspensión como medida cautelar, prevista de manera excepcional en el artículo 278, pero que podría dar resultados óptimos para frenar los incumplimientos manifiestos. En este sentido ha de prestarse atención a la ordenanza del presidente del Tribunal, de 19 de diciembre de 2006, en el asunto C-503/06, Comisión c. Italia, en el que se manda la suspensión de una ley regional como medida cautelar. Sin duda, esta técnica procesal, ahí donde la urgencia y el *fumus boni iuris* lo justifican, se convierte en un remedio clave para evitar "daños por incumplimiento". Obviamente la dificultad radica en el modo de dar efecto a esa orden de suspensión. En



**b. Las consecuencias pecuniarias<sup>23</sup> como mecanismo de cierre en el mantenimiento de la integridad del ordenamiento**

La respuesta frente al incumplimiento manifiesto es uno de los objetivos prioritarios del proceso declarativo diseñado en los artículos 258 y siguientes. ¿Qué pasa, sin embargo, cuando esa disconformidad constatada por el Tribunal de Justicia no se repara adoptando las “medidas necesarias”? En la solución a este interrogante radica el fundamento de la responsabilidad pecuniaria diseñada por el artículo 260. El precepto aclara cuáles son los supuestos en los que se activa un nuevo proceso: no haber dado ejecución a una sentencia declarativa de incumplimiento (apartado segundo) y no haber informado sobre las medidas de transposición (apartado tercero). En el primer caso es factible hablar con laxitud de un proceso de ejecución, ya que trae causa en una previa declaración de incumplimiento y es imprescindible que la Comisión solicite alguna de las medidas previstas. Pero no se debe escapar el detalle de que antes de fijar las consecuencias pecuniarias, las partes y el Tribunal ventilan la sustancia del presupuesto que las hace nacer, a saber, si en verdad no se han tomado las medidas necesarias para ejecutar la sentencia. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso mixto en el que se declara derecho –el incumplimiento de una sentencia– y se adoptan actuaciones para su aseguramiento. Asimismo, cuando se exige judicialmente la obligación de

---

este caso la República italiana optó por un decreto ley que mandaba la suspensión de la ley regional.

23. No resulta sencillo elegir una terminología adecuada para englobar las multas coercitivas y la cantidad a tanto alzado previstas en el artículo 260. Uno de los correctores anónimos de este trabajo me invitó a considerarlas medidas ejecutivas características de cualquier procedimiento judicial de ejecución. Sin duda, hay mucho de verdad en esta proposición y me llevó a abandonar el término de sanción que utilicé en una primera versión. Pero hablar a secas de medidas coercitivas no es del todo sensible a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Primero, porque el Tribunal usa mayoritariamente el concepto de “sanción” y de “infracción del ordenamiento”. Y, en segundo lugar, con una razón de más peso, porque en Tribunal distingue una finalidad de “persuasión específica”, pero también de “prevención general”, para desincentivar futuros incumplimientos. Sin duda, esta prevención general escapa a la lógica de los procedimientos ejecutivos y se sitúa en el ámbito de la potestad sancionadora. E incluso se ha debatido en sede procesal si la aplicación simultánea de la multa y la suma a tanto alzado incurrirían en vulneración del principio *non bis in idem*, lo que supone traer a la luz un problema prototípico de la potestad sancionadora, véase párrafo 84 de la sentencia al asunto C-304/02, Comisión c. Francia, de 12 julio de 2005. Por ello he preferido un concepto más tenue –consecuencias pecuniarias–, pero ajeno a mayores confusiones.

informar, nos hallamos también con un proceso que aúna lo declarativo y lo ejecutivo, determinando en la misma causa la falta de información y fijando la responsabilidad pecuniaria que corresponda. Son procesos que encajan bien bajo la lógica propia de las jurisdicciones que conocen de derecho público, en las que la ejecución no es cuestión que interese solo a las partes, sino que incumbe al propio tribunal, dado el interés público que encierra la causa.<sup>24</sup> Por ello, salta a la vista que las consecuencias pecuniarias dispuestas en el artículo 260 no tienen como fin reparar daños creados por el incumplimiento,<sup>25</sup> por más que los intereses públicos y privados afectados sean relevantes para fijar la cuantía; en verdad, aspiran a ser un instrumento de coacción que empuje cuanto antes hacia la correcta ejecución.

Esas consecuencias se desdoblán en una suma a tanto alzado y/o una multa coercitiva. La jurisprudencia ha ido deslindando la razón de cada una de estas medidas y ha facilitado su coexistencia. La multa coercitiva persigue que el Estado miembro repare la vulneración sin esperar a que se dicte la sentencia correspondiente, de ahí que el Estado se libere de la multa si corrige el incumplimiento antes de la sentencia, multa cuyo cómputo sólo se activa iniciado el procedimiento del artículo 260. Esto supone a su vez que aquellos Estados que consideran que han cumplido con la sentencia declarativa y esperan demostrarlo en el procedimiento, han de correr con el riesgo de la multa si sus pretensiones no son atendidas. Por otro lado, la suma a tanto alzado quiere evitar conductas de mala fe procesal por parte de los Estados miembros y disuadir futuros incumplimientos en el mismo sentido. Puesto que la multa coercitiva decae cuando el Estado ha cumplido, éste puede apurar los tiempos del proceso y adoptar las

---

24. De "peculiar tramite de ejecución de sentencias" habla el Tribunal de Justicia en el asunto C-304/02, Comisión c. Francia, de 12 de julio de 2005, párrafo 92. No es baladí la cuestión, pues tal peculiaridad modula el principio de justicia rogada y permite al Tribunal dictar consecuencias no pedidas por la Comisión. Para un argumento más desarrollado véanse los párrafos 11 y siguientes de las Conclusiones del abogado general Geelhoed en C-304/02, Comisión c. Francia, de 18 de noviembre de 2004.

25. Creo oportuna una cita textual del Tribunal de Justicia, extraída del párrafo 91 de su sentencia en el asunto C-304/02, Comisión c. Francia, de 12 de julio de 2005: "La condena al pago de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado no tiene por objeto indemnizar el perjuicio que haya podido causar el Estado miembro de que se trate, sino ejercer una presión económica que le induzca a poner fin al incumplimiento declarado. Por consiguiente, las sanciones pecuniarias impuestas deben determinarse en función del grado de persuasión necesario para que dicho Estado miembro modifique su comportamiento."

medidas de cumplimiento necesarias justo antes de la sentencia. La suma a tanto alzado evita este fraude procesal, de manera que el Estado miembro pagará por su incumplimiento, incluso si en el curso del proceso ha adecuado su ordenamiento.<sup>26</sup> A la vez, ya se ha dicho, desincentiva la acumulación de incumplimientos similares.

