

LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA DEL ECOFIN EN LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR DÉFICIT EXCESIVO

Reflexiones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia
de 13 de julio de 2004 (*)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO POR DÉFICIT EXCESIVO CONTRA FRANCIA Y ALEMANIA.—III. LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DE LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE NO ADOPTAR LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 104 CE, APARTADOS 8 Y 9: 1. *La cuestión relativa a la discrecionalidad del Consejo a la hora de adoptar las sucesivas etapas que conforman el procedimiento por déficit excesivo.* 2. *Algunas claves en relación a cuál podría ser la posición del Tribunal de Justicia en un futuro.*—IV. LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DE LAS CONCLUSIONES DEL CONSEJO.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (1) resolvió el recurso de anulación presentado por la Comisión frente a la suspensión de sendos procedimientos por déficit excesivo que se estaban aplicando a Francia y Alemania. Esta sentencia ha supuesto aparentemente un cierto reforzamiento de la Comisión en la medi-

(*) Este estudio se ha realizado en el marco del programa de investigación «Quince años de derecho comunitario en España», Ref. BJU2003-06542 dirigido por el Prof. Dr. Manuel Ballbé i Mallol.

(1) Sentencia de 13 de julio de 2004, en el asunto C-27/04, Comisión de las Comunidades Europeas c. Consejo de la Unión Europea.

da en que anula las Conclusiones del Consejo de 25 de noviembre de 2003 que declaraban suspensos los procedimientos por déficit excesivo y modificaban las recomendaciones adoptadas anteriormente por el Consejo con arreglo al artículo 104.7 del Tratado CE.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio ha dejado abierta y sin respuesta la que se puede considerar que era la cuestión principal en disputa; la cuestión relativa a si el Consejo está o no jurídicamente obligado a continuar con la adopción de las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo cuando el Estado infractor no cumple con las recomendaciones ya aprobadas por el Consejo con vistas a poner fin a esa situación de déficit en un plazo determinado.

De la respuesta que se dé a tal cuestión depende en buena medida la propia eficacia del instrumento esencial que garantiza los objetivos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: el procedimiento por déficit excesivo.

En efecto, el procedimiento por déficit excesivo, reglamentado en el artículo 104 del Tratado CE, es un instrumento clave para garantizar la consecución de los objetivos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (2). Este Pacto nació con la intención de mantener, por parte de los Estados miembros, el compromiso de reducción del déficit público y la deuda pública que había posibilitado la convergencia y la instauración del euro y que tiene como objetivo final conseguir y mantener la confianza en el euro a través del mantenimiento de unas cuentas públicas saneadas (3).

El Pacto de Estabilidad pretende ser algo más que un mero compromiso político entre los Estados miembros, pues para garantizar su objetivo de mantenimiento de unas cuentas públicas saneadas ha previsto un procedimiento por etapas, el denominado procedimiento por déficit excesivo, que puede, incluso, dar lugar a la imposición de sanciones sobre el Estado infractor.

(2) El Pacto de Estabilidad y Crecimiento lo conforman una serie de actos entre los que destacan la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Ámsterdam, 17 de junio de 1997) [Diario Oficial C 236 de 2-8-1997]; el Reglamento (CE) núm. 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo [Diario Oficial L 209 de 2-8-1997]; y el Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas [Diario Oficial L 209 de 2-8-1997].

(3) El Pacto pretende evitar que las políticas fiscales, todavía de carácter nacional, entren en clara contradicción con los objetivos de la política monetaria fijada por el Banco Central Europeo de mantenimiento de la estabilidad de los precios. Los elementos esenciales del Pacto de Estabilidad y Crecimiento consisten en el compromiso de los Estados miembros de mantener a corto plazo un déficit público inferior al 3 por 100 del PIB y a medio y largo plazo un déficit público cercano al equilibrio o al superávit y el compromiso de no rebasar el límite del 60 por 100 del PIB en deuda pública.

De admitirse la discrecionalidad política del Consejo a la hora de adoptar las sucesivas fases que forman el procedimiento por déficit excesivo, las garantías jurídicas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento quedan en alguna medida devaluadas, pues los mecanismos disuasores que se establecen frente a la infracción dependería para su aplicación de una voluntad política.

Por ello desde determinados sectores políticos y doctrinales se ha defendido que la aplicación de las sucesivas fases del procedimiento por déficit excesivo no puede quedar al albur de la voluntad política del Consejo, sino que el propio Consejo se encuentra vinculado por los preceptos del Tratado y de las normas que el mismo Consejo se ha dado y que buscan garantizar los objetivos del Pacto de Estabilidad. Desde esta perspectiva, la lógica del sistema y el propio efecto útil de los preceptos del Tratado que regulan la materia, exigen que la aplicación del procedimiento por déficit excesivo no pueda quedar al arbitrio del Consejo.

En todo caso, en el trasfondo de la disputa concreta entre la Comisión y el Consejo que concluyó con la sentencia de 13 de julio de 2004 latía una suelta desigualdad en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo que se habría producido como consecuencia de la no adopción por el Consejo en noviembre de 2003 de los sucesivos pasos del procedimiento frente precisamente a dos de los grandes, Francia y Alemania, que habían incumplido las recomendaciones que había efectuado el propio Consejo. Ello suponía, en la práctica, una «generosa» suspensión del procedimiento por déficit excesivo que, sin embargo, se sospecha que no se habría producido en el caso de haberse tratado de otros Estados miembros infractores con un menor peso político en la Unión (4). Para el Presidente de la Comisión Romano Prodi únicamente «un sistema fundado sobre reglas, es la mejor garantía de que todos los países sean tratados de la misma manera».

II. EL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO POR DÉFICIT EXCESIVO CONTRA FRANCIA Y ALEMANIA

En el año 2003, el Consejo, de acuerdo con el artículo 104, apartado 6, del Tratado CE, por mayoría cualificada y sobre la base de sendas recomen-

(4) Países pequeños como Holanda y Austria han acusado al Consejo de trato desigual comparando, por ejemplo, el trato dado a Portugal con el dado a Francia y Alemania.

(5) En todo el procedimiento de déficit excesivo la Comisión somete al Consejo recomendaciones y no propuestas en el sentido del artículo 250 CE. Ello supone que el Consejo, basándose en una apreciación diferente de los datos económicos pertinentes, de las medidas que se deben adoptar y del calendario que ha de respetar el Estado miembro afectado, puede modificar el acto recomendado por la Comisión si se reúne la mayoría necesaria para la adopción de dicho acto sin que sea necesaria la unanimidad.

daciones de la Comisión (5), consideró que existía un déficit excesivo en Alemania y Francia (6).

Asimismo, el Consejo, de acuerdo con el artículo 104, apartado 7, del Tratado CE, dirigió a dichos Estados miembros recomendaciones con vistas a poner fin a esta situación en un plazo determinado (7).

En el caso alemán el Consejo, en aplicación del artículo 104, apartado 6, del Tratado CE, sobre la base de una recomendación de la Comisión, resolvió mediante la Decisión 2003/89/CE, de 21 de enero de 2003 que en este Estado miembro existía un déficit excesivo. De conformidad con el artículo 104 CE, apartado 7, y con el artículo 3, apartado 4, del Reglamento núm. 1467/97, el Consejo recomendó al Gobierno alemán que pusiera fin a este déficit lo antes posible mediante la aplicación de diversas medidas en un plazo determinado (8).

En el caso francés el Consejo, en aplicación del artículo 104, apartado 6, resolvió mediante la Decisión 2003/487/CE, de 3 de junio de 2003, que en este Estado miembro existía un déficit excesivo. Asimismo, de conformidad con el artículo 104 CE, apartado 7, y con el artículo 3, apartado 4, del Reglamento núm. 1467/97, el Consejo recomendó al Gobierno francés que pusiera fin a este déficit lo antes posible mediante la aplicación de diversas medidas en un plazo determinado (9).

