

La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario

Comentario a la STJCE, asunto *Comisión vs. Francia* (C-304/02), de 12-7-2005.

Isaac Martín Delgado

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Doctor Europeo en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO
- II. EL ASUNTO C-304/02, COMISIÓN VS. FRANCIA—1. *Los hechos y la excesiva duración de la fase administrativa del procedimiento por inejecución*—2. *La fase judicial del procedimiento*
- III. ALGUNOS ASPECTOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN—1. *El tiempo de la inejecución*—2. *La prueba de la inejecución*—3. *Las garantías procesales del Estado infractor*
- IV. LAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y SANCIÓN: MULTA COERCITIVA Y SUMA A TANTO ALZADO—1. *La naturaleza jurídica de estas medidas: el artículo 228.2 CE como mecanismo híbrido*—2. *Las cuestiones planteadas por el Tribunal*—A) Posibilidad de imponer una suma a tanto alzado cuando la propuesta de la Comisión es una multa coercitiva—B) Posibilidad de imposición conjunta de ambas medidas—3. *Criterios para la determinación de la suma a tanto alzado*—4. *Una cuestión no tratada en la Sentencia: la aplicación del principio de irretroactividad a la suma a tanto alzado*
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN. EL PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO

Es sabido que en Derecho Comunitario, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, no puede hablarse de ejecución forzosa de las sentencias judiciales, pues no es posible coaccionar a los Estados miembros hasta el punto de sustituirles en el cumplimiento de lo juzgado por el Tribunal de Justicia, así como tampoco lo es embargar sus bienes para asegurar la ejecución de la sentencia.

Ello, sin embargo, no significa la inexistencia absoluta de medios de ejecución. Antes al contrario, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el 1 de noviembre de 1993, existe un mecanismo –cuya aplicación práctica está demostrando su eficacia–, que permite ejercer coerción, esto es, presión indirecta, sobre los Estados recalcitrantes en el incumplimiento a través de la condena al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva como consecuencia de la inejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia declarativa del incumplimiento del Derecho Comunitario. Se trata del procedimiento por inejecución¹, regulado en el art. 228.2 CE.

El procedimiento por inejecución está directamente relacionado con la efectividad y la credibilidad del Derecho Comunitario, así como con la aplicación uniforme del mismo en el territorio de la Unión. De este modo, si el art. 10 CE consagra con carácter general la obligación de los Estados miembros de cooperar lealmente en el cumplimiento de los fines de la Comunidad², el art. 228.1 concreta esa obligación en relación con las sentencias del Tribunal de Justicia declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario y, en su segundo apartado, sanciona la inejecución. Con ello, el procedimiento por inejecución queda directamente vinculado a la conse-

¹ Utilizamos esta denominación, en lugar de la empleada por las instituciones comunitarias –la Comisión y el Tribunal de Justicia, principalmente– y por la mayor parte de la doctrina, porque con ella se designa mejor el contenido del procedimiento contemplado en el mencionado artículo, que tiene por objeto no el incumplimiento del Derecho Comunitario, sino la inejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia declarativa de un incumplimiento. Además, con ello reivindicamos la autonomía del mismo: si bien es cierto que su sustanciación requiere que previamente se haya tramitado un procedimiento por incumplimiento en aplicación de lo previsto en el art. 226 CE y se haya dictado sentencia declarativa de la infracción del Derecho Comunitario, no menos cierto es que no estamos ante un segundo procedimiento por incumplimiento, sino ante un nuevo procedimiento de carácter autónomo, con sus fases –aunque idénticas, independientes– y su objeto propios.

² «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad».

cución de los fines de la Comunidad a través de la sentencia declarativa del incumplimiento del Derecho Comunitario, que hace las veces de punto de unión entre la obligatoriedad del ordenamiento jurídico comunitario y la aplicación efectiva del mismo por parte de los Estados miembros.

La existencia de un medio de presión de la voluntad incumplidora de los Estados ayuda, sin duda, a que la ejecución de las sentencias del Tribunal y, con ella, la del Derecho Comunitario cuyo incumplimiento declaran, no quede al arbitrio de aquéllos. Sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un medio al que la Comisión acude ordinariamente en el ejercicio de su función de control de la aplicación del Derecho Comunitario y que el Tribunal de Justicia ha aplicado ya en varias ocasiones.

El objeto de este comentario es, precisamente, el tercer asunto en el que el Tribunal ha tenido la oportunidad de manifestarse en relación con el mecanismo consagrado en el art. 228.2 CE³.

II. EL ASUNTO C-304/02, *COMISIÓN VS. FRANCIA*

1. Los hechos y la excesiva duración de la fase administrativa del procedimiento por inejecución

En 1991, como consecuencia de la tramitación de un procedimiento por incumplimiento, el Tribunal de Justicia declaró que Francia había incumplido el Derecho Comunitario por no haber activado controles que garantizaran el respeto de las medidas comunitarias de conservación en materia de pesca y, al mismo tiempo, por su pasividad en la persecución de las infracciones de la normativa comunitaria [STJCE, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Francia* (C-64/88), de 11-6-1991].

De este modo, en aplicación de lo previsto en el art. 228.1 del Tratado, la República Francesa quedaba obligada a llevar a cabo todas las medidas necesarias para la ejecución de esa sentencia. En concreto, tenía que esta-

³ El tenor literal del art. 228 CE es el siguiente: «1. 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 de Justicia.

2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, 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 227».

blecer los oportunos controles en relación con el mallado mínimo, la fijación de dispositivos en las redes, las capturas accesorias y el tamaño mínimo del pescado en venta, así como activar procedimientos sancionadores de los infractores. Todo ello, en ejecución de sentencia y para el cumplimiento de lo previsto en los Reglamentos (CEE) 2057/82, del Consejo, de 29-6-1982, por el que se establecen ciertas medidas de control respecto a las actividades pesqueras ejercidas por los barcos de los Estados miembros y 2241/87, del Consejo, de 23-7-1987, por el que se establecen ciertas medidas de control respecto a las actividades pesqueras.

Pocos meses después, en noviembre del mismo año, la Comisión comenzó los primeros contactos con las autoridades francesas para comprobar el grado de ejecución de la sentencia, solicitando la remisión de información sobre las medidas que se hubieren adoptado. Era el comienzo de una relación que iba a durar once años⁴.

En 1992 fueron efectuadas varias visitas *in situ* por parte de los inspectores comunitarios a las zonas francesas en las que se había constatado y declarado el incumplimiento de la normativa comunitaria. En ellas se detectó que, si bien la situación había mejorado, los controles seguían siendo insuficientes. Ante ello, el 11 de octubre de 1993 determinó la Comisión el inicio formal de la fase administrativa del procedimiento por inejecución mediante el envío de una carta de requerimiento en la que se especificaban los extremos que indicaban la inejecución de la Sentencia del Tribunal y se ofrecía al Estado inejecutor la oportunidad de manifestar sus explicaciones al respecto. Así se hizo, pero las mismas no satisficieron plenamente al órgano comunitario, quien continuó manteniendo que seguían sin respetarse determinadas obligaciones comunitarias.

El 14 de abril de 1996 –sorprendentemente, casi tres años después– la Comisión envió al Estado un dictamen motivado en el que se especificaban con mayor detalle los puntos en los que seguía sin conformarse a la Sentencia del Tribunal de Justicia y se fundamentaban las acusaciones. Concretamente, la inejecución se centraba en tres aspectos: el incumplimiento de la normativa relativa a la dimensión mínima de las mallas, la insuficiencia de controles sobre el tamaño del pescado en venta y la permisividad de las autoridades francesas frente a los infractores de la normativa vigente.

Las respuestas del Estado francés tuvieron lugar el 26 de julio de 1996 y el 27 de mayo de 1997, y en ellas se sostenía que la normativa comunitaria era debidamente cumplida. Además, se proporcionó información adicional en escritos posteriores para justificar el esfuerzo que estaban realizando las autoridades nacionales para conseguir la mejora de la situación.

Durante los cuatro años posteriores, los inspectores realizaron nuevas visitas a los lugares en cuestión y comprobaron una vez más que el problema de

⁴ Paradójicamente, en respuesta a esos primeros contactos, el Estado francés manifestó el 22 de enero de 1992 su «intención de hacer todo lo posible para atenerse a las disposiciones» comunitarias.

fondo persistía. Ello llevó a la Comisión a proceder a la emisión de un nuevo dictamen, un dictamen motivado complementario, el 6 de junio de 2000 (más de cuatro años después del primero de ellos), desarrollando de este modo una práctica que no está contemplada en el Tratado. El Gobierno francés respondió con cierta celeridad –el 1 de agosto del mismo año– en defensa de las acusaciones de inejecución.

Aun así, la Comisión decidió solicitar información adicional al Estado (el 15 de febrero de 2001) y procedió a la realización de ulteriores visitas, que comprobaron que el grado de ejecución de la Sentencia era aún insatisfactorio.

Por esta razón, el 27 de agosto de 2002, tras once años de contactos informales y formales, realización de visitas y envío recíproco de escritos e informes, aquélla decidió presentar ante el Tribunal de Justicia un recurso por inejecución, al considerar que Francia no había adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Sentencia de 11-6-1991. En este recurso⁵, la Comisión solicita que se declare que la República Francesa no ha aplicado todas las medidas que implica la ejecución de la mencionada sentencia, al no haber dado cumplimiento a las distintas obligaciones comunitarias impuestas por los Reglamentos más arriba citados, así como que se condene al Estado a pagar a la Comisión una multa coercitiva de 316.500 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia⁶.

La reproducción de las fechas y trámites llevados a cabo durante la prolongada fase administrativa del procedimiento por inejecución tramitado en relación con este asunto se justifica precisamente por su anormal duración y para poner de manifiesto la excesiva flexibilidad con que la Comisión ha hecho uso del mismo. Estamos ante un caso absolutamente atípico en este sentido –tan atípico que en el marco del mismo se ha utilizado una técnica no contemplada en el art. 228.2 CE, cual es el dictamen motivado complementario–, cuya duración no lo ha sido menos.

Para entender la situación de fondo que se plantea en el caso concreto debe tenerse en cuenta la existencia de un problema político que afectaba al mismo: la difícil situación económica de la región francesa en la que se declararon los incumplimientos de la normativa de política pesquera común llevaba a las autoridades nacionales, por motivos puramente políticos, a ser excesivamente permisivas y a posponer continuamente la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia.

En cualquier caso, sin perjuicio de poner de manifiesto que es la Comisión a

⁵ Su contenido fue publicado en DOUE C 247, de 12-10-02, pg. 9.

⁶ El importe, determinado según los criterios contenidos en la *Comunicación de la Comisión sobre el método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE* (DOCE C 63, de 28-2-1997), procede de la multiplicación de las distintas cuantificaciones de los parámetros expuestos en la misma: un coeficiente 10 de gravedad de la infracción, un coeficiente 3 de duración, un coeficiente 21,1 correspondiente a la capacidad de pago de Francia y el tanto alzado de base uniforme, 500 euros.

quien, en el ejercicio de sus competencias y atendiendo a las circunstancias concretas del caso, corresponde la iniciación y el impulso del procedimiento por inejecución en sus trámites administrativos previos a la vía jurisdiccional, no menos cierto es que el correcto cumplimiento de la función que el Tratado le encomienda –velar por la aplicación del Derecho Comunitario, tal y como dispone el art. 211 CE–, y el hecho de que el mecanismo previsto en el art. 228.2 sea el único que puede garantizar eficazmente la ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia declarativas del incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de los Estados miembros, llevan necesariamente a la conclusión de que se exige a aquélla una especial responsabilidad en la materia, principalmente en lo relativo a los plazos. Por esta razón, siendo partidarios de la necesidad y la utilidad de la negociación política entre la Comisión y los Estados miembros infractores en el seno de este tipo de asuntos –no en vano ésta es la finalidad de los contactos informales previos al envío de una carta de requerimiento, que es el trámite procesal que abre formalmente el procedimiento por inejecución–, es necesario insistir en que, comprobada la inejecución años después de la notificación de la sentencia en relación con determinados aspectos, debe darse impulso al procedimiento por inejecución en tiempos más breves.