**c. El pago de la multa coercitiva y/o de la cantidad a tanto alzado**

Las consecuencias pecuniarias del artículo 260 buscan exclusivamente la reparación del derecho de la Unión cuando se ha producido un incumplimiento contumaz. La Unión espera, y hasta ahora lo ha logrado, que el Estado miembro reaccione durante el proceso o justo después para reponer la integridad del ordenamiento. Esta dinámica nos permite, creo, afrontar de manera muy sencilla nuestro problema principal: ¿quién ha de pagar, el Estado central o la Comunidad Autónoma?<sup>27</sup> ¿Cómo aseguramos el pago?

---

26. La distinción de una y otra figura en razón de su finalidad, la cuantificación de las mismas, la caracterización del procedimiento y la potestad del Tribunal de Justicia, tras los primeros acercamientos de los asuntos C-387/97, Comisión c. Grecia de 4 de julio de 2000 y C-278/01, Comisión c. Reino de España, de 25 de noviembre de 2003, quedan definidos en C-304/02, Comisión c. Francia, de 12 de julio de 2005. A partir de ahí, las restantes sentencias se mueven en la línea marcada. No obstante, como resumen, tienen interés las conclusiones del abogado general Bot, en el asunto C-109/08, Comisión c. República Helena, de 12 de marzo de 2009, en especial párrafos 33 y siguientes. También, las de Poaires Maduro, al asunto C-119/04, de 26 de enero de 2006, pp. 45 y 46. Ya encontramos en la doctrina análisis críticos sobre los rendimientos de este sistema, véase P. Wenner's, "Sanctions against Member States under article 260 TFUE: alive, but not kicking?", *Common Market Law Review*, núm. 49, pp. 145-176, 2012.

27. Las reflexiones de estas páginas se construyen pensando en el Estado central y las Comunidades Autónomas. ¿Son trasladables sin más a los entes locales? No estoy seguro, y de esta duda surge una necesidad obvia de autocontención. Como se verá, propongo una distribución de responsabilidad fundada básicamente sobre el reparto constitucional de competencias. Existe la lógica tentación de trasladar ese modelo al ámbito local y establecer un juego de responsabilidades donde la del ente local varíe según el espacio de actuación normativo o ejecutivo que le deje la ley. Ahora bien, dada esa incidencia definitiva de la ley sobre la autonomía local, resulta difícil imaginar incumplimientos locales que no sean consecuencia inevitable de la previa configuración o falta de configuración legal. ¿Es posible entonces realmente hablar de incumplimientos propios de los entes locales de los que deban responder? A mí solo se me ocurre un supuesto: cuando la actuación local incumple una disposición de los Tratados o de un reglamento con eficacia directa; por ejemplo, en la vulneración de la libre prestación de servicios mediante acciones de contratación pública en materias no armonizadas, véase el asunto C-271/08, Comisión c. Alemania, sentencia de 15 de julio de 2010.

La clave del control de cumplimiento, tanto en su procedimiento exclusivamente declarativo como en el del artículo 260, se construye sobre la idea de que el Estado miembro adoptará las medidas necesarias para actuar conforme a derecho. Esta premisa presenta dos escenarios: que el Estado o la Comunidad Autónoma responsable tome las decisiones pertinentes para satisfacer los deberes nacidos del derecho de la Unión; o que el Estado central sustituya a la Comunidad Autónoma en su deber de cumplimiento. Cabría un tercer escenario, el de incumplimiento total, pero entiendo que esto nos sitúa ante el supuesto de la rebeldía, cuestión ajena al objeto de este escrito.<sup>28</sup>

Imaginemos el primer supuesto: la Comisión reclama al Reino de España por la vía del artículo 260 una multa coercitiva y una suma a tanto alzado. Sin duda, el proceso judicial previo y las actuaciones de la Comisión anteriores a la demanda habrán sentado bases suficientes para saber quién ha de tomar las medidas necesarias conducentes al acatamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. Debe ocurrir, entonces, que espontáneamente el Estado central o la Comunidad o Comunidades Autónomas correspondientes, a lo largo del procedimiento, pongan fin al incumplimiento. Esta actuación de conformidad se convierte así en el elemento clave de la imputación del deber de pago. Si es el Estado central el que considera que las

---

28. Ocurre, sin embargo, que bajo las características típicas de la ejecución de sentencias, late a todas luces un problema todavía mayor, el de la rebeldía de los entes periféricos que componen una unidad política compuesta. El procedimiento del artículo 260 es la antesala de un escenario dramático en el que un Estado miembro opta por no cumplir deliberadamente con el ordenamiento. Ahora bien, el derecho de la Unión carece de los dos instrumentos claves para salvar estas situaciones. Primero, su sistema jurisdiccional no posee una estructura de recursos que permita a los ciudadanos contrarrestar el incumplimiento de su Estado. Bastaría recordar el ejemplo de aquellos modelos federales en los que el centro se dota de una jurisdicción propia encargada de conocer tanto en primera instancia las causas de derecho federal, como las apelaciones frente a los tribunales de los Estados. En segundo lugar, la Unión no dispone de instrumentos ejecutivos generales diseñados para reparar los incumplimientos manifiestos y restituir su autoridad. La mayoría de las estructuras federales cuentan con los estados de excepción, alarma y sitio, o con medidas de actuación específicas, como podría ser nuestro artículo 155; pero la Unión ostenta tan solo la potestad de suspensión de "determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados" cuando un Estado miembro incumpla los valores del artículo 2 del TUE, o de ciertas medidas de salvaguarda del mercado interior, si un Estado miembro está inmerso en situaciones de graves disturbios, guerra, amenaza de guerra o grave tensión internacional (artículo 347). Así las cosas, la responsabilidad pecuniaria se convierte en el último instrumento para asegurar la restitución del ordenamiento de la Unión y más allá queda únicamente el abismo de la rebeldía.

medidas de reparación del ordenamiento entran en el ámbito de sus competencias, entonces sobre él recaerá el pago de las cantidades. Y, del mismo modo, si la restitución se lleva a cabo por una Comunidad Autónoma o varias Comunidades Autónomas, son ellas las que habrán de pagar. No es preciso, por tanto, ningún procedimiento para dilucidar a quién corresponde el pago, pues la adopción de las medidas pertinentes revela ya al responsable: en la reparación reside la imputación.

