

La suma a tanto alzado en el procedimiento por inejecución del Derecho Comunitario

Especial referencia a la Sentencia del Tribunal de
Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de
julio de 2005: Asunto C-304/02
Marta Muñoz de Morales

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL ASUNTO C-304/02. LA DIFERENCIA RESPECTO A LOS ANTERIORES CASOS.
- III. LA SUMA A TANTO ALZADO COMO MEDIDA PROPUESTA POR PRIMERA VEZ EN UN PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN.
- IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA SUMA A TANTO ALZADO
- V. EL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN O TIPCIDAD
- VI. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD
- VII. CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DE LA SUMA A TANTO ALZADO: LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DEL AÑO 2005—a) *La Comunicación de 2005*—b) *El dies a quo del número de días de inejecución y su estrecha relación con el principio de irretroactividad*—c) *El coeficiente de gravedad*—d) *Especial referencia a la capacidad de pago del Estado inejecutor*—e) *La introducción de la prohibición de retroactividad prevista en la Comunicación de 2005*
- VIII. IMPOSICIÓN CONJUNTA DE LA SUMA A TANTO ALZADO Y LA MULTA COERCITIVA—1. *Naturaleza no punitiva del art. 228.2 TCE*—2. *La utilización del término «o» en el art. 228.2 TCE*—3. *Vulneración del principio de proporcionalidad*—4. *Consideración de la duración del incumplimiento en dos ocasiones en relación a una inejecución acaecida en un mismo período. Vulneración del principio non bis in idem*—5. *Vulneración de los principios de seguridad jurídica y de transparencia*—6. *Vulneración de la igualdad de trato entre Estados miembros*
- IX. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento por inejecución¹ regulado en el art. 228.2 del TCE² tiene por finalidad conseguir el cumplimiento por parte de los Estados Miembros de aquellas sentencias que han declarado previamente una inobservancia del derecho comunitario.

Es necesario precisar que el Derecho comunitario no goza de un procedimiento típico de ejecución de sentencias tal y como ocurre en los ordenamientos nacionales. En consecuencia, puede afirmarse que si no fuera por el art. 228.2 del TCE no existirían instrumentos capaces de obligar a los Estados Miembros a corregir una inobservancia del derecho comunitario y por ende, a actuar conforme a la legalidad europea.

Ello no quiere decir que el art. 228.2 del TCE haya sido la mejor solución en aras a la consecución de dicho fin, es decir, en aras a obligar al Estado incumplidor a tomar todas las medidas necesarias para paliar el incumplimiento. Hoy por hoy alcanza, si no una eficacia del 100%, si unos resultados dignos de aplaudir pese a sólo contar hasta al momento con un total de cuatro sentencias del Tribunal de Justicia³.

¹ El hecho de utilizar la denominación de «procedimiento por inejecución» se debe a que considero, al igual que ya lo hizo con anterioridad el Prof. Dr. D. Isaac MARTÍN DELGADO [*El procedimiento por inejecución en la justicia europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004 y más recientemente *La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, octubre-diciembre 2005, pg. 596] que el uso indistinto del término «procedimiento por incumplimiento» tanto para referirse al art. 226 TCE como al art. 228.2 TCE es erróneo y da lugar a confusión porque aunque el *iter* procedimental hasta conseguir la declaración de la inejecución así como la oportuna imposición de sanción es prácticamente el mismo que en el supuesto del art. 226, se trata de procedimientos distintos en cuanto al fondo, ya que el objeto de uno y otro son también diferentes: en el caso del art. 226 se solicita al Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento; en cambio, en el caso del art. 228.2 ya existe una declaración previa de incumplimiento y lo que se pretende es bien sancionar al Estado por no haber cumplido en su momento, bien evitar que en el futuro vuelva a cometer una infracción similar.

A favor también de esta denominación SOBRIDO PRIETO, M.: *Primera condena al pago simultáneo de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado por inejecución de sentencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 12 de julio de 1995, C-304/02, Comisión / Francia*. En *iustel.com*, RGDE, núm. 9, febrero 2006, pg. 34: «Y así el mecanismo del art. 228.2 CE, que nació como procedimiento por inejecución de sentencias, y que desde julio de 2005 se puede denominar ya –sin temor a ser inexactos– procedimiento de inejecución de sentencias, ha ganado fuerza».

² Sobre la introducción de este nuevo procedimiento en el TCE véase SOBRIDO PRIETO, M.: *Primera condena...*, *op. cit.*, pgs. 12-17.

³ Es necesario precisar que la Comisión Europea ha hecho uso de esta disposición en múltiples ocasiones (véanse a este respecto los Informes que anualmente elabora sobre

El objeto de estudio del presente trabajo no es explorar cada una de las fases del procedimiento en cuestión. Tampoco pretende analizar los poderes de la Comisión⁴; tan sólo pretende examinar una de las posibles sanciones a imponer por parte del TJCE: la suma a tanto alzado. La elección de la suma a tanto alzado se debe a que ni en los escritos de la Comisión ni tampoco en las conclusiones de los abogados generales en torno a este procedimiento se había solicitado al TJCE la imposición de dicha medida hasta el asunto C-304/02.

Las conclusiones del Abogado General A. Geelhoed que han sido presentadas con fecha de 29 de abril y 18 de noviembre de 2004 proporcionan una más que interesante doctrina sobre esta materia, si bien ya había sido expuesta con anterioridad por varios autores⁵.

A la espera permanecíamos de una sentencia relativa a este asunto que nos proporcionase de forma definitiva y segura una amplia explicación acerca de esta medida. Dicha sentencia llegó finalmente hace muy poco, el 12 de julio de 2005, y si bien no establece unos criterios concisos acerca de cómo determinar y bajo qué requisitos y condiciones la suma a tanto alzado, sí afirma tajantemente que la imposición conjunta de ambas medidas –la suma a tanto alzado y la multa coercitiva– es posible cuando las circunstancias del incumplimiento imputado al Estado así lo aconsejen. De hecho condena a

la aplicación del Derecho comunitario: Informe 1997: COM 317 final, pgs. X-XI; Informe 1998: COM (1999) 301, pgs. 10-11; Informe 1999: COM (2000) 92, pg. 11; Informe 2000: COM (2001) 309, pgs. 16-18; Informe 2001: COM (2002) 324; pgs. 15-17; Informe 2002: COM (2003) 669, pgs. 9-11; Informe 2003: COM (2004) 839, pg. 7 y anexo A pgs. 7-9; Informe 2004: COM (2005) 570 final, pgs. 4 y ss. El Informe de 2005 todavía no ha sido publicado. Ahora bien, dado que en la mayoría de los casos el Estado ponía fin al incumplimiento dentro de la fase administrativa, no se iniciaba la fase judicial (*Comisión vs. Alemania*, asunto C-122/97) y aún en el supuesto de que entrase en escena el TJCE, un número significativo de asuntos se archivaban (*Comisión vs. Alemania*, asunto C-121/97) como consecuencia del cumplimiento por parte del Estado demandando. Ello explica por qué el TJCE ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este tipo de procedimientos en tan sólo cuatro ocasiones: asuntos *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), *Comisión vs. España* (C-278/01); *Comisión vs. Francia* (C-304/02) y *Comisión vs. Francia* (C-177/04). Situación que tras la sentencia que ahora comentamos, *Comisión vs. Francia*, ha cambiado ya que la posibilidad de aplicar conjuntamente una multa coercitiva y una suma a tanto alzado permitirá a la Comisión proseguir con el procedimiento aún en los casos en los que el Estado infractor haya puesto fin al incumplimiento.

Además, téngase en cuenta que en el año 2005 estaban pendientes de sentencia –sólo en lo que se refiere al ámbito portuario– ochenta y un procedimientos de infracción contra Estados que no cumplen sus obligaciones de aplicar las disposiciones comunitarias (véase el Comunicado de prensa de la Comisión de 12 de julio de 2005, ref. IP/05/917).

⁴ *Vide infra* nota núm. 32.

⁵ Entre otros, DIÉZ-HOCHLEITNER, JAVIER: *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; o TESAURO, GIUSEPPE: *Le contrôle juridictionnel dans le système juridique communautaire* EN: *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional = Bancaja Euromediterranean courses of international law = cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international / coord. por Jorge Cardona Lloréns*, 1998, pgs. 527-576.

la República Francesa al pago de una multa coercitiva de 57.761.250 euros por cada período de seis meses de inejecución de la sentencia; así como de una suma a tanto alzado de 20.000.000 de euros.

Su trascendencia es todavía mayor si se tiene en cuenta que la Comisión ha dictado una tercera Comunicación en 2005⁶ tendente a fijar criterios de delimitación de la cuantía no sólo de la multa coercitiva como ya había hecho con las dos Comunicaciones anteriores de 1996 y 1997, sino también y, he aquí su valor añadido, en relación a la suma a tanto alzado, la cual queda por primera vez regulada de una forma ciertamente satisfactoria tal y como se analizará más adelante.

II. EL ASUNTO C-304/02. LA DIFERENCIA RESPECTO A LOS ANTERIORES CASOS.

El Asunto C-304/02 constituye el tercer caso⁷ en el que el TJCE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el art. 228.2 TCE con la peculiaridad, antes añadida, de que ha abordado un tema hasta ahora inédito como es la viabilidad de la imposición conjunta de la suma a tanto alzado y la multa coercitiva.

a) Hechos

El Asunto C-304/02 trae su causa del incumplimiento por parte de la República Francesa del Reglamento (CEE) núm. 2057/82 del Consejo, de 29 de junio de 1982, por el que se establecen ciertas medidas de control respecto a las actividades pesqueras ejercidas por los barcos de los Estados miembros así como del art. 1 del Reglamento (CEE) núm. 2241/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, por el que se establecen ciertas medidas de control respecto a las actividades pesqueras (en lo sucesivo, Reglamentos de Control).

El 11 de junio de 1991, el Tribunal de Justicia (Asunto C-64/88) dictó sentencia por la que declaraba que el Estado francés no había garantizado el respeto de las medidas técnicas de conservación relativas al tamaño mínimo del pescado, en particular, de la merluza⁸.

⁶ SEC (2005) 1658.

⁷ No obstante, el Tribunal de Justicia acaba de dictar una cuarta sentencia en el asunto C-177/04, *Comisión vs. Francia*, de 14 de marzo de 2006 en la que no estima conveniente la imposición de la suma a tanto alzado: «Habida cuenta de las circunstancias del caso de autos, procede considerar, en primer lugar, que el pago de una multa coercitiva constituye un medio idóneo y que no resulta oportuno imponer el pago de una suma a tanto alzado» (& 64). En relación a la multa coercitiva, el TJCE no ha podido hacer uso de la nueva Comunicación de la Comisión del año 2005 ya que el Tribunal tuvo acceso a la causa con anterioridad al 1 de enero de 2006. *Vide infra* el epígrafe VII. e.

⁸ Concretamente, el TJCE declaró que Francia no llevaba a cabo controles suficientes ni adecuados para verificar si efectivamente los pescadores cumplían las disposiciones comunitarias en relación al mallado mínimo; a la fijación de dispositivos en las redes; a las capturas accesorias y al tamaño del pescado que puede venderse.

Además de este incumplimiento, también se le imputó el no haber incoado los corres-

La Comisión, tras el pronunciamiento de la sentencia del TJCE, instó unos meses después⁹ al gobierno francés a que le proporcionara información sobre las medidas que había adoptado para ejecutar la sentencia. Es así como empezó un largo diálogo entre la Comisión y las autoridades francesas durante más de 11 años hasta que finalmente el 27 de agosto de 2002 se iniciaron los trámites del art. 228.2 TCE relativo al procedimiento por inejecución con el objeto de conseguir la aplicación de la normativa comunitaria en materia de pesca por parte de Francia.

b) Alegaciones de las partes

Dos son los motivos que llevaron a la Comisión a interponer este recurso por inejecución. El primero de ellos se debe a la insuficiencia de controles¹⁰,

pendientes procedimientos contra los infractores de las medidas comunitarias pertinentes, tal y como exigían los Reglamentos sobre el control.

⁹ En este ocasión la Comisión ha tardado más en instar el correspondiente procedimiento de lo que en los últimos años venía haciendo [normalmente un mes a contar desde la sentencia (Asunto C-278/01, Comisión contra España)].

¹⁰ El Gobierno francés alega que desde el momento en el que fue declarado el cumplimiento, esto es, en junio de 1991, sus autoridades no habían hecho otra cosa que reforzar su capacidad de vigilancia. Concretamente, aumentaron el número de inspecciones; aprobaron planes de control y, finalmente, en la última visita de control de los inspectores de pesca comunitarios (septiembre de 2002) no se detectó pescado de tamaño inferior al permitido.