Somos conscientes no obstante de que, a día de hoy, no existe un recurso procesal que permita corregir la actuación de la Comisión en la fase precontenciosa del procedimiento y que la única vía posible es la llamada a la responsabilidad en el ejercicio de su función⁷. Pero, en cualquier caso, conviene insistir en ello.

En el presente asunto, las inspecciones se prolongaron durante once años, y todas ellas comprobaron que, si bien existían mejoras, en ningún caso eran suficientes para entender ejecutada la Sentencia. A la misma conclusión se llegaba tras el examen de los distintos informes que fue remitiendo el Estado infractor. Por estas razones, aun teniendo en cuenta la existencia de un problema político de fondo y el hecho de que la Comisión debe tomar en consideración el mismo a la hora de ejercer su función de vigilancia y control y de impulso del procedimiento por inejecución, entendemos que la duración del mismo fue excesiva. Ello necesariamente perjudica la eficacia del mecanismo regulado en el art. 228.2, y la perjudica no sólo en

⁷ Comienzan, sin embargo, a apreciarse ligeros movimientos en el sistema comunitario de recursos que, estamos convencidos, terminarán por afectar antes o después a la actuación de la Comisión en el marco del procedimiento por inejecución. En este sentido, debe destacarse la STPI, asunto *Jégo-Quéré vs. Comisión* (T-177/01), de 3-5-2002, en la que el órgano judicial entendió que una persona física o jurídica queda legitimada para interponer un recurso ante el Juez comunitario frente a una disposición comunitaria de carácter general cuando ésta afecte de manera actual y cierta a su situación jurídica, acogiendo así la propuesta realizada por el Abogado General Jacobs en las Conclusiones al Asunto *Unión de Pequeños Agricultores vs. Consejo* (C-50/00), presentadas el 21-3-2002, donde finalmente el Tribunal de Justicia dictó sentencia desestimatoria de tal posibilidad. Para un comentario crítico sobre este asunto, véase Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «La sentencia UPA (C-50/00), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia», publicado en esta REVISTA, núm. 3, 2002, *in totum*.

relación con el Estado miembro frente al cual se está tramitando, sino también respecto del resto de Estados, en tanto en cuanto que los ya sancionados a través de esta vía (Grecia y España) pueden comprobar cómo la «paciencia» –permítase la expresión– de la Comisión con Francia ha sido mayor que la que se ha tenido con ellos, y los restantes pueden percibir un efecto coercitivo *pro futuro* de menor grado. Por otra parte, una menor presión al Estado infractor lleva aparejada la continuación de la infracción de fondo y, por tanto, el incumplimiento del Derecho Comunitario, con lo que siguen sin conseguirse los objetivos que marcan las normas infringidas en la zona geográfica en cuestión y, por ello, resulta imposible la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en relación con ese extremo.

En cualquier caso, como se verá más adelante, el Abogado General con su forma de proceder y el propio Tribunal de Justicia al determinar el importe de las sanciones han paliado en cierto modo estos efectos.

2. La fase judicial del procedimiento

El procedimiento por inejecución tramitado en el Asunto C-304/02 que estamos comentando no sólo ha sido atípico en su fase administrativa previa, sino que lo ha sido igualmente en la fase judicial.

Efectivamente, interpuesto el recurso, el Abogado General –Geelhoed– presentó sus Conclusiones⁸, en las que examina con absoluto detenimiento el funcionamiento del procedimiento en sus distintos aspectos (hecho que, en sí mismo, debe ser valorado positivamente, pues contribuye a aportar claridad), así como las inejecuciones que la Comisión imputa al Estado francés. Sin embargo, apartándose de la propuesta de la Comisión relativa a la imposición de una multa coercitiva, entiende que en el presente caso sería igualmente útil la imposición de una suma a tanto alzado. Por esta razón, propone al Tribunal de Justicia que declare la inejecución y condene a Francia al pago conjunto de una suma a tanto alzado y de una multa coercitiva, novedad absoluta en la corta experiencia aplicativa del art. 228.2 que, hasta el momento, sólo ha dado lugar a la condena al pago de dos multas coercitivas a Grecia y España por sendas inejecuciones. Además, en las ya numerosas propuestas sancionadoras efectuadas por la Comisión en los distintos recursos por inejecución presentados desde que por primera vez hiciera uso del mecanismo en 1997⁹, nunca había solicitado del Tribunal la condena al pago de una suma a tanto alzado. Y, menos aún la imposición conjunta de ambas medidas.

La variación en la propuesta que somete el Abogado General al Tribunal

⁸ Conclusiones del Abogado General Geelhoed, asunto *Comisión vs. Francia* (C-304/02), presentadas el 29-4-2004. En adelante, nos referiremos a ellas como primeras Conclusiones.

⁹ Fue en los Asuntos C-121 y C-122/97, ambos contra Alemania, que fueron archivados con posterioridad. En el año anterior la Comisión había iniciado quince procedimientos por inejecución.

de Justicia llevó a este último a decretar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la reapertura de la fase oral (que se celebró el 3 de marzo de 2004), con el fin de otorgar a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre dos cuestiones¹⁰: de un lado, la facultad de imponer conjuntamente el pago de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado como consecuencia de una misma inejecución; de otro, la posibilidad de condenar al Estado infractor al pago de una suma a tanto alzado cuando la propuesta de la Comisión ha sido la condena a una multa coercitiva. En definitiva, se plantea el asunto relativo a los poderes que posee el Tribunal de Justicia en la fase judicial del procedimiento por inejecución en relación con la determinación de las medidas sancionadoras.

Hasta dieciséis Estados presentaron alegaciones, manifestando su opinión sobre las dos cuestiones planteadas por el Tribunal. La respuesta a ambas fue mayoritariamente negativa. En cualquier caso, interesa destacar que la amplia participación por parte de los Estados miembros es prueba evidente de dos hechos: la importancia que está adquiriendo el procedimiento por inejecución en la práctica ordinaria de la Unión Europea como medio de presión para el cumplimiento del Derecho Comunitario por parte de los Estados miembros, y el respeto que éstos tienen a la posibilidad de ser sancionados como consecuencia de la inejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia.

El Abogado General, por su parte, presentó sus segundas Conclusiones el 18-11-2004¹¹. En ellas da puntual y fundamentada respuesta a las mencionadas cuestiones, manifestándose a favor de la imposición conjunta de una suma a tanto alzado y de una multa coercitiva, así como de la facultad del Tribunal de modificar la propuesta realizada por la Comisión en el recurso por inejecución. En definitiva, es partidario de la competencia plena del Tribunal en la fase judicial del procedimiento.

El Tribunal de Justicia ha dictado Sentencia el 12-7-2005¹². Su contenido será comentado en las siguientes páginas, junto con las Conclusiones del Abogado General, distinguiéndose en función de los aspectos más problemáticos e interesantes del funcionamiento del procedimiento por inejecución sobre los que se pronuncian uno y otro, y aprovechando la ocasión para exponer nuestra opinión al respecto e ir resolviendo de este modo algunas de las dudas que aún siguen abiertas¹³.

¹⁰ Posibilidad que, teniendo en cuenta la relevancia del caso y en aplicación de lo dispuesto en el art. 24 del Estatuto del Tribunal de Justicia, se abrió igualmente al resto de Estados de la Unión.

¹¹ Conclusiones del Abogado General Geelhoed, asunto *Comisión vs. Francia* (C-304/02), de 18-11-2004. En adelante, serán designadas como segundas Conclusiones.

¹² Es la STJCE, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Francia* (C-304/02), de 12-7-2005, cuyo fallo ha sido publicado en el DOUE C 217, de 3-9-2005, pg. 3.

¹³ Son muchas, efectivamente, las cuestiones problemáticas que se derivan de la parca regulación que ofrece el art. 228.2 CE. Quedan aún por resolver, entre otras, cuestiones como la discrecionalidad de la Comisión en las dos fases del procedimiento y el control

III. ALGUNOS ASPECTOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN

1. El tiempo de la inejecución¹⁴

Una de las cuestiones que no aclara el Tratado –con su regulación de míni-

del ejercicio de su función, los plazos en que deben sustanciarse los distintos trámites del procedimiento, la naturaleza jurídica de la multa coercitiva y de la suma a tanto alzado o, incluso, los medios de que dispone el Tribunal de Justicia para ejecutar la sentencia declarativa de la inejecución y condenatoria del Estado infractor. Todas ellas han sido analizadas en *El procedimiento por inejecución en la Justicia Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. A este trabajo nos remitimos en relación con los aspectos no directamente tratados en este comentario.

Asimismo, entre otras contribuciones, deben ser mencionadas las publicaciones de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «Primera multa coercitiva a un Estado Miembro por inejecución de sentencia», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000. pg. 493; BONNIE, A.: «Commission discretion under Article 171 (2) E. C.», en *European Law Review*. Núm. 23. 1998. pg. 537; CANDELA CASTILLO, J.; MONGIN B.: «La Loi Européenne, désormais mieux protégée», en *Revue du Marché Unique Européen*. Núm. 1. 1997. pg. 9; CAPOTORTI, F.: «La procedura sanzionatoria nei confronti degli Stati Membri autori di illeciti comunitari, ai sensi dell'art. 171 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea», en *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1993. pg. 705; DE FRUTOS GÓMEZ, J. M.: «Las sentencias ex art. 171 CEE y el problema de su cumplimiento por el Estado infractor», en *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 11, núm. 3. 1984. pg. 783; FUMAGALLI, L.: «Procedimiento di infrazione, inesecuzione di sentenza e coercizione: prima applicazione dell'art. 228, par. 2 del Trattato CE», en *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 4. 2000. pg. 787; JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros cuando median actos de los particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho Comunitario y Derecho Internacional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000. pg. 15; KLAGES, R.: «Sanctions pécuniaires ex art. 228/CE», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 3, 2000, pg. 679; MARTÍNEZ LAGE, S.: «Los incumplimientos del Derecho Comunitario se pagan (1 y 2)», en *Gaceta Jurídica de la CE*. Boletines núms. 133 y 134; MORI, A.: «Il nuovo art. 171, par. 2, del Trattato CE e le sanzioni per gli Stati Membri inadempienti», en *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4. 1994. pg. 58; MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J.: «A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000, Comisión CE, apoyada por Reino Unido contra Grecia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 208, 2000. pg. 87; SILVA DE LAPUERTA, R.: «La ejecución de las sentencias de incumplimiento por los Estados Miembros», en *Noticias de la Unión Europea*. núm. 178. 1999. pg. 77; THEODOSSIOU, M. A.: «An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with Court of Justice judgments: Article 228 (2) E. C.», en *European Law Review*, vol. 27, núm. 1, 2002. pg. 25; TEZCAN, E.: «Les sanctions prévues par l'article 171, alinea 2 du Traite CE en cas de non-execution dun arret de la Court de Justice par un Etat Membre et les developpements recents a ce propos», en *Revue Europeenne de Droit Public*. Vol. 10. núm. 1. 1998. pg. 39.

