

LA RESPUESTA DEL TUE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA POR LOS ESTADOS MIEMBROS

Por JAVIER DIEZ-HOCHLEITNER (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PREMISAS DE NUESTRO ESTUDIO: A.—La sentencia por incumplimiento: a) Su naturaleza declarativa. b) La obligación del Estado miembro de cesar el incumplimiento. c) La reparación del daño. B.—Vías para asegurar la «ejecución» de la sentencia antes de la reforma del artículo 171 del Tratado CEE: a) La prohibición de aplicar las medidas nacionales declaradas contrarias del Derecho comunitario. b) El inicio de un nuevo procedimiento por incumplimiento: una solución ineficaz.— III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 171 DEL TRATADO CEE: A.— Una reforma poco audaz: a) La introducción de un mecanismo coactivo y sancionador frente al incumplimiento de la sentencia. b) El temor a alterar la naturaleza de la función del Tribunal de Justicia: i. El poder de anular disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario. ii. La determinación por el TJCE de las medidas a adoptar por el Estado miembro. B.— Las incertidumbres de la reforma: a) Multa coercitiva o sanción pecuniaria: ¿una alternativa abierta al Tribunal de Justicia? b) El monto de la sanción pecuniaria y de la multa coercitiva. c) ¿Y la ejecución contra el Estado miembro de la sanción pecuniaria o multa coercitiva? d) ¿Límites a la discrecionalidad de la Comisión?: i. Inevitables consideraciones previas sobre la discrecionalidad de la Comisión en el procedimiento del artículo 169. ii. La discrecionalidad de la Comisión en el marco del nuevo artículo 171.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

En un trabajo que publique hace un año sobre la reforma institucional de las Comunidades Europeas resultante del Tratado de la Unión Eu-

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público y titular de la Cátedra «Jean Monnet» de Instituciones de Derecho Comunitario de la Universidad Autónoma de Madrid.

ropea (en lo sucesivo TUE), me referí incidentalmente a la reforma del artículo 171 del Tratado CEE —artículo 143 del Tratado CEEA—, relativo a la ejecución de las sentencias por incumplimiento del Tribunal de Justicia (1). Las consideraciones allí vertidas me dejaron insatisfecho, me supieron a poco. Y es que la reforma en cuestión resulta —al menos sobre el papel— de una trascendencia innegable. Qué duda cabe que, en una Comunidad de Derecho, la ausencia de mecanismos que aseguren de manera efectiva el cabal cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros —como es el caso en el Tratado CEE y en el Tratado CEEA— constituye una laguna importante. Una laguna que, además, la práctica ulterior no ha sido capaz de cubrir en toda su extensión.

El proyecto de TUE adoptado por el Parlamento europeo el 4 de febrero de 1984 —proyecto «Spinelli»— había sugerido, en su artículo 43, atribuir al Tribunal de Justicia la competencia para sancionar a los Estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones, remitiendo la regulación del régimen sancionador a una «ley orgánica»; asimismo contemplaba, en su artículo 44, la facultad del Consejo Europeo para suspender respecto de un Estado miembro los derechos derivados del Tratado, e incluso su participación en el Consejo, en caso de grave y persistente violación de las disposiciones del Tratado (2). Pero el proyecto en cuestión quedó para el sueño de los justos y deleite de los estudiosos.

Cierto es que la situación es en apariencia distinta en el ámbito de la CECA, pues su Tratado constitutivo habilita a la Comisión, bajo el control del Tribunal, a sancionar a los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario. Sin embargo el régimen sancionador en cuestión parece haber quedado, en la práctica, en letra muerta.

El artículo 88 del Tratado CECA dispone que «si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, hará constar este incumplimiento por medio de una decisión motivada ...» y «fijará al Estado de que se trate un plazo para proceder al cumplimiento de su obligación», pudiendo tal decisión ser impugnada por el Estado miembro ante el Tribunal. Por

(1) «La reforma institucional de las Comunidades Europeas acordada en Maastricht», *GJ*, D-18, 1992 (2.º volumen del número monográfico de *GJ* sobre el Tratado de la Unión Europea), págs. 9-96, en págs. 57-61.

(2) *JOCE*, C 77, 19.3.84.

otra parte, en su párrafo tercero, el precepto en cuestión añade que «si el Estado no hubiere procedido al cumplimiento de su obligación en el plazo fijado ..., la Comisión podrá, con el dictamen conforme del Consejo emitido por mayoría de dos tercios: a) suspender el pago de las sumas debidas por ella al Estado de que se trate en virtud del presente Tratado; b) adoptar o autorizar a los demás Estados miembros para que adopten medidas que constituyan una excepción a las disposiciones del artículo 4 ...» (3).

El TUE, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el pasado 1 de noviembre, ha introducido un nuevo apartado 2 en el artículo 171 del Tratado CEE —que pasa, como es sabido, a denominarse Tratado constitutivo de la Comunidad Europea—, así como en el artículo 143 del Tratado CEEA, en los siguientes términos:

«2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas —las necesarias para la ejecución de la sentencia—, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia.

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. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado.

Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 170».

(3) Para un análisis en profundidad del régimen sancionador establecido en el art. 88 del Tratado CECA, *vid.* PLOUVIER, L.: *Les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes et leurs effets juridiques*, Bruselas, 1975, págs. 182 ss.

El TUE introduce, pues, un nuevo régimen sancionador en el ámbito de la CE y de la CEEA para los supuestos de incumplimiento del derecho comunitario por los Estados miembros y, en particular, de inejecución de las sentencias del Tribunal. El tenor de las disposiciones transcritas resulta sin embargo incierto en muchos aspectos. El propio régimen sancionador que se articula no resulta fácilmente comprensible. Nos proponemos en este trabajo contribuir a despejar dichas incertidumbres y a explicar el régimen en cuestión. Pero quizá no consigamos más que aumentar la perplejidad del lector ante el mismo.

Para terminar esta introducción, me permitirá el lector que haga una advertencia. A lo largo del presente trabajo me referiré únicamente al Tratado CE, si bien las consideraciones que haga en él serán igualmente extensibles al ámbito de la CEEA.

II. LAS PREMISAS DE NUESTRO ESTUDIO

A. LA SENTENCIA POR INCUMPLIMIENTO

a) *Su naturaleza declarativa*

El Tribunal de Justicia ha venido afirmando la naturaleza declarativa de sus sentencias por incumplimiento desde 1960. Así, en su sentencia en el asunto *Humblet* dictada el 16 de diciembre de 1960 estimaba que el Tribunal debe limitarse a constatar el incumplimiento (4). Dos son las consecuencias que se extraen de tal pronunciamiento (5). Por una parte, el Tribunal «no tiene poder de anular las medidas estatales que constituyen la infracción» (6). En segundo lugar, no corresponde en principio al Tribunal ordenar al Estado miembro las medidas que debe adoptar para cesar la infracción y, con ello, dar cumplimiento a la sentencia. Sobre ambas cuestiones volveremos más tarde (7).

(4) *As. 6/60 (Recueil, 1960, págs. 1129 ss., en págs. 1145-1146).*

(5) *Vid., entre otros, VANDERSANDEN, G., y BARAV, A.: Contentieux communautaire, Bruselas, 1977, págs. 124 ss.*

(6) De nuevo sentencia de 16 de diciembre de 1960 en el asunto *Humblet* (cit. en nota 4, en pág. 1145).

(7) *Vid. infra* epígrafes III.A.a) i. e ii., respectivamente.

La sentencia no tiene otro objeto que el de una constatación en abstracto de una situación jurídica determinada, consistente en un comportamiento ilícito (8), no siendo necesario para recurrir al artículo 169 que otro Estado miembro en particular sea víctima del ilícito o haya sufrido daño (9). El procedimiento por incumplimiento se distingue así, pues, de los procedimientos tradicionales de arreglo jurisdiccional de controversias propios del Derecho internacional público (10).

Por otra parte, como han indicado certeramente Schermers y Waelbroeck, la decisión del Tribunal no tiene valor constitutivo, sino que constata el incumplimiento desde el momento en que se produjo (11). Pero, constatado el incumplimiento, el Estado debe «adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia», según reza el artículo 171 del Tratado CEE (artículo 171.1 tras la entrada en vigor del TUE), ésto es, siguiendo al Tribunal, adoptar todas las disposiciones para facilitar la plena realización del derecho comunitario (12), lo que comporta llegar a la eliminación efectiva de los incumplimientos y de sus consecuencias pasadas o futuras (13). Consecuentemente incumbe al Estado miembro no sólo la cesación del incumplimiento sino igualmente la *restitutio* o, en la práctica, la reparación del daño causado.

b) *La obligación del Estado miembro de cesar el incumplimiento*

El artículo 171 perfila, como vimos, las consecuencias que para el Estado miembro se derivan de la sentencia del Tribunal al afirmar que

(8) *Vid.* en este sentido la sentencia de 14 de diciembre de 1971 en el asunto de la *Agencia de aprovisionamiento*, Comisión c. Francia (as. 7/71, *Recueil*, 1971, págs. 1003 ss., consid. 38 ss., en págs. 1020 ss.). *Cfr.* WHITE, G.: «State Responsibility in the Context of European Community Law», in BIN CHENG y E. D. BROWN: *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of George Schwarzenberger on his eightieth birthday*, Londres, 1988, págs. 301-318, en pág. 302.

(9) *Vid.* PLOUVIER: *op. cit.* en nota 3, pág. 216.

(10) Como ha señalado el TJCE en su sentencia de 15 de julio de 1960, Italia c. Alta Autoridad (as. 20/59, *Recueil*, 1960, págs. 667 ss., en pág. 692).

(11) SCHERMERS, H. G., y WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Communities*, 5.ª ed., Deventer, 1992, pág. 313.

(12) Sentencia de 13 de julio de 1972, Comisión c. Italia (ejecución de la sentencia de 10 de julio de 1968 sobre la *ley italiana de protección de obras de arte*, cit. *infra* en nota 150) (as. 48/71, *Recueil*, 1972, págs. 529 ss., consid. 7, en pág. 534).

(13) Sentencia de 12 de julio de 1973, Comisión c. Alemania (as. 70/72, *Recueil*, 1973, págs. 813 ss., consid. 13, en pág. 829).

«si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal».

Dejando a un lado el inapropiado empleo del término «ejecución» —término que, no obstante, emplearemos nosotros también en este trabajo—, no cabe duda que dicho precepto impone al Estado, como primera medida, la cesación del incumplimiento (mediante la derogación o modificación de las medidas nacionales contrarias al derecho comunitario o adoptando aquéllas cuya omisión ha dado lugar a la infracción), atribuyéndole la competencia, como vimos, de determinar las medidas a adoptar a tal fin. Sin embargo tal obligación no deriva en puridad de la sentencia, que se limita a constatar la infracción, sino de la obligación que corresponde al Estado de cumplir con el derecho comunitario. En otras palabras, si tal fuera la única consecuencia que debe atribuirse a la disposición transcrita, su inclusión en el artículo 171 podría considerarse ociosa.

La sentencia tiene valor de cosa juzgada y, por lo tanto, como afirma el artículo 65 del Reglamento de procedimiento del Tribunal, fuerza obligatoria desde el día en que es dictada. Siendo tal su valor, y tratándose de una sentencia que no impone prestación alguna (14), sino que es meramente declarativa de una situación de infracción del derecho comunitario, el Estado miembro deberá, para proceder a su ejecución, conformarse a éste. La ejecución así entendida no podrá dilatarse, pues la norma comunitaria considerada debió ser observada desde su nacimiento. Ello explica, no sólo que el artículo 171 omita cualquier referencia al plazo de ejecución de la sentencia, sino igualmente que el Tribunal haya señalado en reiteradas ocasiones que «la ejecución debe iniciarse inmediatamente y debe concluirse en el plazo más breve» (15).

(14) *Vid.* PLOUVIER: *op. cit.* en nota 3, pág. 22 (para la distinción entre «jugements prestatoires» y «jugements déclaratoires»).

(15) Tomado de la sentencia de 23 de marzo de 1993, Comisión c. Alemania (as. C-345/92, pend. publicación, consid. 6 - énfasis añadido); *vid.* en el mismo sentido sentencia de 6 de noviembre de 1985, Comisión c. Italia (as. 131/84, *Recueil*, 1985, págs. 3531 ss., consid. 7, en pág. 3536); sentencia de 5 de noviembre de 1986, Comisión c. Italia (as. 160/85, *Recop.*, 1986, págs. 3245 ss., consid. 9, en pág. 3253); sentencia de 13 de julio de 1988, Comisión c. Francia (as. 169/87, *Recop.*, 1988, págs. 4093 ss., consid. 14, pág. 4118);

Pero además de cesar el incumplimiento, el Estado miembro debe, como ya habíamos anticipado, reparar el daño causado. Así lo ha señalado el Tribunal en su sentencia en el asunto *Humblet*, antes citada, en la que afirma la obligación de «reparar los efectos ilícitos que haya podido ocasionar» (16). Ello se explica en particular por el hecho de que la sentencia del Tribunal, siendo de carácter declarativo, despliega, como vimos, efectos *ex tunc* en el sentido de que el incumplimiento es constatado respecto de todo el tiempo durante el cual se verificó (17).

c) *La reparación del daño*

Sin duda la primera forma de reparación que cabe exigir al Estado miembro es la restitución de las cantidades que hubiera podido percibir sobre la base de medidas nacionales consideradas por el Tribunal de Justicia contrarias al Derecho comunitario. Tal era la reparación exigida a Bélgica en el asunto *Humblet*.

Pero en los casos en que no cabe la restitución o que ésta resulta insuficiente para reparar el daño causado, ¿estará el Estado obligado a indemnizar?. La sentencia *Humblet* no parece dejar margen de duda al respecto (18).

Años más tarde el Tribunal confirmaría esta percepción al afirmar en su sentencia de 22 de enero de 1976 en el asunto *Russo* que en el caso de un perjuicio causado a un particular por la violación del derecho comunitario, el Estado miembro estaría obligado a asumir las consecuencias frente a la persona lesionada en el marco de las disposiciones de

y, sobre todo, la sentencia de 14 de enero de 1988, Comisión c. Bélgica (as. 227 a 230/85, *Recop.*, 1988, págs. 1 ss., consid. 11, en pág. 11); entre otras.

(16) Sentencia de 16 de diciembre de 1960 (cit. en nota 4, en pág. 1146). Como ha señalado AUDRETSCH, la afirmación de que la sentencia del Tribunal produce efectos *ex tunc* sólo puede traducirse —aparte la obligación de cesar el incumplimiento— en la obligación de reparar el daño causado; AUDRETSCH, H. A. H.: *Supervision in European Community Law*, 2.ª ed., Amsterdam, 1986, en pág. 123.

(17) Vid. nota 11, y PESCATORE, P.: *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Lieja, 1971, pág. 207.

(18) Vid. en este sentido LE TALLEC, G.: «La sanction des infractions au droit communautaire», in *Rapports pour le XV Congrès de la FIDE*, vol. II: *La sanction des infractions au droit communautaire*, Lisboa, 1992, págs. 209-228, en págs. 215 ss.

derecho nacional relativas a la responsabilidad del Estado (19). La sentencia *Russo* deja sin embargo patente que el Tribunal comunitario reenvía a las disposiciones nacionales la fijación de las medidas de reparación, de conformidad con la lógica del principio de la autonomía del procedimiento (20).

También cabe citar los numerosos casos en los que el Tribunal ha rechazado la excepción de inadmisibilidad frente a un recurso contra un Estado que ya había adoptado las medidas necesarias para cesar el incumplimiento —transcurrido, eso sí, el plazo fijado por la Comisión en su dictamen motivado—, estimando que la sentencia podía ofrecer un interés material con vistas a determinar la responsabilidad en la que el Estado hubiera podido incurrir, como consecuencia de su incumplimiento (21).

Cierto es que, como señalara el Tribunal en su sentencia de 14 de diciembre de 1982 en el asunto *Waterkeyn*, «las sentencias dictadas en virtud de los artículos 169 a 171 tienen por objeto en primera medida definir los deberes de los Estados miembros en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Los derechos en favor de los particulares derivan de las propias disposiciones de derecho comunitario con efecto di-

(19) As. 60/75 (*Recueil*, 1976, págs. 45 ss., consid. 9, en pág. 56); *vid.* también la sentencia de 16 de diciembre de 1976 en el asunto *Rewe* (as. 33/76, *Recueil*, 1976, págs. 1989 ss., consid. 5 y 6, págs. 1998-1999).

(20) SIMON, D., y BARAV, A.: «La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire», *R.M.C.*, n.º 305, 1987, págs. 165-174, en pág. 170. Los citados autores advierten por otra parte que «la formulation consacrée par la Cour parait en outre présupposer l'existence dans tous les Etats membres de voies de droit permettant d'engager la responsabilité de la puissance publique dans des conditions qui assurent aux particuliers une protection suffisante des droits qu'ils tirent des règles communautaires directement applicables» (*id.*), conclusión que se verá años más tarde confirmada por la sentencia en el asunto *Francovich* (*vid. infra* nota 27).

(21) Sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión c. Italia (as. 39/72, *Recueil*, 1973, págs. 101 ss., consid. 11, en pág. 112); sentencia de 29 de febrero de 1986, Comisión c. Italia (as. 309/84, *Recop.*, 1986, págs. 599 ss., consid. 18, en pág. 609); sentencia de 5 de junio de 1986, Comisión c. Italia (as. 103/84, *Recop.*, 1986, págs. 1759 ss., consid. 9, en pág. 1771); sentencia de 24 de marzo de 1988 (as. 240/86, *Recop.*, 1988, págs. 1835 ss., consid. 14, págs. 1855-1856); sentencia de 18 de enero de 1990, Comisión c. Grecia (as. C-287/87, *Recop.*, 1990, págs. 125 ss., publicación sumaria); sentencia de 30 de mayo de 1991, Comisión c. Alemania (as. C-361/88, *Recop.*, 1991, págs. 2567 ss., consid. 31, en pág. 2605); o sentencia de 2 de diciembre de 1992, Comisión c. Irlanda (as. C-280/89, *Recueil*, 1992, págs. 6185 ss., consid. 7, en pág. 6205).

recto en el orden jurídico interno de los Estados miembros ...» (22). Queremos así puntualizar, siguiendo a Simon y a Barav, que el derecho de los particulares a la reparación no deriva pues de la sentencia - cuyo efecto es meramente declarativo-, sino del efecto directo de la norma violada, sin perjuicio de que de la sentencia resulte que la disposición interna declarada contraria al derecho comunitario deba ser considerada indefectiblemente como ilegal en el orden interno (23). Como ha señalado Mota de Campos, si bien la sentencia del Tribunal de Justicia no determina la obligación de reparar, hace incontestable, dado su valor de cosa juzgada, la violación del derecho comunitario y, en consecuencia, el deber de indemnizar a los terceros lesionados (24).

En cualquier caso, no iba desencaminada la sugerencia hecha por la Comisión en una de sus contribuciones a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política, en el sentido de que el Tribunal reconozca expresamente en sus sentencias ex artículo 169 —siempre que proceda— que el incumplimiento imputado al Estado puede implicar la responsabilidad de éste, pues ello podría facilitar la tarea de las víctimas a la hora de reclamar la reparación del daño en el orden interno (25). De hecho encontramos afirmaciones de esta índole en múltiples sentencias del Tribunal (26) (en sus considerandos) por lo que, aún a falta de toda disposición introducida en el Tratado CE por el TUE a este respecto, nada impide que tal sugerencia sea tomada en consideración por el Tribunal.