En respuesta, la Comisión señaló en primer lugar, que tales inspecciones eran relativas al mar y no tanto a las capturas desembarcadas y al pescado vendido en las lonjas (punto núm. 40 de la sentencia).

A ello añadió que en relación a los planes de control de 2001 y 2002 éstos no eran, ni mucho menos, suficientes para poner fin a la infracción ya que ello dependía, en gran medida, de su puesta en práctica no constatada por las inspecciones realizadas en los puertos franceses después de la entrada en vigor de dichos planes. De ello se desprendería la inexistencia de datos fácticos que pudiesen hacer pensar que la situación había mejorado efectivamente.

Por último, en alusión a la no detección de pescado de tamaño inferior al permitido en 2002, la Comisión señaló que el objeto de dicha misión era la gestión de las cuotas de pesca y que tal circunstancia no podía tomarse en consideración como una comprobación implícita en relación con el control del cumplimiento de las normas en materia de tamaño mínimo del pescado. A este respecto el Gobierno francés especificó –punto 49 de las Conclusiones del abogado general de 29 de abril de 2004– que las inspecciones en mar no tenían por qué ser menos efectivas que las realizadas en tierra y que además los planes para 2001 y 2002 preveían la realización de controles tanto en el mar como en tierra. También alegó en su defensa que los informes de inspección en los que se basó la institución comunitaria no fueron comunicados a las autoridades francesas por lo que no pudieron responder a las afirmaciones que contenían. Dicha circunstancia no fue considerada a juicio del Tribunal de Justicia como relevante porque el Gobierno galo presentó en respuesta al dictamen motivado de la Comisión de junio de 2000 un escrito indicando sus observaciones sobre el contenido de dichos informes sin plantear objeciones a la forma en que les fueron comunicados. Quiere ello decir, en consecuencia, que Francia ya contaba con los resultados de las inspecciones realizadas por la Comisión y era perfectamente consciente de la situación, es decir, de que no había adoptado las medidas necesarias para cumplir la normativa comunitaria en relación al mallado mínimo de las redes y a la venta de peces de tamaño inferior al permitido (punto núm. 47 de la Sentencia).

mientras que el segundo obedece a la insuficiencia de las medidas adoptadas contra los infractores¹¹.

c) Las conclusiones del Abogado General.

En relación al primer motivo de inejecución, es decir, la insuficiencia de controles, el abogado general L. A. Geelhoed se basa en los informes de los inspectores comunitarios para determinar si en verdad los mecanismos de control llevados a cabo por Francia han sido insuficientes. Efectivamente, llega a la conclusión de que estos mecanismos no pueden refutarse como suficientes dada la gravedad de la mayoría de los casos y ello fundamentalmente porque debido al carácter político del problema, los inspectores nacionales habían recibido instrucciones orales de actuar sólo ante casos extremadamente graves de desembarque y venta de merluza de tamaño inferior al permitido¹². Sin embargo, tenían «carta blanca» para la venta de merluza de tamaño inferior al permitido¹³.

Todos estos datos llevan al abogado general a compartir la opinión de los inspectores comunitarios en relación a la actitud tolerante o permisiva por parte de las autoridades galas referente al control del cumplimiento de las normas comunitarias en materia de tamaño de pescado, lo que se traduce como insuficiencia de los mecanismos de control.

En cuanto al segundo motivo, insuficiencia de las medidas adoptadas por

¹¹ Ante este motivo el Gobierno francés alegó el incremento del número de procedimientos incoados, la relevancia de las sanciones impuestas, así como la adopción de una Circular del Ministerio de Justicia de 16 de octubre de 2002 por la que dan instrucciones para que se incoen sistemáticamente procedimientos en caso de infracción y se pidan multas disuasorias. Alegaciones que resultaron insuficientes para la Comisión por las siguientes razones: En primer lugar, los datos facilitados en relación al número de procedimientos incoados por las autoridades francesas resultaron, a su juicio, muy generales al referirse a todo el territorio francés. Además, la mayor parte de las condenas se impusieron por infracciones detectadas en el mar sin tener relación alguna con aquéllas las capturas de pescado de tamaño inferior al permitido. En segundo lugar, considera que las autoridades francesas tampoco han llevado a cabo una política de imposición de sanciones disuasorias porque de las estadísticas consultadas queda constatado que sólo se impusieron multas en 8 casos, es decir, en un 11%. Ocho condenas de cuya rigurosidad la Comisión duda ya que el único caso en el que se impuso una multa considerable fue el de un buque español que cometió seis infracciones distintas y sólo una de ellas era la captura de merluza de tamaño inferior al permitido.

Por último, y en relación a la Circular del Ministerio de Justicia, la Comisión indicó que esta norma si bien era apropiada y contribuía a la mejora de la situación, no es menos cierto –y así lo admitió incluso el propio Gobierno francés– que dicha circular no pudo surtir plenos efectos ni en 2002 ni en 2003 dado que la Ley núm. 2002-1062 concedió amnistía a las infracciones cometidas antes del 17 de mayo de 2002 siempre y cuando la multa no superase los 750 euros (puntos núms. 65 y 68 de la sentencia).

¹² Por debajo de 17 cm.

¹³ Punto 51 de las conclusiones del Abogado General de 29 de abril de 2004. También remarca el Abogado General en este apartado el acuerdo tácito entre pescadores y autoridades para permitir el desembarque de merluza de tamaño inferior al permitido.

los infractores, el Abogado General¹⁴ entiende que los objetivos de la PPC difícilmente pueden ser alcanzados si los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros no establecen sanciones de suficiente credibilidad como para producir efectos disuasorios. Es decir, si las consecuencias derivadas de la infracción de una norma en materia de pesca no tienen efectos suficientemente disuasorios en comparación con los beneficios económicos de la inobservancia de dichas normas, difícilmente podremos hablar de medidas suficientes, reales y efectivas.

Pese a las estadísticas presentadas por el Gobierno francés que efectivamente muestran indicios de un incremento del número de procedimientos contra los infractores así como la severidad cada vez mayor de las sanciones impuestas, la realidad es distinta porque en aquel momento no se había resuelto el problema principal del desembarque y la venta de pescado de tamaño inferior al permitido. Dicho en otras palabras, los esfuerzos tendientes a reforzar la persecución de las infracciones no eran efectivos¹⁵. En consecuencia, una vez finalizado el plazo en el dictamen motivado de la Comisión de 6 de junio de 2000, Francia no había ejecutado la sentencia del TJCE de 11 de junio de 1991, al no haber garantizado, a fecha de 6 de agosto de 2000, que se habían adoptado las medidas adecuadas contra las personas físicas y jurídicas responsables de las infracciones de las normas de la política pesquera común, tal y como exige el art. 31 del Reglamento núm. 2847/93¹⁶.

d) La respuesta del Tribunal de Justicia.

1. Insuficiencia de controles.

A juicio del Tribunal de Justicia no cabe duda de que la situación ha sido sensiblemente mejorada gracias a la adopción de algunas medidas puntuales por parte del Gobierno francés. No obstante, dichas medidas no son suficientes porque el incumplimiento sigue estando presente¹⁷.

Todo ello unido a los datos presentados por la Comisión y obtenidos a través de las inspecciones realizadas por sus funcionarios llevaron al Tribunal de Justicia a declarar «*que la República Francesa no había adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Francia incumpliendo, por tanto, las obligaciones que le incumben en virtud del art. 228 TCE, al no garantizar un control de las actividades pesqueras conforme con las exigencias previstas en las disposiciones comunitaria*¹⁸».

¹⁴ Puntos núms. 70 y ss.

¹⁵ Punto núm. 75.

¹⁶ Punto núm. 77.

¹⁷ El Tribunal de Justicia rechaza la tesis de que los controles nacionales fueron disminuidos en base a una mayor disciplina y concienciación de los pescadores ya que el camino hacia la concienciación requiere un largo proceso (Puntos núms. 57-61 de la Sentencia).

¹⁸ Punto núm. 62 de la Sentencia.

2. Insuficiencia de las medidas adoptadas por sus infractores¹⁹.

Ante los evidentes datos que revelaban no ya sólo los informes realizados por los inspectores de la Comisión sino también los proporcionados por las autoridades francesas²⁰, el Tribunal de Justicia no tuvo más remedio que declarar que las medidas adoptadas por nuestro país vecino no garantizaban ni la incoación de procedimientos, ni tampoco la imposición de sanciones disuasorias.

III. LA SUMA A TANTO ALZADO COMO MEDIDA PROPUESTA POR PRIMERA VEZ EN UN PROCEDIMIENTO POR INEJECUCIÓN.

El art. 228, 2 TCE establece en su párrafo 2º que «Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañen 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». En otros términos, prevé la imposición del pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva a aquel Estado miembro que no haya ejecutado una sentencia del TJCE.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de estas dos medidas y sobre la posibilidad de su imposición conjunta. Lo cierto es que si bien la naturaleza jurídica ha quedado suficientemente aclarada por la doctrina, no así ha ocurrido sobre su posible imposición conjunta.

La naturaleza híbrida de este procedimiento ha sido declarada por autores como DIÉZ-HOCHEITNER o MARTÍN DELGADO²¹. Para el primero de estos autores el artículo 228.2 ha introducido «un mecanismo híbrido, en el que se combinan medidas coactivas y sancionadoras para los supuestos de incumplimiento de sentencias de los Estados miembros»²².

Se habla de un mecanismo híbrido porque estas dos medidas persiguen

¹⁹ Puntos núms. 70-74 de la Sentencia.

²⁰ El número de infracciones por las que se incoaron procedimientos es insuficiente; no se incoaron procedimientos en todos los casos en que se detectó la comisión de una infracción; no todas las infracciones por las que inició el procedimiento dieron lugar a la imposición de una sanción disuasoria; el hecho de que existiera una Ley nacional que impidiera la imposición de sanción en caso de incumplimientos que llevaran aparejados una multa no superior a 750 euros, etcétera.

²¹ MARTÍN DELGADO, I.: *El procedimiento...*, op. cit., pg. 118. Este autor defiende la distinta naturaleza de las medidas a imponer en caso de inejecución (multa coercitiva o suma a tanto alzado) así como su diferente función. Estas dos razones le llevan defender la posibilidad de aplicación simultánea de ambos instrumentos a un mismo caso de ejecución. Sobre esta cuestión *vide infra* el epígrafe VIII.

²² DIÉZ-HOCHEITNER: *La respuesta...*, op. cit. pg. 854.

influir en el comportamiento futuro de un Estado miembro, aunque dicha influencia es distinta en función de una y otra medida²³.

La primera diferencia entre la suma a tanto alzado y la multa coercitiva es que en el caso de la suma a tanto alzado debe hablarse de una sanción no condicional. En cambio, la multa coercitiva constituye una medida de carácter condicional²⁴, esto es, el Estado está obligado a efectuar diariamente (o cuando proceda²⁵ el pago de una determinada cantidad de dinero siempre y cuando no cumpla sus obligaciones establecidas en una sentencia anterior. Lo que significa que si lleva a cabo dichas obligaciones la multa coercitiva queda sin objeto y deja de tener sentido.

No ocurre lo mismo con la imposición de la suma a tanto alzado porque la razón última de esta medida es la producción de efectos preventivos, disuasorios. La suma a tanto alzado no incita al Estado a cumplir con su obligación, no es ésta su misión, sino otra bien distinta como es la de disuadir a los Estados Miembros para que se abstengan de inexecutar sentencias. Dicho en otras palabras, pretende interiorizar en los Estados la idea de que si no ejecutan las sentencias que previamente ha dictado contra ellos el TJCE, no solamente están expuestos a una multa coercitiva sino también a una sanción traducida como suma a tanto alzado cuyo objeto es evitar o impedir que los Estados miembros actúen al margen de la legalidad comunitaria²⁶.

²³ Asunto C-387/97, *Comisión vs. Grecia* y Asunto C-278/01, *Comisión vs. España*.

²⁴ Primeras conclusiones del Abogado General Geelhoed: 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 art. 228 CE, apartado 2, debe tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes del incumplimiento controvertido» (& 88).

²⁵ Debe advertirse que en este caso el Abogado General (Conclusiones de 29 de abril de 2004) solicitó el pago de la multa coercitiva no diariamente sino cada seis meses porque consideraba que las prácticas de control y de persecución de las infracciones no podían adaptarse inmediatamente y, por ello, no sería oportuno imponer una multa coercitiva diaria en estas circunstancias (punto núms. 106 y ss.). El Tribunal de Justicia ha optado igualmente por esta fórmula.