Merece, finalmente, ser destacado el artículo de DIEZ-HOCHLEITNER, J.: «La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Miembros», en *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 20 núm. 3. 1993. pg. 837, que adivinó perfectamente el funcionamiento futuro del mecanismo contemplado en el art. 228.2 CE en su mismo año de entrada en vigor.

¹⁴ Nótese que tanto el Abogado General como el propio Tribunal hablan a este respecto de tiempo del incumplimiento. Entendemos más adecuado referirnos al mismo como tiempo de la inejecución porque, como ya ha sido precisado, el objeto del procedi-

mos del procedimiento por inejecución— es la relativa al momento en que se entiende inejecutada la sentencia. Simplemente se limita a decir que si el Estado miembro afectado no hubiere adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en el plazo establecido por la Comisión en su dictamen motivado, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia.

Es jurisprudencia consolidada que la ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento «*debe iniciarse inmediatamente y concluirse en el plazo más breve posible*»¹⁵, lo cual equivale al «*mínimo período necesario para la adopción de las medidas requeridas*»¹⁶. Así lo estableció, además, el Tribunal en la primera sentencia dictada en aplicación del mecanismo regulado en el art. 228.2, donde afirmó que «*la importancia atribuida a la aplicación inmediata y uniforme del Derecho comunitario exige que dicha ejecución se inicie inmediatamente y concluya en el plazo más breve posible*»¹⁷.

En el asunto que estamos comentando, el Abogado General señala en sus primeras Conclusiones que «*en el procedimiento previsto en el artículo 228 CE, apartado 2, la cuestión de si un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones debe determinarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado de la Comisión*» (§ 41). En el caso concreto, el momento que debe tomarse en consideración para comprobar si Francia había cumplido sus obligaciones es la finalización de los dos meses de plazo dados en el dictamen motivado complementario (a contar desde su notificación). El Tribunal de Justicia avala esta afirmación al mantener que «*la fecha para apreciar el incumplimiento imputado corresponde a la expiración del plazo fijado en el dictamen motivado complementario*» (§ 30).

En nuestra opinión, esta afirmación no significa que la inejecución se produzca en ese momento. Estamos ante un plazo necesario cuyo efecto principal es impedir temporalmente la apertura de la fase contenciosa del procedimiento por inejecución —y, con ello, la aplicación de medidas coercitivas—, mediante el cual se otorga al Estado miembro un período de tiempo para el cumplimiento voluntario de la sentencia del Tribunal de Justicia, bajo amenaza de sanción¹⁸. Transcurrido el mismo, queda abierta la vía judicial y la posibilidad de condenar a aquél al pago de una suma a tanto alzado y/o de una multa coercitiva. Sin embargo, la inejecución no tiene lugar materialmente en el momento en que transcurre el plazo dado al Estado en el dictamen motivado, sino a partir de la finalización del período necesario

miento no es el incumplimiento del Derecho Comunitario, sino la inejecución de una sentencia.

¹⁵ STJCE, asunto *Alemania vs. Comisión* (C-8/88), de 12-6-1990.

¹⁶ STJCE, asunto *Comisión vs. Italia* (C-160/85 y 69/86), de 5-11-1986.

¹⁷ STJCE, asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), de 4-7-2000, § 82. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en su segunda sentencia, asunto *Comisión vs. España* (C-278/01), de 25-11-2003, § 27.

¹⁸ En cierto modo, vendría a ser el equivalente a lo dispuesto en el art. 104.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

para la adopción de las medidas requeridas por la sentencia para su completa ejecución y el correcto cumplimiento del Derecho Comunitario. Lo contrario supondría otorgar efectos constitutivos al plazo previsto en el dictamen motivado y, peor aún, restar eficacia al propio procedimiento por inejecución y a la amenaza de sanción.

Por tanto, formalmente la inejecución se constata si, transcurrido el plazo otorgado en el dictamen, el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia; materialmente, sin embargo, ello habrá ocurrido cuando, transcurrido el período mínimo necesario para llevar a cabo tales medidas –lo cual dependerá de la complejidad y circunstancias de las mismas–, éstas no han sido realizadas por el Estado infractor.

A esta misma conclusión se llega analizando la cuestión desde la perspectiva contraria. Es claro –y así se puso de manifiesto en el Asunto C-278/01, ya citado– que si la Comisión ofrece al Estado en su dictamen motivado un período de tiempo que resulta insuficiente en relación con las concretas medidas que deben adoptarse, el recurso por ella presentado ante el Tribunal de Justicia debe ser rechazado. Esto es, si aún no ha transcurrido el mínimo período de tiempo necesario para adoptar las medidas exigidas por el cumplimiento del fallo, no es posible presentar el recurso por inejecución ante el Tribunal de Justicia porque no existe inejecución. De este modo, dado que el Estado no ha dispuesto de ese tiempo mínimo necesario, puede afirmarse que el plazo comprendido en el dictamen motivado cumple una función meramente formal, porque materialmente la inejecución se produce cuando, transcurrido un tiempo razonable desde la notificación de la sentencia declarativa del incumplimiento, el Estado infractor sigue sin poner fin al mismo.

A mayor abundamiento, la respuesta es la misma si se contempla la cuestión desde la óptica del propio incumplimiento. Imaginemos el caso de una sentencia que declara que un Estado ha vulnerado la normativa comunitaria en materia de vertidos tóxicos. Pues bien, si después de la sentencia el Estado en cuestión vuelve a realizar vertidos de este tipo, de los declarados ilegales y contrarios a las normas comunitarias reguladoras de la materia, no habrá un nuevo incumplimiento susceptible de ser declarado mediante la tramitación del procedimiento regulado en el art. 226 CE, sino que estaremos ante una inejecución, que ya estará materializada aun cuando la Comisión decida seguir los contactos previos con el Estado para que éste le comunique las razones por las cuales continúa realizando los mismos y envíe con posterioridad una carta de emplazamiento y un dictamen motivado con un nuevo plazo para la ejecución de la sentencia; en tal situación, el transcurso de este plazo no indicará sino que queda expedita la vía judicial y la posibilidad de solicitar al Tribunal de Justicia la aplicación de las medidas contempladas en el art. 228.2 CE, pero la inejecución ya habrá sido realizada.

La función de la Comisión es vigilar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho Comunitario y, en relación con el tema que nos ocupa, comprobar si el Estado declarado infractor por una sentencia ema-

nada en el marco del procedimiento regulado en el art. 226 ha llevado a cabo las medidas necesarias para dar ejecución a la misma. Cuando entiende que no ha sido así y procede a iniciar formalmente el procedimiento por inexecución a través del envío de una carta de requerimiento, ya está constatando que la inexecución existe o, al menos, que la ejecución no ha tenido lugar aún. La carta de requerimiento y el dictamen motivado no son más que requisitos procesales exigidos por el derecho de defensa del Estado, cuya garantía busca el procedimiento por inexecución, a través de los cuales se explicitan por qué la Comisión considera que se ha inexecutado la sentencia (o, dicho en los términos del Tratado, el Estado no ha procedido a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la misma), y se ofrece al Estado la posibilidad de justificar las mismas o demostrar que sí se han llevado a cabo debidamente. Además, una vez presentado el recurso por inexecución, donde la Comisión somete los hechos al Tribunal solicitando la imposición de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva, la primera función del Tribunal consiste en determinar si ha habido o no inexecución –esto es, si transcurrido un plazo razonable para ello, el Estado no ha procedido aún a adoptar las medidas exigidas por el fallo– y, en caso afirmativo, declarar la misma. La sentencia, en relación con ese extremo, es meramente declarativa.

En definitiva, en pocas ocasiones coincidirá el plazo dado en el dictamen motivado con el mínimo período de tiempo necesario para la adopción de las medidas exigidas para ejecutar la sentencia declarativa del incumplimiento. Aquél no es más que una garantía del Estado, al que se le ofrece una última oportunidad para dar cumplimiento voluntario a la decisión judicial y se le asegura que antes del transcurso del mismo no podrá sufrir ningún tipo de medida coercitiva por parte del Tribunal, pero nada más. La inexecución materialmente existe y ello tiene su reflejo a la hora de determinar tanto la medida que va a ser aplicada como el importe de la misma.

Confirma esta argumentación lo afirmado por el propio Abogado General Geelhoed en sus primeras Conclusiones. En su opinión, teniendo en cuenta que la ejecución ha de iniciarse inmediatamente y concluirse en el plazo más breve posible, el hecho de que, durante las distintas inspecciones practicadas por la Comisión se comprobaba que continuaban las irregularidades *«constituye un claro indicio de que, en cualquier caso, no se había ejecutado la obligación de poner fin al incumplimiento» en el plazo más breve posible»* (§ 90). Por tanto, la inexecución existe, aunque se declare con posterioridad y aún siendo necesario el transcurso del período de cumplimiento voluntario que, a modo de última oportunidad, se concede al Estado miembro en el dictamen motivado.

La determinación del tiempo de la inexecución no es cuestión baladí; antes al contrario, la argumentación que acaba de exponerse tiene dos efectos inmediatos.

En primer lugar, pone de manifiesto la laguna contenida en la regulación del procedimiento por inexecución, en el sentido de que si el Estado corrige

su actuación infractora con anterioridad al transcurso del plazo dado por la Comisión en su dictamen motivado, no hay posibilidad de imponer medida coercitiva alguna –porque el recurso por inejecución no puede ser presentado ante el Tribunal de Justicia–¹⁹. La existencia de tal omisión lleva necesariamente a que, en cada caso, deba comprobarse si la inejecución alegada por la Comisión, primero en su dictamen motivado y después en el recurso que presenta ante el Tribunal, persiste hasta el examen de los hechos por este último. Consideramos que se trata de una laguna porque para este tipo de casos también debería haberse previsto la posibilidad de imponer una sanción, en forma de suma a tanto alzado, que castigase la inejecución materialmente producida. Un ejemplo claro de la impunidad que podría derivarse de esta omisión lo tenemos precisamente en los supuestos del tipo que estamos comentando: imaginemos que un Estado está once años sin dar ejecución a una sentencia y, durante el período contenido en el dictamen motivado, pone fin a la inejecución. Ante tal situación, de conformidad con el Tratado, no sería posible presentar un recurso ante el Tribunal de Justicia solicitando la declaración de que aún no se ha dado cumplimiento a una sentencia y la imposición de una sanción por tal motivo, porque carecería de objeto –la inejecución ya ha sido corregida–. Sin embargo, quedaría sin castigo una situación materialmente infractora, con la consecuente pérdida de efecto coercitivo *pro futuro* del mecanismo contemplado en el art. 228.2 y el subsiguiente detrimento de la efectividad y aplicación uniforme del Derecho Comunitario.

Una interpretación teleológica del precepto nos debe llevar a afirmar la posibilidad de que la Comisión plantee el recurso por inejecución solicitando del Tribunal de Justicia que declare que, si bien ya no hay inejecución, sí la hubo entre el tiempo transcurrido desde la finalización del período de tiempo necesario para adoptar las medidas exigidas por la ejecución de la sentencia hasta tal adopción, y solicitando la imposición de una suma a tanto alzado –que no en vano es una sanción y su finalidad es cumplir un papel coercitivo– por la inejecución.

En segundo lugar, el factor duración empleado para el cálculo del importe de la condena pecuniaria tendrá en cuenta el período de tiempo transcurrido desde la inejecución material de la sentencia declarativa del incumplimiento, y no el transcurrido desde la finalización del plazo concedido al Estado infractor en el dictamen motivado²⁰.

