

EL «PODER DISCRECIONAL» DE LA COMISIÓN EUROPEA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA
Abogado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Extracto:

AMPARÁNDOSE en una añeja jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comisión señala que dispone de una *facultad discrecional* en cuanto a la incoación del denominado procedimiento de infracción para el control de la aplicación del Derecho comunitario. A juicio del autor, la Comisión ejerce en este ámbito una *potestad reglada* y el margen de discrecionalidad que pueda ejercer tiene como límites principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea, como los de seguridad jurídica y buena administración.

La Comisión Europea no puede tener abierto, sine día, un procedimiento de infracción. Con base en los referidos principios, debe «herrar, o quitar el banco».

Se olvida que el ordenamiento comunitario confiere derechos a los particulares y que las dilaciones indebidas en el control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea pueden causar perjuicios a los mismos, por la tardía depuración de los incumplimientos de los Estados miembros. Es una consecuencia de los principios de buena administración y de seguridad jurídica que el procedimiento de infracción debe ajustarse en su desarrollo a pautas temporales adecuadas, sin dilaciones indebidas. Los principios de economía, celeridad y buena fe, que deben presidir la actuación administrativa (y de la Comisión Europea), son incompatibles con demoras que redundan tanto en perjuicio de los particulares como en perjuicio de la plena vigencia del Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: buena administración, Comisión Europea guardiana de los tratados, plazos razonables, procedimiento de infracción.

THE «DISCRETION» EUROPEAN COMMISSION IN VIOLATION PROCEDURES

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA
Abogado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Abstract:

RELYING on an ancient law of the Court of Justice of the European Union, the Commission notes that it has a discretion as to the initiation of infringement proceedings called for the enforcement of Community law. For the author, the Commission holds this field powers are circumscribed and discretion that is bordered to exercise fundamental principles of EU law, such as legal certainty and a good administration.

The European Commission can not be open indefinitely, an infringement procedure. Based on those principles, must «shoeing, or remove the bank».

We forget that Community law confers rights on individuals and that undue delay in the enforcement of European Union law may cause harm to them, by the late clearance breaches of the Member States. It is a consequence of the principles of a good administration and legal certainty that the infringement procedure should be set to its development guidelines appropriate time, without undue delay. The principles of economy, speed and good faith, which should govern the administrative action (and the European Commission) are incompatible with delays that result in prejudice to both individuals and to the detriment of the full force of European Union law.

Keywords: good administration, European Commission as guardian of the treaties, timely basis, infringement procedure.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Reloj, no marques las horas... haz este expediente perpetuo.
- III. Los poderes discrecionales de la Comisión según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- IV. «Herrar, o quitar el banco» ¿Principio jurídico?
- V. Comisión Europea: «Haced las leyes y dejadme el procedimiento».
- VI. Conclusión.

«Cada vez que un derecho o un poder cualquiera, incluso discrecional, es concedido a una autoridad o a una persona de derecho privado, este derecho o este poder será censurado si se ejerce de una manera irrazonable. Este uso inadmisibles del derecho será calificado técnicamente de formas variadas como abuso de derecho, como exceso o desviación de poder, como iniquidad o mala fe, como aplicación ridícula o inapropiada de disposiciones legales, como contrario a los principios generales del Derecho comunes a todos los pueblos civilizados. Poco importan las categorías jurídicas invocadas. Lo que es esencial es que, en un Estado de Derecho, desde que un poder legítimo o un derecho cualquiera es sometido al control judicial, podrá ser censurado si se ejerce de una manera irrazonable y, por tanto, inaceptable... Ningún derecho puede ejercerse de una manera irrazonable, pues lo que es irrazonable no es Derecho.»

PERELMAN¹

«Solo lo razonable es conforme a Derecho. Ni la Administración, ni los jueces, ni los juristas en general podemos escapar de esta lógica, eludir esta idea.»

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ²

I. INTRODUCCIÓN

En la Opinión de la Comisión de Peticiones³ (del Parlamento Europeo) para la Comisión de Asuntos Jurídicos, «sobre la Ley de procedimientos administrativos de la Unión Europea» [2012/2024 (INI)], puede leerse que la Comisión de Peticiones pide a la de Asuntos Jurídicos que incorpore las siguientes sugerencias en la propuesta de Resolución que apruebe:

11. Pide a la Comisión que introduzca una disposición administrativa específica para el **procedimiento de infracción** basada en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) **con objeto de prevenir cualquier posibilidad de abuso de poder y decisiones arbitrarias; considera que dicha disposición debe regular toda la relación entre la Comisión y los ciudadanos o empresas que presentan una**

¹ «Le raisonnable et le déraisonnable en droit», Recogido en «Etique et Droit», Universidad de Bruselas, 1990.

² «De la arbitrariedad de la Administración», Editorial Civitas, SA, 1994.

³ Ponente: Margrete Auken, 25 de junio de 2012.

denuncia que puede llevar a un procedimiento de infracción, reforzando de esta manera la posición del autor individual de la denuncia; considera particularmente aconsejable que se facilite a la Comisión de Peticiones información clara sobre las fases alcanzadas en los procedimientos de infracción cubiertos por una petición abierta, de modo que se pueda garantizar el control parlamentario del derecho fundamental de petición al Parlamento Europeo.

Para SORIANO GARCÍA⁴ es urgente y absolutamente necesario «contar, de una vez por todas, con una Ley de Procedimiento Administrativo que vincule y sujete a la Comisión Europea, la cual, hasta ahora, gracias a constituirse en un poder "que siempre está ahí" y apoyado por una jurisprudencia absolutamente deferente para con el Gobierno comunitario, está dejando en lastimoso estado al pretendido Estado de Derecho dentro de la Unión Europea.

... Si se quiere una Europa unida, tiene que unirse su Derecho. En las tradiciones comunes de los Estados miembros, existe coincidencia en eliminar este tipo de resabios autoritarios, que generan una inseguridad jurídica, dañan la confianza legítima y finalmente hace que la Comisión obtenga un beneficio de su propio mal hacer...

... Es hora del Derecho. De seguir así, será la arbitrariedad la que impere y con ella, un remedo de un Estado más propio de las hordas medievales que de nuestro tiempo y de nuestras libertades.

Hora es ya de construir una buena legislación europea de procedimiento administrativo, que tendría como primer efecto limitar el libre albedrío de la Comisión. Y el día en que eso se consiga, mediante la inclusión de una Ley de Procedimiento Administrativo, habrá avanzado muchísimo el Estado de Derecho en el seno de la Unión. Y, con ello, desde luego, también la garantía de los ciudadanos y de las empresas, esto es, en definitiva, de las propias libertades y de la economía misma».

Refiriéndose a la agilización de los procedimientos como presupuesto de la buena administración y el crecimiento económico en Europa, RIVERO ORTEGA⁵ ha señalado que el «énfasis en el principio de celeridad encuentra uno de sus apoyos en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagra el derecho a una buena administración, incluyendo la previsión de que los asuntos que afecten a personas se traten "dentro de un plazo razonable"». Por su parte, CARRILLO DONAIRE⁶ ha subrayado, refiriéndose al papel del **Defensor del Pueblo Europeo** en el desarrollo y concreción de la buena administración, que «es justo reconocer que el Defensor ha contribuido de forma esencial a la aplicación de los principios deducidos por la jurisprudencia comunitaria y, sobre todo, a alumbrar otros que deben formar parte de lo que podría llamarse el código deontológico de la acción pública comunitaria (el Defensor denuncia como claros supuestos de mala

⁴ http://www.abogados.es/portaLABOGADOS/printPortal.do?urlPagina=/S005024001/1340361970526_es_ES.html. 27 de junio de 2012.

⁵ «Principio de celeridad», en la obra colectiva: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, dir.: Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley*, 2010.

⁶ «Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en la obra colectiva: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, ob. cit.

administración tanto los retrasos injustificados como las omisiones)». Para este autor, el principio de buena administración «juega un papel de límite y parámetro de la legalidad de la acción comunitaria».

El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de enero de 2012, suspende la tramitación de un procedimiento judicial hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de noviembre de 2011. Se refieren estas resoluciones judiciales a un conflicto de Derecho comunitario relativo al denominado «céntimo sanitario» [Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH)]. Este impuesto es, asimismo, objeto de un procedimiento de infracción del Derecho comunitario incoado por la Comisión Europea en el ya lejano año de 2002, es decir, hace casi 10 años.

Dicho impuesto fue introducido en nuestro sistema fiscal por el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía incluye el impuesto entre los cedidos.

En el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012⁷ se contempla la derogación del «céntimo sanitario». Puede leerse la escueta explicación del preámbulo del proyecto:

«También son objeto de modificaciones, de carácter técnico, el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre Hidrocarburos, en ambos casos como consecuencia de la necesaria adaptación del ordenamiento interno a la normativa comunitaria.

Además, con el fin de integrar el IVMDH en el Impuesto sobre Hidrocarburos, se modifican diversos preceptos de la Ley de Impuestos Especiales y se deroga aquel.»

Finalmente, la disposición derogatoria tercera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE núm. 156, del 30 de junio de 2012) dispone:

«Tercera. Derogación del artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Con efectos desde el 1 de enero de 2013 queda derogado el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.»

Veremos qué efectos tiene esta derogación sobre el procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea, pues los Estados miembros suelen alegar que existe una práctica asentada de la Comisión consistente en no interponer el recurso de incumplimiento cuando el Estado miembro infractor del Derecho comunitario ha puesto fin al incumplimiento después del vencimiento del plazo

⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, 7 de abril de 2012.

fijado en el dictamen motivado, pero antes de la interposición del recurso, y ello aunque el procedimiento pueda aún tener interés. Y teniendo en cuenta, además, que el Tribunal de Justicia, como veremos, tiene declarado que **«la duración excesiva del procedimiento administrativo previo puede constituir un vicio que dé lugar a la inadmisibilidad de un recurso por incumplimiento»**. Vicio que, en mi opinión, constituye una vulneración del principio de buena administración.

De lo que tratamos en el presente estudio es sobre el comportamiento de la Comisión Europea en el procedimiento de infracción cuando se producen evidentes dilaciones indebidas a ella achacables, que tienen que tener como corolario la constatación de que, en estos casos, infringe principios del Derecho comunitario, entre otros el de seguridad jurídica y buena administración.

El Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2008 (IP/08/711) es del siguiente tenor:

«La Comisión toma medidas contra España en relación con la aplicación de un impuesto especial sobre los hidrocarburos no armonizado a nivel de la Unión Europea.