En este escenario existe, sin embargo, una pequeña dificultad que se muestra en aquellos casos en los que la adecuación al ordenamiento de la Unión requiere una actuación conjunta, con intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas. Me refiero, obviamente, a supuestos en los que la reparación del incumplimiento exige a la vez cambios en las bases del Estado y el desarrollo de la Comunidad, o en la legislación del Estado y la ejecución autonómica. Ciertamente, podría seguirse la vía sugerida por el Consejo de Estado y abrir un procedimiento que impute específicamente el *quantum* en cada caso. Sin embargo, tengo dudas de que sea un camino fructífero. En mi opinión, mucho más adecuado sería fijar una escala de pago, que se apoye en el reparto de competencias, independientemente de su concreta imputación.<sup>29</sup> Así, por ejemplo, en el caso de que el incumplimiento se produjese bajo el ámbito de una materia repartida entre bases y desarrollo, el Estado pagaría el 60% y las Comunidades Autónomas el 40%. Si la responsabilidad nace en el contexto de la legislación estatal y la ejecución autonómica, correspondería un 80% del pago al Estado y el 20% a las Comunidades Autónomas.<sup>30</sup> La escala

---

29. Este modelo de responsabilidades tasadas se utiliza, por ejemplo, en la Constitución alemana, tanto para la responsabilidad por déficit excesivo (artículo 109.5) como para la responsabilidad genérica por incumplimiento (artículo 104.a.5 –si bien en este caso solo se tasa la responsabilidad de más de un Länder–). La clave en estas responsabilidades tasadas es el criterio utilizado para el reparto. Así, en el ejemplo alemán, para la responsabilidad genérica se usa el llamado principio de conexión de competencias; en cambio, para la responsabilidad por déficit excesivo parece usarse el criterio de reparto de ingresos. En todo caso, el modelo alemán explica la importancia de distribuir la responsabilidad en coherencia con los principios de la Constitución territorial y financiera, al respecto es importante cotejar el trabajo de C. Elías Méndez, “La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente”, *Rev. de derecho constitucional europeo*, núm. 6, 2008, pp. 223-252.

30. Cabría plantearse un supuesto adicional, cuando Estado y Comunidad Autónoma deciden cooperar estableciendo en común sus competencias propias para lograr una determinada ejecución. ¿A quién atribuir entonces el deber de pago por incumplimiento? Si la cooperación

propuesta simplemente proyecta el grado de intervención reguladora sobre la consecuencia del incumplimiento. Se trata de una regla que pese a no atender a la responsabilidad concreta en cada caso, tarea que creo compleja y abocada al conflicto, da una gran seguridad sobre el deber de pago de cada ente.<sup>31</sup> Es precisa, sin embargo, una matización relativa a la celeridad en el cumplimiento. Imaginemos que el Estado adopta inmediatamente las medidas para acomodarse a la sentencia cuyo cumplimiento adecuado se discute, mientras que alguna Comunidad se demora. Pensemos en la alternativa, donde las Comunidades reaccionan rápidamente, mientras que el Estado se retrasa o lleva la disputa judicial a sus últimas consecuencias. No olvidemos que el Tribunal de Justicia toma la duración del incumplimiento como una de las variables que determinan el montante de la multa coercitiva y de la suma a tanto alzado. ¿Deben pagar igual aquellos entes que han actuado con la mayor diligencia? Parece razonable que la propia variable de duración que aplica el Tribunal de Justicia, se traslade sobre los actores del incumplimiento. De este modo, si el Estado repara inmediatamente, su cuota de responsabilidad (60% u 80%) se debería calcular exclusivamente sobre la cantidad devengada hasta su actuación reparadora. A su vez, la obligación de pago de una Comunidad se habría de cuantificar a partir de la cantidad debida por el Reino de España cuando aquella cumplió.

Queda por dilucidar un último problema en esta primera hipótesis: ¿cómo se reparte el pago cuando son varias las Comunidades Autónomas incumplidoras? Es decir, si varias Comunidades son res-

---

ha dado lugar a una persona jurídica, ésta será responsable del incumplimiento mediante su patrimonio propio. Entiendo, sin embargo, que si tal patrimonio no fuese bastante, la responsabilidad podría derivarse al Estado y la Comunidad Autónoma proporcionalmente según el grado de participación en el ente. Si la cooperación se ha articulado por convenio, plan o programa, lo ideal sería que esos instrumentos previeran el modo de derivar la responsabilidad. Pero, sinceramente, esto sería mucho pedir. Más razonable es esperar que puesto que es contenido necesario de esos instrumentos la determinación de la actividad de cada una de las Administraciones, podamos saber cuál de ellas ha incurrido en incumplimiento y, de este modo, atribuirle el deber de pago.

31. Cabría incluso diseñar un modelo en el que la responsabilidad se asumiera de forma solidaria sobre criterios tasados, totalmente al margen de la determinación del responsable. Este modelo puede ser útil en la responsabilidad por déficit excesivo, tal y como muestra, entre otros modelos, R. Fernández Llera, "Un enfoque federalista sobre procedimientos internos para delimitar la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea", en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs.) P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 (pp. 183-216), en especial p. 212 y ss.

ponsables ¿cómo se divide el 100% de la cantidad? O si concurren con el Estado, ¿cómo se distribuye el 40% o el 20%? De nuevo, creo que sería oportuno establecer una regla tasada de la cantidad debida, que gire en torno a la capacidad de pago de cada Comunidad, sea el PIB o cualquier otro indicador de riqueza. Si el incumplimiento del derecho de la Unión genera beneficios directos o indirectos, la responsabilidad pecuniaria ha de ser proporcional a aquellas Comunidades que, por su mayor pujanza, en teoría disfrutarán más de esos enriquecimientos injustos. En este supuesto, sin embargo, también es importante tener en cuenta la distinta velocidad en la restitución del ordenamiento y la responsabilidad de cada Comunidad ha de calcularse sobre la cantidad devengada hasta el momento de su cumplimiento.

Atendamos ahora al segundo supuesto planteado, esto es, la posibilidad de un poder sustitutivo del Estado central. En un escrito anterior negué la oportunidad de esta medida.<sup>32</sup> No es el momento de volver sobre mis argumentos. Ahora pretendo dar crédito a aquellas tesis que defienden la intervención sustitutiva y analizar la cuestión del pago de la responsabilidad pecuniaria. La idea es aparentemente sencilla: puesto que el Estado central repone el cumplimiento del ordenamiento y paga las cantidades debidas, se han de instaurar mecanismos que en última instancia repitan sobre la(s) Comunidad/es Autónoma/s responsables. Ahora bien, la respuesta no es tan clara. Recordemos que un sector de la doctrina, entre ellos el Consejo de Estado, considera que existen fundamentos constitucionales suficientes para defender la existencia de una competencia estatal de reacción frente al incumplimiento de las Comunidades Autónomas, sustituyéndolas. Quienes defiendan que el Estado central dispone de tal poder sustitutivo, habrán de aceptar que si no actúa justo cuando la Comisión pone en su conocimiento la hipótesis de un incumplimiento, dejando que el procedimiento del artículo 260 llegue a su fin, el Estado central estaría omitiendo su deber de reacción y asumiendo como suyo el incumplimiento de las Comunidades Autónomas. ¿Deben entonces éstas pagar las hipotéticas consecuencias pecuniarias, o ha de acarrear con ellas el Estado central que no usó en tiempo y forma el supuesto poder sustitutivo que la Constitución parece otorgarle?<sup>33</sup> Creo que

32. Me refiero al trabajo de la nota 2.

33. En definitiva planteamos la proyección de la relación de proporcionalidad que existe entre "(...) mayores poderes/deberes de intervención del Estado en términos preventivos

esta tesitura pone una vez más de manifiesto la debilidad de las posiciones que defienden la potestad de sustitución. Mientras que la defensa del ámbito de autonomía de las Comunidades, necesariamente conduce a imputar a éstas el pago de los incumplimientos que nazcan por su actuación, reivindicar una competencia de sustitución del Estado central, en estricta coherencia, debe empujar a sostener que, entonces, corresponde a éste también atender el pago de los incumplimientos que fueron originariamente de las Comunidades, pues la prolongación de la vulneración se debe finalmente a la falta de diligencia del Estado central en el uso de los poderes constitucionales. En definitiva, quien ostenta la potestad última de reparación debe arrostrar con las consecuencias finales del incumplimiento.

