

LA INFRACCION DE UN ESTADO MIEMBRO SEGUN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

por León GOFFIN (*)
Traducción de Pedro BURGOS (**)

El doble objeto de este trabajo es determinar cuáles son, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los elementos constitutivos de la infracción y las condiciones principales de la comprobación judicial de la misma.

I. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCION

1. Una infracción supone necesariamente una obligación preexistente.

a) Al firmar los tratados, los Estados miembros se obligan no solamente a abstenerse de tomar cualquier medida incompatible con la existencia del mercado común (art. 86, párr. 2, TCECA) o susceptible de poner en peligro el cumplimiento del tratado (art. 5, párr. 2, TCEE y art. 192, párr. 2, TCEEA), sino también a tomar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que se derivan del tratado o de los actos de las instituciones de la Comunidad. Los Estados se obligan incluso a **facilitar** a la Comunidad el cumplimiento de su misión (art. 5, párr. 1, TCEE; art. 192, párr. 1, TCEA).

Las obligaciones preexistentes provienen, en primer lugar, y, principalmente, de los propios tratados. Así, por ejemplo, el Tribunal ha comprobado una infracción de la República Federal Alemana por haber reservado la denominación *Sekt* y *Weinbrand* a la producción nacional, violando así el artículo 30 del TCEE (20-2-75, aff. 12-74, Rec. 1975, pág. 202).

La obligación puede derivarse de un **acto** de las instituciones.

Este acto puede ser un **reglamento** obligando, por ejemplo, al establecimiento de un catastro vinícola en un plazo determinado (4-3-70, 33-69, Italia, Rec. 1970,

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina.

(**) Profesor Ayudante de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad de Madrid.

pág. 103 **in fine**) o una **directiva** que imponga, por ejemplo, la supresión en una fecha determinada, mediante reducciones sucesivas, de un impuesto aplicable únicamente a las mercancías importadas (18-11-70, 8-70, Italie, Rec. 1970, pág. 966, att. 4).

El acto puede ser una **decisión** (8-3-60, 3-59, R.F.A., Rec. VI, pág. 133, párr. 2), como, por ejemplo, una decisión autorizando a un Estado, como medida de salvaguardia, a mantener un tipo especial de redescuento a la exportación durante un plazo de tiempo determinado (10-12-69, 6 et 11-69, France, Rec. 1969, pág. 539, att. 4.)

Reglamento, directiva y decisión son los actos previstos en los artículos 189 y ss. del TCEE y 161 y ss. del TCEEA o, con otra denominación, en los artículos 14 y 15 del TCECA. Existen, sin embargo, otros actos de la Comunidad que no pueden encuadrarse dentro de estas categorías (31-3-71, 22-70, Comm./Conseil A.E.T.R., Rec. 1971, pág. 277, att. 42). Ahora bien, algunos de éstos pueden crear obligaciones a cargo de los Estados miembros.

Este el caso cuando en virtud del artículo 228 del TCEE, la Comunidad concluye acuerdos con uno o varios Estados o con una Organización internacional: estos acuerdos «obligan... a los Estados miembros».

Este puede ser el caso si la Comisión (en base al artículo 95 del TCECA) o el Consejo (en base a los artículos 235 del TCEE ó 203 del TCEEA) toma las **«medidas apropiadas, cuando una acción de la Comunidad resulta necesaria para realizar uno de los objetivos de la Comunidad sin que el tratado haya previsto las facultades necesarias al respecto».**

Los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo toman decisiones. Cabe interrogarse sobre su validez jurídica. ¿Depende ésta exclusivamente del Derecho internacional, o por el contrario se incorporan gracias al artículo 5 del TCEE al Derecho interno, de forma que el incumplimiento de estas decisiones constituiría una infracción en el sentido de los tres tratados? (P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, 1975, págs. 139 y ss.).

¿Qué ocurre con las decisiones del **«Consejo europeo?»** En la medida en que pueda considerarse que se trata de una «forma nueva del Consejo de la Comunidad» (en este sentido, Cl. BLUMANN, *Le conseil européen*, «Rev. trim. dr. europ.», 1976, págs. 4 y ss.), sus decisiones tienen evidentemente la fuerza obligatoria de los actos del Consejo (*ibid.*, p. 7). Pero ciertamente puede dudarse que sea siempre así, por ejemplo, cuando el «Consejo europeo» afirma un principio contrario al artículo 148 del TCEE, que dispone: «las deliberaciones del Consejo serán firmes por la mayoría de los miembros...».

Por otra parte es sabido el importante lugar que el Tribunal de Justicia concede a los **principios generales del derecho** (expresamente citados por el artículo 215 del TCEE en materia de responsabilidad no contractual de la Comunidad). Estos principios que el Tribunal trata de hacer respetar (17-12-70, 11-70, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. 1970, pág. 1125), ¿pueden imponer una obligación a los Estados miembros? La respuesta parece ser afirmativa. (En este sentido: J. MERTENS DE WILMARS e I. VEROUGSTRAETE, *Proceedings against Member states for failure to fulfil their obligations*, C.M.L. Rev., 1970, 388; P. CAHIER, *Le recours en constatation de manquement*, C.D.E., 1974, pág. 7; A. BARAV, *Failure of Member States to fulfil Community obligations*, C.M.L. Rev. 1975, pág. 377). Esto amplía sin-

gularmente la noción de infracción, ya que un Estado miembro podría más o menos inconscientemente cometer una infracción por no haber cumplido una obligación no escrita o simplemente implícita (**Vid. Infra**).

b) La obligación debe ser impuesta a los Estados por una **«disposición imperativa»** (15-7-60, 20-59, Italie, Rec. VI, pág. 691). Es preciso una «prescripción jurídica directamente aplicable a los Estados» (Conclusions Roemer, *ibid.*, pág. 704).