La Comisión Europea ha notificado formalmente a España que el impuesto especial denominado "Impuesto Especial sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos" no se atiene a la legislación comunitaria. La notificación se ha efectuado en forma de dictamen motivado (segundo paso del procedimiento de infracción previsto en el art. 226 del Tratado CE). Si las disposiciones nacionales de que se trata no se ajustan al Derecho comunitario en el plazo de dos meses, la Comisión podría remitir este asunto al Tribunal de Justicia Europeo.

Los impuestos especiales sobre los hidrocarburos están armonizados a nivel comunitario y los aplican todos los Estados miembros. En el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE⁸ se prevé la posibilidad de que los productos que ya están sujetos a impuestos especiales armonizados a nivel de la Unión Europea estén gravados además por otros impuestos indirectos de finalidad específica en determinadas condiciones definidas.

Además del impuesto especial sobre los hidrocarburos armonizado a nivel de la Unión Europea ("Impuesto sobre Hidrocarburos"), España aplica el IVMDH, **un impuesto que grava los carburantes que se venden en las gasolineras**. El tipo del impuesto está fijado, dentro de ciertos límites, por las Comunidades Autónomas. La recaudación se utiliza supuestamente para financiar el sistema de asistencia sanitaria (competencia transferida en gran medida a dichas Comunidades Autónomas).

La Comisión ha llegado a la conclusión de que el IVMDH no cumple plenamente los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE por las siguientes razones. En primer lugar, el devengo del impuesto no se ajusta al del impuesto especial armonizado, puesto que no tiene lugar en el momento en que los productos dejan el último depósito fiscal sino en una fase posterior, cuando los productos en cuestión se venden al comprador en la gasolinera.

⁸ Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

En segundo lugar, en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE se establece que cualquier otro impuesto indirecto sobre los hidrocarburos debe tener una "finalidad específica". El Tribunal de Justicia Europeo ha entendido que "finalidad específica", en este contexto, es una finalidad que no sea presupuestaria.

La Comisión considera que el objetivo principal del impuesto es fortalecer la autonomía de las regiones proporcionándoles los medios para generar ingresos fiscales. De acuerdo con los criterios del Tribunal de Justicia Europeo, esto no puede considerarse una "finalidad específica" a efectos de lo dispuesto en la Directiva.

Por estas razones, la Comisión ha solicitado formalmente a España, mediante un dictamen motivado, que ajuste su legislación nacional al Derecho comunitario.

El número de referencia de la Comisión es 2002/2315.»

El objeto del presente estudio no es examinar, ni tomar posición, sobre la compatibilidad o incompatibilidad de dicho tributo con el ordenamiento comunitario. Se pretende examinar la actuación de la Comisión Europea en este procedimiento de infracción, que permanece abierto sine die, porque la Comisión entiende de una forma muy particular que dispone de un amplio poder discrecional a la hora de controlar la aplicación del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros.

En el Dictamen núm. 439/2010, de 23 de septiembre de 2010, del Consejo Consultivo de Extremadura, relativo al Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, puede leerse lo siguiente, respecto al procedimiento de infracción núm. 2002/2315 abierto por la Comisión Europea:

«... como ya es sobradamente conocido, la Comisión Europea entiende que el IVMDH no es compatible con el Derecho Comunitario, según puso de relieve por primera vez en su **Escrito de Requerimiento** a las Autoridades españolas de fecha **16 de julio de 2003**, escrito que se reiteró el **28 de junio de 2006**, al no aceptar dicha Comisión los argumentos opuestos a tal pretensión por parte del Gobierno Español en su **Carta de Contestación de 23 de octubre de 2003**. Y, finalmente, la Comisión Europea, ante la resistencia del Gobierno Español a adoptar las medidas pertinentes, ha remitido a este un **Dictamen motivado** con fecha **6 de mayo de 2008**, lo que constituye el paso previo, de seguirse insistiendo en no tomar las medidas necesarias, para que la Comisión Europea lleve a España ante el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, procedimiento que si se sigue puede concluir con una sentencia que declare la infracción al Derecho comunitario del Reino de España.

Como se aprecia estamos en presencia de una cuestión muy controvertida, y sobre la cual la Comisión Europea mantiene una uniforme e inequívoca postura de considerar que la regulación interna española es disconforme con el ordenamiento jurídico fiscal comunitario, por lo que entendemos que se debiera ser muy cauto antes de adoptar cualquier medida, como la contemplada en el artículo 35 de este Anteproyecto, que bien podría llegar a ser declarada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, siguiendo el parecer de la Comisión Europea, contraria al Derecho comunitario.

Todo esto ha sido reconocido de forma palmaria en la "Propuesta de acuerdo para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía" del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de 12 de julio de 2009, en la que respecto a esta cuestión se recoge el siguiente texto literal:

"(...) la Comisión Europea ha emitido en mayo de 2008 un dictamen motivado por el que concluye que el IVMDH no se ajusta a la normativa comunitaria. En la actualidad el reino de España y la Comisión Europea están negociando a fin de que, dentro de ciertos límites, puedan existir diferencias territoriales en el Impuesto armonizado sobre Hidrocarburos, si bien para ello es necesaria una habilitación expresa a nuestro país en la Directiva 2003/96/CE, cuya modificación está actualmente en tramitación en la Comisión.

Una vez que, en su caso, la Comisión haga oficial [mediante la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)] su propuesta de modificación de la Directiva 2003/96/CE, con inclusión de la cláusula específica para España, se emprenderán las reformas legales necesarias, derogando el IVMDH y modificando el Impuesto sobre Hidrocarburos de modo que se permita a las Comunidades Autónomas añadir un suplemento sobre el tipo de este impuesto fijado a nivel estatal para determinados productos. Con ello se pretende que las Comunidades Autónomas tengan capacidad normativa y de influencia en la recaudación del Impuesto armonizado sobre Hidrocarburos, resolviendo al mismo tiempo el procedimiento de infracción abierto por la Comisión.

Estas reformas legales se realizarán de manera que resulte neutral desde el punto de vista financiero la sustitución del IVMDH por los nuevos suplementos de tipos, para cada Comunidad Autónoma, en el momento de entrar en vigor. Por ello, estos suplementos de tipos sobre determinados productos sujetos al Impuesto sobre Hidrocarburos sustituirán al IVMDH como recurso del sistema, en términos de igualdad y a todos los efectos, sin precisar acuerdos posteriores en las Comisiones Mixtas."

A la vista de tan clarificador texto reciente del Consejo de Política Fiscal y Financiera en el que se recoge de forma expresa y concluyente la próxima derogación y supresión del IVMDH no se acierta a comprender la razón de que en este Anteproyecto se recoja un mandato como el contenido en su artículo 36, cuya supresión ya está anunciada y admitida por el propio Consejo de Política Fiscal y Financiera, pronunciándose en los mismos términos el Preámbulo de la Ley 27/2010, de 16 de julio, de régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, al afirmarse en él:

"(...) el Gobierno se ha comprometido, en el marco del actual procedimiento de la Comisión Europea sobre el IVMDH, a proponer la modificación de la Directiva 2003/96/CE, del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, para que, si eventualmente fuera necesario, pueda sustituirse este impuesto por suplementos autonómicos de tipos sobre determinados productos sujetos al Impuesto sobre Hidrocarburos, con neutralidad financiera."

En similar sentido crítico al establecimiento de esta medida en los momentos presentes se pronuncia con total contundencia el antes referido Informe previo sobre las disposiciones que modifican la regulación de los tributos cedidos incluidas en este Anteproyecto, elaborado por el Consejo

Superior para la dirección y coordinación de la gestión tributaria, Secretaría técnica permanente, de fecha 20 de julio de 2010, al afirmarse en él que "la propuesta de la Comunidad de Extremadura de ejercer, en este momento, su capacidad normativa no es conveniente por varias razones: en primer lugar, porque va a elevar el coste financiero y de gestión por el aumento que se va a producir en el número de solicitudes de devolución y en su importe; en segundo lugar, porque deja sin argumento alguno la posibilidad de presentar a la Comisión Europea alternativas relacionadas con la supresión del impuesto o, en su caso, de inaplicación de la Directiva comunitaria; en tercer lugar, porque no hay seguridad de que, ante una resolución contraria al impuesto, las Comunidades Autónomas asuman el coste de las devoluciones".

Este Consejo estima que todos estos argumentos contrarios a la implantación en la fecha actual de esta medida fiscal deberían ser seriamente analizados antes de adoptar una decisión definitiva, y no despacharse con el argumento de que son simples criterios de oportunidad y no de legalidad tal como se hace en las Consideraciones realizadas por el Director General de Tributos al aludido Informe previo sobre las disposiciones que modifican la regulación de los tributos cedidos incluidas en este Anteproyecto, elaborado por el Consejo Superior para la dirección y coordinación de la gestión tributaria.»

Las incertidumbres relatadas en el referido Dictamen tienen su origen, en muy buena medida, en la actitud de la Comisión Europea a la hora de tramitar el procedimiento de infracción, que data del ya lejano año 2002. Veamos el itinerario temporal:

Actuación	Fecha
Apertura del expediente	Año 2002
Carta de emplazamiento	16 de julio de 2003
Contestación del Gobierno a la Carta de emplazamiento	23 de octubre de 2003
Reiteración de la Carta de emplazamiento	28 de junio de 2006
Dictamen motivado	6 de mayo de 2008

¿Cómo se puede estar discutiendo (en vía precontenciosa) durante 10 años o más si una legislación nacional es o no conforme con el Derecho de la Unión Europea?

El TJUE no es ajeno a los efectos negativos de las dilaciones indebidas. Como ha señalado ALONSO GARCÍA⁹, el problema de las dilaciones indebidas preocupa al Tribunal de Justicia, «como lo demuestra el asunto *Der Grüne Punkt* (STJUE de 16 de julio de 2009. Asunto C-385/07 P), en el que declaró que un procedimiento de competencia ante el Tribunal General de una duración de 5 años

⁹ *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 2012.

y 10 meses violaba el principio de la duración razonable del procedimiento, recordando al respecto que dicho principio se recogía no solo en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, sino también en el artículo 6 del Convenio».