La línea jurisprudencial anteriormente esbozada se ha visto reforzada, como es sabido, con la sentencia de 19 de noviembre de 1991 en el asunto *Francovich*, en la que el Tribunal se refiere a la reparación de los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la falta

(22) Sentencia de 14 de diciembre de 1982 (as. 314 a 316/81 y 83/82, *Recueil*, 1982, págs. 4337 ss., consid. 15, en pág. 4361), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en relación con los efectos de la sentencia de 10 de julio de 1980 en el asunto de la *publicidad de las bebidas alcohólicas*, Comisión c. Francia (as. 152/78, *Recueil*, 1980, págs. 2299 ss.)

(23) SIMON y BARAV: *loc. cit.* en nota 20, en pág. 167.

(24) MOTA DE CAMPOS, J.: «La sanction de la violation du droit communautaire par les Etats membres», *Rapports pour le XV Congrès ...*, *op. cit.* en nota 18, págs. 351-388, en pág. 364.

(25) Contribución titulada «Cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia», *Bol. CE* supl. 2/91, págs. 154-157, en pág. 157.

(26) *Vid. supra* nota 21.

de transposición adecuada de una directiva comunitaria (27). En ella se advierte que «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro», concluyendo el Tribunal que «el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables» (28).

Pero a diferencia de lo que sucede en el régimen de la responsabilidad internacional en el caso de incumplimiento de una obligación internacional, la reparación en el sistema comunitario opera, como ya advertíamos anteriormente, en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, correspondiendo al ordenamiento interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que procedan. Ciertamente es, sin embargo, que en la sentencia *Francovich* se reconocen ciertos límites a la autonomía del derecho interno en esta materia, al disponer que «las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización» (29), principio que, como habían advertido Simon y Barav (30), resultaba ya de una jurisprudencia constante del Tribunal, particularmente confirmada en la sentencia de 9 de noviembre de 1983 en el asunto *San Giorgio* (31). Inspirándonos en las conclusiones del Abogado General Jean Mischo en

(27) As. C-6 y 9/90 (*Recop.*, 1991, págs. 5357 ss. y en esta Revista 1992-1, págs. 213 ss.). Las condiciones que en ese caso exige el Tribunal para que surja el derecho a la reparación son, en síntesis, las siguientes: que la directiva atribuya derechos a los particulares; que el contenido de esos derechos pueda ser identificado con arreglo a las disposiciones de la directiva; y que exista una relación de causalidad entre la violación de la obligación de transposición por el Estado y el perjuicio sufrido por el particular (consid. 40, en pág. 5415).

(28) *Ibid.* (consid. 32 y 37, págs. 5414-5415).

(29) *Ibid.* (consid. 42, págs. 5415-5416).

(30) SIMON y BARAV: *loc cit.* en nota 20, en pág. 173 (nota 41).

(31) As. 199/82 (*Recueil*, 1983, págs. 3595 ss., consid. 14, en pág. 3613). *Vid.* asimismo la sentencia de 9 de julio de 1985 en el asunto *Bozzetti* (as. 179/84, *Recueil*, 1985, págs. 2301 ss., consid. 17, en págs. 2317-2318).

el asunto *Emmot*, podemos concluir que la autonomía procesal del Estado miembro presenta un carácter subordinado respecto de la protección efectiva de los derechos de los particulares (32).

Pero, ¿qué sucede si la exigencia de reparación viene formulada por otro Estado miembro que se considere lesionado o por la propia Comunidad por daños ocasionados directamente a ella? A este respecto debemos empezar por recordar que a juicio del Tribunal el Estado miembro es responsable hacia la Comunidad Europea de la ejecución del derecho comunitario en su territorio (33). Por otra parte, cuando en el asunto 39/72 el Tribunal reconocía que una sentencia dictada sobre la base de los artículos 169 y 171 podía resultar de interés para determinar la responsabilidad del Estado miembro, señalaba como destinatarios de la subsiguiente reparación no sólo a los particulares, sino igualmente a los demás Estados miembros o la Comunidad (34). Atendiendo a este pronunciamiento del Tribunal, White ha escrito recientemente (35) —amparándose igualmente en un texto clásico de Pescatore (36)— que una sentencia *ex artículo 169* puede, pues, servir de base para una reclamación de reparación de daños por otro Estado miembro o la propia Comunidad. Es preciso advertir, no obstante, que el derecho comunitario no contempla ningún cauce específico para llevar a cabo tal reclamación o hacerla efectiva, no pudiendo por nuestra parte compartir la sugerencia de Wyatt en el sentido de que el Tribunal pueda indicar en su fallo el deber de reparación frente a otro Estado miembro o la Comunidad (37). La reclamación de reparación deberá pues seguir los cauces propios del

(32) Resuelto por sentencia de 25 de julio de 1991 (as. C-208/90, *Recop.*, 1991, págs. 4269 ss., conclusiones págs. 4284 ss. y en esta Revista 1991-3, págs. 961 ss.).

(33) Sentencia de 2 de febrero de 1982, Comisión c. Bélgica (as. 72/81, *Recueil*, 1982, págs. 183 ss., consid. 4 ss., en pág. 187), y sentencia de 25 de mayo de 1982, Comisión c. Países Bajos (as. 96/81, *Recueil*, 1982, págs. 1791 ss., consid. 11 ss., en págs. 1804 ss.), entre otras.

(34) Sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión c. Italia (cit. en nota 21, consid. 11, en pág. 112).

(35) WHITE: *loc. cit.* en nota 8, en pág. 302.

(36) PESCATORE, P.: *The Law of Integration*, Leyden, 1974, pág. 106 ss. (versión francesa: *Le Droit de l'intégration*, Ginebra, 1972); *vid. también en L'ordre juridique ...*, *op. cit.* en nota 17, págs. 166 ss.

(37) WYATT, D.: «New Legal Order or Old?», *E.L.R.*, 1982, nº 1, págs. 147 ss., en págs. 162 ss.

Derecho internacional (38). No obstante si el daño es ocasionado, no a un Estado miembro en particular, sino a la Comunidad en su conjunto, cabría arbitrar mecanismos, por vía reglamentaria, para sustituir la reparación por un sistema de «compensación de derechos», solución que ha sido recogida en la propuesta de nuevo Reglamento sobre control en materia de pesca marítima sobre la que recientemente ha recaído el acuerdo político del Consejo (39).

Para terminar este epígrafe, cabe recordar que el Tribunal de Justicia, la Comisión y la Presidencia del Consejo habían sugerido, con ocasión de la celebración de la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política, la inclusión en el Tratado de una nueva disposición constatando, en palabras del Tribunal, «la responsabilidad civil de los Estados miembros respecto de las personas físicas o morales en caso de incumplimiento», y que favoreciera o permitiera —sin ignorar las dificultades que ello comportaría— una cierta armonización de los criterios y modalidades del derecho a la reparación (40/41). Quizás la cita de 1996 sea una buena ocasión para reconsiderar esta posibilidad.

B. VÍAS PARA ASEGURAR LA «EJECUCIÓN» DE LA SENTENCIA ANTES DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 171 DEL TRATADO CEE

a) *La prohibición de aplicar las medidas nacionales declaradas contrarias al Derecho comunitario*

Aún cuando el Estado miembro no adopte las medidas necesarias para cesar la infracción, el cumplimiento de la sentencia puede en buena me-

(38) En relación con la posibilidad de reclamación por una organización internacional, *vid.* Dictamen de la CIJ de 1949 en el asunto de la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas; CIJ, *Recueil*, 1949, págs. 178 ss.

(39) Propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se establece un régimen de control aplicable a la política común de pesca (que vendría a sustituir al actual Reglamento 2241/87) (COM (93) 107 final, de 17.3.93), sobre la que recayó el acuerdo político del Consejo en su reunión de 25 de junio de 1993; el art. 21.4 de dicha propuesta prevé que, en caso de sobrepesca por un Estado de las cuotas que le hubieran sido asignadas, se procederá a la correspondiente deducción en las cuotas siguientes.

(40) *Cfr.* observaciones dirigidas por el Presidente del TJCE al Consejo con vistas a la celebración de la CIUP, mediante carta de 12 de diciembre de 1990 (síntesis en ORTÚZAR

dida imponerse en virtud de la eficacia directa y primacía del derecho comunitario. En efecto, los órganos del Estado se verán obligados a dar preferencia a la aplicación de la norma comunitaria frente a las medidas nacionales que el Tribunal hubiera estimado contrarias al derecho comunitario, es decir, siguiendo la sentencia *Simmenthal*, de asegurar el pleno efecto de dicha norma, dejando en su caso inaplicada, por su propia autoridad, las medidas contrarias de la legislación nacional, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de estas últimas.

Tal obligación no deriva de la sentencia del Tribunal sino de la propia posición de las normas comunitarias en el orden interno (42). Como señalara el Tribunal en su sentencia de 14 de diciembre de 1982 en el asunto *Waterkeyn* las jurisdicciones de los Estados miembros están obligadas, en virtud del artículo 171 «a extraer las consecuencias de la sentencia del Tribunal, quedando bien entendido no obstante que los derechos que pertenezcan a los particulares no derivan de esa sentencia, sino de las propias disposiciones del derecho comunitario que tengan efecto directo en el ordenamiento jurídico interno» (43).

No obstante, como ha observado Goffin, cuando la contradicción entre la norma interna y la norma comunitaria ha sido además constatada por

ANDECHAGA, L.: *Aplicación judicial del Derecho comunitario*, Madrid, 1992, en pág. 241-242); contribución de la Comisión a la CIUP sobre el «Cumplimiento...», *loc. cit.* en nota 25, pág. 156; y propuesta de nuevo apartado al art. 5 del Tratado formulada por la Presidencia luxemburguesa durante la CIUP (Doc. CONF-UP 1819/91, de 6.6.91).

(41) Finalmente los Doce acordaron incluir una Declaración aneja al Acta final de la Conferencia de Maastricht sobre la aplicación del derecho comunitario, a cuyo tenor «1. ... es necesario para el buen funcionamiento de la Comunidad que las medidas adoptadas en los distintos Estados miembros conduzcan a una aplicación del Derecho comunitario con la misma eficacia y rigor que en la aplicación de sus respectivos Derechos nacionales».

(42) G. BEBR ha pretendido que tal obligación nace de la propia sentencia, a la que pretende atribuir por si misma efecto directo e inmediato (negando así su mero valor declarativo) (*Development of Judicial Control of the European Communities*, Londres, 1982, págs. 303 ss.). Aunque la construcción de Bebr tiene el mérito de querer dotar de una mayor eficacia a las sentencias *ex* artículos 169-170, lo cierto es que no añade nada pues, como ha señalado J. M. de FRUTOS GÓMEZ en una pertinente crítica a las tesis de BEBR, «la realidad es que la obligación de ejecutar, aún cuando no goce de una sanción ni de un procedimiento ejecutivo que garantice su eficaz cumplimiento, se impone por si misma» («Las sentencias *ex* art. 171 CEE y el problema de su cumplimiento por el Estado infractor», *R.I.E.*, 1984, nº 3, págs. 783-801, en págs. 794 ss.).

Vid. en general AUDRETSCH: *op. cit.* en nota 16, esp. págs. 124-127.

(43) *Cit.* en nota 22 (consid. 16, en pág. 4361).

el Tribunal, la inaplicación de aquélla, cuando proceda, no ofrece duda alguna, al contar las autoridades nacionales con una prueba irrefutable de tal contradicción (44). La sentencia, de naturaleza declarativa, despliega así efectos *erga omnes* (45). Tal es, a nuestro juicio, el sentido de las palabras del Tribunal cuando en su sentencia de 13 de julio de 1972 señalaba que el reconocimiento por el Tribunal de la incompatibilidad de una disposición nacional con el Tratado equivale para las autoridades nacionales competentes a una prohibición con plena fuerza de ley de aplicar dicha disposición y, en su caso, la obligación para las mismas de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena realización del derecho comunitario (46).

Lo anterior no empaña sin embargo la obligación que incumbe al Estado miembro de adoptar las medidas nacionales necesarias para cesar el incumplimiento, pues aquella vía indirecta de «ejecución» de la sentencia resulta en todo caso insuficiente ya que la inaplicación de las medidas nacionales sólo operará en el caso de que la norma comunitaria infringida goce de eficacia directa. Por otra parte, tal solución no elimina la incertidumbre jurídica que genera el mantenimiento en vigor de las medidas nacionales ni asegura una adecuada actuación de las autoridades nacionales (47). Por último, huelga decir que aún cuando las autoridades nacionales se atengan a la doctrina aquí expuesta, dando ple-

(44) GOFFIN, L.: «Le manquement d'un Etat membre selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2 (*la construction européenne*), París-Bruselas, 1979, págs. 211-218, en pág. 214. TIMMERMANS ha escrito por su parte que «une condamnation dans une procédure d'infraction au Traité par laquelle l'obligation communautaire d'un Etat membre se trouve précisée peut donc renforcer les moyens dont dispose le justiciable pour assurer le respect de cette obligation dans l'Etat membre concerné par l'intermédiaire du juge national, c'est à dire par le mécanisme de l'effet direct», y añade «et compte tenu de la solution offerte par l'arrêt Francovich» (reparación de daños); TIMMERMANS, C. W. A.: «La sanction des infractions au droit communautaire», in *Rapports pour le XV Congrès...*, *op. cit.* en nota 18, págs. 17-54, en pág. 27.

(45) *Vid.* a este respecto SILVA LAPUERTA, R.: *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 351 ss.

(46) Comisión c. Italia (cit. en nota 12, consid. 7, en pág. 534).

(47) Basten las dos razones que acabamos de esgrimir para refutar la afirmación de JOLIET en el sentido de que la obligación que incumbe a las autoridades nacionales de inaplicar las medidas nacionales, referida en estas páginas, equivaldría de hecho a su derogación; JOLIET, R.: *Le Droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Lieja, 1981, en pág. 20.

no cumplimiento a la norma comunitaria previamente violada, no cesa con ello la situación de infracción; como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal, no basta con que el derecho comunitario sea efectivamente aplicado, sino que resulta necesario en todo caso poner formalmente fin a las disposiciones nacionales incompatibles con ella, y ello, en última instancia, en aras del principio de seguridad jurídica (48).

b) *El inicio de un nuevo procedimiento por incumplimiento: una solución ineficaz*

Ante la inejecución por Italia de la sentencia de 10 de diciembre de 1968, en la que el Tribunal constató que el mantenimiento de su ley de 1939 por la que imponía una tasa progresiva para la exportación de obras de artes resultaba contraria al artículo 16 del Tratado CEE, la Comisión inició un nuevo procedimiento contra aquél país por infracción del artículo 171, interponiendo en 1971 un nuevo recurso ante el Tribunal. Este no tuvo dificultad en admitir la demanda y dictar la referida sentencia de 13 de julio de 1972 constatando un nuevo incumplimiento por Italia (49). Se abrió así paso a un mecanismo no expresamente previsto en el Tratado CEE tendente a forzar el cumplimiento por los Estados miembros de las decisiones jurisdiccionales ex artículo 169, mecanismo que ha venido a consagrar el nuevo artículo 171.2 del Tratado CE. Habrá sin embargo que esperar a 1985 para que se instaure como un mecanismo habitual en los casos de incumplimiento de sentencias (50).

El fundamento de este mecanismo fue claramente establecido por el

(48) *Vid.*, entre otras, la sentencia de 15 de octubre de 1986, Comisión c. Italia (as. 168/85, *Recop.*, 1986, págs. 2945 ss., consid. 11, en pág. 2960).

(49) Comisión c. Italia (cit. en nota 12, pág. 536).

(50) Auto de 28 de marzo de 1980 en el asunto de la *carne de ovino*, Comisión c. Francia (as. 24 y 97/80 R, *Recueil*, 1980, págs. 1319 ss.); sentencia de 15 de octubre de 1985, Comisión c. Italia (as. 281/83, *Recueil*, 1985, págs. 3397 ss.); sentencia de 6 de noviembre de 1985, Comisión c. Italia (cit. en nota 15); sentencia de 5 de noviembre de 1986, Comisión c. Italia (cit. en nota 15); sentencia de 14 de enero de 1988, Comisión c. Bélgica (cit. en nota 15); sentencia de 4 de febrero de 1988, Comisión c. Bélgica (as. 391/85, *Recop.*, 1988, págs. 579 ss.); sentencia de 13 de julio de 1988, Comisión c. Francia (cit. en nota 15); sentencia de 3 de octubre de 1989, Comisión c. Bélgica (as. 383/85, *Recop.*, 1989, págs. 3069 ss.); sentencia de 10 de diciembre de 1991, Comisión c. Bélgica (as. C-19/91, *Recueil*, págs. 5937 ss.); sentencia de 30 de enero de 1992, Comisión c. Grecia (as. C-328/90, *Recueil*, 1992, págs. 425 ss.); sentencia de 6 de febrero de 1992, Comisión c.

propio Tribunal en un Auto de 28 de marzo de 1980: «...si el Tribunal de Justicia reconoce que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, “dicho Estado miembro estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia” », añadiendo que «de conformidad con el artículo 155, corresponde a la Comisión velar “por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de ese mismo Tratado”; por tanto, corresponde a la Comisión velar también por la ejecución por parte de los Estados miembros de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia», de manera que «en el ejercicio de este poder, la Comisión puede interponer recursos sobre la base del art. 169 del Tratado si considera que un Estado miembro no ha adoptado las medidas necesarias para asegurar la ejecución de una sentencia o que las medidas adoptadas en su caso a estos efectos no son conformes a las obligaciones que se derivan de la misma» (51).

Del razonamiento transcrito se desprende que la interposición del nuevo recurso ante el incumplimiento de una sentencia, al no tener una base autónoma en el Tratado antes de la entrada en vigor del TUE, exigía verificar el procedimiento precontencioso previsto en el art. 169, debiendo pues la Comisión dirigir previamente al Estado miembro una carta de emplazamiento y un dictamen motivado. Por lo demás el procedimiento podría iniciarse por la propia Comisión *motu proprio* —incluyendo en este supuesto las peticiones («denuncias») formuladas en tal sentido por los particulares—, o a instancia de otro Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en el art. 170; en este último supuesto el Estado miembro en cuestión estaba igualmente legitimado para interponer el recurso (52). La verificación previa del procedimiento precontencioso ha sido sin embargo consagrado en iguales términos por el nuevo art. 171.2 del Tratado CE.

Países Bajos (as. C-75/91, *Recueil*, 1992, págs. 549 ss.); sentencia de 14 de octubre de 1992, Comisión c. Italia (as. C-262/91, *Recueil*, 1992, págs. 5269 ss.); sentencia de 23 de marzo de 1993, Comisión c. Alemania (cit. en nota 15).

(51) Comisión c. Francia (cit. en nota anterior, consid. 10 a 12, págs. 1331-1332 - traducción propia). *Vid.* a este respecto de nuevo SILVA LAPUERTA: *op. cit.* en nota 45, págs. 353 ss.

