

El procedimiento por inejecución de las sentencias declarativas de incumplimiento: Estado de la cuestión

Javier Frutos Miranda

Becario FPI (Area de Derecho Internacional Público).
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La introducción por primera vez en el Tratado de la Unión Europea de un mecanismo que permitiese la imposición de sanciones pecuniarias a los Estados miembros que no ejecutasen una sentencia del Tribunal de Justicia declarativa de su incumplimiento supuso un paso de enorme importancia en cuanto a la mejora de la eficacia del ordenamiento comunitario. Al mismo tiempo, ese nuevo procedimiento generó una serie de interrogantes que ha dado lugar a un rico debate doctrinal y jurisprudencial. Por su parte, el Tratado de Lisboa ha introducido ciertas reformas y un nuevo párrafo en el actual artículo 260 TFUE, queriendo corregir las deficiencias y las lagunas de la anterior redacción.

Este trabajo pretende, por una parte, recoger y discutir los aspectos más importantes de la conflictiva aplicación e interpretación del hasta ahora artículo 228 TCE y hacer balance de su funcionamiento. Para ello se realizará un análisis crítico de la jurisprudencia, que, según el autor, resulta criticable al no reconocer explícitamente el carácter híbrido de este procedimiento, que debería considerarse desde una doble perspectiva: como instrumento sancionador en sentido estricto y como mecanismo de ejecución de sentencias.

En segundo lugar, se abordarán las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa,

ABSTRACT

The introduction by the European Union Treaty of the possibility of imposing financial penalties to the Member States which had not executed a judgment of the Court of Justice declaring their failure to fulfill an obligation represented a great step forward regarding the effectiveness of the Community Law. At the same time, this new procedure gave rise to a rich debate both among the authors and in the jurisprudence. In addition, the Lisbon Treaty has introduced some changes and a whole new paragraph trying to improve the flaws and gaps of the former rule.

This essay intends, in the first place, to bring together and to discuss the most important aspects of the controversial implementation and interpretation of article 228 EC and to make an assessment of its results. In order to do so, the author will analyse critically the decisions of the ECJ, concluding that they are flawed in the sense that they don't acknowledge explicitly the hybrid nature of this rule, which should be considered from a double perspective: as a punitive and as an enforcement procedure.

In the second place, the author will deal with the changes introduced by the Lisbon Treaty, tentatively suggesting its future functioning and examining the reasons that led to the inclusion of a specific procedure for the failure to fulfill the obligation to transpose directives within the deadline.

valorando de forma tentativa su funcionamiento futuro y las razones que han motivado la inclusión de un mecanismo específico para el incumplimiento de la obligación de trasponer las Directivas en plazo.

Palabras clave: recurso por incumplimiento, sanciones pecuniarias, artículo 228 TCE, artículo 260 TFUE, ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia

Keywords: actions for failure to fulfill obligations, financial penalties, article 228 EC, article 260 TFEU, enforcement of the judgments of the Court of Justice.

Fecha recepción original: 10 de mayo de 2010

Fecha aceptación: 17 de mayo de 2010

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL ARTÍCULO 228 TCE: CONSIDERACIONES GENERALES, OBSERVACIONES PROCESALES Y PRINCIPALES INCERTIDUMBRES—a) *Naturaleza de las sanciones*—b) *Aplicación en el tiempo del procedimiento por inejecución*—c) *Poderes de la Comisión y del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 228.2 TCE*—d) *Método de cálculo de las sanciones*
 - III. EL PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN EN EL TRATADO DE LISBOA—a) *Simplificación de la fase administrativa*—b) *El nuevo mecanismo introducido por el artículo 260.3 TFUE*
 - IV. CONCLUSIÓN
-

I. INTRODUCCIÓN

Citando a N. BOBBIO, la eficacia de una norma depende de si es o no cumplida por las personas a quienes se dirige y, en el caso de ser violada, si se la hace valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto¹. Hasta el Tratado de Maastricht de 1992, prácticamente el único instrumento que procuraba la efectiva aplicación del ordenamiento comunitario era la obligación derivada de los principios de eficacia directa y primacía, que imponía a los jueces nacionales la inaplicación de las normas internas contrarias a aquél. Existían también algunos mecanismos indirectos que presionaban de cara al cumplimiento², pero su alcance material era muy limitado o su capacidad disuasoria, sancionadora o correctora de las infracciones resultaba muy reducida. Desde esta perspectiva deben entenderse, por ejemplo, la supeditación de la obtención de ciertos fondos comunitarios al cumplimiento de determinadas obligaciones directamente vinculadas con ellos³ o la obligación a cargo de los Estados de reparar el daño causado a los justiciables por violación del Derecho comunitario⁴. Se trataba, sin duda, de instrumentos útiles, pero no suficientes.

En todo caso, antes de la reforma que introdujo el TUE no existía ningún mecanismo coercitivo (mucho menos coactivo) que permitiese a las instituciones comunitarias garantizar la aplicación de la norma cuando ésta fuera infringida por un Estado miembro. La única posibilidad que ofrecían los Tratados en este ámbito era el inicio de un procedimiento que, tras una fase administrativa, podía concluir con una sentencia del Tribunal de Justicia *declarando* dicho incumplimiento. El artículo 171.1 TCE (después art. 228.1 TCE y actual art. 260.1 TFUE), como corolario del deber de cooperación leal, obligaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, pero no existía más respuesta frente a la inejecución del pronunciamiento del TJCE que el inicio de un nuevo procedimiento

¹ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, p. 34.

² Vid., entre otros, los trabajos de Díez-Hochleitner, J., «La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros», *rie*, 1993-3, pp. 848-854; Tesauro, G., «La sanción de las infracciones al Derecho comunitario», *Noticias C.E.E.*, nº 100, 1993, pp. 108-109; Martín Delgado, I., *El procedimiento por inejecución en la Justicia europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 40-42.

³ Así, el Reglamento (CE) 1290/2005, que excluye, en el ámbito de la política agraria, la financiación de los gastos que no se hayan efectuado de conformidad con la normativa comunitaria.

⁴ Vid., como la más representativa, la STJCE de 19.11.1991, as. ac. *Francovich y Bonifaci* (C-6 y C-9/90).

por incumplimiento y, en su caso, una nueva sentencia con valor puramente declarativo.

La ausencia de un instrumento que garantizase la adecuación del comportamiento estatal a las sentencias declarativas del incumplimiento (lo que impropiaamente se ha llamado «ejecución» de las sentencias del TJCE) constituía una importante falla en cuanto a la *eficacia como aplicación*⁵ del ordenamiento comunitario. No en vano, el Parlamento Europeo, suscribiendo la preocupación del propio Tribunal de Justicia, se refirió a esta cuestión como una auténtica laguna en el Tratado de Roma⁶. Debe tenerse en cuenta que, más allá de su importancia teórica, esta laguna alcanzaba una relevancia práctica tal que se podía afirmar que existía un número inaceptable de sentencias que no se ejecutaban o que se ejecutaban con un retraso considerable⁷.

Tras debatir varias alternativas que no reproduciremos aquí⁸, los Estados miembros decidieron afrontar este problema introduciendo un nuevo procedimiento que, en última instancia, permitiría al Tribunal imponer una sanción pecuniaria al Estado miembro que no hubiese adoptado las medidas necesarias para ejecutar una sentencia previa declarativa de un incumplimiento que le fuera imputable. Se trataba de un mecanismo inédito en el sistema jurídico internacional o en cualquier ordenamiento regional⁹, pero a la vez que suponía un avance crucial en cuanto a la eficacia del Derecho comunitario, introducía un número significativo de cuestiones problemáticas.

El objeto de este trabajo es, fundamentalmente, resumir y sistematizar las principales incertidumbres que el citado precepto planteaba, en parte por su ambigüedad y en parte por su parquedad¹⁰. En el análisis de estas cuestiones intentaremos ofrecer aquí una perspectiva de las principales posturas doctrinales; de forma paralela expondremos cuál ha sido la respuesta que el Tribunal de Justicia, a través de una corta pero intensa jurisprudencia¹¹,

⁵ Para un profundo estudio sobre los diferentes sentidos de la eficacia, vid. HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Madrid, 2003.

⁶ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de febrero de 1983 (*DOCE*, nº C 68, de 14.3.1983).

⁷ THEODOSSIOU, M. A., «An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with Court of Justice judgments: Article 228(2) E.C.», *ELR*, 2002-1, p. 26.

⁸ Vid., en este sentido, Díez-Hochleitner, J., *op. cit.*, en nota 58, pp. 854-855 y Martín Delgado, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, pp. 43-51.

⁹ MASSON, B., «L'obscur clarté de l'article 228.2 CE», *RTDE*, 2004-4.

¹⁰ Apartado 1 de las Conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer, as. *Comisión c. Grecia* (C-387/97), presentadas el 28.9.1999.

¹¹ El TJCE ha dictado hasta la fecha doce sentencias conforme al procedimiento previsto en el antiguo artículo 228.2 TCE (actual 260.2 TFUE): STJCE de 4.6.2000, as. *Comisión c. Grecia* (C-387/97); STJCE de 25.11.2003, as. *Comisión c. España* (C-278/01); STJCE de 12.7.2005, as. *Comisión c. Francia* (C-304/02); STJCE de 14.3.2006, as. *Comisión c. Francia* (C-177/04); STJCE de 18.7.2006, as. *Comisión c. Italia* (C-119/04); STJCE de 18.7.2007, as. *Comisión c. Alemania* (C-503/04); STJCE de 10.1.2008, as. *Comisión c. Portugal* (C-70/06); STJCE de 9.12.2008, as. *Comisión c. Francia* (C-121/07); STJCE de 4.6.2009, as.

ha dado a dichos aspectos conflictivos. Finalmente nos referiremos a las reformas y novedades introducidas en este ámbito por el Tratado de Lisboa, plasmadas en el actual artículo 260 TFUE. Entendemos que esta labor de síntesis doctrinal y jurisprudencial en un único trabajo resulta útil y oportuna precisamente ahora que el procedimiento que nos ocupa entra en una nueva fase.

II. EL ARTÍCULO 228 TCE: CONSIDERACIONES GENERALES, OBSERVACIONES PROCESALES Y PRINCIPALES INCERTIDUMBRES

La primera precisión que debe hacerse es de índole terminológica y ha sido ya apuntada en líneas anteriores; aunque es común referirse a este mecanismo como *procedimiento por inejecución*¹² –así lo haremos en el presente trabajo–, no puede identificarse con la ejecución de sentencias tal y como ésta se comprende en el ámbito nacional. En efecto, no se le ha atribuido al Tribunal de Justicia el poder para hacer ejecutar por sí mismo sus sentencias, no hay ningún instrumento que le permita sustituir a los Estados miembros en este sentido¹³. Estamos, por tanto, ante un mecanismo coercitivo (y no coactivo, como la ejecución en sentido estricto) que presiona a los Estados miembros para que adecuen su conducta al Derecho comunitario conforme a una sentencia declarativa de incumplimiento¹⁴. Las palabras del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER en sus Conclusiones para el primer asunto que dio lugar a una sentencia *ex* artículo 228 son esclarecedoras, cuando afirma que en el ordenamiento jurídico comunitario es «difícilmente concebible el uso de cualquier forma de violencia legal sobre un Estado miembro para inducirlo al cumplimiento»¹⁵.