¹⁹ La única referencia a este extremo que encontramos en el asunto *Comisión vs. Francia* (C-304/02) proviene de la alegación del Gobierno francés, según el cual, la prueba que demuestra que el art. 228.2 CE no permite la aplicación conjunta de una suma a tanto alzado y de una multa coercitiva a un mismo supuesto radica en el hecho de que si el Estado infractor ejecuta la sentencia con anterioridad al término del plazo contenido en el dictamen motivado, no puede aplicarse medida sancionadora alguna. Para el Abogado General, ello no hace sino demostrar que la mera eventualidad de la imposición de una sanción económica surte efectos disuasorios frente a los Estados inejecutores.

²⁰ Nótese que esta afirmación es, en sí misma, un argumento más a favor de que la inejecución se produce cuando transcurre el período de tiempo necesario para la adopción de las medidas exigidas para el cumplimiento del fallo. En tal sentido, tanto la

2. La prueba de la inejecución

Otra de las cuestiones tampoco aclaradas por el tenor literal del art. 228 CE, y sobre la que sí se pronuncian Abogado General y Tribunal de Justicia en el presente asunto, es a quién corresponde probar la inejecución de la sentencia del Tribunal. Se trata en este caso de determinar si la prueba de la adopción de las medidas necesarias para la completa ejecución de la sentencia corresponde a la Comisión –en cuyo caso, debería demostrar la inejecución– o, por el contrario, al propio Estado infractor –que debería probar que ha dado debido cumplimiento al fallo–.

En Tribunal de Justicia ya se había pronunciado sobre este extremo, si bien sólo indirectamente, en su Sentencia de 4-7-2000, donde afirmó que «*le corresponde a la Comisión facilitar los elementos necesarios para determinar el estado de ejecución por parte de un Estado miembro de una sentencia por incumplimiento*» (§ 73)²¹.

En el asunto que estamos comentando, el Abogado General Geelhoed, en sus primeras Conclusiones, afirmó que «*la determinación de una infracción en el sentido de los artículos 226 y 228 CE se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Tratado o un acto de Derecho derivado*» (§ 45). Como consecuencia de ello, entiende que a la Comisión compete poner de manifiesto la situación material de inejecución a través de sus informes, correspondiendo al Estado desvirtuar las comprobaciones efectuadas por aquella²². El Tribunal de Justicia

Comisión como el Tribunal coinciden al mantener que, en el momento de concretar el índice del factor duración, con el fin de proceder a la determinación de la cuantía de la condena pecuniaria, tienen en cuenta el tiempo transcurrido desde la sentencia declarativa del incumplimiento, y no desde la finalización del plazo otorgado en el dictamen motivado.

²¹ En el marco de este asunto, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer se mostró partidario de la inversión de la carga de la prueba, de tal modo que, a su entender, correspondía al Estado y no a la Comisión, demostrar que se había puesto fin al incumplimiento declarado, procediendo así a la ejecución de la sentencia; sobre ésta simplemente recaía la obligación de presentar sucintamente «*las obligaciones cuyo cumplimiento no ha quedado plenamente demostrado*» [§ 77 de sus Conclusiones, asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), presentadas el 28-9-1999].

Esta interpretación ha sido acogida por Teresa FAJARDO DEL CASTILLO, para quien la no inversión de la carga de la prueba en el procedimiento por inejecución implica conceder al Estado incumplidor un estatuto privilegiado, algo que tendría efectos perjudiciales para la propia ejecución de las sentencias del Tribunal, dado que supone renunciar a un medio que contribuiría a hacer que el Estado fuese más diligente en el cumplimiento de sus obligaciones, «*Primera multa coercitiva a España en aplicación del procedimiento del artículo 228.2 del Tratado CE.: Comentario a la sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 2003, As. C-278/01 (Comisión contra España)*», Iustel: *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, pgs. 6, 9 y 10.

²² Hasta tal punto es así que el Abogado General considera que, dado que no puede determinarse con suficiente certeza si Francia está persiguiendo adecuadamente las infracciones cometidas contra las normas de la política pesquera común, debe entenderse que en relación con esa cuestión el Estado tampoco ha ejecutado íntegramente la sentencia del Tribunal de Justicia (§ 80). En otras palabras, los indicios derivados de los informes

vuelve a confirmar la postura del Abogado General, consolidando así lo mantenido en su primera sentencia, de modo que puede afirmarse que «*el procedimiento establecido en el artículo 228 CE se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de sus obligaciones*» (§ 44), comprobación que corresponde a la Comisión a través de sus informes²³.

No se trata, pues, simplemente de señalar que no ha quedado demostrado el cumplimiento del Derecho Comunitario, sino de aportar elementos objetivos que indiquen que ello es así. La carga de la prueba, de este modo, recae sobre la Comisión. Sin embargo, no se le exige que demuestre detalladamente todos y cada uno de los extremos de la inejecución, sino que basta con que de sus informes y actuaciones se derive objetivamente –juicio que corresponde al Tribunal–, que el incumplimiento persiste y, por tanto, aún no se ha dado ejecución a una sentencia anterior. En esta tarea se exige una especial colaboración del Estado, de carácter doble: en aplicación del art. 10 CE, que facilite a la Comisión todos los datos que ésta pueda necesitar para el cumplimiento y el ejercicio de su función de comprobar la ejecución²⁴; en aplicación del principio de defensa, deberá demostrar que los elementos aportados por la Institución comunitaria no son suficientes para probar la inejecución por haberse adoptado las medidas adecuadas para dar cumplimiento a la sentencia.

En cualquier caso, la controversia ya está delimitada por la anterior sentencia declarativa del incumplimiento –la sentencia inejecutada–, pues en ella se determinan los elementos de Derecho Comunitario que han resultado incumplidos por el Estado y de ellos se derivan directamente las medidas que deben ser adoptadas por éste para poner fin al mismo y ejecutar la sentencia, algo que, evidentemente, facilita la tarea probatoria de la Comisión²⁵.

3. Las garantías procesales del Estado infractor

Como quedó expuesto en la relación de los hechos acaecidos en la tramitación del procedimiento por inejecución relativo al asunto que estamos comentando, una vez emanadas las primeras Conclusiones del Abogado General, el Tribunal entendió necesario decretar la reapertura de la fase oral, con el fin de dar a las partes –y al resto de Estados integrantes de la Unión–,

y documentos presentados por la Comisión son suficientes para obligar al Estado a desvirtuar la conclusión a la que llevan los mismos, de tal forma que, si no lo hace, se entiende que la sentencia ha sido inejecutada en relación con ese extremo.

²³ En el caso concreto, el Tribunal mantiene que la Comisión ha aportado elementos suficientes para demostrar que la inejecución existe, de forma tal que «*corresponde al Estado miembro de que se trata impugnar de forma sustancial y detallada los datos presentados y las consecuencias derivadas de ellos*» (§ 56), algo que entiende no conseguido.

²⁴ Recuérdense que el último inciso del primer apartado del art. 10 establece que los Estados «*[f]acilitarán a esta última (la Comunidad) el cumplimiento de su misión*».

²⁵ Nos remitimos sobre esta cuestión a *El procedimiento por inejecución...*, op. cit., pgs. 108 a 110.

la posibilidad de pronunciarse sobre los nuevos extremos no planteados en el recurso interpuesto por la Comisión (cambio de medida sancionadora e imposición conjunta de multa coercitiva y suma a tanto alzado).

Con ello se buscaba garantizar el derecho de defensa del Estado infractor, permitiéndole la oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones que no habían sido discutidas en el procedimiento.

La medida no satisfizo plenamente al Estado francés, que alegó que el procedimiento por inejecución comprende no sólo una fase oral, sino también otra escrita, y en ella no tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre la imposición de una suma a tanto alzado porque la Comisión no había planteado la aplicación de esa medida. Además, algunos de los Gobiernos que se personaron en el procedimiento, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el art. 24 del Estatuto del Tribunal de Justicia, alegaron que un cambio en la medida coercitiva solicitada por la Comisión en su recurso podría implicar un exceso respecto de lo pedido, vulnerando así el principio *ne ultra petitum*²⁶.

En opinión del Abogado General, manifestada en sus segundas Conclusiones, no hay tal vulneración en tanto que el procedimiento contemplado en el art. 228.2 es «sui generis, *carente de un equivalente en los ordenamientos jurídicos nacionales*», que «no puede ser comparado con los procedimientos civiles». Además, dado que se trata de un mecanismo cuyo objeto es la inejecución de una sentencia que implica la prolongación de una situación de ilegalidad por un período de tiempo relativamente amplio, comprometiendo así la

²⁶ Junto con estas alegaciones, también se planteó como argumento en contra de la posibilidad de imposición de una suma a tanto alzado el principio de igualdad, al entender que podría incurrirse en discriminación en relación con los dos casos anteriores en los que el Tribunal se ha pronunciado al respecto. No obstante, tanto el Abogado General como el propio Tribunal rechazan la alegación desde el momento en que en el caso sometido a su examen la infracción es muy distinta de las cometidas en los dos supuestos anteriores, principalmente por la duración de la inejecución. Por tanto, la condena al pago de una medida distinta para este caso no es contraria al principio de igualdad, porque las situaciones comparadas son muy diferentes.

Por otra parte, se alegó también posible vulneración del principio de seguridad jurídica, por la ausencia de orientaciones y criterios para el cálculo de la suma a tanto alzado –recuérdese que la Comunicación elaborada por la Comisión en 1997 con concretos métodos de cálculo sólo se refería a la multa coercitiva–. No obstante, nuevamente Abogado General y Tribunal coinciden al mantener que, aunque sería muy recomendable la existencia de tales criterios, en ningún caso el Tribunal está subordinado a la existencia de los mismos en el ejercicio de su poder de ejecución y sancionador al amparo de lo dispuesto en el art. 228.2 CE. Además, el Tratado es claro en cuanto a la posibilidad de ser castigado con la imposición de una suma a tanto alzado.

De hecho, de aceptar esta argumentación, el mecanismo contemplado en el Tratado no habría podido ser empleado en ningún caso en ausencia de las Comunicaciones de la Comisión, y no es así. A mayor abundamiento, en la práctica ordinaria de la Comisión en los distintos procedimientos por inejecución abiertos hasta el momento, se incluye siempre –es obligatoria– una referencia a la eventualidad de la imposición de sanciones si continúa la inejecución. Se volverá sobre estas cuestiones más adelante.

plena y uniforme aplicación del Derecho Comunitario y los intereses del resto de Estados miembros y ciudadanos de la Comunidad, ello «*constituye la razón de ser de la competencia plena del Tribunal y diferencia este procedimiento de los procedimientos (...) de derecho civil*» (§ 26)²⁷.

En consecuencia, desde el momento en que el Tribunal posee competencia plena para determinar la medida sancionadora que debe ser impuesta, con total libertad frente a la propuesta efectuada por la Comisión, basta con dar al Estado la posibilidad de pronunciarse sobre el eventual cambio para que quede asegurado el correcto y legítimo ejercicio de su derecho de defensa.

De este modo, en los casos en que el Tribunal decida agravar la propuesta realizada por la Comisión, como señala el Abogado General en sus segundas Conclusiones, basta con que «*se permita a éstas (las partes) pronunciarse sobre el fondo de la alternativa propuesta en una fase ulterior del procedimiento*» (§ 35)²⁸.

El Tribunal reafirma una vez más la posición del Abogado General, manteniendo que «*el procedimiento previsto en el artículo 228 CE, apartado 2, es un proceso judicial especial, propio del Derecho comunitario, que no puede asimilarse a un proceso civil*» (§ 91). De este modo, no resultan aplicables principios como el de *ne ultra petitum*. Además, considera el órgano judicial que Francia ha dispuesto de tiempo más que de sobra para proceder a su defensa, por las distintas oportunidades que le ha ofrecido la Comisión –recuérdese que en el seno de este procedimiento se emitió un dictamen motivado complementario cuatro años después del primero y, en fase judicial, se procedió a la reapertura de la fase oral– y, por tanto, «*ha tenido la posibilidad de presentar observaciones sobre todos los elementos de Derecho y de hecho necesarios para determinar tanto la persistencia y la gravedad del incumplimiento que se le imputa, como las medidas que se pueden imponer para que se le ponga fin*» (§ 97).