(52) Sólo en un caso ha dictado el TJCE una sentencia sobre la base de este precepto, en un recurso interpuesto por Francia contra el Reino Unido (sentencia de 4 de octubre de 1979; as. 141/78, *Recueil*, 1979, págs. 2923 ss.); los otros dos recursos interpuestos sobre

La exigencia de un procedimiento precontencioso parece apropiada a los efectos de establecer un marco adecuado en el que la Comisión pueda ejercer su función de vigilancia respecto de la ejecución de las sentencias por el Tribunal. En este sentido tiene el indudable mérito de permitir a la Comisión incitar al Estado miembro a cumplir la sentencia, así como entablar un diálogo con éste a los efectos de determinar las medidas de ejecución necesarias o la insuficiencia de las medidas adoptadas, favoreciendo de esta manera la consecución de un cumplimiento voluntario por el Estado. Por otra parte, y sin perjuicio de la obligación de ejecución inmediata que, como vimos, pesa en todo caso sobre el Estado miembro, asegura a éste un margen de tiempo suficiente para adoptar tales medidas. Frente a ello podría esgrimirse que tratándose del cumplimiento de una sentencia previa del Tribunal debería agilizarse dicho procedimiento precontencioso, prescindiendo de una de las fases, y estableciendo claros límites al poder discrecional de la Comisión. Sobre estas cuestiones volveremos más tarde (53).

¿Pero qué virtualidad iba a tener un nuevo pronunciamiento del Tribunal antes de la entrada en vigor del TUE? Ciertamente alguna tendría cuando lo que se dilucidaba era si las medidas adoptadas por el Estado para conformarse al fallo resultaban o no suficientes. En los restantes casos la sentencia no tenía otro efecto que el de favorecer —forzar— el cumplimiento por el Estado al evidenciar públicamente su pasividad.

Lo que en ningún caso cabía en estos supuestos era pretender que el Tribunal adoptase medidas provisionales como medio indirecto para forzar la ejecución del primer fallo (54). Cuando ante la inexecución por Francia de la sentencia de 25 de septiembre de 1979 (55), que le condenaba por aplicar medidas restrictivas a la importación de carne procedente del Reino Unido, la Comisión solicitó al Tribunal la adopción de medidas provisionales, éste las denegó —en el citado Auto de 28 de marzo de 1980—

esta misma base (Irlanda c. Francia y España c. Reino Unido) fueron sobreesidos por Autos de 15 de febrero de 1978 y de 27 de noviembre de 1992 (en el segundo de los casos — España c. Reino Unido, asunto del *British Sherry*, as. C-349/92— como consecuencia del desistimiento de España al haberse resuelto el problema de fondo mediante la aprobación de la Directiva 92/83). Ninguno de los dos casos se referían, sin embargo, a la inexecución de sentencias dictadas por el Tribunal.

(53) *Vid. infra* epígrafes III.A.a) y III.B.d).ii. de este trabajo.

(54) *Vid.* ORTÚZAR ANDECHAGA: *op. cit.* en nota 40, en pág. 116; y FRUTOS: *loc. cit.* en nota 42, en págs. 797-798.

(55) Comisión c. Francia (as. 232/78, *Recueil*, 1979, págs. 2729 ss.).

entendiendo que se correspondían en lo sustancial con el objeto de la sentencia (56).

La eficacia del sistema era en todo caso discutible. Así lo confirma el elevado número de sentencias pendientes de ejecución. A 31 de diciembre de 1992 se contabilizaban 100, si bien 28 habían sido dictadas durante el año 1992 por lo que cabe entender que estaban en vías de cumplimiento (57).

III. LA REFORMA DEL ARTICULO 171 DEL TRATADO CEE

A. UNA REFORMA POCO AUDAZ

a) *La introducción de un mecanismo coactivo y sancionador frente al incumplimiento de la sentencia*

El Tratado de la Unión Europea modifica el artículo 171 del Tratado CEE —ahora TCE— introduciendo en él un mecanismo híbrido, en el que se combinan medidas coactivas y sancionadoras, para los supuestos de incumplimiento de sentencias por los Estados miembros.

Un nuevo apartado 2 del artículo 171, tras explicitar como vimos la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de infracción contra el Estado miembro considerado, codificando así la práctica anterior, atribuye ahora al Tribunal además la facultad de imponerle en la nueva sentencia que resulte «el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva», precisando que la Comisión indicará en el recurso «el importe que considere adecuado a las circunstancias».

La solución retenida en el TUE había sido auspiciada, en términos más o menos similares, desde diferentes instancias (58). Resulta por

(56) Comisión c. Francia (cit. en nota 50, consid. 19, en pág. 1333). En dicho Auto el Tribunal advierte en definitiva que las medidas provisionales no pueden tener carácter autónomo, debiendo ser solicitadas por una de las partes en el marco de un procedimiento ante el Tribunal.

(57) *Décimo Informe anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (1992)* presentado por la Comisión (DOCE, C 233, 30.8.93, págs. 207 ss.).

(58) El TJCE había propuesto en las observaciones remitidas en 1990 al Consejo con vistas a la celebración de la CIUP que, en caso de inexecución de una sentencia, la Comisión pudiera presentar un nuevo recurso solicitando la imposición de una sanción (*loc. cit.* en

otra parte muy distinta a la prevista en el artículo 88 del Tratado CECA, sobre todo porque la imposición de la medida corresponde aquí al Tribunal.

La comprensión del nuevo apartado 2 del artículo 171 exige alguna consideración previa sobre el alcance y la naturaleza de las medidas previstas en él. Por lo que se refiere a la primera medida que el Tribunal puede imponer, el lenguaje utilizado por el nuevo artículo 171 es

nota 40). Previamente, en sus «Sugerencias sobre la Unión Europea» formuladas en 1975 había sugerido que, con carácter general, se supeditara la concesión de las ventajas correspondientes al Estado miembro al cumplimiento del fallo (*Bull. CE.*, Supl. 9/75, pág. 17), solución igualmente retenida por el Parlamento europeo en su Resolución de 1983 sobre el informe Sieglerschmidt (punto 5) (PE., Doc. 1-1052/82, *DOCE*, C 68, 1983) (para un amplio análisis del informe Sieglerschmidt y de la resolución del PE, *vid.* AUDRETSCH: *op. cit.* en nota 16, págs. 250 ss.), y que inspiraría el proyecto «Spinelli» de TUE de 1984 (*vid.* apartado I de este trabajo y nota 2). Posteriormente, en sus Resoluciones de 11 de julio de 1990 sobre el informe Colombo relativo al proyecto de Constitución de la Unión Europea (punto 12) (PE., Doc. 139.264) y por la que se aprueba el informe Martin (punto 29) (PE., Doc. 141.180), el Parlamento europeo reclamará un sistema de sanciones contra los Estados que no ejecuten en plazo las sentencias del Tribunal.

La posición del Parlamento terminará de perfilarse, depurándose técnicamente, en su Resolución de 22 de noviembre de 1990 sobre las Conferencias Intergubernamentales en el contexto de la estrategia del Parlamento con vistas a la Unión Política, en la que propuso sustituir el texto del art. 171 del Tratado CEE por el siguiente:

«El Tribunal podrá, al aplicar sus sentencias, imponer sanciones a aquellos Estados cuyo incumplimiento haya sido constatado. El importe y las modalidades de percepción de dichas sanciones se decidirán con arreglo a un reglamento adoptado por la Comunidad de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 188 ter.

El Tribunal podrá igualmente imponer a los Estados recalcitrantes otras sanciones, como la suspensión del derecho a participar en ciertos programas comunitarios, beneficiarse de determinadas ventajas o acceder a determinados Fondos comunitarios» (*DOCE*, C 324, 24.12.90).

Como se puede observar, la posición del Parlamento en esta materia a lo largo de estos últimos años se aparta claramente de la solución retenida en el proyecto «Spinelli» de 1984 de TUE (*vid.* de nuevo apartado I de este trabajo, y nota 2).

Vid. por último la contribución de la Comisión a la CIUP sobre el «Cumplimiento ...» (*loc. cit.* en nota 25, págs. 154 ss.), en la que defiende igualmente la imposición de un régimen sancionador en la materia.

En la CIUP se barajó no obstante la posibilidad de que el nuevo art. 171 atribuyera la competencia sancionadora al Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, tras constatar el Tribunal la inexecución de la sentencia (*Non Paper* de la Presidencia luxemburguesa, Doc. CONF-UP 1800/91, de 17.4.91; *vid.* en ORTÚZAR ANDECHAGA: *op. cit.* en nota 40, págs. 242 ss.)

confuso. La expresión «pago de una suma a tanto alzado» («*somme forfaitaire*», en la versión francesa; «*lump sum*» en la versión inglesa) evoca la noción de reparación del daño causado: pago de una cantidad a determinar en función del daño infligido.

No obstante, la lógica del sistema comunitario en esta materia debe llevarnos a descartar la naturaleza reparadora de esta medida pues, como señalara Audretsch, y hemos tenido ocasión de explicar previamente, el procedimiento de infracción no constituye una vía para exigir la responsabilidad del Estado miembro (59); recordemos asimismo que la existencia de un daño no es tampoco condición previa para incoar el procedimiento de infracción (60). Ello no quita para que, como vimos, el incumplimiento por un Estado miembro -constatado en su caso por el Tribunal de Justicia- pueda dar lugar a una acción tendente a la reparación de los daños ocasionados. Pero la acción de reparación operará normalmente en las relaciones entre el Estado miembro infractor y los particulares lesionados, y no necesariamente, ni en ningún caso primordialmente, entre el Estado miembro y la Comunidad. Por otra parte, no tendría sentido aplicar una medida reparadora únicamente en los supuestos de inejecución de la sentencia —pues la medida, que se enmarca en el artículo 171.2, se dirige contra tal inejecución y no respecto de cualquier constatación de un incumplimiento del derecho comunitario por un Estado miembro *ex* artículo 169 ó 170—, ni que se prevea como medida alternativa la imposición de una multa coercitiva. Cierto es sin embargo que, tratándose de sanciones pecuniarias, cabría argüir que deberían estar predeterminadas —principio de tipicidad y certidumbre de la pena—, y estar graduadas en función de la gravedad de la infracción, lo que no sucede en el nuevo artículo 171.2. No obstante, nos encontramos en este caso frente a un sistema sancionador dirigido contra Estados y que éstos han consentido libremente.

En cualquier caso, la propia génesis y antecedentes del nuevo artículo 171.2 avalan que se trata de una sanción pecuniaria (61). Esta conclusión,

(59) AUDRETSCH: *op. cit.* en nota 16, pág. 112. En el mismo sentido *vid.* TOTH, A.: *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, vol. II (*Remedies and procedures*), Amsterdam, 1978, pág. 166. *Vid. supra* epígrafes II.A.a) y c) de este trabajo.

(60) *Vid.* nota 9.

(61) *Vid.* nota 58.

que por lo demás parece ser compartida por la doctrina (62/63), tiene sin duda relevancia desde la perspectiva de la determinación tanto de la suma que el Tribunal deba exigir al Estado miembro en cada caso, como de los supuestos en que procede aplicar esta medida con preferencia sobre la multa coercitiva.

Si la imposición del pago de una suma a tanto alzado prevista en el nuevo artículo 171.2 constituye, en tanto que sanción pecuniaria, una medida punitiva, que persigue un efecto disuasivo, la multa coercitiva se configura en cambio como medida destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación considerada —la ejecución de la sentencia—, y en este sentido se presenta como medida accesorio respecto de la obligación principal. Como han escrito Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández una multa coercitiva «se dirige a quebrantar la resistencia opuesta al incumplimiento, determinando el cumplimiento por el propio deudor (compulsión indirecta o «astreinte»), lo cual no es la finalidad de la sanción, que es más bien (con independencia de sus finalidades generales) una retribución por una conducta ilícita ya consumada» (64). Al imponer una multa coercitiva al Estado miembro el Tribunal le estaría, pues, intimando a ejecutar la sentencia previa por incumplimiento.

(62) Cfr., entre otros, TESAURO, G.: «La sanction des infractions au droit communautaire», *Riv. Diritto Europeo*, 1992, n.º 2, págs. 477-509, en pág. 486 (el texto corresponde al *Rapport général* presentado en el XV *Congrès de la FIDE*, *op. cit.* en nota 18, págs. 425-469); y ALONSO GARCÍA, R.: «La imposición de sanciones por incumplimientos del Derecho comunitario», *Rapports pour le XV Congrès de la FIDE* ..., *ibid.*, págs. 155-204, en pág. 163.

(63) Autores de la talla de J.-P. JACQUE y J. H. WEILER parecen sin embargo haber entendido, antes de la celebración de la CIUP, que la instauración de un régimen sancionador en el art. 171 del Tratado CEE perseguiría a la postre un efector reparador, al afirmar que «il ne pourrait s'agir que d'un moyen ultime destiné éventuellement à réparer le préjudice subi par les particuliers»; a nuestro modesto juicio, se trata de una aproximación que plantea dificultades desde un punto de vista conceptual (*in* «Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire», *R.T.D.E.*, 1990, n.º 3, págs. 441-456, en pág. 450; la versión en inglés del artículo está publicada en la *C.M.L.R.*, 1990, n.º 2, págs. 185-207).

(64) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1989, en pág. 743. *Vid.* también VILA COSTA, B.: «El régimen jurídico de las sanciones por infracciones a normas comunitarias», *R.I.E.*, 1991, n.º 3, págs. 805-841, en págs. 810-811.

Pero para que la medida realice dicha función coactiva será preciso que la multa no sea exigible desde el momento en que se dicte el fallo, sino que se subordine a la ejecución del mismo, no siendo así exigible hasta tanto transcurra un determinado plazo sin que tal ejecución se produzca, y/ o que opere de forma continuada en el tiempo, hasta tanto el Estado se conforme a la sentencia por incumplimiento. En efecto, de no darse una de estas dos condiciones, la medida no se distinguiría de una sanción pecuniaria.

A nuestro juicio sin embargo no procede que el Tribunal fije un plazo para la ejecución de la sentencia por incumplimiento cuya inobservancia por el Estado ha dado lugar a un nuevo procedimiento de infracción, al término del cual se imponga la multa coercitiva, pues ello equivaldría a negar la obligación de ejecución inmediata de la misma tal y como ha quedado definida por el Tribunal (65). Por lo demás el propio Tribunal ya ha tenido ocasión de precisar que el plazo establecido por la Comisión en su dictamen motivado para conformarse al mismo no puede ser por él alterado, sin perjuicio de que el propio Tribunal pueda, eso sí, enjuiciar la legalidad del propio dictamen en cuestión (66), situación que no parece alterar el nuevo artículo 171.2. Por otra parte la fijación de un plazo tal se compadece mal con la configuración de la medida coercitiva en el artículo 171 como alternativa a una sanción pecuniaria cuya exigencia por el Tribunal no quedaría en ningún caso sometida al transcurso de plazo alguno. Sobre esta última cuestión tendremos ocasión de profundizar más tarde.

Procede por tanto entender que la multa coercitiva deberá operar de forma continuada en el tiempo, ésto es que se traduzca en la imposición al Estado miembro, con carácter repetitivo (67), de una cantidad por cada período de tiempo transcurrido que determine el Tribunal hasta que se dé pleno cumplimiento a la sentencia (68). Cualquier otra inter-

(65) Vid. *supra* epígrafe II.A.b) de este trabajo y nota 15.

(66) Vid. en este sentido la sentencia de 10 de noviembre de 1981 (as. 28/81, *Recueil*, 1981, págs. 2577 ss., consid. 6, en pág. 2582).

(67) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ (*op. cit.* en nota 64, en pág. 754) explican, refiriéndose a la multa coercitiva, que «es de esencia al sistema la posibilidad de reiterar las multas...», añadiendo que «no se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento..., sino sólo de remover esa resistencia, forzando la voluntad contraria al mismo».

(68) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ (*ibid.*) advierten que es «imprescindible ofrecer al obligado tiempo bastante para cumplir lo ordenado *antes de*

pretación conduciría, repito, a identificar esta medida con la sanción pecuniaria, o a cualquier otro resultado carente de sentido. Así, por ejemplo, Curtin, que excluye el carácter repetitivo de la multa coercitiva valiéndose del tenor literal del texto del artículo 171 que habla de multa coercitiva en singular («penalty payment», en la versión inglesa, o «astreinte», en la versión francesa), entiende que la solución contra un Estado recalcitrante, que no ejecutara el fallo a pesar de la imposición de tal medida, consistiría en un nuevo recurso *ex* artículo 171.2 para solicitar del Tribunal la imposición de una nueva multa coercitiva, y así sucesivamente (69); a la postre, Curtin admite, pues, el carácter repetitivo de la medida si bien estima que la repetición debe seguir un camino procesal más complicado y hasta torticero.

En otro orden de consideraciones, no deja de sorprender la falta de innovación del TUE al consagrar en el nuevo artículo 171.2 la exigencia de verificar el mismo procedimiento precontencioso previsto en el artículo 169.1. Las ventajas y méritos que presenta la consecución de un tal procedimiento también en estos casos ya fueron reseñadas (70). Pero sin llegar a defender por ello la supresión absoluta del procedimiento precontencioso (71), hubiera resultado sin embargo apropiado considerar la posibilidad de suprimir una de las fases del mismo, limitándolo así a la emisión por la Comisión de un dictamen motivado. En favor de esta propuesta cabía argüir, no sólo que el procedimiento *in extenso* resulta ocioso para la labor de verificación de la Comisión —a la que le basta con una breve «fase de instrucción» previa— y para un adecuado ejercicio por el Estado miembro de su derecho a la defensa, pues el supuesto ante el que nos encontramos es de una gran simplicidad —la inejecución de un fallo del Tribunal—, sino asimismo la mayor eficacia y agilidad del sistema.

imponer una nueva multa» (énfasis añadido); por otra parte advierten que «es también necesario formular cada vez los apercibimientos e intimaciones precisos», siendo esta una tarea que, en el caso que nos ocupa, entiendo que incumbirá a la Comisión, en el ejercicio de la función que le encomienda el art. 155 del Tratado CEE, sobre la base de lo dispuesto por el Tribunal

(69) CURTIN, D.: «The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces», *C.M.L.R.*, 1993, n° 2, págs. 17-69, en pág. 33; *vid.* asimismo CURTIN, D., y BARNIVILLE, D.: «The Imposition of Sanctions for Breaches of Community Law», *in Rapports au XV Congrès ...*, *op. cit.* en nota 18, págs. 231-254, en pág. 236.

(70) *Vid. supra* epígrafe II.B.b) de este trabajo.

(71) Cosa que hace, entre otros, MOTA DE CAMPOS (*loc. cit.* en not 24, en pág. 358).

También podía haberse argüido que el mantenimiento de esta fase precontenciosa comporta que la Comisión ampliará el plazo de ejecución de la primera sentencia, al fijar los correspondientes plazos en el dictamen motivado y, previamente, en la carta de emplazamiento, contrariando así la doctrina del Tribunal sobre la obligación de ejecución inmediata de sus fallos (72). Sin embargo entiendo que, en rigor, esta segunda línea argumental carecería de fundamento pues el dictamen motivado y la carta de emplazamiento no pueden configurarse sino como condiciones procesales previas para la interposición del recurso ex artículo 171.2, y la adecuada instrucción del mismo, por lo que la obligación de ejecución inmediata del fallo —desatendida por el Estado miembro hasta el momento— subsiste en todo caso. Ello no quita para que esta construcción lleve al absurdo de que un Estado miembro que ejecuta la sentencia del Tribunal sólo ante el requerimiento formulado por la Comisión en el nuevo dictamen motivado resultante de un procedimiento enablado ex artículo 171.2 —y que, por lo tanto, ha violado, la obligación de ejecución inmediata, actuando quizás incluso de mala fe— no pueda ser sometido al nuevo régimen sancionador del TUE. Y es que el recurso ante el Tribunal, basado en el citado precepto, no cabe —me temo— más que en el caso de que la sentencia no hubiera sido ejecutada al término del plazo establecido en el nuevo dictamen motivado de la Comisión.