El primer párrafo del artículo 228 no plantea ningún problema jurídico; se trata simplemente de la concreción del deber de cooperación leal –enunciado en el art. 10 TCE, actual art. 4.3 TUE– en materia de *ejecución* de las sentencias del Tribunal. En efecto, en la medida en que los pronunciamien-

Comisión c. Grecia (C-109/08); STJCE de 4.6.2009, as. *Comisión c. Grecia* (C-568/07); STJCE de 7.7.2009, as. *Comisión c. Grecia* (C-369/07); STJCE de 10.9.2009, as. *Comisión c. Portugal* (C-457/07).

¹² Vid., en este sentido, MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*; y, MUÑOZ DE MORALES, M., «La suma a tanto alzado en el procedimiento por inejecución del Derecho Comunitario», *REDE*, nº 19, 2006, pp. 437-471.

¹³ Vid. Díez-Hochleitner, J., *op. cit.*, p. 842; y, MARTÍN DELGADO, I., «La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario», *REDE*, nº 16, 2005, pp. 595-626, p. 596. En sentido contrario, vid. Sobrido Prieto, M., «Primera condena al pago simultáneo de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado por inejecución de sentencia», *RGDE*, nº 9, 2006, p. 34, donde afirma que «*el mecanismo del art. 228.2 CE, que nació como procedimiento por inejecución de sentencias, (...) desde julio de 2005 se puede denominar ya –sin temor a ser inexactos– procedimiento de ejecución de sentencias*».

¹⁴ MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁵ Conclusiones del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER, as. *Comisión c. Grecia* (C-387/97), *cit.*, apartado 38.

tos del Tribunal deben considerarse *obligaciones comunitarias*¹⁶, los Estados miembros han de adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar su cumplimiento». La única duda que puede plantearse en este punto se refiere al plazo de ejecución de la primera sentencia, puesto que nada dice al respecto el Tratado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha dado respuesta a esta cuestión en numerosísimas ocasiones, afirmando siempre que «la ejecución debe iniciarse inmediatamente y debe concluirse en el plazo más breve posible».

En el aspecto procesal, se preveía un procedimiento paralelo al del incumplimiento establecido en el antiguo artículo 226 TCE, con una fase administrativa previa –que en la práctica solía venir precedida por una serie de contactos informales entre la Comisión y el Estado– y una fase contenciosa ante el Tribunal de Justicia. La fase administrativa o precontenciosa se iniciaba con una carta de emplazamiento (o escrito de requerimiento) en la que la Comisión delimitaba y comunicaba al Estado el objeto del procedimiento, el ámbito de su incumplimiento (por inexecución), ofreciéndole de este modo la posibilidad de presentar observaciones y preparar su defensa; si la respuesta del Estado no resultaba convincente para la Comisión, ésta emitía un dictamen motivado en el que explicaba con mayor detalle y fundamentación jurídica por qué entendía que el Estado seguía vulnerando su obligación de ejecutar una sentencia del Tribunal. En dicho dictamen motivado se ofrecía un plazo (generalmente de dos meses) para que el Estado infractor corrigiese su conducta; sólo una vez expirado dicho plazo, podía la Comisión presentar un recurso ante el Tribunal de Justicia *ex* artículo 228.2.

Se debe hacer todavía otra observación en el ámbito procesal: el incumplimiento por inexecución se produce, en sentido material, cuando ha transcurrido un plazo razonable («lo antes posible») sin que el Estado recalcitrante haya adoptado las «medidas apropiadas» para conformarse al pronunciamiento del Tribunal. Por tanto, el transcurso del plazo fijado en el dictamen motivado no tenía efectos constitutivos de la infracción por inexecución, sino que constituía una última oportunidad para el cumplimiento voluntario. En efecto, la carta de emplazamiento y el propio dictamen motivado operaban como condiciones procesales previas, como una garantía ofrecida al Estado miembro de que no se le aplicaría ninguna sanción en caso de que cumpliera antes del fin de dicho plazo¹⁷. Este aspecto, como analizaremos después, resulta muy criticable; por un lado, no tenía mucho sentido alargar los plazos de ejecución de la primera sentencia (en contra de la jurisprudencia ya señalada del Tribunal, que exige la ejecución inmediata), y por otro, se daba la situación de que un cumplimiento tardío (pero dentro del plazo ofrecido por el dictamen motivado) quedaba sin sanción. De esta

¹⁶ MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inexecución...*, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁷ De hecho, los informes anuales sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario elaborados por la Comisión demuestran que la gran mayoría de los procedimientos incoados *ex* artículo 228 TCE se solucionaban antes de llegar a la fase contenciosa.

forma, los Estados miembros se veían incentivados a esperar el inicio del procedimiento del artículo 228.2 para poner fin a su incumplimiento, lo que resultaba contraproducente¹⁸. Veremos más adelante que la reforma introducida por el Tratado de Lisboa –simplificando la fase administrativa– puede interpretarse como un intento de solucionar este problema.

El resto del precepto presenta una redacción muy austera y ambigua, y es de lamentar que no se supeditase su aplicación a una regulación posterior, tal y como ha propuesto el Parlamento Europeo en diversas ocasiones¹⁹. Es por ello por lo que muchas cuestiones quedaron abiertas, cuestiones que fueron identificadas de forma prácticamente unánime por la doctrina y que coinciden con la preocupación expresada por el Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER en sus Conclusiones del asunto *Comisión c. Grecia (C-387/97)*²⁰. De cada una de estas cuestiones nos ocuparemos a continuación de forma individualizada, pero conviene enunciarlas aquí: la naturaleza de las sanciones previstas (suma a tanto alzado y multa coercitiva), el problema de la aplicación en el tiempo del artículo 228.2, cuestión muy debatida en su momento pero que, a día de hoy, apenas tiene virtualidad en la medida en que es harto improbable que se presente la posibilidad de aplicar este mecanismo a un supuesto anterior a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1 de noviembre de 1993), los poderes de la Comisión y del Tribunal en el procedimiento y el método para cuantificar las sanciones que eventualmente se impongan.

Veamos cuáles han sido las principales posturas doctrinales y la respuesta del propio Tribunal a estos problemas.

a) Naturaleza de las sanciones

El procedimiento por inejecución atribuye al Tribunal la potestad de imponer al Estado miembro recalcitrante una multa coercitiva o una suma a tanto alzado. No hay en el Tratado ninguna precisión sobre su naturaleza²¹. Como bien ha señalado algún autor²², el problema se centra, fundamentalmente, en determinar si estas medidas son mecanismos de ejecución de sentencias (en el sentido impropio ya apuntado) o sanciones en sentido

¹⁸ Vid., en este sentido, MASSON, B., *op. cit.*, p. 644.

¹⁹ Vid. Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 1984 (Proyecto «Spine-lli») o su Resolución de 22 de noviembre de 1990 en el seno de los preparativos para la Conferencia Intergubernamental de 1991.

²⁰ Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Primera multa coercitiva a un Estado Miembro por inejecución de sentencia», *RDCE*, nº 8, 2000, pp. 493-518, p. 496; y, las Conclusiones del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER, as. *Comisión c. Grecia (C-387/97)*, cit.

²¹ Vid., en este sentido, SOBRIDO PRIETO, M., *op. cit.*, que afirma en p. 27 que «por la sola lectura del art. 228.2 CE no sabemos si se busca la reparación de daños, el castigo del infractor y/o su obediencia». Debe descartarse el carácter reparador tanto de la multa coercitiva como de la suma a tanto alzado, puesto que la determinación de la responsabilidad de los Estados miembros compete a los órganos jurisdiccionales nacionales y no al Tribunal de Justicia.

²² MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, p. 114.

estricto. De esta disyuntiva dependen muchas otras cuestiones, como la aplicación de una serie de garantías en caso de afirmar su naturaleza punitiva²³.

En términos generales, la práctica totalidad de los autores ha convenido en distinguir la multa coercitiva de la suma a tanto alzado, atribuyéndoles diferente naturaleza a una y a otra. En un primer momento, y anticipando lo que sería el sentir ampliamente mayoritario en la doctrina, J. Díez-Hochleitner se refería a un «mecanismo híbrido» que combinaba medidas coactivas (la multa coercitiva) y sancionadoras (la suma a tanto alzado), descartando su «naturaleza reparadora»²⁴.

De las consideraciones anteriores se extraen importantes consecuencias en cuanto al objetivo de una y otra medida. La suma a tanto alzado aparece como el pago de una cantidad de dinero cuya finalidad es castigar una infracción específica de Derecho comunitario: la inejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia declarativa de un incumplimiento previo (a ello se añade un indudable efecto disuasorio particular y general). Por su parte, la multa coercitiva se configura como el pago periódico de determinadas cantidades hasta que el Estado recalcitrante adecue su comportamiento al pronunciamiento del Tribunal; su función es, por tanto, correctora de un incumplimiento que persiste. Ha de tenerse en cuenta que el objeto de ambas «sanciones» es la inejecución de la sentencia (en un caso para castigarla y en otro para presionar al Estado a que le ponga fin), no el incumplimiento originario y declarado en virtud del procedimiento previsto en el artículo 226 TCE (258 TFUE), aunque el vínculo entre una y otro muchas veces resulta indisoluble²⁵.

Siguiendo con el razonamiento, hemos de ocuparnos de las importantes repercusiones procesales y prácticas de esta naturaleza híbrida –que suscribo enteramente– del procedimiento por inejecución. La multa coercitiva, como mecanismo de ejecución, corrector, dejaría de tener sentido (y objeto) desde el momento en que el Estado recalcitrante adoptase las medidas necesarias para dar cumplimiento al pronunciamiento del Tribunal. En cambio, si la ejecución se produjese después de que hubiese expirado el plazo concedido en el dictamen motivado pero antes de que se dictara sentencia, la suma a tanto alzado seguiría teniendo objeto: castigar el tiempo de inejecución desde aquella fecha hasta que se le hubiera puesto fin. Este punto se ve reforzado por otra idea también señalada en la doctrina: si la suma a tanto alzado no se configurase en el sentido apuntado (punitivo), no habría ningún incentivo para que los Estados miembros corrigiesen su conducta recalcitrante hasta justo antes de la sentencia del Tribunal. En efecto, podrían conformarse a la sentencia declarativa del incumplimiento

²³ Vid., en este sentido, MUÑOZ DE MORALES, M., *op. cit.*, p. 451.