Pero ¿qué ocurre en el caso de que la disposición sea ambigua? Parece que el Tribunal se inclina por la interpretación favorable a la Comunidad. **«In dubio pro pacto»**.

Así, un Estado ha pretendido que el capítulo VI del TCEEA relativo al aprovisionamiento de minerales (arts. 52 a 76) estaba por completo afectado de caducidad. Esta tesis encontraba su apoyo en los términos del artículo 76. Este afirma que **«a falta de confirmación»** por el Consejo de las disposiciones de este capítulo, al final de un período de siete años, **«se dictarán... nuevas disposiciones»**.

Ahora bien, no había habido ni confirmación ni nuevas disposiciones. El Tribunal ha estimado que **«la caducidad de las disposiciones del tratado no se presume»** (14-12-71, 7-71, France, Rec. 1971, pág. 1018, att. 18), que ésta no podía resultar más que **«de una disposición expresa del tratado»** y que para poner fin a la incertidumbre en la cual el Estado demandante pretendía encontrarse a éste, le hubiera bastado con interponer contra el Consejo el recurso en carencia previsto por el artículo 148 del TCEEA.

El Tribunal llega a decir que el procedimiento por infracción de un Estado permite precisamente, en caso de discrepancia sobre la interpretación, determinar el alcance exacto de las obligaciones de los Estados miembros (att. 49).

Parece, sin embargo, que con posterioridad la jurisdicción europea ha **modificado** ligeramente su postura. La Comisión acusaba a Francia de haber violado el reglamento creador de una organización común de los mercados al excluir a las importaciones de aceite de oliva procedentes de Túnez de la aplicación del derecho regulador. Francia sostenía que estaba autorizada para hacerlo por un protocolo **«interpretado a la luz de su finalidad»**, al menos hasta la entrada en vigor de un acuerdo de asociación de la Comunidad con Túnez (9-7-70, 26-69, Rec., pág. 578, att. 15).

El Tribunal, estimando que la Comunidad debería haber dictado disposiciones expresas a este respecto, ha considerado que la situación era equívoca y que, por tanto, no se podría determinar la existencia de una infracción (*ibid.*, pág. 580, att. 28, 31 y 32).

Podemos ver aquí un ejemplo de la libertad total de apreciación que el Tribunal se reconoce. Lo que hace con justo título, puesto que no se trata de un recurso de legalidad, sino de un recurso de plena jurisdicción (cf. art. 88 del TCECA).

Por otra parte, no cabe duda que la obligación existe tal como resulta objetivamente de las normas dictadas por las instituciones comunitarias, cualesquiera que sean las reservas o las objeciones que los Estados miembros hayan formulado con ocasión de la elaboración de las normas (7-2-73, 39-72, Italie, «Prime à l'abatage des vaches», Rec., pág. 115, att. 22).

2. Incumplimiento de la obligación

a) Ni que decir tiene que una infracción puede resultar, según sea el objeto de la obligación, de una **«abstención»** o de un **«comportamiento activo»** (17-2-70, 31-69, Italie, Rec. 1970, pág. 33, att. 9).

Así, por ejemplo, si las autoridades de un Estado miembro **se abstienen** de tomar las medidas que implica la aplicación de un reglamento comunitario que postula la ordenación de ciertos servicios públicos o de las reglas que los regulan (17-2-70 cit., **ibid.**). O si un Estado miembro crea un impuesto de transmisiones «à forfait» que grava con el mismo tipo a los productos nacionales y a los importados, pero afecta más a éstos en razón de la diferenciación de la base tributaria. En este caso hay violación del artículo 95 del TCEE por un **comportamiento activo** (5-5-70, 77-69, Belgique, Rec. 1970, pág. 245).

b) La existencia de una norma interna contraria al Derecho comunitario constituye una infracción. Ahora bien, ¿la infracción resulta de la simple **existencia** de esta norma o de su aplicación?

Aparentemente el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a pronunciarse sobre este punto de distintas formas.

En un primer caso (15-4-70, 28-69, Italie, Rec. 1970, pág. 187), la infracción consistía, según la Comisión, en la **existencia** de una legislación que gravaba el cacao en polvo con un impuesto al consumo superior al aplicable a los productos similares producidos en el país (pág. 195, att. 11).

Esto era cierto. Pero también lo era que la misma legislación eximía de este impuesto a los productos utilizados con una finalidad determinada y que otra ley prohibía cualquier otra utilización de la que gozaba de la exención.

El Tribunal dedujo que:

«El demandado ha hecho prácticamente imposible la comercialización con fines distintos de los que están exentos..., por tanto, no tiene interés el investigar»

si una utilización que implicara la aplicación del impuesto de consumo ilegal **«es aún posible en los casos extremos»** (att. 16).

La dificultad provenía de que el legislador nacional, al mismo tiempo que prohibía cualquier utilización que no fuera la que estaba exenta, había previsto la aplicación del impuesto en el caso de que la prohibición no fuera respetada. Esto dejaba suponer que subsistía la posibilidad de una violación del artículo 95 del TCEE. El Tribunal no ha retenido esta posibilidad y no ha considerado que existiera infracción.

La enseñanza de esta sentencia es que la existencia de una legislación contraria al Derecho comunitario no constituye una infracción si su aplicación es **«prácticamente imposible»**.

Sin embargo, en la sentencia del 4-4-74 (167-73, France, Rec. 1974, 359; C.D.E., 1974, pág. 577 y nota de J. V. Louis), el Tribunal afirma sin equívoco que:

«al mantener sin modificación... el artículo 3, párrafo segundo del código del trabajo marítimo, la República francesa ha incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 48 del tratado y...» (dispositif, Rec., pág. 374).