Para terminar este epígrafe parece pertinente añadir que la aplicación del régimen de sanciones y multas coercitivas establecido en el nuevo artículo 171.2 no podrá resultar de aplicación, a nuestro entender, sino respecto de aquéllos casos de inejecución de sentencias ex artículos 169-170 posteriores a la entrada en vigor del TUE. Como señalara el Tribunal de Justicia en el asunto *Alpha Steel*, resultan contrarias al principio *nulla poena* las sanciones impuestas sobre la base de disposiciones adoptadas *ex post facto* (73), pudiendo traerse igualmente a colación en favor de la solución retenida, con carácter general, el principio de seguridad jurídica.

(72) *Vid.* de nuevo *supra* epígrafe II.A.b) de este trabajo y nota 15.

(73) Sentencia de 3 de marzo de 1982 (as. 14/81, *Recueil*, 1982, págs. 749 ss., consid. 28, en pág. 768); *vid.* asimismo la sentencia de 13 de noviembre de 1990 en el asunto *Fedesa* (as. C-331/88, *Recop.*, 1990, págs. 4023 ss., consid. 42 ss., en pág. 4068).

b) *El temor a alterar la naturaleza de la función del Tribunal de Justicia*

Podemos coincidir en que la reforma del artículo 171.2 no responde enteramente a la lógica del sistema comunitario; que no está a la altura de avances jurisprudenciales como los que representa la sentencia *Francovich*; que ha tomado como punto de partida la conveniencia de no alterar la naturaleza del Tribunal, a pesar de ser ya en la actualidad incierta; ... La instauración de un régimen sancionador responde a una búsqueda de soluciones que se ha llevado a cabo desde una perspectiva política, de corte internacionalista, más que desde una reflexión que hunda sus raíces en las entrañas del sistema jurídico comunitario (74).

i. El poder de anular disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario

En línea con la reflexión que hacíamos anteriormente, Giuseppe Tesauro ha escrito que la introducción de un mecanismo sancionador para asegurar el cumplimiento de las sentencias por el Estado miembro no corresponde a la lógica de las vías de derecho, tanto internacionales como internas, contra un Estado. A su juicio la vía de derecho contra la ilegalidad de un comportamiento de una administración puede consistir en la anulación de un acto o en la reparación del perjuicio que se hubiera podido ocasionar, nunca en una sanción pecuniaria (75).

El TUE no ha querido sin embargo atribuir al Tribunal la competencia para anular, a través de sus sentencias por incumplimiento, las disposiciones nacionales contrarias al derecho comunitario, solución que había defendido la Comisión en 1975 (76). Las ventajas que reportaría la atri-

(74) Encontramos reflexiones de esta índole en el informe de Rothley de 29 de enero de 1992 a la Comisión institucional del Parlamento europeo (PE., Doc. 151.441).

(75) TESAURO: *loc. cit.* en nota 62, en págs. 489-490. *Cfr.* no obstante con el art. 94 de la Carta de Naciones Unidas que habilita al Consejo de Seguridad para adoptar las medidas necesarias en el caso de inejecución de una sentencia de la C.I.J.

(76) Informe sobre la Unión Europea de julio de 1975, *Boletín C.E.*, Supl. 5/75, pág. 36. Por el contrario, en su contribución a la CIUP sobre el «Cumplimiento de las sentencias ...» (*loc. cit.* en nota 25, en pág. 156), la Comisión se muestra mucho más cauta, señalando como principal obstáculo a esta solución el que conferiría al Tribunal la posibilidad de inmiscuirse en los ordenamientos jurídicos nacionales.

bución de dicha competencia al Tribunal de Justicia tendrían en todo caso un alcance limitado. Por una parte, los tribunales nacionales se encuentran ya, como vimos, ante la prohibición de aplicar una disposición nacional que haya sido declarada por el Tribunal incompatible con el Derecho comunitario. Por otra parte, tal competencia no contribuiría en modo alguno a resolver los casos en que el incumplimiento por el Estado miembro deriva de una omisión. No obstante, la anulación por el Tribunal de las disposiciones nacionales contrarias al derecho comunitario introduciría seguridad jurídica y resultaría, qué duda cabe, un instrumento sumamente eficaz en los casos, claro está, en que nos encontraríamos ante tales disposiciones.

Sin embargo el reconocimiento de una competencia tal en favor del Tribunal hubiera comportado una profunda alteración tanto de su función jurisdiccional como del sistema jurisdiccional comunitario. Por una parte, el Tribunal pasaría así a ejercer una función propia de un Tribunal federal. Por otra parte asumiría funciones que en el actual sistema judicial comunitario, de carácter descentralizado, corresponden ya sea a los tribunales constitucionales o a los tribunales nacionales en tanto que órganos de aplicación del Derecho comunitario, pudiendo por ello provocar, según algún autor, desequilibrios en la estructura judicial interna de algún Estado miembro (77). Si lo primero no se corresponde quizá con el estadio actual del proceso de integración comunitaria —si bien el Tribunal ya desempeña en la actualidad funciones propias de una corte constitucional (78)—, lo segundo, se ha dicho, podría repercutir negativamente en la asunción por los tribunales nacionales de su función en tanto que órganos comunitarios (79) y en el espíritu de cooperación que preside las relaciones entre aquéllos y el Tribunal de Justicia (80). Por lo demás, en un sistema en el que el respeto del derecho comunitario es asegurado de forma descentralizada, la asunción de es-

(77) *Vid.* en este sentido VEROUGSTRAETE, I.: «La sanction des infractions au droit communautaire», *Rapports pour le XV Congrès ...*, *op. cit.* en nota 18, págs. 57-85, en pág. 74.

(78) *Vid.* a este respecto, entre otros, MISCHO, J.: «Un nouveau rôle pour la Cour de Justice?», *R.M.C.*, n° 342, 1990, págs. 681-686, en págs. 681 ss.

(79) En este sentido, WIVENES, G.: «La sanction des infractions au droit communautaire», *Rapports pour le XV Congrès ...*, *op. cit.* en nota 18, págs. 279-311, en pág. 300.

(80) *Vid.* de nuevo VEROUGSTRAETE: *loc. cit.* en nota 77, en pág. 75.

tos poderes por el Tribunal podría considerarse un contrasentido (81), más aún si tenemos en cuenta que el TUE abunda en esta descentralización, como lo pone de relieve, por ej., el nuevo artículo 209 A del Tratado CE.

Con estas observaciones no tomamos sin embargo partido en contra del reconocimiento de la referida competencia en favor del Tribunal pues, con todo, compartimos la opinión de Tesauro antes expresada, al tiempo que estimamos que la progresiva configuración del Tribunal de Justicia como órgano federal contribuiría al acercamiento del proceso de integración a un modelo de organización que nos parece plausible, acercamiento que, a mi juicio, no favorece la introducción de un sistema sancionador (82). Por otra parte, tal solución no tiene necesariamente por qué introducir distorsiones en el sistema jurisdiccional comunitario, sino que, por el contrario, podría comportar un mayor grado de interpenetración entre los sistemas jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, que pasaría así a compartir con los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros una función que, en principio, les es propia.

Cierto es, sin embargo, que el ejercicio por el Tribunal de una competencia para anular disposiciones nacionales debería realizarse con prudencia y cautela, y no de forma automática, en atención a las dificultades de índole técnico-jurídica con las que se enfrentaría. La decisión del Tribunal debería así limitarse a las concretas disposiciones contrarias al derecho comunitario, y no afectar a la norma nacional en su conjunto, ni, en su caso, a la aplicación de aquéllas respecto de terceros países o sus nacionales; debería tenerse en cuenta el problema de *vacuum legis* que pudiera derivarse, etc. (83). La extrema pericia que a la postre tal función exigiría del juez comunitario, invita pues a con-

(81) *Vid.* TIMMERMANS: *loc. cit.* en nota 44, en pág. 33.

(82) Los distintos informes presentados en el XV Congreso de la FIDE ponen de relieve que la aplicación de un sistema sancionador como el configurado en el nuevo art. 171 introducido por el TUE no tiene parangón en el derecho interno de los Estados miembros, por lo que se refiere a las relaciones entre el Estado y los entes territoriales. *Vid.* TESAURO: *loc. cit.* en nota 62, en pág. 490.

(83) Respecto a estas dificultades, *cf.* MONTIJN-SWINKELS, J. C. M., SEVINGA, K., SNOEP, T. M., y VAN DER WAL, G.: «The Imposition of Sanctions for Breaches of Community Law», *Rapports pour le XV Congrès ...*, *op. cit.* en nota 18, págs. 315-335, en pág. 322; MOTA DE CAMPOS: *loc. cit.* en nota 24, en pág. 381; y VEROUGSTRAETE: *loc. cit.* en nota 77, en pág. 74.

figurar esta facultad como *ultima ratio*, especialmente para los casos de violación flagrante de principios fundamentales del derecho comunitario.

Volviendo la mirada hacia España, una reforma del artículo 171 en el sentido apuntado hubiera resultado, quizá, particularmente apropiada. Como es sabido, si bien los tribunales contencioso-administrativos ostentan competencia para anular disposiciones internas de carácter reglamentario, al menos en el marco de un recurso directo (84), dicha competencia no se extiende en cambio a las normas de rango legal. El único órgano competente en España para anular una ley es el Tribunal constitucional, siempre que las mismas adolezcan de un vicio de inconstitucionalidad. Sin embargo, frente a la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en una sentencia de 24 de abril de 1990, en la que se afirmaba que las normas nacionales —posteriores— contrarias al Derecho comunitario deberán reputarse inconstitucionales por incompetencia, en virtud de los artículos 93 y 96.1 de la Constitución, sin perjuicio de que el juez pueda dejarlas inaplicadas sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (85), el Tribunal Constitucional ha rehusado el control de constitucionalidad de una ley interna por violación de una norma comunitaria. En efecto, en su sentencia de 14 de febrero de 1991, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento vasco contra la Ley Orgánica 1/1987 de modificación de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General, descarta que la incompatibilidad entre una ley nacional y el derecho comunitario pueda reputarse como un supuesto de inconstitucionalidad, excluyendo por tanto su competencia (86).

(84) Vid. ALONSO GARCÍA (*loc. cit.* en nota 62, en págs. 201-202), quien se muestra asimismo partidario del reconocimiento de una competencia anulatoria en el marco de un recurso indirecto.

(85) *Aranzadi Jurisprudencia*, 2747 (también publicada en *Noticias CEE*, nº 69, 1990, págs. 149-152). Esta sentencia no había sido mal recibida por la doctrina; vid. MANGAS MARTÍN, A.: «La Constitución y la ley ante el derecho comunitario», *R.I.E.*, 1991, nº 2, págs. 587-623, en pág. 598.

(86) Vid. un rico análisis de esta sentencia del TC. en MANGAS MARTÍN: *loc. cit.* en nota anterior. Cfr. RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993, págs. 66 ss.

En el mismo sentido, vid. asimismo la sentencia 64/1991 del TC, de 22 de marzo de 1991, en recurso de amparo interpuesto por la asociación de armadores A.P.E.S.C.O.

La consecuencia es que no existe en España ningún cauce para impugnar la validez de las leyes contrarias al derecho comunitario, ni para proceder a su anulación, sin perjuicio de la competencia -y obligación- de los órganos jurisdiccionales para dejar inaplicadas tales leyes de conformidad con la jurisprudencia *Simmenthal*. El reconocimiento de una competencia al Tribunal de Justicia para declarar la nulidad de las normas nacionales contrarias al derecho comunitario vendría pues a salvar esta situación, introduciendo un cauce judicial para la eliminación de cualquier norma nacional contraria al derecho comunitario (87).

ii. La determinación por el TJCE de las medidas a adoptar por el Estado miembro

En otro orden de consideraciones, se entiende mal que el nuevo artículo 171 no haya previsto que en sus sentencias por incumplimiento el Tribunal deba —o al menos pueda— indicar las medidas de ejecución exigibles al Estado miembro (88). Es sin embargo cierto que reconocerle al Tribunal tal posibilidad no se compadece bien, *prima facie*, con el principio de la autonomía institucional del Estado en la ejecución del derecho comunitario (89). Pero en el caso de una sentencia por incumplimiento nos encontramos ante un caso excepcional, en el que el Estado no se ha valido de su autonomía institucional para conformarse, en la forma que corresponda en su ordenamiento interno, con el derecho comunitario (90). Por otra parte la determinación de las medidas

(87) *Vid.* en este sentido ALONSO GARCÍA: *loc. cit.* en nota 62, en págs. 202-204.

(88) El propio TJCE ha sugerido una reforma en tal sentido del precepto en cuestión, al menos en dos ocasiones; *vid.* las observaciones dirigidas en 1990 al Consejo con vistas a la celebración de la CIUP (*loc. cit.* en nota 40), así como sus «Sugerencias sobre la Unión Europea» de 1975 (*ibid.*, en pág. 17). En el mismo sentido se había manifestado la Comisión en su contribución a la CIUP sobre «Cumplimiento de las sentencias...» (*loc. cit.* en nota 25, en pág. 156), así como el Parlamento europeo en su Resolución de 1983 sobre el informe Sieglerschmidt (*loc. cit.* en nota 58).

(89) *Vid.*, entre otras, la sentencia de 15 de diciembre de 1971 en el asunto *International Fruit Co.* (as. 51 a 54/71, *Recueil*, 1971, págs. 1107 ss., consid. 2 a 4, en págs. 1115-1116); o la sentencia de 11 de febrero de 1971 en el asunto *Fleischkontor* (as. 39/79, *Recueil*, 1971, págs. 49 ss., consid. 4, en pág. 58).

(90) Junto a la afirmación del principio de la autonomía institucional (*vid.* nota anterior), el Tribunal ha recalcado asimismo la necesidad de que los procedimientos nacionales se conformen a una aplicación uniforme del derecho comunitario; *vid.* en este

de ejecución por el Tribunal no tendría un efecto sustitutorio de la acción del Estado miembro, pues en todo caso corresponderá a éste adoptar las medidas, pudiendo además limitarse el Tribunal —que es lo que consideramos más apropiado— a establecer posibles alternativas, que no excluyan la adopción de otras medidas similares por el Estado miembro. Además tal solución abundaría en una fundamentación más precisa de la declaración de incumplimiento y evitaría, hasta cierto punto, ulteriores debates entre el Estado y la Comisión, o en el seno de aquél, sobre las medidas necesarias para la ejecución del fallo, coadyuvando así a un mejor cumplimiento del mismo.

Cabe con todo preguntarse hasta que punto el propio artículo 171, tanto en su versión originaria como en la versión resultante del TUE, impide al Tribunal determinar medidas de ejecución en sus sentencias. Lo cierto es que, como ha puesto de relieve Luis Ortúzar, el Tribunal viene ordenando medidas concretas, consistentes en obligaciones de hacer o de no hacer, en las medidas provisionales acordadas en el marco del artículo 169 sin que hubiera mediado siquiera —como no podía ser de otro modo— una declaración previa de incumplimiento por el Estado miembro (91). Particularmente elocuentes resultan a este respecto el Auto del Tribunal de 12 de julio de 1990 por el que ordena a Alemania suspender, a la espera de la sentencia en el asunto principal, la percepción respecto de los vehículos matriculados en los demás Estados miembros de las tasas de circulación de vehículos pesados por las carreteras y autopistas federales previstas en la Ley de 30 de abril de 1990, así como el Auto del Presidente del Tribunal de 10 de octubre de 1989 en el asunto de la *Merchant Shipping Act* (92).

sentido la sentencia de 6 de junio de 1972 en el asunto *Schlüter* (as. 94/71, *Recueil*, 1972, págs. 307 ss., consid. 11, en pág. 320).

(91) ORTÚZAR ANDECHAGA, L.: «Efectos de las sentencias condenatorias de los Estados miembros en el Tratado C.E.E. y su eventual modificación», *Rev. Estudios e Investigación de las CC.EE.*, nº 16, 1990, págs. 443-460, en págs. 457-458.

(92) Comisión c. R.F. de Alemania (as. C-195/90 R, *Recop.*, 1990, págs. 3351 ss.); y Comisión c. Reino Unido (as. 246/89 R, *Recop.*, 1989, págs. 3125 ss.). Sobre estos Autos, *vid.* en particular GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992, págs. 61 ss. y 83 ss.

Vid. también, *ad ex.*, el Auto del Presidente de 7 de junio de 1985 sobre medidas adoptadas para la matriculación de vehículos importados de otros Estados miembros, Comisión c. Italia (as. 154/85 R, *Recueil*, 1985, págs. 1753 ss.).

En los asuntos acumulados 31 y 53/77 R relativos a la concesión por el Reino Unido de una ayuda temporal a los productores de porcinos, el Abogado General Henri Mayras había puesto no obstante en tela de juicio la competencia del Tribunal para dirigir un requerimiento a un Estado miembro en el marco de un proceso por incumplimiento sobre la base del artículo 186, argumentando precisamente que un proceso tal sólo podía desembocar en la constatación del incumplimiento, es decir, en una sentencia meramente declarativa. Al haber rechazado el Tribunal esta trama argumental, dictando Auto el 21 de mayo de 1977 (93), Pastor Borgoñon y Van Ginderachter parecen entender que está capacitado para requerir a un Estado miembro para que adopte provisionalmente cualquier medida susceptible de incluirse *en el marco de la correcta ejecución de la sentencia que pueda resultar del proceso* (94), lo que, a la postre, equivale a reconocer al Tribunal competencia para decretar medidas de ejecución de la sentencia. Parece pues que, para justificar la competencia del Tribunal para ejercer justicia cautelar en un proceso de incumplimiento, hubiera que negar, a la postre, el carácter meramente declarativo de la sentencia.

Las conclusiones anteriores, lejos de repugnarme, me incitan a acariciar la idea de que es ésta una prueba irrefutable de la competencia del Tribunal para indicar en sus sentencias por incumplimiento medidas de ejecución. Sin embargo, no puedo en rigor compartir el razonamiento seguido por los dos autores antes citados. Como muy bien señalan ellos mismos, el objetivo primero de las medidas cautelares es mantener o restablecer la posición de las partes en el proceso, de modo que se preserve el efecto útil de la decisión final, que se conserven abiertas las posibilidades de las partes (95). En el caso de un proceso por incumplimiento, la medida cautelar cumple así —sin perjuicio de su papel instrumental respecto del proceso principal— una función muy distinta de la propia declaración final que pueda dictar el Tribunal. Al decretarla, el Tribunal no determina medidas que el Estado miembro deba adoptar para conformarse al derecho comunitario, sino que tan sólo ordena, con carácter pro-

(93) Comisión c. Reino Unido (*Recueil*, 1977, pág. 921 ss., conclusiones págs. 928 y ss.).

(94) PASTOR BORGONÓN, B., y VAN GINDERACHTER, E.: *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1993, pág. 126.

(95) *Ibid.*, en pág. 23.

visional, una determinada actuación para evitar que se consumen situaciones irreversibles y se causen daños irreparables, permitiendo así que se den las condiciones para que la sentencia que resulte pueda ser susceptible de ejecución. Ello no quita, sin embargo, para que resulte paradójico que el Tribunal pueda hacer por vía cautelar lo que quizás no le está permitido en una sentencia por incumplimiento.

La cuestión sigue por lo tanto abierta: ¿permite el artículo 171 que el Tribunal determine en sus sentencias las medidas de ejecución?

