Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 15 de abril de 2021 [1]

Asunto C-911/19

Fédération bancaire française (FBF)
contra
Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia)]

«Petición de decisión prejudicial — Legislación bancaria — Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, emitidas por la Autoridad Bancaria Europea — Derecho indicativo — Actos no vinculantes de la Unión que producen efectos jurídicos — Aplicación por los Estados miembros — Control jurisdiccional — Relación entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE — Falta de competencia de la Autoridad Bancaria Europea»

I. Introducción

1. Como dice el título de un episodio de *Juego de Tronos*, «lo que está muerto no puede morir». Así, quizá con la excepción de los Caminantes Blancos, tampoco se puede matar lo que está muerto. Sin embargo, ¿puede ser anulado (o declarado inválido) por el Tribunal de Justicia en una decisión prejudicial algo que nunca ha estado vivo (o, mejor dicho, que nunca ha llegado a existir como acto vinculante de la Unión)? Con carácter subsidiario, ¿puede el Tribunal de Justicia proporcionar una interpretación (vinculante) de un acto de la Unión no vinculante?

2. En 2017, la Autoridad Bancaria Europea (en lo sucesivo, «ABE») emitió una serie de Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista. [2] Posteriormente, la Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (Autoridad de Control Prudencial y de Resolución, Francia; en lo sucesivo, «ACPR») publicó un dictamen en el que declaraba que cumplía dichas Directrices, con lo que estas devinieron aplicables a todas las instituciones financieras sometidas a su supervisión. La Fédération bancaire française (Federación Bancaria Francesa; en lo sucesivo, «FBF») solicitó ante el órgano jurisdiccional remitente que se anulase dicho dictamen, alegando que la ABE carecía de competencias para adoptar las mencionadas Directrices.

[1] Lengua original: inglés.

[2] Directrices de 22 de marzo de 2016 (ABE/GL/2015/18).

3. El presente asunto presenta varias dimensiones. Por un lado, se trata de aclarar si, al adoptar las Directrices impugnadas, la ABE se excedió en sus competencias establecidas en el Reglamento n.º 1093/2010.[3] Por complicado que sea navegar por la densa red de la legislación derivada, ciertamente técnica, en realidad esta es la cuestión más sencilla.

4. Las otras cuestiones, mucho más complejas, surgen solo después: ¿qué consecuencias ha de tener en el procedimiento prejudicial la apreciación de la falta de competencia respecto a un acto no vinculante (de Derecho indicativo)? ¿Puede el Tribunal de Justicia declarar inválido un acto no vinculante? Desde el punto de vista sistemático, ¿puede haber una total desconexión entre el procedimiento del artículo 263 TFUE y el del artículo 267 TFUE respecto a los actos no vinculantes? ¿Cómo pueden conciliarse las sentencias del Tribunal de Justicia Grimaldi,[4] Foto-Frost[5] y Bélgica/Comisión[6] en lo que atañe a los auténticos instrumentos de Derecho indicativo? ¿Están sometidas al control del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE los actos no vinculantes de la Unión, como se desprende de la sentencia Grimaldi, sin ser posible su control jurisdiccional (directo) con arreglo al artículo 263 TFUE, como recientemente ha confirmado la sentencia Bélgica/Comisión?

5. Por último, es importante señalar que todas estas cuestiones se plantean en la situación específica en que el Derecho nacional admite lo que, en contraste con el Derecho de la Unión, parece ser un acceso mucho más amplio al control jurisdiccional directo de los actos de Derecho indicativo, incluidos los actos nacionales que «aplican» los actos no vinculantes del Derecho de la Unión. En consecuencia, surge la cuestión de si los órganos jurisdiccionales nacionales también están obligados a plantear, conforme a la sentencia Foto-Frost, cuestiones relativas a la validez de los actos no vinculantes de la Unión, o si están facultados para anular por sí mismos los actos nacionales de aplicación, ya que aquello que no es (realmente) vinculante simplemente puede ser desatendido.

[3] Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO 2010, L 331, p. 12).

[4] Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646); en lo sucesivo, «sentencia Grimaldi».

[5] Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452); en lo sucesivo, «sentencia Foto-Frost».

[6] Sentencia de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión (C-16/16 P, EU:C:2018:79); en lo sucesivo, «sentencia Bélgica/Comisión».

II. Marco normativo

A. Derecho de la Unión

1. Reglamento n.º 1093/2010

6. El artículo 1 del Reglamento n.º 1093/2010 crea una Autoridad Bancaria Europea. En la versión aplicable en el momento en que se adoptaron las Directrices impugnadas, el ámbito de actuación de la ABE se definía allí del siguiente modo:

«2. La [ABE] actuará con arreglo a los poderes otorgados por el presente Reglamento y dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/87/CE, [7] la Directiva 2009/110/CE, [8] el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, [9] la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, [10] la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, [11] el Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, [12] la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, [13] y de las partes correspondientes de la Directiva 2002/65/CE [14] y la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, [15] en la medida en que dichos actos se apliquen a las entidades de crédito y entidades financieras y a las autoridades competentes que las supervisan, incluidas todas las directivas, los reglamentos y las decisiones basados en estos actos, así como de cualquier otro acto jurídicamente vinculante de la Unión que atribuya funciones a la [ABE]. La [ABE] también actuará con arreglo al Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo. [16]

3. La [ABE] también actuará en el ámbito de las actividades de las entidades de crédito, los conglomerados financieros, las empresas de inversión, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico, en relación con los asuntos no cubiertos directamente por los actos mencionados en el apartado 2, incluidos los asuntos relacionados con la gobernanza empresarial,

7 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2003, L 35, p. 1).

8 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DO 2009, L 267, p. 7).

9 Reglamento de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 (DO 2013, L 176, p. 1).

10 Directiva de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO 2013, L 176, p. 338).

11 Directiva de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO 2014, L 173, p. 149).

12 Reglamento de 20 de mayo de 2015 relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1781/2006 (DO 2015, L 141, p. 1).

13 Directiva de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO 2015, L 337, p. 35).

14 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO 2002, L 271, p. 16).

15 Directiva de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DO 2015, L 141, p. 73).

16 Reglamento de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO 2013, L 287, p. 63).

la auditoría o la información financiera, siempre que la actuación de la [ABE] sea necesaria para garantizar la aplicación efectiva y coherente de dichos actos.

[…]

5. El objetivo de la [ABE] será proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero a corto, medio y largo plazo, para la economía de la Unión, sus ciudadanos y sus empresas. La [ABE] contribuirá a:

a) mejorar el funcionamiento del mercado interior, en particular con un nivel sólido, efectivo y coherente de regulación y supervisión;

b) velar por la integridad, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados financieros;

c) reforzar la coordinación de la supervisión internacional;

d) evitar el arbitraje regulatorio y promover la igualdad de condiciones de competencia;

e) garantizar que los riesgos de crédito y otro tipo están regulados y supervisados de la forma adecuada, y

f) reforzar la protección del consumidor.

Con estos fines, la [ABE] contribuirá a garantizar la aplicación coherente, eficiente y efectiva de los actos mencionados en el apartado 2, a fomentar la convergencia en la supervisión, emitir dictámenes dirigidos al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión y realizar análisis económicos de los mercados para promover el logro del objetivo de la [ABE].»

7. A tenor del artículo 8 de dicho Reglamento, titulado «Funciones y competencias de la [ABE]»:

«1. La [ABE] desempeñará las siguientes funciones:

a) contribuir al establecimiento de normas y prácticas reguladoras y de supervisión comunes de alta calidad, en particular emitiendo dictámenes dirigidos a las instituciones de la Unión y elaborando directrices, recomendaciones y proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución que se basarán en los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2;

   […]

b) contribuir a la aplicación coherente de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, en particular contribuyendo a la instauración de una cultura de supervisión común, velando por la aplicación coherente, eficaz y efectiva de los actos mencionados en el artículo 1, apartado 2, evitando el arbitraje regulatorio, mediando y resolviendo diferencias entre autoridades competentes, garantizando una supervisión eficaz y coherente de las entidades financieras, así como asegurando un funcionamiento coherente de los colegios de supervisores y adoptando, entre otras, medidas en las situaciones de emergencia;

[…]

2. Para desempeñar las funciones indicadas en el apartado 1, la [ABE] dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento, en particular para:

[…]

c) emitir directrices y recomendaciones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16;

[…]»

8. El artículo 9 del Reglamento n.º 1093/2010, titulado «Funciones relacionadas con la protección de los consumidores y las actividades financieras», presenta el siguiente tenor:

«1. La [ABE] ejercerá una función destacada a la hora de promover la transparencia, la sencillez y la equidad en el mercado respecto de productos o servicios financieros destinados a los consumidores en todo el mercado interior, en particular:

a) recopilando y analizando datos e informando sobre las tendencias de los consumidores;

b) revisando y coordinando los conocimientos en materia financiera y las iniciativas de formación de las autoridades competentes;

c) desarrollando normas de formación para el sector industrial, y

d) contribuyendo al desarrollo de normas comunes de divulgación.

2. La [ABE] controlará las actividades financieras nuevas y existentes y podrá adoptar directrices y recomendaciones con vistas a promover la seguridad y la solidez de los mercados, así como la convergencia de las prácticas reguladoras.

[…]»

9. El artículo 16 del Reglamento lleva por epígrafe «Directrices y recomendaciones» y dispone lo siguiente:

«1. Con objeto de establecer prácticas de supervisión coherentes, eficaces y efectivas dentro del SESF y de garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del derecho de la Unión, la [ABE] emitirá directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras.

2. La [ABE], cuando proceda, llevará a cabo consultas públicas abiertas sobre las directrices y recomendaciones y analizará los costes y beneficios potenciales correspondientes. Dichas consultas y análisis serán proporcionales en relación con el alcance, el carácter y la repercusión de las directrices o recomendaciones. La [ABE], cuando proceda, recabará asimismo el dictamen o el asesoramiento del Grupo de partes interesadas del sector bancario a que se refiere el artículo 37.

3. Las autoridades competentes y las entidades financieras harán todo lo posible para atenerse a estas directrices y recomendaciones.

En el plazo de dos meses a partir de la formulación de una directriz o recomendación, cada una de las autoridades competentes confirmará si la cumple o si se propone cumplirla. En el caso de que una autoridad competente no la cumpla o decida no cumplirla, lo comunicará a la [ABE] y expondrá sus motivos.

La [ABE] hará público el hecho de que una autoridad competente no cumple o no tiene intención de cumplir dicha directriz o recomendación. La [ABE] también podrá decidir, en cada caso, publicar los motivos presentados por la autoridad competente para no cumplir dicha directriz o recomendación. La publicación debe notificarse previamente a la autoridad competente.

Si así lo requiere la directriz o la recomendación, las entidades financieras informarán de forma clara y detallada, de si cumplen dicha directriz o recomendación.

[…]»

2. Las Directrices de la ABE

10. De conformidad con la sección 1, punto 1, de las Directrices de la ABE sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, «el presente documento contiene directrices emitidas en virtud del artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010. De conformidad con el artículo 16, apartado 3, del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, las autoridades competentes y las entidades financieras harán todo lo posible para atenerse a ellas».

11. El punto 2 de las Directrices de la ABE reza así:

«En las directrices se expone el punto de vista de la ABE sobre las prácticas de supervisión más adecuadas en el marco del Sistema Europeo de Supervisión Financiera o sobre cómo debería aplicarse el Derecho de la Unión en un determinado ámbito. Las autoridades competentes definidas en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 a las que sean de aplicación las directrices deberían cumplirlas incorporándolas a sus prácticas de la forma más apropiada (modificando, por ejemplo, su marco jurídico o sus procedimientos de supervisión), incluso en aquellos casos en los que las directrices vayan dirigidas principalmente a las entidades.»

12. El punto 3 de las Directrices, titulado «Requisitos de notificación», presenta el siguiente tenor:

«De conformidad con el artículo 16, apartado 3, del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, las autoridades competentes deberán notificar a la ABE, a más tardar el 23.05.2016, si cumplen o se proponen cumplir estas Directrices indicando, en caso negativo, los motivos para no cumplirlas. A falta de notificación en dicho plazo, la ABE considerará que las autoridades competentes no las cumplen […]»

13. El punto 5 abre la sección 2 de las Directrices de la ABE, definiendo su objeto:

«Las presentes Directrices abordan el establecimiento, por parte de diseñadores y distribuidores, de procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos, integrados dentro de los requisitos generales organizativos asociados a los sistemas de control interno. Hacen referencia a los procesos internos, funciones y estrategias relacionados con el diseño de los productos, su comercialización y su revisión a lo largo de su ciclo de vida. Establecen los procedimientos

necesarios para garantizar que se respeten los intereses, objetivos y características del mercado destinatario. Sin embargo, estas Directrices no abordan la evaluación de idoneidad de los productos para consumidores individuales.»

14. El punto 6 de las Directrices establece su ámbito de aplicación:

«Estas Directrices se aplican a diseñadores y distribuidores de productos que se ofrezcan y vendan a consumidores, y especifican los procedimientos de gobernanza y vigilancia relacionados con:

– el artículo 74, apartado 1, de la Directiva 2013/36/UE ["Directiva sobre requisitos de capital IV, (DRC IV)"], el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2007/64/CE[17] ["Directiva sobre servicios de pago, (DSP)"], y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/110/CE ["Directiva sobre dinero electrónico, (DDE)"], conjuntamente con el artículo 10, apartado 4, de la DSP; y

– el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/17/UE[18] ["Directiva sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, o Directiva de crédito hipotecario (DCH)"].»