En noviembre de 2003 la Comisión consideró que las medidas adoptadas por la República Federal de Alemania para seguir las recomendaciones que le había dirigido el Consejo con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, en enero de 2003 eran inadecuadas. Por ello, el 18 de noviembre de 2003, la Comisión realizó al Consejo una recomendación de Decisión con arreglo al artículo 104 CE, apartado 8, con el fin de que declarase que las medidas

(6) El apartado 6 del artículo 104 del TCE establece que: «El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, considerando las posibles observaciones que formule el Estado miembro de que se trate, y tras una valoración global, decidirá si existe un déficit excesivo».

(7) El apartado 7 del artículo 104 del TCE establece que: «Cuando, de conformidad con el apartado 6, el Consejo decida declarar la existencia de un déficit excesivo, dirigirá al Estado miembro de que se trate recomendaciones con vistas a poner fin a esta situación en un plazo determinado. Salvo lo dispuesto en el apartado 8, dichas recomendaciones no se harán públicas».

(8) El Consejo fijó en el 21 de mayo de 2003 el final del plazo para adoptar las medidas recomendadas. Puesto que *en ese momento* las medidas adoptadas por la República Federal de Alemania se consideraron eficaces, quedó suspendido tácitamente el procedimiento por déficit excesivo. Sin embargo, tal y como desarrollaremos a continuación, a pesar de que en mayo las medidas adoptadas por Alemania se consideraron eficaces en un momento posterior, en noviembre, la Comisión consideró que las medidas adoptadas por aquel país eran inadecuadas.

(9) El Consejo fijó en el 3 de octubre de 2003 el final del plazo para adoptar las medidas necesarias.

adoptadas por la República Federal de Alemania para poner remedio a la situación de déficit excesivo eran insuficientes (10).

Asimismo, la Comisión recomendó al Consejo que, de conformidad con el artículo 104 CE, apartado 9, formulase una advertencia a la República Federal de Alemania para que adoptase las medidas dirigidas a la reducción del déficit.

En octubre de 2003 la Comisión, con arreglo al artículo 104 CE, apartado 8 (11), dirigió al Consejo una recomendación de Decisión con el fin de que declarase que Francia no había adoptado ninguna medida efectiva en respuesta a las recomendaciones formuladas por el Consejo con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7 (12).

Igualmente la Comisión recomendó al Consejo que, de conformidad con el artículo 104 CE, apartado 9, formulase una advertencia a la República francesa para que adoptase las medidas dirigidas a la reducción del déficit (13). La advertencia prevista en el artículo 104.9 constituye el paso previo a la imposición de sanciones prevista en el apartado 10 del artículo 104.

En su sesión de 25 de noviembre de 2003, el Consejo entró a considerar mediante votación las recomendaciones de Decisiones presentadas por la Comisión con arreglo al artículo 104 CE, apartados 8 y 9 del TCE, relativas a Francia y a Alemania. Como no se alcanzó la mayoría necesaria, dos tercios de los votos de los miembros del Consejo, excluidos los votos del representante del Estado miembro infractor, las Decisiones no fueron adoptadas (14).

Sin embargo, al tiempo que no se adoptaban las recomendaciones de Decisión presentadas por la Comisión, el propio día 25 de noviembre el Consejo adoptó unas «Conclusiones» sustancialmente similares en relación con cada uno de los dos Estados miembros afectados.

Mediante tales Conclusiones el Consejo formuló nuevas recomendaciones a los Estados miembros afectados y afirmó en su apartado 5, que «a la

(10) Recomendación de Decisión de 18 de noviembre de 2003.

(11) El apartado 8 del artículo 104 del TCE establece que «cuando el Consejo compruebe que no se han seguido efectivamente sus recomendaciones en el plazo fijado, el Consejo podrá hacerlas públicas».

(12) Recomendación de Decisión de 8 de octubre de 2003.

(13) El apartado 9 del artículo 104 del TCE establece que «si un Estado miembro persistiere en no llevar a efecto las recomendaciones del Consejo, éste podrá decidir que se formule una advertencia a dicho Estado miembro para que adopte, en un plazo determinado, las medidas dirigidas a la reducción del déficit que el Consejo considere necesaria para poner remedio a la situación».

En tal caso, el Consejo podrá exigir al Estado miembro de que se trate la presentación de informes con arreglo a un calendario específico para examinar los esfuerzos de ajuste de dicho Estado miembro».

(14) Austria, España, Finlandia y Holanda votaron a favor de la recomendación de la Comisión.

luz de las [nuevas] recomendaciones y de los compromisos [del Estado miembro afectado] antes expuestos, el Consejo ha decidido no actuar, por el momento, sobre la base de una recomendación de Decisión del Consejo con arreglo al apartado 9 del artículo 104 de la Comisión».

En el apartado 6 de las Conclusiones se afirma que «el Consejo está dispuesto a tomar una decisión con arreglo al apartado 9 del artículo 104, basándose en una recomendación de la Comisión, si [el Estado miembro afectado] no actuara con arreglo a los compromisos establecidos en las presentes conclusiones».

En enero de 2004 el Comisario de Asuntos Económicos, Pedro Solbes, afirmó que la Comisión consideraba que la decisión del Ecofin de 25 de noviembre «se salía del espíritu y de la letra del Tratado y del Pacto de Estabilidad» (15). Pocos días después la Comisión interpuso un recurso de anulación con arreglo al artículo 230 TCE en el que solicitaba al Tribunal de Justicia:

— por una parte, que anulara las decisiones del Consejo de no adoptar, en relación con la República Francesa y la República Federal de Alemania, los instrumentos formales contenidos en las recomendaciones de la Comisión con arreglo al artículo 104, apartados 8 y 9.

— y, por otra, que anulara las Conclusiones del Consejo, por cuanto implicaban la suspensión del procedimiento de déficit excesivo y la modificación de las recomendaciones que ya habían sido aprobadas por el Consejo en virtud del artículo 104 CE, apartado 7 (16).

Consideraremos por separado ambas solicitudes de la Comisión (apartados III y IV).

III. LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DE LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE NO ADOPTAR LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 104 CE, APARTADOS 8 Y 9

La solicitud de anulación de la Comisión de la decisión del Consejo de no adoptar las recomendaciones de la Comisión realizadas con arreglo al artículo 104 CE, apartados 8 y 9 se fundamentaba en que, al negarse el Consejo a adoptar las recomendaciones de la Comisión, el Consejo decidió, si bien de forma implícita, la paralización del procedimiento de déficit excesivo sin que los Estados miembros hubiesen cumplido con las recomendaciones

(15) Diario «El Mundo» de jueves 8 de enero de 2004.

(16) Escrito de la Comisión presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 27 de enero de 2004.

aprobadas por el propio Consejo conforme al artículo 104, apartado 7. La ausencia de una mayoría suficiente en el Consejo a la hora de adoptar las ulteriores fases del procedimiento por déficit excesivo habría provocado la paralización del mismo.

El nudo gordiano de la cuestión que debió resolver el Tribunal de Justicia es si el Consejo está obligado jurídicamente a adoptar una decisión, sobre la base de una recomendación de la Comisión, con arreglo al artículo 104, apartados 8 y 9, cuando un Estado miembro persista en no seguir las recomendaciones del Consejo realizadas con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7. En definitiva, la cuestión radica en determinar si el Consejo, una vez que el mismo ha determinado previamente la existencia de un déficit excesivo conforme al artículo 104.6 y ha establecido unas recomendaciones conforme al artículo 104.7 con vistas a poner fin a dicha situación de déficit excesivo en un plazo determinado, está jurídicamente obligado a continuar con los sucesivos pasos que conforman el procedimiento de déficit excesivo cuando el Estado infractor no cumple dentro de plazo con aquellas recomendaciones.