²⁴ Díez-Hochleitner, J., *op. cit.*, p. 854. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otros, P. Andrés Sáenz de Santa María, I. Martín Delgado o M. Muñoz de Morales; en contra, en cambio, destaca la postura de M.A. Theodossiou, quien afirma que «it is doubtful whether the lump sum may be used in a punitive manner» (*op. cit.*, p. 32).

²⁵ Vid., en este sentido, Theodossiou, M.A., *op. cit.*, p. 34.

en cualquier momento previo al pronunciamiento *ex* artículo 228 TCE con la garantía de que no serían castigados²⁶. Es decir, se puede afirmar que en cierto sentido la multa coercitiva opera *pro futuro* mientras que la suma a tanto alzado vuelve la vista sobre una infracción pasada²⁷, y de esta forma los instrumentos que brinda el procedimiento por inejecución resultan más completos.

Para ampliar esta perspectiva, resulta ineludible referirse al punto de vista adoptado por el Tribunal de Justicia y la Comisión. En cuanto a la segunda, en un loable (aunque quizá insuficiente) espíritu de transparencia, elaboró en 1996 una Comunicación sobre la aplicación de este procedimiento²⁸. Poco se dice en dicho documento sobre la naturaleza de las sanciones, si bien se apunta que el objetivo fundamental es que los Estados miembros lleguen lo antes posible al cumplimiento de sus obligaciones. Parece que la Comisión rechazaba de entrada el carácter híbrido del nuevo procedimiento, al no reconocerle también una función sancionadora en sentido estricto. Resulta coherente con esta postura el hecho de que considerase la multa coercitiva como «el instrumento más idóneo para conseguir este fin» y ni siquiera se pronunciase sobre la suma a tanto alzado²⁹. Veremos que la Comisión se fue desplazando desde este punto de partida conforme se producían nuevos pronunciamientos del Tribunal.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha sido en este aspecto unívoca ni constante, de tal forma que lo que podría considerarse, de fondo, un cambio jurisprudencial, ha sido planteado por el Tribunal en oscuros términos de continuidad. La primera toma de posición en cuanto a la naturaleza de las sanciones pecuniarias la encontramos en las Conclusiones presentadas por el Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER en el asunto *Comisión c. Grecia* (C-387/97), de 4 de junio de 2000. En el apartado 33, el Abogado General es tajante al afirmar que el régimen instaurado por el (entonces) artículo 171 no «busca (...) castigar al Estado miembro incumplidor, sino incitarlo a cumplir mediante el constreñimiento que supone una sanción económica importante y que se acrecienta por cada día que pasa. Por esta razón, si hubiese que encuadrar esta figura en alguna de las materias jurídicas tradicionales, creo que debería hacerse, más bien, en la del procedimiento de ejecución de sentencias». Refiriéndose de forma más específica a la suma a tanto alzado, mantiene que «también los pagos de una suma a tanto alzado (...) han de considerarse como medios para conseguir el resultado final de cumplimiento y no como la pena que correspondería imponer a un Estado miembro en castigo por su conducta antijurídica o,

²⁶ Como veremos más adelante, la reforma introducida por el Tratado de Lisboa en el artículo 260.2 TFUE avanza en la corrección de este aspecto.

²⁷ Vid., en este sentido, SOBRIDO PRIETO, M., *op. cit.*, p. 16.

²⁸ DOCE, n° C 242, de 21.8.1996.

²⁹ En una Comunicación de 1997 (DOCE, n° C 63, de 28-2-1997), la Comisión ofrecía las pautas para el cálculo de la multa coercitiva, pero omitía toda referencia a la suma a tanto alzado.

aún menos, como una suerte de indemnización por el daño causado por el retraso en el cumplimiento». Así, en el apartado 42 concluye que «el procedimiento previsto en el artículo 171 no es asimilable a un proceso penal, asemejándose, más bien, a un peculiar trámite judicial de ejecución de sentencias». Disiente por tanto el Abogado General de aquellos autores que afirmaban una naturaleza híbrida de las sanciones pecuniarias previstas en este precepto.

En cuanto a la postura del Tribunal, poco se puede concluir de la sentencia dictada en este asunto, ya que apenas se pronuncia sobre la naturaleza de las sanciones. A pesar de ello, como señala P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA en su comentario a esta resolución, la firmeza del Tribunal al rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por Grecia nos permite pensar que se aproxima a la calificación defendida por D. RUIZ JARABO COLOMER³⁰. En efecto, al descartar el argumento del Gobierno heleno relativo a la vulneración de ciertas garantías del Derecho sancionador, el Tribunal parece alinearse con la concepción de la multa coercitiva y la suma a tanto alzado como meros mecanismos de ejecución sin carácter punitivo.

Desde el punto de vista institucional, la afirmación de que el único objetivo de este procedimiento era incitar al Estado recalcitrante al cumplimiento (a la ejecución) y no castigarlo por su infracción pareció confirmarse en el segundo pronunciamiento del Tribunal *ex* artículo 228 TCE, en el asunto *Comisión c. España* (C-278/01), de 25 de noviembre de 2003, que nada aportó de novedoso en cuanto a la caracterización de las sanciones pecuniarias. La Comisión volvió a solicitar exclusivamente la imposición de una multa coercitiva y el Tribunal no varió su postura. No obstante, la sentencia dictada dos años más tarde en el asunto *Comisión c. Francia* (C-304/02), de 12 de diciembre de 2005, supuso una cierta revolución en lo que se refiere al procedimiento por inejecución. Son muchos los autores que se han ocupado en detalle de esta sentencia, así que no nos detendremos aquí en los hechos, los antecedentes ni el desarrollo del procedimiento, sino que nos centraremos en los aspectos relativos a la naturaleza de la multa coercitiva y la suma a tanto alzado. El Tribunal decidió por primera vez en este caso aplicar conjuntamente ambos instrumentos. Sin embargo, no lo hizo corrigiendo su razonamiento anterior en el sentido apuntado por la doctrina y recogido aquí, lo que habría supuesto afirmar el carácter mixto del procedimiento (como mecanismo de ejecución y sancionador). El Tribunal reiteró que «el procedimiento previsto en el artículo 228 tiene por objeto inducir a un Estado miembro infractor a ejecutar una sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento y, por ende, garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. Las medidas previstas en esta disposición, la suma a tanto alzado y la multa coercitiva, tienen ambas este mismo objetivo»³¹. Es decir, se aplican conjuntamente las dos medidas pero, a diferencia de lo que cabía esperar, no opera una –la suma a tanto alzado– como san-

³⁰ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *op. cit.*, p. 501.

³¹ Apartado 80 de la sentencia.

ción por una infracción grave y prolongada en el tiempo y la otra –la multa coercitiva– como mecanismo de presión para poner fin a ese incumplimiento que persiste, sino que *ambas* son instrumentos de ejecución.

Las propias palabras de la sentencia de 2005 resultan confusas (si no contradictorias): «Si la imposición de una multa coercitiva resulta especialmente adecuada para inducir a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento que, de no existir dicha medida, tendría tendencia a persistir, *la imposición del pago de una suma a tanto alzado descansa más bien en la apreciación de las consecuencias del incumplimiento* de las obligaciones del Estado miembro afectado en los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido largo tiempo después de la sentencia que inicialmente lo declaró»³². ¿Acaso tiene la suma a tanto alzado una naturaleza reparadora? Esta opción es expresamente rechazada por el Tribunal, que afirma que «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»³³. Más bien lo que parece es que el Tribunal de Luxemburgo quiso *sancionar, castigar* un incumplimiento de Francia que entendía como especialmente grave, pero no quiso o no supo apartarse de sus posturas anteriores. Debe tenerse en cuenta, como ya se ha señalado, que la afirmación de la naturaleza punitiva de la suma a tanto alzado llevaría aparejada la aplicación de una serie de garantías que no se habrían visto satisfechas en pronunciamientos anteriores (especialmente en lo relativo a la irretroactividad o a la tipicidad de la pena) y probablemente tampoco en éste³⁴.

Algo más convincente –pero también ambiguo– resulta el Abogado General L.A. GEELHOED en sus primeras Conclusiones³⁵ presentadas con motivo de este asunto el 29 de abril de 2004; en su apartado 87 afirma que «el artículo 228 CE, apartado 2, debe aplicarse de modo que en determinadas circunstancias, las sanciones pecuniarias no sólo sean idóneas para instar al cumplimiento, sino que también produzcan un efecto preventivo». Aunque en sus segundas Conclusiones³⁶ suscribe la opinión de D. RUIZ-JARABO COLOMER relativa a que este precepto debe considerarse como un «peculiar trámite judicial de ejecución de sentencias», la afirmación de la función preventiva de

³² Apartado 81 de la sentencia (énfasis añadido).

³³ Apartado 91 de la sentencia.

³⁴ Aunque nos ocuparemos de ello con más detalle al referirnos a la aplicación en el tiempo del artículo 228 TCE, debe recordarse que la sentencia cuya inexecución se achacaba a Francia había sido dictada el 11 de junio de 1991, más de dos años antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, que incorporaba este nuevo procedimiento y la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias.

³⁵ Al solicitar el Abogado General en sus primeras Conclusiones la imposición de una suma a tanto alzado que no había sido propuesta por la Comisión, el Tribunal decidió reabrir la fase oral para que las partes se pronunciasen sobre esta cuestión. Finalizada aquélla, el Abogado General presentó unas segundas Conclusiones.

³⁶ Presentadas el 18.11.2004.

la suma a tanto alzado tiene una inequívoca resonancia *sancionadora*. En todo caso, como decimos, esta posibilidad no fue acogida por el Tribunal. De hecho, en todos sus pronunciamientos posteriores *ex* artículo 228 el Tribunal de Justicia se ha reafirmado –al menos en la argumentación formal– en su postura.

El punto de vista del Tribunal resulta discutible por varias razones. En primer lugar, los argumentos aducidos por la doctrina en pro de un mecanismo híbrido me resultan mucho más convincentes que el razonamiento del Tribunal de Justicia. Pero es que además, si ambas medidas persiguen ese mismo objetivo, el de poner fin a la inejecución de una sentencia previa, ¿no sería preferible aplicar sólo la multa coercitiva pero con un importe superior? ¿qué sentido tiene realmente la suma a tanto alzado si se la caracteriza como lo hace el Tribunal? Una vez impuesta la obligación de pagar una suma a tanto alzado, no se ve cuál es el incentivo para el Estado recalcitrante de poner fin a su incumplimiento, puesto que, lo haga o no e independientemente del momento en que corrija su conducta, deberá proceder a su pago. Es decir, no parece que la suma a tanto alzado cumpla realmente el objetivo que le atribuye el Tribunal. De hecho, alguna (rara) voz se ha alzado en este sentido en el seno del propio Tribunal; la Abogada General V. TRSTENJAK afirmó en el apartado 89 de las Conclusiones que presentó en el asunto *Comisión c. Alemania* (C-503/04) el 28 de marzo de 2007 que «la suma a tanto alzado en cuanto sanción económica con carácter punitivo que se impone una sola vez es idónea para sancionar un comportamiento contrario al Tratado (...) aunque ya forme parte del pasado». Este punto de vista, como ya he dicho, es altamente preferible.