15. El punto 7 de las Directrices tiene la siguiente redacción:

«Se sugiere a las autoridades competentes que valoren la conveniencia de aplicar estas Directrices a entidades sobre las que tengan responsabilidades de supervisión en sus respectivas jurisdicciones, pero que no estén incluidas en el ámbito de aplicación de los actos legislativos indicados en el apartado anterior. En particular, se sugiere a las autoridades competentes que se planteen la posibilidad de aplicar estas Directrices a otros intermediarios distintos de los intermediarios de crédito sujetos a la DCH, como los intermediarios de crédito al consumo.»

16. A tenor del punto 8 de las Directrices:

«Se sugiere a las autoridades competentes que valoren la conveniencia de extender los mecanismos de protección definidos en estas Directrices a otro público diferente de los consumidores, como las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (pymes).»

17. De conformidad con el punto 11 de las Directrices:

«Estas Directrices van dirigidas a las autoridades competentes según la definición recogida en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 ("Reglamento de la ABE") y a las entidades financieras según la definición recogida en el artículo 4, apartado 1, del mismo Reglamento.»

18. El punto 16, titulado «Fecha de aplicación», pone fin a las secciones introductorias 1 a 3. En él se declara que «estas Directrices serán de aplicación a partir del 3 de enero de 2017».

[17] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (DO 2007, L 319, p. 1).

[18] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 60, p. 34).

19. Las Directrices propiamente dichas se recogen en las dos secciones siguientes: sección 4, sobre «procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para los diseñadores», y sección 5, sobre «procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para los distribuidores». Entre las dos secciones contienen un total de doce directrices, la mayoría de ellas divididas en varias reglas.

B. Derecho nacional

20. El dictamen de la Autoridad de Control Prudencial y de Resolución de 8 de septiembre de 2017, titulado «Aplicación de las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista (ABE/GL/2015/18)», presenta el siguiente tenor:

«La Autoridad de Control Prudencial y de Resolución (ACPR) ha declarado que cumple con las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista (ABE/GL/2015/18) que se adjuntan al presente dictamen.

Dichas Directrices son aplicables a las entidades de crédito, entidades de pago y entidades de moneda electrónica bajo el ámbito de supervisión de la ACPR, las cuales deben hacer todo lo necesario para garantizar su cumplimiento y, de conformidad con el punto 14 de las Directrices, deben asegurarse de que sus distribuidores las cumplen, con arreglo al artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea la Autoridad Bancaria Europea.»

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

21. El 22 de marzo de 2016, acogiéndose al artículo 16 del Reglamento n.º 1093/2010, la ABE adoptó una serie de Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista. Eran Directrices dirigidas a las autoridades competentes y a las entidades financieras.

22. El 8 de septiembre de 2017, la ACPR, como autoridad de supervisión francesa competente en la materia, publicó un dictamen en su sitio web, en el que declaraba que cumplía dichas Directrices. Asimismo, declaró que estas eran aplicables a las entidades de crédito, entidades de pago y entidades de moneda electrónica bajo su ámbito de supervisión, las cuales debían hacer todo lo necesario para garantizar su cumplimiento y asegurarse de que sus distribuidores las cumplieran.

23. El 8 de noviembre de 2017, la FBF presentó ante el Conseil d'État (Consejo de Estado, Francia), el órgano jurisdiccional remitente, una solicitud dirigida a la anulación del dictamen de la ACPR. En opinión de la FBF, las Directrices de la ABE, que devenían aplicables en virtud del dictamen, eran inválidas, debido a la falta de competencia de la ABE para emitirlas.

24. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la admisibilidad y la fundamentación de la pretensión de invalidez de las Directrices impugnadas.

25. El órgano jurisdiccional remitente considera que la admisibilidad de tal pretensión de invalidez a los efectos de la presente petición de decisión prejudicial depende de si las Directrices impugnadas pueden ser objeto de un recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE y si una federación profesional como la FBF puede interponer tal recurso.

26. Respecto a la fundamentación, el órgano jurisdiccional remitente observa que las Directrices de la ABE invocan diversos actos legislativos de la Unión, pero ninguno de ellos, salvo la Directiva 2014/17, contiene ninguna disposición expresa relativa a la gobernanza de los productos de banca minorista, que es el ámbito comprendido por las Directrices. Por otro lado, ninguno de estos actos legislativos contiene disposiciones que faculten a la ABE a emitir directrices sobre la gobernanza de los productos de banca minorista. Sin embargo, del Reglamento n.º 1093/2010 se deduce que la ABE contribuirá a garantizar que los riesgos de crédito y otro tipo están regulados y supervisados de forma adecuada y a reforzar la protección del consumidor. Estos objetivos son precisamente aquellos a cuya consecución contribuye la gobernanza de los productos de banca minorista.

27. Con estos antecedentes de hecho y de Derecho, el Conseil d'État (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y remitir las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Pueden ser objeto del recurso de anulación previsto en las disposiciones del artículo 263 [TFUE] las directrices adoptadas por una autoridad europea de supervisión? En caso de respuesta afirmativa, ¿está legitimada una federación profesional para impugnar, por la vía del recurso de anulación, la validez de directrices destinadas a los miembros cuyos intereses defiende y que no la afectan directa ni individualmente?

2) En caso de respuesta negativa a una de las dos cuestiones formuladas en el punto 1, ¿pueden ser objeto de la remisión prejudicial prevista en las disposiciones del artículo 267 [TFUE] las directrices emitidas por una autoridad europea de supervisión? En caso de respuesta afirmativa, ¿está legitimada una federación profesional para impugnar, proponiendo una excepción, la validez de directrices destinadas a los miembros cuyos intereses defiende y que no la afectan directa ni individualmente?

3) En el supuesto de que la Fédération bancaire française esté legitimada para impugnar, proponiendo una excepción de invalidez, las directrices emitidas por la Autoridad Bancaria Europea el 22 de marzo de 2016, ¿rebasa la referida Autoridad, al adoptar dichas directrices, las competencias que le confiere el Reglamento n.º 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea)?»

28. Han presentado observaciones escritas la FBF, la ACPR, los Gobiernos francés y polaco, la Comisión Europea y la ABE. Esas mismas partes, a excepción del Gobierno polaco, también formularon observaciones orales en la vista celebrada el 20 de octubre de 2020.

IV. Análisis

29. Las presentes conclusiones siguen la siguiente estructura. Voy a comenzar con unas observaciones preliminares sobre las cuestiones prejudiciales y el carácter (no) vinculante de las Directrices impugnadas (A). Después abordaré las cuestiones planteadas, pero en orden inverso, comenzando con la tercera, para determinar si las Directrices impugnadas fueron realmente adoptadas por la ABE dentro de su ámbito de competencias (B). Tras concluir que, en efecto, la ABE se ha excedido en sus competencias, me ocuparé entonces de las dos primeras cuestiones prejudiciales y de otros aspectos relativos a la relación general entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE por lo que respecta a los actos no vinculantes de la Unión (C).

A. Observaciones preliminares

1. ¿Un asunto aparentemente claro?

30. Desde cierto punto de vista, el presente asunto es un tanto sencillo. Si se contemplan las cuestiones prejudiciales aisladamente de los hechos y se responden en el mismo orden en que se han formulado, las respuestas no presentan gran dificultad.

31. La primera cuestión es inadmisible. El presente asunto ha sido remitido como petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. Dentro de este contexto procesal, constituye un ejercicio completamente hipotético preguntar si la misma acción podría ser ejercitada como recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE. De igual manera, carece de relevancia para la resolución del asunto de que conoce el órgano jurisdiccional remitente si una federación profesional está o no legitimada para recurrir las Directrices impugnadas en dicho procedimiento.

32. La segunda cuestión prejudicial también es obvia. Aunque la cuestión es admisible, su respuesta se puede inferir fácilmente de la jurisprudencia existente. Desde la sentencia Grimaldi, el Tribunal de Justicia ha insistido reiteradamente en que el artículo 267 TFUE le atribuye competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión «sin excepción alguna». [19] Por lo tanto, es evidente que los actos no vinculantes de la Unión pueden ser objeto de una petición de decisión prejudicial sobre su validez. [20]

33. Por otro lado, las subcuestiones comunes a las dos primeras cuestiones prejudiciales, relativas a la legitimación activa de las asociaciones profesionales, carecen de relevancia en el marco del procedimiento prejudicial. Le corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional decidir si efectúa o no una remisión al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE. [21] Según ha declarado el Tribunal de Justicia, toda parte tiene derecho, en el marco de un procedimiento nacional, a alegar la invalidez de un acto de la Unión, instando a dicho órgano jurisdiccional, que no es competente para declarar por sí mismo tal invalidez, a interrogar al Tribunal de Justicia al respecto por la vía de una remisión prejudicial. [22]

34. Sin embargo, por lo demás, el Derecho de la Unión no regula la cuestión de quién ha de ser parte ante el órgano jurisdiccional nacional. Si el Derecho nacional permite que se formulen tales alegaciones, de nuevo será competencia exclusiva de dicho órgano decidir si estima necesario (o está obligado a) remitir el asunto al Tribunal de Justicia. Así pues, la cuestión de si la FBF está legitimada para alegar la invalidez de un acto de la Unión ante el órgano jurisdiccional nacional se rige por el Derecho nacional.

[19] Véanse la sentencia Grimaldi, apartado 8; la sentencia de 13 de junio de 2017, Florescu y otros (C-258/14, EU:C:2017:448), apartado 30; la sentencia Bélgica/Comisión, apartado 44, y la sentencia de 27 de febrero de 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118), apartado 44. Véanse también, en el ámbito de las recomendaciones de la ABE, las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729), puntos 95 a 102.

[20] Por lo que respecta a las recomendaciones de la Unión, véanse las sentencias Grimaldi, apartados 8 a 18, y Bélgica/Comisión, apartado 44.

[21] Véase un ejemplo reciente en la sentencia de 18 de julio de 2013, Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489), apartado 28 y jurisprudencia citada.

[22] Véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 39 y jurisprudencia citada.

35. En consecuencia, al responder a las cuestiones en el orden en que han sido formuladas y abordando las dos primeras de forma abstracta, desvinculada de los hechos del presente asunto, se llega inmediatamente a la tercera cuestión y a la consideración de que lo único que se ha de aclarar en el presente asunto es la competencia de la ABE para adoptar las Directrices impugnadas.

36. No obstante, a mi parecer esta vía directa no es adecuada. Es precisamente al tratar de responder a la tercera cuestión y extraer las consecuencias pertinentes cuando se entiende totalmente el alcance de las dos primeras cuestiones, si estas no se abordan *en abstracto*, sino en el *contexto específico* del presente asunto.

37. Por otro lado, es evidente que tal simplificada lectura de las tres cuestiones prejudiciales no le haría justicia al órgano jurisdiccional remitente. En efecto, de la resolución de remisión, sobre todo si se lee conjuntamente con las esclarecedoras conclusiones del *rapporteur public* (magistrado ponente) del Consejo de Estado en dicho litigio,[23] se desprende que el órgano jurisdiccional remitente es consciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia. De dichos documentos se deduce que, en realidad, el órgano jurisdiccional remitente desea saber adónde puede conducir exactamente dicha jurisprudencia en un asunto concreto como el presente.

38. En esta situación plantea el órgano jurisdiccional remitente, en particular, la relación entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE por lo que respecta al Derecho indicativo, especialmente cuando el órgano jurisdiccional nacional ejerce un control jurisdiccional de los actos *nacionales* no vinculantes, mientras que el Tribunal de Justicia no permite revisar los actos no vinculantes de la Unión mediante el recurso de anulación. En torno a este interrogante gira la cuestión relativa al paralelismo (o su ausencia) entre los dos tipos de procedimiento, especialmente por lo que respecta a la situación de las asociaciones profesionales en uno y otro. Y este aspecto conecta, a su vez, con otro problema, también señalado por el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión, en relación con el hecho de que, dentro del procedimiento prejudicial, se entrelazan el control nacional y el europeo: ¿están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales, a tenor de la sentencia Foto-Frost, a remitir al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la validez de un acto no vinculante de la Unión al revisar un acto nacional por el cual un acto de la Unión se hizo aplicable a los destinatarios individuales en el ámbito nacional?

39. En tales circunstancias, dado que responder en primer lugar a la tercera cuestión ayudará a aclarar los aspectos más generales que plantean las cuestiones primera y segunda, prefiero comenzar con aquella, antes de ocuparme de esos problemas estructurales. A este respecto, el ejemplo concreto de las directrices adoptadas por la ABE ilustra adecuadamente los problemas estructurales que afectan al control de los actos de Derecho indicativo ante el Tribunal de Justicia.

2. ¿Son las Directrices impugnadas un (auténtico) acto no vinculante?

40. No obstante, antes de ocuparme de la tercera cuestión, es preciso atender a un aspecto preliminar. ¿Constituyen las Directrices impugnadas un *auténtico* acto no vinculante que *no* produce efectos jurídicos obligatorios, como alegan todos los intervinientes? Lo que puede presentarse como una declaración tópica resulta ser una importante presunción de la que parte todo el debate posterior. Este aspecto, en realidad, se halla oculto tras la primera parte de la

[23] Conclusiones de la Sra. Emilie Bokdam, magistrada ponente, de 4 de diciembre de 2019 en el asunto n.º 415550 — Fédération bancaire française (disponible en: https://www.conseil-etat.fr).

primera cuestión prejudicial, pues reiterada jurisprudencia excluye los actos *auténticos* de Derecho indicativo del control jurisdiccional con arreglo al artículo 263 TFUE. En cambio, los actos que sí producían efectos jurídicos vinculantes (es decir, «falsos» instrumentos de Derecho indicativo) estaban sujetos a revisión en virtud de dicha disposición (al menos, presumiendo que el demandante concreto estuviera directa e individualmente afectado por ellos).