Habrá quien no comparta mi opinión y considere que una vez que el Estado central ha levantado el incumplimiento imputable a las Comunidades, éstas deben reintegrar el pago de la responsabilidad pecuniaria. De dar por buena esta tesis, ¿es necesario un procedimiento específico como defiende el Consejo de Estado? Creo que no. El Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación, ofrece instrumentos suficientes. Me refiero, y así lo hace también el Consejo de Estado, a la compensación de oficio de deudas de entidades públicas, previsto en el artículo 57, y a la extinción de deudas de las entidades de derecho público mediante deducciones sobre transferencias, del artículo 60. Ambos mecanismos de recaudación dotan a la Hacienda general del Estado de un procedimiento y de potestades suficientes para recuperar lo indebidamente pagado.<sup>34</sup>

---

[y su] grado de culpa *in vigilando* (o *in corrigendo*) en el contexto de incumplimientos de origen subestatal, disminuyendo en consecuencia el grado de posible repetición sobre la Comunidad Autónoma (o ente local) afectada, y viceversa", la cita proviene de la p. 5 de R. Alonso García, "La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Unión Europea desde la perspectiva del Estado autonómico: una aproximación general", en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs.) P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 (pp. 3-10).

34. En este contexto de sustitución de la Comunidad Autónoma en el pago de la responsabilidad, el Consejo de Estado explica con suma claridad la problemática específica que presenta el sistema financiero del País Vasco, donde resulta complejo arbitrar mecanismos de compensación o deducción, pp. 269 y ss. Sobre esta hipótesis reflexiona para un caso concreto, I. Serrano Blanco, "La cláusula de responsabilidad y el cupo vasco", *Diario La Ley*, núm. 7694, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2011.



## 2. La tutela judicial y el lugar de la responsabilidad pecuniaria<sup>35</sup>

Es preciso volver a recorrer caminos trillados para situar adecuadamente el sentido de la responsabilidad pecuniaria, ahora en el contexto de controversias nacidas a instancia de los particulares. Dentro de las diversas formas que toma el principio de primacía, interesa en este momento su ligazón con la eficacia directa, conjunción que da forma al derecho fundamental de toda persona para que sus pretensiones fundadas en derecho de la Unión sean atendidas, de manera efectiva y equivalente, por la jurisdicción ordinaria. Es de sobra sabido que esta tutela judicial, junto a la cuestión prejudicial de interpretación, ha servido para controlar indirectamente la conformidad del derecho estatal con el derecho de la Unión. Pese a las declaraciones formales del Tribunal de Justicia en referencia a su competencia limitada, lo cierto es que tanto el modo de formular la pregunta por el juez estatal, centrado en la resolución de una controversia, como la forma de evacuar la decisión, donde el Tribunal de Justicia fija la contradicción entre la norma estatal y la interpretación necesaria del ordenamiento europeo, han conducido de facto a convertir el incidente de interpretación en un juicio mediato sobre el derecho periférico.

Es igualmente sabido que el reconocimiento por la jurisdicción ordinaria de derechos subjetivos amparados en el ordenamiento de la Unión, no implica la expulsión de la norma o acto (público o priva-

---

35. Este epígrafe toma como presupuesto la responsabilidad imputable al legislador y a la Administración. Cuestión distinta, desde el punto de vista del ordenamiento español, es la responsabilidad por aplicación judicial del derecho de la Unión. En principio, la Audiencia Nacional pretende resolver el problema a través del procedimiento específico dispuesto en el artículo 293 de la Ley orgánica del Poder Judicial. Pero creo que lleva razón D. Ordóñez Solís cuando subraya la extremada dificultad de este procedimiento, D. Ordóñez Solís, "La responsabilidades de las Comunidades Autónomas y de los entes locales españoles por la violación del Derecho de la Unión Europea: procedimientos de reclamación", en *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico. Prevención y responsabilidad*, (dirs.) P. Biglino y L. Delgado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 (pp. 143-181), en especial p. 155. Podría incluso plantearse si el procedimiento del artículo 293 LOPJ respeta el principio de efectividad en la tutela del derecho de la Unión, si bien, existen autores que sugieren una dicción distinta del Tribunal de Justicia cuando valora el incumplimiento de la Administración y del legislativo ("serious breach") y el incumplimiento del Poder Judicial ("manifest infringement"), véase B. Beutler, "State liability for breaches of community law by national courts: is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?", *Common Market Law Review*, núm. 46, (pp. 773-804), 2009, p. 797.

do) que obstaculiza las pretensiones individuales. El desplazamiento aplicativo es el mecanismo escogido para salvar las contradicciones y dar eficacia al derecho europeo, que acaba sustituyendo al estatal en la resolución de la controversia. No obstante, dos son los límites a esta eficacia directa. Respecto al conjunto de las fuentes europeas, será preciso siempre identificar un derecho subjetivo; en caso contrario el incumplimiento habrá de reconducirse a través del proceso del artículo 258 TFUE. Y en referencia a la directiva defectuosamente traspuesta, ha de originarse en el contexto de una relación jurídico-pública, pues fuera de este supuesto, en principio, no será posible provocar el efecto de desplazamiento.<sup>36</sup>

Este breve repaso al modo de resolver conflictos normativos en los que subyace un derecho subjetivo, debe ser suficiente para ubicar el lugar de la responsabilidad pecuniaria como instrumento subsidiario.<sup>37</sup> Se trata de una garantía mínima que se activa sobre todo ante el incumplimiento de la trasposición de directivas que ordenan relaciones entre particulares, pero también ante el incumplimiento de las restantes fuentes. El principio serviría para consolidar la plena eficacia de las normas de la Unión y evitar lagunas que incentiven en los Estados miembros la falta de respeto de sus obligaciones. La responsa-

---

36. Este es, sin duda, el axioma o lugar común doctrinal relativo a la eficacia de las directivas, que formalmente sigue en pie, en tanto que no exista un abandono expreso del principio fijado en C-152/84, Marshall, de 26 de febrero de 1986. Es sabido, también, que en el propio Tribunal de Justicia se exploran nuevas formas de desplazamiento, como ya se ha puesto de relieve en la nota 15. Es más, me atrevería a afirmar que, más allá de la jurisprudencia que afronta de manera directa el problema, existen otras sentencias silentes donde esas formas de desplazamiento, y con ella la eficacia directa de las directivas, es evidente pese a que no se exteriorice (basta como ejemplo reciente, C-442/10, Churchill Insurance Company Limited y Evans, de 1 de diciembre de 2011).