²⁶ «Las sanciones en cuestión tienden a garantizar la actuación de las sentencias del Tribunal de dos modos. En primer lugar, previniendo 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, cuando un Estado miembro haya omitido las disposiciones necesarias para conformarse a la primera sentencia que declara un incumplimiento 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 de las segundas Conclusiones del Abogado General en el asunto *Comisión vs. Francia*).

Luego habrá casos en los que lo más indicado será imponer una multa coercitiva²⁷; otros en los que será más conveniente la suma a tanto alzado²⁸; así como otros en los que se deberán imponer ambas medidas si se quiere actuar de forma efectiva ante determinados incumplimientos comunitarios²⁹.

La Comisión siempre ha entendido que la imposición de una multa coercitiva era el instrumento más adecuado para incitar a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado³⁰. Ésta es precisamente la medida que la Comisión en su día solicitó al TJCE en el asunto *Comisión vs. Francia*³¹. Ahora bien, el hecho de que la Comisión siempre haya solicitado al TJCE la multa coercitiva por considerarla el medio más apropiado, no significa que el Tribunal no pueda imponer al Estado el pago de una suma a tanto alzado o, en casos de extremada gravedad, el pago de ambas cantidades (una, en aras a conseguir el cumplimiento futuro de las obligaciones por parte del Estado;

²⁷ La multa coercitiva es efectiva porque garantiza en última instancia el cumplimiento por parte del Estado Miembro, pero no siempre es la respuesta adecuada a un incumplimiento porque no supone una sanción. *Vide infra* nota núm. 28.

²⁸ El procedimiento por inexecución no es un mero mecanismo de ejecución de sentencias, sino que además, una vez puesto fin al incumplimiento, puede seguir existiendo un interés, por la gravedad de la infracción cometida, en sancionar al Estado miembro. Es bajo esta filosofía de sancionar al Estado miembro infractor donde se encuentra el fundamento de la suma a tanto alzado.

Por otro lado, no sólo sería aconsejable imponer la suma a tanto alzado en supuestos de infracción que revistan una especial gravedad, sino también en el caso de incumplimientos puntuales que se deban a una incorrecta aplicación del Derecho Comunitario o de normas nacionales de transposición a un caso concreto. *Vide*, entre otros, TESAURO, G.: *La sanción...*, *op. cit.*, pg. 109; Díez-HOCHLEITNER, J.: *La respuesta del TUE...*, *op. cit.*, pg. 874 y MARTÍN DELGADO, I.: *El procedimiento...*, *op. cit.*, pg. 120.

Señala la última Comunicación de la Comisión del año 2005 (nota a pie de página núm. 7, pg. 3) que la suma a tanto alzado es una medida de carácter excepcional apropiada en los casos de infracciones consumadas que se repiten de forma sucesiva y también en aquellos otros supuestos en los que el Estado aun habiendo ejecutado todas las medidas necesarias para cumplir la sentencia que previamente le condenó, ha transcurrido ya un período inevitable de tiempo antes de que se haya alcanzado el resultado perseguido.

²⁹ Como puede ser el caso de un incumplimiento grave prolongado en el tiempo que además todavía no ha sido subsanado por parte del Estado miembro condenado. Circunstancias que precisamente aparecen en el caso enjuiciado. *Vide infra* el epígrafe VIII.

³⁰ Punto núm. 82 de las Conclusiones de 18 de noviembre de 2004 del Abogado General A. Geelhoed.

³¹ Concretamente, la Comisión solicitó al Tribunal de Justicia la imposición a la República Francesa de una multa coercitiva diaria por la cantidad de 316.500 euros.

Los criterios para determinar la cuantía de la multa coercitiva en el procedimiento por inexecución se encuentran en las Comunicaciones de 21 de agosto de 1996 (DO C 242, pg. 6) y de 28 de febrero de 1997 (DO C 63, pg. 2), ambas recientemente sustituidas por la Comunicación de 2005 (todavía no existe versión en español pero puede consultarse en alemán, inglés y francés. *Vide* http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_fr.htm

la otra, a los solos efectos de sancionar por no haber actuado conforme a la legalidad comunitaria)³².

Así, en este caso en concreto el Abogado General considera que la multa coercitiva no es por sí misma suficiente para paliar los graves efectos del incumplimiento que en su día realizó el Gobierno francés y por ello solicita al Tribunal de Justicia la imposición de una multa coercitiva y una suma a tanto alzado.

Por otro lado, existe asimismo otra gran característica que diferencia la multa coercitiva de la suma a tanto alzado: el carácter de sanción de esta última. En efecto, la consideración de la suma a tanto alzado como sanción ha sido manifestada por gran parte de la doctrina³³ así como por el Abogado General de la sentencia objeto de comentario en este trabajo³⁴. No obstante, en el asunto C-387/97, *Comisión vs. Grecia*³⁵ el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer consideró la suma a tanto alzado como un «medio para conseguir el resultado final de cumplimiento y no como la pena que correspondería imponer a un Estado miembro en castigo por su conducta antijurídica»³⁶, no aceptando la naturaleza mixta del procedimiento porque de ser así se «alteraría irremediabilmente la economía de este procedimiento», que presentaría una naturaleza distinta³⁷ según fuese el tipo de sanción que la Comisión solicitase³⁸.

³² No voy a entrar a discutir aquí otro tema estrella, igualmente de gran interés, como es la vinculación del Tribunal de Justicia respecto a la propuesta de la Comisión. Sobre esta cuestión véanse los párrafos núms. 14 a 37 de las conclusiones del Abogado General en este asunto de 18 de noviembre de 2004, los puntos núms. 87-97 de la sentencia objeto de estudio, así como MARTÍN DELGADO, I.: *El procedimiento...*, op. cit. pgs. 129 y ss. y SOBRIDO PRIETO, M.: *Primera condena...*, op. cit., pgs. 22-24.

³³ Entre otros, DIEZ-HOCHLEITNER, J.: *La respuesta...*, op. cit., pgs. 854 y ss.

³⁴ Punto núm. 47 de las Conclusiones de 18 de noviembre de 2004 del Abogado General A. Geelhoed.

³⁵ Comentarios sobre esta sentencia pueden encontrarse en Andrés SÁENZ DE SANTA-MARÍA, P. A.: Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inejecución de sentencia (Comentario a la STJCE de 4 de julio de 2000, *Comisión vs. Grecia*), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, pgs. 493-518; MARTÍN DELGADO, I.: *Imposición de una multa a un Estado Miembro por inejecución de una sentencia de incumplimiento: sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2000*. En *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 119, 2001, pgs. 101-114; MOREIRO GONZÁLEZ, C.: A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000 en el asunto C-387/97, *Comisión CE*, apoyada por Reino Unido contra Grecia, en *Gaceta Jurídica*, núm. 208, 2000, pgs. 87-95.

³⁶ Punto núm. 13 de las Conclusiones del asunto C-387/97, *Comisión vs. Grecia*.

³⁷ El carácter sancionador de la suma a tanto alzado proclamado en este trabajo altera la naturaleza del procedimiento porque en este caso se tendrán que aplicar los principios que rigen el Derecho Administrativo Sancionador. En cambio, cuando se solicite la imposición de una multa coercitiva, al no tener ésta naturaleza sancionadora, no se requiere el traslado de dichos principios, lo cual se traduce por ejemplo, en la no necesidad de contar con una disposición normativa que regule su imposición. *Vide infra* el epígrafe III y ss.

³⁸ *Ibidem*.

Llama la atención la matización que en este punto realiza MARTÍN DELGADO, I.: «El

En mi opinión, la suma a tanto alzado debe considerarse como una sanción³⁹ y ello porque, aunque en ocasiones puede no ser un remedio muy efectivo, hoy por hoy, las sanciones constituyen el único mecanismo capaz, dependiendo de los casos, de interiorizar en los Estados la idea de actuar conforme a la legalidad comunitaria⁴⁰. Es decir, en determinados supuestos ya mencionados, la imposición de una multa coercitiva puede ser incluso más ventajosa para el Estado si se compara con todos los efectos positivos que obtiene mediante el incumplimiento que está realizando del derecho comunitario. En consecuencia, la única forma posible para conseguir que al Estado no le salga «más rentable» incumplir sus obligaciones, será mediante la imposición de la suma a tanto alzado, o lo que es lo mismo, mediante la imposición de una sanción.

Nada dice en cambio el Tribunal de Justicia sobre este carácter sancionador de la suma a tanto alzado. Tan sólo se limita a señalar en el punto núm. 77 de la sentencia que dichas medidas –la multa coercitiva y la suma a tanto alzado– son complementarias, al perseguir ambas un efecto disuasorio, afirmación que no se puede sostener de forma absoluta.

El art. 228.2 TCE persigue dos objetivos: uno de ellos va encaminado a inducir al Estado miembro afectado a cumplir la sentencia inicial y ello se consigue mediante la imposición de una multa coercitiva. El otro, persigue castigar la inejecución directamente y también reducir la posibilidad de que se cometan infracciones análogas y es a ello a lo que precisamente contribuye la suma a tanto alzado. Ahora bien, y a diferencia de lo que ha señalado el Tribunal de Justicia, la multa coercitiva no tiene efecto disuasorio. Su finalidad no es concienciar a los Estados de que se abstengan de cometer infracciones de similar naturaleza, sino obligarles a cumplir sus obligaciones impuestas previamente por una sentencia. Luego afirmar que ambas medidas persiguen un efecto disuasorio no es correcto.

*procedimiento...», op. cit., pg. 145, nota a pie de página núm. 303. Este autor advierte con muy buen criterio que el Abogado General se contradice porque al entender que ni una medida ni otra son sanciones ello supone no trasladar a la suma a tanto alzado los principios que rigen la potestad sancionadora, principios sancionadores a los que él mismo recurre para justificar la aplicación de la medida menos lesiva para el Estado (*principio in dubio pro libertate*).*

³⁹ En contra por alusión a la según ella doctrina mayoritaria, SOBRIDO PRIETO, M.: «*Primera condena...*», *op. cit.*, pg. 16: «(...) no estaba clara la naturaleza de las sanciones; cuestión fundamental porque en caso de afirmarse su naturaleza penal –postura mayoritariamente rechazada– deberían aplicarse toda una serie de garantías penales, entre ellas la precisión de la pena (...) y la irretroactividad, que llevaría a no aplicar este procedimiento respecto a la inejecución de sentencias que hubiesen sido dictadas antes del 1 de noviembre de 1993».

⁴⁰ DE FRUTOS GÓMEZ: «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, pgs. 792 y 793 (citado por MARTÍN DELGADO, I., *op. cit.* pg. 37): «(...) sin sanción no hay coerción para el cumplimiento y, en consecuencia, difícil será el funcionamiento de un sistema jurídico».

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA SUMA A TANTO ALZADO

Debe lamentarse que el Tribunal de Justicia no haya aprovechado esta ocasión para declarar el carácter de sanción de la suma a tanto alzado. No es esa mi postura: la suma a tanto alzado es a todas luces una sanción, naturaleza que le viene dada debido a la finalidad que persigue (castigar al Estado por no haber tomado las medidas necesarias a efectos del cumplimiento de una obligación impuesta en una sentencia). Pero no sólo por esta razón la suma a tanto alzado debe definirse como tal, existen otros motivos y es que la suma a tanto alzado se adapta perfectamente a las características que definen una sanción en el sistema comunitario.

La aplicación de la suma a tanto alzado supone el ejercicio del *ius puniendi* aunque no del Estado, sí de la Comunidad Europea. La Comunidad Europea tiene potestad sancionadora en diversos ámbitos como en el marco de la competencia, la PAC, la PPC, la política de transporte y un sin fin de materias más.

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre dos modelos sancionadores comunitarios⁴¹:

Por un lado, están las típicas multas perfectamente asimilables a las sanciones pecuniarias previstas en el derecho nacional. Así, el antiguo Tratado CECA establecía en sus artículos 47, 54 y 59 sanciones de esta naturaleza⁴².

Este tipo de sanciones vienen caracterizadas por las siguientes notas:

- a. Se trata de sanciones pecuniarias, muy similares a las multas del Derecho administrativo sancionador previsto en los derechos nacionales de los Estados miembros.
- b. El órgano competente para su imposición es la Comisión Europea, existiendo posibilidad de recurso ante el Tribunal de Justicia.
- c. Las sanciones tienen en exclusiva como sujetos activos a personas jurídicas.