41. En efecto, es jurisprudencia asentada que todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualquiera que sea su forma, destinadas a producir efectos jurídicos vinculantes se consideran «actos recurribles» a efectos del artículo 263 TFUE. Para determinar si el acto impugnado produce efectos jurídicos vinculantes, hay que atenerse al contenido esencial de dicho acto y apreciar tales efectos en función de criterios objetivos, como el contenido de ese mismo acto, tomando en consideración, en su caso, el contexto en el que se adoptó y las facultades de la institución que fue su autora. [24]

42. Conforme a la prueba tradicional, ¿producen efectos jurídicos vinculantes las Directrices impugnadas?

43. Por un lado, es cierto, en primer lugar, que estas directrices están redactadas en términos no imperativos. Las directrices realmente sustantivas que se dirigen a los diseñadores y distribuidores de productos bancarios, recogidas en las secciones 4 y 5 de las Directrices, utilizan [en la versión inglesa] el término «*should*» en lugar del [más imperativo] «*shall*». En segundo lugar, las autoridades competentes [25] no están obligadas a cumplirlas. El artículo 16, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento n.º 1093/2010 exige que cada autoridad competente confirme si cumple o se propone cumplir las Directrices adoptadas por la ABE. En caso de que una autoridad competente no la cumpla o decida no cumplirla, informará a la ABE exponiendo sus motivos. [26] En tercer lugar, al valorar el contexto y las competencias de la agencia en cuestión, es inevitable incurrir en el mismo razonamiento circular al que ya me he referido: [27] i) dado que, sin duda, la ABE sabía que sus Directrices no eran vinculantes, ii) no podía tener intención de adoptar nada que fuese vinculante, y iii) resulta evidente que el órgano que adoptó el acto no albergaba intención alguna de adoptar un acto jurídico vinculante.

44. Partiendo de esta base, sin ninguna duda es posible concluir que las Directrices impugnadas, por sí mismas, no producen efectos jurídicos vinculantes.

45. No obstante, por otro lado, dichas Directrices fueron acompañadas de una serie de mecanismos que, considerados a la luz de su fundamento jurídico, el Reglamento n.º 1093/2010, hacen que puedan percibirse razonablemente como actos que inducen a la observancia por sus destinatarios.

[24] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (22/70, EU:C:1971:32), apartados 39 y 42, y de 25 de octubre de 2017, Rumanía/Comisión (C-599/15 P, EU:C:2017:801), apartados 47 y 48, y la sentencia Bélgica/Comisión, apartados 31 y 32.

[25] En el sentido definido en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010 (en esencia, las autoridades reguladoras nacionales).

[26] No obstante, el punto 3 de la primera sección de las Directrices afirma que «a falta de notificación en dicho plazo [de dos meses], la ABE considerará que las autoridades competentes no las cumplen». Resulta llamativo, desde el punto de vista conceptual, que un apartado de unas directrices no vinculantes pretenda modificar (o establecer una excepción a) una obligación claramente impuesta por el tenor del artículo 16, apartado 3, del Reglamento n.º 1093/2010. Sin embargo, dado que el punto 3 realmente no impone ninguna obligación añadida, sino que dispensa de ella al crear la presunción de un «silencio negativo», desde el punto de vista técnico no se impone ninguna obligación jurídica *nueva*. Lo que queda es tan solo la confusión acerca de cómo puede ser que unas directrices no vinculantes alteren el contenido de una obligación jurídica incluida en un reglamento.

[27] Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Bélgica/Comisión, puntos 76 a 79.

46. En primer lugar, en consonancia con el artículo 16, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento n.º 1093/2010, la sección 1, punto 1, de las Directrices impugnadas dispone que las autoridades nacionales competentes y las entidades financieras «harán todo lo posible para atenerse a ellas». Sin entrar a valorar en profundidad qué implica exactamente «hacer todo lo posible», se puede presumir que las Directrices impugnadas no se adoptaron con la intención de ser desatendidas por sus destinatarios, especialmente si ese «hacer todo lo posible» es una obligación que se les impone a estos.

47. En segundo lugar, ¿quiénes son exactamente los destinatarios? Aunque formalmente, de conformidad con su punto 11, las Directrices impugnadas se dirigen a las autoridades competentes y a las entidades financieras,[28] es evidente que son estas últimas las que acabarán teniendo que cumplir las obligaciones, de modo que son ellas las auténticas destinatarias. Esta lógica se deduce del contenido de las Directrices en sus secciones 4 y 5, que se dirigen exclusivamente a los diseñadores y distribuidores de productos bancarios.

48. Desde el punto de vista sistemático, las directrices guardan una gran similitud con las directivas: aunque formalmente se dirigen al Estado miembro, sus disposiciones pretenden en último término regular la conducta de los particulares, que no tienen otra opción que aplicarlas. Las autoridades competentes no son las verdaderas destinatarias de estas obligaciones, sino que su única función consiste en admitir su aplicación o excluirla. Sin embargo, una vez tomada esta decisión, el carácter no vinculante pasa a ser totalmente vinculante, pues el «destinatario nominal» (la autoridad de supervisión competente) se convierte en un «ejecutor» efectivo. Por lo tanto, los verdaderos destinatarios de las directrices, que son las entidades financieras, tienen poco margen de elección, o ninguno en absoluto, sobre el cumplimiento.

49. Por otro lado, en una consideración conjunta de los puntos 6, 7 y 8 de las Directrices impugnadas,[29] no queda claro siquiera si la decisión de la autoridad competente de no cumplirlas realmente exime a las entidades financieras de la obligación de «hacer todo lo posible para atenerse a ellas». Asimismo, el incumplimiento por las autoridades competentes podría significar solamente que estas no van a velar por su cumplimiento, sin que ello afecte a la obligación misma que incumbe a las entidades financieras. Dicho de otra manera, las directrices podrían adquirir vida propia frente a las entidades financieras, al margen de la postura que adoptasen las autoridades competentes.

50. En tercer lugar, y en relación con el punto anterior, cuando las autoridades competentes deciden cumplir, las entidades financieras quedan efectivamente vinculadas a las Directrices impugnadas, en el ámbito nacional, a resultas de su «aplicación» o «incorporación» por la autoridad nacional competente. En el presente asunto, al declarar en su dictamen que cumplía con las Directrices impugnadas, la ACPR hizo que el contenido de estas deviniese obligatorio *de facto* para las entidades financieras en Francia. A este respecto merece atención el hecho de que, a diferencia de las directivas, cuyo contenido debe ser transpuesto previamente en una normativa

[28] Mientras que el artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1093/2010 dispone que la ABE emitirá directrices dirigidas a las autoridades competentes *o* a las entidades financieras.

[29] Dado que, en su punto 7, las Directrices impugnadas «sugieren» a las autoridades competentes que «valoren la conveniencia» de aplicarlas a entidades distintas de los diseñadores y distribuidores de productos financieros en relación con los actos legislativos que allí se mencionan, cabría considerar que las directrices se aplican por definición a dichos diseñadores y distribuidores, con independencia de la postura adoptada por las autoridades competentes.

nacional, el contenido de las Directrices devino aplicable mediante el dictamen de la ACPR a todas las «entidades de crédito, entidades de pago y entidades de moneda electrónica bajo el ámbito de supervisión de la ACPR». [30]

51. Este último aspecto de cumplimiento efectivo en el ámbito nacional merece una clara explicación. Una vez que la autoridad nacional competente ha optado por cumplir las Directrices, estas devienen obligatorias en ese Estado miembro. Según el magistrado ponente del Consejo de Estado en el litigio principal, el incumplimiento de las Directrices no puede acarrear *directamente* la imposición de una sanción. Sin embargo, el contenido de las Directrices constituye un conjunto de buenas prácticas a las que se han de adherir las entidades financieras. En caso de que estas no sigan dichas buenas prácticas, puede percibirse como una mala práctica por su parte, lo cual podría servir de base para que la ACPR emitiese amonestaciones individuales cuya desatención, en esencia, expondría a la entidad financiera afectada a procedimientos disciplinarios. [31]

52. En pocas palabras, de conformidad con la definición tradicional de acto de Derecho de la Unión que produce efectos jurídicos vinculantes en el sentido del artículo 263 TFUE, estoy de acuerdo en que las Directrices, especialmente si se contemplan estrictamente en el ámbito del Derecho de la Unión, probablemente se puedan considerar un auténtico instrumento no vinculante de Derecho indicativo. Sin embargo, si esta misma prueba se aplica a casos como el presente, dicho método tradicional no ofrece aclaración alguna, sino que, por el contrario, pone en evidencia la naturaleza del problema.

53. La prueba para determinar si un acto de Derecho de la Unión es susceptible de control ha de atender a si se puede considerar de manera razonable que dicho acto induce (o incluso obliga efectivamente) a su cumplimiento por un destinatario. La conclusión habría de ser ponderada y tener en cuenta el conjunto de los efectos jurídicos, pero centrándose también, lógicamente, en los efectos jurídicos concretos que el acto impugnado tuviera en la situación jurídica de sus destinatarios. Si el problema consiste en una forma híbrida de gobernanza, la solución también ha de ser de carácter híbrido, necesariamente adaptada a la clase concreta de efectos producidos y considerados problemáticos. Sin embargo, como recientemente ha puesto de relieve la sentencia Bélgica/Comisión, el Tribunal de Justicia sigue atendiendo al acto y su autor, al margen de la realidad que rodea al acto jurídico y a sus destinatarios, en un análisis de ida y vuelta en el que la naturaleza del acto viene dada por la intención de su autor, y a la inversa. En último término, solo uno de los dos resultados es concebible en tal mundo bipolar: bien el acto produce plenos efectos jurídicos vinculantes, o bien no produce efecto alguno.

54. No deseo reiterar los argumentos que en otras ocasiones no han convencido al Tribunal de Justicia. [32] Lo que trato de explicar son las consecuencias que tales elecciones tienen en el presente asunto. La Unión y las autoridades legislativas y judiciales nacionales van de la mano, al menos en el marco del procedimiento prejudicial. Esta circunstancia añade más complejidad aún al presente asunto, en el que el método tradicional de atender sola y exclusivamente al acto de Derecho de la Unión en el ámbito de la Unión ya genera problemas: lo que quizá pueda considerarse Derecho indicativo si se atiende sola y exclusivamente a la ABE y a las autoridades nacionales competentes se convierte en algo totalmente diferente si se desciende un escalón en los Estados miembros. A

[30] Véase el punto 20 de las presentes conclusiones. Tal como se declara en dicho dictamen, las Directrices impugnadas simplemente se «adjuntaban» a él en su texto original.

[31] Véanse las conclusiones de la Sra. Bokdam, p. 5 (nota 12 de las presentes conclusiones).

[32] En mis conclusiones presentadas en el asunto Bélgica/Comisión.

ese nivel, el «Derecho indicativo» deja de ser tan indicativo y puede llegar a ser auténtico «Derecho imperativo». Conviene señalar que el Derecho de la Unión en modo alguno se opone a que esto suceda. Antes al contrario: todo el sistema está concebido precisamente de esta manera.

55. En resumen, con respecto a sus verdaderos destinatarios, que son las entidades financieras en el ámbito nacional, es obvio que las Directrices son mucho menos «indicativas» de lo que pudieran parecer si se atendiese a las autoridades nacionales competentes. Sin embargo, como punto de partida, ciertamente es posible afirmar que, respecto a la postura del Tribunal de Justicia en relación con los actos de la Unión que no producen efectos jurídicos vinculantes, no es probable que este considere las Directrices impugnadas vinculantes y, por tanto, susceptibles de control con arreglo al artículo 263 TFUE.

B. Tercera cuestión prejudicial: ¿Se ha extralimitado la ABE en sus competencias establecidas en el Reglamento n.º 1093/2010?

56. Según la FBF, las Directrices impugnadas regulan la gobernanza de productos. Carecen de todo fundamento jurídico, ya que no se puede considerar que sean aplicación de los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010, que regulan esencialmente la gobernanza empresarial. Al adoptar las Directrices impugnadas, es más probable que la ABE se inspirase en la Directiva 2014/65/UE,[33] donde se regula la gobernanza de los productos financieros y para la cual es esencial el concepto de «mercado destinatario», así como la distinción entre diseñadores y distribuidores.

57. La Comisión comparte en gran medida la postura de la FBF. No obstante, considera que las Directrices impugnadas no quedan totalmente fuera del ámbito de competencias de la ABE, en la medida en que guardan relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/17. Esta disposición permite que se regule la gobernanza de productos, que se definan mercados destinatarios y que se diferencie entre diseñadores y distribuidores. No obstante, por lo demás, las Directrices exceden las competencias de la ABE y, en opinión de la Comisión, deben ser declaradas inválidas.

58. La ACPR, los Gobiernos francés y polaco y la ABE adoptan la postura contraria. A juicio de la ACPR, del Gobierno francés y de la ABE, esta está facultada para adoptar directrices más allá del ámbito estricto de los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010, ya que el apartado 3 de dicho artículo extiende las competencias de la ABE a aspectos no comprendidos por dichos actos. En cualquier caso, entienden que la gobernanza de productos y la gobernanza empresarial están interrelacionadas, de modo que las Directrices impugnadas no pueden considerarse ajenas al ámbito de competencias de la ABE. En opinión de estos mismos intervinientes y del Gobierno polaco, la actuación de la ABE es lícita también debido a que el Reglamento n.º 1093/2010 tiene por objeto expreso la protección de los consumidores. La ABE dispone de la facultad de adoptar las Directrices impugnadas en la medida en que con ellas se sirva a este objetivo. Por lo tanto, según la ACPR y la ABE, la facultad de la ABE de adoptar directrices ha de ser objeto de una simple *valoración general*, y esta lleva a la conclusión de que la ABE estaba facultada para emitir las Directrices impugnadas.