Como ya hemos señalado, el principal argumento en contra se encuentra en el principio de separación de poderes entre las Instituciones comunitarias y los Estados miembros y, en particular, en el referido principio de la autonomía institucional del Estado miembro en la ejecución del derecho comunitario, negarían tal facultad al Tribunal (96). Sin embargo, qué razón tenía el Abogado General Pieter Verloren van Themaat cuando, en el asunto *UHT*, señalaba que una decisión del Tribunal que se limite a declarar un incumplimiento resulta sumamente pobre (97). Lo que el procedimiento del artículo 169 persigue es asegurar el cumplimiento del derecho comunitario, buscar soluciones. Por otra parte, de lo que se trata no es de que el Tribunal imponga una determinada medida de ejecución, sino de que indique medios o vías de ejecución. Y nos preguntamos con Audretsch qué impide que lo haga, ya sea tanto por iniciativa propia, como a resultas de los argumentos esgrimidos por las partes durante el procedimiento (98). Este último aspecto resulta particularmente relevante para la cuestión que nos ocupa. Se ha señalado, sobre la base de una jurisprudencia constante del Tribunal (99), que la Comisión debe indicar con precisión, tanto en sus dictámenes motivados como en las demandas que interpone ante el Tribunal, las disposi-

(96) *Vid.*, entre otros, RASMUSSEN, H.: «El Tribunal de Justicia», in *Treinta años de Derecho Comunitario*, Luxemburgo, 1983, págs. 179 ss.

(97) Comisión c. Reino Unido, resuelto por sentencia de 8 de febrero de 1983 (as. 124/81, *Recueil*, 1983, págs. 203 ss., conclusiones págs. 242 ss.).

(98) AUDRETSCH: *op. cit.* en nota 16, págs. 116-123, esp. pág. 118. También se muestran particularmente abiertos a esta posibilidad J. MERTENS DE WILMARS y I. M. VEROUSTRATE in «Proceedings against Member States for Failure to Fulfil their Obligations», *C.M.L.R.*, 1970, n° 4, págs. 385-406, en pág. 404.

(99) *Vid.* sentencia de 9 de marzo de 1983, Comisión c. Bélgica (as. 301/81, *Recueil*, 1983, págs. 467 ss., consid. 8, en pág. 477). *Cfr.* sentencia de 15 de diciembre de 1982, Comisión c. Dinamarca (as. 211/81, *Recueil*, 1982, págs. 4547 ss., consid. 10-11, en pág. 4558).

ciones nacionales impugnadas (100). Por otra parte, sin llegar a retener las conclusiones del Abogado General Maurice Lagrange en el asunto 7/61, quien estimaba que «no basta con que la Comisión constate el incumplimiento, sino que debe además indicar las medidas para poner fin al mismo» (101), pues la existencia de tal obligación para la Comisión ha sido descartada por el Tribunal (102), debemos no obstante admitir que la Comisión puede indicar tales medidas (103) y que, por fortuna, lo hace con suma frecuencia. Pues bien, tales indicaciones por parte de la Comisión, al igual que las que puedan formular los Estados miembros, en su caso en sentido contrario, serán tenidas en cuenta por el Tribunal en su razonamiento, ofreciendo así en los considerandos de sus sentencias indicaciones valiosas sobre la vía para proceder a su ejecución.

Con carácter más general, el Tribunal tiene, como ha dicho Cahier, la posibilidad —o más bien el deber— de apreciar todas las circunstancias de hecho o de derecho susceptibles de conducirlo a la convicción de que el Estado miembro ha violado o no el derecho comunitario, incluidos, claro está, los argumentos esgrimidos por las partes (104). Siendo ello así, las sentencias del Tribunal pueden contener indicaciones constructivas en lo que concierne a las consecuencias de la condena (105).

Lo cierto es que en la práctica el Tribunal aporta con frecuencia indicaciones sobre la forma de poner fin a una infracción. Así lo hizo, por

(100) LOUIS, J.-V.: «Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice», in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, págs. 387-409, en pág. 395.

(101) Conclusiones en el asunto Comisión c. Italia resuelto por sentencia de 19 de diciembre de 1961 (*Recueil*, 1961, págs. 637 ss., conclusiones págs. 663 ss., en pág. 670).

(102) Sentencia de 11 de julio de 1991, Comisión c. Portugal (as. C-247/89, *Recop.*, 1991, págs. 3659 ss., consid. 22, en pág. 3689).

(103) *Vid.*, ad ex., sentencia de 12 de julio de 1973 (as. 70/72, *Recueil*, 1973, págs. 813 ss., consid. 10 ss., en págs. 828-829). La indicación de medidas en las decisiones de la Comisión *ex art.* 93 forma parte consustancial del procedimiento previsto en este artículo (*vid.*, entre otras, la sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica c. Comisión, relativa a una decisión sobre devolución de ayudas otorgadas; as. C-142/87, *Recop.*, 1990, págs. 959 ss.).

(104) CAHIER, Ph.: «Les articles 169 et 171 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour», *C.D.E.*, 1974, n° 1-2, págs. 3-37, en pág. 21.

(105) *Vid.* PESCATORE: *L'ordre juridique ...*, *op. cit.* en nota 17, pág. 267.

ejemplo, en el asunto *UHT* antes citado (106). No le falta sin embargo razón a Ortúzar cuando, refiriéndose a los asuntos 160/82 y 239/85 (107), en los que el Tribunal afirma que no se cumple con la obligación de transposición de directivas recurriendo a prácticas administrativas o circulares, estima que en tales casos el Tribunal no ofrece en rigor indicaciones sobre las medidas a adoptar, sino que se limita a examinar ciertos argumentos empleados en la defensa o ciertas prácticas realizadas por los Estados para así llegar a constatar la infracción (108). Pero aún en estos casos, el Tribunal habrá ofrecido valiosas orientaciones e indicaciones generales al Estado miembro para la ejecución de la sentencia.

En todo caso coincidimos con Schockweiler en que una sentencia del Tribunal puede permitir al Estado miembro -al menos en la mayoría de los casos- conocer las medidas que debe adoptar para cumplir sus obligaciones (109). El Tribunal habrá podido indicar qué medidas o prácticas no son compatibles con el derecho comunitario, qué disposición nacional u omisión del Estado es contraria a éste, qué medidas de ejecución defendidas por el Estado miembro en sus alegaciones ante el Tribunal no son de recibo, qué otras medidas indicadas por la Comisión pueden ser retenidas...

El artículo 171 permite pues que el Tribunal dicte lo que, con acierto, Audretsch llama «arrets éducatifs». Tales «arrets éducatifs» deberían ser más habituales en la actividad del Tribunal, debiendo responder a su propia iniciativa, pues aquel precepto, como señala nuestro autor, no le impide orientar a la partes, siendo además deseable en todos los casos que las sentencias no planteen dudas de interpretación o den lugar a nuevos procedimientos de infracción por inejecución de las mismas como consecuencia de discrepancias que más tarde puedan surgir entre el Estado miembro y la Comisión. ¡Cuánto más necesaria resultan

(106) Sentencia de 8 de febrero de 1983 (cit. en nota 97, *vid.* consid. 18, 29 y 30, en págs. 236 ss.)

(107) Sentencia de 15 de diciembre de 1982, Comisión c. Países Bajos (as. 160/82, *Recueil*, 1982, págs. 4637 ss., consid. 4, en pág. 4642); y sentencia de 2 de diciembre de 1986, Comisión c. Bélgica (as. 239/85, *Recop.*, 1986, págs. 3645 ss., consid. 7, en pág. 3659).

(108) ORTÚZAR ANDECHAGA: *loc. cit.* en nota 91, en pág. 453.

(109) SCHOCKWEILER, F.: «L'exécution des arrêts de la Cour», in *Du Droit international au ...*, *op. cit.* en nota 100, págs. 613-635, en pág. 626.

tales indicaciones cuando además la sentencia se refiere a infracciones ya consumadas!

Claro que lo que el Tribunal no puede es ordenar medidas concretas de ejecución (110), y menos aún hacerlo en el dispositivo de su fallo, como tampoco puede hacerlo la Comisión, que debe limitarse a indicar posibles vías de solución (111). Pero es que, a mi juicio, ello no resulta siquiera deseable, pues, dejando aparte toda consideración sobre el reparto de competencias establecido en los Tratados, podría llegar a crear más problemas de los que resolvería, a no ser que los jueces de Luxemburgo se imbuyeran de conocimientos inabarcables sobre el ordenamiento interno de los —por ahora— Doce.

La ausencia de toda reforma del artículo 171 en el Tratado de Maastricht en este aspecto no debe pues conducir a un resultado distinto del que hubiera podido derivarse de aquélla. La clave está a nuestro entender en que el Tribunal asuma definitivamente un papel más activo, más comprometido, en sus sentencias *ex* artículos 169-170. Es éste un supuesto en el que el *activismo* del Tribunal no tendría por qué producir roces ni con las demás instituciones ni con los Gobiernos nacionales (112).

B. LAS INCERTIDUMBRES DE LA REFORMA

a) *Multa coercitiva o sanción pecuniaria: ¿una alternativa abierta al Tribunal de Justicia?*

El nuevo artículo 171.2 atribuye competencia al Tribunal para imponer al Estado miembro una sanción pecuniaria o una multa coercitiva. El referido precepto parece configurar tales medidas como alternativas, tal y como lo evidencia el empleo de la conjunción disyuntiva. No se entiende sin embargo bien tal disyuntiva, pues una y otra medi-

(110) Como ya señalara el Abogado General Verloren van Themaat en el asunto *UHT* (cit. en nota 97, en pág. 251) el TJCE no podría en ningún caso, por ejemplo, indicar el rango de las medidas a adoptar.

(111) *Vid.* SCHERMERS y WAELBROECK: *op. cit.* en nota 11, pág. 294-295.

(112) Sobre el *activismo* del Tribunal, *vid.* en general la sugerente obra de H. RASMUSSEN: *On Law and Policy in the European Court of Justice (A Comparative Study in Judicial Policymaking)*, Dordrecht, 1986, esp. págs. 5 ss.

da no son por su naturaleza antitéticas, sino complementarias: la una tiene carácter punitivo o represivo del comportamiento antijurídico, la otra tiende a forzar la cesación de la infracción por el Estado miembro (113). Así, el artículo 171.2 hubiera podido disponer la aplicabilidad de la multa coercitiva para los supuestos en que la ejecución de la primera sentencia no se hubiera producido al término del nuevo procedimiento ante el Tribunal, previendo por otra parte, con carácter independiente, la imposición de una sanción pecuniaria en todo caso por el hecho de no haber procedido a la ejecución inmediata de aquélla (114). No parece sin embargo que el artículo 171.2 faculte al Tribunal para imponer ambas medidas a un Estado miembro por un mismo incumplimiento, por lo que resulta preciso determinar en qué supuestos procede la imposición de cada una de ellas. A este respecto, el tenor del nuevo artículo 171.2 no arroja ninguna luz.

En la medida en que el apartado 2 del artículo 171 tiene por objeto asegurar la ejecución de las sentencias por incumplimiento, entendemos que el Tribunal debe propender a imponer multas coercitivas antes que sanciones pecuniarias, pues en principio aquéllas constituyen, en la perspectiva antes señalada, medidas más eficaces o, si se quiere, más apropiadas (115).

Sin embargo la multa coercitiva carece de sentido si el Estado miembro ya hubiera ejecutado la sentencia antes que el Tribunal dicte su nuevo fallo, ésto es tras el dictamen motivado emitido por la Comisión al término del procedimiento precontencioso entablado *ex* artículo 171, y una vez interpuesto o no el nuevo recurso (casos de cumplimiento «*in extremis*»). Claro que en este supuesto cabe plantearse si resulta apropiado que la Comisión no desista de interponer recurso o de proseguir el procedimiento ante el Tribunal, según los casos. A nuestro juicio, sin

(113) Dicha alternativa —entre sanción pecuniaria y multa coercitiva— no había sido barajada en ninguno de los textos que aparecen como precedentes de la modificación del art. 171 operada por el TUE; *vid.* nota 58.

(114) No sería éste un supuesto contrario al principio *non bis in idem* (*vid.* en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1988). En este sentido cabe recordar que el Reglamento 17/62 de aplicación de los artículos 85 y 86 (*DOCE*, EE 08 Vol. 1, pág. 22), configura las multas y las multas coercitivas como medidas distintas que pueden resultar cumulativas (artículos 15 y 16).

(115) Según creo entender, tal es la opinión de TESAURO (*in loc. cit.* en nota 62, en pág. 486).

embargo, nada impide que así sea. Si la interposición del recurso por infracción, así como la continuación del procedimiento ante el Tribunal, contra un Estado miembro *ex* artículo 169 —ó 170— en los supuestos en que el Estado ya hubiera adoptado las medidas necesarias para cesar el incumplimiento ha sido considerado por el Tribunal admisible como base para determinar la responsabilidad en la que el Estado hubiera podido incurrir (116), o incluso para dejar claro el sentido que deba darse a una determinada disposición, constatando así la infracción para evitar nuevos casos en el futuro (117), la interposición del recurso en el supuesto que ahora nos ocupa puede tener por objeto precisamente la imposición de una sanción pecuniaria, como base para el ejercicio por el Tribunal de una función punitiva, y por ende disuasoria, ante la inejecución de sentencias.

Claro que se explica mal que el Estado miembro que ejecutó la sentencia *ex* artículo 169 o 170, aunque fuera *in extremis*, se vea sometido a la imposición de una sanción pecuniaria, y que en los casos de Estados miembros más recalcitrantes se acuda tan sólo a una medida —la multa coercitiva— que no tiene carácter retributivo respecto del comportamiento ilícito del Estado miembro. Reiteramos por ello que nos cuesta entender por qué la multa coercitiva y la sanción pecuniaria aparecen en el artículo 171.2 como medidas alternativas, que no pueden imponerse cumulativamente. ¿O es que cabe una interpretación en sentido contrario del precepto en cuestión? ¡Ojalá fuera así!

En todo caso, estas consideraciones podrían resultar relevantes a la hora de determinar el monto de las sanciones pecuniarias así como de las multas coercitivas, a no ser que la Comisión y el Tribunal opten finalmente por aplicar en algún caso una sanción pecuniaria —en lugar de una multa coercitiva— ante un supuesto de sentencia pendiente de ejecución al dictarse el fallo *ex* artículo 171.2. A mi juicio, sin embargo, en los casos en que la sentencia *ex* artículo 169 ó 170 está pendiente de ejecución, la sanción pecuniaria no resulta oportuna, pues aparte

(116) *Vid. supra* epígrafe II.A.c) de este trabajo, y nota 21.

(117) *Cfr.*, entre otras, la sentencia de 19 de diciembre de 1961, Comisión c. Italia (cit. en nota 101, en pág. 655); sentencia de 9 de julio de 1970, Comisión c. Francia (as. 26/69, *Recueil*, 1970, págs. 565 ss., consid. 9 ss., en pág. 577); sentencia de 4 de abril de 1974 (as. 167/73, *Recueil*, 1974, págs. 359 ss., consid. 15, en pág. 368); y sentencia de 14 de diciembre de 1971 en el asunto de la *Agencia de aprovisionamiento* (cit. en nota 8, consid. 49, en pág. 1021).

las razones que abogan en favor de la multa coercitiva en estos casos, tal medida podría a la postre tener un efecto sustitutorio de la ejecución de la sentencia (118), lo que no parece ser el fin perseguido por el artículo 171.2. Y frente a ello no cabe argüir que, no ejecutada la sentencia tras la imposición de la sanción pecuniaria, se podría entablar un nuevo recurso *ex* artículo 171.2 con objeto de imponer una nueva sanción, pues en tal caso se atentaría abiertamente contra el principio *non bis in idem* (119). Claro que lo que sí cabría es un nuevo recurso para solicitar ahora la imposición de una multa coercitiva; el *iter* procesal que se seguiría en tal caso para la imposición finalmente de una multa coercitiva sería, sin embargo, excesivamente atrabilario.

Resulta por otra parte evidente que la multa coercitiva carece de toda razón de ser en los casos de incumplimientos que podríamos denominar «puntuales» o, en mejor castellano, particulares. Nos referimos a los casos en los que el incumplimiento, constatado por el Tribunal, no va referido a la existencia de normas o disposiciones nacionales que resultan contrarias al derecho comunitario, o a la falta de adopción de medidas nacionales, sino a una incorrecta aplicación del derecho comunitario o de normas nacionales de transposición a un caso concreto.

Al margen de toda consideración sobre la oportunidad de entablar un procedimiento de infracción en estos casos —que nosotros contestamos abiertamente, pues resulta claro que existen mecanismos internos a través de los cuales se puede impugnar la actuación de los órganos del Estado, mecanismos a los que el principio de subsidiariedad invita a acudir preferentemente (120)—, lo cierto es que en ellos la ejecución de una sentencia del Tribunal —constatando la infracción ya consumada— sólo podría traducirse en la reparación por el Estado miembro de los efectos ilícitos que se hubieran podido ocasionar; la sentencia se limitaría en estos casos, pues, a constituir la base material para la determinación de la responsabilidad del Estado.

(118) El simple pago de la suma impuesta por el Tribunal podría «tranquilizar» al autor del incumplimiento y a la propia Comisión, como ha señalado TESAURO (*in loc. cit.* en nota 62, en pág. 489).

(119) *Vid.* en relación con dicho principio, entre otras, la sentencia de 5 de mayo de 1966 en el asunto *Gutmann* (as. 18 y 35/65, *Recueil*, 1966, págs. 150 ss., en pág. 172, y conclusiones del Abogado General Karl Roemer, págs. 175 ss., en págs. 182 ss.).

(120) *Vid. infra* epígrafe III.B.d) i. de este trabajo.

Pues bien, en este supuesto, la interposición de un nuevo recurso ante el Tribunal *ex* artículo 171 sólo podría traer aparejada, en su caso, una sanción pecuniaria. Claro que si la interposición del primer recurso *ex* artículo 169 resultaba ya, a nuestro juicio, discutible en cuanto a su procedencia, por las razones antes apuntadas, carece más aún de sentido formular un nuevo recurso *ex* artículo 171.2 con objeto de exigir la imposición de una sanción al Estado, a no ser que éste se hubiera resistido a reparar en el orden interno los efectos ilícitos de su incumplimiento «puntual» o particular.

En cualquier caso, resulta claro que el Tribunal goza, a tenor del tercer párrafo del artículo 171.2, de un poder discrecional para decidir finalmente tanto la imposición de una multa coercitiva o de una sanción pecuniaria en cada caso, como incluso la no aplicación de medida alguna contra el Estado infractor (¿por ej., en los casos de lo que hemos llamado infracciones «puntuales»?), cualquiera que sea la propuesta que le haya sometido a este respecto la Comisión en su demanda.

b) *El monto de la sanción pecuniaria y de la multa coercitiva*

La configuración de la primera medida prevista en el artículo 171.2, ésto es la imposición por el Tribunal del pago de una suma a tanto alzado, como sanción pecuniaria —solución que defendimos en el epígrafe III. A. a)— plantea no obstante serias dificultades a la hora de cuantificar el monto exigible. Excluida su consideración como medida reparadora, no podemos entender que el monto exigido deba corresponder al daño ocasionado, pero, por otra parte, quedamos huérfanos ante aquella difícil tarea pues el precepto en cuestión no contiene ninguna regulación al respecto. Ello no se compadece del todo bien, como ya habíamos advertido, con la calificación de sanción pecuniaria que hemos dado a la medida, pues, al menos en los ordenamientos nacionales, todo sistema de sanciones viene presidido en el marco del principio de legalidad (121), por el principio de la certidumbre de la

(121) La aplicación del principio de legalidad *-nulla poena-* en el ámbito de las sanciones comunitarias ha sido claramente retenida —como no podía ser de otra manera— por el propio TJCE. Recordemos en este sentido su sentencia de 25 de septiembre de 1984 en el asunto *Könecke III*, en la que enfatizó que no puede imponerse una sanción si no encuentra una base jurídica clara y precisa (as. 117/83, *Recueil*, 1984, págs. 3291 ss., consid.

pena (122), quedando las sanciones graduadas en función de la gravedad de la infracción.