Sin llegar a impugnarla, la demandada no había reconocido expresamente la aplicabilidad del artículo 48 del tratado. Ciertamente que había presentado un proyecto de ley para derogar la disposición litigiosa, pero durante los trabajos preparatorios la demandada había presentado la libre circulación de los trabajadores como dependiente de su voluntad unilateral (att. 40). Por otra parte, la demandada sostenía que en razón de las instrucciones administrativas dadas, el texto incriminado de hecho no se aplicaba.

El Tribunal no comprueba que las instrucciones no hayan sido observadas. El simple mantenimiento de un texto legal, incluso si no es aplicado, constituye en este caso una infracción, según la opinión del Tribunal, dadas las **«condiciones»** señaladas por el Tribunal: el mantenimiento de esta norma crea **«una situación de hecho ambigua»** (att. 41), una **«inseguridad... reforzada por el carácter interno y verbal de las instrucciones administrativas que evitan la aplicación de la ley nacional»** (att. 42); el Parlamento francés incluso parecía ser de la opinión de que la disposición no era contraria al Derecho comunitario (cf. conclusions de M. G. REISCHL, *Avocat général, ibid.*, pág. 376).

Parece, sin embargo, que de lo anterior no se deduce que el mero mantenimiento de una disposición contraria al Derecho comunitario deba ser siempre considerada por el Tribunal como una infracción (vid., p. e., 18-11-70, 870, att. 11, Rec. 1970, pág. 967: **«La infracción consiste esencialmente en la percepción efectiva del impuesto en litigio»**; **«es, por tanto, la ejecución de una legislación incompatible con el mercado común, lo que se considera como el hecho constitutivo de la infracción»**. P. PESCATORE, *Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires*, II foro Padano, Estratto, pág. 18).

Podríamos preguntarnos si no sería necesario distinguir según que la norma comunitaria sea o no sea directamente aplicable a los particulares. Si la norma comunitaria no es directamente aplicable, la ley nacional que la infringe constituye **por sí misma** una infracción a una obligación impuesta por el tratado de hacer esta norma aplicable a los ciudadanos de los Estados miembros.

Si la norma comunitaria es directamente aplicable da lugar, **«sin necesidad de una norma de recepción al Derecho nacional»** (10-10-73, 34-73, Variola, Rec., 1973, pág. 990, att. 10), a **«derechos individuales que las jurisdicciones internas deben proteger»** (5-2-63, 26-62, Van Gend Loos, Rec. 1963, pág. 1) **«y respecto de los cuales no cabe oponer las disposiciones contrarias de Derecho interno incluso si el Estado miembro ha demorado su eliminación»** (26-10-71, 18-71, Eünomia, Oeuvres d'Art, Rec. XVII, pág. 811, att. 75; 14-12-71, 43-71, Politi, Rec. 1971, pág. 1039; Cass. Belgique, 27-5-71, J. T., 1971, pág. 460).

El Tribunal ha llegado incluso a precisar que

«tratándose de una regla comunitaria directamente aplicable, la tesis según la que no se podría poner fin a su violación más que por la adopción de medidas... apropiadas para derogar la disposición que instituía el impuesto, llevaría a la afirmación de que la aplicación de la regla comunitaria está subordinada al Derecho de cada Estado miembro» (13-7-72, 48-71, Italie, Rec. pág. 534, att. 6).

En este caso, la aplicación de la norma nacional contraria a la norma comunitaria se paraliza. Los sujetos de derecho pueden invocar ésta contra aquélla. Una sentencia que compruebe la infracción no es necesaria a estos efectos.

En consecuencia, la simple existencia de la norma nacional podría no ser considerada como una infracción. Sin embargo, en nuestra opinión, la infracción existe. El mantenimiento por un Estado miembro de una norma contraria de Derecho interno ¿no es **en cualquier caso** fuente de ambigüedad y, por tanto, de inseguridad jurídica? (En este sentido las conclusiones del Abogado general M. Roemer, affaire 48-71, Rec. 1972, pág. 538; A. Barav, *op. cit.*, pág. 376; ver, sin embargo, Cahier, *op. cit.*, Cahiers droit européen, 1974, pág. 28.) Hay, por tanto, infracción a la obligación general de colaborar al respeto del orden jurídico comunitario que los tratados imponen a los Estados miembros (art. 5 TCEE; art. 199 TCEEA y art. 86 TCECA).

c) La infracción puede también consistir en el hecho de que un Estado no cumpla una sentencia del Tribunal de Justicia comprobando una infracción cometida por él (13-7-72, 48-71, [taxe à l'exportation d'objets d'art] Italie, Rec., página 535, att. 10).

En este caso el Estado no sólo ha violado el Derecho comunitario, sino que continúa haciéndolo después de la sentencia que comprueba la infracción. Además, con esa conducta viola el artículo 171 del TCEE que obliga al Estado **«a tomar las medidas que implican la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia»**.

Cabría sorprenderse de que la sentencia arriba citada se limite, en la parte dispositiva, a **tomar nota** de que se han puesto en vigor con efecto retroactivo las obligaciones que incumben al Estado en virtud del artículo 171 (*ibid.*, pág. 536), mientras que en uno de los considerandos la existencia de una nueva infracción está claramente afirmada.

No hay contradicción. El texto de la parte dispositiva implica, en efecto, por sí mismo, la existencia de una infracción que consiste en la falta del Estado por no conformarse con la sentencia. Al comprobar que se ha puesto fin a la infracción, el Tribunal comprueba al mismo tiempo que ha habido infracción. Además, el Tribunal condena a la demandada al pago de las costas (ver nota de M. F. Gayet y D. Simon, en C.D.E., 1973, pág. 307).