La escasa regulación ofrecida por el Tratado plantea problemas como los señalados por los Estados personados en el procedimiento por inejecución abierto en el asunto C-304/02. Así, la garantía de los principios de defensa, seguridad jurídica o tipicidad queda disminuida –desde luego, es menor que si existiera una regulación completa de procedimiento por inejecución, a través de un reglamento promulgado en desarrollo del art. 228.2–. Efecti-

²⁷ Esta peculiaridad del procedimiento por inejecución se manifiesta igualmente en las medidas que pueden imponerse tras la tramitación del mismo. De este modo, en opinión del Abogado General, «*constituyen instrumentos que, por su propia naturaleza, son propios del ordenamiento jurídico comunitario y no pueden ser asimiladas sin más a los mecanismos sancionadores existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sean éstos penales, administrativos o civiles*» (§ 11 de sus segundas Conclusiones).

²⁸ Lo cual puede hacerse, como en el presente caso, a través de la reapertura de la fase oral, en aplicación de lo dispuesto en el art. 61 del Reglamento de Procedimiento, o por medio del requerimiento de información escrita, en aplicación de los arts. 60 y 45.2. Incluso, cuando la posibilidad de agravar la propuesta realizada por la Comisión se adopte con anterioridad, el propio trámite de audiencia podrá servir a tales efectos. Las distintas posibilidades han sido indicadas por el Abogado General en sus segundas Conclusiones (§ 36).

vamente, no se conocen cuáles son los criterios para la determinación de la cuantía de la suma a tanto alzado. Además, los propios criterios aportados por la Comisión en su Comunicación de 1997 no son sino una autoimposición, que no vincula al Tribunal de Justicia y, por tanto, no es seguro que vaya a hacer uso de los mismos en un procedimiento determinado. Es cierto que tanto la Comisión en todos los procedimientos abiertos hasta el momento, como el Tribunal de Justicia en las tres ocasiones en que ha aplicado el art. 228.2, han respetado y hecho uso de los mismos, lo cual contribuye sin duda a la existencia de una mayor seguridad jurídica. Pero no menos cierto es que el presente caso vuelve a poner de manifiesto (porque plantea una cuestión que no había sido suscitada hasta el momento en nueve años de práctica procedimental) la necesidad de esta regulación general y completa²⁹.

En cuanto al reconocimiento de la posibilidad de conceder más allá de lo pedido y su relación con la defensa del Estado miembro, entendemos que, junto con la argumentación utilizada por el Abogado General y por el Tribunal de Justicia, conduce igualmente a esta conclusión el hecho de que la Comisión Europea no ocupa en el seno del procedimiento una función de demandante, sino que auxilia al Tribunal de Justicia en la persecución de las infracciones del Derecho Comunitario y, en este tipo de casos, en la vigilancia de la ejecución de sus sentencias. No se sustancia, pues, una disputa Comisión-Estado, sino que en el mismo se manifiesta una función de la Comisión: velar por el cumplimiento del Derecho Comunitario. De hecho, ni siquiera se concede a ésta la facultad de imponer la sanción, sino que se trata de una simple propuesta, cuya determinación corresponde al Tribunal. Por tanto, puede rebasarse o, incluso, cambiarse lo pedido por la Comisión, porque no deja de ser una propuesta realizada por un colaborador del Tribunal. Para ello, basta con garantizar que el Estado tiene la posibilidad de pronunciarse al respecto.

Finalmente, entendemos que el hecho de que en los dos supuestos en que el Tribunal ha aplicado el art. 228.2 CE no se haya impuesto una suma a tanto alzado no supone vulneración del principio de igualdad de trato, pues la naturaleza de las circunstancias, la gravedad de las mismas y la persistencia de la inexecución lo exigen ahora y no lo exigían entonces.

IV. LAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y SANCIÓN: MULTA COERCITIVA Y SUMA A TANTO ALZADO

1. La naturaleza jurídica de estas medidas: el artículo 228.2 CE como mecanismo híbrido

El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en las Conclusiones emanadas en el Asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), presentadas el 28-9-1999, se

²⁹ En relación con este extremo nos remitimos a *El procedimiento por inexecución...*, op. cit., pgs. 57 a 60 y 122-123.

refirió al procedimiento consagrado en el art. 228.2 como «*un peculiar trámite de ejecución de sentencias*» (§ 42). Siendo esto cierto –por el carácter de internacionalidad inherente a la constitución de las Comunidades Europeas, que aún pervive–, no lo es menos el hecho de que la única finalidad del mismo no es poner fin al incumplimiento, puesto que posee igualmente una marcada finalidad sancionadora de las inejecuciones³⁰.

La finalidad perseguida por el procedimiento por inejecución, pues, es doble: de un lado busca asegurar la efectividad del ordenamiento jurídico comunitario y el respeto por parte de los Estados de las obligaciones derivadas del mismo; de otro, pretende garantizar la posición institucional del Tribunal de Justicia, como órgano jurisdiccional de la Unión Europea³¹.

Ésta es la razón que justifica la existencia de dos medidas coercitivas³² como respuesta a la inejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia declarativa del incumplimiento del Derecho Comunitario: multa coercitiva y suma a tanto alzado.

Así lo confirma el Abogado General Geelhoed en sus primeras conclusiones al afirmar que «*[e]l objetivo fundamental del artículo 228 CE, apartado 2, es garantizar que los Estados miembros cumplan en última instancia las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado poniendo fin a las infracciones lo antes posible (...). En vista de las posibles consecuencias perjudiciales del incumplimiento prolongado de las obligaciones derivadas del Tratado para la consecución de los objetivos de las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias, considero que el artículo 228 CE, apartado 2, debe aplicarse de modo que en determinadas circunstancias, las sanciones pecuniarias no sólo sean idóneas para instar al cumplimiento, sino que también produzcan un efecto preventivo. En este sentido, deben producir un efecto disuasorio*» (§§ 86 y 87)³³.

³⁰ Así lo mantenemos en *El procedimiento por inejecución...*, op. cit., pgs. 145 a 147. En esta segunda finalidad insiste, y mucho, el Abogado General Geelhoed en sus segundas Conclusiones. En su opinión, para evitar el riesgo de la falta de uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario y del incumplimiento de las obligaciones de él derivadas, «*conviene que el art. 228 n.º 2, CE sea interpretado y aplicado como freno al incumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones derivadas de las disposiciones del Tratado*» (§ 12).

³¹ Finalidad esta segunda igualmente relacionada con la primera en tanto en cuanto que la inejecución de una sentencia, como señala el Abogado General en sus segundas Conclusiones, afecta al principio de legalidad y a la igualdad de trato de los Estados miembros, desestabilizando el ordenamiento comunitario y afectando a su credibilidad (§ 7).

³² Entendemos la coerción como presión ejercida sobre la voluntad del Estado para la consecución de un fin pretendido, cual es la ejecución de la sentencia que declara un incumplimiento de las obligaciones comunitarias asumidas por el mismo; de ahí que hablemos de medidas coercitivas, puesto que tanto la multa coercitiva como la suma a tanto alzado persiguen esa finalidad y cumplen tal función de presión indirecta y no de realización directa de la actividad material necesaria para el cumplimiento del fallo, en cuyo caso hablaríamos de coacción.

³³ Profundiza sobre esta cuestión en sus segundas Conclusiones cuando mantiene que «*[l]a razón de ser de la sanción económica consiste en primer lugar en el hecho de que el Estado miembro en cuestión no ha respetado una sentencia del Tribunal (...). Otro motivo que justifica la imposición de una sanción económica (...) consiste en que el Estado miembro (...) mantiene una*

De este modo, multa coercitiva y suma a tanto alzado no son alternativas, sino complementarias. La imposición conjunta es posible por la distinta naturaleza que poseen una y otra, cuestión ciertamente importante³⁴.

Es evidente que, en un caso como el presente, una multa coercitiva no tendría efecto disuasorio alguno o, al menos, no tanto como si se aplica una suma a tanto alzado³⁵. Más adelante se tendrá oportunidad de profundizar en relación con este aspecto.

Quien mejor expresa lo que queremos transmitir es, una vez más, el Abogado General en sus segundas conclusiones, donde mantiene que «[l]as sanciones en cuestión tienden a garantizar la actuación de las sentencias del Tribunal de dos modos. En primer lugar, previendo la posibilidad de imponer una sanción en el caso en que un Estado miembro no respete una sentencia del Tribunal, para hacer desventajoso el mantenimiento de una infracción con posterioridad a una sentencia de las del art. 226 CE. En este sentido, la sanción tiene un efecto preventivo general. En segundo lugar, cuanto un Estado miembro haya omitido las disposiciones necesarias para conformarse a la primera sentencia que declara un incumplimiento y la Comisión haya interpuesto un recurso con el fin de que venga declarado el mismo, la sanción económica sirve para crear la posibilidad de ejercer una presión suficiente que conduzca al Estado miembro a ejecutar en el caso concreto. En este sentido la sanción posee un efecto persuasivo específico» (§10).

Este doble efecto del procedimiento por inejecución, reflejado en la imposición de dos medidas que poseen distinta naturaleza jurídica y, por tanto,

situación ilícita, con las consiguientes consecuencias negativas sobre el funcionamiento del ordenamiento comunitario» (§§ 7 y 8).

³⁴ Discrepamos así de lo mantenido por el Abogado General en sus segundas Conclusiones, donde afirma que «la cuestión de si una sanción pecuniaria deba ser calificada como medida punitiva o no es irrelevante. El procedimiento previsto por esta disposición (el art. 228.2 CE) no puede ser asimilado a los mecanismos coercitivos existentes a nivel nacional. Éste persigue un objetivo propio en el marco del ordenamiento jurídico comunitario que está destinado a garantizar que los Estados miembros respeten las reglas de dicho ordenamiento. Éste es el punto esencial» (§ 43). Siendo acertado que estamos en dos planos totalmente distintos y, por tanto, no caben aplicaciones analógicas de sistemas jurídicos, no debe olvidarse que en el ámbito del Derecho Comunitario rigen determinados principios propios del Derecho Sancionador. Por esta razón, si calificamos una determinada medida como sanción, su previsión y su aplicación deberán respetar tales principios. Uno de ellos es el principio de irretroactividad, y a él se hará referencia en el último epígrafe de este comentario.

³⁵ Por esta razón el Abogado General afirma en sus primeras Conclusiones que la multa coercitiva «constituye una sanción de carácter condicional. Cuando un Estado miembro logra cumplir las obligaciones que infringía antes de verse obligado a pagar una sanción de tal naturaleza, el resultado final es que no se ha impuesto ninguna sanción. Por consiguiente, aun cuando es efectiva porque garantiza en última instancia el cumplimiento, la imposición de una multa coercitiva puede no ser siempre una respuesta adecuada a un incumplimiento. Para que se produzca un efecto disuasorio, una sanción económica impuesta con arreglo al artículo 228 CE, apartado 2, debe tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes del incumplimiento controvertido» (§ 88). En consecuencia, ambas medidas, cuando la naturaleza y circunstancias del caso exigen que se persigan sendas finalidades, son complementarias. De ello se deriva, además, la posibilidad de imponer ambas conjuntamente para sancionar una misma inejecución, como se verá inmediatamente.

diferente finalidad, determina la respuesta a las cuestiones que el Tribunal de Justicia somete a las partes y al resto de Estados miembros.