[33] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DO 2014, L 173, p. 349).

59. En las siguientes secciones voy a exponer mi desacuerdo con la postura de la ACPR, los Gobiernos francés y polaco y la ABE. Aunque, en una valoración general, las Directrices pueden adecuarse aproximadamente al Reglamento n.º 1093/2010 (1), voy a explicar por qué no creo que tan moderada o laxa valoración sea válida en el caso de los actos no vinculantes (2). Habida cuenta de la incompatibilidad de las Directrices impugnadas con el Reglamento n.º 1093/2010, la cuestión que queda por resolver será el resultado final de tal conclusión (3).

1. Compatibilidad de las Directrices impugnadas con el Reglamento n.º 1093/2010, en cuanto a las competencias de la ABE

60. Las Directrices impugnadas se ocupan del establecimiento de la gobernanza de productos relativa a los productos de banca minorista. En particular, recomiendan que los diseñadores identifiquen los mercados objetivos pertinentes y se aseguren de que los productos se ajusten a dichos mercados. [34] Asimismo, las Directrices recomiendan que se prueben los productos para analizar el posible efecto sobre los consumidores en un amplio abanico de escenarios. [35] Además, los diseñadores deben seleccionar los distribuidores apropiados para cada mercado objetivo y han de poder facilitar a estos distribuidores información sobre las características y riesgos del producto para los consumidores. [36] Por su parte, los distribuidores de productos bancarios deben facilitar al consumidor una descripción de las principales características del producto y de sus riesgos. [37]

61. De conformidad con la sección 2, punto 6, de las Directrices impugnadas, estas se aplican a diseñadores y distribuidores de productos que se ofrezcan y vendan a consumidores en relación con cuatro disposiciones de actos legislativos concretos: el artículo 74, apartado 1, de la Directiva 2013/36/UE, el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2007/64/CE, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/110/CE y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/17/UE. Asimismo, «se sugiere a las autoridades competentes que valoren la conveniencia de aplicar estas Directrices a entidades sobre las que tengan responsabilidades de supervisión en sus respectivas jurisdicciones, pero que no estén incluidas en el ámbito de aplicación de los actos legislativos indicados en el apartado anterior». [38]

62. Al comparar el ámbito de aplicación invocado con el contenido real de las Directrices, parece evidente que, tal como sostienen esencialmente la FBF y la Comisión, en cuanto al fundamento jurídico, las Directrices impugnadas van más allá de lo permitido por el Reglamento n.º 1093/2010.

63. A tenor del artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1093/2010, «con objeto de establecer prácticas de supervisión coherentes, eficaces y efectivas dentro del SESF y de garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del derecho de la Unión, la [ABE] emitirá directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras».

64. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010, la ABE actuará con arreglo a los poderes otorgados por dicho Reglamento *y* dentro del ámbito de aplicación de una serie de actos legislativos que allí se enumeran, *así como* de cualquier otro acto jurídicamente vinculante de la Unión que le confiera funciones. En virtud del artículo 1, apartado 3, la ABE

[34] Directriz 3.

[35] Directriz 4.

[36] Directrices 7 y 8.

[37] Directriz 12.

[38] Véase el punto 7 de las Directrices impugnadas.

también actuará en el ámbito de las actividades de las distintas entidades de crédito que allí se mencionan, «en relación con los asuntos no cubiertos directamente por los actos mencionados en el apartado 2, […] *siempre que* la actuación de la [ABE] sea *necesaria* para garantizar la aplicación efectiva y coherente de *dichos actos*». [39]

65. De esta redacción se deduce claramente que, con independencia del tipo de acto que adopte, la ABE solo podrá actuar dentro de los límites (sustantivos) de dichos actos legislativos. Otras disposiciones del Reglamento n.º 1093/2010 relativas a las funciones y competencias de la ABE también confirman que los mencionados actos constituyen el horizonte último de la ABE. [40] Por lo tanto, las Directrices impugnadas deben valorarse a la luz del contenido y ámbito de aplicación de aquellos.

66. En cuanto a las Directivas 2013/36, 2007/64 y 2009/110, que se citan expresamente en las Directrices impugnadas en relación con su propio ámbito de aplicación, [41] parece que se trata de todos los actos legislativos aludidos por el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010. [42] En consecuencia, en principio la ABE está facultada para adoptar directrices en concreción de dichos instrumentos.

67. No obstante, existe un claro desajuste entre el objeto de dichos actos y el de las Directrices. Mientras que estas establecen «normas» específicas relativas a la gobernanza de *productos*, todas aquellas se refieren a la gobernanza *empresarial*, al establecer, en particular, procedimientos internos en las entidades financieras, unas claras estructuras organizativas con criterios de responsabilidad coherentes, y procedimientos relativos a la gestión del riesgo y los requisitos de capital. Resulta incierta la contribución que las Directrices sobre gobernanza de *productos* pueden hacer a la aplicación efectiva y coherente de los actos referidos a la gobernanza *empresarial*, especialmente a corto plazo. Mientras que estos actos tratan de los riesgos asociados a la gobernanza empresarial disfuncional a largo plazo (es decir, un aspecto estructural), las Directrices impugnadas pretenden regular procesos internos de gobernanza de productos con influencia sobre los resultados a corto plazo. Por consiguiente, el tipo (y grado) de riesgo regulado por las Directrices impugnadas y por los actos mencionados en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010 son diferentes.

68. La diferencia entre *gobernanza de productos* y *gobernanza empresarial*, como objeto de regulación, no es meramente académica. Un ejemplo análogo extraído de otro campo, como el del sector del automóvil, puede ayudar a ilustrarlo. La gobernanza empresarial exige a los fabricantes de vehículos que apliquen mecanismos de control en cada fase de la producción; que dispongan una estructura organizativa transparente; que determinen con claridad las responsabilidades; que dispongan sistemas de resolución de eventuales problemas, etc. Todas estas normas están relacionadas con el buen funcionamiento de la empresa. En cambio, la gobernanza de productos exige a los fabricantes de vehículos que identifiquen el mercado objetivo relevante para cada nuevo vehículo; que tengan en cuenta el encaje del nuevo modelo en la actual gama de vehículos, y que analicen si la presencia de alternativas excesivas no dificulta al consumidor la toma de decisiones fundamentadas. Estas «normas» poco tienen que ver con el funcionamiento interno de la empresa. Tratan de regular la toma de decisiones en relación con la

[39] El subrayado es mío.

[40] Véase, dentro del capítulo II y sin carácter exhaustivo, los artículos 8, apartado 1, letras a) y b); 9, apartado 5; 10, apartado 1; 15, apartado 1, y 17, apartados 1 y 6, del Reglamento n.º 1093/2010.

[41] En particular, respectivamente, los artículos 74, apartado 1; 10, apartado 4, y 3, apartado 1, enumerados en el punto 6 de la sección 2 de las Directrices.

[42] La versión aplicable *ratione temporis* del artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010 no menciona la Directiva 2010/64, sino la Directiva 2015/2366, ya que esta fue sustituida por aquella.

calidad de los productos que se ofrecen a los consumidores. Dicho de otra manera, las normas de gobernanza empresarial se refieren a la calidad de los procesos y mecanismos internos destinados a garantizar el buen funcionamiento de la empresa, y las normas de gobernanza de productos se refieren a las elecciones empresariales dirigidas esencialmente a la comercialización de vehículos.

69. Por otro lado, estoy de acuerdo con la FBF en que el objeto de los mencionados actos legislativos no coincide con el de la Directiva 2014/65, relativa a los mercados de instrumentos financieros, que regula específica y expresamente la gobernanza de los productos financieros comercializados por proveedores de servicios de inversión.[43] En consecuencia, la ABE no estaba facultada para adoptar directrices sobre la gobernanza de productos bancarios.

70. En cambio, tal como reconoce la Comisión y, en cierta medida, también el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/17, que se menciona también expresamente en la sección 2, punto 6, de las Directrices impugnadas, está claramente relacionado con los productos, en especial los productos de crédito. Por lo tanto, al menos en parte, podría servir como fundamento jurídico válido para las Directrices impugnadas.

71. Sin embargo, la Directiva 2014/17 no se ocupa de la gobernanza de productos en el mismo sentido que las Directrices impugnadas. Lo que regula es la conducta de los proveedores de crédito en casos individuales y el método para decidir sobre la concesión de un crédito a un determinado cliente. Asimismo, aunque algunas disposiciones de la Directiva 2014/17 facultan a la ABE para adoptar ciertas medidas,[44] ninguna de ellas contiene en concreto normas de gobernanza de productos ni se refiere a la adopción de directrices sobre las materias en cuestión.

72. En consecuencia, me resulta difícil confiar en la Directiva 2014/17 a la hora de valorar la competencia de la ABE para adoptar las Directrices impugnadas. En efecto, aunque se reconociese efectivamente la Directiva 2014/17 como auténtico fundamento jurídico en el presente asunto (lo cual no es así), me pregunto adónde puede conducir, en la práctica, alcanzar uno de los cuatro objetivos. Las observaciones de la Comisión lo ilustran perfectamente.

73. La Comisión ha alegado que el Tribunal de Justicia ha de declarar inválidas las Directrices impugnadas *en la medida en que se refieren a* i) el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2007/64; ii) el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/110, y iii) el artículo 74, apartado 1, de la Directiva 2013/36. Al mismo tiempo, la Comisión ha aducido que el Tribunal de Justicia ha de declarar que las Directrices impugnadas son válidas *en la medida en que se refieren al* artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/17 (o, más exactamente, por reproducir íntegramente la propuesta de la Comisión, que el examen de este punto no ha revelado ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la validez de las Directrices).

74. Debo admitir que me siento un tanto confundido al considerar lo que implicaría tal sentencia desde un punto de vista práctico. ¿Significaría que las Directrices siguen siendo «válidas», pero que su ámbito de aplicación se ha de ver judicialmente limitado a los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial? ¿Seguirían siendo aplicables a las entidades financieras únicamente cuando ofrecieran tales productos específicos? ¿O sería preciso profundizar aún más en los detalles y valorar cada directriz individual?

[43] A los que no se refiere el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1093/2010, pues la Directiva 2014/65 en realidad faculta a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), y no a la ABE, para adoptar directrices sobre la gobernanza de productos. Véanse, a este respecto, las Directrices de la AEVM de 5 de febrero de 2018, sobre los requisitos de gobernanza de productos en virtud de MiFID II (ESMA35-43-620).

[44] Como los artículos 29, 34 y 37, y el anexo 2 de la Directiva 2014/17.

75. Habida cuenta de estas consideraciones, la única opción sensata parece ser que las Directrices deben ser bien totalmente confirmadas, bien totalmente invalidadas. En mi opinión, en su conjunto, las Directrices impugnadas no están comprendidas en el ámbito de aplicación de los actos legislativos mencionados en el Reglamento n.º 1093/2010 ni en el de actos que confieran funciones específicas a la ABE. En consecuencia, la ABE se extralimitó en sus competencias al adoptar directrices cuyo objeto no estaba comprendido por dichos actos legislativos.

2. ¿Qué grado de intensidad de control les corresponde a los actos de la Unión no vinculantes?

76. Si en el presente asunto se ejerciese un *control normal*, se llegaría a la conclusión provisional antes expuesta. Por «normal» me refiero al tipo de control que el Tribunal de Justicia lleva a cabo con carácter ordinario, y con el mismo nivel de intensidad, al examinar la validez de los actos con efectos jurídicos vinculantes. [45]

77. Sin embargo, resulta conveniente preguntarse, antes que nada, si los actos que supuestamente no producen efectos jurídicos vinculantes han de someterse a ese mismo control normal. Dicho en pocas palabras, si no son vinculantes, ¿por qué ha de preocuparse nadie por ellos, incluido el Tribunal de Justicia? ¿Por qué es necesario investigar si un organismo de la Unión se ha ceñido a su ámbito de competencias si nadie está obligado a prestar atención a aquello por lo que aboga? Estas consideraciones, al menos en relación con los auténticos actos de Derecho indicativo, deberían motivar, a lo sumo, un tipo de control ciertamente *laxo*.

78. Esto resulta esencialmente coherente con la lógica seguida en la vista por la ACPR y la ABE, según la cual el grado de control de los actos de la Unión no vinculantes ha de ser inferior al de los actos vinculantes y debe traducirse en una mera valoración *general* de los actos no vinculantes. En esencia, dicho argumento sugiere que, aunque los actos no vinculantes no encajan estrictamente en el ámbito de competencias de la ABE, el hecho de que estén comprendidos *aproximadamente* en él basta para afirmar la legalidad de las Directrices de la ABE. En particular, por lo que atañe al reparto de competencias, a los autores de los actos no vinculantes les beneficiaría cierta flexibilidad, en lugar de la imposición de estrictos límites. En tal caso, en la práctica solo se llegaría a la anulación de estos actos si quedasen *manifiestamente* fuera del ámbito de competencias asignado al organismo correspondiente.

79. En efecto, desde cierto punto de vista, la gobernanza de productos quizá no sea tan diferente de la gobernanza empresarial, contempladas ambas de forma abstracta y teleológica. Ambas tienen incidencia en la estabilidad del sistema financiero. Tal como señaló la ABE durante la vista, el objetivo general de las directrices es recomendar procesos internos que eliminen el riesgo excesivo, pues en el origen de la crisis que se desencadenó en 2008 se hallaba la asunción imprudente de riesgos. Una supervisión efectiva de los productos y contratos para garantizar que los productos financieros satisfacen las necesidades de los mercados destinatarios puede ayudar a mejorar la rentabilidad económica de la entidad financiera y disminuir el riesgo de quiebra.