La infracción que consiste en el hecho de no conformarse con una sentencia que comprueba una infracción ¿tiene consecuencias diferentes de las que se derivan de la simple violación de una norma comunitaria?

Cabe hacerse esta pregunta en razón de los términos categóricos de la sentencia del 13 de julio de 1972:

«En este caso el efecto de una regla aplicable de Derecho comunitario tal como ha sido comprobado con autoridad de cosa juzgada respecto a la República italiana, implicaba para las autoridades nacionales competentes la prohibición de pleno derecho de aplicar una norma nacional reconocida como incompatible con el tratado y, en su caso, la obligación de tomar todas disposiciones para facilitar la realización de los plenos efectos del Derecho comunitario» (Rec. 1972, pág. 534, att. 7).

Esta fórmula alude a la vez al **efecto directo de la norma** comunitaria violada, a la **infracción consistente en esta violación y comprobada** en una sentencia y a la nueva infracción por no respetar la sentencia violando el artículo 171 del TCEE. Por tanto, es difícil determinar si la prohibición de pleno derecho, dirigida a las autoridades nacionales competentes, de aplicar una norma nacional reconocida como incompatible con el tratado es el efecto del **carácter directamente aplicable** de la norma comunitaria o de la **sentencia**, comprobando con la autoridad de cosa juzgada la violación de dicha norma.

Parece que la prohibición dirigida a las autoridades nacionales es resultado tanto del carácter directamente aplicable de la norma comunitaria como de la sentencia que comprueba la infracción.

Desde el momento en que una norma comunitaria es aplicable directamente, prevalece sobre una norma interna contraria. Esto implica que esta última se convierte **«de pleno derecho»** en inaplicable por **«las autoridades nacionales competentes»**.

No obstante, cuando la contradicción entre la norma interna y la norma comunitaria es además comprobada por una sentencia del Tribunal de Justicia, no cabe ya dudar sobre su existencia, puesto que ésta ha sido probada de forma irrefutable. De ello se deduce que las «autoridades nacionales» **deben** someterse. Les está prohibido aplicar la norma interna contraria. Esta «prohibición» se impone a ésta «de pleno derecho». La fuerza de la expresión se corresponde con la realidad de la idea expresada.

3. La infracción debe ser el resultado de la actuación de un **órgano del Estado** cualquiera que sea.

El Tribunal afirma que la responsabilidad del Estado miembro está comprometida cualquiera que sea el órgano cuya actuación u abstención es el origen de la infracción **«incluso si se trata de una institución constitucionalmente independiente»** (5-5-70, 77-69, Belgique, Rec. 1970, pág. 244, att. 15; 18-11-70, 8-70, Italie **ibid., ibid.**, pág. 967, att. 9). Esta puede ser el parlamento, el gobierno, pero también, puesto que la fórmula utilizada por el Tribunal es general, los tribunales (en este sentido, P. PESCATORE, **L'ordre juridique des Communautés européennes**, 1975, pág. 265 y **Responsabilité des Etats membres en cas de manquement au règles communautaires**, en «Il Foro Padano», octubre, 1972, pág. 12 de la separata; P. CAHIER, **Les recours en constatation de manquement**, *op. cit.*, pág. 8; A. BARAV, *op. cit.*, págs. 379 y 380; M. WAELBROECK, **Examen de jurisprudence**, en «Rev. crit. de Jurisprudence belge», 1971, pág. 514; en contra J. Mertens de Wilmars e I. Verougstraete, *op. cit.*, pág. 390).

La infracción podría consistir en una sentencia de una jurisdicción nacional, obligada a realizar el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia sin realizarlo. También podría consistir en una sentencia con carácter de cosa juzgada de una jurisdicción nacional que desconociera el Derecho comunitario.

Hasta ahora la Comisión se ha abstenido de comenzar un procedimiento en un caso semejante. Pero si lo hiciera (es una hipótesis) y el Tribunal de Justicia comprobara una infracción de esta clase de un Estado miembro, la situación del particular podría ser menos favorable que en el caso en que la infracción ha sido comprobada debido a una actuación del Parlamento o del poder ejecutivo. En este

último caso, el particular puede hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales por aplicación del derecho nacional. El mejor ejemplo es el asunto de la «Fromagerie Franco-Suisse Le Ski» (Cass, 27 mai 1971 sur conclusions conformes de M. Ganshof Van der Meersch, Rev. trim. de dr. europ., 1970, págs. 369 y 1971, pág. 494).

Por el contrario, si la infracción es imputable al poder judicial y éste ocasiona un perjuicio, el derecho a la reparación no es uniformemente reconocido por las legislaciones de los Estados miembros. Estas presentan, por el contrario, divergencias considerables. Desconocida en los Países Bajos (Dr. J. R. STELLINGA, **Overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke handelingen**, 1976, inédito) la responsabilidad del Estado por la función jurisdiccional está expresamente reconocida en Francia (artículo 11 de la ley de 5 de julio de 1972: «El Estado está obligado a reparar el perjuicio causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia»; ver sobre esta ley y sus insuficiencias, Martine LOMBARD: **La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du juillet 1972**, «Revue du droit public», 1973, pág. 585).

La igualdad de los ciudadanos de los Estados miembros ante el Derecho comunitario está, por tanto, quebrantada. La solución sería el reconocimiento de un derecho de apelación ante el Tribunal de Justicia contra las sentencias nacionales contra las cuales no caben ya recursos internos (Rapport de la Commission sur l'Union européenne, Bulletin des Communautés Européennes, supplément 5/75, pág. 37). En este caso sería incluso superfluo que la Comisión comenzase el procedimiento por infracción. El particular obtendría satisfacción, no bajo la forma de daños y perjuicios, sino directamente sobre el fondo (para una solución más tímida, como la del recurso en interés de la ley a instancia de los abogados generales del Tribunal de Justicia, ver Léon GOFFIN, **Propos sur les recours individuels de droit communautaire**, «Revue internationale de droit comparé», 1976, pág. 42 y P. GORI, **L'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes**, «Cah. dr. europ.», 1976, pág. 3).