2. Las cuestiones planteadas por el Tribunal

Como ya se ha señalado, la propuesta realizada por el Abogado General en sus primeras Conclusiones llevó al Tribunal de Justicia a determinar la reapertura de la fase oral para otorgar tanto a las partes como al resto de Estados miembros de la Unión la oportunidad de pronunciarse sobre dos extremos: la posibilidad imponer una medida distinta de la solicitada por la Comisión y la posibilidad de imponer conjuntamente el pago de una multa coercitiva y una suma a tanto alzado por una misma inejecución.

Junto con la Comisión Europea y Francia (las partes del proceso), se personaron en el mismo, presentando alegaciones en respuesta a las dos preguntas planteadas, un total de dieciséis Estados. La mayor parte de los mismos se mostraron contrarios a tales posibilidades.

A) *Posibilidad de imponer una suma a tanto alzado cuando la propuesta de la Comisión es una multa coercitiva*

La cuestión relativa a la posibilidad de modificar la propuesta de la Comisión está directamente relacionada con los poderes del Tribunal y de la Comisión en la fase judicial de la ejecución de sentencias.

En los dos casos en los que el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, ha manifestado con claridad que a él «*le corresponde exclusivamente (...) apreciar lo que es justo, proporcionado y equitativo*», de tal modo que las propuestas de la Comisión, simplemente «*constituyen una referencia útil*»³⁶. En otras palabras, la Comisión propone y el Tribunal impone, sin vinculación alguna a la propuesta de aquélla.

Los Estados miembros que se personaron en el procedimiento, sin embargo, no lo consideran así en su mayor parte. Si bien para unos el Tribunal posee facultad discrecional en relación con este extremo³⁷, otros entienden que el cambio de medida frente a la propuesta por la Comisión –y, por tanto, otorgar discrecionalidad al Tribunal de Justicia– supone vulneración de los principios de seguridad jurídica, transparencia e igualdad de trato³⁸. Alemania emplea en tal sentido un argumento político para negar tal posibilidad: el Tribunal de Justicia carece de la legitimidad política necesaria para modi-

³⁶ Son palabras de la STJCE, asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), de 4-7-2000 (§§ 80 y 89). Estas afirmaciones fueron reiteradas en la STJCE, asunto *Comisión vs. España* (C-278/01), de 25-11-2003 (§ 41).

³⁷ República Checa, Hungría y Finlandia.

³⁸ Así se manifiestan la condenada Francia, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Irlanda, Holanda, Austria, Polonia y Portugal.

ficar apreciaciones de oportunidad política como son las que realiza la Comisión en el seno del procedimiento por inejecución³⁹.

El Abogado General Geelhoed aporta en sus segundas Conclusiones un nuevo argumento a favor de tal posibilidad. En su opinión, «*el Tribunal se encuentra en la mejor posición para establecer si la situación existente en el Estado miembro en cuestión es o no conforme a la sentencia por él pronunciada con base en el art. 226 CE y para valorar la gravedad de la infracción continuada ponderando todos los intereses en juego*» (§ 24). Ello le lleva a manifestar que es perfectamente posible que el Tribunal, en el ejercicio de su competencia plena, imponga una suma a tanto alzado al Estado responsable de una inejecución aun cuando la Comisión hubiera propuesto el pago de una multa coercitiva (§ 37). Bastará para ello con dar a aquél la posibilidad de pronunciarse al respecto, como se hizo en el caso que se comenta.

El Tribunal de Justicia se muestra de nuevo inflexible en relación con este extremo. Bajo su punto de vista, una vez que la Comisión ha ejercido su facultad discrecional de iniciar el procedimiento⁴⁰, «*la cuestión de si el Estado miembro afectado ha ejecutado o no una sentencia anterior del Tribunal de Justicia está sujeta a un procedimiento jurisdiccional en el que las consideraciones políticas carecen de pertinencia*», de modo tal que «*la oportunidad de imponer una sanción pecuniaria y la elección de la sanción que mejor se ajusta a las circunstancias del asunto sólo pueden ser apreciadas a la luz de las conclusiones a que llegue el Tribunal de Justicia en la sentencia que dicte con arreglo al artículo 228, apartado 2*» (§ 90).

Estamos en el ámbito de la función jurisdiccional, y no de la función ejecutiva. En consecuencia, la decisión final –y así se deduce claramente de lo dispuesto en el art. 228.2 CE–, corresponde al Tribunal, y no a la Comisión. Por esta razón, las propuestas de la Comisión «*sólo constituyen una referencia útil*» (§ 103), y corresponde al Tribunal de Justicia fijar tanto la medida a imponer como la cuantía de la misma.

Resulta perfectamente posible, en definitiva, cambiar en fase contenciosa la medida solicitada por la Comisión en su recurso, precisamente porque se trata de una mera propuesta y no de una imposición susceptible de control

³⁹ Debe destacarse que este argumento no resulta novedoso. Ya el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en las Conclusiones del Asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), presentadas el 28-9-1999 (§ 90), se mostró contrario a la posibilidad de que el Tribunal de Justicia modificara discrecionalmente la propuesta de sanción de la Comisión por el hecho de que, desde el momento en que esta decisión exige la puesta en práctica de opciones de tipo político, ello implicaría trasladar al Tribunal la apreciación de consideraciones de oportunidad política, con grave perturbación para el reparto competencial entre las instituciones comunitarias.

⁴⁰ Aunque es un tema no tratado en el Asunto que estamos comentando, discrepamos de la opinión del Tribunal en este sentido. Entendemos, por el contrario, que la Comisión no goza de discrecionalidad respecto de la iniciación del procedimiento cuando la inejecución ha sido detectada, porque ello implicaría renunciar al único medio eficaz que existe en Derecho Comunitario para poner fin a sus incumplimientos. Para una mayor profundización sobre esta cuestión, véase *El procedimiento por inejecución...*, op. cit., pgs. 91 a 96.

por parte del Tribunal. De este modo, el papel que juega la Comisión en el procedimiento por inejecución vendría a ser muy similar al que desempeña el Ministerio Fiscal, en cuanto que su función consiste en vigilar el cumplimiento del Derecho Comunitario (en este caso, a través del control de la ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia) y, en definitiva, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad comunitaria. Es, pues, colaboradora del Tribunal, comisionada del mismo, y no órgano decisor.

B) *Posibilidad de imposición conjunta de ambas medidas*

Como ha sido anticipado en las líneas anteriores, la finalidad de la multa es «*garantizar el cumplimiento íntegro, efectivo y duradero de las obligaciones de que se trata teniendo en cuenta la información más reciente sobre el estado actual de la situación*» (§ 104). Por ello, el cálculo de su importe debe tomar en consideración el tiempo necesario para comprobar el efecto de las medidas ejecutivas llevadas a cabo por el estado sobre la realidad a las que se aplican, algo que había afirmado el Tribunal de Justicia en su ya citada Sentencia de 25-11-2004⁴¹. Por su parte, la finalidad de la suma a tanto alzado se encuentra en conseguir un efecto disuasorio de la inejecución de las sentencias del Tribunal y, al mismo tiempo, del incumplimiento del Derecho Comunitario.

Atendiendo a las concretas circunstancias del caso, el Abogado General estimó en sus primeras conclusiones que «*sería oportuno (...) responder a la falta de ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 1991 por parte de la República Francesa imponiendo una suma a tanto alzado como prevé el artículo 228 CE, apartado 2. Asimismo, dado que la situación actual continua siendo irregular, debería imponerse una multa coercitiva en las condiciones adecuadas hasta que pueda comprobarse que ha cesado el incumplimiento*» (§ 95).

Esta propuesta dio lugar a que el Tribunal también plantease a las partes y al resto de Estados miembros la cuestión relativa a la posibilidad de imponer conjuntamente ambas medidas ante una misma inejecución.

La Comisión, tomando como base lo afirmado por el Tribunal de Justicia en su primera sentencia en aplicación del art. 228.2, entiende que los dos tipos de sanciones se aplican a momentos temporales distintos; de este modo, mientras que la suma a tanto alzado tiene como referencia un comportamiento pasado, la multa coercitiva busca influir sobre el comportamiento futuro del Estado. Por esta razón, una y otra pueden concurrir conjuntamente ante una misma inejecución.

Por su parte, los Estados miembros personados en el procedimiento se muestran divididos al respecto. Para unos, las dos medidas son complementarias, por perseguir ambas un efecto disuasorio y permitir su imposición conjunta la consecución del objetivo último del art. 228.2, que es la ejecu-

⁴¹ Ello lleva al Abogado General a proponer una periodicidad semestral para la comprobación de los avances efectuados por el Estado francés en la ejecución de la sentencia y, en su caso, la imposición de la multa coercitiva. El importe de su propuesta de multa, en consecuencia, asciende a 57.761.250 euros cada seis meses.

ción de la sentencia y la coerción frente a futuras inejecuciones. Para otros, las medidas son alternativas y lo contrario implicaría tomar en consideración dos veces un mismo hecho y supondría la imposición de una sanción doble⁴².

El problema ya había sido planteado por la doctrina, que se mostró mayoritariamente contraria a ello como consecuencia del empleo por parte del Tratado de la conjunción disyuntiva «o». Así, se entendía que suma a tanto alzado y multa coercitiva eran medidas alternativas⁴³. Además, una imposición conjunta podría suponer la vulneración del principio de *non bis in idem*, perjudicando de este modo al Estado inejecutor.

En opinión del Abogado General, los efectos de ambas medidas son distintos. Mientras que la primera posee un efecto disuasorio, la segunda tiene un efecto persuasivo⁴⁴. Además, una interpretación teleológica del artículo 228.2 CE lleva necesariamente a la posibilidad de imposición conjunta. Así, afirma que este precepto «*debe ser interpretado en modo de asegurar que constituye un instrumento eficaz para garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias en los casos en los que los Estados miembros persisten en la vulneración de las mismas*» (§ 45 de sus segundas Conclusiones). Por esta razón, interpretar el empleo de la conjunción «o» como alternatividad sería contrario a este objetivo e implicaría una disminución de la eficacia del procedimiento por inejecución⁴⁵. En consecuencia, es partidario de la aplicación conjunta.

El Tribunal de Justicia, partiendo de la consideración de que la finalidad del procedimiento por inejecución está en inducir al Estado miembro en cuestión a la ejecución de una sentencia declarativa del incumplimiento del Derecho Comunitario y, con ello, garantizar la aplicación del mismo, se cunda la opinión del Abogado General diferenciando las dos funciones que cumplen multa coercitiva y suma a tanto alzado. Así, mantiene que «*[l]a aplicación de una u otra de estas medidas depende de la idoneidad de cada una de*

⁴² Partidarios de la respuesta afirmativa son Dinamarca, Holanda, Finlandia y Reino Unido; defensores de la respuesta contraria se muestran Francia, Bélgica, República Checa, Alemania, Grecia, España, Irlanda, Italia, Chipre, Hungría, Austria, Polonia y Portugal. El elevado número de países partidarios de la respuesta negativa habla por sí mismo.

⁴³ En este sentido, E. TEZCAN, «Les sanctions prévues par l'article 171, alinea 2 du Traité CE en cas de non-execution d'un arret de la Court de Justice par un Etat Membre et les developpements recents a ce propos», en *Revue Europeenne de Droit Public*, Vol. 10, núm. 1, 1998, pg. 60; M. A. THEODOSSIOU, «An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with Court of Justice judgments: Article 228 (2) E. C.», en *European Law Review*, vol. 27, núm. 1, 2002, pg. 30; y María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, «El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento de Derecho Comunitario», *Universitat Jaume I*, Castellón de la Plana, 2001, pg. 139.