37. Pero no subsidiario a la restitución *in natura*, sino a la efectiva aplicación de la norma para la que opera como "remedio mínimo" (al respecto véanse las Conclusiones del abogado general Léger a C-224/01, Köbler, de 8 de abril de 2003, párrafos 38 y 39). Sin duda, este es un problema clásico en las estructuras federales: si las autoridades periféricas llamadas a aplicar el derecho no lo realizan efectivamente, la solución ideal es establecer mecanismos por los que otra autoridad de aplicación sustituya a la primera. En su defecto, una solución subsidiaria es el reconocimiento de una responsabilidad, pero, en pureza, en esta segunda vía, el mecanismo más incisivo es imputar la responsabilidad no a la institución, sino al funcionario que la encarna. Aquí radica la diferencia entre el modelo europeo y el de los Estados Unidos, véase J. Mabrito, "The American and EC Approaches to Member State Liability and the Possibility of State Officer Liability in the EC", *Yearbook of European Law*, 2007 (pp. 219-253), en especial p. 226 y ss. Idea que también encontramos en nuestro derecho procesal administrativo, véase artículo 112 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

bilidad atendería así a una triple función de restitución, prevención y demarcación.<sup>38</sup> Con la primera se logra compensar al particular que ha visto dañado su patrimonio jurídico por la intervención u omisión ilícita del Estado. La segunda sirve para desalentar por anticipado conductas estatales que busquen aprovecharse de la vulneración del derecho de la Unión. Y en este objetivo preventivo seguramente reside la razón de que solo causen responsabilidad los incumplimientos “suficientemente caracterizados”, esto es, aquellos significados por su gravedad. Cobra ahí sentido la última función, la de demarcación, que señala al poder público los cauces de su actividad de cooperación leal con “(...) el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultante de los actos de las instituciones de la Unión” (artículo 4.3 del TUE).

En definitiva, la tutela judicial efectiva y la cuestión prejudicial de interpretación han subjetivado el incumplimiento estatal. Y de este modo surge un panorama claro para afrontar el problema que nos interesa en este ensayo: ¿es necesario arbitrar procedimientos que ayuden a delimitar el deber de pago del Estado central o de las Comunidades Autónomas? Una vez más, considero que el ordenamiento vigente ofrece ya un camino suficiente para alcanzar esa delimitación. Y ese no es otro que la reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial y, de ser necesaria, su subsiguiente judicialización. En efecto, en la reclamación de responsabilidad el administrado debe individualizar el daño y probarlo, así como la relación de causalidad que lo atribuye a una determinada actividad administrativa. Por tanto, será la imputación manifestada en la reclamación –y estimada administrativa o judicialmente– la que genere el deber de pago del Estado central o de la Comunidad Autónoma a resultas de un incumplimiento suficientemente caracterizado del derecho europeo.

En este contexto donde el administrado delimita la administración responsable, podemos plantearnos cuatro hipótesis, según el supuesto que da lugar a la reclamación. En la primera, de conformidad con el artículo 31.2 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, la reclamación de indemnización por daños va ligada

---

38. Para la distinción de estas funciones me apoyo en el trabajo de O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración*, Civitas, 2002, concretamente en su capítulo tercero.

a la pretensión principal de reconocimiento de un derecho subjetivo frente a una vulneración suficientemente caracterizada. A su vez, en virtud del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, la reclamación puede venir tras un proceso judicial que concluyó con el reconocimiento de una situación jurídica frente a un acto o norma que vulneraba de manera suficientemente caracterizada el derecho estatal. Cabe pensar, en tercer lugar, que la reclamación se dirija por quien habiéndose aquietado ante normas y actos que vulneraban de manera suficientemente caracterizada el ordenamiento de la Unión, sin embargo, conocida una sentencia que determina tal situación, presenta la correspondiente reclamación administrativa (en la hipótesis de que esté dentro de plazo). O bien, se podrían imaginar aquellas vías de hecho que implican una vulneración suficientemente caracterizada (por ejemplo, impedir la circulación de camiones de mercancías extranjeros) y que darían lugar directamente a reclamaciones patrimoniales.

Existe, sin embargo, una dificultad añadida en razón de la concurrencia de responsabilidades. El particular, en su correspondiente reclamación, sobre todo en los dos primeros casos expuestos, tenderá a imputar la responsabilidad a la administración que se encuentra en el último tramo de la trasposición o ejecución, que será la Comunidad Autónoma, tanto en el binomio bases-desarrollo, como en la legislación-ejecución. Pero puede ocurrir que el desarrollo o el acto que constituyen el incumplimiento "suficientemente caracterizado" sean el resultado obligado de una normativa estatal, que es donde realmente radica la vulneración del derecho europeo. Podría suceder que la Comunidad Autónoma corriese con la responsabilidad pecuniaria que solo le alcanza en una parte, o, peor aún, que rechazase toda indemnización por considerar que ésta es imputable al Estado central. Ante este riesgo, bien hará el administrado en presentar doble reclamación, en cada una de las Administraciones que han intervenido en la trasposición. Pero, sin duda, este camino no es una solución, pues exige al reclamante una extrema diligencia. Si bien, ante una inadmisión parcial o total de la reclamación, por considerarse imputable al Estado central, podría entenderse que el daño causado no se habría extinguido, abriendo así las puertas a una nueva reclamación ante la Administración del Estado. No obstante, obligar al administrado a cursar sucesivamente dos reclamaciones, tampoco parece una solución demasiado fina (y de dudosa conformidad con el principio de equivalencia). Dadas estas dificultades, quizá sí sería recomendable una adap-

tación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en términos parecidos a lo ya existente para la responsabilidad contractual de la Administración (artículo 214.3 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que contiene el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), de manera que el administrado pudiese previamente e interrumpiendo la prescripción solicitar una aclaración sobre la administración responsable. Ahora bien, ante el riesgo de que cada una de las administraciones, estatal o central, despacharan el asunto en perjuicio de la otra, pienso que sería oportuno volver sobre mi argumento de las responsabilidades fijas según el tipo de competencia. Si se da por bueno este criterio, bastaría entonces con que la administración ante la que se ha presentado la reclamación o el órgano judicial ante el que se pide tal responsabilidad, valorase la existencia de ésta y, de ser así, la repartiese según las reglas preestablecidas, procediendo cada una de las Administraciones responsables al pago de la cantidad determinada.

#### **IV. El segundo problema: la figura del acto administrativo descentralizado y la restitución pecuniaria**

##### **1. Las características del acto administrativo descentralizado y la articulación de su eficacia**

En la Unión se subraya uno de los clásicos problemas de toda estructura político-jurídica territorialmente compleja: los contornos de la ejecución descentralizada. Ya hemos visto que los Tratados constitutivos aparentemente dan una respuesta limpia, reservando a los Estados miembros la ejecución, de suerte que la Unión solo actuaría cuando así lo estipulan los Tratados o si se exigen condiciones uniformes de ejecución. Se formula de este modo una separación clara de funciones, que responde a un presupuesto constitucional robusto, atento al papel esencial de los Estados en la constitución y funcionamiento de la Unión. Sin embargo, esta descentralización administrativa, guiada por el principio de autonomía institucional, presenta al menos tres caracteres que cifran su problemática.