80. De igual manera, tal como alegan la ACPR, los Gobiernos francés y polaco y la ABE, las Directrices de la ABE podrían seguir considerándose comprendidas en las tareas de esta última debido a que el Reglamento n.º 1093/2010 tiene por objeto expresamente la protección de los consumidores. Es cierto que esta protección constituye una importante finalidad del Reglamento

[45] Véanse, en general, respecto al reconocimiento de la diferente intensidad en el control jurisdiccional con arreglo al artículo 263 TFUE, por ejemplo, las sentencias de 18 de marzo de 2014, Comisión/Parlamento y Consejo (C-427/12, EU:C:2014:170), apartado 40, o de 30 de abril de 2019, Italia/Consejo (Cuota pesquera del pez espada del Mediterráneo) (C-611/17, EU:C:2019:332), apartados 57 y 120.

n.º 1093/2010. Entre otras disposiciones, se menciona en el artículo 1, apartado 5, letra f) [46] y, sobre todo, en el artículo 9, dedicado a las «funciones relacionadas con la protección de los consumidores y las actividades financieras». Esta amplia finalidad podría quizá servir para justificar la actuación de la ABE en múltiples campos.

81. No tengo inconveniente en reconocer dichos argumentos, pero simplemente, no los puedo suscribir, ni en referencia al presente asunto, ni con carácter general.

82. Por lo que respecta, en concreto, a las Directrices impugnadas, no creo que puedan defenderse invocando una generosa lectura teleológica del ámbito de actuación de la ABE, basada en unos «objetivos generales» vagamente definidos. Tan ambiciosa intervención reguladora de la ABE, que parte de una amplia definición de sus objetivos, no se puede sostener, a la vista del propio artículo 9, apartado 1, del Reglamento n.º 1093/2010. Con arreglo a dicha disposición, las funciones de la ABE parecen ciertamente limitadas a recopilar y analizar las tendencias del consumo, revisar iniciativas de formación y desarrollar normas de formación. Aunque esta lista no es exhaustiva, resulta ilustrativa de los muy diferentes tipos de medidas y acciones previstos para la ABE bajo el epígrafe de «protección del consumidor».

83. Por otro lado, sin duda el exceso de riesgo es una amenaza. Sin embargo, toda decisión empresarial entraña un riesgo. La posibilidad de que se materialice ese peligro no basta para justificar que un organismo de la Unión los regule todos, especialmente mediante «meras» directrices. Si la gobernanza de productos y la gobernanza empresarial se considerasen tan entrelazadas que fundamentasen la actuación de la ABE referida a la primera en actos legislativos relativos a la segunda, la ABE estaría facultada para adoptar normas, posiblemente sin límite alguno, en un amplio abanico de situaciones que poco tendrían que ver con la gobernanza empresarial en sentido estricto. ¿No debería la ABE tener también competencias para emitir directrices sobre la selección y promoción del personal, sobre la selección de los proveedores de software, sobre el funcionamiento de una línea de asistencia telefónica o sobre los procesos de compra de muebles? De paso, la ABE quizá podría estar facultada también para regular la seguridad de los cinturones de seguridad de los vehículos de empresa utilizados por los altos directivos de las entidades financieras. Si unas personas tan importantes para la estabilidad del sector financiero no estuviesen debidamente protegidas en el desafortunado caso de una colisión de vehículos, también se vería amenazada la estabilidad del sector en cierto modo.

84. Por otro lado, en general, cabe formular numerosos argumentos de peso en cuanto a por qué tal control debe seguir el modelo ordinario, si el control jurisdiccional de los actos jurídicos no vinculantes se ha de llevar a cabo con arreglo al artículo 267 TFUE (tal como insiste el Tribunal de Justicia).

85. En primer lugar, permitir a las instituciones y, en general, a los numerosos organismos de la Unión emitir actos jurídicamente no vinculantes sometidos a un control jurisdiccional limitado (por ejemplo, sin control de competencia alguno) solo fomentaría el desarrollo de una «criptolegislación» en forma de Derecho indicativo de la Unión. Como ya expuse en mis

[46] Cabe señalar que parece existir una cierta discrepancia entre la versión inglesa del artículo 1, apartado 5, letra f), que inicialmente se refería a la protección del *cliente*, y las demás versiones lingüísticas (como la francesa, la alemana, la italiana, la española, la neerlandesa o la checa), que hablaban de protección del *consumidor*. Tras las últimas modificaciones introducidas por el Reglamento (UE) 2019/2175 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2019 (DO 2019, L 334, p. 1) en el Reglamento n.º 1093/2010, dicha disposición ahora reza «reforzar la protección de los consumidores y de los clientes». No es mi deseo basar ningún argumento en tal diferencia. Simplemente llama la atención la técnica legislativa utilizada para aclarar discrepancias lingüísticas, incluyendo todos los conceptos divergentes.

conclusiones presentadas en el asunto Bélgica/Comisión,[47] los organismos de la Unión pueden crear, mediante el Derecho indicativo, un conjunto de normas paralelo que eluda el proceso legislativo y que incida en el equilibro institucional.

86. En segundo lugar, no es solo el equilibrio institucional (horizontal) lo que puede verse afectado por tales prácticas, sino, sobre todo, la legitimidad general de las normas inferiores. La proliferación de agencias de la Unión ha suscitado dudas en cuanto a la legitimidad del ejercicio de competencias administrativas delegadas. Por lo tanto, es necesario asegurarse de que dicho ejercicio no se sustraiga al control, ni siquiera en relación con los actos teóricamente no vinculantes de la Unión.[48]

87. En tercer lugar, estos argumentos adquieren especial relevancia en un momento en que ya existe un acusado «recurso a los instrumentos de Derecho indicativo» en numerosas áreas políticas nuevas, como gráficamente se aprecia en la unión bancaria y la supervisión financiera. En tal situación, resulta paradójico que, mientras el Tratado de Lisboa otorgaba al Tribunal de Justicia, en principio, plena jurisdicción sobre todos los actos adoptados por los organismos e instituciones de la Unión, aboliendo la estructura de pilares (insuficiente en cuanto a protección jurídica),[49] pueda reproducirse ahora el mismo problema de forma interna, al quedar efectivamente excluidas de todo control, esta vez por elección del propio Tribunal de Justicia, determinadas áreas de actuación de la Unión que rigen el comportamiento de los particulares.

88. En cuarto lugar, hay un argumento adicional relativo específicamente a las agencias de la Unión, en contraposición con sus instituciones. Aunque todos los organismos de la Unión están efectivamente sujetos al principio de atribución de competencias, a las agencias generalmente se les asigna, además, una función especializada y estricta. Aparte del argumento constitucional que pregunta por qué tal estructura no merece simplemente un control más laxo, está también el argumento pragmático, referido al riesgo de «superpoblación de Derecho indicativo». En una situación en que a diversas agencias u organismos se les atribuyen tareas superpuestas, lo que lleva a que unas y otras regulen aspectos similares o adyacentes (como sucede, de nuevo, con la banca y las finanzas), interpretar dichas tareas en un nivel de abstracción relativamente elevado y en relación con la consecución de objetivos abstractos solo conduciría a fomentar la aparición de instrumentos de Derecho indicativo que se solapasen o incluso entrasen en conflicto entre sí.

89. Reconozco sin reparos la naturaleza singular de esta consideración: ¿cómo puede haber, por definición, un *conflicto* entre actos jurídicos no vinculantes? Lo que no es jurídicamente vinculante no puede entrar en conflicto, porque no puede generar obligaciones jurídicas. ¿Qué es, si no, entrar en conflicto?

90. En quinto y último lugar, el problema es que el Tribunal de Justicia aparentemente ha rechazado seguir esta lógica, como recientemente se ha confirmado en la sentencia Bélgica/Comisión. En efecto, en mis conclusiones presentadas en dicho asunto[50] sugerí la posibilidad de atender a la forma de los actos jurídicos de la Unión, lo que después determinaría cómo analizar su contenido. Así, un acto que se denomine «directriz» se considerará que no produce efectos jurídicos obligatorios de ningún tipo, y cualquier persona estará en su pleno derecho de desatenderlo, ya que se trata de una directriz.

47 C-16/16 P, EU:C:2017:959, puntos 93 a 95.

48 Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de junio de 1958, Meroni/Alta Autoridad (9/56, EU:C:1958:7); de 14 de mayo de 1981, Romano (98/80, EU:C:1981:104), y de 22 de enero de 2014, Reino Unido/Parlamento y Consejo (C-270/12, EU:C:2014:18).

49 Véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto Hungría/Parlamento (C-650/18, EU:C:2020:985), puntos 33 a 37.

50 Conclusiones presentadas en el asunto Bélgica/Comisión, puntos 144 a 171.

91. Sin embargo, el Tribunal de Justicia insistió en su postura anterior, según la cual en primer lugar se ha de decidir, en cada caso individual y con independencia de la denominación formal del acto, si se trata de un acto de Derecho indicativo «auténtico» o «falso».[51] No obstante, la consecuencia necesaria de esta postura es que, antes de determinar si un acto constituye una auténtica medida de Derecho indicativo, no se puede descartar que efectivamente genere obligaciones jurídicas vinculantes. Por lo tanto, existe la posibilidad de que los destinatarios de normas de la Unión de cualquier clase lleguen a no poder discernir lo que es formalmente obligatorio y, en cuanto a sus obligaciones sustantivas, no sepan cuál de las directrices que potencialmente entren en conflicto han de obedecer.

92. Para concluir con un ejemplo, volviendo al caso concreto de la ABE, da la impresión de que el propio legislador de la Unión ha comenzado a reconocer los posibles problemas que pueden surgir y ha mostrado cierta disposición a vigilar más de cerca la actuación de la ABE. El Reglamento n.º 1093/2010 ha sido mientras tanto modificado por el Reglamento 2019/2175. A raíz de tal modificación (y aunque no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto) un nuevo artículo 60 *bis* del Reglamento n.º 1093/2010, titulado «Extralimitación de competencia por la [ABE]», dispone que «cualquier persona física o jurídica podrá enviar consejos motivados a la Comisión si considera que la [ABE] se ha extralimitado en su competencia […] al actuar con arreglo [al artículo] 16 […], y que ello afecta de forma directa e individual a dicha persona».[52]

93. De nuevo, en relación con el *auténtico* Derecho indicativo, todo esto resulta realmente sorprendente. Insertada en el capítulo V del Reglamento n.º 1093/2010, que lleva por título «Vías de recurso», esta disposición parte de la presunción de que, al emitir lo que deberían ser directrices y recomendaciones jurídicamente no vinculantes en virtud del artículo 16 del Reglamento, o incluso dictámenes no vinculantes con arreglo al artículo 16 *bis*, la ABE puede extralimitarse en sus competencias, con la consiguiente necesidad de una vía de recurso. Cualquiera que sea el razonamiento sistemático que inspire dicha disposición, es lícito suponer que no habría sido introducida si el legislador de la Unión no hubiese llegado a la conclusión de que podían surgir problemas. Lo único cierto sigue siendo que difícilmente va a llenarse el buzón de la Comisión si, como condición para que a una persona se le permita, en esencia, escribirle una carta, dicha persona debe estar «directa e individualmente afectada» por el acto controvertido, sobre todo si la interpretación de estos conceptos se inspira en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto.

94. Habida cuenta de todos estos argumentos, no puedo sino llegar a la conclusión de que es fundamental que los actos no vinculantes de las agencias de la Unión se sometan al control jurisdiccional *normal*, al menos en relación con sus competencias, de manera que dichas agencias no interfieran indebidamente en las competencias de otros organismos o instituciones de la Unión.

[51] Sentencia de 20 de febrero de 2018 (Bélgica/Comisión, C-16/16 P, EU:C:2018:79), apartados 29 y 32.

[52] Véase también el considerando 5 del Reglamento 2019/2175: «[…] El contenido y la forma de las actuaciones y medidas de las AES, incluidos instrumentos como las orientaciones, […] deben basarse siempre en, y quedar dentro de los límites de, los actos legislativos a los que se refiere el artículo 1, apartado 2, de los reglamentos constitutivos o estar incluidos en el ámbito de aplicación de sus competencias. […]» Véase también, en la misma línea, el nuevo artículo 16, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento n.º 1093/2010: «Las directrices y recomendaciones serán conformes a las habilitaciones otorgadas en los actos legislativos a que se refiere el artículo 1, apartado 2, o en el presente artículo.»

3. Tipo de resultado (formal) del control

95. Un último aspecto en relación con el control jurisdiccional de los actos jurídicamente no vinculantes es el del tipo de resultado pertinente cuando se ha planteado una petición de decisión prejudicial relativa a la validez de tales actos. ¿Cuál puede ser el resultado en un caso en que: i) el acto de la Unión impugnado no es jurídicamente vinculante y, por tanto, no es susceptible de recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE, por lo que no puede ser formalmente anulado conforme a este procedimiento, pero ii) el Tribunal de Justicia ha apreciado la incompetencia de la autoridad emisora del acto a raíz de una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE?

96. Se plantean dos posibilidades. Por un lado, podría declararse inválido el acto de la Unión jurídicamente no vinculante, como sucede normalmente con otros tipos de actos de la Unión (vinculantes) declarados deficientes con arreglo al artículo 267 TFUE. Por otro, la cuestión sobre la validez de tal acto podría reformularse efectivamente como una cuestión de interpretación en virtud del artículo 267 TFUE, relativa bien a la interpretación del propio acto no vinculante de la Unión, o bien del fundamento legislativo (vinculante) sobre cuya base se adoptó dicho acto (en este caso, el Reglamento n.º 1093/2010).