Esta preocupación por las dilaciones indebidas en el ámbito jurisdiccional debería extenderse, con más motivo, al ámbito de la fase precontenciosa del procedimiento de infracción, pues las dilaciones indebidas de la Comisión Europea en la tramitación de los procedimientos de infracción no contribuyen a eliminar, en beneficio de los ciudadanos europeos, los estados de incertidumbre creados por la propia pendencia de dichos procedimientos en vía precontenciosa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de enero de 2008 (Asunto C-70/06. *Comisión/Portugal*) pone de manifiesto, una vez más, el fracaso del procedimiento de infracción tal y como hoy está concebido. Se trata de una sentencia dictada al amparo del artículo 228 Tratado CE, es decir, dado el incumplimiento previo de Portugal consistente en no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Portugal* (C-275/03).

Para el Tribunal de Justicia el incumplimiento no es baladí: «40. Por lo que respecta, en primer lugar, a la gravedad de la infracción y, en particular, a las consecuencias de la falta de ejecución de la sentencia *Comisión/Portugal*, antes citada, sobre los intereses privados y públicos, es preciso recordar que, de conformidad con el tercer considerando de la Directiva 89/665, la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación. Pues bien, para que dicha apertura tenga efectos concretos, es necesario que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho».

De la lectura de la sentencia y sus antecedentes se ponen de manifiesto los habituales escarceos argumentativos que suelen utilizar los Estados miembros para justificar el incumplimiento del Derecho comunitario. Como se constata en las conclusiones de 9 de octubre de 2007 del Abogado General señor Mazák, recaídas en dicho asunto, «el incumplimiento de obligaciones por parte de la República Portuguesa aún persiste en la fecha de la vista del presente asunto ante el Tribunal de Justicia». Dicha vista tuvo lugar el 5 de julio de 2007. En la previa Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004 (Asunto 275/03. *Comisión/Portugal*) puede leerse que la fase precontenciosa para que Portugal cumpliera con las exigencias de la Directiva 89/665 se inició el 8 de septiembre de 1995, mediante el envío por la Comisión de la carta de emplazamiento. Vemos pues cómo han transcurrido prácticamente **12 años** desde el primer emplazamiento hasta la fecha de la vista citada, donde se constata que Portugal aún no había cumplido con sus obligaciones. Parece que tan largo plazo de tiempo hace poco o nada creíble cualquier argumento que trate de justificar el incumplimiento (incluidas las «dificultades de orden constitucional» aludidas por Portugal en este caso).

Mientras tanto, en el Estado miembro no se ha aplicado la legislación comunitaria que otorga derechos a los agentes económicos.

II. RELOJ, NO MARQUES LAS HORAS... HAZ ESTE EXPEDIENTE PERPETUO

La Comisión Europea ha descrito de la siguiente forma el procedimiento de control de la aplicación del Derecho comunitario¹⁰:

«Cada Estado miembro es responsable de incorporar el Derecho de la Unión a su ordenamiento jurídico interno (transposición dentro de los plazos, conformidad y correcta aplicación). En virtud de los Tratados, corresponde a la Comisión Europea velar por que lo haga correctamente. Cuando no es así, la Comisión tiene poderes propios, contemplados en los artículos 258 del TFUE y 141 del Tratado CEEA (el llamado "recurso por incumplimiento"), para intentar poner fin a la infracción y puede incluso recurrir al Tribunal de Justicia.

Se entiende que hay incumplimiento cuando los Estados miembros no cumplen sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión, ya sea por acción o por omisión. Por Estado se entiende el Estado miembro que infringe el Derecho de la Unión, sea cual sea la autoridad –central, regional o local– responsable del incumplimiento.

En caso de recurso por incumplimiento, la Comisión Europea empieza por incoar el **procedimiento administrativo denominado "de infracción" o "precontencioso"**. En esta fase se trata de lograr que el Estado miembro cumpla voluntariamente las normas del Derecho de la Unión.

Esta actuación consta de varias etapas, que pueden ir precedidas de una fase de investigación o examen, sobre todo si el procedimiento de infracción se incoa por denuncia.

La primera etapa de la fase precontenciosa es la carta de emplazamiento, en la cual la Comisión Europea solicita al Estado miembro que le comunique en un determinado plazo sus observaciones sobre el problema de aplicación del Derecho de la Unión de que se trate.

En el dictamen motivado, la Comisión Europea se pronuncia sobre la infracción, determina el contenido del posible recurso por incumplimiento e insta a que se ponga fin al mismo en el plazo establecido. El dictamen motivado debe exponer de forma coherente y detallada los motivos por los cuales la Comisión Europea concluye que el Estado en cuestión ha incumplido alguna de las obligaciones que le impone el Tratado.

El recurso al Tribunal de Justicia inicia la fase contenciosa.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión Europea tiene potestad discrecional para iniciar el procedimiento de infracción, recurrir al Tribunal de Justicia y decidir en qué momento lo hace.»

¹⁰ http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_es.htm. Última actualización: 2011/08/17.

Sobre el procedimiento de infracción pueden verse mis trabajos: «La necesaria regulación del procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea». *Actualidad Administrativa*, núm. 19, noviembre 2011. «El procedimiento precontencioso para el control de la aplicación del Derecho comunitario». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 248, marzo/abril 2007. «De nuevo sobre el procedimiento de infracción (art. 226 Tratado CE) y sobre las obligaciones tributarias formales». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 287, diciembre 2008.

El 16 de enero de 2012 se remitió el siguiente escrito a la Comisión Europea:

«En archivo anexo le adjunto el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de enero de 2012, por el que se suspende la tramitación de un procedimiento judicial hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de noviembre de 2011, que se transcribe en el primero de los autos citados.

Lo que le comunico por la posible incidencia de lo relatado en ambos Autos en el expediente...

El planteamiento de cuestiones prejudiciales por tribunales españoles puede estar relacionado con, dicho sea con los debidos respetos, el manifiesto desinterés o inactividad de la Comisión Europea en este asunto, pues sus actos iniciales se remiten al año 2002 (**hace 10 años**).

Asimismo, y en relación al Dictamen Motivado de la Comisión Europea **2002/2315**, de 6 de mayo de 2008, referenciado en ambos Autos, me gustaría hacer las siguientes consideraciones:

Como se expone en los Autos, "la propia existencia del dictamen motivado de la Comisión Europea... revela ciertas dudas en la interpretación de los expresados conceptos...".

Según se desprende de los Autos, se aventuran posibles razones por las que la Comisión Europea no ha interpuesto hasta el momento un recurso de incumplimiento. Elucubraciones que ponen de manifiesto la inseguridad jurídica creada en este asunto por la presunta inactividad de la Comisión Europea en este expediente.

En mi opinión, la paralización del procedimiento administrativo (que data del **año 2002**, fecha del expediente) por la Comisión, puede constituir un caso de mala administración, pues incide de forma negativa en el principio de seguridad jurídica (principio general del Derecho de la Unión Europea).

Por lo expuesto, considero que la Comisión Europea debe concluir, de una vez por todas, el procedimiento de infracción abierto (2002/2315) o archivarlo; con independencia de las cuestiones prejudiciales que puedan haberse planteado (pues estas pueden incidir de manera parcial en los argumentos de la Comisión). Es decir, en mi opinión, la existencia de cuestiones prejudiciales no debe paralizar o condicionar el procedimiento de infracción, máxime cuando este ha sido iniciado con anterioridad a las mismas.»

El 1 de febrero de 2012 la Comisión Europea contesta lo siguiente:

«... según criterio reiterado del TJUE, la Comisión dispone de una **facultad discrecional** en cuanto a la incoación del procedimiento de infracción y al recurso al TJUE (SS de 6 de diciembre de 1989 en el Asunto 329/88 y de 27 de noviembre de 1990 en el Asunto 200/88). Por otra parte, en el Decimotavo Informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (documento COM/2001/0309 final) se indica lo siguiente:

"El control de la aplicación del Derecho comunitario no solo es esencial para el respeto de las reglas del Derecho, sino que contribuye también a que el principio de la Comunidad de Derecho resulte algo tangible para el ciudadano europeo y para los agentes económicos.

Por otra parte, la importancia de las denuncias en el proceso de detección de las infracciones (cuadro 1.1) indica claramente la confianza del ciudadano en el ejercicio, por la Comisión, de esa misión fundamental.

También indica la voluntad de la Comisión de conceder al demandante una mayor importancia en el procedimiento por incumplimiento (...).

No obstante, estos cambios no privan al procedimiento por incumplimiento de su objetivo fundamental, que consiste en conseguir que el Estado miembro en situación de infracción se ajuste al Derecho comunitario. Tampoco modifica el poder discrecional que toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión para incoar procedimientos por incumplimiento.

Esto es tanto más significativo cuanto que la naturaleza de este procedimiento puede a veces alimentar el descontento de demandantes que persiguen naturalmente un objetivo diferente, a saber, la satisfacción de sus intereses individuales, eventualmente puesta en peligro por la infracción del Estado miembro.

(...)."

Según ha indicado la doctrina, el procedimiento de infracción tiene una naturaleza mixta y funciona en parte como un instrumento para resolver disputas relativas a la aplicación del derecho de la Unión Europea **de forma "diplomática"**, evitando la litigiosidad y el recurso al TJUE¹¹. Puede ocurrir que el envío de un dictamen motivado no vaya seguido directamente del recurso al TJUE o del archivo del expediente de infracción, pues aun después de dicho dictamen motivado y antes de decidir el archivo del procedimiento o la presentación de la demanda ante el TJUE tiene la Comisión la posibilidad de proseguir los contactos con las autoridades del Estado miembro.»

Puestos a citar sus propios Informes anuales, la Comisión podría haber citado el Informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2004). Bruselas, 23 de diciembre de 2005. COM(2005)570 final, en el que puede leerse que

«el principal objetivo de los procedimientos de infracción consiste en alentar a los Estados miembros a ajustarse voluntariamente y *lo antes posible* al Derecho comunitario... El control de la aplicación del Derecho comunitario es esencial desde el punto de vista del respeto del Derecho en general y contribuye a convertir el principio de una Comunidad de derecho en algo tangible para los ciudadanos europeos y los agentes económicos. Las numerosas denuncias de los ciudadanos de los Estados miembros constituyen un instrumento esencial de detección de las infracciones del Derecho comunitario.»

Como escribió DANTE, «pasa el tiempo y el hombre no se da cuenta». Parafraseando, podría decirse: «pasa el tiempo y la Comisión Europea no se da cuenta».

¹¹ Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA. *EU Law. Text, Cases and Materials*. Third Edition, Oxford University Press, page 397.