Sensible a este planteamiento, el Parlamento europeo había propuesto a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política que el artículo 171 reenviara a un reglamento comunitario la regulación de las sanciones, solución que sin embargo no fue acogida por el TUE (123).

El artículo 171.2 tan sólo dispone que «la Comisión indicará el importe que considere *adecuado a las circunstancias*» (énfasis añadido). Pero, ¿adecuado desde qué perspectiva?; ¿y en relación con qué circunstancias?

Con carácter general debemos admitir, como ha señalado Tesouro, que resulta inherente a la noción misma de sanción que ésta debe ser proporcionada teniendo en cuenta, ante todo, la gravedad de la infracción y la necesidad de que la pena sea suficientemente disuasiva para asegurar el respeto de la legalidad (124). O, como ha dicho el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, que debe a la vez producir un efecto disuasivo, ser efectiva y proporcionada (125). No obstante, la forma precisa en que deben operar tales criterios en nuestro caso, a la hora de determinar el monto de la sanción, resulta incierta.

A mi juicio, en este caso, a falta de toda regulación en la materia, el

11, en pág. 3302); *vid.* asimismo las sentencias de 11 de noviembre de 1987 en el asunto *Maizena* (as. 137/85, *Recop.*, 1987, pág. 4587 ss., consid. 15, págs. 4607-4608), y de 12 de diciembre de 1990 en el asunto *Vandemoortele* (as. C-172/89, *Recop.*, 1990, págs. 4677 ss., consid. 9, en pág. 4693).

(122) *Vid.* en este sentido TESAURO: *loc. cit.* en nota 62, en pág. 487.

(123) Recordemos que el nuevo art. 171 propuesto por el Parlamento europeo en su Resolución de 1990 sobre las Conferencias Intergubernamentales disponía, en su primer párrafo, que «el importe y las modalidades de percepción de dichas sanciones se decidirá con arreglo a un reglamento adoptado por la Comunidad» (*loc. cit.* en nota 58).

Por su parte, el proyecto «Spinelli» de TUE preveía la regulación del régimen de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión en una «ley orgánica» (*vid.* apartado I de este trabajo, y nota 2).

(124) TESAURO: *loc. cit.* en nota 62, en pág. 487. *Vid.* en el mismo sentido VILA COSTA: *loc. cit.* en nota 64, págs. 833 ss.

(125) *Vid.*, entre otras, la sentencia de 10 de abril de 1984 en el asunto *Von Colson y Kamann* (as. 14/83, *Recueil*, 1984, págs. 1891 ss., consid. 23, en pág. 1908); la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Comisión c. Grecia (as. 68/88, *Recop.*, 1989, págs. 2965 ss., consid. 24, en pág. 2985); la sentencia de 19 de julio de 1990 en el asunto *Hansen* (as. C-326/88, *Recop.*, 1990, págs. 2911 ss., consid. 17, en pág. 2935); o la sentencia de 2 de octubre de 1991 en el asunto *Vandevenne* (as. C-7/90, *Recop.*, 1991, págs. 4371 ss., consid. 11, en pág. 4387).

primer criterio a tomar en consideración es el efecto disuasivo que debe comportar la sanción. Este criterio va a permitirnos en principio determinar el «nivel económico» en el que la misma deberá situarse, si atendemos a la jurisprudencia relativa a las sanciones que los Estados miembros deben imponer, de conformidad con su derecho interno, en caso de incumplimiento del Derecho comunitario en su territorio. En dicha jurisprudencia el Tribunal ha dejado claramente establecido que tales sanciones deben entrañar consecuencias financieras o económicas disuasorias para los responsables, llegando a apuntar como criterio, a tal efecto, que traigan aparejada la pérdida del beneficio económico derivado de la infracción (126). El beneficio económico obtenido por el Estado podría así constituir la base inicial para evaluar el monto de la sanción. Sin embargo el cálculo de dicho beneficio resultará sumamente complejo (127). Por otra parte, si el beneficio fuese de otra naturaleza, o si no se hubiese derivado beneficio alguno de la infracción, la cuantificación del monto que corresponda a la infracción resultará aún más compleja.

Pero la determinación del beneficio de la infracción no sólo servirá para establecer el «nivel económico» de la sanción pecuniaria, en atención al criterio del efecto disuasivo que debe comportar, sino que obviamente constituye asimismo un elemento relevante desde la perspectiva de la aplicación —para la fijación definitiva de su monto— del criterio de proporcionalidad. El criterio o principio de proporcionalidad refiere en materia sancionadora a la gravedad de la infracción, según tuvo ocasión de precisar el Tribunal de Justicia ya en su sentencia de 29 de noviembre de 1956 en el asunto *Fédéchar* (128).

(126) *Vid.* esp. la sentencia de 27 de marzo de 1990, España c. Consejo (as. C-9/89, *Recop.*, 1990, págs. 1383 ss., consid. 24 —en relación con el art. 11 *quater* del Reglamento 2241/87 del Consejo sobre control en materia de pesca—, en pág. 1412). *Vid.* asimismo - en general- la jurisprudencia cit. en nota anterior.

(127) El beneficio de la infracción ha sido retenido como criterio para evaluar la gravedad de la infracción en el ámbito del derecho comunitario de la competencia (*vid.*, por ej., la sentencia de 7 de junio de 1983 en el asunto *Musique Diffusion Française*; as. 100 a 103/80, *Recueil*, 1983, págs. 1825 ss., consid. 104 y 129, en págs. 1905 ss.). No obstante, incluso en este ámbito resulta extraordinariamente difícil de evaluar, como han puesto de relieve C. BELLAMY y G. Child (*in Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, ed. española a cargo de E. PICAÑOL, Madrid, 1992, pág. 667).

(128) *Fédération Charbonnière de Belgique* c. Alta Autoridad (as. 8/55, *Recueil*, 1955-56, págs. 203 ss., esp. pág. 304); *vid.* asimismo la sentencia de 21 de junio de 1979 en el asunto *Atalanta* (as. 240/78, *Recueil*, 1979, págs. 2137 ss., consid. 15-16, en págs. 2150-2151).

Cabría no obstante entender, en este ámbito, que la gravedad de la infracción es idéntica en todos los casos, pues lo que se sanciona en virtud del artículo 171.2 es siempre la mera inejecución de una sentencia del Tribunal. Es ésta sin embargo una aproximación excesivamente formalista a la cuestión, que debe quedar descartada en virtud de la exigencia contenida en el Tratado constitutivo de atender a las circunstancias del caso. Consiguientemente en la determinación de la gravedad de la infracción es preciso atender al incumplimiento inicial del Estado que motivó la sentencia *ex* artículo 169 o 170. A este respecto cabe apuntar los siguientes elementos de valoración, además del beneficio obtenido en su caso de la infracción. En primer lugar se debe prestar atención al interés comunitario afectado, apreciar si la infracción atenta o no contra un valor esencial del ordenamiento comunitario. En segundo lugar, resulta sin duda relevante la duración de la infracción (129). La reincidencia del Estado o su manifiesta actitud recalcitrante frente a la obligación de ejecutar la sentencia, la falta de colaboración con la Comisión durante el procedimiento precontencioso, así como los efectos de la infracción para terceros (130), son asimismo elementos relevantes para determinar la gravedad de la infracción y, por ende, modular el importe de la sanción pecuniaria.

En otro orden de consideraciones, cabe preguntarse si a la hora de determinar el monto de la sanción resulta también pertinente tomar en consideración -igualmente desde la perspectiva del efecto disuasivo de la sanción y del principio de proporcionalidad- la situación financiera o capacidad económica del Estado miembro. Tal parece ser el criterio de la Comisión, pues en su contribución a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política relativa al cumplimiento de las sentencias del Tribunal afirmaba lo siguiente:

«... los Estados miembros responsables de las infracciones más numerosas suelen ser también los que se hallan en una situación económica y financiera difícil y tienen necesidad de asistencia financiera de la Comunidad. Así, el efecto de una sanción

(129) Este criterio se explicita en el artículo 15 del Reglamento 17/62 sobre aplicación de los artículos 85 y 86 (cit. en nota 114).

(130) Criterios -todos ellos- tomados en consideración por el TJCE en el ámbito del derecho comunitario de la competencia; *vid.* de nuevo BELLAMY y CHILD: *op. cit.* en nota 127, en págs. 665 ss.

financiera puede no ser el mismo según los Estados miembros. Grave para algunos, la sanción financiera puede no resultar suficientemente disuasoria para otros. Del mismo modo, las consecuencias prácticas de una infracción pueden variar no sólo según su naturaleza sino también según el Estado miembro autor. Son elementos que deben tenerse evidentemente presentes en la fijación de la eventual sanción pecuniaria» (131).

Por otra parte, la toma en consideración de la situación financiera o capacidad económica del Estado miembro a los efectos de modular el importe de la sanción parece estar en consonancia con las pautas sancionadoras comunitarias en el ámbito del derecho de la competencia, en el que la capacidad de la empresa para afrontar el pago de la multa se configura como un elemento relevante para fijar su importe (132).

Por lo que se refiere a la determinación del monto de la multa coercitiva, medida a la que, según estimamos en el epígrafe anterior, debería recurrir preferentemente el Tribunal siempre que la primera sentencia no hubiera sido ejecutada en el momento de dictarse el fallo *ex* artículo 171.2, no cabe retener, en cambio, el criterio del efecto disuasivo. No se trata en este caso, como vimos, de sancionar un ilícito, sino de remover la resistencia del Estado miembro, forzando su voluntad contraria a la ejecución de la sentencia. El «nivel económico» de la multa coercitiva deberá pues fijarse tomando en este caso como criterio básico la eficacia de la medida. A tal efecto se debe igualmente tomar en consideración el carácter repetitivo —según defendimos— de la medida, y el plazo en el que la repetición operará, conforme a la decisión que adopte a tal fin el Tribunal.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, ¿qué monto deberán tener las multas coercitivas para ser eficaces? Entiendo que la pregunta tiene difícil respuesta y que la Comisión y el Tribunal deberán optar por fijar de forma aleatoria una banda económica dentro de la cual aquéllas deban moverse, así como los plazos dentro de los cuales podría operar la repetición de la multa. Por lo que se refiere a estos plazos, creo que deberían ser suficientemente dilatados en cada caso, teniendo en cuenta, según las circunstancias del mismo, el tiempo que el Estado miembro precisará en principio para adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.

(131) *Loc. cit.* en nota 25, en pág. 155.

(132) *Vid.* de nuevo BELLAMY y CHILD: *op. cit.* en nota 127, en págs. 664-665.

Ello no quita, claro está, para que en la determinación de la multa coercitiva a aplicar en cada caso pueda —deba— tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, haciendo uso, *mutatis mutandis*, de los mismos elementos y criterios esbozados anteriormente en relación con el monto de la sanción pecuniaria. Y nos preguntamos si, en el marco de la aplicación de este principio de proporcionalidad, no debería igualmente tomarse en consideración —con vistas en principio a elevar el importe— la sanción pecuniaria que hubiera podido corresponder en caso de cumplimiento de la sentencia *in extremis* (133).

Para terminar, no cabe duda que la Comisión, al tener que precisar en su recurso ante el Tribunal el importe de la sanción pecuniaria que estime adecuada, tal y como prescribe el artículo 171.2, va a jugar un papel fundamental en la configuración de los criterios generales aplicables para determinar el monto de las sanciones pecuniarias así como de las multas coercitivas. En efecto, aunque su propuesta no vincule al Tribunal (134) —lo que del tenor del precepto en cuestión parece claro— podrá elaborar unos criterios objetivos con los que orientar la actuación del Tribunal y la suya propia en el futuro, pudiendo de esta manera llegar a suplir en cierta medida la ausencia de una regulación comunitaria en la materia.

c) *¿Y la ejecución contra el Estado miembro de la sanción pecuniaria o multa coercitiva?*

El nuevo artículo 171.2 del Tratado CE no introduce en rigor un mecanismo de ejecución de sentencias —entendido en sentido estricto—, sino para forzar su cumplimiento por el Estado miembro. Su ejecución, o mejor su cumplimiento, corresponderá en todo caso a los órganos competentes del Estado en función de las medidas nacionales que resulte necesario adoptar.

(133) *Vid.* a este respecto el epígrafe anterior de este trabajo.

(134) A. MIDDEKE y P. SZCZEKALLA se han planteado la cuestión de la *reformatio in peius*, es decir, si el TJCE puede incrementar el monto propuesto por la Comisión; a su juicio debe aplicarse el principio *ne ultra petitem*, a pesar de tratarse de un procedimiento objetivo y no contradictorio (*in* «Anderungen im Europäischen Rechtsschutzsystem. Der Maastrichter Unionvertrag und seine Auswirkungen auf die Europäische Gerichtsbarkeit», *Juristen-Zeitung*, 1993, n.º 6, págs. 284 ss., en pág. 287).

Cabe por otra parte plantearse qué sucedería si un Estado miembro no hiciera efectivo el pago de la sanción pecuniaria o de la multa coercitiva decidida por el Tribunal. ¿Cabría en este caso su ejecución contra aquél? Nada dispone el artículo 171.2 a este respecto (135).

Tratándose de una sanción pecuniaria o multa coercitiva dirigida al Estado, debemos en todo caso descartar su ejecución forzosa de acuerdo con el ordenamiento interno del mismo. No cabe a este respecto invocar el artículo 187 del Tratado que atribuye fuerza ejecutiva a las sentencias del Tribunal, pues dicho precepto se remite al artículo 192, no resultando por ello de aplicación más que respecto de obligaciones pecuniarias exigibles «a personas distintas de los Estados» (136).

Debemos igualmente descartar la aplicación en este caso de una nueva sanción *ex* artículo 171.2, pues el procedimiento en él regulado está destinado a los supuestos de inejecución de sentencias dictadas por el Tribunal al amparo de los artículos 169 o 170, y no para sancionar el impago de una sanción pecuniaria o una multa coercitiva impuesta por él.

Tampoco parece posible que en tal supuesto la Comisión —y ni siquiera el Tribunal— pueda retener cantidades debidas al Estado, pues tal competencia no le es atribuida por el Tratado (137).

Cuestión distinta es la posibilidad reconocida a la Comisión en distintos reglamentos comunitarios de aplicación de los fondos comunitarios de imponer «sanciones» al Estado miembro cuando el incumplimiento guarda relación con un proyecto financiado con cargo a tales fondos.

(135) TESAURO se plantea la posibilidad de haber otorgado el valor de título ejecutivo a las sentencias *ex* art. 171.2 (*in loc. cit.* en nota 62, en pág. 488). A mi juicio ello carecería de sentido, pues la ejecución quedaría en todo caso remitida al orden interno del Estado miembro -siguiendo previsiblemente el procedimiento del art. 192-, topándose así con dificultades insalvables al no ser los bienes del Estado susceptibles de ejecución (al menos en la mayoría de los Estados miembros); *vid.* a este respecto WIVENES: *loc. cit.* en nota 79, págs. 282-283.

(136) Para un análisis del art. 192, *vid.* PLOUVIER: *op. cit.* en nota 3, págs. 53 ss.

(137) Recordemos que para resolver esta cuestión, el Parlamento europeo había propuesta en su Resolución de 1990 sobre las Conferencias Intergubernamentales con vistas a la Unión Política (*loc. cit.* en nota 58) añadir un último párrafo al art. 171 que dispusiera la facultad del Tribunal para imponer a los Estados miembros recalcitrantes otras sanciones como la suspensión del derecho a participar en ciertos programas o a acceder a determinados fondos comunitarios. *Vid.* en este mismo sentido el proyecto «Spinelli» de TUE, al que nos referimos en el apartado I de este trabajo, y nota 2.

Tal es el caso, por ejemplo, del Reglamento 2052/88 que faculta a la Comisión para reducir o suspender una contribución financiera con cargo a los fondos estructurales, o incluso para paralizar las acciones del BEI, en el caso de que los proyectos sometidos a dicha institución no sean conformes a la normativa comunitaria pertinente. El Reglamento 4253/88, por su parte, llega a permitir incluso la solicitud de devolución de las cantidades ya entregadas (138).

No se trata sin embargo en estos casos de «sanciones» en sentido estricto, sino de condiciones establecidas por vía reglamentaria para la obtención de fondos comunitarios que, eso sí, operan como sanciones indirectas por incumplimiento del derecho comunitario (139), siendo muy eficaces por lo demás en ámbitos como el del medio ambiente. Es ésta en todo caso una vía que la Comisión, en tanto que depositaria del poder de iniciativa legislativa, debería explorar igualmente respecto del caso que nos ocupa.

Por otra parte, tampoco cabría imputar al Estado las cantidades debidas vía financiación del presupuesto comunitario, debido a que ésta se articula en torno a un sistema de recursos propios. No obstante, cabría quizá concebir una nueva modificación del cuarto recurso, con objeto de poder imputar el importe debido a las «contribuciones» que resulten para cada Estado miembro.

(138) Reglamento 2052/88, del Consejo, de 24 de junio de 1988 (*DOCE*, L 185, 15.7.88) y Reglamento 4253/88, del Consejo, de 19 de diciembre de 1988 (*DOCE*, L 374, 31.12.88). *Vid.* a este respecto MARTÍNEZ-ARAGÓN, J.: «Aplicación del derecho ambiental en España: el papel de vigilancia y control de las Comunidades Europeas», *GJ*, 1993, D-20, págs. 193-253, en págs. 235 ss.

En este mismo sentido cabe citar el Reglamento 729/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970 (*DOCE*, EE 03 Vol. 3, pág. 220), conforme al cual los pagos efectuados por los Estados miembros no son reembolsados por la Comisión con cargo al FEOGA (sección garantía) más que si resultaron conformes con los reglamentos agrícolas aplicables; por otra parte, en el caso de que un Estado miembro realice un control insuficiente en la aplicación de los regímenes comunitarios no obtendrá el reembolso de los fondos correspondientes, según confirma la jurisprudencia del Tribunal (*Cfr.* sentencia de 8 de enero de 1992, Italia c. Comisión -as. C-197/90, *Recueil.*, 1992, págs. 1 ss.; o las sentencias de 17 de octubre de 1991, RF. de Alemania c. Comisión e Italia c. Comisión - as. C-342/89 y 346/89, *Recop.*, 1991, págs. 5031 ss. y 5057 ss., respectivamente).

(139) Sanciones, a la postre, si empleamos el término en sentido amplio; *vid.* a este respecto TIMMERMANS: *loc. cit.* en nota 44, en pág. 28.

d) *¿Límites a la discrecionalidad de la Comisión?*

i. Inevitables consideraciones previas sobre la discrecionalidad de la Comisión en el procedimiento del artículo 169

El Tribunal estimó en su sentencia de 14 de febrero de 1989 en el asunto *Star Fruit Co.* (140) que, ante una solicitud dirigida a la Comisión por un particular en el sentido de que actúe contra un Estado miembro en virtud del artículo 169, «...la Comisión no está obligada a iniciar un procedimiento con arreglo a esa disposición, sino que, por el contrario, dispone a este respecto de una amplia facultad de apreciación que excluye el derecho de los particulares a exigir de esta institución que defina su postura en un sentido determinado» (141), precisando que «...únicamente en el caso de que la Comisión entienda que el Estado miembro de que se trate ha incumplido una de sus obligaciones, emite un dictamen motivado»; y añadía por otra parte que «...si ese Estado no se atiene a este dictamen en el plazo señalado por la Comisión, la institución está siempre facultada, pero no obligada, a someter el asunto al Tribunal de Justicia para que éste declare el presunto incumplimiento».