El primero ya lo hemos visto en el epígrafe II.1. No parece que los principios constitucionales creados esencialmente para regir las relaciones internormativas den frutos similares en el campo de la eje-

cución. Dicho de otro modo, el mero desplazamiento de la actuación administrativa estatal es insuficiente para garantizar que el Estado miembro ejecute en el sentido querido. El segundo rasgo que conforma la singularidad de la ejecución descentralizada tiene que ver con la alteración del principio de legalidad, criterio básico a la hora de explicar tradicionalmente la función ejecutiva. En efecto, aunque nadie hoy día pretenda defender la ejecución administrativa como una tarea de subsunción, todavía resulta oportuno postular que la ley dirige la ejecución.<sup>39</sup> La primacía de la ley, voluntaria por opción del legislador o forzada en virtud de la reserva de ley, compone todo el imaginario de la legitimidad del acto administrativo.<sup>40</sup> Sin embargo, esa clave poco o nada dice en la relación Unión-Estado miembro cuando de medidas ejecutivas se trata. Resulta complejo afirmar una mayor legitimidad de la normativa europea que regula la ejecución del Estado miembro. Es más, cabría sostener una cierta legitimidad inversa, en la que la actuación del Estado nutre a la armonización normativa de la Unión. Esta traslación de legitimidades –del ejecutor al normador, antes que del normador al ejecutor– explica la inexistencia de referencia alguna en los Tratados al principio de jerarquía administrativa. En consecuencia –este sería el tercer rasgo– no se prevén instrumentos para impulsar y dirigir el programa de ejecución (sea mediante instrucciones u órdenes de servicio), valorar la oportunidad de la ejecución (informes preceptivos, consultas, etc.), ni vías administrativas que controlen de oficio o a petición de parte la licitud de los actos administrativos (revisión, revocación, recursos del administrado, etc.). Se presenta así el dilema con toda claridad: ¿cómo lograr una ejecución satisfactoria del derecho de la Unión cuando ésta carece de mecanismos jurídicos para dirigirla y los instrumentos de garantía resultan poco operativos, más aún al existir una reserva de ejecución a favor

---

39. La expresión la tomo de E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 1998, p. 175.

40. Transformar esta comprensión exigiría, primero, una reconceptualización de la ley y su reserva, a favor de una administración más abierta, informal, flexible y cooperativa, W. Hoffmann-Riem, "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch", *AöR*, 130, 2005 (pp. 5-70), en especial p. 28 y ss. En la misma línea, G.F. Shuppert, "Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance?", *AöR*, 113, 2008, (pp. 79-106). Y, sin duda, el problema de la regulación emerge como el punto central desde el que reconstruir los postulados de legitimidad de la administración, J. Esteve Pardo, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público", en *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, 2005 (pp. 387-405), p. 390 y ss.

de los Estados, que, además, pretende reflejar un principio de legitimidad estructural de la propia Unión?

La salida a este dilema la encontramos en la llamada administración cooperativa o mixta. Junto a la firme división que traza el artículo 291 y que da cuerpo a una clarificación esencial entre Administración de la Unión y Administración del Estado, en el derecho derivado han ido apareciendo paulatinamente técnicas que conforman un nuevo modo de ejecutar, donde, en el marco de un solo procedimiento, la Unión y el Estado integran sus responsabilidades.<sup>41</sup> El deber de información, el auxilio, los informes previos de la Comisión, las correcciones que funcionan al modo de instrucciones, las autorizaciones o la potestad de oposición por parte de la Comisión, las decisiones subsidiarias de la Comisión ante la falta de acuerdo de los Estados, la compleción de los planes diseñados por los Estados, o el privilegio de la ejecutividad del acto, son todos ellos instrumentos que permiten a la Unión dirigir la ejecución del Estado miembro.

Creo que es en el marco de estos instrumentos de dirección de la ejecución estatal donde debemos integrar una de las cuestiones que más preocupan al Consejo de Estado, a saber, el reembolso de los importes indebidamente abonados. Pese a sus similitudes, no se trata de un instrumento judicial de ejecución que compela al Estado a poner fin al incumplimiento manifiesto, tal y como corresponde a la multa coercitiva y a la suma a tanto alzado del artículo 260 TFUE. Y tampoco estamos ante una subespecie del principio de responsabilidad por incumplimiento, puesto que no hay en juego daño a particulares. Es, en definitiva, un mecanismo a disposición de la Comisión para dirigir la ejecución del Estado miembro, especialmente cuando no se ha cumplido con la carga que justificaba el gasto financiado totalmente o en parte por la Unión.

---

41. Respecto a la elaboración de este concepto en formación, véase E. Schmidt-Aßmann, "Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der EG", en *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, Mohr Siebeck, 2006 (pp. 411-442), respecto a las formas de este derecho cooperativo, en especial p. 431. En el mismo sentido, intentando una definición precisa, el capítulo sexto de T. v. Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, 2008. Una reflexión sobre los fundamentos constitucionales del derecho administrativo cooperativo se halla en R. Schütze, «From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union», *Common Market Law Review*, núm. 47 (5), (pp. 1385-1427), 2010, p. 1398 y ss.

Ahora bien, si todas estas técnicas han florecido en el derecho derivado, la realidad es que el derecho administrativo cooperativo posee un fundamento constitucional claro en los Tratados fundacionales. Me refiero al artículo 317 del TFUE, inserto en el capítulo dedicado a la ejecución del presupuesto, y que establece que “La Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de créditos autorizados, ejecutará el presupuesto *en cooperación* con los Estados miembros de conformidad con las disposiciones de los reglamentos adoptados en virtud del artículo 322, con arreglo al principio de buena gestión financiera. Los Estados miembros *cooperarán* con la Comisión para garantizar que los créditos autorizados se utilizan de acuerdo con el principio de buena gestión financiera” (la cursiva es mía).

## **2. La potestad de gasto de la Unión como ejemplo de la administración cooperativa. Sus instrumentos**

La lectura del artículo 291 del TFUE conduce a pensar que la función ejecutiva de la Unión se divide nítidamente entre las medidas directamente adoptadas por la Unión y las que toman los Estados miembros para aplicar las disposiciones normativas europeas. Esta perspectiva se matiza por la modulación de la forma de ejecutar de los Estados miembros cuando adoptan actos ejecutivos en la aplicación del derecho de la Unión. Sin menoscabar un ápice la importancia de esta vía, una aproximación equilibrada debe atender también al fenómeno del derecho administrativo cooperativo, categoría que aspira a identificar aquellos procedimientos en los que intervienen conjuntamente la Unión, de modo habitual a través de la Comisión, y los Estados miembros, con la finalidad de realizar la ejecución mediante un único acto. En este contexto y para el fin de este trabajo, es especialmente importante la potestad de gasto de la Unión, que se configura al modo de una administración cooperativa, pero ya no a resultas del derecho derivado, sino expresamente en virtud de un mandato del TFUE, concretamente del artículo 317 ya citado. Así las cosas, la primera imagen que ofrece el artículo 291 –dos administraciones, la de la Unión y la del Estado, que trabajan en paralelo–, se modera en términos cuantitativos y cualitativos, si damos la importancia que se merece a la potestad de gasto de la Unión.