Sin embargo, el Tribunal elude pronunciarse sobre esta cuestión fundamental amparándose en un argumento de carácter puramente procesal.

En efecto, para el Tribunal de Justicia, la pretensión de la Comisión de que se anule la no adopción por el Consejo de sus recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartados 8 y 9 es inadmisibles tal y como se ha presentado, puesto que la no adopción por el Consejo de tales recomendaciones, como consecuencia de no haberse logrado la mayoría necesaria, no da lugar a un acto o decisión impugnables vía recurso de anulación (artículo 230 TCE) sino que en todo caso daría lugar a una omisión impugnables vía recurso por omisión (artículo 232 TCE) (17).

Si bien el Tribunal de Justicia declara la inadmisibilidad del recurso, en la medida en que se ha presentado como recurso de anulación, el propio Tribunal considera explícitamente que su decisión de inadmitir no prejuzga el fondo del asunto al afirmar, en un momento de la sentencia, que «el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la cuestión de si, con arreglo al artículo 104 CE, apartado 9, *el Consejo podría estar obligado a adoptar una decisión* cuando el Estado miembro persista en no seguir sus recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, cuestión sobre la que no ha de pronunciarse en el marco del presente procedimiento» (18).

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004 no pacifica aquella cuestión esencial al eludir entrar a esclarecer el fondo de la mis-

(17) Apartados 29 y ss.

(18) Apartado 90.

ma por una razón de carácter procesal. El propio Tribunal deja, sin embargo, abierta la posibilidad de resolver esta cuestión si se le plantease correctamente en el futuro. Lo cual podría producirse si se llegara a presentar en su momento un recurso por omisión, tal y como el propio Tribunal parece sugerir (19).

Sin embargo, si bien el Tribunal de Justicia aparentemente rechaza pronunciarse acerca de la que consideramos que es la cuestión principal del litigio —la relativa a si el Consejo podría estar jurídicamente obligado a adoptar los sucesivos pasos del procedimiento por déficit excesivo— a lo largo de la sentencia se dejan entrever algunas claves sobre cómo podría resolver el Tribunal la cuestión si se le plantease en el futuro

Antes de referirnos a estas claves se hace necesario analizar con algo más de detenimiento la cuestión controvertida y las contradictorias soluciones posibles para su resolución.

1. *La cuestión relativa a la discrecionalidad del Consejo a la hora de adoptar las sucesivas etapas que conforman el procedimiento por déficit excesivo*

Desde el punto de vista del propio Consejo, éste no estaría obligado a adoptar las recomendaciones de la Comisión realizadas con arreglo a los artículos 104.8 y 104.9. En efecto, el Consejo considera que no está obligado a adoptar una decisión expresa y vinculante desde el punto de vista jurídico pues goza de discrecionalidad política a la hora de adoptar las decisiones de aplicación de las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo.

Tal interpretación jurídica puede ser fundamentada en dos argumentos:

En primer lugar en la propia dicción del artículo 104 del Tratado CE. En efecto, el artículo 104, apartados 8 y 9, parece ir en la línea de reconocer tal discrecionalidad política al Consejo a la hora de decidir aplicar las sucesivas fases del procedimiento de déficit excesivo. El Tratado CE utiliza el verbo «podrá» a la hora de referirse a las facultades que tiene el Consejo en la adopción de los pasos que conforman aquel procedimiento, lo cual puede ser interpretado en el sentido de que el Consejo puede adoptarlos, pero también en el de que puede no hacerlo.

(19) Recordemos que previamente a la interposición de un recurso por omisión se debe requerir a la Institución para que actúe, de acuerdo con lo establecido por el párrafo 2 del art. 232 TCE.

En segundo lugar en que el propio Tratado CE, en su artículo 104.13, al someter la aprobación de los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo a la necesidad de contar en el Consejo con una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros del Consejo, excluidos los votos del Estado infractor, parece consentir la posibilidad de que no se adopten los sucesivos pasos si no se cuenta con una mayoría política suficiente.

Ambos argumentos supondrían la afirmación de la discrecionalidad política del Consejo a la hora de adoptar los sucesivos pasos del procedimiento por déficit excesivo.

Sin embargo, tales argumentos no son necesariamente concluyentes, puesto que cabe realizar una interpretación en contrario del artículo 104, precisamente en la línea de considerar que sí establece una obligación jurídica del Consejo a la hora de decidir adoptar los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo.

En efecto, en lo que se refiere al argumento relativo a la utilización del término «podrá» hemos de recordar la interpretación institucional y sistemática que realizó, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo del mismo término recogido en el antigua Ley del Procedimiento Administrativo.

El artículo 109 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958 establecía que «la Administración *podrá*, en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado (...) declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47». La jurisprudencia del Tribunal Supremo en un primer momento interpretó el término «podrá» como atributivo de una facultad discrecional de la Administración. Ello suponía que ésta podía archivar discrecionalmente la petición de revisión de un particular si entendía que carecía de fundamento. Sin embargo, a partir de 1965 se revoca tal jurisprudencia al considerarse que del artículo 109 se deriva una auténtica acción de nulidad para excitar la actividad de la Administración, la cual debe resolver sobre el fondo de lo solicitado, pudiendo su resolución ser fiscalizada en vía contenciosa. A pesar del tenor literal de la norma («podrá») la Administración no actúa en este caso con poderes discrecionales, ni mucho menos a su libre arbitrio (20). La interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se basaba en un entendimiento que podemos considerar institucional y sistemático del precepto. Entendimiento que justifica que un vicio tan grave como la nulidad deba ser corregido por la Administración que no sólo podrá sino que deberá ir incluso contra sus propios actos.

Tal interpretación institucional y sistemática es la que se debe hacer en el caso del término «podrá» utilizado en el artículo 104 del Tratado CE. Inter-

(20) STS de 30 de noviembre de 1984, Ar. 6560.

pretación en la línea de considerar que el Consejo no puede tampoco actuar a su libre arbitrio y que por tanto la propia función que cumple el procedimiento de déficit excesivo, la de garantizar la observancia de manera igual por todos los Estados miembros de los objetivos del Pacto de Estabilidad, justifica una interpretación del precepto que excluya la discrecionalidad.

En relación con lo anterior el Consejo estaría obligado jurídicamente a adoptar los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo ya que lo contrario supondría dejar al libre arbitrio del órgano sancionador la decisión de aplicar un procedimiento que en último extremo puede llevar aparejado la imposición de sanciones (21).

En efecto, se hace necesario recordar que el procedimiento por déficit excesivo puede llegar a concluir con la imposición de sanciones sobre el Estado infractor. Atribuir discrecionalidad al órgano encargado de imponer las sanciones, al Consejo, implica la posibilidad de que en virtud de consideraciones estrictamente políticas a unos Estados infractores se les sancione y a otros no, lo cuál choca frontalmente con el mismo principio de legalidad sancionador. Tal y como afirmaba Pedro Solbes, Comisario de Asuntos Económicos en aquellos momentos, «el Tratado y el Pacto considerados conjuntamente son la garantía de la igualdad de trato entre Estados miembros» (22).

Nuestra jurisprudencia constitucional ha afirmado que se incumple el principio de legalidad sancionador y las exigencias de seguridad jurídica cuando los tipos de infracción son formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces (23). En el caso del procedimiento por déficit excesivo este no es el problema pues la «tipicidad» está perfectamente determinada y nunca se ha puesto en duda que Francia y Alemania hubiesen incumplido, lo que ocurre es que el Consejo pretende que la aplicación o inaplicación de las sanciones que llevan aparejadas los tipos dependa de una decisión libre y arbitraria del propio Consejo.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, ha considerado que «el establecimiento de la correspondencia entre los ilícitos y las sanciones puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial y admi-

(21) Ciertamente en el procedimiento frente a Francia y Alemania nos encontrábamos en un momento previo a la imposición de las sanciones, pero la recomendación de advertencia de la Comisión que no es adoptada por el Consejo es el paso previo a la imposición de aquéllas.