97. Lo que quizá podría descartarse de antemano es la primera alternativa del segundo supuesto: si el Tribunal de Justicia considera que una autoridad ha adoptado un acto no vinculante de la Unión vulnerando sus competencias, no alcanzo a imaginar cómo podría efectivamente el Tribunal de Justicia modificar dicho acto judicialmente mediante la «interpretación» de algo que sencillamente no debería haber llegado a existir.

98. Si no estoy equivocado respecto a la práctica mantenida hasta ahora por el Tribunal de Justicia, este nunca había declarado inválido un acto no vinculante de la Unión hasta muy recientemente.[53] En parte, esto se debe quizá al hecho de que los órganos jurisdiccionales nacionales normalmente han planteado cuestiones relativas a la *interpretación* de tales actos.[54] No obstante, es justo reconocer que (hasta la fecha) el Tribunal de Justicia siempre había reformulado las cuestiones sobre la validez como cuestiones sobre la interpretación.[55]

99. Esta «transformación» probablemente quedó patente, sobre todo, en la sentencia de la Gran Sala en el asunto Kotnik y otros, donde el Tribunal de Justicia, en concreto, abordó como cuestiones de interpretación diversas cuestiones relativas a la validez.[56] Además, en otras dos

[53] En la sentencia de 25 de marzo de 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249), en la que el Tribunal de Justicia declaró inválida una recomendación adoptada por la ABE. El hecho de que la recomendación en cuestión fuera un instrumento de auténtico Derecho indicativo, es decir, claramente no vinculante (apartado 79 de la sentencia), y estuviera, por tanto, expresamente excluida del control judicial con arreglo al artículo 263 TFUE (apartado 82), no impedía, a juicio del Tribunal de Justicia, el examen completo de la validez de esa medida no vinculante según la sentencia Grimaldi con arreglo al artículo 267 TFUE.

[54] Véase, aparte de la sentencia Grimaldi, la sentencia de 13 de junio de 2017, Florescu y otros (C-258/14, EU:C:2017:448).

[55] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de abril de 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181), apartado 17; de 11 de mayo de 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312), y de 19 de julio de 2016, Kotnik y otros (C-526/14, EU:C:2016:570), apartados 31 a 34 y 46 a 94.

[56] Sentencia de 19 de julio de 2016, Kotnik y otros (C-526/14, EU:C:2016:570), apartados 31 a 34 y 46 a 94, en cuanto a las cuestiones prejudiciales segunda a quinta.

ocasiones anteriores, el Tribunal de Justicia llegó incluso a descartar expresamente la posibilidad de examinar la validez del acto controvertido, tras declarar que este carecía de efectos vinculantes. [57]

100. Por lo tanto, en cierto sentido, cabría decir que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona una respuesta a la forma un tanto violenta con la que he comenzado estas conclusiones: lo que nunca ha estado vivo (como Derecho) no se puede matar (por el Tribunal de Justicia). Todo lo que puede hacer el Tribunal de Justicia es declarar solemnemente que el animal nunca ha nacido, ya que la fisonomía de la madre le impide dar a luz a tal criatura.

101. En cierta manera, esta solución al menos previene algunos de los problemas que podrían surgir si el Tribunal de Justicia declara inválido en virtud del artículo 267 TFUE un acto que no podría ser anulado con arreglo al artículo 263 TFUE por carecer de efectos jurídicos vinculantes. El Tribunal de Justicia podría mantener esta postura y llegar a la conclusión en el presente asunto de que la lectura combinada de los artículos 1, 8 y 16 del Reglamento n.º 1093/2010 impedía a la ABE emitir las Directrices impugnadas, dada su falta de competencias para ello.

102. Por otro lado, esta respuesta podría ser más adecuada que una respuesta a la validez dentro de la tercera cuestión prejudicial, pues, desde un punto de vista muy formal, el órgano jurisdiccional remitente no ha planteado ninguna cuestión de validez. Se ha limitado a preguntar si la ABE se excedió en sus competencias al emitir las Directrices impugnadas.

103. Por lo tanto, en términos generales este resultado es posible. [58] A todos los efectos prácticos, declarar inexistente al animal no difiere sustancialmente de afirmar que su madre nunca podría llegar a alumbrarlo. [59] Sin embargo, esta afirmación tiene un coste y genera sus propios problemas, motivo por el cual sigo recomendando al Tribunal de Justicia que proporcione una respuesta expresa sobre la *validez* de las Directrices impugnadas.

104. En primer lugar, aunque el órgano jurisdiccional remitente haya redactado la tercera cuestión en términos de competencias, la apreciación de la incompetencia lógicamente se deriva en la anulación o la declaración de invalidez. [60] Resulta difícil imaginar cómo podría apreciarse una extralimitación de competencias con el acto suspendido en el aire.

105. En segundo lugar, y con mayor trascendencia, ¿le correspondería entonces al órgano jurisdiccional remitente actuar a partir de tal respuesta del Tribunal de Justicia? Extrayendo consecuencias de la declaración del Tribunal de Justicia, ¿podría el propio órgano jurisdiccional nacional declarar inválidas las Directrices? ¿O la apreciación de una extralimitación de competencias en el ámbito de la Unión implicaría la anulación de la «aplicación» nacional del instrumento de Derecho indicativo?

[57] Véanse, por ejemplo, respecto a una nota de la Comisión relativa a los certificados de importación y exportación, la sentencia de 8 de abril de 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181), apartados 16 y 17, y, respecto a las conclusiones de un Comité del código aduanero, a pesar de que dichas conclusiones debían ser «tenidas en cuenta» por los Estados miembros, la sentencia de 11 de mayo de 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312), apartados 40 y 41, leída a la luz de las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en este asunto (EU:C:2006:78), punto 24: «Tan solo puede ser sometida a un control de legalidad una disposición que produzca un efecto jurídico vinculante.» Sin embargo, véase de nuevo el reciente alejamiento de esa línea en la sentencia Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, apartados 79 y 82 a 83).

[58] Al menos, en este asunto concreto. En otros casos puede no haber siempre una disposición general como el artículo 16 del Reglamento n.º 1093/2010 a la cual atribuir formalmente tal «interpretación».

[59] Al menos, para los terceros que simplemente deseen que no hubiese animal. Podría ser diferente desde el punto de vista del propio animal, que quizá se sintiera algo más ofendido por esta última afirmación.

[60] Véase, por ejemplo, la sentencia de 24 de mayo de 2007, Comisión/Portugal (C-376/06, no publicada, EU:C:2007:308), apartado 47.

106. En cualquier caso, desde el punto de vista sistemático, cualquiera de las opciones anteriores de las que hipotéticamente dispone el órgano jurisdiccional nacional plantea problemas en cuanto a los distintos cuerpos normativos, el de la Unión y el nacional, y puede llegar a socavar la doctrina Foto-Frost. En principio, le incumbe exclusivamente al Tribunal de Justicia examinar la validez (o invalidez) de los actos del Derecho de la Unión. Los órganos jurisdiccionales nacionales, por el contrario, solo pueden anular actos de origen nacional. En general, declarar que «un acto de Derecho de la Unión se debe interpretar en el sentido de que se opone a otro acto» es adecuado para actos *nacionales*, no para actos de la Unión (ya sean estos vinculantes o no). Se trata de una vía indirecta necesaria respecto a la legislación nacional, ya que el Tribunal de Justicia tiene competencia para interpretar el Derecho de la Unión, pero no para valorar el Derecho nacional. A la inversa, tal estructura no es apropiada cuando las directrices controvertidas son actos de la Unión, pues, en principio, el Tribunal de Justicia está facultado no solo para revisarlas, sino también para anularlas o declararlas inválidas.

107. En tercer lugar, la reformulación de una cuestión sobre la validez como cuestión sobre la interpretación constituye una modificación sustancial (o, al menos, una gran matización) de la doctrina Grimaldi. Al contrario de lo que allí se declara y de lo que desde entonces se ha reiterado con frecuencia,[61] el Tribunal de Justicia realmente no sería competente para pronunciarse sobre la «validez de *los actos* adoptados por las instituciones de la Unión *sin excepción alguna*». Por tanto, se privaría al Tribunal de Justicia de la posibilidad de pronunciarse sobre la validez de los actos no vinculantes de la Unión en virtud del artículo 267 TFUE, lo cual, debido a la proliferación de los actos de Derecho indicativo, constituiría una extensa y creciente excepción a la competencia del Tribunal de Justicia, tanto en virtud del artículo 263 TFUE como del artículo 267 TFUE.

108. En cuarto y último lugar, matizar la doctrina Grimaldi significaría, en cierto modo, devolver algo de coherencia a la relación entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE. Sin embargo, esta coherencia en realidad constituiría el mínimo contenido común e iría en detrimento de cualquier tutela judicial efectiva otorgada por el Derecho de la Unión. En consecuencia, al no haber acceso efectivo al control jurisdiccional de los actos de Derecho indicativo con arreglo artículo 263 TFUE, lo más oportuno es que no lo haya tampoco con arreglo al artículo 267 TFUE.

109. En la última sección de las presentes conclusiones (C), voy a explicar por qué y cómo esta lógica sería estructuralmente incorrecta. Sin embargo, a fin de proporcionar una respuesta a la tercera cuestión prejudicial, propongo que el Tribunal de Justicia opte por la respuesta más sencilla, clara y, sin duda, más honesta: procede declarar inválidas las Directrices impugnadas en la medida en que la ABE ha actuado al margen de las competencias que le atribuye el Reglamento n.º 1093/2010.

C. Cuestiones primera y segunda: relación entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE

110. Solo a partir de este momento es posible apreciar en todo su alcance los problemas más amplios aludidos por el órgano jurisdiccional remitente en sus dos primeras cuestiones prejudiciales. Por lo tanto, a continuación voy a ocuparme de ellas de forma sucesiva. Comenzaré con las segundas partes de ambas cuestiones, que interrogan sobre la legitimación de la FBF ante el órgano jurisdiccional nacional (1). Después me ocuparé de la doctrina Foto-Frost y la cuestión de si los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando barajan una solución que, en gran medida, parece

[61] Véase la jurisprudencia citada en la nota 19 de las presentes conclusiones.

«desactivar» la aplicación nacional de un acto no vinculante de la Unión (2). Por último, me detendré en la relación general entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE en relación con los actos de la Unión no vinculantes, en la cual se basan las primeras partes de ambas cuestiones (3). De esta manera llegaré a una conclusión poco satisfactoria sobre el estado general del Derecho de la Unión en este ámbito, y me preguntaré si las sentencias Grimaldi, Foto-Frost y Bélgica/Comisión pueden realmente considerarse válidas en cuanto a los instrumentos de Derecho indicativo (4).

1. La legitimación activa en virtud de los artículos 263 TFUE y 267 TFUE (segundas partes de las cuestiones primera y segunda)

111. Si se toma al pie de la letra y se lee de forma aislada,[62] la segunda parte de la primera cuestión es inadmisible, ya que el presente asunto no versa sobre un recurso de anulación. A la segunda parte de la segunda cuestión procedería responder que le corresponde al Derecho nacional, y no al Derecho de la Unión, decidir cuándo y cómo puede una parte formular una excepción de ilegalidad en un procedimiento nacional.

112. Sin embargo, al leer conjuntamente las dos primeras cuestiones prejudiciales, situándolas en el contexto del presente asunto, da la impresión de que, en realidad, el órgano jurisdiccional remitente está pensando en la situación del asunto TWD, donde a una recurrente que podría haber interpuesto un recurso de anulación contra un acto de la Unión ante el Tribunal de Justicia, pero no lo hizo, se le niega la posibilidad de impugnar ante un órgano jurisdiccional nacional la validez de un acto nacional que aplica dicho acto.

113. La doctrina TWD,[63] pulida más recientemente en la sentencia Georgsmarienhütte y otros,[64] sostiene que, cuando una persona que pretende impugnar un acto de la Unión goza indudablemente de legitimación activa en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, debe hacer uso de la vía de recurso allí prevista y recurrir ante el Tribunal General. Por lo tanto, la posibilidad de que un justiciable alegue ante el órgano jurisdiccional nacional que conozca del litigio la invalidez de disposiciones contenidas en actos de la Unión presupone que dicha parte no disponga del derecho a interponer, con arreglo al artículo 263 TFUE, un recurso directo contra esas disposiciones.

114. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente desea aclarar, en primer lugar, si una federación profesional, como la FBF, podría haber impugnado las Directrices de la ABE mediante un recurso de anulación con el fin de determinar, en las circunstancias del presente asunto, si aún está facultado para impugnar la legalidad de un acto nacional (el dictamen de la ACPR) por el que devienen aplicables las Directrices de la ABE.

115. En el marco de un asunto relativo a un auténtico acto de Derecho indicativo, no creo que sean *pertinentes* en absoluto estas consideraciones. Aun así, en caso de que lo fueran, *serían infundadas*.

62 Véanse los puntos 30 a 34 de las presentes conclusiones.

63 Sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), en lo sucesivo, «sentencia TWD»; de 23 de febrero de 2006, Atzeni y otros (C-346/03 y C-529/03, EU:C:2006:130), apartado 31; de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 41, y de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), apartado 46.

64 Sentencia de 25 de julio de 2018, Georgsmarienhütte y otros (C-135/16, EU:C:2018:582).

116. En primer lugar, dado que las Directrices de la ABE no son vinculantes conforme a la postura tradicional del Tribunal de Justicia,[65] un recurso de anulación ante este tribunal sería, en todo caso, inadmisible, dada la *naturaleza* del acto de la Unión de que se trata, *independientemente de* si el recurrente está directa e individualmente afectado. Hasta la fecha, la postura del Tribunal de Justicia ha sido que, si es un auténtico acto de Derecho indicativo, en realidad no hay ningún acto susceptible de recurso. En la práctica, esta apreciación (objetiva) es anterior a cualquier valoración sobre la legitimación activa (más subjetiva) de una determinada persona. Por lo tanto, en cierto modo, si no hay acto recurrible alguno, *nadie* puede solicitar el control de tales actos en virtud del artículo 263 TFUE.