Por otra parte, no reconocerle una naturaleza punitiva a la suma a tanto alzado tiene un efecto perverso adicional, como es el de dejar sin castigo determinadas infracciones que pueden ser graves. Lo he apuntado en líneas anteriores, pero conviene recordarlo aquí: imaginemos que un Estado miembro ejecutase una sentencia en un momento posterior al plazo concedido en el dictamen motivado pero anterior al pronunciamiento del Tribunal *ex* artículo 228. Si la suma a tanto alzado no pudiese castigar esa infracción, el desvalor de persistir en el incumplimiento (por inejecución) quedaría sin respuesta en estos casos.

De hecho, así se definía la (censurable) práctica inicial de la Comisión, que desistía sistemáticamente del procedimiento cuando el Estado corregía su infracción por inejecución antes de que el Tribunal dictase sentencia sobre la base del artículo 228.

Sin embargo, a raíz de la sentencia de 12 de julio de 2005, en la que el Tribunal impuso por primera vez de forma conjunta una multa coercitiva y una suma a tanto alzado, la Comisión cambió su perspectiva en una nueva Comunicación sobre la aplicación del artículo 228 TCE³⁷ que sustituía a las de 1996 y 1997. La Comisión reconoce que su práctica anterior daba lugar

³⁷ SEC (2005)1658.

a que las regularizaciones tardías pero anteriores a la sentencia no fuesen objeto de sanción alguna. En una plausible rectificación, se asume que todo incumplimiento prolongado de una sentencia del Tribunal de Justicia representa en sí un ataque grave al principio de legalidad y a la seguridad jurídica en una comunidad de Derecho³⁸. Por ello, la Comisión solicitará a partir de entonces en cada recurso por inejecución el pago de una multa coercitiva por el tiempo de retraso *posterior* a la sentencia dictada en virtud del artículo 228 y el pago de una suma a tanto alzado «que sancione la prosecución de la infracción entre la primera sentencia por incumplimiento y la sentencia dictada en virtud del artículo 228»³⁹. En consonancia con lo anterior, esta institución anuncia que dejará de suspender el procedimiento cuando el Estado miembro regularice su situación con posterioridad a la presentación del recurso ante el Tribunal, puesto que tal procedimiento sigue teniendo objeto: la determinación de la suma a tanto alzado que corresponde pagar al Estado por el tiempo de inejecución hasta la regularización tardía. Como puede observarse, este nuevo enfoque de la Comisión se acerca mucho más al que propugnaba la mayoría de la doctrina y que he defendido también aquí: la naturaleza híbrida del procedimiento por inejecución, que ofrece un instrumento punitivo, sancionador en sentido estricto, como es la suma a tanto alzado, y un mecanismo de ejecución *sui generis*, como es la multa coercitiva.

La jurisprudencia posterior muestra que desde que la Comisión actuó conforme a este nuevo enfoque encontró, en el fondo y salvo dos casos harto peculiares⁴⁰, acogida en las sentencias del Tribunal de Justicia. Digo en el fondo porque a partir de la sentencia dictada en el asunto *Comisión c. Francia* (C-212/07) de 9 de diciembre de 2008, en todos los casos en los que el Tribunal ha estimado que existía vulneración de la obligación contenida en el artículo 228.1, ha impuesto conjuntamente el pago de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado⁴¹. A pesar de ello, la argumentación formal del Tribunal ha seguido girando en torno a la idea de un único objetivo en el procedimiento por inejecución (el de presionar al Estado miembro para que regularizase su situación de incumplimiento), objetivo al que supuestamente servían igual la multa coercitiva y la suma a tanto alzado.

b) Aplicación en el tiempo del procedimiento por inejecución

Como ya señaló D. RUIZ JARABO COLOMER, la aplicación en el tiempo era una

³⁸ SEC (2005)1658, p. 3, apartado 10.1.

³⁹ SEC (2005)1658, p. 3, apartado 10.3.

⁴⁰ STJCE, de 18.7.2006, as. *Comisión c. Italia* (C-119/04); y, STJCE de 18.7.2006, as. *Comisión c. Alemania* (C-503/04), a las que nos referiremos más adelante y en las que el Tribunal, pese a declarar que los Estados no habían adoptado las medidas necesarias para la ejecución de sendas sentencias anteriores declarativas de incumplimiento, no impuso el pago de una multa coercitiva ni de una suma a tanto alzado.

⁴¹ Así, en las STJCE 9.12.2008, as. *Comisión c. Francia* (C-121/07); STJCE de 4.6.2009, as. *Comisión c. Grecia* (C-109/08); STJCE de 4.6.2009, as. *Comisión c. Grecia* (C-568/07); y, STJCE de 7.7.2009, as. *Comisión c. Grecia* (C-369/07).

de las principales cuestiones que se planteaban en torno al artículo 228.2 TCE. Apuntamos en líneas anteriores que este problema es ya más teórico que práctico, en la medida en que resulta muy poco verosímil que se presente un asunto con base en este precepto que traiga causa de un incumplimiento declarado con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (1 de noviembre de 1993). Sin embargo, ocupó a gran parte de la doctrina que se acercó en su momento a este procedimiento y suscitó problemas prácticos en dos sentencias del Tribunal de Justicia⁴².

Profundizando en ello, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA identificó dos dimensiones del problema⁴³: por un lado se plantea la cuestión de si el procedimiento por inejecución puede incoarse con respecto a sentencias dictadas por el Tribunal en fecha anterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht; en segundo lugar, si la respuesta a esta duda es afirmativa, hay que determinar el momento a partir del cual se debe considerar la duración del incumplimiento, es decir, para el cálculo de la sanción ¿ha de computarse la inejecución desde que ésta se produce materialmente o sólo a partir del 1 de noviembre de 1993?⁴⁴

En cuanto a la primera vertiente del problema, la doctrina fue casi unánime al afirmar la imposibilidad de aplicar el artículo 228.2 a la inejecución de sentencias dictadas con fecha anterior al 1 de noviembre de 1993⁴⁵, partiendo de su concepción de las sanciones pecuniarias como medidas punitivas a las que resultaba aplicable el principio *nulla poena sine lege* propio del Derecho sancionador⁴⁶.

El Tribunal de Justicia, por su parte, asumió la postura del Abogado General N. FENNELLY en el asunto *Comisión c. Francia* (C-334/94), resuelto en una sentencia de 7 de marzo de 1996. N. FENNELLY, matizando la corriente doctrinal mayoritaria, considera que el procedimiento por inejecución sí puede aplicarse a supuestos de incumplimientos declarados por sentencias anterior-

⁴² STJCE de 4.6.2000, as. *Comisión c. Grecia* (C-387/97); y, STJCE de 12.7.2005, as. *Comisión c. Francia* (C-304/02). En este último no se planteó como cuestión de inadmisibilidad –cosa que sí ocurrió en el primero–, pero dio lugar a un cierto debate doctrinal, ya que en ambos casos el objeto del procedimiento era la inejecución de sentencias anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.

⁴³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *op. cit.*, p. 498.

⁴⁴ Ésta es una cuestión que estudiaremos al referirnos al método de cálculo de las sanciones.

⁴⁵ En sentido contrario y minoritario, vid., FUMAGALLI, L., *La responsabilità degli Stati Membri per la violazione del Diritto Comunitario*, Giuffrè, Milán, 2000, p. 202.

⁴⁶ En puridad, esa conclusión debería haberse afirmado sólo con respecto a la suma a tanto alzado, pero no en lo relativo a la multa coercitiva, que se caracterizaba como medida de ejecución de sentencias (a la que por tanto no resulta aplicable el conjunto de garantías del Derecho sancionador). MUÑOZ DE MORALES, M., *op. cit.*, estudia la relación del procedimiento del artículo 228.2 con los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad y *non bis in idem*. A algunos de ellos nos referiremos al valorar la cuantificación de las sanciones, pero conviene recordar aquí la importancia de la calificación jurídica que se dé a la multa coercitiva y la suma a tanto alzado.

res a Maastricht, pero sólo si el procedimiento administrativo previo se desarrolla con posterioridad al 1 de noviembre de 1993⁴⁷. Fue rechazada, en cambio, la perspectiva de D. RUIZJARABO COLOMER en sus Conclusiones para el asunto *Comisión c. Grecia* (C-387/97); de forma coherente con la caracterización jurídica que hace de la suma a tanto alzado y de la multa coercitiva como mecanismos de ejecución, considera el Abogado General español que los principios propios del Derecho sancionador no resultan aplicables aquí⁴⁸. El Tribunal prefirió la postura de N. FENNELLY y rechazó la alegación del gobierno griego sobre la imposibilidad de aplicar el artículo 171.2 al caso en virtud del principio *nulla poena sine lege*. Este punto de vista se confirma en la sentencia dictada en el asunto *Comisión c. Francia* (C-304/02), de 12 de julio de 2005, en el que la inejecución achacada a Francia se refería a una sentencia de 1991, pese a lo cual el Tribunal de Justicia consideró aplicable el procedimiento del artículo 228.2, ya que toda la fase administrativa previa había tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor del TUE.

c) Poderes de la Comisión y del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 228.2 TCE

La cuestión de las facultades de la Comisión en el procedimiento por inejecución y la medida en que ésta vincula al Tribunal de Justicia a través del recurso generó un encendido debate tanto en la doctrina como en el seno del propio Tribunal. Hemos de advertir con carácter preliminar que este problema presenta diversas dimensiones y que se ha visto afectado en cierta medida por la reforma introducida en el actual artículo 260.2 TFUE, del que nos ocuparemos más adelante.

En primer lugar ha de resolverse si, en caso de inejecución de una sentencia declarativa de incumplimiento, la Comisión dispone de la potestad para iniciar un nuevo procedimiento por incumplimiento o si, por el contrario, está obligada a incoar el procedimiento específico previsto en el artículo 228.2 TCE. La respuesta a esta cuestión, poco atendida por la doctrina⁴⁹, la encontramos en las ya mencionadas Conclusiones del Abogado General N. FENNELLY en el asunto *Comisión c. Francia* (C-334/94). En ellas afirma que, como procedimiento específico, el artículo 228.2 (entonces, art. 171.2) era de aplicación obligatoria, impidiendo por tanto el recurso a una disposición de ámbito más general como el artículo 226 (entonces, art. 169). Debe

⁴⁷ Apartados 17 y 30 de las Conclusiones.

⁴⁸ En los apartados 84 y 85 de sus Conclusiones, afirma D. RUIZJARABO COLOMER que «sólo las medidas que puedan calificarse propiamente de sanciones merecen la especial protección que se reconoce en la esfera penal», por lo que «tratándose de una nueva medida destinada a favorecer la ejecución de las sentencias de infracción dictadas por el Tribunal de Justicia (...), la imposición de las sanciones previstas en el artículo 171 no está sujeta a la prohibición de retroactividad de la norma penal».