(22) P. SOLBES: «Francia y Alemania deben cumplir», *ABC*, 19 de noviembre de 2003.

(23) Sentencia del Tribunal Constitucional 105/88, de 8 de junio, FJ 2. En relación con la legalidad penal.

nistrativa, pero *en modo alguno puede quedar encomendado por entero a ella*» (24). De aceptarse tal discrecionalidad en el establecimiento de la correspondencia entre los ilícitos y las sanciones se vulneraría el derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

De un modo análogo la aceptación de la discrecionalidad política del Consejo a la hora de adoptar las sucesivas fases del procedimiento por déficit excesivo supondría poner en cuestión el principio de legalidad sancionador que se puede considerar consagrado en el derecho comunitario (25).

Es por tanto posible afirmar que desde una lógica institucional y funcional de garantía de la igualdad de trato se debe excluir una interpretación del término «podrá» recogido en el artículo 104 del Tratado que suponga la discrecionalidad política del Consejo a la hora de adoptar los sucesivos pasos del procedimiento por déficit excesivo.

En lo que se refiere al argumento que sustenta la existencia de una discrecionalidad política del Consejo en la necesidad de contar con una mayoría suficiente en el mismo para adoptar los sucesivos pasos del procedimiento por déficit excesivo, es posible oponer una interpretación igualmente sistemática que se podría sustentar, por ejemplo, en algunos de los argumentos dados por nuestro Tribunal Constitucional en relación a la concesión de los suplicatorios por las Cámaras (26).

En efecto, de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deriva que el hecho de que la autorización para poder inculpar penalmente a un parlamentario se atribuya a la Cámara respectiva mediante la pertinente votación en el pleno no es obstáculo para considerar que no existe en la adopción de tal acto una libre voluntad política de la Cámara. De forma parecida, la atribución al Consejo de la capacidad de decidir por mayoría cualificada la adopción de las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo no supondría que la adopción de tales decisiones sea un puro acto de voluntad política.

Guardando las necesarias cautelas a la hora de comparar supuestos en buena medida distintos, es posible, sin embargo, recordar cómo nuestro Tribunal Constitucional, realizando una interpretación institucional, ha negado que la concesión del suplicatorio por las Cámaras constituya en el ordena-

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3.

(25) El principio de legalidad penal o sancionador se consagra en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y está consagrado en las tradiciones de los Estados miembros y por tanto se puede considerar un derecho radicado en los principios generales del derecho comunitario.

(26) SSTC 90/1985 de 22 de julio, 92/1985 de 24 de julio entre otras.

miento español un puro acto de voluntad política. Ciertamente nuestra Constitución atribuye a cada Cámara la facultad de conceder la autorización para poder inculpar a una Diputado o un Senador, facultad que constituye una garantía de la inmunidad que la propia Constitución reconoce a los parlamentarios (27). Autorización que se realiza a través de una votación en el Pleno de la Cámara respectiva (28). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha aceptado el argumento que mantiene la imposibilidad de revisar la decisión de denegación de un suplicatorio desde una instancia jurisdiccional y ello a pesar de que la decisión de autorizar o no, se remite a la necesidad de contar con una mayoría parlamentaria suficiente.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la facultad que se le otorga a las Cámaras debe ser utilizada para los fines que le son propios y ha afirmado que la amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede ser de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La denegación de una autorización debe ser conforme con esta finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y por ello la denegación puede ser revisada por el propio Tribunal Constitucional para constatar que ello se cumple (29). El hecho de que la Constitución haya atribuido a las Cámaras la facultad de conceder, mediante votación, la autorización para inculpar a un parlamentario no supone que la adopción de la decisión de autorizar o no autorizar sea un puro acto de voluntad política.

En el caso que se plantea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la facultad que se le atribuye al Consejo de adoptar los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo debería ser asimismo utilizada para los fines que le son propios, lo cual implicaría que no se puede considerar que la atribución de la facultad de adoptar mediante votación las sucesivas fases que forman el procedimiento suponga el reconocimiento al Consejo de un puro acto de voluntad política.

(27) Art. 71.2 de la Constitución.

(28) Art. 13.3 del Reglamento del Congreso de los Diputados y artículo 22 del Reglamento del Senado.

(29) El Tribunal Constitucional habría establecido su competencia para revisar las denegaciones de suplicatorios con la finalidad de comprobar que aquellas no vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello no supone vaciar totalmente de contenido la inmunidad parlamentaria y su garantía por la propia Cámara a través de su facultad de autorización pues el Tribunal Constitucional reconoce que el control que le corresponde realizar no puede llevar a revisar o a sustituir la valoración de la Cámara, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales. STC 90/1985, de 22 de julio.

La atribución de la facultad de adoptar mediante votación los sucesivos pasos del procedimiento por déficit excesivo se puede interpretar de manera sistemática en la línea de considerar que lo que se atribuye al Consejo es la capacidad mediante votación de comprobar si se dan las condiciones para adoptar los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo, pues es posible que frente a la lectura de la realidad económica que realiza la Comisión, el Consejo tenga otra lectura de los datos económicos. Ahora bien, lo que no cabría es que el Consejo, una vez ha admitido que se dan las condiciones para adoptar los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo, no adopte tales pasos. La necesidad de contar con una mayoría suficiente en el Consejo no sería una atribución de discrecionalidad al Consejo a la hora de decidir adoptar los sucesivos pasos que forman el procedimiento por déficit excesivo, sino únicamente la atribución de la capacidad al Consejo de poder apreciar la realidad económica de manera distinta a la Comisión.

En este punto, se hace necesario subrayar que el hecho de considerar que el Consejo está jurídicamente obligado a continuar con los sucesivos pasos que conforman el procedimiento de déficit excesivo, no supone necesariamente negar que el Consejo disponga de un margen de apreciación a la hora de decidir adoptar las sucesivas fases de tal procedimiento.

En efecto, el Consejo puede, basándose en una apreciación diferente (a la de la Comisión) de los datos económicos pertinentes, no adoptar o modificar un acto recomendado por la Comisión bien no reuniendo la mayoría necesaria para adoptarlo o reuniendo la mayoría necesaria para modificarlo (30).

Así, en el caso que ha sido resuelto por la sentencia de 13 de julio, la Comisión había realizado una recomendación de Decisión, de acuerdo con los apartados 8 y 9 del artículo 104, al considerar que los Estados infractores, Francia y Alemania, no habían seguido efectivamente las recomendaciones del Consejo. El Consejo tendría un margen de apreciación para considerar que los Estados infractores, frente a lo que sostenía la Comisión, sí que habían seguido efectivamente sus recomendaciones y por tanto podría decidir no adoptar las medidas propuestas por la Comisión.

Ahora bien, en el caso que estamos analizando, el Consejo no discutió que se había producido un incumplimiento por los Estados miembros de las recomendaciones realizadas por el Consejo en virtud del apartado 7 del artículo 104, y lo que hizo fue simplemente no adoptar las fases subsiguientes del procedimiento por déficit excesivo. Lo que no podría hacer el Consejo es, teniendo una apreciación de los datos económicos análoga a la de la Co-

(30) Recordemos que la Comisión le somete al Consejo recomendaciones y no propuestas en el sentido del artículo 250 CE. Ver nota 5.

misión y cumpliéndose las condiciones para adoptar las fases subsiguientes, dejar simplemente de adoptar una fase ulterior del procedimiento por déficit excesivo. Desde esta perspectiva, el Consejo dispone de un margen de apreciación en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo en tanto en cuanto puede valorar de manera distinta los datos económicos que le presenta la Comisión, ahora bien lo que no puede es decidir libremente si aplica o no los sucesivos pasos que conforman aquel procedimiento pues ello sería contrario a la finalidad que el procedimiento por déficit excesivo persigue que es la garantía de la estabilidad presupuestaria.