De las palabras del Tribunal se desprende, de manera inequívoca, que la interposición por la Comisión del recurso por incumplimiento, una vez concluido el procedimiento administrativo previsto en el primer apartado del artículo 169, está sometido al principio de oportunidad, debiendo pues admitirse que el poder de la Comisión es a este respecto discrecional.

A esta misma conclusión, compartida por la generalidad de la doctrina, cabría llegar por lo demás atendiendo al tenor gramatical del apartado segundo del referido precepto que dispone que «si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen —dictamen motivado— en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia».

(140) *As. 247/87 (Recop., 1989, págs. 291 ss., consid. 11 y 12, en pág. 301)*. En este mismo sentido *vid.* las conclusiones del Abogado General, Carl Otto Lenz (págs. 294-297, en pág. 295), y la sentencia de 17 de mayo de 1990 en el asunto *Sonito* (*as. C-87/89, Recop., 1990, págs. 1981 ss., consid. 6 y 7, en págs. 2008-2009*).

(141) *Vid.* en este mismo sentido las conclusiones del Abogado General Joseph Grand en el asunto *Lütticke*, resuelto por sentencia de 1 de marzo de 1966 (*as. 48/65, Recueil, 1966, págs. 28 ss., conclusiones págs. 40-47, en págs. 44-45*).

Pero de las mismas palabras del Tribunal no se desprende en cambio con igual nitidez si el inicio del procedimiento administrativo o precontencioso por la Comisión, con arreglo al artículo 169.1, se encuentra igualmente regido por el principio de oportunidad, resultando por tanto discrecional, o si se encuentra por el contrario sometido al principio de legalidad. El Tribunal se limita en aquella sentencia a negar que el particular ostente un derecho a que la Comisión inicie el procedimiento contra un Estado a resultas de su denuncia.

Por otra parte, no parece correcto acudir al tenor literal del apartado primero del artículo 169 para fundamentar una pretendida obligación de la Comisión de iniciar un procedimiento de infracción ante cualquier incumplimiento. El precepto en cuestión dispone que «si la Comisión estima que un Estado miembro ha incumplido ..., *emitirá* un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones» (énfasis añadido). El carácter obligatorio del dictamen motivado, según se desprende de dicha disposición, debe entenderse, como observan Schermers y Waelbroeck (142), como un requisito procesal (143) para interponer, en su caso, un recurso ante el Tribunal de conformidad con el apartado 2 del artículo 169 (144/145).

(142) SCHERMERS y WAELBROECK: *op. cit.* en nota 11, págs. 308-309. En este mismo sentido, *vid.* VANDERSANDEN y BARAV: *op. cit.* en nota 5, pág. 117. *Cfr.*, entre otras, la sentencia de 27 de mayo de 1981 en el asunto *Essevi* (as. 142 y 143/80, *Recueil*, 1981, págs. 1413 ss., consid. 18, en pág. 1433).

(143) El TJCE entiende que el procedimiento del art. 169.1, y en particular el dictamen motivado, están destinados, desde un punto de vista procesal, a asegurar al Estado miembro un adecuado ejercicio del derecho a la defensa. *Vid.* en este sentido sentencia de 10 de marzo de 1970, Comisión c. Italia (as. 7/69, *Recueil*, 1970, págs. 111 ss., consid. 5, en pág. 118); sentencia de 15 de diciembre de 1982, Comisión c. Dinamarca (cit. en nota 99, consid. 8 y 9, en págs. 4557-4558); sentencia de 15 de noviembre de 1988, Comisión c. Grecia (as. 299/87, *Recop.*, 1988, pág. 6357 ss., consid. 12, en pág. 6360); y conclusiones del Abogado General Gerhard Reischl en el asunto Comisión c. Italia, resuelto por sentencia de 7 de febrero de 1984 (as. 166/82, *Recueil*, 1984, págs. 459 ss., conclusiones págs. 474 ss.).

(144) Algunos autores entienden por otra parte que la obligación de emitir el dictamen motivado trae igualmente causa del art. 170, en virtud del cual la Comisión estaría obligada a emitir un dictamen motivado cuando un Estado miembro le sometiera un supuesto de incumplimiento del derecho comunitario por otro Estado miembro; entiendo sin embargo que se trata aquí también de una condición procesal para la interposición de un eventual

Con todo, nos alineamos por nuestra parte con quienes entienden que el poder de la Comisión para iniciar el procedimiento del artículo 169.1 está presidido, con todos los matices que luego señalaremos, por el principio de legalidad. En favor de esta tesis cabe esgrimir el artículo 155 del Tratado que impone una clara obligación a la Comisión de velar por la aplicación del Derecho comunitario, estando el procedimiento del artículo 169 configurado como un instrumento a tal fin. Sin embargo debe admitirse que la Comisión dispone asimismo de otros cauces para asegurar la aplicación del derecho comunitario o eliminar posibles incumplimientos por los Estados.

Siguiendo al Abogado General Alberto Trabucchi, cuando una situación resulta incompatible con el Derecho Comunitario, la Comisión «debe poner en marcha los medios más idóneos para eliminar ese incumplimiento, incluido, en su caso, el procedimiento previsto por el artículo 169 ...» (146). En otras palabras, el principio de legalidad, cuya aplicación defendemos, no impone el recurso por la Comisión al artículo 169 si ésta dispusiera, en razón de la materia, o de otras circunstancias, de otros medios más idóneos o específicos para atacar el incumplimiento estatal.

Así, en primer lugar, cabe recordar a este respecto, entre otros, los procedimientos previstos en el artículo 93 del Tratado, en materia de ayudas públicas, y en el artículo 90, por lo que se refiere a la aplicación de las reglas de competencia a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Por otra parte, el propio artículo 169, en relación con el artículo 155, no impide que la Comisión, antes de proceder a la apertura formal del procedimiento pre-

recurso ante el Tribunal, condición que en este caso se cumple si la Comisión no emitiera el dictamen en el plazo de tres meses.

(145) CAHIER (*loc. cit.* en nota 104, en págs. 11 ss.) argumenta también, en contra del carácter obligatorio del dictamen motivado en el sentido anteriormente señalado en el texto, la carencia de plazos en el art. 169, así como el hecho de que los plazos que en la práctica consume el procedimiento del citado artículo se dilaten enormemente (*Vid.* en relación con la ausencia de plazos en el marco del art. 169 la jurisprudencia cit. *infra* en nota 150).

(146) Conclusiones en el asunto *Geddo*, resuelto por sentencia de 12 de julio de 1973 (as. 2/73, *Recueil*, 1973, págs. 865 ss., conclusiones págs. 881 ss., en pág. 885). *Vid.* también sentencia de 14 de diciembre de 1971 en el asunto de la *Agencia de aprovisionamiento* (cit. en nota 8, consid. 5, en pág. 1017).

visto en el primer precepto, instruya, en contacto con el Estado miembro, una investigación de los hechos que le permita apreciar la existencia o no de un incumplimiento, y que en el marco de esta investigación alcance una solución amistosa con el Estado miembro que ponga fin a dicho incumplimiento. De alcanzarse una solución en ese marco, la Comisión habrá logrado cumplir con la función que le impone el artículo 155 del Tratado, pudiendo así archivar el asunto en ese estadio. En la práctica la Comisión ha demostrado, por razones obvias, una preferencia por lograr una solución con el Estado miembro concernido a través de estos medios informales (147). Lo mismo cabe decir de la «fase de conciliación» con la que se inicia el procedimiento del artículo 169.1, en la que el envío de una carta de emplazamiento por la Comisión, a la que el Estado miembro responde con sus observaciones o alegaciones, desencadena en la práctica contactos y conversaciones informales con vistas a una solución amistosa. Y es que, como observa Audretsch, al margen de toda consideración de carácter procesal, el objetivo sustantivo de la llamada fase de conciliación es precisamente el logro de una solución amistosa (148).

En otro orden de consideraciones afirmar que el poder de la Comisión no es discrecional en el marco del artículo 169.1 no obsta para reconocer que «dispone a este respecto de una amplia facultad de apreciación», pues obviamente es a ella a quien corresponde estimar si, a su juicio, se ha producido o no un incumplimiento (149). Pero tal discrecionalidad no va sin embargo referida a la facultad que supuestamente tendría para decidir si estima oportuno o no iniciar el procedimiento precontencioso ante un incumplimiento, sino a la propia apreciación de si éste se ha producido o no.

Claro que la conjunción de este poder de apreciación discrecional con la ausencia de plazos para el inicio y la ulterior tramitación del proce-

(147) Vid. EVANS, A.C.: «The Enforcement Procedure of Article 169 EEC: Commission Discretion» *E. L. R.*, 1979, nº 6, págs. 442-456, págs. 450 ss.

(148) AUDRETSCH: *op. cit.* en nota 16, en pág. 35. Vid. en este sentido sentencia de 27 de mayo de 1981 en el asunto *Essevi* (cit. en nota 142, consid. 15, en págs. 1432-1433). En su sentencia de 14 de diciembre de 1962, Comisión c. Italia (as. 2 y 3/62, *Recueil*, 1962, págs. 817 ss., en pág. 825), el Tribunal se había referido al carácter *conminatorio* de la fase precontenciosa.

(149) Vid. notas 140 y 141.

dimiento administrativo o precontencioso (150) puede conducirnos a la conclusión, como ha señalado Schermers (151), de que la Comisión goza *en la práctica* de plena discrecionalidad en este campo; o, como dice Audretsch con sarcasmo, que nos encontramos con que la obligación que incumbe a la Comisión depende de su propia voluntad (152). Esta conclusión se ve más reforzada aún si tenemos en cuenta que ante la inacción de la Comisión no procede la interposición de un recurso por omisión, *ex artículo 175* (153).

Algunos autores han querido por otra parte evidenciar el poder discrecional de la Comisión en el marco del artículo 169.1 tomando como referencia la práctica pues, como ella misma ha reconocido, no actúa de forma sistemática en todos los casos en que se enfrenta ante un supuesto de incumplimiento del derecho comunitario (154). Pero es que, como ya hemos señalado, en el ejercicio de la función que le incumbe a la Comisión en virtud del artículo 155 puede, no sólo acudir en ciertos ámbitos a determinados procedimientos especiales (artículos 90, 93, etc.), sino que debe en todo caso, en una actuación responsable y diligente, incoar una fase de instrucción previa a la apertura formal del pro-

(150) En relación con la ausencia de plazos, *vid. esp.* sentencia de 10 de diciembre de 1968 en el asunto de la *ley italiana de protección de obras de arte*, Comisión c. Italia (as. 7/68, *Recueil*, 1968, págs. 618 ss., en pág. 625), y sentencia de 14 de diciembre de 1971 en el asunto de la *Agencia de aprovisionamiento* (cit. en nota 8, consid. 5, en pág. 1017).

(151) SCHERMERS, H.G.: «The Law as its stands against Treaty Violations by States», *L.I.E.I.*, 1974, nº 2, págs. 111 ss., en pág. 125.

(152) AUDRETSCH: *op. cit.* en nota 16, en pág. 35, quien añade que, de esta manera, «the Commission takes the law into its own hands».

(153) El Tribunal niega en el asunto *Star Fruit Co.*, antes citado, la admisibilidad de un recurso por omisión interpuesto por un particular que solicita a la Comisión el inicio de un procedimiento de infracción contra un Estado miembro (cit. en nota 140); *vid.* en el mismo sentido la sentencia de 1 de marzo de 1966 en el asunto *Lütticke* (cit. en nota 141, págs. 36 ss.). Tampoco cabe interponer un recurso de anulación, *ex art.* 173, contra la «decisión» de la Comisión de no iniciar el procedimiento de infracción, archivando el asunto; *vid.* de nuevo la sentencia del Tribunal en el asunto *Lütticke* (*ibid.*), o la sentencia de 17 de mayo de 1990 en el asunto *Sonito* (cit. en nota 140, consid. 6, en págs. 2008-2009).

Por otra parte, en el caso de que sea un Estado miembro el interesado en la acción de la Comisión, procede la aplicación del art. 170 del Tratado, y no la interposición por él de un recurso por omisión.

(154) Respuestas de la Comisión a las preguntas escritas nº 1070/86 (*DOCE*, C 324, 3.12.87), y nº 1226/87 (*DOCE*, C 325, 19.12.88).

cedimiento del artículo 169.1, fase en la cual resuelve la mayor parte de los casos (155).

Evans se pregunta sin embargo si el poder discrecional de la Comisión *ex* artículo 169.1 no queda en realidad probado por el hecho de que la Comisión decline la apertura del procedimiento tanto en los casos de infracción que hemos llamado puntuales o particulares —ésto es, derivadas de una incorrecta aplicación por los órganos nacionales de las normas comunitarias o de transposición en un caso concreto—, como, sobre todo, en los casos de resoluciones de órganos judiciales nacionales contrarias al derecho comunitario (156).

Por lo que se refiere al primer supuesto —infracciones puntuales—, lo cierto es que el particular afectado puede en estos casos acudir a los medios disponibles en el orden interno del Estado miembro, y en particular a sus tribunales nacionales, para atacar la actuación del órgano de que se trate, como lo ha reconocido la propia Comisión (157). Es verdad sin embargo que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, la existencia de tales medios en el orden interno no excluye en modo alguno el recurso por la Comisión al artículo 169 (158). Pero, ¿resulta ello apropiado? En un sistema —el comunitario— en el que el control de la aplicación del derecho se caracteriza por ser descentralizado, ¿qué sentido tiene la acción de la Comisión en tales supuestos? (159). Por el contrario, entendemos que el principio de subsidiariedad —consagrado ahora por el TUE— aconseja el recurso preferente —¿quizás exclusivo?— a dichos medios nacionales, excluyendo así la obligación para la Comisión de iniciar un procedimiento de infracción que no resulta necesario para asegurar la aplicación del derecho comunitario (160). Y más aún cuando, en la perspectiva de la ampliación de la Comunidad y ante

(155) AUDRETSCH lo cifra en el 85% de los casos, *in op. cit.* en nota 16, en pág. 24.

(156) EVANS: *loc. cit.* en nota 147, en págs. 451 ss.

(157) *Vid.* la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita n° 859/75 (*JOCE*, C 99, 3.5.76). *Vid.* asimismo las consideraciones del Abogado General Jean-Pierre Warner en el asunto *Galli*, resuelto por sentencia de 23 de enero de 1975 (as. 31/34, *Recueil*, 1975, págs. 47 ss, conclusiones págs. 67 ss.).

(158) Sentencia de 17 de febrero de 1970, Comisión c. Italia (as. 31/69, *Recueil*, 1970, págs. 25 ss., consid. 9, en pág. 33).

(159) *Vid.* LOUIS, J.-V.: «Le rôle de la Commission ...», *loc. cit.* en nota 100, pág. 408.

(160) J.-P. JACQUE y J. H. WEILER (*in loc. cit.* en nota 63, pág. 451) se preguntan si no sería más útil —aunque no se refieren sólo a los supuestos de infracciones «puntuales»— permitir a la Comisión entablar acciones ante los propios tribunales nacionales.

el permanente crecimiento normativo del derecho comunitario, se proclama la necesidad de potenciar, por razones obvias, la vía descentralizada de control del derecho comunitario (161). Por lo demás, como ha observado Ebke, el recurso a la vía nacional puede resultar más eficaz en estos casos, pues el ordenamiento interno de los Estados miembros conoce mecanismos más depurados para asegurar la ejecución del fallo (162), siendo el procedimiento del artículo 169 excesivamente largo para atacar a tiempo tales incumplimientos.

Ello no quita para que el derecho comunitario, claro está, se interese por asegurar la instauración de vías nacionales de recurso apropiadas en relación con los casos de infracciones particulares, como lo ha hecho, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública (163).

En síntesis, cabe contestar —y nosotros lo hacemos— que el artículo 169 constituya el cauce apropiado para atacar las infracciones particulares, razón por la cual la renuncia por la Comisión a actuar en estos casos —que esperamos que se convierta en la pauta general en un futuro próximo— no puede argüirse en favor de una pretendida discrecionalidad de la Comisión en el ejercicio del poder que le atribuyen el artículo 155 y, en particular, el artículo 169.

En cuanto a los casos de resoluciones judiciales internas contrarias al derecho comunitario, ¿cabe en rigor entender que se trata de infracciones de los Tratados imputables al Estado miembro?. Si los tribunales nacionales forman parte de ese peculiar sistema jurisdiccional comunitario de carácter descentralizado, en el que sus relaciones con el Tribunal de Luxemburgo están presididas por el principio de colaboración y están aseguradas por el artículo 177, resulta quizás incongruente dar

(161) Vid. TIMMERMANS: *loc. cit.* en nota 44, en pág. 32.

(162) EBKE, W. F.: «Les techniques contentieuses d'application du droit des Communautés européennes», *R.T.D.E.*, 1986, n° 2, págs. 209-230, en pág. 220.

(163) Directiva 89/665 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre procedimientos de recurso en materia de contratos públicos de suministros y de obras (*DOCE*, L 395, 30.12.89); y Directiva 92/13 del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*DOCE*, L 076, 23.3.92). En relación con estas Directivas, *vid.* PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. Especial referencia a la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero», *GJ*, Boletín n° 76, 1992, págs. 11-18 (1ª parte) y Boletín n° 77, 1992, págs. 15-20 (2ª parte).

una respuesta afirmativa a la pregunta formulada (164). Por otra parte, como dijera el Abogado General Jean-Pierre Warner en el asunto *Bouchereau*, no se puede llegar a la conclusión de que un Estado miembro ha violado el derecho comunitario simplemente porque un tribunal — comunitario, a la postre, añadido yo— haya llegado a una decisión equivocada; el error judicial no constituye una infracción del Tratado (165).

Tales consideraciones no quedan necesariamente empañadas por el hecho de que el Tribunal de Justicia haya aceptado la posibilidad de una acción *ex* artículo 169 respecto de infracciones cometidas por instituciones constitucionalmente independientes en un Estado miembro (166), aún admitiendo que entre tales instituciones incluía a los órganos jurisdiccionales. Y es que como señalaran Mertens de Wilmars y Verougstraete podría resultar procedente incoar un procedimiento *ex* artículo 169 en el caso de violaciones flagrantes y reiteradas del derecho comunitario por los órganos judiciales de un Estado miembro, como el rechazo sistemático por los tribunales de última instancia de plantear, en los casos en que procede, la cuestión prejudicial (167/168). El inicio de un procedimiento de infracción en este supuesto puede cobrar sentido, entre otras posibles causas, para favorecer la adopción de medidas legislativas apropiadas o, quizás, de medidas de carácter gene-

(164) *Vid.* MERTENS DE WILMARS y VEROUGSTRAETE: *loc. cit.* en nota 98, en págs. 389-390.

(165) Resuelto por sentencia de 27 de octubre de 1977 (as. 30/77, *Recueil*, 1977, págs. 1999 ss., conclusiones págs. 2015 ss., en pág. 2021).

(166) Sentencia de 5 de mayo de 1970, Comisión c. Bélgica (as. 77/69, *Recueil*, 1970, págs. 237 ss., consid. 15, en pág. 244); y sentencia de 18 de noviembre de 1970, Comisión c. Italia (as. 8/70, *Recueil*, 1970, págs. 961 ss., consid. 9, en pág. 967).