III. LOS PODERES DISCRECIONALES DE LA COMISIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

ALONSO GARCÍA¹² ha señalado que «pese a que los particulares pueden denunciar ante la Comisión los comportamientos de los Estados miembros contrarios al Derecho europeo, aquella ha visto reconocida por la doctrina del Tribunal de Justicia su plena discrecionalidad a los efectos de accionar el proceso por incumplimiento, traducida en la imposibilidad del ciudadano de reaccionar judicialmente frente a una posible falta de activación, pese a su denuncia, del artículo 258 del TFUE». Sobre este artículo, el citado autor señala que «destaca en su tramitación (del procedimiento de infracción) la absoluta discrecionalidad que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión (llegando a afirmar que "tiene libertad para incoar un procedimiento por incumplimiento únicamente contra algunos de los Estados miembros que se encuentren en una situación comparable desde el punto de vista del respeto al Derecho comunitario": asunto *Comisión v. Italia*, 2009), tanto a los efectos de activar la fase precontenciosa (de contactos con el Estado supuestamente incumplidor, en cuyo contexto aquella debe presentar a este los hechos que se le imputan, el cual a su vez tiene la oportunidad de defenderse al respecto) como de iniciar la fase contenciosa (a través de la interposición de la correspondiente demanda), lo que se traduce, como sostuviera el Tribunal en el asunto *Lütticke v. Comisión* (1966), en imposibilidad de recurrir (vía omisión o anulación) la decisión de no iniciar el procedimiento (imposibilidad que se extiende, de llegar a iniciarse, a todos y cada uno de los actos adoptados a lo largo del mismo, según doctrina reiterada, por ejemplo, en el asunto *Star Fruit Company*, 1989)».

Como se observa, la Comisión se parapeta en cierta añeja jurisprudencia del TJUE, en el entendimiento de que la misma le otorga amplios poderes discrecionales en el marco del procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea. Veamos esa jurisprudencia.

Sentencia de 10 de diciembre de 1968 (Asunto 7/68. *Comisión/Italia*):

«Considerando que, en virtud del artículo 169 del Tratado, corresponde a la Comisión elegir el momento en que interpone un recurso ante el Tribunal de Justicia y que las consideraciones que determinen dicha elección no pueden afectar a la admisibilidad del recurso, que solo obedece a normas objetivas;

Que, además, en el presente asunto, el recurso de la Comisión había sido precedido de amplios intercambios de puntos de vista con el Gobierno italiano que habían empezado antes de que acabara la segunda etapa del periodo transitorio, para persuadir a las autoridades competentes de la República a hacer lo necesario para modificar las disposiciones cuestionadas por la Comisión.»

Sentencia de 21 de junio de 1988 (Asunto 416/85. *Comisión/Reino Unido*):

«No se puede admitir esta argumentación. A este respecto, es preciso señalar que, en el marco del equilibrio institucional que establece el Tratado, no incumbe al Tribunal de Justicia examinar cuál

¹² «Sistema jurídico de la Unión Europea». Ob. cit.

les son los objetivos perseguidos mediante un recurso por incumplimiento del que conozca en virtud del artículo 169 del Tratado. Sí le incumbe, por el contrario, determinar si se ha producido o no el incumplimiento que se imputa. Según ha declarado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 10 de diciembre de 1968 (*Comisión/República Italiana*, 7/68, Rec. 1968, pp. 617, 625), un recurso por incumplimiento, **cuya decisión sobre la oportunidad de interponerlo ante el Tribunal de Justicia corresponde exclusivamente a la Comisión**, tiene carácter objetivo.»

Puede citarse también la sentencia recaída en el Asunto C-329/88 (*Comisión/Grecia*), en la que el Tribunal declara que cuando el Estado miembro destinatario de un dictamen motivado no ha dado fin al incumplimiento que se le reprocha dentro del plazo que corresponde determinar a la Comisión con arreglo al párrafo 2 del artículo 169 del Tratado, la Comisión tiene plena libertad para decidir si debe o no interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia.

Sentencia de 27 de noviembre de 1990 (Asunto C-200/88. *Comisión/Grecia*):

«A este respecto, basta con señalar que, en el sistema establecido por el artículo 169 del Tratado, la Comisión dispone de una facultad discrecional para iniciar un recurso por incumplimiento y que no corresponde al Tribunal de Justicia determinar si el ejercicio de dicha facultad es o no oportuno.»

En mi opinión, dicha jurisprudencia hay que interpretarla rectamente y conectarla hoy con otros principios del Derecho de la Unión Europea, como el de «buena administración». Asimismo, deben considerarse principios generales del Derecho de la Unión principios plenamente aceptados por el Derecho Administrativo de los Estados miembros como: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»; interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; seguridad jurídica.

Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, FERNÁNDEZ¹³ ha señalado que «en su significación más primaria el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo –mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión– de una fundamentación que lo sostiene». Asimismo, DESDENTADO DAROCA¹⁴ subraya que mientras el Parlamento ostenta una legitimidad de origen, la Administración ostenta una legitimidad de ejercicio. «La legitimidad de la decisión discrecional administrativa no puede basarse únicamente en la autoridad que la ha adoptado, sino que se encuentra en su efectivo servicio al interés público concreto para el que la potestad se ha conferido a la Administración y en la justificación de que así se ha hecho...». Señala esta autora que el ejercicio de las potestades discrecionales está siempre sujeto a límites y, citando al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, dice que hay que identificar la arbi-

¹³ «De la arbitrariedad de la Administración», ob. cit.

¹⁴ «El principio de interdicción de la arbitrariedad», en la obra colectiva: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, ob. cit.

triedad con el «abuso de discrecionalidad». *La interdicción de la arbitrariedad supone un veto a cualquier forma de abuso de la discrecionalidad.*

En el caso que venimos comentando, las potestades atribuidas por el Tratado a la Comisión en materia de procedimientos de infracción se han conferido para que dicho órgano controle el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros, y la legitimidad de sus decisiones vendrá dada por la efectiva exigencia y en un plazo razonable del cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros, a través del procedimiento establecido.

Parece claro, en mi opinión, que no se puede alegar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reseñada para tener abierto un procedimiento de infracción durante más de 10 años.

Subraya también FERNÁNDEZ que «el Derecho Administrativo sigue siendo hoy, indiscutiblemente, una muralla contra la arbitrariedad, pero esa muralla presenta fisuras e, incluso, brechas bien visibles, zonas de no derecho que hacen imperfecta la protección que ofrece. Soldar esas fisuras y cerrar esas brechas es, sin duda, el reto de nuestro tiempo, la tarea preferente a la que tenemos que prestar nuestra atención y dirigir nuestro esfuerzo».

A ello contribuye, en mi opinión, y en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el Defensor del Pueblo Europeo, en su papel de examinar la conducta de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción, por su *auctoritas*.

Como recuerda el Tribunal General en su Sentencia de 14 de febrero de 2012 (Asunto T-59/09. *Alemania/Comisión*):

«Debe recordarse, a renglón seguido, como observa la Comisión, que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los Tratados constitutivos de la Unión han instaurado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias a cuyo favor los Estados miembros han limitado sus derechos soberanos, en ámbitos cada vez más amplios, y cuyos sujetos son no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales (S del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Rec. pp. 1 y ss., especialmente p. 3, y Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21). Pues bien, para la consecución de los objetivos de la Unión en los ámbitos que abarca, las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión se incardinan en la Carta Constitucional que los Tratados han establecido.»

Es decir, el procedimiento de infracción es un procedimiento administrativo (en el sentido en que se entienden los procedimientos administrativos en la generalidad de los Estados miembros), no es un procedimiento «diplomático» al uso en las relaciones internacionales. La Comisión abre un procedimiento de infracción si considera que, con arreglo a Derecho, un Estado miembro incumple la normativa de la Unión Europea; y en el ámbito del procedimiento le da traslado de su opinión al Estado miembro para que defienda su postura. Si la Comisión considera plausibles las alegacio-

nes del Estado miembro debe, cuanto antes, archivar el expediente. Si la Comisión no ha sido convencida por el Estado miembro debe, también cuanto antes (en un plazo razonable), continuar con el procedimiento y no tenerlo abierto sine die. Son naturales exigencias de los principios de buena administración y de seguridad jurídica.

La parsimonia (en ocasiones, desidia) de la Comisión en los procedimientos de infracción (como el relatado) causa gran inseguridad jurídica a los nacionales de los Estados miembros, pues mientras está en vigor una norma nacional contraria al Derecho de la Unión se están produciendo situaciones que perjudican a los ciudadanos. Como se ha recordado anteriormente, los nacionales son sujetos del ordenamiento jurídico comunitario.

La Comisión subraya en ocasiones que los Estados miembros, incluso cuando disponen de un margen de apreciación, deben respetar el principio de buena administración. Así, en el apartado 62 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 (Asunto C-560/07. *Balbiino AS*), puede leerse:

«El Gobierno estonio y **la Comisión** subrayan que, a falta de disposiciones comunitarias sobre el reparto de la carga de la prueba entre los agentes económicos y las autoridades nacionales, la definición de tales reglas es competencia de los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación. La Comisión recuerda, a este respecto, que los Estados miembros están obligados a garantizar la igualdad de trato entre agentes económicos y **el respeto del principio de buena administración.**»

La Comisión debería aplicarse también esta exigencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es ajena a las relaciones entre los plazos de los procedimientos y el principio de buena administración. Así, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-202/06 P. *Cementbouw Handel & Industrie BV/Comisión*) puede leerse:

«35. Según se desprende de su vigésimo noveno considerando y de su artículo 21, apartado 1, el Reglamento núm. 4064/89 se funda en el principio de un reparto preciso de las competencias entre las autoridades nacionales y comunitarias de control de las concentraciones (SS de 25 de septiembre de 2003, *Schlüsselverlag J.S. Moser y otros/Comisión*, C-170/02 P, Rec. p. I-9889, apartado 32, y de 22 de junio de 2004, *Portugal/Comisión*, C-42/01, Rec. p. I-6079, apartado 50).

36. El citado Reglamento contiene también otras disposiciones, entre las que figura, en particular, el artículo 10, apartados 1 y 2, cuya finalidad es limitar, por razones de **seguridad jurídica** y en interés de las empresas afectadas, la **duración de los procedimientos** de verificación de las operaciones que incumben a la Comisión (sentencias antes citadas *Schlüsselverlag J.S. Moser y otros/Comisión*, apartado 33, y *Portugal/Comisión*, apartado 51).