En todo caso, para determinar cuál es el margen de apreciación del Consejo a la hora de aplicar las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo, es necesario considerar, además del propio artículo 104 del Tratado CE, las normas comunitarias que concretan y desarrollan tal precepto y que constituyen lo que se ha denominado el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

En efecto, las normas establecidas en el artículo 104 del Tratado CE han sido precisadas y reforzadas mediante el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, constituido, fundamentalmente, por la Resolución del Consejo Europeo de 17 de junio de 1997 sin carácter normativo (31) y por el Reglamento núm. 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (32).

El Consejo Europeo adoptó en Ámsterdam el 17 de junio de 1997 su Resolución sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (DOCE C 236, de 2 de agosto de 1997, pág. 1) donde se establecían orientaciones dirigidas a los Estados miembros, a la Comisión y al Consejo.

En dicha resolución, de naturaleza política, se invita a los Estados miembros y a las Instituciones a que apliquen de forma estricta y a su debido tiempo el Tratado y el propio Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Más concretamente se afirma que el Consejo «se compromete a aplicar, de modo riguroso y a su debido tiempo, todos los elementos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento que sean de su competencia; adoptará lo antes po-

(31) Recordemos la teórica ausencia de efectos jurídicos que tienen los actos del Consejo Europeo. Así lo señalan P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA; J. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ al afirmar que la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento es un acto de naturaleza no normativa. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, pág. 281.

(32) También constituye un elemento esencial del Pacto de Estabilidad y Crecimiento el Reglamento núm. 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas DOCE L 209 de 2 de agosto de 1997.

sible las decisiones necesarias en virtud de lo dispuesto en los artículos 103 y 104»

El apartado 3 de dicha Resolución del Consejo Europeo afirmaba que el Consejo «impondrá en todo momento sanciones si un Estado miembro dejase de tomar las medidas necesarias para poner término a una situación de déficit excesivo, con arreglo a las recomendaciones que le dirija el Consejo».

Ello parece dirigirse a orientar el compromiso del Consejo de adoptar toda una serie de medidas tendentes a impedir los déficit de los Estados miembros y que pueden, incluso, concluir en la imposición de sanciones en el caso de que un Estado miembro no tomase las medidas necesarias para poner término a una situación de déficit excesivo una vez que el Consejo ha emitido recomendaciones con arreglo al artículo 104.7, lo cual podría interpretarse como una negación del carácter discrecional de la aplicación de las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo.

Sin embargo, el apartado 6 de la Resolución del Consejo Europeo afirma que «en los casos en que, tras la correspondiente recomendación de la Comisión, el Consejo no actuara en alguna fase de los procedimientos de déficit excesivo o de supervisión de las situaciones presupuestarias, está invitado a exponer siempre y por escrito las razones que justifiquen su decisión de no actuar y, en ese supuesto, a hacer públicos los votos emitidos por cada Estado miembro».

Este apartado puede interpretarse de dos maneras distintas: bien se interpreta que está reconociendo discrecionalidad al Consejo a la hora de adoptar los sucesivos pasos del procedimiento por déficit excesivo sometiéndole únicamente a una obligación de motivar las razones para no continuar con aquel; o bien se interpreta que está reconociendo discrecionalidad al Consejo a la hora de apreciar si se dan las condiciones para aplicar las sucesivas fases del procedimiento por déficit excesivo pero no tiene discrecionalidad a la hora de adoptar los sucesivos pasos del una vez constatada la concurrencia de tales condiciones.

La primera interpretación supone reconocer al Consejo un margen de apreciación mayor pues supone que este puede no actuar si motiva las razones para no hacerlo, mientras que la segunda interpretación el Consejo puede únicamente no actuar si valora de manera distinta a la Comisión la situación concreta que da lugar a que se cumplan o no las condiciones necesarias para aplicar una fase posterior del procedimiento por déficit excesivo. En este segundo supuesto lo que debe motivar el Consejo es por qué no se dan las condiciones para actuar que la Comisión sí parecía haber apreciado. Por el contrario en el primer supuesto el Consejo debe motivar por qué no adopta ulteriores pasos a pesar de que se dan las condiciones para ello.

En todo caso, es necesario recordar de nuevo la naturaleza política de la Resolución del Consejo Europeo que hace que, también por ello, su contenido no sea concluyente para resolver la cuestión que estamos considerando.

A efectos de analizar la cuestión que nos ocupa es más relevante el Reglamento (CE) núm. 1467/97 del Consejo puesto que sí que se trata de un acto de naturaleza jurídica.

El Reglamento (CE) núm. 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DOCE L 209, de 2 de agosto de 1997, pág. 6), es una norma jurídica de concreción del contenido del artículo 104, en tanto en cuanto su aprobación se fundamenta en el propio artículo 104.14 (33).

Dicho Reglamento, aprobado por unanimidad en el Consejo, al referirse a las facultades que tiene el Consejo en la adopción de los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo ya no recurre a un eventual «podrá» sino que utiliza una forma verbal que podría interpretarse que obliga jurídicamente al Consejo a aprobar los ulteriores pasos si se dan las condiciones para ello. Así el Reglamento (CE) núm. 1467/97 del Consejo, en su sección 2, artículos 4 y 5, establece, por ejemplo, que:

«Artículo 4

1. *Las decisiones del Consejo de hacer públicas sus recomendaciones donde se establece que no se han tomado medidas efectivas, conforme a lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 104 [...], se adoptarán inmediatamente después de transcurrido el plazo fijado con arreglo al apartado 4 del artículo 3 del presente Reglamento.*

[...]

Artículo 5

Las decisiones del Consejo de formular advertencias a los Estados miembros a fin de que tomen medidas para la reducción del déficit, según lo establecido en el apartado 9 del artículo 104 [...], se adoptarán en el plazo de un mes a partir de la fecha en que el Consejo compruebe que no se han tomado medidas efectivas a tenor de lo establecido en el apartado 8 del artículo 104 [...].».

Estos preceptos, desde la posición de aquellos que sostienen la limitación de la discrecionalidad del Consejo, se interpretan como una afirmación

(33) Afirma el artículo 104.14 del TCE: «En el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo anejo al presente Tratado se recogen disposiciones adicionales relacionadas con la aplicación del procedimiento descrito en el presente artículo.

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al BCE, adoptará las disposiciones apropiadas que sustituirán al mencionado Protocolo».

de la obligación jurídica, si concurren las condiciones requeridas, de que el Consejo adopte los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo.

De acuerdo con esta interpretación, el Reglamento 1467/97 del Consejo, aprobado por unanimidad, limitaría cualquier rasgo de discrecionalidad del Consejo que eventualmente pudiera derivarse del artículo 104 del Tratado. El Consejo no podría eximirse del cumplimiento de las normas que él mismo, por unanimidad de sus miembros, se impuso en el Reglamento núm. 1467/97 y ello incluso aunque fuese posible admitir que el Tratado en su artículo 104 sí que permite una cierta discrecionalidad (34). Tal argumento no sería sino la aplicación del viejo brocardo latino *legem patere quam fecisti*, sufre la ley que tu mismo hiciste, y que supone la imposibilidad de que el Consejo pueda, a la hora de la aplicación concreta, derogar individualmente el Reglamento que el mismo se ha dado.

En esta misma línea de autolimitación de la discrecionalidad del Consejo se puede interpretar el artículo 9 del Reglamento 1467/97 cuando establece que el procedimiento de déficit excesivo se suspenderá por dos razones:

«— si el Estado miembro afectado toma medidas en respuesta a recomendaciones dirigidas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 104 [...], o

— si el Estado miembro participante afectado toma medidas en respuesta a advertencias formuladas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 104 [...].»