⁴⁹ Sí se ocupa de ella BLÁZQUEZ PEINADO, M.D., *El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario*, Universitat Jaume I, Castellón, 2000, pp. 130-132, que se adhiere al razonamiento del Abogado General.

apuntarse que en ese asunto la Comisión había fundamentado su recurso en este último precepto sin encontrar oposición por parte del Tribunal, a pesar de estar en vigor el TUE en el momento de presentarlo. El Abogado General, pese a las consideraciones referidas, señaló que en los casos de «transición» (como lo era aquél), en los que la fase administrativa previa se hubiese desarrollado antes del 1 de noviembre de 1993, sí podía utilizarse el procedimiento por incumplimiento⁵⁰. En un asunto reciente, sobre el que todavía no ha recaído sentencia, la Abogada General J. KOKOTT ha defendido en sus Conclusiones⁵¹ la potestad de la Comisión para elegir el procedimiento que prefiera, ya sea el del artículo 226 (ahora 258 TFUE) o el del artículo 228.2 (ahora 260.2 TFUE). Su argumentación, basada en la afirmación de que «es tarea fundamentalmente de la Comisión valorar cuál es el mejor modo de conseguir que se cumplan los Tratados»⁵², resulta harto discutible. Me parece mucho más convincente el punto de vista de N. FENNELLY, considerando el procedimiento por inexecución una *lex specialis* que precluye la aplicación del artículo 226.

El segundo aspecto del que nos debemos ocupar en este epígrafe se refiere a la discrecionalidad de la Comisión para incoar el procedimiento por inexecución. La doctrina se mostró dividida en este punto; ciertos autores asumieron esta discrecionalidad basándose en el tenor literal idéntico del artículo 228 y el artículo 226⁵³, teniendo en cuenta que existía una jurisprudencia consolidada del Tribunal reconociendo la discrecionalidad de la Comisión para dar inicio al procedimiento por incumplimiento⁵⁴. Otro argumento a favor de esta postura se apoyaba en razones de oportunidad política, que conducirían a excluir cualquier automatismo a la hora de acudir al Tribunal⁵⁵. En cambio, un importante sector doctrinal se resistió al paralelismo entre el procedimiento por incumplimiento y el de inexecución basándose en la obligación de la Comisión de velar por el cumplimiento del Derecho comunitario consagrada en el artículo 211 TCE (ahora en el 17.1 TUE), concreción del principio de legalidad⁵⁶. Debe apuntarse, además, que el

⁵⁰ Apartado 28 de las Conclusiones.

⁵¹ *Comisión c. Luxemburgo* (C-526/08). Las Conclusiones de la Abogada General J. KOKOTT fueron presentadas el 28.1.2010. La Comisión había presentado un recurso por incumplimiento (*ex* artículo 226) que Luxemburgo considera inadmisibile por vulnerar el principio *non bis in idem*, al entender que el Tribunal ya se había pronunciado sobre ese mismo objeto y «por lo tanto, la Comisión podría, a lo sumo, hacer uso del procedimiento del artículo 228 CE, apartado 2, pero no del procedimiento del artículo 226 CE» (apartado 26 de las Conclusiones).

⁵² Apartado 71 de las Conclusiones.

⁵³ Vid., en este sentido, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *op. cit.*, p. 504.

⁵⁴ Vid., entre otras, STJCE de 14.2.1989, as. *Star Fruit c. Comisión* (C-247/87), apartado 11; STJCE de 17.5.1990, as. *Sonito c. Comisión* (C-87/89), apartados 6 y 7; y, STJCE de 24.3.2009, as. *Danske Slagterier* (C-445/06), apartado 44.

⁵⁵ Vid., en este sentido, TESAURO, G., *op. cit.*, p. 109.

⁵⁶ Vid., en este sentido, DIEZHOCHLEITNER, J., *op. cit.*, pp. 885 y 893; BONNIE, A., «Commission discretion under Article 171 (2) E.C.», *ELR*, nº 23, 1998, p. 543; o, MASSON, B., *op. cit.*, p. 649.

margen de apreciación de la Comisión a la hora de *estimar* si los Estados miembros se han conformado a una sentencia del Tribunal es muy estrecho (mucho más que en el procedimiento del artículo 226 TCE), puesto que se limita a constatar si se ha ejecutado o no dicho pronunciamiento⁵⁷.

No obstante, ni el Tribunal de Justicia ni la propia Comisión han acogido esta idea de obligación (matizada) en cuanto al inicio del procedimiento por inejecución. No se ha dado ninguna sentencia que resuelva un recurso por omisión en este ámbito, pero puede afirmarse con cierta seguridad que el Tribunal asumiría la perspectiva muchas veces repetida en su jurisprudencia relativa al procedimiento por incumplimiento, en el que afirma sin ambages la discrecionalidad de la Comisión⁵⁸.

Mucho menos debate generó la discrecionalidad de la Comisión para presentar un recurso ante el Tribunal una vez finalizada la fase precontenciosa. Y ello porque el tenor literal del artículo 228.2 TCE no dejaba lugar a la exégesis: «Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta *podrá* someter el asunto al Tribunal de Justicia» (énfasis añadido). La doctrina fue prácticamente unánime a este respecto⁵⁹, considerando que la decisión de remitir el asunto al Tribunal pertenece enteramente a la Comisión en virtud del principio de oportunidad.

Sí queda abierta, en cambio, la cuestión de si la Comisión está obligada a solicitar una sanción en su recurso; desde luego, la expresión *indicará* del precepto así parece sugerirlo. La versión inglesa resulta aún más clara: «The Commission may bring the case before the Court of Justice: In doing so it *shall* specify the amount of the lump sum or the penalty payment to be paid by the member State concerned which it considers appropriate in the circumstances» (énfasis añadido); como señala M.A. THEODOSSIOU, la palabra «shall» es imperativa por definición⁶⁰.

La respuesta institucional a este punto la encontramos, en primer lugar, en las Comunicaciones ya citadas sobre la aplicación del procedimiento por inejecución. En la de 1996 la Comisión afirmaba que, en caso de someter el asunto al Tribunal, debía tomar una posición con respecto a las sanciones, precisando acto seguido que esto no significaba que su solicitud fuera obligatoria. La Comunicación de 2005 supone un cambio de postura de la Comisión en el sentido indicado más arriba, al afirmar que en todos los casos que remita al Tribunal, solicitará la imposición tanto de una multa coercitiva como una suma a tanto alzado. Sin embargo, no creo que este giro

⁵⁷ En este sentido se pronunciaron, entre otros, THEODOSSIOU, M.A., *op. cit.*, pp. 27-28 y MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, pp. 93-95.

⁵⁸ Vid. nota 54.

⁵⁹ Como postura muy minoritaria, MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, p. 99, considera que la presentación del recurso ante el Tribunal es una «potestad reglada» de la Comisión, con lo que rechaza la idea de su plena discrecionalidad.

⁶⁰ THEODOSSIOU, M.A., *op. cit.*, p. 29.

deba interpretarse como que la Comisión haya asumido la *obligatoriedad* de solicitar una sanción en cada recurso, sino un cambio en su práctica procesal.

En mi opinión, la discrecionalidad de la Comisión para solicitar o no una sanción pecuniaria en su recurso ante el Tribunal resulta poco convincente y criticable desde el punto de vista de la eficacia del procedimiento; es más, parece que éste queda vaciado de su contenido si no se solicita la imposición de una sanción, puesto que el pronunciamiento del Tribunal recuperaría su carácter meramente declarativo. ¿Por qué incoar entonces el procedimiento? La única explicación (insatisfactoria, en todo caso) podría encontrarse, quizá, desde una óptica política, en la que se comprende el interés de la Comisión por dejar abiertas soluciones alternativas de carácter diplomático, procurando incitar a los Estados miembros al cumplimiento del ordenamiento comunitario –incluyendo, claro está, las sentencias del Tribunal de Justicia– mediante la negociación.

Queda referirnos a los poderes del Tribunal de Justicia. ¿En qué medida le vincula la propuesta de la Comisión? La doctrina se pronunció en abrumadora mayoría a favor de la discrecionalidad del Tribunal; de nuevo, el tenor del tercer párrafo del artículo 228.2 deja poco margen de discusión. Es más, prácticamente todos los autores que se pronunciaron al respecto reconocieron la capacidad del Tribunal para separarse de la solicitud de la Comisión e imponer una multa coercitiva y/o una suma a tanto alzado o incluso para no aplicar ninguna sanción⁶¹. La lógica que subyace a esta postura radica en que la fase administrativa deja una amplia cabida a las consideraciones de orden político, pero una vez finalizada aquélla con el recurso ante el Tribunal, comienza un procedimiento puramente jurisdiccional⁶². Es más, el hecho de que la determinación final de la sanción impuesta al Estado recalcitrante (y su monto) sea competencia exclusiva del Tribunal permite que el procedimiento por inejecución no sea enteramente político. A pesar de todo, ciertos autores han abogado por restringir los poderes del Tribunal para salvaguardar determinadas garantías exigidas por el Derecho sancionador⁶³. De nuevo se pone de manifiesto la importancia de la calificación jurídica que se haga del procedimiento por inejecución; y de nuevo observamos que quizá por ello el Tribunal se ha resistido a asumir su naturaleza híbrida (también sancionadora) aunque a veces así parezca entenderlo de fondo, puesto que se vería obligado a respetar toda esa serie de garantías, algo que no le sería fácil con la regulación (o falta de ella) actual.

⁶¹ Vid., entre otros, Díez-Hochleitner, J., *op. cit.*, p. 875; y, Bonnie, A., *op. cit.*, p. 551, que afirma el poder «en solitario» del Tribunal para imponer o no una sanción pecuniaria contra un Estado miembro. Dentro de un sector minoritario, L. Fumagalli (*op. cit.*, pp. 215-219) sí entiende que el Tribunal está vinculado por el recurso de la Comisión.

⁶² Masson, B., *op. cit.*, p. 654.

⁶³ Vid., en este sentido, Martín Delgado, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, p. 130, donde se refiere a las reservas expresadas por R. Alonso García y E. Bacigalupe Zapatero, contrarios a la posibilidad de que el Tribunal revise al alza la propuesta de la Comisión.

Esta cuestión ha encontrado un importante eco en la jurisprudencia del Tribunal. En el asunto *Comisión c. Grecia* (C-387/97), el Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER se manifestó en contra de la doctrina mayoritaria. En efecto, al analizar en sus Conclusiones las funciones de la Comisión y del Tribunal, afirma que no cree «que se trate de facultades plenamente autónomas, esto es, que el Tribunal de Justicia pueda apartarse, sin más, del sentido y del importe de la propuesta de la Comisión»⁶⁴; concluye, pues, que el juez comunitario no puede sustituir la apreciación que haga la Comisión, sino que debe limitarse a examinar si ésta se ha extralimitado manifiestamente o si ha incurrido en error manifiesto o desviación de poder⁶⁵.