La CPJI ya había admitido la imputabilidad al Estado de los actos del poder judicial a efectos de engendrar la responsabilidad internacional de aquél en su sentencia de 7 de septiembre de 1927 en el asunto *Lotus*; CPJI, *Série A*, n° 10, pág. 24.

(167) MERTENS DE WILMARS y VEROUGSTRAETE: *loc. cit.* en nota 98, en pág. 390; *vid.* también LOUIS, J.-V.: «Ordre public communautaire et intérêts des Etats dans la procédure en constatation de manquements», in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, vol. 2, Bruselas, 1972, págs. 225-239, en pág. 236.

(168) Ello nos conduce incidentalmente a llamar la atención sobre la importancia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -de alcance a mi juicio incierto- sobre la pertinencia del amparo en caso de negativa del juez al reenvío prejudicial (sentencias del TC. 111/93, de 25 de marzo de 1993, y 180/93, de 31 de mayo de 1993, de próxima aparición en la sección de documentos del Boletín de GJ).

ral por el órgano de gobierno del poder judicial en el Estado miembro considerado (169).

En todo caso la doctrina y la propia Comisión parecen mostrarse generalmente contrarias a que el artículo 169 incida en este campo sobre la base de diversas consideraciones, entre las que destaca la irrenunciable e inexcusable independencia del poder judicial (170).

De todo lo anterior resulta, pues, que la Comisión no goza de plena discrecionalidad en el marco del artículo 169.1 (171), sino que está sometida al principio de legalidad, que trae causa, en última instancia, del artículo 155. Recapitulando, la Comisión debe pues asegurar el respeto del derecho comunitario —en los casos en que no proceda acudir al control descentralizado en la aplicación de dicho orden jurídico— y así, a falta de procedimientos especiales aplicables en razón de la materia, debe abrir una fase de instrucción a la que debe seguir, a falta de arreglo amistoso, la apertura formal del procedimiento del artículo 169.1. De nuevo, en ausencia de arreglo amistoso en la fase de conciliación, debe proseguir el procedimiento en cuestión, pues, como dijera el Tribunal en el asunto *Essevi*, la Comisión no puede por la actitud adoptada en el procedimiento del artículo 169 relevar a un Estado miembro de sus obli-

(169) No comparto pues la crítica que hace CAHIER a MERTENS DE WILMARS y VEROUGSTRAETE respecto de la consideración según la cual la acción *ex art.* 169 cabe en unos casos (violación sistemática por los tribunales nacionales del derecho comunitario...) y no en los demás, consideración que Cahier estima carente de fundamento; *vid.* CAHIER: *loc. cit.* en nota 104, en pág. 8.

(170) *Vid.*, entre otros, doctrina cit. en nota 167, y BARAV, A.: «Failure of Member States to Fulfil their Obligations under Community Law», *C.M.L.R.*, 1975, n° 3, págs. 369-383, en págs. 379-380.

El informe Merchiers de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ya ponía de relieve hace más de veinte años que cualquier acción *ex art.* 169 en los casos de violaciones del art. 177 por los tribunales nacionales se vería automáticamente frustrada por la independencia del poder judicial frente al ejecutivo (PE., Doc. 1969/1970, n° 94).

La Comisión ha llegado a admitir, por su parte, que el recurso al art. 169 no constituye la base más apropiada para asegurar la cooperación entre las jurisdicciones y el TJCE (*in Cuarto informe anual al Parlamento europeo sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario* (1986); *DOCE*, C 338, 1987, pág. 33).

(171) El propio EVANS, que estima que a la postre el poder de la Comisión en el marco del art. 169.1 es discrecional, admite no obstante que tal discrecionalidad no es absoluta sino que consiste en apreciar -partiendo del art. 155- el medio más apropiado para asegurar la aplicación del derecho comunitario, conclusión que no dista en exceso de la que nosotros proponemos; *Vid.* EVANS: *loc. cit.* en nota 147, en págs. 455-456.

gaciones, ni desconocer los derechos que para los particulares derivan del Tratado (172). Claro está que en la base de toda esta construcción se encuentra el poder de *apreciación* de la Comisión respecto de la existencia de un incumplimiento, así como la ausencia de plazos y de todo mecanismo de sanción ante a una eventual acción arbitraria de la Comisión. Frente a ello sólo resta el control político que sobre ella pueden ejercer los Estados miembros y, sobre todo, el Parlamento europeo (173), en un contexto de transparencia de la Comisión en su actuación. Transparencia y control político pueden ser consideradas garantías suficientes, siempre que se ejerzan cabalmente.

Con todo, más allá de planteamientos academicistas, la afirmación del principio de legalidad en relación con el apartado 1 del artículo 169 merece ser retenida a los efectos de nuestro estudio pues, como veremos, ofrece un juego no desdeñable en el marco del nuevo artículo 171 que nos ocupa.

Volvamos por otra parte al recurso ante el Tribunal previsto en el apartado 2 del artículo 169. Tal recurso ha sido concebido por el Tratado con *ultima ratio* (174), quizás porque un recurso sistemático al mismo, amén de abrir heridas en la sensibilidad política de los Estados, restaría eficacia al sistema a falta —hasta la entrada en vigor del TUE— de un sistema de sanciones (175). Se explica así, quizás, el poder discrecional de la Comisión para interponerlo. Pero ello no quita para que podamos sugerir ciertos límites a la libertad de acción de la Comisión. En todo caso, la Comisión debe valerse de su poder discrecional en el contexto de la función que le asigna el artículo 155, como ha señalado certeramente Kovar (176), debiendo pues ac-

(172) Sentencia de 27 de mayo de 1981 (cit. en nota 142, consid. 17, en pág. 1433).

(173) El Parlamento europeo invitó en 1983 a la Comisión a presentar informes anuales sobre el control de la aplicación del derecho comunitario, invitación que ésta viene atendiendo desde 1984 (Resolución de 9 de febrero de 1983 sobre la responsabilidad de los Estados miembros en materia de aplicación y observancia del derecho comunitario; *JOCE*, C 68, 14.3.83)

(174) Expresión utilizada por primera vez por el Tribunal a propósito del procedimiento análogo del art. 88 del Tratado CECA, en la sentencia de 15 de julio de 1960, Italia c. Alta Autoridad (cit. en nota 10, en pág. 692).

(175) *Vid.* en este sentido las conclusiones del Abogado General Karl Roemer en el asunto de la *Agencia de aprovisionamiento*, resuelto por sentencia de 14 de diciembre de 1971 (cit. en nota 8, págs. 1023-1038, en pág. 1026).

(176) KOVAR, R.: «La Commission, gardienne des traités» in *La Commission et l'élargissement de l'Europe*, Bruselas, 1974, págs. 9-83, en págs. 46-47.

tuar de buena fe. Desde esta perspectiva, el recurso a esta *ultima ratio* puede en ocasiones resultar inexcusable (177). Recordemos la crítica que el Tribunal dirigió a la Comisión en el asunto *Defrenne II* al señalar que la no interposición por aquélla de un recurso por incumplimiento había permitido consolidar una interpretación errónea del artículo 119 del Tratado (178). Podríamos también traer aquí de nuevo a colación las palabras del Tribunal en el asunto *Essevi*, referidas dos párrafos más arriba.

Lo que sí parece claro, en todo caso, es que la Comisión debe tener interés en actuar ante el Tribunal (179). Será preciso, en primer lugar, que el Estado miembro no se haya atendido al dictamen motivado en el plazo marcado por la Comisión. Sin embargo, dicho interés podrá permanecer vivo aún en el caso de un cumplimiento *in extremis* por el Estado —al término del plazo marcado en el dictamen motivado o antes de concluir el procedimiento ante el Tribunal—, ya sea para asegurar una determinada interpretación de los Tratados y evitar nuevas infracciones análogas en el futuro, o bien simplemente, como vimos, para establecer la base de una responsabilidad del Estado por los daños ocasionados (180).

ii. La discrecionalidad de la Comisión en el marco del nuevo artículo 171

No cabe duda que la actuación de la Comisión ante un supuesto de inejecución por un Estado miembro de una sentencia del Tribunal está igualmente presidida, en los términos que precisamos en el epígrafe anterior, por los principios de legalidad —respecto de la apertura del procedimiento precontencioso—, y de oportunidad —en relación con la interposición de un nuevo recurso ante el Tribunal. Ello es así por cuanto, como vimos, el procedimiento de infracción en este supuesto tiene igualmente su base en

(177) B. AUBENAS habla de una «obligación moral» (in «*Quelques considérations sur les infractions contre les Traités de Paris et de Rome*», *R.M.C.*, n° 127, 1969, págs. 458-464, en pág. 463).

(178) Sentencia de 8 de abril de 1976 (as. 43/75, *Recueil*, 1976, págs. 455 ss., consid. 49 ss., en págs. 478 ss.).

(179) *Vid.* a este respecto SCHERMERS y WAELBROECK: *op. cit.* en nota 11, pág. 298.

(180) *Vid. supra* epígrafe II.A.c) de este trabajo.

el mecanismo del artículo 169, cuya regulación retoma ahora el nuevo apartado 2 del artículo 171, introducido por el TUE.

Debe sin embargo admitirse que en este caso el margen de apreciación de que dispone la Comisión para estimar la existencia o no del incumplimiento —principal escollo con el que se enfrenta la aplicación efectiva del principio de legalidad respecto de su actuación *ex* artículo 169.1— es menor, pues se trata simplemente de constatar si el Estado miembro ha adoptado o no las medidas necesarias —o suficientes— para ejecutar la sentencia del Tribunal. Por otra parte, difícilmente cabe en este caso que la Comisión invoque, al amparo del artículo 155, la existencia de otro medio apropiado para asegurar la ejecución de la sentencia más que la apertura del procedimiento precontencioso, pues no existe otro procedimiento especial al que poder acudir (dejando a salvo el ámbito de la CECA), y la «fase de instrucción» previa a la que hicimos referencia queda aquí reducida a una mera constatación de las medidas adoptadas o no por el Estado miembro de que se trate. La propia tramitación del procedimiento debe sin duda abreviarse, pues no hay otra solución amistosa que hallar que la pronta ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta que el Estado miembro debía asegurar tal ejecución inmediatamente después de su pronunciamiento por el Tribunal.

El principio de legalidad no deja pues a la Comisión otro margen de acción que emprender de forma sistemática el procedimiento precontencioso, dentro de un plazo razonable, en todos los casos de inejecución de una sentencia por un Estado miembro.

Pero, por otra parte, la reforma del artículo 171 ¿ha alterado en algo el juego en estos casos del principio de oportunidad en la presentación del recurso ante el Tribunal por incumplimiento de una sentencia?. El nuevo artículo 171.2 parece dar en principio una respuesta negativa al interrogante planteado, pues su tenor gramatical es idéntico a este respecto al del artículo 169.2 (181).

Debe admitirse que esta solución resulta congruente con la atribución asimismo de un poder discrecional al Tribunal —en el párrafo tercero

(181) A. MIDDEKE y P. SZCZEKALLA estiman que la discrecionalidad de la Comisión para interponer el recurso ante el TJCE, así como del TJCE para imponer finalmente o no la sanción pecuniaria o la multa coercitiva, constituyen un verdadero obstáculo a la eficacia del sistema (*in loc. cit.* en nota 134, pág. 287).

del artículo 171.2— para imponer o no una multa coercitiva o una sanción pecuniaria al declarar que el Estado miembro ha incumplido su sentencia. Por lo demás, debe también reconocerse que ni el efecto disuasorio de un régimen de sanciones, ni el principio de legalidad que debe presidirlo, exigen que todo ilícito deba ser siempre sancionado, sino que pueda serlo.

No obstante lo anterior, dos circunstancias permiten defender que el recurso al Tribunal en virtud del nuevo artículo 171.2 debiera convertirse en práctica habitual. En primer lugar, la eficacia del sistema ante un recurso sistemático al Tribunal no perdería ya eficacia pues se sustenta ahora en un régimen sancionador. En segundo lugar, el interés por una acción ante el Tribunal, sin la cual ésta no se justifica, cobra un nuevo argumento: el recurso servirá en todo caso como base para la imposición de una sanción pecuniaria o una multa coercitiva. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que la demanda sólo resultará admisible si el Estado miembro no ejecuta la sentencia dentro del plazo que establezca la Comisión en el nuevo dictamen motivado que debe emitir de conformidad con el artículo 171.2.

Ciertamente se podría achacar al TUE no haber imprimido un mayor —o completo— automatismo en el recurso ante el Tribunal (182). Ello sin embargo no hubiera aportado por sí mismo garantías suficientes pues, en todo caso, la falta de acción de la Comisión no es susceptible, como vimos, de recurso alguno (183). En estas circunstancias existe el riesgo de que el poder discrecional de la Comisión para interponer recursos *ex* artículo 171.2 pueda dar lugar a situaciones discriminatorios. Pero este riesgo puede ser combatido por otras vías. De nuevo la transparencia de la Comisión en su actuación, así como el reforzamiento del control político por el Parlamento europeo parecen ser las claves (184).

(182) *Vid.* en este sentido WIVENES: *loc. cit.* en nota 79, pág. 287.

(183) TESAURO no se muestra partidario de tal automatismo en su informe general al XV Congreso de la FIDE, *in loc. cit.* en nota 62, pág. 486.

(184) TESAURO propuso en el citado Congreso de la FIDE las siguientes medidas: «l'indication, dans le rapport annuel au Parlement européen sur le contrôle de l'application du droit communautaire ou dans un autre document spécifique, des critères et des éventuels priorités établis par la Commission dans la mise en oeuvre du contrôle juridictionnel», así como «une information précise des «plaignants» sur la suite donnée à leur plainte, avec l'indication des motifs ayant justifié un éventuel classement de l'affaire» (*in loc. cit.* en nota 62, págs. 486-487).

La Declaración relativa a la aplicación del derecho comunitario aneja al Acta final de la Conferencia de Maastricht parece confirmar esta percepción (185).

Entiendo sin embargo que la discrecionalidad del poder de la Comisión en la interposición del recurso queda en todo caso limitada en el artículo 171.2 en un aspecto particular: de interponer la Comisión el recurso, deberá proponer una sanción pecuniaria o una multa coercitiva, precisando el importe que considere adecuado a las circunstancias; y ello a pesar de la discrecionalidad del Tribunal para imponer o no finalmente en su sentencia una de estas medidas. Tal parece ser el sentido del nuevo artículo 171.2 cuando su párrafo segundo señala que «la Comisión *indicará* el importe ... para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva ...» (énfasis añadido).

IV. CONCLUSION

El nuevo artículo 171.2 introducido por el TUE representa sin duda un avance en la consecución del objetivo general de asegurar el cumplimiento del derecho comunitario por los Estados miembros. Y afirmamos que representa un avance por cuanto tenemos la convicción de que contribuirá a que los Estados miembros ejecuten las sentencias del Tribunal con mayor rigor y disciplina.

Cuestión distinta es si el avance en cuestión se asienta en la articulación de unos mecanismos apropiados. La propia opción por un régimen sancionador, su combinación con un régimen alternativo de multas coercitivas, la falta de regulación del monto y graduación de las sanciones y de las multas coercitivas, ..., constituyen algunos de los aspectos que, desde una perspectiva jurídica, producen cierta perplejidad e inquietud. En manos de la Comisión y del Tribunal, y a merced de su buen criterio, queda la depuración técnica de las nuevas disposiciones del Tratado CE en su aplicación concreta a cada caso. Por otra

(185) El tenor del segundo apartado de dicha Declaración es el siguiente: «2. La Conferencia invita a la Comisión a que, en el ejercicio de las competencias que le confiere el artículo 155 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, vele porque los Estados miembros respeten sus obligaciones. Invita a la Comisión a que publique periódicamente un *informe completo dirigido a los Estados miembros y al Parlamento Europeo*» (énfasis añadido).

parte, el efecto disuasivo que el propio alumbramiento del artículo 171.2 pueda producir respecto de la inexecución de las sentencias del Tribunal por los Estados miembros —en el que confiamos (¿ingenuamente?)— podría permitir soslayar sus deficiencias congénitas.

Demos pues la bienvenida al *nasciturus*, aunque no sepamos si llegará a crecer con salud suficiente.

ABSTRACT

THE REACTION OF THE UNION TREATY TO THE FAILURE TO ENFORCE THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE BY THE MEMBER STATES

The Union Treaty has introduced a new paragraph 2 to Article 171 of the EC Treaty, which establishes a regime of sanctions within the context of the EC and EAEC-Euratom for the cases of non enforcement by the Member States of the ECJ decisions. The meaning of the provisions contained in the new rule is uncertain in many aspects. Moreover, the regime of sanctions itself does not result easy to understand.

This essay intends to contribute to clarify those uncertainties. In order to achieve this goal, it studies in depth the regime of sanctions established through the jurisprudence of the ECJ on the nature of the judgments *ex* Article 169, its legal effects, the function of the infringement procedure, etc.

The author considers that the new Article 171.2 represents a step forward in the completion of the general objective of guaranteeing the fulfilment of Community Law by the Member States and, in particular, to assure the enforcement of the decisions of the Court. Nevertheless, the writer doubts whether the said advancement is based in the establishment of the proper means. The option for a sanctions mechanism itself, its combination with an alternative regime of penalty payments, the lack of regulation of the amount and graduation of the sanctions and penalty payments, the discretion of the Commission to request the imposition of those provisions to the Court, and so on, are some points that, from a legal point of view, produce uneasiness and perplexity to the present writer. He believes that the fair application, case by case, and the elaboration of the new provisions of the EC Treaty rest in the hands of the Commission and the Court.

RÉSUMÉ

LA RÉPONSE DU T.U.E. À LA NON-EXÉCUTION PAR LES ETATS MEMBRES DES ARRÊTS EN MANQUEMENT DE LA COUR DE JUSTICE

Le Traité de l'Union Européenne a introduit un nouveau alinéa 2 à l'article 171 du Traité CE, par lequel il établit un régime de sanctions dans le cadre de la CE et de la CEEA pour les cas de non-exécution par les Etats membres des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes. La teneur des dispositions contenues à l'article 171.2 reste cependant incertaine dans un nombre d'aspects. Le propre régime de sanctions instauré n'est pas facilement compréhensible.

Le présent travail essaye de contribuer à dégager ces incertitudes, et entame à la fois une analyse en profondeur du régime de sanctions en question, prenant comme base la propre jurisprudence de la Cour de Justice sur la valeur des arrêts ex article 169, ses effets juridiques, la fonction de la procédure d'infraction, etc.

L'auteur estime que le nouveau article 171.2 représente sans doute un pas en avant dans la réalisation de l'objectif général d'assurer l'application du droit communautaire par les Etats membres et, notamment, qu'il contribuera à garantir l'exécution des arrêts de la Cour. Cependant il se demande si ce pas en avant s'articule sur des mécanismes adéquats. La propre option pour un régime de sanctions, sa combinaison avec un régime alternatif d'astreintes, l'absence de réglementation du montant et de de la graduation des sanctions et des astreintes, la discrétionalité dont jouit la Commission pour demander de la Cour l'imposition de telles mesures face à l'Etat membre concerné, ..., représentent certains des aspects qui, d'un point de vue juridique, combent d'inquiétude et de perplexité l'auteur. A son avis, reste a la Commission et à la Cour, et à son bon sens, l'épuration technique des nouvelles dispositions du Traité CE dans la matière dans son application à chaque cas.