Si se realiza una interpretación estricta no cabría la suspensión del procedimiento por otros motivos que los señalados en el artículo 9, lo cual implica que no se puede, por ejemplo, suspender el procedimiento de déficit excesivo en el caso de que un Estado miembro no haya tomado las medidas apropiadas en respuesta a las recomendaciones o advertencias del Consejo (35).

(34) Si se admite la posible existencia de una cierta discrecionalidad en el artículo 104 del Tratado CE a la que habría renunciado el Consejo en el Reglamento 1467/97, cabría una modificación de tal Reglamento por unanimidad con la finalidad de que el Consejo recuperase un mayor margen de apreciación.

(35) Además de estos supuestos de suspensión del procedimiento por déficit público por haber tomado los Estados miembros las medidas adecuadas, el Pacto de Estabilidad contempla determinadas situaciones en las que un déficit superior al 3 por 100 del PIB se considera sin embargo excepcional y no da lugar a la imposición de sanciones, lo cual supone en la práctica una forma de suspensión del procedimiento. En efecto, son tres situaciones concretas que no darían lugar a la imposición de sanciones:

Cuando el desequilibrio presupuestario obedeciera a una circunstancia infrecuente, sobre la que el Estado Miembro afectado no tuviera control alguno, que incidiera de manera significativa en su situación financiera.

En este sentido, para la Comisión, el Consejo sólo podía suspender los procedimientos de déficit excesivo en curso en los dos supuestos definidos en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento núm. 1467/97.

Sin embargo, el Consejo considera que la suspensión del procedimiento de déficit excesivo prevista en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento núm. 1467/97 se limita a prever la suspensión en dos supuestos concretos, sin indicar en qué otras circunstancias es posible o está prohibida. Esta Institución considera que la suspensión del procedimiento en el caso de Francia y Alemania se deriva de la ausencia de adopción por el Consejo de la recomendación de la Comisión realizada sobre la base de los artículos 104.8 y 104.9, supuesto no contemplado explícitamente en el artículo 9.

Por tanto, la suspensión, según el Consejo, también podría derivar de una falta de voluntad política suficiente en el Consejo a la hora de adoptar las sucesivas fases del procedimiento de déficit excesivo.

Así, aparentemente, parece admitirlo en un momento dado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de julio cuando afirma que «puede existir una suspensión de hecho si el Consejo, tras recibir una recomendación de la Comisión, no llega a adoptar una decisión por no haberse reunido la mayoría necesaria» (36).

Es en este punto donde, sólo aparentemente, el Tribunal —a pesar de haber afirmado que no le correspondía pronunciarse en el proceso concreto acerca de si el Consejo está obligado a adoptar una decisión de advertencia con arreglo al artículo 104 CE, apartado 9, cuando el Estado miembro persista en no seguir sus recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7— se contradiría a sí mismo al admitir que el procedimiento puede quedar suspendido como consecuencia de que en el Consejo no se llegue a adoptar una decisión por no haberse reunido la mayoría necesaria, lo cual implicaría que el Consejo no estaría jurídicamente obligado a adoptar la decisión (37). Ello supondría resolver la cuestión principal del litigio que en-

— Cuando se produjera una grave recesión económica, definida como una caída anual del PIB real del 2 por 100 o más.

— Cuando se produjera una caída anual del PIB real entre el 0,75 por 100 y el 2 por 100 y el Estado Miembro presentara pruebas del carácter excepcional de la misma, atendiendo a una recesión muy brusca o a pérdidas de producción acumuladas respecto a la tendencia histórica.

(36) Apartado 87.

(37) <http://www.lukor.com/not-por/0407/13172622.htm>. De la misma forma se recogía en algunos medios periodísticos cuando se afirmaba que «la sentencia aprueba el derecho de los ministros de finanzas en sus reuniones en el Consejo de no aprobar las recomendaciones de la Comisión (...). Los jueces han asegurado hoy la competencia del Consejo, es decir, en definitiva de los gobiernos nacionales». http://www.rnw.nl/informari/html/act040714_estabilidadpacto.html.

frentaba a la Comisión y al Consejo a favor de la libertad del Consejo para adoptar o no adoptar las sucesivas fases de las que se compone el procedimiento por déficit excesivo.

Así ha parecido interpretarse en algunos medios políticos, que han sostenido que la sentencia del Tribunal sí que ha reconocido explícitamente la libertad del Consejo a la hora de adoptar decisiones en el procedimiento por déficit excesivo. Así, el Ministro luxemburgués Juncker ha afirmado que la sentencia «ha confirmado que los ministros de Finanzas tienen el derecho de negarse a aprobar las recomendaciones de la Comisión». En la misma línea el Ministro de Finanzas sueco Ringholm ha afirmado que esta decisión «implica que el Tribunal reconoce el derecho al Consejo de tomar en cuenta o no las recomendaciones de la Comisión». El Ministro de Finanzas alemán, Hans Eichel, considera que la sentencia confirma que «los ministros de finanzas son los señores del proceso (...) la sentencia demuestra que en el procedimiento por déficit no hay automatismo y el Consejo tiene un amplio margen».

Sin embargo, debemos negar categóricamente que ello sea así. En efecto, unos párrafos más abajo el Tribunal de Justicia desmiente que aquella afirmación realizada por él mismo en el apartado 87 de la sentencia pueda interpretarse como una aceptación de la discrecionalidad del Consejo al considerar que «aun admitiendo que la mera circunstancia de que el Consejo no llegue a adoptar una decisión recomendada por la Comisión dé lugar a una suspensión *de hecho*, el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la cuestión de si, con arreglo al artículo 104 CE, apartado 9, el Consejo podría estar obligado a adoptar una decisión cuando el Estado miembro persista en no seguir sus recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, cuestión sobre la que no ha de pronunciarse en el marco del presente procedimiento» (38).

Por tanto, afirma rotundamente el Tribunal que la suspensión *de hecho* del procedimiento por déficit excesivo que se produce como consecuencia de no alcanzarse en el Consejo una mayoría necesaria no presupone la legalidad de tal suspensión. Cuestión esta última que deja abierta la sentencia.

En consecuencia, contra lo afirmado por algunos representantes políticos, la cuestión principal no ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de julio por razones puramente procesales.

Sin embargo, en algunos párrafos de la sentencia el Tribunal de Justicia parece implícitamente dar alguna pista en torno a cual podría ser su posición en el futuro para el caso en el que sí entrase a resolver sobre el fondo.

(38) Apartado 90.

2. *Algunas claves en relación a cuál podría ser la posición del Tribunal de Justicia en un futuro*

En alguno de los párrafos de la sentencia de 13 de julio de 2004, y aunque no sean del todo concluyentes, el Tribunal de Justicia parece estar más cercano a la interpretación que considera jurídicamente obligatoria para el Consejo la adopción de los sucesivos pasos que conforman el procedimiento por déficit excesivo cuando se dan las condiciones para ello que a la interpretación que mantiene la discrecionalidad del Consejo (39).

En efecto, el Tribunal de Justicia destaca en un momento dado que debe darse a las normas que garantizan la disciplina presupuestaria «una interpretación que preserve íntegramente su efecto útil» (40), lo cual podría ser interpretado en la línea de considerar que la adopción de las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo no queda a la libre discrecionalidad del Consejo. De otro modo no se preservaría el efecto útil de las normas que garantizan la disciplina presupuestaria pues la obligación impuesta a los Estados miembros quedaría limitada por la discrecionalidad del Consejo, de forma que no habría una obligación jurídica real de los Estados de adoptar las medidas de equilibrio presupuestario; o en todo caso sería una obligación jurídica condicionada a que el Consejo decidiese aplicar las sucesivas fases del procedimiento por déficit excesivo.