Podemos señalar a este respecto que la situación que resulta de la Convención europea de los derechos del hombre de 4-11-1950 es más satisfactoria: si una decisión judicial de un Estado signatario es contraria a una disposición de esta Convención y si el Derecho interno no permite más que imperfectamente evitar las consecuencias de esta decisión, el Tribunal europeo concede a la parte lesionada, si hay lugar a ello, «una satisfacción equitativa».

II. LAS CONDICIONES PRINCIPALES DE LA COMPROBACION JUDICIAL DE LA INFRACCION

No siempre es suficiente que se reúnan los elementos constitutivos de la infracción para que el Tribunal de Justicia compruebe la existencia de ésta. Para evitar esta comprobación han sido promovidos por los Estados un cierto número de medios y de excepciones. Aquí examinaremos únicamente los principales.

1. Fin de la infracción en el curso del procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

Sabemos que el procedimiento es diferente en el TCECA que en los dos Tratados de Roma. Según el artículo 88 de TCECA, la Alta Autoridad comprueba la infracción mediante una **decisión** motivada contra la cual el Estado dispone de un recurso de plena jurisdicción ante el Tribunal de Justicia. Según los términos del artículo 169 del TCEE (141 del TCEEA), la Comisión emite un **dictamen** motivado sobre la existencia de la infracción y fija un plazo para que el Estado pueda poner fin a esta situación. Cuando expira el plazo, y si el Estado no se somete, la Comisión puede apelar al Tribunal de Justicia que toma la decisión.

La Comisión no puede apelar al Tribunal si el Estado acusado se ajusta al dictamen de la Comisión en el plazo determinado por ésta. El texto del artículo 169 del TCEE (142 del TCEEA) es claro. Si ha habido infracción pero ésta ha finalizado después de que la Comisión haya acusado al Estado en su dictamen, ésta no puede ya entablar un recurso ante el Tribunal de Justicia. El objetivo del Tratado es, en efecto, «la eliminación efectiva de las infracciones» [12-7-73, 70-72, Allemagne, «Aides à la reconversion des régions minières», Rec., pág. 829, att. 13].

Pero ¿qué sucede si el Estado se ajusta al dictamen **después** de la expiración del plazo? La primera vez que se sometió esta cuestión ante el Tribunal, éste hizo el razonamiento siguiente: el artículo 171 del TCEE afirma que el objeto del recurso es hacer reconocer por el Tribunal que un Estado miembro **ha incumplido** una obligación que le incumbe según el Tratado. El Tribunal debe, por tanto, decir si la infracción ha sido cometida sin tener que examinar si, después de la introducción del recurso, el Estado ha puesto fin a la infracción [19-12-61, 7-61, Italie, «Viande de porc», Rec., pág. 653].

El Tribunal no se contenta con esta consideración algo exegética. Aplicando uno de los principios generales del derecho judicial «si no hay interés, no hay acción», el Tribunal afirma que en este caso la Comisión «conserva interés en que se decida según derecho si la infracción **fue** cometida», después de lo cual comprueba que el Gobierno italiano, al suspender provisionalmente la importación de ciertos productos de carne de cerdo procedentes de los Estados miembros, **ha incumplido** el artículo 31 del TCEE (*ibid.*, pág. 659).

Este interés, sin embargo, no se presume como podría deducirse de uno de los considerandos de la sentencia, cuyos términos dicen: «La Comisión no podría ser privada del derecho de obtener del Tribunal que se pronuncie sobre la infracción desde el momento en que ésta no ha desaparecido en el plazo señalado por la Comisión» (*ibid.*, pág. 653). El Tribunal considera que dado que la infracción ha desaparecido «debe examinar si esta acción tiene aún interés suficiente» (9-7-70, 26-69, France «Huile d'olive», Rec. pág. 577, att. 10). Este interés puede derivarse de «la importancia de los problemas planteados» (*ibid.*, att. 13) o de «el interés material» que la sentencia que comprueba la infracción puede tener «para establecer el fundamento de la responsabilidad en que un Estado puede haber incurrido como consecuencia de su infracción respecto de los otros Estados miembros de la Comunidad o respecto de particulares» (7-2-73, 39-72, Italie, «Primes à l'abattage de vaches», Rec., pág. 110, att. 4).

De esta sentencia resulta que el interés de la Comisión está concebido en el más amplio sentido. No se trata solamente de su interés propio, sino también del que podrían tener los otros Estados miembros e incluso los particulares en utilizar la sentencia que comprueba la infracción como base para pedir al Estado reparación por el daño causado por la infracción.

Estos desarrollos son muy reveladores: el Tribunal quiere completar así la protección jurisdiccional lo más posible. No cabe sino felicitarse.

Pescatore pretendía incluso que a petición de la Comisión (art. 169) o de un Estado miembro (art. 170), el Tribunal, después de haber comprobado la infracción determine y cuantifique los daños producidos por la misma.

Podemos señalar, sin embargo, dos notas discordantes en la jurisprudencia. Notificada durante el procedimiento por el Estado acusado de que nuevo decreto-ley había puesto fin a la infracción, el Tribunal en lugar de comprobar que había habido infracción rechaza el recurso porque éste trataba «principalmente» sobre si la infracción «subsiste todavía» (10-3-70, 7-69, Italie, «TVA», Rec., pág. 118; ver la crítica de BARAV, *op. cit.*, pág. 382; P. CAHIER, *op. cit.*, pág. 19).