37. Debe deducirse de ello que el legislador comunitario pretendió establecer una clara distribución de las intervenciones de las autoridades nacionales y comunitarias y que se propuso garantizar el control de las operaciones de concentración en **plazos compatibles** tanto con las exigencias

de una **buena administración** como con las del tráfico mercantil (sentencias antes citadas *Schlüsser* *J.S. Moser y otros/Comisión*, antes citada, apartado 34, y *Portugal/Comisión*, apartado 53).

38. Este deseo de seguridad jurídica implica que la autoridad competente para examinar una operación de concentración determinada pueda ser identificada de forma previsible. Es la razón por la que el legislador comunitario ha establecido, en los artículos 1, apartados 2 y 3, y 5, del Reglamento núm. 4064/89, criterios a un tiempo precisos y objetivos que permiten determinar si una operación ha alcanzado la importancia económica necesaria para ser de "dimensión comunitaria" y es, por tanto, de la exclusiva competencia de la Comisión.

39. El **imperativo de celeridad** que caracteriza la sistemática general del Reglamento núm. 4064/89 y que obliga a la Comisión a respetar plazos estrictos para la aprobación de la decisión final, a falta de lo cual la operación se reputa compatible con el mercado común, implica también que, cuando a la vista de los criterios establecidos en los artículos 1, apartados 2 y 3, y 5, del citado Reglamento, la Comisión se haya declarado competente con respecto a una operación determinada, dicha competencia no podrá cuestionarse constantemente ni tampoco quedar sometida a cambios permanentes.»

Que no exista una norma jurídica que, **en relación con el procedimiento de infracción**, establezca la duración de los procedimientos, no quiere decir que los principios de seguridad jurídica y de buena administración no sean aplicables y que su aplicación exija (con mayor motivo y ante la ausencia normativa –laguna del Derecho comunitario que debe integrarse con los referidos principios–) que los procedimientos de infracción no se eternicen y permanezcan abiertos sine die.

Tanto en el procedimiento a que se refiere la jurisprudencia citada como en el procedimiento de infracción, se trata de que por la Comisión Europea, como guardiana de los Tratados, se vele por la aplicación del Derecho de la Unión Europea. **Es una consecuencia de los principios de buena administración y de seguridad jurídica que el procedimiento de infracción debe ajustarse en su desarrollo a pautas temporales adecuadas, sin dilaciones indebidas. Los principios de economía, celeridad y buena fe, que deben presidir la actuación administrativa (y de la Comisión Europea) son incompatibles con demoras que redundan tanto en perjuicio de los particulares como en perjuicio de la plena vigencia del Derecho de la Unión Europea.**

Como ha señalado el Defensor del Pueblo Europeo en su Informe Anual 2010, «el Estado de Derecho constituye uno de los principios fundacionales de la Unión Europea. Una de las **obligaciones** más importantes de la Comisión es actuar como "guardiana de los Tratados" (El artículo 17 del Tratado de la Unión Europea establece que la Comisión debe "**velar** para que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de estos")».

Según nuestro Diccionario algunas de las acepciones del término velar son: observar atentamente algo; cuidar solícitamente de algo.

¿Cómo se puede estar discutiendo (en vía precontenciosa) durante 10 años o más si una legislación nacional es o no conforme con el Derecho de la Unión Europea?

En mi opinión, del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea se desprende que en el procedimiento de control del cumplimiento del Derecho comunitario (procedimiento de infracción), la Comisión Europea ejerce una **potestad reglada**. Como han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁵, «el ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (*accertamento*, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio subjetivo alguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para constatarlo con el tipo legal. **La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto** y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. Opera aquí la Administración de una manera que podría llamarse automática –**si no fuera porque el proceso aplicativo de la Ley, por agotadoras que sean las previsiones de esta, rara vez permite utilizar con propiedad ese concepto, ante la necesidad de procesos interpretativos que incluyen necesariamente valoraciones**, si bien estas no sean desde luego apreciaciones subjetivas (piénsese, por ejemplo, en todo el proceso aplicativo de normas fiscales, no obstante ser la potestad liquidatoria típicamente reglada...))».

Es decir, –trasladado lo anterior al ámbito comunitario– localizado por la Comisión Europea un presunto incumplimiento del Derecho comunitario (supuesto de hecho), la Comisión **está obligada por el Tratado** a abrir el procedimiento de infracción, dar audiencia al Estado miembro y, en su caso:

- Archivar el procedimiento si el Estado miembro ha convencido a la Comisión de que su actuación es la correcta; o demuestra a la Comisión que ha corregido el incumplimiento; o
- Remitir el dictamen motivado y, caso de que el Estado miembro no se avenga al mismo o no convenza a la Comisión en este trámite, presentar el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Todo ello en un plazo razonable. El plazo razonable tiene especial importancia en el caso de que el Estado miembro se avenga a corregir el incumplimiento, pues mientras este persiste, se pueden estar causando perjuicios a los particulares, que son acreedores de una correcta aplicación del Derecho comunitario.

Según el Defensor del Pueblo Europeo, su investigación en el ámbito de la actividad de la Comisión Europea «tiene por único objeto examinar la conducta de la Comisión en relación con el

¹⁵ *Curso de Derecho Administrativo*, I, Editorial Civitas, 1997.

análisis y el tratamiento de la reclamación por infracción que se le ha presentado. El Defensor del Pueblo puede ocuparse de los aspectos de fondo y forma de la actuación de la Comisión».

Dentro de la conducta que debe observar la Comisión en la tramitación de los procedimientos de infracción está la de sujetar los procedimientos a plazos razonables.

Como ha relatado el Defensor del Pueblo Europeo acerca del Asunto 1528/2006/VL¹⁶, «el poder discrecional de la Comisión no la autoriza a abstenerse de desempeñar su papel de guardiana de los Tratados (en este caso, dejando de aplicar una obligación jurídica específica mucho antes de que la anterior haya dejado de ser válida y la propia obligación haya sido derogada)».

Mutatis mutandis, la constatación de una posible infracción del Derecho comunitario y sus consecuencias, por parte de la Comisión Europea, ha de realizarse en base al Derecho –comunitario y nacional– en vigor en el momento en que se producen los hechos. Es decir, ante una Directiva en vigor debe analizarse si la norma nacional que se contrasta con la misma es conforme; con independencia de que existan propuestas de modificación de la Directiva, propuestas que no son Derecho hasta que no son válidamente aprobadas y han entrado en vigor. Para los nacionales afectados por el posible incumplimiento lo que importa es si la norma nacional en vigor respeta la Directiva de contraste en vigor (*tempus regit actum*).

CÁMARA BARROSO¹⁷ ha señalado, respecto a las razones de la paralización del referido procedimiento de infracción, que:

«(i) es posible que la Comisión haya decidido no enviar el caso al TJUE en previsión de la futura creación de una Directiva en materia de fiscalidad de la energía, que sustituya a la actual Directiva 2003/96/CE, y **ante la necesidad de contar con el apoyo de España al aprobarse las disposiciones sobre armonización fiscal mediante la regla de la unanimidad, apoyo que previsiblemente podría ser negado en caso de haberse obligado a España a la eliminación del IVMDH**; y

(ii) si la propuesta de cesión de capacidad normativa a las Comunidades Autónomas en la fase minorista del IVA, carente de total racionalidad, llegara a buen puerto, chocando totalmente con la actual filosofía de la armonización de la Unión Europea, se dejaría en evidencia la pretensión de una mayor recaudación por parte de la Unión Europea, al constituir ciertos ingresos en base al IVA un recurso propio de esta, aumento de recaudación que se estaría consiguiendo a día de hoy con el IVMDH, al incluirse el importe de este gravamen en la base imponible del IVA, con lo que se incrementa la cantidad que la Unión recibe por este concepto y **se entiende así el retraso de la actuación de la Comisión en este punto.**»

¹⁶ Informe anual 2010.

¹⁷ «La problemática pendiente del Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos». *Crónica Tributaria*. Boletín de Actualidad 4/2011. Instituto de Estudios Fiscales.

Si la intención de la Comisión Europea fuera la señalada por esta autora, estaríamos ante una auténtica perversión del procedimiento de infracción.

Señala asimismo CÁMARA BARROSO que «pese a la evidente incompatibilidad que presenta este impuesto con la normativa de la Unión Europea, sigue siendo de plena aplicación en nuestro ordenamiento jurídico y estamos a la espera de recibir alguna noticia de las instituciones de la Unión Europea acerca del estado de la cuestión en el seno de la Unión Europea. Por último, señalar que el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 21 de septiembre de 2010¹⁸, desestimó una solicitud de devolución por ingresos indebidos de las cuotas soportadas por la repercusión del IVMDH en base a que en la fecha de solicitud, y hasta el momento, este impuesto está vigente en el ordenamiento jurídico español. Esto viene a decir que el Dictamen de la Comisión no ha producido ningún efecto sobre la vigencia y eficacia de la norma dictada por el legislador español; de hecho, tres Comunidades Autónomas (Andalucía, Extremadura y Murcia) han legislado el tramo autonómico del céntimo sanitario en su territorio **con posterioridad al referido Dictamen**».

Los perjuicios que puedan causarse a los particulares por las dilaciones indebidas de la Comisión Europea son señalados también por esta autora: «la devolución del importe pagado por el impuesto se hace difícil debido a que los proveedores sujetos al IVMDH han repercutido el impuesto sobre unos consumidores que, en la mayoría de los casos, no conservarán factura de la operación, con lo que se hace imposible el reembolso del impuesto».

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009 (Asunto C-562/07. *Comisión/España*) puede leerse lo siguiente:

«Procedimiento administrativo previo.

6. El 18 de octubre de 2004, la Comisión dirigió un **escrito de requerimiento** al Reino de España, advirtiendo a dicho Estado miembro que el tratamiento fiscal al que estaban entonces sujetas las rentas del trabajo y las ganancias patrimoniales originadas en España de las personas físicas no residentes era, en opinión de dicha institución, contrario a los artículos 39 CE y 56 CE, y a los artículos 28 y 40 del Acuerdo sobre el EEE, puesto que la aplicación a las rentas de los no residentes de un tipo impositivo superior al que se aplicaba a las rentas de los residentes podía constituir una discriminación con arreglo al Tratado CE de no existir ninguna diferencia objetiva que justificase una diferencia de trato entre ambas situaciones.