No obstante, el Tribunal ha rechazado en su jurisprudencia esta postura, afirmando su total discrecionalidad para separarse de la propuesta de la Comisión, aunque la considere una «referencia útil»⁶⁶. Esta independencia se ha confirmado, por ejemplo, al apartarse en su pronunciamiento de la periodicidad de la multa coercitiva propuesta en el recurso y al admitir una modulación gradual de dicha multa en función del grado de ejecución de la sentencia original⁶⁷. El caso más llamativo y comentado fue el de la tercera sentencia dictada por el Tribunal conforme al procedimiento por inejecución y a la que ya me he referido: el asunto *Comisión c. Francia* (C-304/02), de 12 de julio de 2005. Sin entrar en los detalles del caso, objeto de numerosos comentarios⁶⁸, baste señalar que el Tribunal decidió imponer a Francia, a instancias de su Abogado General L.A. GEELHOED, el pago conjunto de una suma a tanto alzado y de una multa coercitiva, cuando la Comisión sólo había propuesto el pago de esta última, lo cual generó la oposición mayoritaria de los Estados que intervinieron. Once de los catorce Estados miembros que se pronunciaron al reabrirse la fase oral tras la presentación de las novedosas Conclusiones del Abogado General se manifestaron en contra de que el Tribunal pudiese imponer una sanción no solicitada por la Comisión. Y ello porque entendían que supondría una vulneración del derecho de defensa y del principio de seguridad jurídica⁶⁹. El primero se entendía violado al no poder la parte demandada pronunciarse sobre la sanción decidida por el Tribunal (sólo podría discutir la propuesta de la Comisión),

⁶⁴ Apartado 87 de las Conclusiones. Para un estudio más pormenorizado de la argumentación del Abogado General, vid. el comentario a esta sentencia de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *op. cit.*

⁶⁵ Apartado 94 de las Conclusiones.

⁶⁶ Apartados 84 a 89 de la Sentencia en el asunto *Comisión c. Grecia* (387/97).

⁶⁷ STJCE de 25.11.2003, as. *Comisión c. España* (C-278/01), donde el Tribunal considera, con buen criterio, que la multa coercitiva que ha de imponerse debe ser anual y no diaria.

⁶⁸ Vid., entre otros, CLÉMENT-WILTZ, L., «Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son Avocat Général. Observations sur l'affaire Commission c/ France, arrêt du 12 juillet 2005», *CDE*, 2005, n° 5-6, 2005, pp. 725-748; MUÑOZ DE MORALES, M., *op. cit.*; SOBRIDO PRIETO, M., *op. cit.*

⁶⁹ También cuestionaron la legitimidad del Tribunal por considerar que de esta forma se introducía en un terreno político que no le correspondía, pero de esta cuestión ya me he ocupado más arriba.

pero el Tribunal rechazó este argumento basándose –de nuevo– en la naturaleza del procedimiento (de ejecución de sentencias y no sancionador), de tal forma que es suficiente con que la parte demandada pueda pronunciarse sobre los elementos de hecho y de derecho que sirvieran para determinar la sanción, oportunidad de que dispone ampliamente a lo largo de las fases administrativa y judicial⁷⁰. Y en cuanto a la seguridad jurídica, el Tribunal también rechaza las objeciones de los Estados miembros, recordando que del tenor del artículo 228.2 no se desprende en absoluto, sino más bien lo contrario, que la propuesta de la Comisión sea vinculante para la institución judicial⁷¹.

Dentro de esta línea merecen ser comentadas dos sentencias muy particulares, dictadas en los asuntos *Comisión c. Italia* (C-119/04), de 18 de julio de 2006 y *Comisión c. Alemania* (C-503/04), exactamente un año después. En ambos casos el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento de dichos Estados por no haber adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de sendas sentencias de incumplimiento previas, pero decide no imponer ninguna sanción pese a que la Comisión así lo solicitaba. Desde luego, estamos ante otra dimensión de la discrecionalidad del Tribunal. No cabe duda de que el tenor literal del artículo 228.2 (igual que ahora el 260.2) permite al Tribunal una decisión en ese sentido. Sin embargo, entiendo que esa posibilidad es muy criticable, puesto que vacía de contenido el mecanismo sancionador del precepto y resta con ello toda su eficacia al procedimiento por inexecución⁷². Es más, esa opción normativa resulta muy poco coherente con la propia consideración ya referida sobre la naturaleza puramente jurisdiccional de la fase contenciosa del procedimiento. Es razonable conceder un amplio margen político a la Comisión en la fase administrativa y que ésta goce de cierta discrecionalidad para acudir al Tribunal, pero no se entiende que éste pueda desvirtuar tal mecanismo (no hay otra forma de interpretar aquellas dos sentencias). No se compadece bien con la función del órgano jurisdiccional comunitario la realización de juicios de oportunidad política, espacio que compete a la Comisión; ante un recurso por inexecución, la única alternativa de la que debería disponer es la de estimar el incumplimiento –imponiendo entonces la sanción que considerase conveniente– o desestimarlo. No se entiende cuál es la lógica que permite al Tribunal reconvertir el procedimiento por inexecución en el clásico procedimiento por incumplimiento de valor meramente declarativo.

Por último en este epígrafe hay que mencionar un aspecto que, más que un poder de la Comisión, es una obligación en el procedimiento del artículo 228.2. Nos referimos a la carga de la prueba de la inexecución del Estado miembro. En un primer momento, el Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER se manifestó favorable a la inversión de la carga de la prueba, puesto que entendía que correspondía al propio Estado demostrar que había adop-

⁷⁰ Apartados 91 a 97 de la sentencia.

⁷¹ Apartado 86 de la sentencia.

⁷² Vid., en este sentido, BONNIE, A., *op. cit.*, p. 545.

tado todas las medidas necesarias para conformarse a la sentencia previa declarativa de su incumplimiento⁷³. El Tribunal, por su parte, ha rechazado este enfoque, exigiendo que la Comisión aporte los elementos suficientes para probar la inejecución, aunque se ha mostrado siempre muy deferente con la labor de ésta; sólo en una ocasión, en la sentencia dictada en el asunto *Comisión c. Portugal* (C-457/07), de 10 de septiembre de 2009, ha entendido el Tribunal que los elementos aportados por la Comisión eran insuficientes, desestimando así el recurso⁷⁴.

d) Método de cálculo de las sanciones

Ya me he referido a los principales aspectos del procedimiento por inejecución, pero ¿cómo saber el importe de las sanciones que se impongan? El propio precepto no ofrece ninguna luz a este respecto, no hay ninguna indicación sobre el método de cálculo de la multa coercitiva y la suma a tanto alzado, laguna que difícilmente casa con las exigencias de los principios de legalidad y de seguridad jurídica⁷⁵. Desde este punto de vista, resulta muy lamentable que se obviase en el Tratado de Maastricht la propuesta del Parlamento Europeo, partidario de incluir un inciso que remitiese la regulación del «importe y modalidades de percepción» a un Reglamento posterior.

La Comisión quiso paliar esta indeseable incertidumbre con la elaboración de un «Método de cálculo para la multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE», documento que complementaba la Comunicación de 1996 sobre la aplicación del mismo precepto. Ambos quedaron sustituidos por la Comunicación de 2005, que por fin incluía un método de cálculo para la suma a tanto alzado además de para la multa coercitiva. Desde luego, estas directrices supusieron un avance en cuanto a la transparencia y previsibilidad de las sanciones, pero el hecho, tantas veces recordado por el Tribunal, de que sólo vincularan a la Comisión (y ello en el sentido de que tendría que motivar fundadamente una desviación de lo previsto en ellas) seguía suponiendo una debilidad fundamental.

Tal y como había adelantado algún autor⁷⁶, la Comisión considera que la determinación de la sanción debe basarse en tres criterios fundamentales: la gravedad de la infracción, la duración de la misma y la necesidad de garantizar el efecto disuasorio.

Como ya quedó apuntado al tratar el problema de la aplicación en el tiempo del procedimiento por inejecución, la duración de la infracción como criterio para el cálculo de la sanción planteaba dificultades en cuanto al *dies a quo*; ¿qué periodo de tiempo debe computarse para el cálculo de la sanción?

⁷³ Apartado 77 de las Conclusiones en el asunto *Comisión c. Grecia* (C-387/97).

⁷⁴ Apartado 100 de la sentencia.

⁷⁵ Vid., entre otros, TESAURO, G., *op. cit.*, p. 110.

⁷⁶ Vid., en este sentido, DíEZ-HOCHLEITNER, J., *op. cit.*, pp. 875-880, que anticipó con acierto el funcionamiento del procedimiento por inejecución.

Como ya he señalado, la obligación de cumplir con un pronunciamiento del Tribunal es *inmediata*, y por ello el propio Tribunal ha estimado que la inejecución se produce desde el momento en que se dicta la sentencia por incumplimiento *ex* artículo 226 (258 TFUE). Sin embargo, el principio de legalidad plantea problemas en cuanto al periodo de inejecución pre-Maastricht. ¿Puede computarse ese periodo para la determinación de la sanción? La Comisión es muy parca en sus indicaciones, limitándose a afirmar que la duración que se tiene en cuenta es la de la infracción a partir de la primera sentencia del Tribunal⁷⁷. Con un razonamiento más elaborado, el Abogado General N. FENNELLY, en sus Conclusiones del asunto «transitorio» *Comisión c. Francia* (C-334/94), presentadas el 16 de noviembre de 1995, considera que el Tribunal de Justicia sólo puede sancionar el tiempo de inejecución posterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht⁷⁸.

El Tribunal se ha manifestado de forma algo ambigua, pero parece asumir el criterio del Abogado General N. FENNELLY. Afirma que la infracción existe desde que se dicta la sentencia inicial por incumplimiento, pero sólo considera, a los efectos del cálculo de la sanción, el periodo posterior a la entrada en vigor del TUE. Así se ha manifestado en los asuntos *Comisión c. Grecia* (C-387/97) y *Comisión c. Francia* (C-304/02), en los que señala que la duración «es considerable, incluso partiendo de la fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea en lugar de la fecha en que se dictó la sentencia»⁷⁹.

Aclarado este extremo, volvemos al cálculo de las sanciones. Comenzando por la multa coercitiva, recordemos que su pago tiene carácter periódico diario o, como señaló el Tribunal en los asuntos *Comisión c. España* (C-278/01) y *Comisión c. Francia* (C-304/02), de otro período de referencia, y procede desde que se comunica al Estado infractor la segunda sentencia hasta que ponga fin a la inejecución declarada. En cuanto a su importe, la Comisión –que se reserva un amplio margen de apreciación– determina su propuesta multiplicando un tanto alzado de base uniforme (en la actualidad de 600 €, pero es revisable cada tres años) por un coeficiente de gravedad entre 1 y 20⁸⁰ y un coeficiente de duración entre 1 y 3; el resultado que se obtenga se multiplicará a su vez por un factor fijo determinado para cada país teniendo en cuenta su capacidad de pago (que dependerá del PIB y del número de votos de que disponga en el Consejo). Algunas voces críticas tanto entre la doctrina⁸¹ como entre los Abogados Generales⁸² se han alzado, con razón, en contra de la toma en consideración del número de votos

⁷⁷ Vid. punto 3.2 del *Método...* de 1997 y el punto 17 de la Comunicación de 2005.