Al margen de este tipo de sanciones, se encuentran otras de distinta naturaleza que han ido apareciendo en el marco de la política agrícola común y cuyos rasgos esenciales son los siguientes:

- a. Las sanciones a imponer rara vez son de naturaleza pecuniaria, sino que consisten en la pérdida de una fianza como consecuencia de haber incum-

⁴¹ NIETO MARTÍN, A.: *Fraudes comunitarios: Derecho Penal Económico Europeo*. Praxis, 1996, pgs. 58 y ss.

⁴² Por ejemplo, el art. 47 TCECA sancionaba a las empresas que no suministrasen información a la Comisión o que proporcionasen información falsa con multas por un importe máximo del 1% del volumen de negocios anual. El art. 54 sancionaba a aquellas empresas que no acatasen el dictamen desfavorable de la Comisión, relativo a la posibilidad de utilizar ayudas financieras (subvenciones) en la ejecución de un programa de desarrollo.

plido una obligación (cauciones), sanciones interdictivas (por ejemplo, la prohibición de obtener subvenciones durante un determinado tiempo, etc.) o devolución de ayudas que han sido reintegradas indebidamente, debiendo abonar el particular además una serie de intereses, que en muchos casos exceden a los que resultaría de aplicar las normas de Derecho privado.

b. Dado que se trata de sanciones a medio camino entre el Derecho sancionador administrativo y el Derecho administrativo, permiten relativizar la aplicación de principios, esencialmente el de culpabilidad, que son ya de indubitada aplicación a las sanciones del modelo tradicional.

c. Su imposición se ha dejado en manos de las administraciones nacionales.

d. Como la regulación que se contiene en estos reglamentos es muy parca –tan sólo se fija la sanción– corresponde al derecho nacional la implementación del Derecho comunitario. Por tanto, su aplicación no siempre es uniforme.

Tras esta breve descripción del marco sancionador comunitario⁴³ corresponde determinar en qué modelo cabe incluir la suma a tanto alzado.

A grandes rasgos y salvo pequeñas salvedades, la suma a tanto alzado se corresponde con una sanción de las del primer modelo sancionador⁴⁴.

En primer lugar, se trata de una sanción pecuniaria⁴⁵ cuyos sujetos activos son personas jurídicas si bien en este caso de derecho público: Los Estados Miembros⁴⁶.

En segundo lugar, es el TJCE la institución competente para su imposición⁴⁷, aunque el procedimiento sólo se iniciará si la Comisión⁴⁸ así lo deci-

⁴³ Para un mayor detalle *vide* NIETO MARTÍN, A.: *Fraudes...*, op. cit. pgs. 59 y ss.

⁴⁴ Precisamente, algunos autores como CAPOTORTI defendieron en su momento la sustitución de este tipo de sanciones (de corte clásico) por otras que se corresponden perfectamente con el segundo modelo sancionador comunitario como por ejemplo, la suspensión de la financiación comunitaria concedida al Estado incumplidor (*La procedura sanzionatoria nei confronti degli stati Membri autori di illeciti comunitari, ai sensi dell'art. 171 del Trattato Istitutivo de lla Comunita Europea* en *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1993, pg. 712 (citado por MARTÍN DELGADO, I., op. cit. pg. 112).

⁴⁵ En particular en el Asunto C-304/02 se solicita al TJCE la condena a la República francesa de una suma a tanto alzado de 115.522.500 euros.

⁴⁶ Art. 228.2 párrafo 3º: «Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado Miembro afectado ha incumplido su sentencia podrá...».

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ En palabras de SOBRIDO PRIETO, M.: *Primera condena...*, op. cit. , pgs. 2-3, es la Comisión la que tiene atribuida la función de controlar el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones que les incumben por la vía del Derecho comunitario, mientras que corresponde al TJCE el enjuiciamiento del cumplimiento ordinario del mismo.

diese⁴⁹ pues es la única que tiene potestad para someter el incumplimiento de que se trate ante el Tribunal de Justicia⁵⁰.

Por último, la suma a tanto alzado presentaba curiosamente como nota característica un rasgo que se atribuye a las sanciones pertenecientes al segundo modelo sancionador: la ausencia de regulación existente en la materia. Rasgo que tras la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del art. 228.2 TCE⁵¹ ya no puede estrictamente mantenerse. Enfatizamos con el término estrictamente porque una Comunicación no es el medio más apropiado para cumplir, tal y como veremos más adelante, con el principio de legalidad ni tampoco es una garantía dado que el TJCE no está vinculado por la misma. No obstante, nadie niega el gran esfuerzo de la Comisión por crear un régimen más o menos uniforme sobre esta materia que en nuestra opinión soluciona bastantes problemas de índole práctica ya que en ninguna de las dos comunicaciones anteriores⁵² se recogían parámetros o directrices para calcular la suma a tanto alzado lo que llevaba inevitablemente a preguntarse en qué medida se veía afectado el principio de legalidad ante esta laguna normativa.

En definitiva, la última Comunicación de la Comisión del año 2005 contribuye considerablemente a colmar las lagunas existentes hasta el momento en relación a los criterios de determinación de la suma a tanto alzado. Sin embargo, antes de hablar acerca de una posible vulneración del principio de legalidad, resulta imprescindible determinar si deben trasladarse a la suma a tanto alzado las garantías y principios que rigen en el Derecho Administrativo Sancionador como por ejemplo el principio de legalidad, determinación, irretroactividad o de *non bis in idem*.

Si la naturaleza jurídica de la suma a tanto alzado es de sanción y además del primer modelo sancionador comunitario⁵³ ello lleva a pronunciarse necesariamente en sentido positivo. Por tanto, los principios de legalidad, irretroactividad y *non bis in idem* deben estar presentes a la hora de imponer la suma a tanto alzado.

⁴⁹ Sobre los límites a la discrecionalidad de la Comisión para iniciar el procedimiento previsto en el art. 228.2 TCE, vide Díez-Hochleitner, J.: *La respuesta...*, op. cit. pgs. 883 y ss., y Martín Delgado, I.: *El procedimiento...*, op. cit., pgs. 125-129.

⁵⁰ Art. 228.2 párrafo 2º: «Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia» (énfasis añadido).

⁵¹ SEC (2005) 1658. Vide *supra* nota núm. 31.

⁵² Ni la de 21 de agosto de 1996 ni la de 28 de febrero de 1997. Vide *supra* nota núm. 31.

⁵³ Una de las notas características de las sanciones del segundo modelo era que al tratarse de sanciones a caballo entre el Derecho sancionador administrativo y el Derecho administrativo, permitían relativizar la aplicación de principios. No ocurre lo mismo en el caso de las sanciones pertenecientes al primer grupo en el que los principios del derecho penal deben ser trasladados al Derecho Administrativo Sancionador como garantía del sancionado.

El ordenamiento comunitario tiene la obligación de respetar el principio de legalidad⁵⁴ de las infracciones y sanciones administrativas por dos razones: En primer lugar, porque se trata de un principio que ostenta rango de derecho fundamental en varios ordenamientos nacionales⁵⁵. Los derechos fundamentales de los Estados miembros son parte integrante del ordenamiento comunitario, por lo que constituye ya una vulneración del Derecho comunitario la creación de sanciones sin respetar el principio *nullum crimen sine lege parlamentaria*. En segundo lugar, porque aunque no tuviera rango constitucional, el art. 7 del CEDH lo recoge expresamente⁵⁶ y, por tanto, en virtud del art. 6.2 del TUE la Unión está obligada a respetar «los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

El término latino *nullum crimen sine lege parlamentaria* advierte que no se respeta el principio de legalidad con cualquier tipo de ley, sino sólo y exclusivamente con la Ley que tiene su origen en el Parlamento.

Dado que la correspondencia entre un parlamento nacional y el Parlamento europeo no es exactamente la misma y dado que tampoco existe exactitud entre Ley nacional y directiva o reglamento comunitario, está claro que se deben abordar en qué casos el principio de legalidad se verá respetado y en cuales otros, a pesar de contar con una regulación normativa, no se podrá sostener dicho respeto.

El único caso en el que es posible asegurar que el Parlamento europeo asume un rol equivalente o similar al de un parlamento nacional es en la elaboración de reglamentos aprobados por el procedimiento de codecisión⁵⁷.

⁵⁴ Sobre el principio de irretroactividad y determinación, *vide infra* epígrafes V y VI. Por su parte, el principio de *non bis in idem* será estudiado en el apartado VIII al abordar la imposición conjunta de la suma a tanto alzado y la multa coercitiva.

⁵⁵ Tal y como ocurre en el caso español en el art. 25 CE.

⁵⁶ Artículo 7 del CEDH: No hay pena sin ley.

«1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas».

⁵⁷ Art. 251 TCE: «1. Cuando en el presente Tratado, para la adopción de un acto, se haga referencia al presente artículo, se aplicará el procedimiento siguiente.

2. La Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo.

El Consejo, por mayoría cualificada, previo dictamen del Parlamento Europeo,

–Si aprobara todas las enmiendas contenidas en el dictamen del Parlamento Europeo, podrá adoptar el acto propuesto así modificado;

–Si el Parlamento Europeo no propusiera enmienda alguna, podrá adoptar el acto propuesto;

En consecuencia, para respetar el principio de legalidad, será necesario un reglamento comunitario –no una simple Comunicación de la Comisión– que determine las condiciones y parámetros para calcular e imponer una suma a tanto alzado en marco del procedimiento por inexecución⁵⁸. De lo contrario el Estado tendría un doble *status* en su posición jurídica: se vería beneficiado del principio de legalidad en cualquier procedimiento sancionador nacional, mientras que se vería despojado de dicha garantía en el ámbito comunitario⁵⁹.

–En los demás casos, adoptará una posición común y la transmitirá al Parlamento Europeo. El Consejo informará plenamente al Parlamento Europeo de los motivos que le hubieran conducido a adoptar su posición común. La Comisión informará plenamente sobre su posición al Parlamento Europeo.

Si, transcurrido un plazo de tres meses desde esa comunicación, el Parlamento Europeo.

a) Aprobara la posición común o no tomara decisión alguna, el acto de que se trate se considerará adoptado con arreglo a esa posición común;

b) Rechazara, por mayoría absoluta de sus miembros, la posición común, el acto propuesto se considerará no adoptado;

c) Propusiera enmiendas de la posición común por mayoría absoluta de sus miembros, el texto modificado será transmitido al Consejo y a la Comisión, que emitirá un dictamen sobre estas enmiendas.

3. Si en un plazo de tres meses desde la recepción de las enmiendas del Parlamento Europeo, el Consejo aprobara por mayoría cualificada todas ellas, se considerará que el acto de que se trate ha sido adoptado en la forma de la posición común así modificada; no obstante, el Consejo deberá pronunciarse por unanimidad sobre aquellas enmiendas que hayan sido objeto de un dictamen negativo de la Comisión. Si el Consejo no aprobara todas las enmiendas, el presidente del Consejo, de acuerdo con el presidente del Parlamento Europeo, convocará en el plazo de seis semanas una reunión del Comité de Conciliación.

4. El Comité de Conciliación, que estará compuesto por los miembros del Consejo o sus representantes y por un número igual de representantes del Parlamento Europeo, procurará alcanzar un acuerdo sobre un texto conjunto, por mayoría cualificada de los miembros del Consejo o sus representantes y por mayoría simple de los representantes del Parlamento Europeo. La Comisión participará en los trabajos del Comité de Conciliación y adoptará todas las iniciativas necesarias para favorecer un acercamiento de las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo. Al realizar esta misión, el Comité de Conciliación examinará la posición común sobre la base de las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo.

5. Si en el plazo de seis semanas después de haber sido convocado, el Comité de Conciliación aprobara un texto conjunto, el Parlamento Europeo y el Consejo dispondrán cada uno de seis semanas a partir de dicha aprobación para adoptar el acto en cuestión conforme al texto conjunto, pronunciándose respectivamente por mayoría absoluta de los votos emitidos y por mayoría cualificada. Si cualquiera de ambas instituciones no aprobara el acto propuesto dentro de dicho plazo, éste se considerará no adoptado.

6. Si el Comité de Conciliación no aprobara un texto conjunto, el acto propuesto se considerará no adoptado.

7. Los períodos de tres meses y de seis semanas a que se refiere el presente artículo podrán ampliarse, como máximo, en un mes y dos semanas respectivamente, a iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo».

⁵⁸ Es al legislador comunitario y no a la Comisión a quien corresponde colmar esta laguna normativa.

⁵⁹ No obstante, véase el epígrafe V. relativo al principio de tipificación o determinación.

La necesidad de un Reglamento se manifiesta con mayor rotundidad en el hecho de que una Comunicación no obliga en sus términos al TJCE, es decir, las reglas establecidas en la misma se configuran como una mera guía práctica a tener en cuenta pero no tienen, ni mucho menos, carácter vinculante⁶⁰:

«El ejercicio de la facultad que el art. 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»⁶¹.