Asimismo, el Tribunal recuerda cómo la responsabilidad de hacer cumplir la disciplina presupuestaria a los Estados miembros reside esencialmente en el Consejo al excluir el propio artículo 104.10 del Tratado CE la posibilidad de interponer los demás Estados miembros o la Comisión un recurso por incumplimiento frente a un Estado miembro incumplidor (41). Ello no hace sino poner de manifiesto que la función del Consejo de garantizar los objetivos del Pacto de Estabilidad a través del procedimiento por déficit excesivo es esencial para preservar el efecto útil de los preceptos que regulan la materia.

Los Estados miembros se encuentran jurídicamente vinculados por el artículo 104 del Tratado CE en los términos en que tal artículo se ha visto concretado por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (42). Así se desprende del

(39) Aunque de nuevo es necesario recordar que el Tribunal elude pronunciarse sobre la cuestión por considerar que le ha sido planteada a través de un medio procesal erróneo.

(40) Apartado 74.

(41) De acuerdo con el artículo 104.10: «En el marco de los apartados 1 a 9 del presente artículo, no podrá ejercerse el derecho de recurso previsto en los artículos 226 y 227».

(42) Así parece reconocerse por el propio Tribunal de Justicia cuando afirma que «en cada etapa (del procedimiento por déficit excesivo), el Consejo examina si el Estado miembro ha respetado las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 104 CE y, en particular, las derivadas de las recomendaciones y decisiones adoptadas anteriormente por el Consejo».

apartado 1 del artículo 104 que afirma que «los Estados miembros evitarán los déficits públicos excesivos». En el caso de que un Estado miembro incumpla las obligaciones establecidas en el Tratado y en el Pacto se ha previsto un procedimiento propio y específico para declarar el incumplimiento y, en su caso, sancionar al Estado infractor: el procedimiento por déficit excesivo. Procedimiento propio y específico en tanto en cuanto queda fuera del procedimiento general previsto por el Tratado CE para declarar los incumplimientos de los Estados miembros (artículos 226 y 227) y sancionarlos (artículo 228) (43).

Si se considera que el Consejo tiene discrecionalidad política para aplicar las sucesivas fases del procedimiento, la supuesta vinculación jurídica de los Estados miembros a los objetivos del Pacto de Estabilidad desaparece, pues toda obligación cuyo incumplimiento pueda no ser sancionado por razones políticas no es una obligación jurídica sino un mero pacto entre caballeros.

Si, tal y como el Tribunal de Justicia afirma, la responsabilidad de hacer cumplir a los Estados miembros su obligación de mantener el equilibrio presupuestario reside esencialmente en el Consejo, si éste elude su responsabilidad se desvanecen las obligaciones de los Estados miembros. El efecto útil del artículo 104, que establece el procedimiento de garantía de la estabilidad presupuestaria, sólo se salvaguarda si se niega la discrecionalidad política del Consejo.

En todo caso, pese a que se pueda intuir entre líneas una posición del Tribunal favorable a negar la discrecionalidad política del Consejo a la hora de adoptar los sucesivos pasos que forma el procedimiento por déficit excesivo, la sentencia de 13 de julio al inadmitir la solicitud de la Comisión como consecuencia de apreciar un defecto procesal deja abierta la cuestión principal.

Es necesario ahora referirse a la segunda solicitud de anulación de la Comisión que el Tribunal de Justicia sí que resuelve en este caso a su favor.

(43) Entendemos que la razón fundamental para crear este procedimiento paralelo al procedimiento general de declaración de los incumplimientos del Derecho Comunitario de los Estados miembros, habría sido la especificidad que tiene la apreciación de los incumplimientos en una materia tan técnica como es la económica, lo cual justificaría que la apreciación de tales incumplimientos en un cambiante entorno de circunstancias económicas no se dejase al juez comunitario sino al Ecofin. Pero no sólo ello justificaría la creación de un procedimiento específico para la declaración y sanción de los incumplimientos sino que además lo justificaría el hecho de que durante la aplicación del procedimiento por déficit excesivo, además de declararse y sancionarse los incumplimientos, el Consejo fija recomendaciones a las que deben adecuarse las medidas que adopten los Estados miembros.

IV. LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DE LAS CONCLUSIONES DEL CONSEJO

Simultáneamente a la no adopción por el Consejo mediante votación de la recomendación realizada por la Comisión con arreglo a los apartados 8 y 9 del artículo 104, el Consejo aprueba unas denominadas Conclusiones en las que afirma que «a la luz de las recomendaciones [se trata de unas nuevas recomendaciones realizadas por el Consejo en las propias Conclusiones] y de los compromisos [del Estado miembro afectado] antes expuestos, el Consejo ha decidido no actuar, por el momento, sobre la base de una recomendación de Decisión del Consejo con arreglo al apartado 9 del artículo 104 de la Comisión». El Consejo deja en suspenso, esta vez explícitamente, el procedimiento por déficit excesivo mientras los Estados infractores cumplan tanto con los compromisos a los que se han comprometido como con las nuevas recomendaciones que realiza el Consejo en las propias Conclusiones.

La Comisión solicita la anulación de las Conclusiones del Consejo de 25 de noviembre en tanto implican la suspensión del procedimiento por déficit excesivo y la modificación de las recomendaciones que ya habían sido aprobadas por el Consejo en virtud del artículo 104 CE, apartado 7.

El Tribunal accede a lo solicitado por la Comisión y anula las Conclusiones del Consejo al considerar que cuando el Consejo ha adoptado recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7 con vistas a poner fin a una situación de déficit excesivo en un plazo determinado, el Consejo no puede modificarlas posteriormente sin una nueva propuesta de la Comisión, ya que el Tratado reconoce a ésta un derecho de iniciativa en el marco del procedimiento de déficit excesivo.

Las Conclusiones del Consejo de noviembre de 2003 suponen una modificación unilateral, por propia iniciativa, de las recomendaciones adoptadas en su día por el Consejo a iniciativa de la Comisión, con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7.

Las Conclusiones, además de declarar suspenso el procedimiento por déficit excesivo, consideran que a efectos de adoptar una decisión de advertencia, es decir, a efectos de adoptar el paso ulterior del procedimiento de déficit excesivo, ya no tendrá como parámetro de referencia el contenido de las recomendaciones dirigidas anteriormente con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, al Estado miembro afectado (44), sino los compromisos unilaterales de éste y las propias modificaciones de las recomendaciones que realizan las Conclusiones (45).

(44) Recomendaciones adoptadas con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7 el 21 de enero de 2003 en relación con la República Federal de Alemania y el 3 de junio de 2003 en relación con la República Francesa.

(45) Por ejemplo, al retrasar las Conclusiones el final del plazo para situar el déficit público por debajo del límite del 3 por 100 del PIB.

El Consejo había alegado que las recomendaciones que había adoptado en su día con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, habían quedado obsoletas (al menos en parte) debido a la evolución de la situación económica. Si bien el Consejo parece admitir que no puede adoptar él mismo nuevas recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7 pues necesita de la iniciativa de la Comisión, en un segundo momento considera que ante la negativa de la Comisión a someter al Consejo nuevas recomendaciones sobre la base del artículo 104 CE, apartado 7, el Consejo puede optar por modificar tales recomendaciones en sus Conclusiones.

Sin embargo, para el Tribunal de Justicia, las Conclusiones del Consejo suponen la modificación de las recomendaciones adoptadas por el Consejo con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, sin seguir el procedimiento previsto para ello y, por tanto, las anula.

Ciertamente una alteración de la situación económica puede justificar una modificación de las recomendaciones adoptadas por el Consejo con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7. Lo que ocurre es que según el artículo 104 CE, apartado 13, las recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, sólo pueden ser adoptadas sobre la base de una recomendación de la Comisión (46) y ello supone que el Consejo cuando ya ha adoptado recomendaciones con arreglo al artículo 104 CE, apartado 7, no puede modificarlas posteriormente sin una nueva recomendación (propuesta) de la Comisión presentada con base en aquel artículo, ya que ésta tiene un derecho de iniciativa en el marco del procedimiento de déficit excesivo (47).