⁴⁴ § 41 de las segundas Conclusiones. Rechaza así el argumento de la Comisión, entendiendo que ambas medidas tienden a influir en el futuro comportamiento del Estado, si bien de modos diferentes.

⁴⁵ En opinión del Abogado General la conjunción puede ser tanto exclusiva como inclusiva, señalando ejemplos de tenores literales de preceptos comunitarios en que ello es así.

ellas para cumplir el objetivo perseguido en función de las circunstancias del caso concreto. Si la imposición de una multa coercitiva resulta especialmente adaptada para inducir a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento que, de no existir dicha medida, tendría tendencia a persistir, la imposición del pago de una suma a tanto alzado descansa más bien en la apreciación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro afectado en los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido largo tiempo después de la sentencia que inicialmente declaró» (§ 81).

En cuanto a la conjunción disyuntiva empleada por el tenor literal del artículo, entiende el Tribunal que la misma puede tener un significado tanto alternativo como acumulativo, debiendo interpretarse en el contexto empleado. Y en el contexto del procedimiento por inejecución, el sentido no puede ser otro que acumulativo (§ 83).

La reproducción completa del anterior párrafo se justifica por el hecho de que es la primera vez en que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la distinta naturaleza jurídica de multa coercitiva y suma a tanto alzado. En él parece dejar claro que la primera es medio de ejecución que persigue la corrección de la inejecución lo antes posible, mientras que la segunda es sanción, y pretende castigar al Estado por los efectos que la inejecución ha tenido sobre los intereses públicos y privados de la Comunidad y evitar futuras inejecuciones ante la amenaza de la medida.

Ello es ciertamente importante si tenemos en cuenta que el problema que se deriva de la posibilidad de imponer conjuntamente ambas medidas está en la compatibilidad con el principio que impide que un mismo hecho sea castigado doblemente; este obstáculo se salva fácilmente desde el momento en que la naturaleza jurídica de las medidas contempladas en el art. 228.2 CE es distinta: la multa coercitiva es medio de ejecución, mientras que la suma a tanto alzado es sanción⁴⁶. Por tanto, no concurren dos sanciones cuando se imponen conjuntamente ambas medidas⁴⁷. No obstante, el Tribunal no hace uso de este criterio para llegar a tal solución, sino que, en su

⁴⁶ Defensores de esta distinta naturaleza son Javier Díez-Hochleitner, «La respuesta del TUE...», op. cit., pg. 854; Ángel Manuel Moreno Molina, para quien la suma a tanto alzado es una penalidad económica de imposición única que no garantiza por sí misma el cumplimiento del fallo y cuya funcionalidad es castigar al Estado incumplidor, mientras que la multa coercitiva es una técnica ejecutiva al servicio del Tribunal para incitar al Estado al cumplimiento, «Las «sanciones» al Estado incumplidor del Derecho Ambiental Europeo: España y sus aguas de baño», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, abril 2004, pgs. 5 y 6; y Blázquez Peinado, *El procedimiento contra los Estados miembros...*, op. cit., pgs. 140 y 141.

⁴⁷ Por otra parte, la alegación presentada por el Estado francés en virtud de la cual de la imposición conjunta se derivaría el hecho de que la duración de la infracción sería tomada en consideración en dos ocasiones, lo que equivaldría a imponer una doble sanción, tampoco puede entenderse correcta, porque, como pone de manifiesto el Abogado General (§ 47 de sus segundas Conclusiones), la duración de la infracción no es más que uno de los distintos elementos que se emplean para el cálculo de la medida que se impone, y nada más.

opinión, el respeto del principio *ne bis in idem* vendría dado por la distinta función de cada una de las medidas, de tal modo que, cuando las circunstancias del caso exijan el cumplimiento de ambas funciones, el órgano judicial impondrá ambas⁴⁸.

En consecuencia, debe darse también una respuesta positiva a esta segunda cuestión, de tal forma que resulta posible la imposición de una suma a tanto alzado y una multa coercitiva a un mismo supuesto cuando las circunstancias del caso así lo exijan (como ocurre en el que estamos comentando, por la excesiva duración de la inejecución).

En conclusión, en relación con el papel del Tribunal de Justicia en la fase judicial del procedimiento por inejecución, después de esta tercera sentencia dictada en el marco del art. 228.2 CE, queda claro que el Tribunal posee competencia jurisdiccional plena.

3. Criterios para la determinación de la suma a tanto alzado

Uno de los problemas que plantea la imposición de una suma a tanto alzado como medida de reacción frente a la inejecución de una sentencia declarativa del incumplimiento del Derecho Comunitario, que ya fue anunciado al hablar de las garantías procesales del Estado infractor, es el que deriva de la ausencia de criterios prefijados para la determinación del importe de la suma a tanto alzado.

En este sentido, el Abogado General estima que las condiciones y el importe de la misma deben ser determinados siguiendo los criterios empleados por el Tribunal de Justicia en sus dos sentencias dictadas en aplicación del art. 228.2 CE⁴⁹. Respecto de la inexistencia de criterios claros y preestablecidos para la determinación de la cuantía de la suma a tanto alzado, señala el Tribunal de Justicia que, si bien es cierto que los mismos contribuirían a garantizar la transparencia, previsibilidad y seguridad jurídica de la actuación de la Comisión –como ocurrió en su momento con la multa coercitiva al publicarse la Comunicación de 1997–, «*el ejercicio de la facultad que el artículo 228 CE, apartado 2, confiere al Tribunal de Justicia no está sujeto al requisito de que la Comisión adopte dichas normas que, en cualquier caso, no podrían vincular al Tribunal de Justicia*» (§ 85).

Sin dejar de ser ello cierto, no menos cierto es sin embargo que una mayor claridad y motivación en la determinación del montante de 20.000.000 de euros llevada a cabo por el Tribunal hubiera contribuido a cubrir la laguna de la Comisión –por ser más precisos, del Tratado–, al menos temporalmente, hasta que ésta publique una nueva Comunicación en tal sentido o

⁴⁸ Por otro lado, entiende el Tribunal, acogiendo así lo manifestado por el Abogado General a este respecto, que la duración de la inejecución no es sino uno de tantos otros criterios que se tienen en cuenta para fijar el montante de una y otra. Por ello tampoco existe vulneración del mencionado principio por esta vía.

⁴⁹ § 96 de sus primeras Conclusiones.

se elabore un Reglamento comunitario en desarrollo de lo previsto en el art. 228.2 CE.

Así, la suma a tanto alzado se calcularía igualmente en función de la gravedad y de la duración de la inejecución, buscando en todo momento el cumplimiento de su finalidad disuasoria frente a eventuales futuras inejecuciones. En cualquier caso, como señala el propio Abogado General, «*el responsable de determinar el método de cálculo y el importe de la multa y de establecer las condiciones bajo las cuales se impone*»⁵⁰ sigue siendo el Tribunal de Justicia. Por esta razón entiende que la ausencia de directrices precisas para determinar el importe de la medida no debe llevar al Tribunal a abstenerse de hacerlo en el caso concreto. Lo contrario, en su opinión, «*equivaldría a aceptar que, tras una declaración inicial del Tribunal de Justicia de que ha incumplido las obligaciones derivadas del Tratado, un Estado miembro puede tolerar libremente esta situación, con probables consecuencias perjudiciales para los intereses de la Comunidad y de otros Estados miembros, hasta que la Comisión decida iniciar un segundo procedimiento por incumplimiento, esta vez con arreglo al artículo 228 CE, apartado 2*» (§ 101)⁵¹. Sin embargo, a pesar de esa afirmación aparentemente rotunda, matiza la rigidez de la misma al entender que, el hecho de ser la primera vez desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en que se solicita la imposición de una suma a tanto alzado y la ausencia de una práctica forense en tal sentido «*constituyen razones suficientes para calcular el importe de un modo menos severo que el que correspondería a la luz de la gravedad del incumplimiento*» (§ 102)⁵².

El Tribunal de Justicia, por su parte, aún siendo la primera vez en que se pronuncia sobre la imposición de una suma a tanto alzado, resuelve la cuestión en dos párrafos, que reproducimos a continuación por permitirlo sobradamente su brevedad:

«En una situación como la que es objeto de la presente sentencia, habida cuenta de que el incumplimiento ha persistido largo tiempo después de la sentencia que lo declaró

⁵⁰ § 97 de sus primeras Conclusiones.

⁵¹ Esta afirmación sugiere dos comentarios breves. De un lado, avala lo anteriormente mantenido en tanto en cuanto que la inejecución se produce desde el punto de vista material en el momento en que, transcurrido el período de tiempo razonable para adoptar las medidas que exige el cumplimiento del fallo éste no ha tenido lugar. De otro lado, nos lleva a insistir una vez más en la autonomía del procedimiento por inejecución, que no es tanto un segundo procedimiento de incumplimiento cuanto un procedimiento distinto –aunque con trámites procesales idénticos– continuación del anterior, pero con objeto propio (la inejecución de una sentencia, y no el incumplimiento del Derecho Comunitario), y con finalidad diferente (proteger la posición institucional del Tribunal de Justicia y forzar al Estado para que dé cumplimiento a la sentencia).

⁵² De este modo, la ausencia de criterios preestablecidos para el cálculo de la suma a tanto alzado supone una atenuante para el Estado infractor. Para el supuesto en cuestión propone la cantidad de 115.522.500 euros, resultante de la multiplicación de la cuantía propuesta por la Comisión para la multa coercitiva (316.500 euros) por los 365 días que integran un año. Es la consecuencia de aplicar los mismos criterios para el cálculo de la multa.

inicialmente y tomando en consideración los intereses públicos y privados afectados, es menester condenar al pago de una suma a tanto alzado.

Una justa apreciación de las circunstancias específicas del caso de autos permite fijar en 20.000.000 de euros el importe de la suma a tanto alzado que deberá abonar la República Francesa» (§§ 115 y 116)⁵³

Sólo contamos con un elemento meridianamente claro: sirven como criterios para la imposición de la medida y el cálculo de la misma el tiempo transcurrido desde la notificación de la sentencia inejecutada y la gravedad de la afectación a los intereses públicos y privados existentes en la Comunidad. En cierto modo, el Tribunal emplea los criterios explicitados por la Comisión Europea en su Comunicación de 1997 sobre el cálculo de la multa coercitiva, elección acertada si tenemos en cuenta que los criterios que allí se ofrecen –y que han venido siendo empleados tanto por la Comisión como por el Tribunal en el ejercicio de sus funciones en el marco del art. 228.2 CE– sirven perfectamente para cualquiera de las dos medidas, aunque una de ellas sea ejecutiva y la otra sancionadora⁵⁴. Sin embargo, la naturaleza de esta última, por la aplicación a la misma de los principios generales del Derecho Sancionador, exige una mayor motivación y explicación de los concretos elementos que ha tomado en consideración el Tribunal de Justicia a la hora de determinar el importe de la medida, algo que no hace en la presente sentencia, remitiéndose a «una justa apreciación de las circunstancias específicas del caso de autos» que sólo él conoce.

No podemos por ello sino manifestar que con esta solución difícilmente queda garantizado el derecho de defensa en relación con este extremo (entendido en este caso en sentido amplio, como exigencia del condenado de conocer las razones de la imposición de la sanción y del montante de la misma), y afirmar que se ha desaprovechado una excelente oportunidad para continuar aclarando algunos de los aspectos del procedimiento por inejecución que aún permanecen oscuros, sobre todo si tenemos en cuenta que es la primera vez que se condena a un Estado miembro al pago de una suma a tanto alzado.