El artículo 53 del Reglamento núm. 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el reglamento financiero



aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (desde ahora Reglamento financiero), sigue siendo el instrumento normativo ideal para entender las formas de la administración de la Unión. Ese precepto distingue entre la gestión centralizada, que admite una ejecución directa de la Comisión o a través de la contratación pública; la gestión conjunta con organizaciones internacionales o terceros países; y, en lo que ahora nos interesa, la llamada gestión compartida con los Estados miembros. El mismo artículo 53 nos da las claves para comprender en qué consiste esta gestión compartida cuando establece en el apartado 3 que "(...) se delegarán en los Estados miembros competencias de ejecución del presupuesto al amparo de lo dispuesto en los títulos I [Fondo europeo de orientación y de garantía agrícola, sección garantía] y II [Fondos estructurales] de la segunda parte", para remachar más adelante en el apartado 5 que la Comisión "[asume] su responsabilidad final en la ejecución del presupuesto". A la luz de esta aproximación, la ejecución cooperativa de la potestad de gasto de la Unión se concibe como la actuación de ambas administraciones para un fin común, si bien la responsabilidad final jurídica y política corresponde a la Comisión. Para salvar esa responsabilidad última, la división de funciones de la gestión compartida se articula mediante una delegación, que, en todo caso, reserva a la Comisión instrumentos específicos de dirección de la actuación estatal. Tales mecanismos difieren sustancialmente de los principios que tradicionalmente estudiamos al analizar las relaciones entre ordenamientos (entre legisladores) y que, como ya se ha dicho, son de menor utilidad en aras a alcanzar una adecuada articulación de las relaciones entre poderes ejecutivos). Al margen de la primacía, la eficacia directa, la interpretación conforme o la responsabilidad por incumplimiento, los apartados 5 y 6 del artículo 53 del Reglamento financiero disponen mecanismos particulares para asegurar una ejecución adecuada del derecho de la Unión: procedimientos de liquidación de cuentas (la interrupción y suspensión en el pago), las correcciones financieras, el control genérico del fraude y el mandato de recuperación de fondos indebidamente pagados.

De todos los instrumentos citados nos interesa este último, pero antes merece la pena detenerse brevemente en una mirada de conjunto. Para ello es clave, puesto que regula todas las figuras citadas, el Reglamento núm. 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006 (desde ahora Reglamento de los Fondos), por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Re-

gional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1260/1999. Este Reglamento realiza una separación entre la programación y la gestión de los fondos, arbitrando en ambos casos mecanismos de cooperación destinados a formular una decisión única, si bien en la gestión el peso recae principalmente sobre los Estados, a los que corresponde definir, de acuerdo con las condiciones materiales y procedimentales fijadas en el Reglamento de los Fondos, el sistema de gestión y control, con sus autoridades de gestión, certificación y auditoría, mientras que a la Comisión, inicialmente, le incumbe dar la conformidad a ese sistema y desarrollar en su caso auditorías directas sobre la gestión. En ese marco de la potestad de vigilancia de la Unión es donde se ubican los diversos institutos que deben asegurar la correcta ejecución de los fondos. Su conceptualización se apoya en el momento temporal de su activación, que a su vez conlleva unos efectos distintos. Así, la interrupción del plazo de los pagos (artículo 91) tiene un límite de seis meses, consiste en una decisión unilateral y sus motivos se fundan en indicios de deficiencias en los sistemas de gestión y control, o la necesidad de comprobaciones complementarias a raíz de irregularidades graves. Pese a que no hay lugar a la intervención del Estado en el procedimiento que conduce a la suspensión, sí se prevé su revocación automática cuando el Estado corrige su ejecución. En el caso de la suspensión de los pagos intermedios (artículo 92), los motivos se ligan a la existencia de defectos graves que ponen en tela de juicio la fiabilidad del sistema de certificación de pagos, si existen irregularidades graves respecto a los pagos o, lo que es interesante para este trabajo, si se incumple gravemente el mandato de recuperación de fondos. La mayor severidad de la suspensión frente a la interrupción, da lugar a la definición de un procedimiento donde el Estado miembro puede realizar observaciones, y en su caso, la suspensión se levantará si el Estado adecúa su ejecución. Finalmente, de no producirse tales medidas de conformidad, se pasa al último estadio, el de las correcciones financieras del artículo 99, realizadas por el Estado o la Comisión, y que consisten en la supresión total o parcial de la contribución económica. En el caso de que la corrección sea dictada por la Comisión, antes de su efectiva aprobación, el Estado miembro presentará observaciones tanto en lo relativo a la irregularidad, cuanto en lo atinente al montante de la corrección financiera. De no estar conforme el Estado con la conclusión final, se le dará audiencia, que solo en el caso de provocar un acuerdo, permitirá volver a usar los fondos.

### **3. El mandato de recuperación de los fondos indebidamente cobrados y la responsabilidad por negligencia del Estado central o de las Comunidades Autónomas**

Junto a estas técnicas de control preventivo, que buscan una rectificación de la ejecución del Estado miembro, el mandato de recuperación de fondos se presenta como una consecuencia jurídica necesaria de toda irregularidad, con la función de reponer el daño causado en la hacienda de la Unión. Llegamos una vez más al punto álgido de la discusión: ¿es necesario para recuperar los fondos indebidamente cobrados establecer un procedimiento específico que distinga la responsabilidad del Estado central o de la Comunidad Autónoma, tal y como defiende el Consejo de Estado? Nuevamente mi respuesta es negativa, siempre bajo la convicción de que el derecho vigente ofrece mecanismos suficientes para afrontar esa atribución de responsabilidad. Recordemos que el mandato de recuperación de fondos dispuesto por el artículo 70 del Reglamento 1083/2006, atribuye al Estado miembro la gestión y el control del gasto que implican los fondos. Dentro de la potestad de control, el apartado 1.b requiere del Estado "(...) recuperar los importes indebidamente cobrados (...)". No ha de pasar desapercibido que esta exigencia sitúa la ejecución del gasto en un esquema trilateral, típico de la actuación de fomento de corte federal. En efecto, del artículo 70 se colige fácilmente que la actuación del Estado miembro en la gestión de los fondos tiene un destinatario final, el particular receptor del gasto, que a su vez habrá de cumplir con determinadas cargas que justifican la transferencia del dinero. Por eso, el artículo 70, bajo la hipótesis de que el administrado incumpla las condiciones que lo convierten en beneficiado, no atribuye automáticamente la responsabilidad de restitución a la Administración gestora, sino que impone a ésta el deber de recuperar el dinero, de suerte que sea el administrado infractor quien arrostre las consecuencias. La responsabilidad de la irregularidad en la ejecución se traslada al Estado miembro solo cuando, tal y como estipula el apartado 2 del artículo 70, no es posible recuperar del Administrado los importes indebidamente cobrados y, además, el Estado miembro ha cometido a su vez "irregularidades o negligencias". En definitiva, el poder público estatal asume el deber de restitución al momento que ha dejado de ejercer los poderes necesarios que hubieran impedido las actuaciones defectuosas de los particulares. Esto se deduce de los supuestos que el Reglamento de Fondos deter-