El poder de iniciativa de la Comisión supone, y no sólo en el caso del procedimiento por déficit excesivo, que el Consejo no puede decidir mientras la Comisión no le presente la pertinente propuesta. El Consejo no puede prescindir de, o sustituir a, la Comisión en su facultad de propuesta, lo máximo que podrá hacer es instar a la Comisión a que le someta una propuesta, pero la Comisión no está obligada jurídicamente a atender la petición del Consejo y evidentemente si no la atiende lo que no puede hacer el Consejo es prescindir de la propuesta de la Comisión.

El sistema institucional comunitario se fundamenta en la participación de las diferentes instituciones en el proceso de adopción de actos jurídicos, bien

(46) El hecho de que la adopción de recomendaciones por el Consejo tenga necesariamente que tener su base en una recomendación de decisión de la Comisión no impide que el Consejo pueda adoptar una decisión diferente de la recomendada por la Comisión pues recordemos que en todo el procedimiento de déficit excesivo la Comisión somete al Consejo recomendaciones y no propuestas en el sentido del artículo 250 CE. Ello supone que el Consejo puede modificar el acto recomendado por la Comisión si se reúne la mayoría necesaria para la adopción de dicho acto sin que sea necesaria la unanimidad.

(47) Apartados 91-92.

a través de la atribución a la Comisión del monopolio de la capacidad de propuesta bien a través de la facultad del Consejo de aprobar definitivamente tales actos. Lo que no cabe es que el Consejo rompa el equilibrio institucional y ante la negativa de la Comisión a plantear nuevas recomendaciones apruebe, por sí mismo, unas recomendaciones propias.

La anulación de las Conclusiones del Consejo supone una victoria de la Comisión al garantizar sus prerrogativas. Sin embargo, el Ministro luxemburgués Juncker tras interpretar, creemos que erróneamente, que el Tribunal en su sentencia de 13 de julio ha reconocido al Ecofin el derecho de negarse a aprobar las recomendaciones de la Comisión, resta importancia a la anulación de la Conclusiones afirmando que «se trata de una cuestión de procedimiento en la que el Tribunal de Justicia ha mantenido que el instrumento jurídico de las conclusiones no era válido en este caso preciso, puesto que estas conclusiones no han sido tomadas sobre la base de una recomendación de la Comisión».

Indudablemente esta segunda cuestión planteada ante el Tribunal puede ser considerada de menor relevancia que la primera, cuestión, ésta primera, que, pese a lo que se afirma por el ministro luxemburgués, no ha quedado resuelta. Sin embargo, la anulación que de las Conclusiones realiza el Tribunal no es baladí pues además de suponer la afirmación de las prerrogativas de la Comisión, supone que los Estados miembros infractores deben, a partir de la sentencia de 13 de julio, adaptar sus medidas para luchar contra el déficit público a las recomendaciones efectuadas originalmente por el Consejo y no a las recomendaciones contenidas en la Conclusiones anuladas. La anulación de la Conclusiones retrotrae la situación, por tanto, al momento anterior a la aprobación de aquellas en noviembre de 2003.

Ciertamente las circunstancias económicas que justificaban las antiguas recomendaciones podrían haber cambiado y por ello la anulación de las Conclusiones ha sido interpretada por el Ministro de Finanzas Alemán, Hans Eichel y el Comisario Europeo de Asuntos Económicos y Financieros, Joaquín Almunia, como un mandato para que la Comisión y el Consejo cooperen. Esto es, para que la Comisión considere la posibilidad de proponer nuevas recomendaciones de acuerdo con el artículo 104.7 en vista de las nuevas circunstancias económicas. Sin embargo, ello no supone el establecimiento de obligación jurídica alguna, pues la Comisión sigue conservando su facultad política de propuesta.

V. CONCLUSIÓN

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de julio ha eludido resolver la controversia principal relativa al grado de obligación del Consejo a la hora de adoptar las sucesivas fases que conforman el procedimiento por déficit excesivo amparándose en un argumento puramente procesal, por lo que la cuestión sigue sin haber sido resuelta.

Sin embargo, aunque ninguna de las partes en el proceso, el Consejo o la Comisión, pueda considerarse vencedora, hay que señalar que la propia negativa del Tribunal de Justicia a resolver la cuestión principal debilita en la práctica la eficacia jurídica del Pacto de Estabilidad. Lo cual puede provocar que el propio Pacto de Estabilidad languidezca inaplicado o que finalmente se fuerce a su reforma. En todo caso, sigue siendo necesaria una respuesta a la cuestión jurídica planteada.

La resolución en el futuro de tal cuestión depende en buena medida de la concepción que se tenga de la Unión Económica y Monetaria. Unión Económica y Monetaria que se fundamenta en dos elementos básicos: en una política monetaria centralizada aplicada por el Banco Central Europeo y en unas políticas económicas y presupuestarias descentralizadas pero coordinadas que aplican los Estados miembros. La garantía de la coordinación de las políticas presupuestarias se ha radicado en el procedimiento por déficit excesivo. El que tal garantía sea una garantía jurídica o una garantía meramente política es lo que se juega Europa con la decisión del Tribunal de Justicia.

Incluso quienes mantenemos que el procedimiento por déficit excesivo es una garantía jurídica y no sólo política de los objetivos del Pacto de Estabilidad podríamos considerar que el Pacto de Estabilidad tal y como está actualmente precisado peca de excesivo rigor y los parámetros allí establecidos suponen un corsé demasiado rígido en épocas de ciclo económico bajo, tal y como ha sido denunciado por muchos economistas (48). Sin embargo, ante tal inconveniencia, lo que se debe hacer es reformar los parámetros del Pacto conforme a los procedimientos legal-

(48) La rigidez de los parámetros del Pacto de Estabilidad ha sido denunciada reiteradamente por un importante sector de la doctrina económica. JOSÉ LUIS ESCRIBA: «El último acto del Pacto», *El País*, 26 de noviembre de 2003; MIGUEL SEBASTIAN: «Volver a Empezar», *El País*, 30 de noviembre de 2003; MANUEL CONTIÉ: «Lo que Woody Allen le diría a Fichel», *El País*, 30 de noviembre de 2003; GUILLERMO DE LA DEHESA: «El Pacto de Estabilidad está desacreditado pero no muerto», *el País*, 6 de diciembre de 2003 y XAVIER SALA I MARTÍN: «El fin de la UE: ¿mala noticia?», *La Vanguardia*, 17 de diciembre de 2003.

mente previstos (49) y no incumplirlo con el propósito de que, contando con la parálisis del Tribunal de Justicia, se produzca su inaplicación práctica.

(49) Precisamente el Comisario de Asuntos Económicos y Monetarios, Joaquín Almunia, ha afirmado que el Pacto de Estabilidad debe ser reformado de manera que exista una correlación más adecuada entre las reglas del Pacto y la realidad económica y ha presentado el pasado día 3 de septiembre de 2004 una propuesta de reforma del pacto de Estabilidad y Crecimiento que estaría siendo incumplido ya por una docena de países. El documento de la Comisión, sin modificar los valores de referencia del 3 por 100 de déficit público y el 60 por 100 de deuda, propone, tal y como solicitaba Alemania, aumentar los supuestos excepcionales que pueden justificar la no imposición de sanciones a países que sufren un prolongado período de estancamiento. Ello supone una flexibilización del Pacto de Estabilidad en la línea de lo solicitado por muchos economistas. Tal propuesta ha sido, sin embargo, fuertemente criticada por el Banco Central Europeo y el Bundesbank alemán.