V. EL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN O TIPICIDAD

Desde los años 70 el TJCE ha mantenido firmemente que una sanción no puede ser impuesta si no descansa en una base legal, clara y no ambigua, con el fin de que los ciudadanos puedan conocer con seguridad sus derechos y obligaciones y tomar, en consecuencia, sus decisiones⁶². Es lo que se denomina principio de determinación o de seguridad jurídica y está claramente vinculado al principio de legalidad.

Aplicado a la suma a tanto alzado, significa que la Ley o disposición normativa que la regule deberá contener de forma clara e inequívoca las consecuencias de no ejecutar una sentencia del Tribunal de Justicia, es decir, deberá señalar los parámetros, reglas o criterios a tener en cuenta para calcular la suma a tanto alzado tal y cómo se ha procedido con la multa coercitiva.

Ahora bien, en el derecho nacional aunque también puede trasladarse a otros ámbitos como el comunitario, cuando se trata de sanciones administrativas el Parlamento puede limitarse a concretar los rasgos esenciales del cuadro sancionador, siendo lo normal que remita al reglamento, a la Administración, la fijación concreta de la tipicidad⁶³.

Ello lleva a preguntarse si en el marco comunitario podría el Parlamento europeo aprobar por el procedimiento de codecisión un reglamento que fijase el marco general de la suma a tanto alzado dejando a la Comisión, vía comunicación, los detalles específicos de su aplicación.

En mi opinión y, a pesar de su carácter interpretativo y no vinculante, sería posible esta práctica siempre y cuando el Reglamento correspondiente hubiese fijado en términos generales los criterios de cálculo, es decir, estipulase un marco general de la suma a tanto alzado. De lo contrario, no es

⁶⁰ Al fin y al cabo, el TJCE es el responsable de determinar el método de cálculo y el importe de la multa y de establecer las condiciones bajo las cuales se impone (& 97 Primeras conclusiones del A. G. en el asunto *Comisión vs. Francia*).

⁶¹ Fundamento núm. 85 del asunto *Comisión vs. Francia*.

⁶² STJCE *Hadelgeschellschaft* de 1970, Rec. 70, pg. 1125.

⁶³ En el ámbito sancionador administrativo, el Parlamento pretende sobre todo controlar *ex ante* la potestad sancionadora de la Administración.

conveniente el recurso a las comunicaciones porque el principio de legalidad se vería si no vulnerado, sí debilitado.

En conclusión, lo deseable sería que se estableciese un «régimen básico» de la suma a tanto alzado a través de un reglamento en el que se fijase un régimen general que posteriormente podría ser desarrollado mediante una comunicación de la Comisión que abordase determinados problemas, por ejemplo, de aplicación práctica, función que cumpliría a la perfección la Comunicación de la Comisión del año 2005.

La ausencia de reglamento coloca al penalista garantista y sobre todo español como es mi caso⁶⁴, ante una situación límite que le obliga a declarar la existencia de vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, y recurriendo a criterios prácticos y, sobre todo, realistas, es cierto que no se pueden exigir en el ordenamiento comunitario las mismas garantías que en el ámbito interno. Primero, porque el ordenamiento comunitario es especial y segundo, porque en ocasiones –como la de ahora– es necesario rebajar esas garantías siempre y cuando se alcance un mínimo deseable⁶⁵. Si queremos juzgar la legalidad del ordenamiento comunitario, no se puede hacer a través de lo que significa *legalidad* en el derecho interno, que diferirá considerablemente de un ordenamiento jurídico a otro, sino en razón de un concepto uniforme y europeo.

Hasta la llegada de la Comunicación de la Comisión de 2005 la situación era francamente preocupante pues existía *carta blanca* para imponer la suma a tanto alzado sin aparecer reflejados en ningún sitio los criterios de determinación de su cuantía. Ahora, con dicha Comunicación, pese a no ser la solución más deseable al no disponer de un reglamento regulador de la materia que vincule al Tribunal de Justicia a la hora de su imposición, sí que es cierto que se ha avanzado considerablemente y que los requisitos de seguridad jurídica y de previsibilidad son respetados aunque, vuelvo a repetir, no de la manera más aconsejable.

⁶⁴ Debe tenerse en cuenta que el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico español está fuertemente arraigado y responde a exigencias muy elevadas: necesidad de Ley orgánica, mientras que en otros países, como por ejemplo Italia, es posible la tipificación de un delito mediante Decreto legislativo o incluso Decreto Ley. A favor de la utilización de ambos tipos de normas para la imposición de sanciones penales puede verse CONTENTO, G.: *Corso di diritto penale*, vol. I, 1996, pg. 36; FIORE, C.: *Diritto penale, Parte Generale*, vol. I, 1993, pg. 64; MANTOVANI, F.: *Diritto penale, Parte Generale*, 3ª edición, 1992, pg. 90; PAGLIARO, A.: *Principi di diritto penale: Parte Generale*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore-2003, pg. 42; ROMANO, M.: *Comentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2ª edición, 1995, pg. 34; VASALLI, G.: *Nulum crimen, nulla poena sine leg*, en Dig. Pen., vol. VIII, 1994, pg. 310; TRAPANI, M.: *Voce Legge penale. I. Fonti*, en Enciclopedia giuridica, 1990, pgs. 5 y ss.

En contra, GIORGIO MARINUCCI, E. D.: *Corso di diritto penale*, Giuffrè Editore, Tercera Edición, Milán 2001, pgs. 40 y ss.

⁶⁵ Recurro pues a lo que en otros ámbitos –en sede de armonización penal– se está demandando por la doctrina y por la sociedad: la creación de un concepto europeo de principio de legalidad. De lo contrario habrá que atenerse a veinticinco o, quizás en el futuro más, conceptos de principio de legalidad.

VI. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Otro de los principios que debe necesariamente ser abordado en la imposición de la suma a tanto alzado es el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

Se trata de un corolario del principio de legalidad previsto expresamente en los textos constitucionales así como en el artículo 7 del CEDH⁶⁶ que el propio ordenamiento jurídico comunitario ha reconocido con carácter general encontrando su fundamento en el principio de seguridad jurídica.

El principio de irretroactividad obliga a aplicar las disposiciones sancionadoras que estuviesen vigentes en el momento de cometer la infracción⁶⁷. Luego, la primera cuestión que debe abordarse es si debe trasladarse también su aplicación a la suma a tanto alzado. En segundo lugar, y en el caso de que la respuesta a la primera pregunta fuese afirmativa, será necesario preguntarse por el momento temporal que se tiene en cuenta para la aplicación de este principio, cuestión que abordaré posteriormente⁶⁸.

Las opiniones existentes respecto a la irretroactividad como principio a tener en cuenta a la hora de imponer a un Estado el pago de una multa coercitiva son muy variopintas.

Así, la mayoría de la doctrina de ha pronunciado de forma categórica en sentido afirmativo⁶⁹ y lo mismo puede decirse aunque no de un modo tan

⁶⁶ Vide *supra* nota núm. 56.

⁶⁷ Sentencia de 3 de marzo de 1982 (Asunto 14/81, Recueil, 1982, pgs. 749 y ss., considerando núm. 28, en pg. 768) o sentencia de 13 de noviembre de 1990 (Asunto C-331-88, Recueil, 1990, pgs. 4023 y ss., considerandos 42 y ss., en pg. 4068). En base a estas resoluciones del TJCE resultan contrarias al principio *nulla poena* las sanciones impuestas sobre la base de disposiciones adoptadas *ex post facto*.

⁶⁸ Vide *infra* el epígrafe relativo a los criterios de determinación de la suma a tanto alzado y en particular, el relativo a la duración del incumplimiento.

⁶⁹ Para Díez-Hochleitner, J.: *La respuesta...*, op. cit. pg. 860, el principio de irretroactividad debe también aplicarse a la imposición de una multa coercitiva. Sin embargo, nosotros entendemos que la multa coercitiva, al no ser una sanción en el sentido que hemos definido anteriormente, no debe venir acompañada de las mismas cautelas o garantías de la suma a tanto alzado. Es por ello, que la multa coercitiva como medio de ejecución de sentencias podría, en nuestra opinión, imponerse aun cuando la inejecución se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 228.2 TCE, es decir, con anterioridad al 1 de enero de 1993 salvo que se trate de supuestos anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht de carácter transitorio, es decir, aquellos supuestos que no han llegado aún a la fase de dictamen motivado.

En el mismo sentido, Martín Delgado, I.: *El procedimiento...*, op. cit., pgs. 123 y 124; del mismo autor: *La ejecución de sentencias declarativas de incumplimiento del Derecho Comunitario*, en Revista española de Derecho Europeo, núm. 16, octubre-diciembre 2005, pg. 624: «(...) 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; Silva de Lapuerta: *La ejecución de las sentencias de incumplimiento para los Estados miembros*, en Noticias de la Unión Europea, núm. 178, 1999, pg. 178 e Itziar Giménez Sánchez: *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Aranzadi, Elcano, 2004, pgs. 169 y 170.

rotundo de la Comisión⁷⁰ que señaló en su XIV Informe Anual sobre la Aplicación del Derecho Comunitario que «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 antes»⁷¹.

Respecto a la opinión del Tribunal de Justicia así como de algún A. G., poco puede decirse ya que no ha habido ningún pronunciamiento directo⁷² en uno u otro sentido en relación a la suma a tanto alzado⁷³.

VII. CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DE LA SUMA A TANTO ALZADO: LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DEL AÑO 2005

En el momento en el que tiene lugar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Comisión vs. Francia* no existía ningún tipo de disposición que estableciese directrices acerca de la determinación de la cuantía de la suma a tanto alzado⁷⁴, de modo que el TJCE se limitó a sancionar a la

⁷⁰ La Comisión evita hacer comentario alguno a este respecto en sus dos Comunicaciones, algo que es lógico teniendo en cuenta que ambas se refieren a la multa coercitiva en la que como sabemos, al no tener carácter de sanción, no es necesario trasladar la aplicación de los principios que rigen el Derecho sancionador.

⁷¹ COM (1997) 299 final.

⁷² MARTÍN DELGADO, I. : *Las sentencias...*, op. cit., pg. 624: «Llama la atención en el asunto *Comisión vs. Francia* que el propio Estado infractor, la República francesa, no haya propuesto este argumento como vía para evitar la imposición de la condena a la suma a tanto alzado, utilizando la doctrina y la jurisprudencia existente hasta el momento».

⁷³ Sí que lo ha habido en relación a la multa coercitiva, tal y como ocurrió en el asunto *Comisión vs. Grecia*. Tanto el Tribunal de Justicia como el A. G. se decantaron por una postura contraria a la aplicación del principio de irretroactividad, posición justificada al tratarse de un medio de ejecución y no de una sanción, si bien las razones que aportaron fueron distintas. Para el primero, la suma a tanto alzado al igual que la multa coercitiva son medios de ejecución y no sanciones por lo que no es de aplicación el principio de irretroactividad [Conclusiones al asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), presentadas el 28 de septiembre de 1999 (& 84)].

En cambio, para el Tribunal de Justicia, la no aplicación de dicho principio se debe a dos razones: Una, al hecho de que todas las fases del procedimiento por inexecución se tramitaron con posterioridad al 1 de noviembre de 1993. Otra, a la propia naturaleza de la multa coercitiva la cual tiende a influir sobre un comportamiento futuro (STJCE, asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97), de 4 de julio de 2000 (&& 40 y 41).

⁷⁴ Las dos Comunicaciones anteriores de 1996 y 1997 no establecían reglas de determinación de la suma a tanto alzado ya que tan sólo hacían referencia a la multa coercitiva con alguna que otra pequeña mención a la primera. Ambas fueron completadas en 2001 con una decisión interna de la Comisión en la cual concretaba el factor «duración» de la infracción en 0.1 puntos por mes de retraso a partir del 7º mes tras dictarse la sentencia, dentro de los límites fijados en su Comunicación de 1997. *Vide* Informe de la Comisión sobre la aplicación del Derecho comunitario en 2001, COM (2002) 324, pg. 15. Sin embargo, la suma a tanto alzado volvía a quedar en el olvido obviando la Comisión cualquier tipo de referencia hacia ella.