⁷⁸ Apartado 18 de sus Conclusiones.

⁷⁹ Apartados 98 y 108 de las respectivas sentencias.

⁸⁰ La gravedad se determina atendiendo a varios factores, fundamentalmente la importancia de la norma violada y los efectos de la infracción sobre los intereses de carácter general o particular.

⁸¹ Vid., en este sentido, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *op. cit.*, pp. 511-512.

⁸² Vid., en este sentido, las Conclusiones de D. RUIZ JARABO COLOMER en el asunto *Comisión c. Grecia* (C-387/97), en las que manifiesta su «extrañeza» a este respecto.

del Estado en el Consejo, factor que resulta muy arbitrario y no ha sido suficientemente justificado ni por la Comisión ni por el Tribunal de Justicia (que a pesar de todo lo ha asumido).

El método que propone la Comisión para el cálculo de la suma a tanto alzado, introducido por primera vez en la Comunicación de 2005, es muy similar al de la multa coercitiva. En efecto, su importe se determinará multiplicando una cantidad fija (de 200 € revisables cada tres años) por el coeficiente de gravedad que se haya acordado para la multa coercitiva –en caso de que proceda su imposición–, por el factor que tiene en cuenta la capacidad de pago del Estado (también igual al ya referido para la multa coercitiva) y por el número de días de persistencia de la infracción.

El hecho de que se valore la duración de la infracción para el cálculo no sólo de la multa coercitiva sino también de la suma a tanto alzado ha generado ciertas dudas con respecto al principio *non bis in idem*. Así lo han apuntado algunos autores y ésa fue la objeción planteada por los gobiernos de varios Estados en el asunto muchas veces citado *Comisión c. Francia (C-304/02)*, en el que por primera vez se impuso conjuntamente el pago de las dos sanciones. Pese a todo, el Tribunal rechazó este argumento considerando, lacónicamente, que cada una de ellas cumple una función distinta y que «la duración del incumplimiento constituye uno de los varios criterios que se toman en consideración para determinar el grado adecuado de coerción y disuasión»⁸³. Una explicación más sólida radica en que el principio *non bis in idem* sólo operaría si las dos medidas a imponer fuesen sanciones, cosa que no ocurre con la multa coercitiva⁸⁴.

En cuanto a la postura del Tribunal de Justicia, ya sabemos que no está vinculado por estas directrices, a las que siempre ha considerado simplemente como una «referencia útil». Con todo, en su jurisprudencia ha asumido los criterios propuestos por la Comisión para el cálculo de las sanciones, aunque apartándose siempre de las valoraciones hechas por aquella institución; de hecho, en ninguna sentencia dictada *ex artículo 228.2* la cantidad impuesta por el Tribunal como multa coercitiva y/o suma a tanto alzado ha coincidido con la propuesta de la Comisión. Lo que sí se ha echado en falta de forma notable es una mayor justificación de las cantidades decididas por el Tribunal, que muchas veces parece limitarse a una valoración global⁸⁵ o se conforma (especialmente en el caso de las sumas a tanto alzado) con fundamentar el importe en «una justa apreciación de las circunstancias específicas del caso de autos»⁸⁶.

⁸³ Apartado 84 de la sentencia.

⁸⁴ MUÑOZ DE MORALES, M., *op. cit.*, pp. 468-469.

⁸⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *op. cit.*, p. 513, en la que critica la «opacidad total» del Tribunal en la aplicación de los criterios al caso concreto.

⁸⁶ Así, al fijar la suma a tanto alzado en 20.000.000 de euros en el asunto *Comisión c. Francia (C-304/02)*, de 12 de julio de 2005, apartado 115 de la sentencia. En este caso es si cabe más criticable porque se trataba de la primera vez que se imponía una sanción de este tipo. Como excepción, vid. la Sentencia en el asunto *Comisión c. Portugal (C-70/06)*, que ofrece una esforzada justificación de la cantidad decidida como multa coercitiva en sus apartados 38 a 54.

Finalmente, se ha planteado el problema, más hipotético que real, de la ejecución de las sentencias que impongan una sanción en aplicación del procedimiento del artículo 228.2, dado el silencio que mantiene al respecto el Tratado. Como solución a lo que algunos han considerado una laguna importante, se ha propuesto que la Comunidad (ahora la Unión) reduzca la cuantía de las aportaciones financieras de los fondos comunitarios que se deban a ese Estado⁸⁷, pero la doctrina se ha mostrado en su mayoría escéptica ante esta posibilidad⁸⁸. En la práctica, como decimos, es un problema más ficticio que real, dadas las consecuencias políticas que tendría la negativa de un Estado miembro a pagar una sanción decidida en esta sede por el Tribunal de Justicia.

III. EL PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN EN EL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa plantea dos grandes cuestiones de las que me ocuparé a continuación: en primer lugar, se produce una simplificación de la fase administrativa del procedimiento, que, como explicaré, reviste una importancia mayor que una mera reducción de los trámites o plazos procesales; en segundo lugar, el párrafo tercero introduce un nuevo procedimiento destinado a lograr un mayor cumplimiento del ordenamiento europeo en un ámbito específico: la transposición de Directivas al Derecho interno. Debe apuntarse que ambas novedades estaban ya previstas en términos prácticamente iguales en el artículo III-362 de la fallida Constitución Europea⁸⁹, con lo que los trabajos preparatorios y las consideraciones doctrinales vertidas entonces resultarán útiles para la interpretación del nuevo artículo 260 TFUE.

a) Simplificación de la fase administrativa

Con la nueva redacción desaparece aquella identidad entre las fases precontenciosas de los procedimientos por incumplimiento (ahora regulado, sin modificaciones, en el artículo 258 TFUE) y por inejecución. En efecto, el artículo 260 TFUE simplifica la fase administrativa de este último al eliminar la exigencia del dictamen motivado de la Comisión como requisito procesal previo a la interposición del recurso. Se mantiene, eso sí, la obligación de ofrecer al Estado la posibilidad de discutir la apreciación de la Comisión con respecto a su infracción por inejecución, exigencia que ha de identificarse con la ya conocida carta de emplazamiento.

Algunos autores se habían manifestado con anterioridad partidarios de una simplificación de la fase administrativa. En este sentido se pronunciaba J.

⁸⁷ THEODOSSIOU, M.A., *op. cit.*, p. 39.

⁸⁸ Vid., TESAURO, G., *op. cit.*, p. 110; o, Díez-Hochleitner, J., *op. cit.*, p. 881.

⁸⁹ Acogiendo parcialmente la propuesta del Presidente del Tribunal de Justicia, Gil Carlos Rodríguez Iglesias: vid. su intervención en el «círculo de debate» sobre el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2003.

DÍEZ-HOCHLEITNER al valorar el procedimiento por inejecución incorporado por el artículo 171.2 TCE tras el Tratado de Maastricht, considerando que hubiera resultado apropiado suprimir uno de los trámites precontenciosos⁹⁰. No es de extrañar, por tanto, que se recibiese con buenos ojos la reforma contenida en el proyecto constitucional y que ha llegado intacta al Tratado de Lisboa.

En mi opinión, este aspecto de la reforma debe ser aplaudido no sólo porque aporta una indudable agilidad al sistema, sino porque además lo convierte en un mecanismo mucho más eficaz. En cuanto a lo primero, entiendo que el objeto del procedimiento por inejecución está mucho más acotado que en el procedimiento por incumplimiento. Así, una fase administrativa simplificada es suficiente para que la Comisión desempeñe su labor de instrucción, que se limita a verificar si el Estado ha adoptado las medidas necesarias para conformarse a una sentencia previa del Tribunal, del mismo modo que también permite al Estado ejercer su derecho a la defensa. Retomando las palabras de B. MASSON relativas a la reforma que introducía el Tratado constitucional, «cette accélération de la procédure permettra une mise en conformité plus rapide des Etats avec leurs obligations communautaires»⁹¹.

Con todo, sí considero que sería conveniente que el Tribunal sugiriese algunas medidas de ejecución al Estado infractor en su primer pronunciamiento declarativo del incumplimiento. Por supuesto, estas indicaciones carecerían de fuerza vinculante, tal y como exige el principio de autonomía institucional propio del Derecho comunitario, pero eliminarían un cierto margen de incertidumbre y facilitarían en gran medida el diálogo entre la Comisión y el Estado infractor en la nueva fase precontenciosa abreviada. No parece que ningún precepto del Tratado impida que el Tribunal formule estos «arrêts éducatifs» que, de hecho, ya han sido propugnados por un sector doctrinal⁹².

Por otra parte, en cuanto a la mejora de la eficacia del procedimiento por inejecución (y con ello, del Derecho de la Unión Europea en su conjunto), con la nueva redacción se elimina un elemento pernicioso del antiguo artículo 228.2 TCE. En su configuración anterior, un Estado miembro que se conformase a la sentencia inicial de forma tardía pero dentro del plazo concedido en el dictamen motivado no podía ser sancionado, lo cual debe considerarse un absurdo si se tiene en cuenta que la obligación de ejecutar las sentencias del Tribunal es *inmediata*. Es decir, en el régimen previo al Tratado de Lisboa, el procedimiento precontencioso regulado en el apartado segundo del artículo 228 TCE contradecía la obligación impuesta en el párrafo primero de ese mismo precepto. Esta situación inexplicable se hizo patente, como hemos visto, en la jurisprudencia. El Tribunal reconocía que la infracción por inejecución se producía, materialmente, desde el primer pronuncia-

⁹⁰ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *op. cit.*, p. 859.

⁹¹ MASSON, B., *op. cit.*, p. 645.

⁹² Vid., en este sentido, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *op. cit.*, pp. 865-871.

miento, en el que situaba el *dies a quo* para el cálculo de la sanción correspondiente. Sin embargo, el plazo concedido en el dictamen motivado, como requisito procesal para la interposición del recurso, establecía una prórroga graciosa que operaba como garantía de impunidad para los Estados miembros que corrigiesen su incumplimiento antes de que expirase.

En cambio, con la nueva versión hemos de entender que una vez que el Estado miembro haya respondido al escrito de la Comisión, ésta puede presentar el recurso ante el Tribunal cuando lo estime oportuno, incluso aunque el Estado se conforme a la sentencia inicial, ya que en todo caso esa ejecución se hará en violación del ordenamiento comunitario, que exige que sea –insisto– inmediata, y podrá ser objeto de una sanción (en este caso de ejecución tardía, una suma a tanto alzado sería lo más adecuado).