7. Comoquiera que la respuesta del Reino de España no convenció a la Comisión, esta dirigió el 13 de julio de 2005 un **dictamen motivado** a dicho Estado miembro, instándole a adoptar las medidas necesarias para ajustarse a él en el plazo de dos meses a partir de su recepción.

8. El 7 de febrero de 2006, el Reino de España **respondió a dicho dictamen motivado** indicando que se estaban tramitando las modificaciones necesarias para poner término a los incumpli-

¹⁸ Resolución núm. 5441/2009.

mientos señalados. **Se desprende de las observaciones de las partes que tales modificaciones se adoptaron el 28 de noviembre de 2006 y entraron en vigor el 1 de enero de 2007.**

9. Pese a considerar que, con la entrada en vigor de las nuevas disposiciones, se ha puesto término a las infracciones que había denunciado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

10. Durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la Comisión ha desistido de su recurso en la parte que tiene por objeto que se declare la existencia de una infracción de los artículos 39 CE y 28 del Acuerdo sobre el EEE.

11. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 2 de junio de 2008 se admitió la intervención del Reino de Bélgica, de la República de Letonia y de la República de Austria en apoyo de las pretensiones del Reino de España.

Sobre el recurso.

Sobre la admisibilidad.

Alegaciones de las partes.

12. El Reino de España, que reconoce que corresponde a la Comisión decidir sobre la oportunidad de interponer o no un recurso por incumplimiento, cuestiona no obstante la admisibilidad del presente recurso, alegando que la Comisión vulneró en el caso de autos los principios de protección de la confianza legítima, de cooperación leal con los Estados miembros y de seguridad jurídica, e incurrió en desviación de poder.

13. Por lo que respecta, en primer lugar, a la vulneración de los **principios de protección de la confianza legítima y de cooperación leal**, el Reino de España recuerda que los Estados miembros pueden invocar dichos principios frente a una institución comunitaria cuando esta, mediante una práctica reiterada y continua, haya engendrado en ellos una esperanza fundada de que ante determinadas circunstancias actuaría de una forma concreta, sin que exista ningún indicio que pueda hacer sospechar que dicha institución modificaría esa práctica. Pues bien, el Reino de España alega que en materia de recurso por incumplimiento, existe una práctica asentada de la Comisión consistente en no interponer dicho recurso cuando el Estado miembro infractor del Derecho comunitario ha puesto fin al incumplimiento después del vencimiento del plazo fijado en el dictamen motivado, pero antes de la interposición del recurso, y ello aunque el procedimiento pueda aún tener interés. Según el Reino de España, en el caso de autos la Comisión vulneró los principios mencionados, ya que interpuso su recurso casi un año después de que se hubiese puesto fin al incumplimiento reprochado, sin haber informado previamente al Estado miembro interesado de su intención de apartarse de su práctica habitual y sin tener ningún motivo válido.

14. Por lo que se refiere, en segundo lugar, al principio de **seguridad jurídica**, el Reino de España alega que el derecho reconocido a la Comisión de elegir libremente el momento en que inicia un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro debería limitarse, para no poner a los Estados miembros en una "grave situación de inseguridad jurídica", a los casos en que el Estado miembro infractor persiste en el incumplimiento que se le reprocha. Afirma que, en el caso de autos, al haber dejado la Comisión transcurrir casi un año entre el momento en que se puso fin al

incumplimiento alegado y la interposición del presente recurso, se vulneró el principio de seguridad jurídica.

15. En tercer lugar, en cuanto a la **desviación de poder**, el Reino de España sostiene que la Comisión desvirtúa la finalidad del recurso por incumplimiento en la medida en que utiliza dicho procedimiento para alcanzar dos objetivos ajenos a esa finalidad. Este Estado miembro, señala, en efecto, que, por una parte, la Comisión pretende sancionarle porque los órganos jurisdiccionales españoles no han planteado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en materia de imposición directa. Y que, por otra parte, la Comisión desea mover al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el presente recurso con el fin de garantizar a los ciudadanos una aplicación correcta del Derecho comunitario, aproximando así el objeto del recurso por incumplimiento al del procedimiento prejudicial.

16. El Reino de Bélgica y la República de Austria, cuyas intervenciones en apoyo de las pretensiones del Reino de España se limitan a la cuestión de la admisibilidad del recurso, alegan que incumbe a la Comisión acreditar la existencia de un interés suficiente para proseguir el procedimiento. Pues bien, en el caso de autos, afirman, la gravedad del incumplimiento alegado no es tal que justifique la interposición de un recurso, ya que la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales españoles no hayan formulado ninguna petición de decisión prejudicial en materia de impuestos directos no demuestra la existencia de un interés suficiente para interponer el presente recurso. Por otra parte, según dichos Estados miembros, la Comisión únicamente puede interponer recurso por incumplimiento con la finalidad concreta de poner fin al incumplimiento alegado. Comoquiera que el Reino de España ha puesto término al incumplimiento que se le reprochaba, la Comisión ya no puede apreciar libremente la oportunidad de interponer un recurso.

17. Por lo que respecta a la admisibilidad de los recursos por incumplimiento en general, la Comisión afirma, principalmente, que la facultad discrecional que el Tratado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia le reconocen en materia de procedimientos por incumplimiento implica, por una parte, que puede decidir si procede o no interponer el recurso sin tener que indicar las razones que fundamentan su decisión, y, por otra parte, que no está obligada a observar un plazo determinado en relación con las distintas fases del procedimiento. Por lo tanto, a su entender, ninguno de los motivos de inadmisibilidad expuestos por el Reino de España puede prosperar.

Apreciación del Tribunal de Justicia.

18. Por lo que respecta, en primer lugar, a la vulneración que se alega del principio de protección de la confianza legítima, corolario del principio de seguridad jurídica y del principio de cooperación leal, procede recordar que el procedimiento por incumplimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Derecho comunitario y que, en un caso como el presente, un Estado miembro no puede invocar los principios de confianza legítima y de cooperación leal para oponerse a la declaración objetiva del incumplimiento por su parte de las obligaciones que le impone el Tratado, ya que la admisión de dicha justificación sería contraria al objetivo del procedimiento previsto en el artículo 226 CE (S de 24 de abril de 2007, *Comisión/Países Bajos*, C-523/04, Rec. p. I-3267, apartado 28).

19. La circunstancia de que la Comisión haya renunciado, en su caso, a interponer recurso por incumplimiento contra un Estado miembro cuando este había puesto fin al incumplimiento alegado una vez transcurrido el plazo señalado en el dictamen motivado no puede, por lo tanto, originar en dicho Estado miembro ni en los demás Estados miembros una confianza legítima que pueda afectar a la admisibilidad de una acción ejercitada por la Comisión.

20. Hay que añadir que la circunstancia de que la Comisión no introduzca un recurso al amparo del artículo 226 CE inmediatamente después del vencimiento del plazo fijado en el dictamen motivado tampoco puede generar en el Estado miembro interesado una confianza legítima en que el procedimiento por incumplimiento se ha archivado.

21. **Es cierto que la duración excesiva del procedimiento administrativo previo puede constituir un vicio que dé lugar a la inadmisibilidad de un recurso por incumplimiento.** No obstante, se desprende de la jurisprudencia que tal conclusión se impone únicamente en aquellos supuestos en los que la Comisión, por su comportamiento, aumenta la dificultad de rebatir sus argumentos, lesionando así el derecho de defensa del Estado miembro interesado, y que incumbe al Estado miembro interesado aportar la prueba de tal dificultad (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de diciembre de 2005, *Comisión/Luxemburgo*, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartado 76 y jurisprudencia citada).

22. Resulta obligado observar, sin embargo, que, en el caso de autos, el Reino de España no ha formulado ninguna alegación específica en cuanto a que la duración excesiva de la fase administrativa previa y, en particular, el plazo transcurrido entre su respuesta al dictamen motivado y la interposición del presente recurso, afectase al ejercicio de su derecho de defensa. En efecto, dicho Estado miembro se limita a cuestionar la oportunidad de ejercitar, en el caso de autos, el derecho que asiste a la Comisión de interponer un recurso por incumplimiento.

23. En segundo lugar, por lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, por una parte, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como esta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado (véanse, en particular, las SS de 4 de julio de 2002, *Comisión/Grecia*, C-173/01, Rec. p. I-6129, apartado 7, y de 14 de abril de 2005, *Comisión/Luxemburgo*, C-519/03, Rec. p. I-3067, apartado 18) y, por otra parte, cuando el incumplimiento haya sido eliminado con posterioridad al plazo fijado en el dictamen motivado, persiste el interés de la Comisión en interponer un recurso con arreglo al artículo 226 CE (S de 14 de abril de 2005, *Comisión/Luxemburgo*, antes citada, apartado 19).

24. Por consiguiente, el Reino de España, al haber sido informado a través del procedimiento administrativo previo de que la Comisión le reprochaba el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, no puede alegar, a falta de un pronunciamiento explícito por parte de la Comisión que indique su intención de archivar el procedimiento por incumplimiento incoado, que esta vulnera el principio de seguridad jurídica.

25. En tercer lugar, en cuanto al motivo basado en una supuesta desviación de poder, basta señalar que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés en ejercitar la acción ni indicar los motivos que la han

llevado a interponer un recurso por incumplimiento (véanse, en particular, las SS de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia*, C-333/99, Rec. p. I-1025, apartado 24; de 13 de junio de 2002, *Comisión/España*, C-474/99, Rec. p. I-5293, apartado 25, y de 8 de diciembre de 2005, *Comisión/Luxemburgo*, antes citada, apartados 65 y 66). Puesto que el objeto del recurso tal como se deduce del escrito de interposición de este coincide con el objeto del litigio tal como aparece definido en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, no puede afirmarse válidamente que la Comisión incurrió en desviación de poder.

26. Se desprende de las anteriores consideraciones que procede declarar la admisibilidad del presente recurso.»

El itinerario temporal del procedimiento de infracción a que se refiere esta sentencia fue el siguiente:

Actuación	Fecha
Carta de emplazamiento	18 de octubre de 2004
Dictamen motivado	13 de julio de 2005
Contestación a dictamen motivado por el Gobierno español	7 de febrero de 2006
Presentación del recurso por incumplimiento	19 de diciembre de 2007
Entrada en vigor de la modificación legislativa española	1 de enero de 2007

Como puede observarse, en este caso, la duración del procedimiento administrativo de infracción (desde la carta de emplazamiento a la presentación del recurso por incumplimiento), tuvo una duración de tres años y dos meses. Y el recurso por incumplimiento se presentó, correctamente, aunque se modificó previamente la legislación nacional que incumplía el Derecho comunitario, como fue así declarado en la referida Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009.