República Francesa sin más⁷⁵, sin ofrecer criterio alguno para su cálculo⁷⁶. Ahora la situación es distinta y por eso este epígrafe se encargará de analizar las pautas y criterios que ofrece la Comunicación de la Comisión de 2005 así como de ofrecer otras variantes o posturas a tener en cuenta.

a) La Comunicación de 2005

La intención de la Comisión con la adopción de esta Comunicación no ha sido, ni mucho menos, la de instaurar un régimen rígido y estricto sin posibilidad alguna de optar por otras alternativas en casos excepcionales⁷⁷. Todo lo contrario. Con esta norma persigue configurar un cuerpo normativo flexible y no definitivo que tendrá en cuenta las pautas y problemas de aplicación práctica extraídos de la nueva jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Como novedad más significativa cabe mencionar el establecimiento –por fin– de un régimen más o menos compacto en torno a la determinación de la suma a tanto alzado que toma como referencia en más de una ocasión los criterios y pautas configurados para la determinación de la multa coercitiva.

La similitud con el régimen establecido en el caso de la multa coercitiva se observa en el segundo de los mecanismos puestos a su disposición para proceder a la fijación del montante de la sanción. Así, la Comisión establece dos métodos distintos: la fijación de una suma a tanto alzado mínima no variable⁷⁸ y la suma a tanto alzado resultante de multiplicar una cantidad diaria por el número de días de persistencia de la infracción. No obstante,

⁷⁵ Tan sólo contaba con la propuesta de referencia del A. G. que consistía en imponer como suma a tanto alzado el equivalente a un año de multas coercitivas diarias, propuesta en la que se mostraba algo reticente ante la ausencia de jurisprudencia y de propuesta por parte de la Comisión (apartados 102-103 de las Conclusiones de 29 de abril de 2004).

En la primera de sus conclusiones no se atrevía a dar una propuesta tan específica sino que tan sólo indicó –apartado núm. 96– que las condiciones y el importe de la suma a tanto alzado deberían ser determinados siguiendo los criterios empleados por el Tribunal de Justicia en sus dos sentencias dictadas en aplicación del art. 228.2 CE.

⁷⁶ El Tribunal de Justicia se limita a decir lo siguiente (punto núm. 116 de la Sentencia): «Una justa apreciación de las circunstancias 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». Ahora bien, cabe preguntarse con base a qué criterios ha fijado esa cantidad y por qué esa cuantía y no otra. Hubiese sido muy beneficioso que el Tribunal hubiera estipulado algunos parámetros a tener en cuenta para determinar su cuantía, principalmente por dos motivos: Uno, porque la naturaleza de sanción de la suma a tanto alzado exige un grado de motivación mayor que en el caso de la multa coercitiva acerca de los criterios o elementos que hayan llevado al Tribunal de Justicia a imponer esa cantidad en concreto y no otra, algo que precisamente no ocurre en el asunto *Comisión vs. Francia*. El otro, porque la ausencia de motivación choca frontalmente con el derecho de defensa (entendido en sentido amplio, como exigencia del condenado de conocer las razones de la imposición de la sanción y del montante de la misma).

⁷⁷ Las directrices enumeradas en la Comunicación no son absolutas ya que es posible que la Comisión decida no atenerse a las mismas en determinados casos siempre y cuando lo justifique.

⁷⁸ Comunicación de 2005 (& 22).

este método sólo se podrá aplicar en el caso de que el resultado final sea superior al valor de la suma a tanto alzado mínima no variable.

En relación al segundo mecanismo, la Comisión se refiere a un montante diario muy parecido al de la multa coercitiva resultante de multiplicar las siguientes variables:

- Un coeficiente de base uniforme igual a 200 euros⁷⁹.
- Un coeficiente de gravedad idéntico al utilizado en el caso de la multa coercitiva.
- Un factor «n» también análogo al de la multa coercitiva que varía en función del PIB de cada Estado miembro así como del número de votos que ostente en el Consejo⁸⁰.

El montante diario resultante del producto de las tres variables mencionadas se multiplica de nuevo, esta vez, por el número de días de inejecución, momento que entiende la Comisión que se produce a partir del día de la primera sentencia que constata el incumplimiento. *Dies a quo*, en mi opinión, muy acertado porque tiene en cuenta la distinción de la doctrina entre incumplimiento formal e incumplimiento material.

b) El dies a quo del número de días de inejecución y su estrecha relación con el principio de irretroactividad

La Comisión sostiene que si en el plazo razonable concedido al Estado miembro, éste no regulariza la situación, debe entenderse que el incumpliendo existe desde el momento en el que el Tribunal de Justicia pronuncia la primera sentencia condenatoria⁸¹.

Con este criterio respeta y matiza los postulados del Tribunal de Justicia y hace como suyos los razonamientos que sobre esta materia venía dando la doctrina.

El TJCE ha señalado que la ejecución de sentencias declarativas de incumplimiento «debe iniciarse inmediatamente y concluirse en el plazo más

⁷⁹ La fijación del importe en 200 euros difiere del propuesto para la multa coercitiva -500 euros- y la razón la encuentra la Comisión en el hecho de que en el caso de la multa coercitiva el comportamiento del Estado infractor merece un mayor desvalor en el momento en el que recae sentencia en virtud del art. 228 TCE ya que su infracción persiste a pesar de existir dos sentencias consecutivas del Tribunal de Justicia.

⁸⁰ Cuyo resultado es la raíz cuadrada de

$$\frac{\text{PIB}_n}{\text{PIB}_{\text{LUX}}} \times \frac{\text{NV}_n}{\text{NV}_{\text{LUX}}}$$

Siendo PIB_n = Producto Interior Bruto del Estado miembro en cuestión; NV_n = Número de votos de los que dispone dicho Estado en el Consejo según la ponderación establecida en el art. 205 del Tratado UE; PIB_{LUX} = Producto Interior Bruto de Luxemburgo y NV_{LUX} = Número de votos de Luxemburgo en el Consejo.

En profundidad, *vide* la Comunicación de 2005, nota a pie de página núm. 17.

⁸¹ & 22 de la Comunicación del año 2005.

breve posible»⁸², entendiendo como plazo más breve posible «el mínimo período necesario para la adopción de las medidas requeridas»⁸³. En el mismo sentido se ha pronunciado de forma específica en relación al procedimiento por inejecución del art. 228.2 TCE al establecer 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»⁸⁴.

De ello se deduce que el momento a tener en cuenta será la expiración del plazo fijado en el último dictamen motivado enviado por la Comisión al Estado miembro incumplidor⁸⁵ por ser dicho momento el único que verifica si efectivamente el Estado miembro ha ejecutado sus obligaciones o no. Esta es la postura que adoptan tanto el Abogado General en sus primeras conclusiones al asunto *Comisión vs. Francia*⁸⁶ como el TJCE:

«(...) La fecha para apreciar el incumplimiento imputado corresponde a la expiración del plazo fijado en el dictamen motivado complementario»⁸⁷.

La solución adoptada por el TJCE se debe a que en la mayoría de los casos la ejecución de determinadas obligaciones por parte del Estado requiere el transcurso de un período de tiempo, siendo dicho período necesario para hacer una valoración del cumplimiento y saber así si las medidas adoptadas han sido eficaces. Período de tiempo del que la Comisión prescinde de forma absoluta entendiendo que pese a ser necesario la mayoría de las veces para verificar si el Estado cumple con sus obligaciones emanadas de una sentencia previa condenatoria, ello no impide considerar que existe incumplimiento a partir de la fecha de la sentencia.

Pues bien, la postura de la Comisión es, desde mi punto de vista⁸⁸, digna de

⁸² STJCE de 12 de junio de 1990, asunto *Alemania vs. Comisión* (C-8/88).

⁸³ STJCE de 5 de noviembre de 1996, asunto *Comisión vs. Italia* (C-160/85 y 69/86).

⁸⁴ STJCE de 4 de julio de 2000, asunto *Comisión vs. Grecia* (C-387/97); de 25 de noviembre de 2003, asunto *Comisión vs. España* (C-278/01) y la reciente sentencia de 14 de marzo de 2006, asunto *Comisión vs. Francia* (C-177/04).

⁸⁵ En los trámites previos al procedimiento por inejecución se produce normalmente una intensa correspondencia entre el Estado miembro incumplidor y la Comisión en el sentido de que la Comisión concede a dicho Estado un período de tiempo fijado en un dictamen para que éste pueda adoptar las medidas que le vienen exigidas. Transcurrido dicho plazo, si el Estado no ha adoptado las medidas a las que estaba obligado, se considera que hay incumplimiento.

⁸⁶ Punto núm. 41 de las primeras conclusiones del Abogado General en el asunto *Comisión vs. Francia*: «(...) en el procedimiento previsto en el art. 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».

⁸⁷ Punto núm. 30 de la sentencia *Comisión vs. Francia*.

⁸⁸ En el mismo sentido, MARTÍN DELGADO, I.: *La ejecución de sentencias declarativas...*, op. cit., pg. 604. Según este autor el plazo indicado en el dictamen «(...) es 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

aplaudir y ello porque distingue entre dos tipos de incumplimientos: uno formal que se constata cuando una vez transcurrido el plazo otorgado en el dictamen, el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia; y otro material⁸⁹, que por el contrario tiene lugar cuando concluye el período mínimo necesario para llevar a cabo tales medidas y el Estado no procede a su realización. El momento determinante será pues éste y no el anterior⁹⁰ lo cual significa que si por ejemplo la Comisión presentase un recurso ante el Tribunal de Justicia cuando el plazo otorgado en el dictamen motivado es insuficiente para la correcta realización de las medidas a adoptar, el recurso deberá ser rechazado⁹¹.

Las consecuencias de distinguir entre un incumplimiento formal y otro material no son nada despreciables:

En primer lugar, se confirma una de las lagunas de las que adolece el art. 228.2 TCE ya que si el Estado corrige su actuación infractora en un momento anterior al transcurso del plazo dado por la Comisión en su dictamen motivado, no se podrá imponer medida coercitiva alguna⁹². Se trata de una laguna porque para este tipo de casos no se ha previsto la posibilidad de imponer una sanción, en forma de suma a tanto alzado, que castigase la inejecución materialmente producida⁹³.

voluntario de la sentencia del Tribunal de Justicia, bajo amenaza de sanción. 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 para la adopción de las medidas requeridas por la sentencia para su completa ejecución y correcto cumplimiento del Derecho comunitario (...).

⁸⁹ La coincidencia entre uno y otro cumplimiento es realmente bastante improbable ya que el plazo dado en el dictamen es un garantía del Estado, al que se le ofrece una última oportunidad de cumplir con el Derecho comunitario –con la sentencia que le condena– y se le asegura que no será objeto de ningún tipo de medida coercitiva por parte del Tribunal hasta que no transcurra dicho plazo.

⁹⁰ MARTÍN DELGADO, I.: *La ejecución de sentencias declarativas...*, op. cit., pg. 624: «El momento que debe tomarse como referencia en tal sentido es la fecha en que tiene lugar la inejecución de la sentencia, que es el hecho sancionado por la suma a tanto alzado, el hecho infractor. Y ese momento (...) 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».

⁹¹ *Ibidem*, pg. 605: «(...) 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».

⁹² *A sensu contrario*, si durante el plazo otorgado al Estado se verificase que sigue habiendo irregularidades por parte del Estado infractor, se estaría ante «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» (Punto núm. 90 de las primeras Conclusiones del Abogado General Geelhoed) y, en consecuencia, se podrían imponer al Estado medidas coercitivas.

⁹³ De esta «pequeña» laguna se aprovechó el Gobierno francés el cual sostuvo que si el Estado infractor ejecuta una sentencia con anterioridad al término del plazo contenido

La segunda consecuencia se hace notar a efectos del cómputo del montante de la sanción porque el período que deberá tenerse en cuenta para fijar el importe será el 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 motivado⁹⁴, plazo que el que tiene en cuenta la Comisión.

Mención aparte merece el principio de irretroactividad íntimamente relacionado, obviamente, con el *dies a quo* sobre todo si lo ponemos en relación con la prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras no favorables estudiada en el epígrafe V.

Es cierto que la importancia del principio de irretroactividad en la imposición de una suma a tanto alzado va decayendo poco a poco ya que el mero transcurso del tiempo desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht por el que se reforma el art. 228 -1 de noviembre de 1993- hace que cada vez sea más complicado encontrar supuestos acaecidos con anterioridad a dicha fecha. Difícil pero no imposible y prueba de ello es precisamente el asunto *Comisión vs. Francia*.

El principio de irretroactividad obliga a que un precepto no sea aplicado a situaciones creadas con anterioridad a su entrada en vigor, en este caso, que un Estado miembro no pueda ser condenado por la inejecución de una sentencia si en el momento de llevar a cabo la concreta acción u omisión contraria a la resolución judicial el Tratado no preveía la posibilidad de sancionar dicha conducta activa o pasiva con la condena al pago de una multa pecuniaria.