Cabe lamentar esta decisión: la comprobación de la infracción no es el objeto exclusivo del recurso (art. 171 del TCEE); el Tribunal, al haber sido requerido sobre esta cuestión, debería haberse pronunciado.

En el otro caso, la sentencia se limita a tomar nota de que se ha puesto fin a la infracción (13-7-72, 48-71, Italie, «Exécution de l'arrêt 7-68 exportation objets d'art», Rec., pág. 536). De esta forma el Tribunal no se ha negado a pronunciarse. Su sentencia contiene una comprobación implícita de infracción que puede producir los mismos efectos que una comprobación explícita.

2. Tardanza del recurso para comprobar la infracción.

Se ha sostenido que a pesar de la inexistencia de un plazo para comenzar el procedimiento, el recurso introducido «tardíamente» no podría ser tenido en cuenta. La infracción de la que se acusaba a un Estado se remontaba a 1965 y el procedimiento no había sido comenzado hasta 1969.

El Tribunal rechaza la inadmisibilidad del recurso. Por una parte, el retraso de la Comisión en introducir el recurso «no debería tener la consecuencia de regularizar una infracción que había persistido». Por otra parte, el procedimiento para comprobar la infracción lleva consigo «en razón de su naturaleza y de su finalidad, el poder de la Comisión para apreciar los medios y los plazos más apropiados para poner fin a las infracciones eventuales» (14-12-71, 7-71, France, Rec., página 1017, att. 5 y 6).

Estas consideraciones no parecen ser susceptibles de la menor crítica. Sería el fin del Derecho comunitario que su violación por un Estado miembro se legitimase por el simple paso del tiempo, ya que esto permitiría la persistencia de notables desigualdades entre los Estados miembros.

3. Excepción de ilegalidad.

a) Cuando la obligación nace de una decisión **individual** anterior que no ha sido objeto, en su plazo, de un recurso de anulación, el Tribunal de Justicia niega al Estado miembro el derecho de impugnar la legalidad de la obligación de cuyo incumplimiento se le acusa.

Esta jurisprudencia parece completamente fundada cuando se trata de la aplicación del artículo 88 del TCECA. La Comisión toma una decisión motivada, comprobando que un Estado miembro ha incumplido una obligación que se deriva de una decisión individual anterior. El Estado pide al Tribunal que anule la decisión que comprueba la infracción invocando la ilegalidad de la decisión cuya inaplicación ha producido la infracción. El contenido de ambas decisiones es prácticamente idéntico, una impone la obligación y la otra se limita a comprobar su incumplimiento. Desde el momento en que el Estado impugna una de las decisiones tiene necesariamente que impugnar la otra. Pero si ha dejado pasar la ocasión de pedir la anulación, en su plazo, de la primera decisión, ya no puede impugnar su legalidad en un procedimiento para comprobar la infracción. No parece conveniente que los Estados miembros puedan ignorar las decisiones tomadas respecto a ellos por la Alta Autoridad y que puedan esperar para impugnarlas hasta que el procedimiento para comprobar la infracción sea puesto en marcha (8-3-60, 3-59, Allemagne, Rec., pág. 132).

En el TCEE (y en el TCEEA) el problema se plantea de manera diferente: aquí no hay una decisión de la Comisión comprobando que un Estado miembro no ha cumplido una decisión anterior. No encontramos, por tanto, la identidad de decisiones características del sistema de la CECA. Es precisamente el Tribunal el que, después de un dictamen motivado de la Comisión, estima si ha habido infracción.

El Tribunal ha considerado que la decisión tomada por la Comisión y de cuyo incumplimiento se acusaba al Estado debe ser «considerada como definitiva» a falta del ejercicio de un recurso de anulación dentro del plazo legal (10-12-69, 6 y 11-69, France, Rec., pág. 539, att. 11).

Así, una decisión individual que sirve de base a otra decisión individual no puede ser impugnada después de la expiración de los plazos de los recursos de anulación.

Sin embargo, el Tribunal ha admitido una derogación a este principio cuando la causa invocada en apoyo de la excepción de ilegalidad es la **incompetencia** de las autoridades comunitarias. La justificación es que la decisión «adolecería de falta de base jurídica dentro del orden comunitario» (*ibid.*, att. 13) si dicha causa existiera realmente. ¿Debe deducirse que el Tribunal acepta la noción de acto **inexistente** (P. CAHIER, nota sobre esta sentencia, *Cahiers de droit européen*, 1970, págs. 580 y ss.), o de acto **nulo de pleno derecho** (cfr. J. V. LOUIS, *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, vol. II, pág. 231)?

Parece que no. El Tribunal se explica en el mismo considerando:

«en un procedimiento en el que la Comisión, en interés de la Comunidad, acusa a un Estado de haber cometido una infracción, es una exigencia fundamental del orden jurídico el que el Tribunal controle si la infracción existe».

Su decisión está dictada, por tanto, por la naturaleza particular del recurso para comprobar la infracción (en este sentido J. V. LOUIS, *ibid.*). Recordemos, por otra parte, que el Tribunal de Justicia, con buen criterio, apenas ha utilizado la noción de acto inexistente, es decir, de un acto hasta tal punto desprovisto de base jurídica que no sería necesaria ninguna decisión para comprobar su inexistencia. El Tribunal sólo utilizó dicha noción en una sentencia (10-12-57, 1 y 4-57, Soc. des usines à tubes de la Sarre, Rec. III, pág. 220) criticada con razón (M. Van EMPPEL, *L'acte public inexistant*, «Cah. dr. europ.», 1971, pág. 274; en el mismo sentido, P. MATHYSEN, *Nullité et annulabilité des actes des institutions européennes*, en «Miscellanea Gamshof Van der Meersch», 1972, vol. II, pág. 282).

b) ¿Niega también el Tribunal a un Estado, contra el que se haya comenzado un procedimiento para comprobar la infracción, la posibilidad de alegar la excepción de ilegalidad respecto de un **acto general** creador de la obligación que el Estado ha incumplido?