En base a dicha sentencia y dentro del año siguiente a la publicación de la misma, dos ciudadanos no residentes instaron del Gobierno español una reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa. La reclamación se realizó como consecuencia de una autoliquidación tributaria presentada el 13 de agosto de 2004, esto es, **unos meses antes de que la Comisión Europea iniciara contra España el referido procedimiento de infracción.**

El Consejo de Ministros desestimó la reclamación de responsabilidad, por lo que los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la misma que, finalmente, fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 (Rec. núm. 588/2010)¹⁹.

¹⁹ RCyT. CEF, núm. 349, abril 2012.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo realiza unas precisiones a su jurisprudencia dictada a raíz de la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08. *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL*), relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado español por incumplimientos de la normativa comunitaria. En el asunto concreto enjuiciado parece que tiene un gran peso para la desestimación del recurso la circunstancia de que a la fecha de los hechos (presentación de la autoliquidación) aún no existiera un procedimiento de infracción abierto por la Comisión contra España, por lo que el Tribunal Supremo deduce que no se da el requisito requerido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de que exista una «*violación suficientemente caracterizada*» para que surja la obligación de indemnizar; pues la norma interna declarada incompatible con el Derecho comunitario no fue puesta en tela de juicio durante largo tiempo.

En este sentido, TRIGUEROS MARTÍN²⁰ cita a LÓPEZ DÍAZ²¹: «pensando en la sentencia futura sobre el Impuesto español, señala que no cabrá argumentar que el Gobierno español pudo estimar que el mismo se adecuaba a la normativa comunitaria por dos razones: una, porque en el momento de su creación ya era conocida y pública la Sentencia mencionada de marzo de 2000 del TJCE, interpretando las exigencias del artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE; y otra, por cuanto, también con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/2001, se conoció la opinión expresa del Director de Política Fiscal de la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea²², quien manifestó el parecer de la Comisión de que el proyecto presentado se condicionaba al cumplimiento del requisito de la finalidad específica, al tiempo que consideraba que la introducción de tipos diferentes en las Comunidades Autónomas no respetaba la legislación comunitaria.

En la valoración de los efectos de una hipotética sentencia que declarase la incompatibilidad de dicho impuesto con el Derecho comunitario, tampoco debe resultar despreciable el hecho de que se trata de un tributo que, si bien considera como sujeto pasivo, con carácter general y para el supuesto más común, a quien realiza las ventas minoristas, obliga a su repercusión a los adquirentes, lo que haría materialmente imposible que las cuantías a devolver pudiesen llegar a quienes lo soportaron efectivamente, tanto por el número de estos, como por el hecho de no disponer de los documentos acreditativos pertinentes (facturas)...».

IV. «HERRAR, O QUITAR EL BANCO» ¿PRINCIPIO JURÍDICO?

El 1 de febrero de 2012 se presentó reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, solicitándole constatar que la Comisión Europea ha incurrido en mala administración en la tramitación del procedimiento de infracción núm. 2002/2315; señalándole:

²⁰ «El Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos: presente y futuro incierto». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, abril 2012.

²¹ «Reflexiones sobre el Impuesto sobre venta minorista de determinados hidrocarburos a la luz del Derecho comunitario». *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2008.

²² Contestación de 14 de junio de 2001, que figura como anexo al *Libro Blanco sobre la Reforma de la financiación autonómica*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pág. 211.

«Que en su Decisión sobre la reclamación 749/97/IJH, contra la Comisión Europea, el Defensor del Pueblo expresó que "es un principio de buena administración que los plazos sean razonables".

Que desde que la Comisión Europea remitió el *dictamen motivado* han transcurrido casi cuatro años, a los que hay que añadir el periodo de tiempo transcurrido desde la apertura del expediente. El que suscribe desconoce la fecha de apertura, pero por el número de expediente parece que data del año 2002.

Que a juicio del que suscribe, la Comisión Europea ha infringido los principios de buena administración y de seguridad jurídica, tanto por el largo periodo de tiempo transcurrido desde la apertura del expediente, como por el largo periodo transcurrido desde el *dictamen motivado*.

Que, lo que la Comisión, en su escrito, denomina vía "diplomática", debería circunscribirse a la fase anterior al *dictamen motivado* (fase de *carta de emplazamiento*) y respetar también el principio de buena administración en cuanto a plazos; y, como máximo, a un corto periodo de tiempo una vez remitido el dictamen motivado.

Que utilizando una expresión española, la Comisión debería "herrar, o quitar el banco" (según nuestro Diccionario, se utiliza para incitar a alguien a ejecutar algo o a desistir cuanto antes de llevarlo a cabo). Es decir, o continuar con el procedimiento, presentando el recurso de incumplimiento, o archivar el asunto. Lo que la Comisión Europea no puede hacer es tener abierto, sine día, un procedimiento de infracción, pues está generando una gran inseguridad jurídica.

Que la tardía resolución de los procedimientos de infracción puede originar graves perjuicios a los particulares que sufren la aplicación de normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión Europea y, asimismo, a los Estados miembros, pues se agrava su responsabilidad patrimonial en estos casos.

Que el ánimo de esta reclamación es que por la Comisión Europea se cumpla con el principio de buena administración en la tramitación de los procedimientos de infracción del Derecho de la Unión Europea; sin que pueda alegarse continuamente la facultad discrecional de la Comisión, que, en cualquier caso, debe ser compatible con el referido principio general del Derecho Administrativo de buena administración y con el de seguridad jurídica.»

El Defensor del Pueblo Europeo se dirigió a la Comisión, solicitándole un informe sobre la siguiente alegación y la siguiente demanda:

«Alegación:

Tras el envío de un dictamen motivado en el marco de un procedimiento de infracción contra España, la Comisión actuó indebidamente al no tomar medidas en un tiempo razonable, bien recurriendo al Tribunal de Justicia, bien archivando el expediente.

Demanda:

La Comisión debería recurrir al Tribunal de Justicia contra España o archivar el expediente.

He señalado a la Comisión que, en la carta que le envió el 1 de febrero de 2012, esta se refirió a sus poderes discrecionales en el marco de los procedimientos de infracción, que han sido recono-

cidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, esa carta no explica cuál es el estado actual del procedimiento en cuestión. Por ello, le he pedido a la Comisión que proporcione esta información en su informe.»

Sobre el último párrafo transcrito, no es ocioso citar a FERNÁNDEZ²³: «las autoridades públicas vienen siempre obligadas de forma inexcusable a exponer las razones de su decisión para que el público pueda ver en cualquier caso por qué esa decisión ha sido tomada y esas razones, cuya exposición ha de ser tanto más escrupulosa cuanto mayor sea la libertad de acción concedida por las normas aplicables, han de ser luego valoradas por los Tribunales, que podrán rechazar las decisiones administrativas en ellas basadas si encuentran que las razones en cuestión *are bad in law* o no son aceptables *in terms of our understanding of the World*».

V. COMISIÓN EUROPEA: «HACED LAS LEYES Y DEJADME EL PROCEDIMIENTO»

En el «Informe sobre el vigesimosexto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2008)»²⁴, de 22 de octubre de 2010, de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, puede leerse:

«11. Pide a la Comisión que proponga un "código de procedimiento" en forma de reglamento, sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE, que defina los distintos aspectos del procedimiento de infracción, incluidas notificaciones, plazos, el derecho a ser escuchado, la obligación de presentar las razones, etc., para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia; recuerda a la Comisión que su Comunicación de 2002 representa un importante punto de referencia para la elaboración de dicho "código de procedimiento";

12. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos inició recientemente un grupo de trabajo sobre el Derecho administrativo de la Unión Europea con el fin de examinar la viabilidad de su codificación y las repercusiones prácticas de un proyecto de esta naturaleza; considera que las conclusiones de este grupo de trabajo deben tenerse en cuenta cuando se debata sobre un código administrativo europeo;

13. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos adoptó recientemente, por unanimidad, un escrito en apoyo de la posición de un peticionario que defiende la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario para controlar y aplicar el Derecho de la Unión Europea que, a la vez que respete la discrecionalidad de la Comisión para decidir el momento y contra quién incoar un procedimiento, **restringiría dicha discrecionalidad para inscribirla en los límites de las buenas prácticas administrativas**²⁵;»

²³ «De la arbitrariedad de la Administración». ob. cit.

²⁴ [2010/2076(INI)]. Ponente Eva Lichtenberger.

²⁵ «La discrecionalidad puede ser un mal necesario en un gobierno moderno; pero una discrecionalidad absoluta unida a una absoluta falta de transparencia constituye algo fundamentalmente contrario a los principios del Estado de Derecho».

«EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El presente informe evalúa el control realizado por la Comisión de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en 2008. Centra su análisis en el Informe de evaluación de la Comisión de "Pilot UE", en el que la Comisión propone realizar un balance de los logros del proyecto "Pilot UE" transcurridos 22 meses desde se puesta en práctica. La Comisión plantea una serie de cuestiones importantes sobre el funcionamiento de "Pilot UE" y el papel de los ciudadanos en la garantía del respeto del Derecho de la Unión en el terreno y pide a la Comisión que facilite información pertinente para permitir la realización de un análisis sobre el valor añadido de "Pilot UE" en relación con los procedimientos de infracción vigentes²⁶. Además, la Comisión sugiere solicitar a la Comisión que proponga un "código de procedimiento" en relación con el procedimiento de infracción sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia.»

A raíz de dicho Informe, el *Parlamento Europeo*, en su sesión plenaria del 25 de noviembre de 2010, aprobó su

«Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre el vigesimosexto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2008)»

en la que puede leerse:

«El Parlamento Europeo,

(...)

11. Pide a la Comisión que proponga un "código de procedimiento" en forma de reglamento, sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE, que defina los distintos aspectos del procedimiento de infracción, incluidas notificaciones, plazos, el derecho a ser escuchado, la obligación de presentar las razones, etc., para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia; recuerda a la Comisión que su Comunicación de 2002 representa un importante punto de referencia para la elaboración de dicho "código de procedimiento";

12. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos inició recientemente un grupo de trabajo sobre el Derecho administrativo de la Unión Europea con el fin de examinar la viabilidad de su codificación y las repercusiones prácticas de un proyecto de esta naturaleza; considera que las conclusiones de este grupo de trabajo deben tenerse en cuenta cuando se debata sobre un código administrativo europeo;

Informe Frassoni sobre los vigesimoprimer y vigesimosegundo informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2003 y 2004) (2005/2150(INI). Exposición de motivos, p. 19.