Algunos autores han manifestado cierta renuencia ante una simplificación de la fase administrativa por entender que cada uno de sus antiguos trámites resultaba útil para la corrección de la inejecución⁹³. Fundamentan esta postura en los datos estadísticos, que efectivamente demuestran que la mayoría de los casos incoados en esta sede se resuelven antes de la presentación del recurso⁹⁴. No obstante, adoptar esta postura supone olvidar que, tal y como se ha defendido aquí, el procedimiento por inejecución no es (o no debe ser) sólo un mecanismo corrector de estas infracciones, sino también un instrumento sancionador. La nueva redacción del artículo 260.2 TFUE parece apuntar en este sentido, puesto que preserva el margen político para la actuación de la Comisión pero elimina ese criticable espacio gris de incumplimiento por inejecución sin sanción que amparaba el antiguo artículo 228 TCE. En todo caso, no parece arriesgado pronosticar que el Tribunal de Justicia seguirá sin asumir de forma explícita en su jurisprudencia la naturaleza híbrida de este procedimiento.

b) El nuevo mecanismo introducido por el artículo 260.3 TFUE

El nuevo párrafo incorporado por el Tratado de Lisboa establece un mecanismo específico que permite a la Comisión, en el marco de un recurso por incumplimiento (conforme al artículo 258 TFUE), solicitar la imposición de una sanción para el Estado infractor. Es decir, para los supuestos en los que se vulnere *la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva*, no será necesario incoar un primer procedimiento por incumplimiento y, en caso de no ser ejecutada la sentencia condenatoria, un nuevo procedimiento *ex* artículo 260.2. Debe subrayarse el hecho de que *no será necesario*, puesto que el tenor literal del precepto no deja dudas sobre el carácter discrecional que reviste este nuevo instrumento; no puede entenderse otra cosa de la expresión «*podrá, si lo considera oportuno*». Por tanto, la Comisión siempre podrá optar en este ámbito por el nuevo procedimiento

⁹³ Vid., en este sentido, MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, p. 174.

⁹⁴ Vid., en este sentido, los Informes Anuales sobre la Aplicación del Derecho Comunitario publicados por la Comisión.

concentrado o por el mecanismo antiguo, a través de dos recursos (incumplimiento e inejecución). Parece que con ello se quiere reservar un amplio margen político para la Comisión en su labor de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión.

La redacción del 260.3 deja, como viene siendo habitual, una serie de cuestiones abiertas. La primera incertidumbre se refiere al propio objeto del procedimiento; ¿qué es lo que se persigue, la no comunicación de las medidas de transposición o la no transposición en sí misma? Parece evidente que el objeto del nuevo procedimiento debe ser la no adaptación a Derecho interno de una directiva, cuyo control se verifica a través de la obligación accesoria de comunicar las medidas de transposición⁹⁵. El coste procesal de perseguir mediante este procedimiento únicamente la infracción de tal obligación accesoria resultaría absurdamente alto⁹⁶ y, en definitiva, carecería de sentido⁹⁷.

La perspectiva aquí defendida resulta coherente con una preocupación reiterada tanto por la doctrina como por las propias instituciones de la Unión con respecto al específico incumplimiento de la obligación de adaptar el Derecho nacional a las directivas comunitarias. Ya G. TESAURO se refería a esta cuestión al afirmar que «el problema de la sanción de las infracciones al derecho comunitario se plantea de forma especial en relación con los comportamientos de los Estados miembros y muy a menudo en razón de la no transposición o de la transposición incorrecta de las normas comunitarias»⁹⁸. Esta preocupación se ve refrendada por la Comisión; en su 26º informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2007)⁹⁹ declara que «el retraso en la transposición de directivas sigue siendo un gran obstáculo con consecuencias a largo plazo para la aplicación de la ley a su debido tiempo», y prueba de ello es que en 2008 el 55% de las transposiciones obligatorias se retrasó y prolongó por espacio de dos o

⁹⁵ En sentido contrario, vid. MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución...*, *op. cit.*, pp. 175-178, quien se muestra partidario de la primera opción al comentar el proyecto constitucional.

⁹⁶ En la Comunicación «Una Europa de resultados – la aplicación del Derecho comunitario», COM (2007) 502, de 5-9-2007, la Comisión calcula una media de 19 meses en archivar una denuncia antes del envío de un requerimiento; 38 meses cuando un caso se archiva entre el envío del requerimiento y el momento en que se emite el dictamen motivado; y 50 meses cuando se archiva un caso después de emitirse el dictamen motivado y antes de que se envíe el asunto al Tribunal, lo que supone una media de 26 meses para archivar un caso.

⁹⁷ En el supuesto de que el Estado haya infringido las dos obligaciones, la de transponer y la de informar al respecto, parece poco lógico que la Comisión inicie dos procedimientos distintos: uno, de incumplimiento, por la primera, y otro, el concentrado del artículo 260.3, por la no comunicación; no se entiende, además, que el procedimiento específico se prevea para la infracción menos relevante, mientras que para la vulneración de la obligación de adaptar el Derecho interno a la directiva –con enormes costes para la aplicación uniforme del ordenamiento de la UE– haya que seguir el largo recorrido de una primera sentencia declarativa y una segunda por inejecución.

⁹⁸ TESAURO, G., *op. cit.*, p. 106.

⁹⁹ SEC(2009) 1683, SEC(2009) 1684, SEC(2009) 1685, de 15.12.2009.

más años¹⁰⁰. R. MUÑOZ, en la misma línea, reclamaba un instrumento específico para combatir esta infracción específica¹⁰¹. El artículo 260.3 TFUE ofrece, como hemos visto, tal instrumento.

La segunda incertidumbre que plantea este nuevo procedimiento se refiere a su aplicación práctica. Dado que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado al respecto, las consideraciones que aquí se hagan deben ser tomadas como meramente tentativas.

La única posibilidad que me parece plausible es considerar el artículo 260.3 como un procedimiento por incumplimiento que incorpora una sanción sometida a una condición suspensiva: la inejecución. Así, el pronunciamiento del Tribunal tendrá carácter inicialmente declarativo, de tal forma que el Estado infractor sólo se verá obligado al pago de la sanción si no ejecuta esta sentencia en un plazo que necesariamente indicará el Tribunal. Dada la concreción del objeto –la no adaptación a Derecho interno de una directiva–, no se hace necesario que la Comisión inicie un nuevo procedimiento con su correlativa fase administrativa para verificar la ejecución de la sentencia por parte del Estado. Simplemente, pasado ese plazo fijado por el Tribunal, en caso de que el Estado no haya comunicado las medidas de trasposición correspondientes, la obligación del pago de la sanción comenzará a ser efectiva. Es difícil interpretar en un sentido diferente el inciso del artículo 260.3 *in fine*: «La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia». Por otra parte, una interpretación sistemática también aconseja este enfoque, ya que en caso contrario no se entendería la ubicación de este nuevo mecanismo en sede del procedimiento por inejecución. Si se tratase de un procedimiento por incumplimiento que por el mero hecho de la infracción impusiese de forma inmediata e irrevocable el pago de una sanción, lo razonable habría sido incluir este precepto en el artículo 258 TFUE.

En cuanto al importe de la sanción, en este caso se ha limitado la discrecionalidad del Tribunal para apartarse de la propuesta de la Comisión, al prohibirse la *reformatio in peius* que sí cabe en el procedimiento por inejecución normal. Lo que sigue quedando a su entero arbitrio es la decisión misma de imponer una sanción pecuniaria o no por esta específica infracción. Por otra parte, nada permite descartar la imposición conjunta también en esta sede de una multa coercitiva y una suma a tanto alzado. La primera, para presionar al Estado a que se conforme a la sentencia del Tribunal (y adapte su Derecho interno a la directiva en el sentido que haya sido declarado), y la segunda, para sancionar el periodo de inejecución desde la sentencia hasta que transcurra el plazo concedido por el Tribunal en ella.

En este mismo sentido apuntan las aclaraciones del Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia en el seno de la Convención

¹⁰⁰ Página 3 del Informe.

¹⁰¹ MUÑOZ, R. «The Monitoring of the Application of Community Law: The Need to Improve the Current Tools and an Obligation to Innovate», *Jean Monnet Working Paper*, nº 04/06, Nueva York, 2006.

Europea¹⁰² y la doctrina que se ocupó de comentar el proyecto constitucional europeo¹⁰³.

IV. CONCLUSIÓN

El procedimiento por inexecución en el Derecho de la Unión Europea merece, en términos generales, una valoración muy positiva. En primer lugar, porque en el plano teórico supuso un avance extraordinario en cuanto a la eficacia global del sistema. Un ordenamiento jurídico tan sólido y maduro como el de la Unión no puede depender del cumplimiento voluntario o espontáneo por parte de sus Estados miembros, sino que debe prever mecanismos para reaccionar ante sus infracciones. Por otra parte, su progresiva aplicación ha incidido en una mejora efectiva en cuanto al cumplimiento del Derecho comunitario, tal y como muestran los datos de la Comisión en sus informes anuales. Esto es especialmente reconfortante tras un inicio muy incierto, pues no debe olvidarse que hubo que esperar casi siete años para la primera sentencia conforme a este procedimiento tras su introducción por el Tratado de Maastricht en 1993. Desde entonces, una profusa doctrina y una jurisprudencia no siempre convincente han ido modelando un instrumento que el Tratado dejaba muy abierto.

En cuanto a sus puntos oscuros, cabe lamentar que no se haya producido (¿todavía?) un reconocimiento institucional de la naturaleza híbrida del procedimiento por inexecución, asunción que no sólo resulta coherente con la práctica que en el fondo ha seguido el Tribunal tras su sentencia en el asunto *Comisión c. Francia* de 12 de julio de 2005, sino que además permite dotar al ordenamiento comunitario de un conjunto de mecanismos más completo para garantizar su eficacia. La resistencia del Tribunal a corregir abiertamente su jurisprudencia, aspecto que no es exclusivo del tema aquí estudiado, supone que en ocasiones la envoltura retórica no case con la sustancia de las decisiones, cuestión ciertamente inconveniente para la práctica –y teoría– jurídicas.

A falta de una nueva jurisprudencia, las reformas introducidas en el procedimiento por inexecución por el Tratado de Lisboa deben ser saludadas con optimismo. Quienes creemos en el progreso de la integración europea, en una unión política sólida mucho más allá de lo coyuntural, hemos de ser conscientes de la importancia de construir una solidaridad de Derecho que acompañe y refuerce a la siempre volátil solidaridad de hecho. En este sentido, la eficacia del ordenamiento jurídico europeo constituye una pieza imprescindible, y en esa dirección parece avanzar el procedimiento por inexecución en su evolución normativa.

¹⁰² CONV 636/03 CIRCLE I 13, p. 11.

¹⁰³ Vid., en este sentido, ALONSO GARCÍA, R., «La ¿nueva? arquitectura judicial europea», en Albertí Rovira, E. (dir.), *El proyecto de nueva Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 374-376.