La respuesta parece ser afirmativa. El Tribunal ha afirmado, en efecto, que **«los gobiernos deben seguir respecto de las decisiones y las recomendaciones de la Alta Autoridad las vías de recurso previstas por el tratado en las formas y dentro de los plazos prescritos, no pudiendo, en el momento en que la Alta Autoridad toma la vía ejecutiva del artículo 88, argüir a posteriori que dichas medidas son irregulares o nulas»** (15-7-60, 20-59, Italie, Rec., pág. 692; 15-7-60, 22-59, Pays Bas, Rec., pág. 761 *in fine*).

Ahora bien, las recomendaciones (llamadas directivas en los tratados de Roma) tienen normalmente carácter general.

Si tal es el alcance de estas sentencias, podemos considerar que son difícilmente conciliables con la jurisprudencia, según la cual la excepción de ilegalidad es un principio general de derecho (13-6-58, Meroni, Rec., págs. 26 y 66; L. GOFFIN, **Comentario CECA**, Art. 36, t. I, pág. 446). ¿Pueden los Estados ser privados del derecho de invocar dicha excepción, incluso si este principio ha sido creado para defensa de los particulares?

¿Decidirá el Tribunal de la misma forma cuando aplique los tratados de Roma? El artículo 184 del TCEE (156 del TCEEA) permite expresamente a **«cualquier parte»** en el curso de un litigio **«contra un reglamento»** invocar las causas de anulación previstas en el artículo 173 del TCEE (146 del TCEEA). ¿Podría el Tribunal a pesar de este texto privar a los Estados miembros de alegar la ilegalidad de los actos generales? Parece difícil (P. CAHIER, *Le recours en constatation de manquement*, «Cah. de dr. europ.», 1974, pág. 23; J. V. LOUIS, *Les règlements de la CEE*, 1969, pág. 126; conclusions Roemer, aff. 32-65, Italie, Rec. 1966, pág. 600).

4. Excepción de incumplimiento.

Muy pronto el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la «*exceptio non adimpleti contractus*». Bélgica y Luxemburgo alegaron esta excepción al sostener que la Comunidad había incumplido las obligaciones que para ella se derivaban de una resolución del Consejo y que había provocado así la violación del tratado, y que desde ese momento había dejado de estar autorizada para atacar dicha violación

(13-11-64, 90 y 91-63, Rec., pág. 1231). Esta tesis fue rechazada de forma categórica: el Derecho comunitario establece un orden jurídico nuevo que regula las obligaciones de los sujetos y los procedimientos de sanción en caso de violación, «la economía del tratado lleva consigo la prohibición para los Estados miembros de hacerse justicia por sí mismos». El incumplimiento de las obligaciones que incumben al Consejo no dispensa a los Estados miembros del cumplimiento de sus propias obligaciones (*ibid.*, pág. 1232).

Por motivos idénticos, el Tribunal rechaza la justificación invocada por un Estado miembro acusado de no haber tomado las medidas impuestas por una directiva y que alegaba el retraso con el que los otros Estados miembros cumplían sus obligaciones (26-2-76, 52-75, *Italie*, Rec., pág. 284, att. 11).

El orden jurídico comunitario es, por consiguiente, más riguroso que el Derecho internacional clásico. Este rigor se deriva de sus propias exigencias.

5. Petición de medidas de salvaguardia.

Dos Estados habían establecido un derecho especial a la importación de pan de especias. La Comisión les notificó, mediante un dictamen motivado, que este impuesto era contrario al artículo 12 del TCEE. Tras de lo cual los Estados pidieron en seguida una medida de salvaguardia en aplicación del artículo 226 del TCEE.

Ante el Tribunal, los Estados alegaron que la Comisión, al no haber resuelto urgentemente sobre sus peticiones, había dejado de estar legitimada para perseguirles por violar el tratado. El Tribunal afirmó con razón que si fuera posible hacer fracasar la aplicación del artículo 169 mediante una petición de regularización, este artículo perdería toda su eficacia (14-12-62, 2 y 3-62, Rec., pág. 825).

El hecho de que la petición de salvaguardia sea introducida dentro del plazo concedido por la Comisión al Estado acusado, tampoco pone fin a la infracción (19-12-61, 7-61, *Italie* «Viande de porc.», Rec., pág. 655).

Cabría añadir que es lícito que el Estado miembro respecto al cual la Comisión haya tomado una decisión comprobando una infracción (art. 88 del TCECA) o contra el cual esté pendiente un recurso para comprobar una infracción ante el Tribunal de Justicia (arts. 169 y 170 del TCEE; art. 143 del TCEEA) pida el aplazamiento de la ejecución de la decisión de la Comisión (art. 39, párr. 2 del TCECA; arts. 185 y 192 del TCEE; art. 157 del TCEEA) o la aplicación de una «medida provisional necesaria» (art. 39, párr. 2 del TCECA; art. 186 del TCEE; art. 158 del TCEEA).