117. En segundo lugar, en cualquier caso, la doctrina TWD simplemente no entraría en juego en el presente asunto y, por extensión, difícilmente podría hacerlo en ningún asunto relativo a actos de Derecho indicativo.

118. La razón de ello es simple. La sentencia TWD y sus secuelas exigen que exista una «facultad indudable» de interponer el recurso de anulación con arreglo al artículo 263 TFUE para que se denegase al mismo recurrente la posibilidad de impugnar en virtud del artículo 267 TFUE.[66] No obstante, resulta muy difícil afirmar que una federación profesional que protege los intereses de sus miembros, como la FBF, disponga de tal facultad indudable de recurrir con arreglo al artículo 263 TFUE actos no vinculantes de la Unión como las Directrices impugnadas. En efecto, en relación con los actos de Derecho indicativo, siempre se ha de comprobar en primer lugar si el acto en cuestión es un auténtico acto de Derecho indicativo, valoración que, de por sí, entraña cierta complejidad. A continuación, habría que examinar si una asociación u otro organismo dedicados a la defensa de los intereses de sus miembros estarían individual y directamente afectados a efectos de gozar de legitimación activa.[67]

119. Toda esta operación constituye una compleja valoración que se presenta muy diferente desde la lógica y la finalidad de la excepción TWD.[68] Esta excepción se ha de limitar a los casos de admisibilidad *manifiesta*, no se puede extender a los casos de admisibilidad potencial, trasladando al artículo 267 TFUE la apreciación de las condiciones propias del artículo 263 TFUE, para después imponer a los jueces que la examinen de forma paralela. Tampoco es posible darle la vuelta y convertirla en una *manifiesta inadmisibilidad*.

120. En consecuencia, en el Derecho de la Unión, una federación profesional está legitimada para impugnar, proponiendo una excepción, la validez de directrices de la Unión destinadas a los miembros cuyos intereses defiende, aunque no la afecten directa ni individualmente. Cuándo y cómo puede hacerlo con arreglo al Derecho y al procedimiento nacionales es otro aspecto cuya decisión le incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente.

65 Tal como he sugerido en los puntos 40 a 55 de las presentes conclusiones.

66 Véase la sentencia TWD, apartado 24, y la sentencia de 25 de julio de 2018, Georgsmarienhütte y otros (C-135/16, EU:C:2018:582), apartado 17.

67 A título ilustrativo sobre la complejidad y la variedad de los resultados de esta valoración, véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de marzo de 1978, Unicme y otros/Consejo (123/77, EU:C:1978:73); de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (C-50/00 P, EU:C:2002:462), y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

68 Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Georgsmarienhütte y otros (C-135/16, EU:C:2018:120), apartado 40.

2. ¿Es aplicable la doctrina Foto-Frost a los actos no vinculantes?

121. Antes de volver sobre la cuestión estructural planteada por el órgano jurisdiccional remitente en relación con el grado de conexión (o desconexión) entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE respecto al control de la validez de los actos de Derecho indicativo, hay otra pieza del puzle que procede discutir: la doctrina Foto-Frost.

122. La sentencia Foto-Frost y sus consecuencias para el control nacional de los actos no vinculantes ha sido objeto de análisis por el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión, aunque ello no le haya llevado a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión al respecto. En efecto, la presente petición de decisión prejudicial es el resultado de la aplicación de las sentencias Grimaldi y Foto-Frost por el órgano jurisdiccional remitente en el contexto específico de los actos no vinculantes, en una situación en la que el Derecho nacional admite el recurso directo contra actos de Derecho indicativo, pero no así el Derecho de la Unión. En tales circunstancias, ¿tienen los órganos jurisdiccionales nacionales la *obligación* de consultar al Tribunal de Justicia sobre la validez de las Directrices impugnadas, en aplicación de la doctrina Foto-Frost? ¿O se ha de entender como una mera *facultad* que ofrece la doctrina Grimaldi? [69]

123. En la sentencia Foto-Frost se declaró que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a hacer una remisión al Tribunal de Justicia sobre la validez de un acto de la Unión, a no ser que no encuentren fundados los motivos de invalidez alegados. [70] El motivo en que supuestamente se basa dicha obligación, sin respaldo en el Tratado, [71] es doble: en primer lugar, la exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto de la Unión, para que no haya divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales a este respecto. En segundo lugar, la coherencia del sistema de protección jurisdiccional y el sistema completo de procedimientos (en particular, la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para anular los actos de la Unión) exigen que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia. [72]

124. A diferencia de la Comisión, yo no veo cómo pueden ser válidas dicha lógica y las dos razones esgrimidas para los actos auténticos de Derecho indicativo.

125. En primer lugar, en cuanto a la exigencia de *uniformidad*, es cierto que, desde un determinado punto de vista, las autoridades nacionales competentes que decidan cumplir las Directrices impugnadas deberían hacerlo de la misma manera en toda la Unión. En particular, el artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1093/2010 faculta a la ABE para adoptar tales directrices con el fin de «garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del Derecho de la Unión». Por lo tanto, la uniformidad que se persigue no sería dentro de la Unión y del mercado interior en su conjunto, sino entre los distintos y un tanto aleatorios grupos normativos limitados a los Estados miembros cuyas autoridades competentes hayan decidido atenerse a las directrices.

[69] En aras de la integridad, procede señalar que, si el Tribunal de Justicia optase por la postura según la cual las cuestiones relativas a la validez del Derecho indicativo con arreglo al artículo 267 TFUE son en realidad cuestiones de interpretación del «Derecho superior» (según he expuesto en los puntos 98 a 103 de las presentes conclusiones), entonces la doctrina Foto-Frost no sería aplicable en ningún caso al Derecho indicativo. No obstante, esto también significaría tirar por tierra parcialmente (o, de forma más eufemística, «matizar» considerablemente) la doctrina Grimaldi (punto 107 de las presentes conclusiones).

[70] Sentencia Foto-Frost, apartados 14 a 20; y sentencias de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartados 54 a 56; de 6 de octubre de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650), apartado 62, y de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartado 78.

[71] Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Consorzio Italian Management (C-561/19), puntos 47 y 48.

[72] Sentencia Foto-Frost, apartados 15 a 17.

126. Sin embargo, ¿es este el tipo de uniformidad del que habla la sentencia Foto-Frost? ¿Es absolutamente necesaria tal uniformidad también en relación con actos en los que, por definición, la uniformidad no existe, como sucede con aquellos que simplemente *pueden* aplicarse (sin que sea obligatorio)? Por lo que respecta, en particular, a las Directrices y recomendaciones de la ABE, en el artículo 16, apartado 3, del Reglamento n.º 1093/2010 queda patente que las autoridades nacionales competentes pueden decidir no cumplirlas. Además, si un órgano jurisdiccional nacional, sin la asistencia del Tribunal de Justicia, decide anular el acto nacional por el que se aplica un acto no vinculante de la Unión, en la práctica tendrá el mismo efecto que la decisión de la autoridad competente de no cumplirlo.

127. En segundo lugar, posiblemente sea más confuso el argumento extraído de la *coherencia del sistema de protección jurisdiccional* y el sistema completo de procedimientos de la Unión. En el asunto Foto-Frost, el Tribunal de Justicia básicamente sugirió que la obligación de remitir una cuestión sobre la validez estaba justificada por el hecho de que el propio Tribunal de Justicia, respecto a los actos de Derecho de la Unión, ofrece un control jurisdiccional efectivo comparable al de los órganos jurisdiccionales nacionales.

128. Sin embargo, actualmente, en el plano *horizontal*, no hay acceso alguno al control de los actos no vinculantes del Derecho de la Unión en virtud del artículo 263 TFUE, pues desde el principio no existe acto recurrible alguno y, por tanto, los recursos de anulación se consideran inadmisibles. En el ámbito *vertical*, la falta de equivalencia en la tutela judicial se hace más nítida, incluso, en comparación con (algunos) órganos jurisdiccionales nacionales, como el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, que efectivamente brindan (cierta) tutela judicial efectiva en relación con los actos no vinculantes. [73]

129. Cuando menos, la coherencia en la tutela judicial *efectiva* pide, respecto a los actos no vinculantes de la Unión, exactamente el resultado contrario: que la doctrina Foto-Frost no sea aplicable en modo alguno a dichos actos. No alcanzo a ver el sentido del argumento según el cual, al no proporcionar los tribunales de la Unión tutela efectiva alguna frente a los actos auténticos de Derecho indicativo, *la inexistente protección debe concentrarse* en el Tribunal de Justicia.

130. Si fuese así, esta podría ser una de las escasas situaciones en las que se plantea la aplicación del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). A mi parecer, habría pocas dudas de que un ordenamiento jurídico nacional que permite a los particulares acceder a un control jurisdiccional efectivo contra actos no vinculantes que afecten a su situación jurídica ofrece un grado de tutela judicial más elevado que el proporcionado por el Tribunal de Justicia.

131. En conclusión, por su lógica y su finalidad, la doctrina Foto-Frost no es aplicable a los actos no vinculantes de la Unión. Esto significa, desde el punto de vista práctico, que los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados, si se lo permite el Derecho nacional, para anular el acto nacional de «transposición» o «aplicación» por el que un acto de Derecho indicativo de la Unión deviene aplicable en sus respectivos territorios nacionales, sin necesidad de remitir primero una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia al respecto. De igual modo, tampoco son aplicables a los actos no vinculantes de la Unión los «motivos de impugnación

[73] Véanse, por ejemplo, las sentencias del Conseil d'État (Consejo de Estado) de 21 de marzo de 2016, Société Fairvesta International GmbH y otros (n.º 368082), y de 21 de marzo de 2016, Société Numéricable (n.º 390023). Véanse ejemplos procedentes de otros ordenamientos jurídicos nacionales en mis conclusiones presentadas en el asunto Bélgica/Comisión, puntos 84 y 85.

paralela» establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Melki y Abdeli [74] y que imponen la obligación de remisión. Esto, obviamente, no impide a los órganos jurisdiccionales nacionales remitir una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de un instrumento no vinculante o sobre su fundamento jurídico. Sin embargo, la concentración del control de la validez conforme a la doctrina Foto-Frost simplemente no es válida para los actos no vinculantes de la Unión.

132. Aunque esta conclusión pueda parecer radical, esto solo les sucederá a quienes íntimamente piensen diferente de lo que afirman externamente. A quien realmente crea que el Derecho indicativo de la Unión no es vinculante y no genera efectos jurídicos de ningún tipo, ¿por qué le ha de sorprender la idea de que los órganos jurisdiccionales nacionales hagan lo que les plazca con los actos nacionales que apliquen meras orientaciones? A este respecto es fundamental la coherencia. O se considera que dichos actos en realidad sí producen algunos efectos (admitiendo que, en tal caso, se ha de conceder acceso a los tribunales de la Unión), o se sostiene que no hay efecto jurídico alguno, lo que lleva a preguntarse por qué ha de importar que un tribunal nacional los anule. En el peor de los casos, el órgano jurisdiccional nacional se está embarcando en un ejercicio superfluo, al dar muerte a algo que siempre estuvo muerto.

133. La única opción problemática es aquella según la cual, en cuanto al acceso a los tribunales de la Unión con arreglo al artículo 263 TFUE, un acto carece de todo efecto jurídico obligatorio, de modo que no se reconoce el acceso a los tribunales de la Unión. Sin embargo, si la misma cuestión se plantea con arreglo al artículo 267 TFUE, ese mismo acto resucita milagrosamente y adquiere vida nueva, entrando en juego la obligación Foto-Frost. El inquietante panorama que surge de tal disonancia es que la naturaleza del acto de Derecho de la Unión cambiará en función de si se trata del acceso al Tribunal de Justicia o de las obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales.

3. El acceso al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE y en virtud del artículo 263 TFUE: ¿un sistema completo de procedimientos? (primeras partes de las dos primeras cuestiones prejudiciales)

134. La cuestión general y estructural que comenzó a emerger parcialmente en las partes anteriores de esta sección es la siguiente: ¿hasta qué punto se puede afirmar que un acto de la Unión que no es jurídicamente vinculante (y, por tanto, no es recurrible con arreglo al artículo 263 TFUE) puede seguir siendo revisado e incluso declarado inválido en virtud del artículo 267 TFUE? En efecto, los dos argumentos precedentes, a saber, la excepción TWD y la lógica subyacente a la doctrina Foto-Frost, se basan en la presunción de que el Derecho de la Unión posee un sistema de tutela judicial que ha de funcionar como un todo.

135. Sin embargo, también hay numerosos argumentos que sugieren la posibilidad de un cierto grado de disociación entre los dos tipos de procedimiento, en particular en relación con los actos de Derecho de la Unión no vinculantes.

[74] Sentencia de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartados 55 y 56, donde se expresó con claridad una consecuencia de la obligación Foto-Frost al declarar que, si ante un órgano jurisdiccional nacional se impugna la validez de un acto nacional de aplicación en relación con los mismos elementos que los del acto original de Derecho de la Unión, dicho órgano jurisdiccional nacional debe dar al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse sobre las mismas dudas respecto al acto original de Derecho de la Unión, planteándole una cuestión prejudicial sobre la validez de este acto.