²⁶ En el artículo de MELANIE SMITH titulado «Enforcement, monitoring, verification, outsourcing; the decline of the infringement process», publicado por *European Law Review* en 2008 en el vol. 33, pág. 777, se debaten ampliamente las preocupaciones del Parlamento en relación con el funcionamiento de «Pilot UE».

13. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos adoptó recientemente, por unanimidad, un escrito en apoyo de la posición de un peticionario que defiende la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario para controlar y aplicar el Derecho de la Unión Europea que, a la vez que respete la discrecionalidad de la Comisión para decidir el momento y contra quién incoa un procedimiento, **restringiría dicha discrecionalidad para inscribirla en los límites de las buenas prácticas administrativas**²⁷;

(...)

29. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución al Consejo y a la Comisión así como al Tribunal de Justicia, al Defensor del Pueblo Europeo y a los Parlamentos de los Estados miembros.»

El 6 de enero de 2012 remití al Presidente de la Comisión Europea, señor Barroso, el siguiente escrito:

«El 19 de octubre de 2010 le remití un informe sobre todo lo actuado por el Parlamento Europeo respecto a mi propuesta de regulación del procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea, solicitándole que por la Comisión Europea se tomara en consideración la misma y se tomara, asimismo, la iniciativa en este asunto.

El 26 de noviembre de 2010 se evacuó la respuesta (JNC/JIS/cp – SYBILA/6390) por el señor Nymand-Christensen, Director de la Dirección E de la Secretaría General de la Comisión Europea:

"La Comisión Europea ha seguido con gran interés la labor de la Comisión de Peticiones y de la Comisión de Asuntos Jurídicos en relación con dicha petición, centrada en la implantación de un código de procedimiento para el tratamiento de los casos de infracción por parte de la Comisión. Simultáneamente se ha creado un grupo de trabajo en el Parlamento Europeo para examinar la perspectiva general en relación con un código de aplicación del artículo 298 del TFUE.

Como los servicios de la Comisión acaban de comenzar a analizar este asunto, todavía no pueden apreciar claramente cuál podría ser el resultado final, sobre todo teniendo en cuenta que el proceso seguramente conlleve algunas consultas interinstitucionales acerca del alcance de los diferentes aspectos de la labor de cada una de las instituciones de la Unión Europea.

Asimismo, el planteamiento adecuado parece ser delimitar en primer lugar las grandes líneas del alcance y el contenido generales de una medida de tales características antes de examinar aspectos concretos como los mencionados por usted."

Transcurrido más de un año desde dicha Comunicación, le ruego me informe acerca de los trabajos realizados desde entonces por la Comisión sobre dicho asunto y sobre el estado actual de los trabajos.»

²⁷ «La discrecionalidad puede ser un mal necesario en un gobierno moderno; pero una discrecionalidad absoluta unida a una absoluta falta de transparencia constituye algo fundamentalmente contrario a los principios del Estado de Derecho». Informe Frassoni sobre los vigesimoprimer y vigesimosegundo informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2003 y 2004) [2005/2150(INI)]. Exposición de motivos, p. 19.

La Comisión Europea hace caso omiso al trabajo del Parlamento Europeo en sus desvelos por que se regule el procedimiento de infracción. La carta citada de 6 de enero de 2012 es contestada, en nombre del Presidente Barroso, por el señor Nymand Christensen, Director de la Dirección G de la Secretaría General de la Comisión Europea, el 16 de marzo de 2012 [D(2012) – Ares (2012) 311513]:

«El artículo 298 del TFUE es la base jurídica de un reglamento que pueda cubrir, en su caso, el conjunto de las instituciones, los organismos y las oficinas de la Unión Europea. Antes de recurrir a una nueva disposición jurídica, la Comisión sigue examinando los instrumentos vigentes, la jurisprudencia de la Unión Europea y las prácticas de los Estados miembros por si fueran necesarias nuevas medidas. La Comisión no tiene un calendario específico para presentar propuestas. Considera que el artículo 298 representa una posibilidad, no una obligación.

Déjeme recalcar que la Comisión está ya comprometida con los principios de una buena administración. Los aplica mediante su Código de Buen Comportamiento Administrativo, diversos instrumentos jurídicos intersectoriales –especialmente el Reglamento 1049/2001 relativo al acceso a documentos y el Reglamento 45/2001 relativo al tratamiento de los datos personales–, que se aplica a todas las instituciones y organismos de la Unión Europea, y mediante normativas específicas para sectores como la competencia o los contratos públicos. Las demás instituciones de la Unión Europea han adoptado para su administración códigos de buen comportamiento administrativo. Por último, cabe decir que todas las instituciones de la Unión Europea están obligadas a respetar el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (derecho a una buena administración).

Por su parte, el procedimiento de infracción forma parte de la facultad otorgada directamente a la Comisión en virtud de los artículos 258 y 260 del TFUE. La jurisprudencia ha confirmado que es prerrogativa de la Comisión, sujeta únicamente a la autoridad del Tribunal de Justicia, organizar el modo de administrar los procedimientos de infracción y el trabajo que estos acarrearán para garantizar una aplicación correcta del Derecho de la Unión Europea. Por estas razones, ninguna ley eventual basada en el artículo 298 del TFUE podrá regular las responsabilidades específicas que en esta materia confieren directamente los Tratados a la Comisión (sic).

En mi última carta, recordaba las garantías y los criterios fijados por la Comisión en la materia en diversos documentos. Ahora querría solo destacar las específicas y amplias garantías administrativas incluidas en la Comunicación sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario [COM (2002) 141 final]. Dada las especiales prerrogativas que otorgan los Tratados a la Comisión, estos documentos constituyen el instrumento adecuado para encuadrar la práctica administrativa de la Comisión en la materia.»

De lo anterior, aparte de constituir una auténtica barbaridad jurídica, se deduce una clara intención por parte de la Comisión Europea de huir del procedimiento administrativo reglado. Buena prueba de ello es lo que hace con el procedimiento de infracción y ejemplo paradigmático es el expediente de infracción 2002/2315 (*Comisión vs. España*), que lleva abierto casi **10 años**, lo que genera gran inseguridad jurídica y constituye un caso patente de mala administración. Estos casos se producen, precisamente, por no estar debidamente regulado el procedimiento de infrac-

ción, ya que permiten a la Comisión Europea *hacer de su capa un sayo*, e incurrir en auténtica arbitrariedad administrativa.

El mismo caso omiso que hace la Comisión Europea al Parlamento lo hace respecto del Defensor del Pueblo Europeo. Así, en la Publicación del Defensor «Código Europeo de Buena Conducta Administrativa» (2005), puede leerse lo siguiente:

«Un Derecho administrativo europeo.

Tras la aprobación del Código, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión Europea que propusiera un reglamento en el que estuvieran incluidas las obligaciones contenidas en aquel. Se consideraba que un reglamento resaltaría el carácter vinculante de las reglas y principios en él contenidos, que se aplicarían, por otra parte, de manera uniforme y consistente por todas las instituciones y órganos de la Unión Europea, promoviendo así la transparencia.

Este objetivo puede ser alcanzado mejor ahora sobre la base de la propuesta de la Comisión de un Derecho europeo sobre la buena administración. El artículo III-398 de la Constitución provee la base legal para dicho Derecho. En él se establece que:

"En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente.

Dentro del respeto al Estatuto y al régimen adoptados con arreglo al artículo III-427, la ley europea establecerá las disposiciones a tal efecto."

El Defensor del Pueblo continuará defendiendo el valor añadido de transformar el Código en Derecho europeo. Con ello se eliminaría la confusión actual resultante de la existencia paralela de diferentes Códigos en la mayoría de las instituciones y órganos de la Unión Europea, y se aseguraría la aplicación de los mismos principios básicos por parte de todas las instituciones y órganos en sus relaciones con los ciudadanos, haciendo que tanto ciudadanos como funcionarios fuesen conscientes de la importancia de dichos principios.»

El 24 de marzo de 2012 puse en conocimiento de la Comisión de Peticiones la postura de la Comisión Europea reflejada en su escrito de 16 de marzo de 2012, solicitando al Parlamento Europeo:

«Que por el Parlamento Europeo se intime a la Comisión Europea para que proponga un "código de procedimiento" en forma de reglamento, sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE, que defina los distintos aspectos del procedimiento de infracción, incluidas notificaciones, plazos, el derecho a ser escuchado, la obligación de presentar las razones, etc., para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia.

Que traslade el presente escrito a la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo.»

VI. CONCLUSIÓN

Como se ha visto, amparándose en una añeja jurisprudencia del TJUE, la Comisión señala –en cada ocasión que se le presenta– que dispone de una *facultad discrecional* en cuanto a la incoación, seguimiento y resolución del denominado procedimiento de infracción para el control de la aplicación del Derecho comunitario.

A mi juicio, la Comisión ejerce en este ámbito una *potestad reglada* y el margen de discrecionalidad que pueda ejercer tiene como límites principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea, como son los de seguridad jurídica, buena administración e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y siempre con sometimiento pleno al Derecho de la Unión Europea, en su función de *guardiana de los Tratados*.

La Comisión Europea no puede tener abierto, sine día, un procedimiento de infracción. En base a los referidos principios debe «herrar, o quitar el banco».

Se olvida que el ordenamiento comunitario confiere derechos a los particulares y que las dilaciones indebidas en el control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea pueden causar perjuicios a los mismos, por la tardía depuración de los incumplimientos de los Estados miembros.

En la resolución del caso comentado en el presente estudio, el Defensor del Pueblo Europeo, que en el ejercicio habitual de sus funciones examina la conducta de la Comisión Europea en los procedimientos administrativos, debe dilucidar si a la luz del actual Derecho de la Unión Europea y en lo que respecta a los procedimientos de infracción, la Comisión puede *hacer de su capa un sayo* –es decir, actuar con absoluta libertad, sin dar cuentas a nadie de su potestad– o, más bien, debe *metérsela en vereda*, coadyuvando a establecer una nueva doctrina que limite ese pretendido *poder discrecional*, que ha de sujetarse a los principios de la Unión Europea antes señalados, so pena de caer en la arbitrariedad.