Sin embargo, cabe temer que el Tribunal rechace sustituir a la institución normalmente competente de la Comunidad. Así, una sentencia ha rechazado una petición de un Estado miembro para lograr el aplazamiento de la ejecución de ciertos elementos de una decisión mediante la cual la Comisión le autorizaba a tomar una medida de salvaguardia que el Estado consideraba insuficiente. El motivo era que: «El Tribunal no puede sustituir a la Comisión para tomar, dentro del marco del artículo 226, decisiones que competen al ejecutivo» (*ordonnance* 5-10-69, 51-69 R, *Allemagne* Rec., pág. 451; A. M. DONNER, *Het kortgeding bij het hof van justitie*, S.E.W., 1969, pág. 654; sobre el recurso de urgencia en general, ver H. v. d. HEUVEL, *De omvang van het kortgeding voor het hof van justitie van de Europese*

gemeenschap, S.E.W., 1970, pág. 131; M. SLUSNY, *Les mesures provisoires de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, «Revue belge de droit international», 1967, pág. 127). Por el contrario, se admitiría fácilmente que la Comisión, en caso de violación grave e irreparable se dirija al Tribunal para que resuelva mediante procedimiento de urgencia (en este sentido: H. A. H. AUDRETSCH, *Communautaire Ordre*, 1975, pág. 170).

6. Causas de justificación.

El Tribunal debe examinar el fundamento de cualquier causa justificativa de la falta de cumplimiento, puesto que se trata de un recurso de plena jurisdicción (15-7-60, 25-60, Pays-Bas, Rec., pág. 761). La jurisprudencia pone de manifiesto que ningún Estado ha conseguido hacer admitir una verdadera causa de justificación.

Un Estado invocó, no el estado de necesidad, sino la fuerza mayor que consistía en el retraso del Parlamento en votar una ley. El Tribunal hace observar con razón que el Parlamento es un órgano del Estado y que las obligaciones que se derivan del Tratado se imponen a todos los órganos del mismo (5-5-70, 77-69, Belgique, Rec., pág. 243, att. 14; 18-11-70, 8-70, Italie, «Droit pour services administratifs», Rec., pág. 967, att. 8y 9).

Otro Estado invocó asimismo las «circunstancias políticas imprevisibles» que ocasionaron el fin anticipado de la legislatura, lo que produjo el retraso con el cual fue votada una ley para adaptar la legislación a una directiva. La sentencia afirma además que el Estado «no podría invocar para justificarse, impedimentos posteriores al momento en el que las obligaciones, de cuyo incumplimiento es acusado, han nacido» y que «de todas formas la situación política invocada no podría ser admitida como justificante del retraso» (21-6-73, 79-72, Italie, «Matériels forestiers», Rec., pág. 671, att. 3 y 5).

Tampoco constituye causa de justificación la existencia de una norma interna que imponga ciertas formalidades o una crisis política que haya paralizado la actividad de las autoridades legislativas hasta el punto de hacer «imposible» la adopción en tiempo hábil de una ley (8-2-73, 30-72, Italie, «Primes à l'arrachage d'arbres fruitiers», Rec., págs. 171 y ss., att. 10). La desestimación está justificada con una fórmula lapidaria y formal: un Estado miembro no puede alegar «disposiciones o prácticas de su orden interno» para justificar la falta de respeto a las obligaciones que resultan de los reglamentos comunitarios (ibid., att. 11).

Por el contrario, el Tribunal tiene en cuenta el carácter equívoco de la situación resultante del silencio de un reglamento sobre un punto que, dadas las circunstancias, debería haber regulado, para decir que «no podría deducirse una infracción imputable al Estado» (9-7-70, 26-29, «Huile d'olive», Rec., pág. 580, att. 31 y 32).

CONCLUSION

El recurso para comprobar una infracción ha demostrado ser un instrumento adecuado para permitir a la Comisión vigilar el respeto del Derecho comunitario y al Tribunal asegurarlo. Constituye el **único medio** para llegar a este fin cuando el acto obligatorio desconocido por el Estado miembro no tiene **efecto directo** en favor de los particulares o cuando la infracción es el resultado de una decisión de una jurisdicción nacional que no es susceptible de recurso.

Constituye el complemento necesario de los recursos directos atribuidos a los particulares cuando la infracción consiste en la violación de un acto de efecto directo.

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal sobre los recursos para comprobar una infracción es favorable a la protección jurisdiccional de los particulares.

En sus últimas sentencias, el Tribunal ha aceptado pronunciarse incluso si la infracción había desaparecido en el curso del procedimiento. Así, el particular podrá encontrar en la sentencia el fundamento de una acción eventual ante su jurisdicción nacional. Los intereses del particular son igualmente protegidos por el hecho de que el Tribunal rechaza el principio de la prescripción del recurso, se niega a admitir la excepción de incumplimiento que conoce el Derecho internacional público clásico, confirmando implícitamente que el Derecho comunitario no forma parte de éste, se niega a admitir que una petición de medidas de salvaguardia pueda impedir o retardar la comprobación judicial de la infracción y no acepta las causas de justificación más que en los escasos casos en los que las condiciones estrictas de éstas se reúnen.

En cuanto a la excepción de ilegalidad, a pesar de que en sus últimas sentencias el Tribunal ha negado a los Estados la posibilidad de alegarla respecto de los actos generales, esto no quiere decir que el particular no pueda invocarla (art. 173 del TCEE; art. 41 del TCECA) incluso si no puede pedir la anulación más que cuando se dan varias condiciones que rara vez se reúnen en la práctica (art. 173 del TCEE; art. 33 del TCECA).

Este procedimiento para comprobar una infracción es tanto más necesario debido a que en la amplia esfera de su competencia las jurisdicciones nacionales tienen la última palabra. Si las jurisdicciones nacionales se niegan a la remisión prejudicial, violando el artículo 177, o si ignoran cualquier regla comunitaria interpretada o no con anterioridad por el Tribunal de Justicia, el particular estaría sin defensa.