En asunto *Comisión vs. Francia* la sentencia inejecutada fue dictada el 11 de junio de 1991. Ante la pasividad del Estado francés que no llevaba a cabo ningún tipo de medida tendente al cumplimiento de la resolución judicial, la Comisión inicia el procedimiento casi dos años después -el 11 de octubre de 1993-. Cabe mantener que en ese transcurso de dos años Francia dispuso de un plazo más que razonable para adoptar las concretas medidas que exigía la ejecución del fallo, por lo que la ejecución existiría con anterioridad a la entrada en vigor del art. 228.2 TUE, es decir, con anterioridad al 1 de noviembre de 1993. Esa es la conclusión a la que se llega si se utiliza un criterio estrictamente cronológico. Ahora bien, la determinación del período exacto también depende del tipo de ejecución.

Siguiendo a MARTÍN DELGADO⁹⁵ y éste a su vez a LÓPEZ MENUDO⁹⁶ existen tres tipos de inejecuciones: las inejecuciones puntuales, inejecuciones que impli-

en el dictamen motivado, no podrá aplicarse medida sancionadora alguna. Alegación que no hace sino confirmar los efectos disuasorios que se desprenden de la imposición de una suma a tanto alzado.

⁹⁴ MARTÍN DELGADO, I.: «La ejecución de...», op. cit., pg. 611.

⁹⁵ *Ibidem*, pg. 625.

⁹⁶ LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas», Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982, pgs. 171 y 172.

can una acción o una omisión continuadas en el tiempo e inejecuciones permanentes.

Las inejecuciones puntuales no pueden castigarse si se han cometido con anterioridad a la fecha en la que entra en vigor la sanción, en este caso, el 1 de noviembre de 1993.

En cambio, en el caso de las inejecuciones que implican una acción u omisión continuadas en el tiempo, el momento a tener en cuenta es aquel en el que la acción o la omisión tienen lugar. Ello significa que serán irrelevantes a la hora de imponer una sanción si no se han cometido con posterioridad a la entrada en vigor de la sanción.

Por último, si de lo que se trata es de una inejecución permanente aun cuando ésta hubiera comenzado antes de la entrada en vigor del art. 228.2 CE –1 de noviembre de 1993–, si continúa después, será posible la imposición de una suma a tanto alzado.

Las inspecciones llevadas a cabo por la Comisión en Francia aportan datos significativos que inclinan a MARTÍN DELGADO, al cual me adhiero, a considerar que el incumplimiento pesquero del país galo se encuadra en el supuesto de una inejecución que implica una omisión continuada en el tiempo⁹⁷. Por tanto, la imposición a Francia de una suma a tanto alzado fue respetuosa con el principio de irretroactividad, no así el importe de la misma ya que el TJCE no entra a hacer valoración alguna a este respecto cuando lo procedente hubiese sido no computar el tiempo transcurrido desde que se produjo materialmente la inejecución hasta la entrada en vigor del TUE.

c) El coeficiente de gravedad

El segundo de los mecanismos previstos por la Comisión para la determinación de la suma a tanto alzado es un coeficiente de gravedad análogo al de la multa coercitiva que a su vez tiene en cuenta el rango, claridad y certeza de la norma infringida⁹⁸, las consecuencias negativas para los intereses generales y particulares así como la pasividad del Estado infractor.

En cuanto al tipo de norma infringida, parece lógico que un criterio deter-

⁹⁷ Por un lado, la no activación de controles que impidiesen la captura de peces con un tamaño inferior al regulado en los reglamentos comunitarios y, por el otro, la no persecución y castigo de los infractores del Derecho comunitario en el sector pesquero.

⁹⁸ A lo que podría haberse añadido el tipo de obligación impuesta por la norma de Derecho comunitario, ya que no es lo mismo incumplir una sentencia que obligue a establecer medidas de control del tipo de pescado capturado y que no se lleven a cabo, que otra que obligue a una empresa a dejar de realizar determinadas acciones para acabar con su situación de posición dominante y que sin embargo siga realizando tales prácticas. Es decir, hay obligaciones cuyo cumplimiento es mucho más importante y prioritario que en el caso de otras, y esto, a mi juicio, debería haberse tenido también en cuenta a la hora de determinar el coeficiente tanto en el caso de la multa coercitiva como de la suma a tanto alzado.

minante para fijar el coeficiente sea como regla general⁹⁹ el rango jerárquico de la norma inobservada por el Estado miembro, siendo más grave la violación de normas relativas a derechos fundamentales o las cuatro libertades fundamentales de la Unión.

Por otro lado, también resulta determinante la claridad, precisión o certeza de la norma en cuestión. Así lo señala la Comisión: «El Estado miembro que viole una norma clara o una jurisprudencia fuertemente arraigada por el TJCE comete una infracción más grave que aquel que aplica una norma comunitaria imprecisa y compleja que nunca haya sido sometida a la interpretación o validez del Tribunal de Justicia»¹⁰⁰.

El tercer criterio recae sobre las consecuencias negativas para los intereses generales y de los particulares como por ejemplo, la pérdida de recursos propios para la Comunidad; el impacto de la infracción sobre el funcionamiento de la Comunidad, el daño grave o irreparable a la salud humana o al medio ambiente, el perjuicio económico o no económico para los particulares y operadores económicos incluido, en su dimensión inmaterial, el que afecta al desarrollo de la persona física, etcétera.¹⁰¹

Es de alabar el trabajo de la Comisión al incluir la reiteración¹⁰² –traducida en pasividad del Estado miembro– y la reincidencia¹⁰³.

⁹⁹ Y así lo hace constar la Comisión en la Comunicación (& 16.1). De lo que se trata es de examinar caso por caso porque en ocasiones las vulneraciones del derecho derivado pueden ser incluso más graves que las del derecho originario.

¹⁰⁰ Nota a pie de página núm. 13 de la Comunicación de 2005.

¹⁰¹ Criterios también utilizados en la Comunicación de 1997 para determinar la multa coercitiva así como por el TJCE en la sentencia *Comisión vs. Francia*: «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 inicialmente y tomando en consideración los intereses públicos y privados afectados, es menester condenar al pago de una suma a tanto alzado» (& 115).

¹⁰² Curiosamente nuestra la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común utiliza el criterio de la reiteración para determinar la cuantía de la sanción. En este sentido señala el artículo 131.2 que «En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a. La existencia de intencionalidad o reiteración; b. la naturaleza de los perjuicios causados y c. la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme».

¹⁰³ En el apartado 16.4 la Comisión señala que el hecho de que la infracción sea aislada o por el contrario se reitere en el tiempo, será un criterio a tener en cuenta para valorar los efectos negativos de la infracción en los intereses generales o particulares. Cita a modo de ejemplo el retraso reiterado en la transposición de directivas en un determinado sector.

Su labor hubiese sido brillante si además hubiera establecido algún parámetro más concreto como por ejemplo la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido detectada en algún informe o inspección de la Comisión.

Por último, la Comisión se refiere a la actuación del Estado durante el período de tiempo en el que tiene lugar el incumplimiento, teniendo especialmente en cuenta los esfuerzos que éste haya llevado a cabo para intentar poner fin a la situación contraria al ordenamiento comunitario. No es lo mismo que el Estado implicado haya adoptado medidas que considere suficientes –tal y como ocurre en el asunto *Comisión vs. Francia*– que se haya «quedado de brazos cruzados» sin hacer nada¹⁰⁴.

d) Especial referencia a la capacidad de pago del Estado inejecutor

La Comunicación de la Comisión de 2005 tiene en cuenta –al igual que en el caso de la multa coercitiva– la capacidad de pago del Estado miembro afectado al aplicar un factor «n» calculado en función del PIB del Estado miembro infractor así como el número de votos de los que dispone en el Consejo¹⁰⁵.

Sin embargo, en el caso de la suma a tanto alzado creo que no debe utilizarse este criterio. Al tratarse de una sanción, la suma a tanto alzado debe ser objetiva. Debe ser igual para todos los Estados con independencia de su PIB y ello porque la suma a tanto alzado podría concebirse como una especie de indemnización a la Comunidad (no al Estado ni a ningún particular) por los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Así, la falta de cooperación desleal con la Comisión a lo largo del procedimiento constituye una circunstancia agravante. En cambio, como circunstancia atenuante operaría el hecho de que la sentencia a ejecutar necesite interpretación o existan circunstancias intrínsecas y particulares para proceder al cumplimiento en el plazo previsto.

¹⁰⁵ *Vide supra* nota a pie de página núm. 80.

¹⁰⁶ En contra de la naturaleza reparadora de la suma a tanto alzado encontramos muchas voces: DIEZ-HOCHLEITNER, J.: *La respuesta...*, op. cit., pg. 856; AUDRETSCH, H. A. H.: *Supervisión in European Community Law*, 2ª Edición. Amsterdam, 1986, pg. 112 y TOTH, A.: *Legal protection of individuals in the European Communities*, vol. II (Remedies and procedures), Amsterdam, 1978, pg. 166 (citados por DIEZ-HOCHLEITNER, op. cit., pg. 856).

También el Tribunal de Justicia en el asunto *Comisión vs. Francia* ha señalado (apartado núm. 91) que «la condena al pago de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado no tiene por objeto indemnizar el perjuicio que haya podido causar el Estado miembro de que se trate (...)».

Para obtener una indemnización –dicen los autores partidarios de la naturaleza no resarcitoria de la suma a tanto alzado– ya está previsto el mecanismo del recurso al Estado incumplidor. Sin embargo, el hecho de que el recurso al art. 228.2 TCE no exija la existencia de un daño a otro Estado miembro o a un particular ni haya sido creado específicamente como una vía para exigir la responsabilidad del Estado miembro en cuestión no significa que la suma a tanto alzado no revista la naturaleza de medida reparadora. En mi opinión, en el caso de una inejecución siempre habrá un daño a los intereses de la Comunidad Europea porque cualquier tipo de incumplimiento altera su normal funcionamiento. En consecuencia, por leve que sea el daño, no deja de existir. Una de las definiciones de daño es «Perjuicio, lesión o detrimento que se sufre por la acción u omisión de otro en la persona o sus bienes» (Gran Diccionario de la lengua española de Larousse, 2000, pg. 445 o Diccionario enciclopédico de derecho usual, ed. Heliasa, Tomo III, 21ª edición, pg. 5). Por *individuo* cabe entender la Comunidad y por *valores* sus intereses: cumplimiento del derecho comunitario por parte de los Estados miembros.

e) La introducción de la prohibición de retroactividad prevista en la Comunicación de 2005

«La Comisión aplicará las reglas y criterios expuestos en la presente comunicación a todas las decisiones de las que tenga conocimiento el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 228 CE a partir del 1 de enero de 2006»¹⁰⁷.

Nuevamente en este extremo debe felicitarse a la Comisión por haber querido aplicar el principio de irretroactividad que en el caso de la multa coercitiva no tenía por qué hacer –dado que se trata de un medio de ejecución de sentencias– pero que sin duda alguna era más que pertinente en relación de la suma a tanto alzado al revestir carácter de sanción¹⁰⁸.

VIII. IMPOSICIÓN CONJUNTA DE LA SUMA A TANTO ALZADO Y LA MULTA COERCITIVA

Una vez que se conoce la diferencia entre la finalidad de la multa coercitiva y de la suma a tanto alzado y tras haber adelantado la posibilidad de imposición conjunta de una y otra medida en aquellos casos que así lo aconsejen, procede determinar en virtud de qué fundamentos y conforme a qué reglas y criterios puede llevarse a cabo dicha posibilidad.

Utilizando las palabras del propio Abogado General¹⁰⁹, el objetivo del artículo 228 TCE no podría alcanzarse si no fuera posible la combinación de ambas medidas porque dicha combinación no debe ser considerada como una doble sanción sino como las dos caras de una sola sanción pecuniaria¹¹⁰.

Es en este punto donde algunos autores¹¹¹ han alegado que estas dos medidas parecen «los dos brazos de una alternativa», lo que significa que el Tribunal tiene que elegir entre una u otra medida, pero nunca podrá optar

¹⁰⁷ & 25. Traducido por la autora de estas líneas.

¹⁰⁸ El apartado V. de la Comunicación se cierra con un régimen transitorio en los casos de incumplimiento regularizado por los Estados miembros durante el año 2006. En estos supuestos la Comisión desistirá del recurso interpuesto ante el TJCE.

¹⁰⁹ Párrafo núm. 38. Conclusiones del Abogado General L. A. Geelhoed de 18 de noviembre de 2004.

¹¹⁰ Traducción libre.