mina para interrumpir y suspender los pagos, o, sobre todo, ordenar correcciones financieras. En el caso de las interrupciones utiliza el concepto de "deficiencias significativas en la gestión o control"; para la suspensión se eleva el listón a la "deficiencia grave", pero se añade la existencia de gastos consignados de forma irregular, o, precisamente, el incumplimiento de las obligaciones del artículo 70; finalmente, en el caso de las correcciones financieras se prevé la existencia de "fallos graves en los sistemas de gestión y control", así como gastos irregulares consignados y no corregidos, y la renuncia del Estado a ejercer su propia potestad de corrección financiera. En definitiva, la responsabilidad del Estado nace de situaciones en las que la Administración ha hecho una sistemática dejación de funciones, que compondría así el supuesto de hecho de "irregularidades o negligencias" al que se refiere el artículo 70 del Reglamento de Fondos.

Lo que importa para este ensayo es destacar una vez más que el ordenamiento ofrece criterios suficientes a la hora de fijar la responsabilidad, sin necesidad de crear procedimientos especiales. Pensemos en el primer caso, donde el Estado miembro, de oficio, en el ejercicio de sus potestades de control, se dirige contra un administrado que se ha beneficiado irregularmente de un gasto habilitado por la Unión, iniciando el correspondiente procedimiento de reintegro.<sup>42</sup> Seguramente, tal gasto se habrá organizado a través de la potestad subvencional, y entonces será Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (desde ahora Ley General de Subvenciones), la que nos dará la solución. Su artículo 41 dispone que la competencia para exigir el reintegro corresponde al órgano concedente, de suerte que no será necesario entablar procedimiento alguno para dilucidar si el deber de cumplir con el mandato de recuperación corresponde

---

42. Un problema adicional, destacado habitualmente por la doctrina y del que ahora no nos ocupamos, tiene que ver con la recuperación de las subvenciones estatales o autonómicas contrarias al derecho de la competencia. En verdad, aquí la cooperación no se produce en la actividad de fomento y su control, sino exclusivamente en su control. Para distinguir el problema de las ayudas públicas y de los fondos, véase la breve pero incisiva caracterización de D. Ordóñez Solís, "El derecho de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea. Principios inspiradores. El control y el régimen de responsabilidad derivado de la gestión de los fondos europeos", en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coords.), Aranzadi/Thomson Reuters, 2011, (pp. 165-212), en especial el epígrafe introductorio. Sobre el control, en el mismo libro colectivo, A. Descalzo González, "Ayudas públicas y defensa de la competencia", (pp. 213-242), p. 220 y ss., para los mecanismos estatales de control.

al Estado o a la Comunidad Autónoma. Y también la citada Ley, en su artículo 7, nos da una solución suficiente en los supuestos donde el grado de irregularidad ha conducido a un traspaso de la responsabilidad de reembolso desde el administrado a la Administración. Este artículo 7, que lleva por rúbrica la "responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea", atribuye la determinación de las responsabilidades financieras al mismo órgano de la Administración General del Estado encargado de coordinar o proponer los pagos de los fondos, y a la Dirección General del Tesoro y de Política financiera la competencia para liquidar la responsabilidad sea con deducciones o con compensaciones.<sup>43</sup>

Conviene que nos detengamos brevemente en esta última solución. Recordemos que en el contexto de las medidas previstas por el artículo 260 TFUE, son el Estado central, la Comunidad Autónoma o ambas conjuntamente las que restituyen el incumplimiento y en ese acto nace su deber de atender la multa coercitiva o la suma a tanto alzado. Por otro lado, en la responsabilidad por incumplimiento deducida ante la jurisdicción nacional, la reclamación del particular es la que imputa la responsabilidad al Estado central o a la Comunidad Autónoma. En el último caso a estudio surge además un tercer modelo donde el Estado central fija el deber de recuperación y lo liquida. Esta mecánica, que se separa de las anteriores dando entrada directamente al Estado central en la imputación del deber de pago, es, sin embargo, un procedimiento adecuado a la luz de la doctrina constitucional de la potestad de gasto. Recordemos que la precisa distribución de competencias efectuada por la STC 13/1992, concede más o menos intensidad normativa al Estado en la regulación de las condiciones para la ejecución del gasto, pero en ningún supuesto prevé la posibilidad de una ejecución de gasto compartida (al margen de que voluntariamente se instauren mecanismos de cooperación), de modo que tal ejecución es siempre una competencia exclusiva de la Comunidad autónoma o del Estado. Y no podemos olvidar tampoco que el

---

43. El procedimiento de recuperación se articularía según lo dispuesto de manera ordinaria en la Ley 38/2007, véase M. Rebollo Puig, "Capítulo X. El reintegro de las subvenciones", en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, dir. G. Fernández Farreres, Thomson-Civitas, 2005, en especial p. 428 y ss. En el mismo sentido, D. Ordóñez Solís, "El derecho de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea. Principios inspiradores. El control y el régimen de responsabilidad derivado de la gestión de los fondos europeos", p. 205 y ss.

Reglamento de Fondos exige la restitución del dinero en supuestos puramente ejecutivos –deficiencias significativas, graves o fallos graves en la gestión o control, consignación irregular de gastos o inobservancia de las obligaciones de los artículos 70 y 98.2– Por tanto, dado que la Constitución reserva en exclusiva al Estado o a la Comunidad autónoma la ejecución del gasto y, a su vez, el mandato de restitución nace de ese tipo de actividad, el procedimiento previsto en el artículo 7 de la Ley General de Subvenciones, ha de resultar en un procedimiento prácticamente automático, donde el órgano de coordinación de pagos se limitará a identificar la Administración a la que corresponde la ejecución y sobre ella cargar la liquidación correspondiente.<sup>44</sup>

---

44. Es la distribución de competencias en materia de subvención, el argumento utilizado en su fundamento tercero por la STS, de la Sala 3ª, Sección 4ª, de 28 de junio de 2005, recurso núm. 114/2003, ponente: Martí García, (RJ2005\9066) cuando desestima la inconstitucionalidad del Real Decreto 327/2003, de 14 de marzo, que regula el régimen de los organismos pagadores y de coordinación con el FEOGA-Garantía.