4. Una cuestión no tratada en la Sentencia: la aplicación del principio de irretroactividad a la suma a tanto alzado

Ni el Abogado General, ni el Tribunal de Justicia ni, curiosamente, el Estado miembro afectado se pronuncian en ningún momento de sus intervenciones sobre una de las cuestiones más importantes que atañen a la aplicación del procedimiento por inejecución: el juego del principio de irretroactividad ante la imposición de una suma a tanto alzado. Es evidente que se trata de un tema menor si hablamos en general, sobre todo a medida que va

⁵³ Con ello el Tribunal reitera lo que ya había anticipado en el § 81 de la misma sentencia.

⁵⁴ Para una valoración de tales criterios puede verse *El procedimiento por inejecución...*, op. cit., pgs. 57 a 64.

transcurriendo el tiempo y queda cada vez más lejos el momento de entrada en vigor del Tratado de Maastricht, autor de la reforma en el art. 228. Sin embargo, no lo es en relación con el caso que estamos comentando.

Efectivamente, el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras –reconocido como principio general del Derecho Comunitario– implica, dicho en términos muy simples, que un precepto no puede ser aplicado a situaciones creadas con anterioridad a su entrada en vigor. En relación con el tema que nos ocupa, significaría que un Estado miembro no podría ser condenado por la inejecución de una sentencia si en el momento de llevar a cabo la concreta acción u omisión contraria al fallo judicial el Tratado no preveía la posibilidad de sancionar la misma con la condena al pago de una multa pecuniaria.

En el presente asunto, la Sentencia que resulta inejecutada fue dictada el 11 de junio de 1991. Asimismo, ante la no adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma, la Comisión decidió iniciar el procedimiento por inejecución, a través de la remisión de una carta de emplazamiento, el 11 de octubre de 1993. Uno y otro momento resultan, pues, anteriores a la entrada en vigor del Tratado, que como es sabido tuvo lugar el 1 de noviembre de 1993.

La cuestión que se plantea es doble: de un lado, si es de aplicación el principio de irretroactividad a la condena al pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva; de otro, en el caso de que así sea, cuál es el momento temporal que se tiene en cuenta para aplicar este principio.

La doctrina se ha pronunciado mayoritariamente en el sentido de afirmar rotundamente que la aplicación del art. 228.2 CE no resulta posible en los supuestos producidos antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht⁵⁵, señalando como momento de referencia la fecha de la propia sentencia objeto de inejecución.

Del mismo modo, la Comisión –que en sus dos Comunicaciones sobre la aplicación del art. 228.2 CE no se pronuncia a este respecto– señaló en su XIV Informe Anual sobre la Aplicación del Derecho Comunitario que sólo cabía la imposición de cualquiera de las dos medidas frente a incumplimientos declarados con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, y no antes⁵⁶.

En el Asunto C-387/97, *Comisión vs. Francia*, tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia también tuvieron oportunidad de manifestarse al respecto. Para Ruiz-Jarabo Colomer, partidario de la consideración de la multa coercitiva y de la suma a tanto alzado como medidas de ejecución, no es de

⁵⁵ Entre otros, SILVA DE LAPUERTA, «La ejecución de las sentencias de incumplimiento por los Estados miembros», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 178, 1999, pg. 178; Javier Díez-Hochleitner, «La respuesta del TUE...», op. cit., pg. 860; e Itziar Giménez Sánchez, *La Eficacia de las Sentencias dictadas por el TJCE*, Aranzadi, Elcano, 2004, pgs. 169 y 170.

⁵⁶ COM (1997) 299 final.

aplicación el principio de irretroactividad⁵⁷. Igualmente contrario a ello se manifiesta el Tribunal, si bien sobre la base de un argumento distinto: de una parte, todas las fases del procedimiento por inexecución se tramitaron con posterioridad al 1 de noviembre de 1993; de otra, la multa coercitiva –que era la medida solicitada por la Comisión para ese caso y la única sobre la que se pronuncia el órgano judicial– tiende a influir sobre un comportamiento futuro, con lo que tampoco es de aplicación el principio que estamos analizando⁵⁸.

En el Asunto C-304/02, *Comisión vs. Francia* que ahora nos ocupa, como ya hemos anticipado, se solicita igualmente la imposición de una suma a tanto alzado y, además, la fase precontenciosa del procedimiento comenzó antes de la entrada en vigor de Maastricht. Por eso resulta sumamente extraño que no haya habido un pronunciamiento en tal sentido por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia (sobre todo si tenemos en cuenta que una y otro parecen haber cambiado de criterio al respecto), así como que el propio Estado infractor no haya propuesto este argumento como vía para evitar la imposición de la condena al pago de una suma a tanto alzado, utilizando la doctrina y la jurisprudencia existente hasta el momento.

La respuesta a esta cuestión (insistimos, absolutamente fundamental en este caso), debe partir de la consideración de la naturaleza jurídica de las dos medidas contenidas en el art. 228.2 CE. Como ya hemos tenido oportunidad de manifestar, entendemos que la multa coercitiva es medida de ejecución, mientras que la suma a tanto alzado es sanción. Por tanto, sólo a la segunda de ellas resultará aplicable el principio de irretroactividad, como uno de los principios que rigen el Derecho Sancionador Comunitario.

Ahora bien, ello no necesariamente significa que la imposición de la suma a tanto alzado en el presente asunto sea contraria a Derecho por infracción del principio de irretroactividad.

La irretroactividad implica prohibición de que una norma surta efectos frente a una actuación o hecho anterior a su entrada en vigor. Pues bien, en el marco del procedimiento por inexecución, esa actuación o hecho no es ni la sentencia del Tribunal de Justicia declarativa del incumplimiento que resulta inexecutada, ni el inicio formal del propio procedimiento. El momento que debe tomarse como referencia en tal sentido es la fecha en que tiene lugar la inexecución de la sentencia, que es el hecho sancionado por la suma a tanto alzado, el hecho infractor. Y ese momento, como ya se manifestó al hablar del tiempo de la inexecución, se produce cuando ha transcurrido el plazo necesario para la adopción de las medidas que exige el cumplimiento del fallo sin que el Estado implicado haya actuado en tal sentido o, al menos, no lo haya hecho suficientemente.

Por tanto, es la Comisión primero y el Tribunal después quienes debieron

⁵⁷ Conclusiones al asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), presentadas el 28-9-1999 (§ 84).

⁵⁸ STJCE, asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), de 4-7-2000 (§§ 40 y 41).

pronunciarse sobre cuándo se entendía inejecutada materialmente la sentencia, pues ese momento es el que resultaba determinante para permitir o no la posibilidad de imponer una suma a tanto alzado al Estado francés como consecuencia de la inejecución de la Sentencia de 11-6-1991.

En principio, teniendo en cuenta que transcurrieron más de dos años desde la sentencia y que la propia Comisión inició antes de ese tiempo el procedimiento por inejecución al detectar que aún no se había dado debido cumplimiento a la misma, parece que Francia habría dispuesto de un plazo razonable para adoptar las concretas medidas que exigía la ejecución del fallo, por lo que la inejecución existiría con anterioridad a la entrada en vigor del segundo apartado del art. 228.

Ahora bien, resulta necesario precisar que la determinación del concreto momento en que debe entenderse inejecutada una sentencia a efectos de determinar si resulta o no aplicable la condena pecuniaria introducida en el mencionado precepto dependerá del tipo de inejecución.

Establecer con rigor una relación entre inejecución y sanción en relación con el principio de irretroactividad excedería los límites de este comentario. Baste, pues, con señalar que son tres las posibles inejecuciones que pueden tener lugar⁵⁹. En primer lugar, en el caso de inejecuciones puntuales, si se han producido con anterioridad al 1 de noviembre de 1993, no podrán ser castigadas con una suma a tanto alzado, pues ello implicaría vulneración del principio de irretroactividad; en segundo lugar, en el supuesto de inejecuciones que impliquen una acción o una omisión continuadas en el tiempo, el momento que deberá tomarse en consideración será aquél en el que una u otra tienen lugar, de tal modo que serán relevantes a efectos de sanción a partir de la vigencia del precepto sancionador, dejando sin castigo las anteriores a esta fecha; finalmente, cuando se trate de inejecuciones permanentes, no existirá problema alguno, pues la inejecución, aún cuando haya comenzado antes de la entrada en vigor del art. 228.2 CE, continuará después, con lo que será imposible la imposición de una suma a tanto alzado.

Los datos recopilados por la Comisión en sus distintas visitas a las regiones francesas donde se detectaron y declararon los incumplimientos permiten afirmar que en el presente caso estaríamos ante un supuesto del segundo tipo, pues se trata de omisiones iniciadas en un momento concreto, pero continuadas en el tiempo, como consecuencia de la voluntad inejecutora del Estado infractor (recuérdese que la inejecución consistía básicamente en la no activación de controles de cumplimiento de determinadas obligaciones comunitarias en materia pesquera y en la no persecución y castigo de los infractores del Derecho Comunitario en tal sector). Por tanto, si bien

⁵⁹ Nos guiamos en esta argumentación por la clasificación que realiza FRANCISCO LÓPEZ MENUDO en *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982, pgs. 171 y 172, siendo conscientes de las notables diferencias existentes entre el Derecho Sancionador Comunitario y el Derecho Administrativo Sancionador de los Estados miembros.

no resulta contraria al principio de irretroactividad la condena al pago de una suma a tanto alzado por la falta de adopción de las medidas necesarias para llevar a cabo la ejecución de la Sentencia de 11-6-1991, sí lo es el importe de la misma, pues el Tribunal debería haber tenido en cuenta en su valoración la matización que necesariamente se deriva de la aplicación de tal principio, con la consecuente modulación del importe de la medida al no computar el tiempo transcurrido desde que se produjo materialmente la inejecución hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.

V. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, el Tribunal de Justicia considera que se ha producido la inejecución de la STJCE, asunto *Comisión vs. Francia* (C-64/88), de 11-6-1991 y debe condenarse a la República Francesa al pago de una multa coercitiva de 57.761.250 euros por cada período de 6 meses⁶⁰, a contar desde la notificación de la presente sentencia, y de una suma a tanto alzado de 20.000.000 de euros.

La sentencia que se ha comentado, tercera en la lista de las pronunciadas por el Tribunal de Justicia en aplicación del art. 228.2 CE, debe ser valorada muy positivamente en términos generales, si bien la valoración resulta necesariamente negativa en relación con el concreto extremo relativo a la condena al pago de una suma a tanto alzado.

Con ella, se ha puesto de manifiesto una vez más que corresponde al Tribunal la misión de determinar la sanción y el importe de la misma en el ejercicio de su función jurisdiccional, con todo lo que ello significa. Además, queda claro que la carga de la prueba de la inejecución sigue recayendo sobre la Comisión que, no obstante, debe limitarse a ofrecer elementos de los que se deriven objetivamente la existencia de la misma, correspondiendo al Estado desvirtuarlos.

Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido con las Conclusiones del Abogado General, se ha desaprovechado una excelente oportunidad para aportar claridad y calidad al funcionamiento del procedimiento por inejecución, principalmente en lo relativo a la suma a tanto alzado, que sigue rodeada de oscuridad con las consecuencias que ello conlleva para el derecho de defensa del Estado miembro en cuestión.

En consecuencia, habrá que esperar y seguir contando con futuras sentencias.

⁶⁰ Al igual que ocurriera en la STJCE, asunto *Comisión vs. España* (C-278/01), de 25-11-2003, el Tribunal ha considerado que la comprobación del grado de ejecución de las medidas exigidas para el completo cumplimiento del fallo anterior sólo puede efectuarse cada seis meses, razón por la cual debe ser cambiada la periodicidad de la multa.