¹¹¹ TEZCAN, E.: *Les sanctions prévues par l'article 171, aliné 2 du Traité Ce en cas de non-exécution d'un arrêt de la Court de Justice par un État Membre et les développements récents à ce propos*, en *Revue Européen de Droit Public*, vol. 10, núm. 1, 1998, pg. 60; THEODOSSIOU, A.: *An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with Court of Justice judgements: article 228 (2) EC*, *European Law Review*, vol. 27, núm. 1, 2002, pg. 30; BLÁZQUEZ PEINADO, M. D.: *El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento de Derecho Comunitario*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2001, pg. 139.

También critica la imposición conjunta de ambas medidas por parte del TJCE, aunque sólo *a priori*, DIEZ-HOCHLEITNER: *La respuesta...*, op. cit., pg. 872. Decimos *a priori* porque tras señalar «No parece, sin embargo, apropiado que el art. 171.2 faculte al Tribunal para imponer ambas medidas a un Estado miembro por un mismo incumplimiento», automáticamente después duda de ello dejando abierta la posibilidad de una interpretación en sentido contrario.

por las dos. Se basan estos autores en la conjunción disyuntiva «o» que aparece en el art. 228.2 TCE: «podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva».

En sentido contrario, FUMAGALLI¹¹² y MARTÍN DELGADO¹¹³ entienden que se puede compatibilizar la imposición de ambas medidas y ello por su distinta naturaleza: La multa coercitiva en aquellos casos en que se quiera asegurar la ejecución de la sentencia de incumplimiento (la gran mayoría, de ahí la prevalencia que la Comisión le otorga en sus Comunicaciones), mientras que la suma a tanto alzado es aconsejable en los supuestos en los que la ejecución ha sido llevada a cabo por el Estado infractor fuera del plazo dado por la Comisión y antes de dictar el TJCE sentencia o en los casos de incumplimiento puntuales. Ambas medidas se aplicarán conjuntamente cuando se quieran conseguir sendos objetivos¹¹⁴.

En el asunto *Comisión vs. Francia* el Gobierno francés¹¹⁵ alegó seis motivos que a su juicio impedían la imposición de la suma a tanto alzado y de la multa coercitiva de forma conjunta¹¹⁶:

1. Naturaleza no punitiva del art. 228.2 TCE

El Gobierno francés así como otros Estados intervinientes alegaron que los mecanismos ofrecidos por el art. 228.2 TCE no fueron previstos, ni mucho menos, para ser aplicados de manera punitiva. A lo que contestó el Abogado General que esta cuestión estaba fuera del objeto discutido en el procedimiento. Pese a ello y, aunque no se puedan comparar los mecanismos de ejecución comunitarios con los existentes a nivel nacional, compartimos la opinión del Abogado General de que lo esencial no es determinar si el art. 228.2 TCE tiene o no naturaleza punitiva (que la tiene y así se ha demostrado al establecer como mecanismo sancionador la suma a tanto alzado), sino más bien proporcionar al Tribunal de Justicia los medios necesarios y adecuados para conseguir el respeto del ordenamiento comunitario por parte de los Estados miembros¹¹⁷.

2. La utilización del término «o» en el art. 228.2 TCE

Tal y como se ha adelantado unas líneas más arriba, gran parte de la doc-

¹¹² FUMAGALLI, L.: *La responsabilità degli Statu Membri per la violazioni del Diritto Comunitario*, Giufrè. Milano, 2000, pgs. 207-208. Si bien este autor no se inclina por la imposición de una suma a tanto alzado y una multa coercitiva respecto de una misma inejecución, sino por imponer una multa coercitiva con una parte fija y otra variable.

¹¹³ MARTÍN DELGADO, I.: *El procedimiento por inejecución...*, op. cit., pg. 118.

¹¹⁴ *Ibidem*, pg. 119.

¹¹⁵ Así como el belga, checo, alemán helénico, español, irlandés, italiano, chipriota, húngaro, austriaco, polaco y portugués.

¹¹⁶ En cambio, se mostraron a favor de su imposición conjunta la Comisión y los gobiernos danés, neerlandés, finlandés y del Reino Unido (apartado núm. 76 *in fine* de la Sentencia).

¹¹⁷ Punto núm. 43. Conclusiones del abogado general de 18 de noviembre de 2004.

trina, así como el Abogado General, consideran que debe hacerse una interpretación inclusiva del término «o» porque sólo de esta forma puede darse una respuesta adecuada a un incumplimiento persistente del derecho comunitario¹¹⁸.

A este respecto, el TJCE ha señalado que la conjunción «o» tiene un significado alternativo o acumulativo y, por tanto, «debe interpretarse en el contexto en el que se emplea. Habida cuenta de la finalidad perseguida por el artículo 228 TCE, el empleo de la conjunción “o” en el apartado 2 de esta disposición debe entenderse en sentido acumulativo»¹¹⁹.

3. Vulneración del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una regla básica del ordenamiento comunitario que tiene que ser respetada en todo caso. Sin embargo, no se puede afirmar categóricamente que la mera imposición de ambas medidas a la vez constituya *ipso facto* una vulneración del principio de proporcionalidad. Habrá vulneración o no en función de las circunstancias de cada caso en concreto. Advierte el Abogado General, a nuestro juicio con muy buen criterio, que *a sensu contrario* en determinados casos la no imposición conjunta de ambas medidas podría convertir suponer una reacción insuficiente y, por ende, desproporcionada.

4. Consideración de la duración del incumplimiento en dos ocasiones en relación a una inejecución acaecida en un mismo período. Vulneración del principio *non bis in idem*

El Gobierno Francés¹²⁰ alegó que la utilización de la duración del incumplimiento como criterio a la hora de determinar la multa coercitiva y la suma a tanto alzado suponía una vulneración del principio de *non bis in idem*.

El principio de *non bis in idem* impide el castigo a una persona dos veces por un mismo hecho. Para determinar si este principio es o no vulnerado se ha recurrido al criterio de la triple identidad: triple identidad de sujeto, objeto y hecho. Habrá vulneración del principio *non bis in idem* cuando en ambas sanciones haya identidad de sujeto, hecho y objeto. Por el contrario, cuando alguna de estas identidades no concorra, la doble sanción estará permitida.

Sostener la vulneración del principio de *ne bis in idem* no tiene sentido en el caso de la imposición de una multa coercitiva y una suma a tanto alzado

¹¹⁸ Punto núm. 45. Conclusiones del abogado general de 18 de noviembre de 2004.

¹¹⁹ Apartado núm. 83 de la Sentencia.

¹²⁰ Y también para Bélgica, República Checa, Alemania, Grecia, España, Irlanda, Chipre, Hungría, Austria, Polonia y Portugal. Para todos estos países la multa coercitiva y la suma a tanto alzado son medidas alternativas y no complementarias. De lo contrario se tendría en cuenta dos veces un mismo hecho y supondría la imposición de una sanción doble.

A favor de la naturaleza complementaria de ambas medidas se posicionaron Dinamarca, Holanda, Finlandia y Reino Unido.

y ello porque la famosa identidad de sujeto, hecho y objeto necesaria para constatar la violación de dicho principio¹²¹ sólo puede predicarse cuando las dos medidas a imponer fuesen sanciones, cosa que no ocurre con la multa coercitiva¹²².

5. Vulneración de los principios de seguridad jurídica y de transparencia

El Gobierno francés sostuvo y, no sin falta de razón, que al no existir directrices de la Comisión sobre los criterios aplicables al cálculo de suma a tanto alzado, su imposición junto a la multa coercitiva vulneraría los principios de seguridad jurídica y de transparencia¹²³.

La vulneración de tales principios puede traducirse en una sola: vulneración del principio de legalidad en los términos que antes se han señalado, con la necesaria adopción de un reglamento que fije los criterios y parámetros para el cálculo de la suma a tanto alzado dejando la puerta abierta a la comunicación para el desarrollo del mismo¹²⁴.

El TJCE no aborda la cuestión directamente y se contenta con recurrir al criterio de vinculación en el sentido de que aún existiendo alguna comunicación de la Comisión en relación al cálculo de la suma a tanto alzado, el Tribunal no estaría vinculado por la misma. Añade también que la potestad que le otorga el art. 228.2 TCE no depende de que la Comisión dicte dichas normas¹²⁵, lo cual es verdad, pero no menos cierto es el hecho de que al tratarse la suma a tanto alzado de una sanción es necesario un marco normativo que se encargue de su regulación, no siendo la comunicación precisamente la vía más apropiada, sino el reglamento que sí es vinculante.

6. Vulneración de la igualdad de trato entre Estados miembros

Dado que la suma a tanto alzado no se contempló en las sentencias anteriormente dictadas en un procedimiento por inejecución (sentencias de 4 de

¹²¹ Es cierto que en el caso de que la multa coercitiva fuese también una sanción y no un medio de ejecución de sentencias el principio de *ne bis in idem* se vulneraría al existir triple identidad de sujeto, hecho y objeto ya que ambas medidas tienen como destinatario directo el mismo sujeto (el Estado incumplidor de las obligaciones impuestas en una sentencia); en ambos casos se castiga el mismo comportamiento (no haber ejecutado las obligaciones que han sido impuestas al Estado en una sentencia previa), y bajo ningún concepto puede hablarse de un objeto distinto siendo en ambos casos la inejecución de una sentencia de incumplimiento.

¹²² Partidarios de esta postura se muestran también Díez-Hochleitner, J.: *La respuesta del TUE...*, op. cit., pg. 854; Moreno Molina, A. M.: *Las sanciones al Estado incumplidor del Derecho ambiental europeo: España y sus aguas de baño*. En *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, abril 2004, pgs. 5 y 6 y Blázquez Peinado, M. D.: *El procedimiento...*, op. cit., pgs. 140 y 141.

¹²³ Apartado núm. 79 de la Sentencia.

¹²⁴ *Vide supra* el epígrafe IV.

¹²⁵ Apartado núm. 85 de la Sentencia.

julio de 2000, *Comisión/Grecia* y de 25 de noviembre de 2003, *Comisión/España*¹²⁶, su imposición junto a la multa coercitiva vulnera a juicio del Gobierno francés la igualdad de trato entre los Estados miembros¹²⁷. Postura rechazada categóricamente por el Tribunal de Justicia que ha señalado que es de su «competencia apreciar en cada asunto, teniendo en cuenta sus características específicas, las sanciones pecuniarias que procede imponer»¹²⁸. Añade que «el hecho de que en asuntos juzgados anteriormente no se hayan impuesto simultáneamente dichas medidas no constituye per se un obstáculo para tal imposición simultánea en un asunto posterior, siempre que resulte procedente habida cuenta de la naturaleza, la gravedad y la persistencia del incumplimiento declarado»¹²⁹. Argumento que comparto.

IX. CONCLUSIONES

La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2005 dictada en el Asunto C-304/02, *Comisión vs. Francia* constituye el primer pronunciamiento del alto Tribunal en relación a la imposición conjunta de las dos medidas establecidas en el art. 228.2 TCE en el marco del proceso por inexecución, es decir, la multa coercitiva y de la suma a tanto alzado.

Esta resolución ha servido para despejar la duda de si era posible condenar a un Estado que hubiese incumplido alguna de sus obligaciones estipuladas previamente en una sentencia tanto al pago de una multa coercitiva como de una suma a tanto alzado.

La respuesta ha sido afirmativa y por ello se debe elogiar al Tribunal de Justicia. Sin embargo, desde un punto de vista formal, su decisión adolece de defectos examinados a lo largo de este estudio. El principal, a mi modo de ver, el hecho de que en el momento de su imposición no existiese ningún tipo de criterio o pauta a tener en cuenta a la hora de calcular su cuantía.

Asimismo, no sólo guarda silencio el Tribunal respecto a los criterios de determinación; sino también respecto a otras cuestiones como la consideración de la suma a tanto alzado como sanción en sentido estricto con la consecuente aplicación de los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Es por ello que la suma a tanto alzado requiere un régimen propio que delimite su ámbito de aplicación y sobre todo, *el cómo* de su aplicación, es decir, en base a qué criterios debe calcularse su montante. Régimen que ha sido recientemente establecido gracias a la adopción por parte de la Comi-

¹²⁶ Sobre esta sentencia véase FAJARDO DEL CASTILLO, T.: *Primera multa coercitiva...*, op. cit., pgs. 1-24.

¹²⁷ Apartado núm. 79 *in fine* de la Sentencia.

¹²⁸ Apartado núm. 86 de la Sentencia.

¹²⁹ *Ibidem*.

JURISPRUDENCIA

sión de la Comunicación de 2005 y que contribuye a paliar los defectos de la situación anterior aunque lo ideal hubiese sido contar con un reglamento que regulase esta materia.