136. En primer lugar, existe una diferencia en los propios términos. El párrafo primero del artículo 263 TFUE limita su alcance a los actos destinados a producir *efectos jurídicos* frente a terceros, a lo cual la jurisprudencia del Tribunal de Justicia añadió el adjetivo de *obligatorios*. Solo este tipo de actos son recurribles en virtud del artículo 263 TFUE.[75] En cambio, tal límite no existe ni en el tenor literal ni en la reiterada jurisprudencia relativa al ámbito de aplicación del artículo 267 TFUE. En efecto, tal como ha confirmado en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia en su doctrina Grimaldi, el artículo 267 TFUE atribuye al Tribunal de Justicia la competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión *sin excepción alguna*.[76]

137. En segundo lugar, cuando el Tribunal de Justicia ha aludido a la coherencia del sistema, también ha insistido en que el Derecho de la Unión Europea ofrece un «sistema completo de procedimientos». Según el Tribunal de Justicia, el Tratado, mediante sus artículos 263 y 277, por una parte, y 267, por otra, ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión, confiando dicho control a los tribunales de la Unión.[77] Desde la sentencia Unión de Pequeños Agricultores/Consejo,[78] la «idea del sistema completo de procedimientos» siempre ha permitido a los recurrentes no privilegiados acceder al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE cuando les estuviese vedada la vía del artículo 263 TFUE a causa del elevado listón que supone el requisito de la afectación directa e individual.

138. En otras palabras, *para ser un sistema completo*, los distintos procedimientos deben ser *complementarios*. Esta es la piedra angular sobre la cual se ha construido la jurisprudencia en esta materia a lo largo de los últimos treinta años, desde que se cerró (de nuevo) la puerta (en el sentido de acceso directo) en la sentencia Unión de Pequeños Agricultores. Siguiendo esta lógica, los requisitos y el acceso con arreglo a los artículos 263 TFUE y 267 TFUE se han diferenciado de forma ciertamente precisa: el acceso relativamente limitado en virtud del artículo 263 TFUE se suponía complementado por el muy amplio acceso en virtud del artículo 267 TFUE, quedando el control de acceso a cargo de los jueces nacionales.

139. En el presente asunto, es el Gobierno francés, pero también el órgano jurisdiccional remitente, quien ha citado ampliamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto y quien ha invocado su lógica para determinar la posibilidad de plantear peticiones de decisión prejudicial sobre la validez de actos no vinculantes de la Unión cuando no ha lugar a recurso de anulación.

140. En tercer lugar, la complementariedad y la consiguiente disociación también serían necesarias para garantizar cierto grado de acceso a una tutela judicial efectiva que satisficiese el artículo 47 de la Carta. En efecto, sería totalmente incompatible con las estrictas exigencias que recientemente ha establecido el Tribunal de Justicia en relación con dicha disposición,[79] o incluso

[75] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de octubre de 2011, Deutsche Post y Alemania/Comisión (C-463/10 P y C-475/10 P, EU:C:2011:656), apartado 36; de 13 de febrero de 2014, Hungría/Comisión (C-31/13 P, EU:C:2014:70), apartado 54; de 25 de octubre de 2017, Rumanía/Comisión (C-599/15 P, EU:C:2017:801), apartado 47; de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión, apartado 31, y de 26 de marzo de 2019, Comisión/Italia (C-621/16 P, EU:C:2019:251), apartado 44.

[76] Véase la jurisprudencia citada en la nota 19 de las presentes conclusiones.

[77] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, EU:C:1986:166), apartado 23; de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo (C-583/11 P, EU:C:2013:625), apartado 92, y de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartado 66.

[78] Sentencia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (C-50/00 P, EU:C:2002:462), apartado 40.

[79] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373), apartados 43 a 59, y de 29 de julio de 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626).

con el artículo 19 TFUE,[80] que los actos de Derecho de la Unión que afectasen a la situación jurídica de un particular nunca pudiesen llegar al Tribunal de Justicia, por la estructura del sistema.

141. No obstante, esta disociación entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE respecto al control de los actos no vinculantes de la Unión no deja de suscitar dudas teóricas, algunas de ellas de cierto peso estructural.

142. En primer lugar, desde el punto de vista conceptual, resulta difícil entender, habida cuenta de la *naturaleza* de los actos no vinculantes de la Unión, por qué se ha de admitir una petición de decisión prejudicial sobre la validez de actos no vinculantes de la Unión y no un recurso de anulación. Un acto que no es recurrible en virtud del artículo 263 TFUE para ningún recurrente, de pronto resulta susceptible de recurso para cualquiera en virtud del artículo 267 TFUE.

143. Por otro lado, es jurisprudencia reiterada que la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de la Unión.[81] Aunque, en caso de apreciarse incompatibilidad entre el acto de la Unión controvertido y una normativa superior de la Unión, los resultados de uno y otro procedimiento presentan ligeras diferencias formales (en concreto, la anulación con arreglo al artículo 263 TFUE, frente a la declaración de invalidez con arreglo al artículo 267 TFUE), comparten los mismos efectos jurídicos *erga omnes* y, en general, *ex tunc*: el acto de la Unión controvertido debe considerarse nulo y no se ha de seguir aplicando.[82]

144. Por lo tanto, en buena lógica, (i) o bien los actos de la Unión son vinculantes y, por ende, pueden ser anulados o declarados inválidos *tanto* con arreglo al artículo 263 TFUE *como* con arreglo al artículo 267 TFUE, (ii) o bien *no* son vinculantes y, en consecuencia, *no* son recurribles, y con mayor motivo no pueden ser declarados nulos o inválidos en virtud de *ninguna* de las dos disposiciones.

145. En segundo lugar, si desde el principio no hay ningún acto sujeto a control, no queda claro tampoco por qué ha de ser válida la lógica que subyace al «sistema completo de procedimientos». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto constituye, en esencia, un instrumento para superar la falta de legitimación activa individual *(subjetiva)* en un procedimiento (artículo 263 TFUE), señalando que dicho requisito no se impone en otro procedimiento (artículo 267 TFUE). Con ello se trataba de restablecer un cierto equilibrio entre los recurrentes privilegiados y los no privilegiados. En realidad, no es un instrumento dirigido a conceder acceso al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE cuando tal acceso está vedado a todo el mundo, incluidos los recurrentes privilegiados, con arreglo al artículo 263 TFUE.

146. Por otro lado, ello desvirtuaría la diferenciación (que ha dado lugar a abundante jurisprudencia sobre el artículo 263 TFUE, pero ninguna sobre el artículo 267 TFUE) entre los recurrentes privilegiados y los no privilegiados en cuanto al control de los actos no vinculantes de la Unión. A pesar de que, por un lado, en la sentencia Bélgica/Comisión se denegó a un recurrente

[80] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), apartados 29 a 40; de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo) (C-619/18, EU:C:2019:531), y de 19 de noviembre de 2019, A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo) (C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982), apartados 82 a 86.

[81] Véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartado 68 y jurisprudencia citada.

[82] Véanse, por ejemplo, en este sentido, las sentencias de 26 de abril de 1994, Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168), apartado 17; de 5 de octubre de 2004, Comisión/Grecia (C-475/01, EU:C:2004:585), apartado 18 y jurisprudencia citada, y de 6 de octubre de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650), apartado 52.

privilegiado (un Estado miembro) la posibilidad de recurrir un acto no vinculante de la Unión en relación con la cuestión de la incompetencia de la Unión para adoptar tal acto,[83] la misma pretensión quedaría accesible para cualquier recurrente particular, sin necesidad de demostrar una afectación directa e individual, en virtud del artículo 267 TFUE.

147. Todo ello significaría, a efectos prácticos, que, para obtener la revisión de un acto no vinculante de la Unión, los recurrentes privilegiados terminasen en la misma posición, o incluso en una peor, que los justiciables individuales. Por ejemplo, un Estado miembro tendría que impugnar indirectamente la aplicación de un acto nacional (probablemente de él mismo) ante un órgano jurisdiccional nacional. Alternativamente, al no estar claro que la legislación procesal nacional admitiese siquiera tal impugnación, las autoridades del Estado miembro habrían de cruzar los dedos y esperar a que: a) un recurrente individual impugnase el acto de aplicación; b) el órgano jurisdiccional nacional permitiese a las autoridades del Estado intervenir en el procedimiento principal, y c) dicho órgano jurisdiccional recurriese al Tribunal de Justicia con una petición de decisión prejudicial (sobre interpretación o sobre validez), de modo que las autoridades del Estado pudiesen por fin presentar sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia. La situación resultaría más absurda aún en relación con otro tipo de recurrente privilegiado: las instituciones de la Unión.

148. En tercer y último lugar, existe otro argumento, de carácter ciertamente pragmático, sobre la dudosa justificación de conceder un amplio acceso al control jurisdiccional de los actos no vinculantes en virtud del artículo 267 TFUE, cuando se niega todo acceso con arreglo al artículo 263 TFUE: la adecuada asignación de los asuntos dentro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este argumento no es específico del Derecho indicativo, sino que es válido respecto a la política judicial de los últimos treinta años de acceso restringido (con carácter general) con arreglo al artículo 263 TFUE, mientras se permitía el acceso ilimitado con arreglo al artículo 267 TFUE.[84] A consecuencia de esta política judicial, asuntos que podrían haberse tratado en la instancia del sistema judicial que actualmente dispone de la especialización y la capacidad jurisdiccional necesarias, es decir, el Tribunal General, han llegado directamente al Tribunal de Justicia por la vía de las peticiones de decisión prejudicial.

4. Conclusión (estructuralmente) insatisfactoria (pero necesaria)

149. Sentencias Grimaldi, Foto-Frost, y Bélgica/Comisión: resulta complicado, o incluso imposible, aplicar las tres sentencias simultáneamente en una situación como la del presente asunto. Tratar de conciliar estas tres doctrinas en relación con los actos no vinculantes de la Unión recuerda a una partida de ajedrez en que se llega a un punto muerto donde, independientemente del movimiento que se haga, el resultado será, al menos, la pérdida de una pieza.

150. En mi opinión, es evidente cuál de las tres ha de ser revisada. Pero no puede hacerse mediante una decisión prejudicial. Considero que la presente petición de decisión prejudicial solo sirve para ilustrar, con un ejemplo muy elocuente, qué sucederá si el Tribunal de Justicia permanece atrapado en dicotomías seculares sobre el carácter bien vinculante al 100 % o bien

[83] Véase, en particular, el primer motivo de casación (sentencia Bélgica/Comisión, apartado 39).

[84] Véanse, en general, mis conclusiones presentadas el 16 de julio de 2020 en el asunto Région de Bruxelles-Capitale/Comisión (C-352/19 P, EU:C:2020:588), punto 142.

inexistente del Derecho. En algún momento, alguien se verá obligado a dar un paso adelante y garantizar la necesaria tutela judicial que el Tribunal de Justicia se resiste a conceder en virtud del artículo 263 TFUE.

151. No obstante, en relación con el resultado concreto del presente asunto, el Tribunal de Justicia, al menos en teoría, tiene tres opciones.

152. En primer lugar, puede duplicar el requisito de que se trate de un acto de Derecho de la Unión jurídicamente vinculante (es decir, recurrible), con arreglo al artículo 263 TFUE, y aplicarlo también a la posibilidad de plantear una petición de decisión prejudicial sobre validez en virtud del artículo 267 TFUE. Sin embargo, en tal caso, el Tribunal de Justicia estará pasando por alto el tenor del artículo 267 TFUE, párrafo primero; estará desdeñando la doctrina Grimaldi y estará excluyendo claramente la aplicación de la doctrina Foto-Frost a este tipo de actos. Por otro lado, habría mucho que decir acerca de una exigencia de «coherencia» de los procedimientos que deriva en que, en aras de tal coherencia, no haya procedimiento disponible alguno. En cualquier caso, desde el punto de vista formal, no deja de ser coherente tratar a todo el mundo igual de mal.

153. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia podría reformular la tercera cuestión prejudicial de manera que se refiriese, en esencia, a la interpretación del fundamento jurídico de las Directrices impugnadas, y no a su validez.[85] Con ello se echaría por tierra, en parte, la doctrina Grimaldi, a menos que, quizás, pudiera hacerse pasar, forzadamente, por una «aclaración» de dicha doctrina: cuando la sentencia Grimaldi y toda la jurisprudencia posterior han insistido continuamente en la posibilidad de cuestiones sobre validez en relación con «los actos de la Unión, sin excepción alguna», siempre se ha entendido que realmente querían decir «los actos *jurídicamente vinculantes* de la Unión, sin excepción alguna».[86] En consecuencia, la doctrina Foto-Frost tampoco sería aplicable a tales actos.

154. En tercer lugar, si el Tribunal de Justicia llegase a la conclusión de que la ABE se ha excedido en sus competencias, obviamente podría declarar inválidas las Directrices impugnadas. Ello implicaría mantener y aplicar la doctrina Grimaldi, pero, indirectamente, revisar la doctrina Bélgica/Comisión. Obviamente, desde el punto de vista formal, quedaría intacto este último precedente, así como la jurisprudencia que allí se consagra en cuanto a la naturaleza de los actos recurribles en virtud del artículo 263 TFUE. Sin embargo, por todas las razones expuestas en la sección anterior sobre el grado de posible disonancia entre los artículos 263 TFUE y 267 TFUE,[87] me pregunto durante cuánto tiempo podría mantenerse razonablemente esta diferenciación.

155. Dicho esto, y a pesar de todos los problemas planteados, *mientras* no exista una tutela judicial efectiva frente a los posibles efectos jurídicos adversos de los actos no vinculantes de la Unión en virtud del artículo 263 TFUE, plantear una petición de decisión prejudicial sobre validez con arreglo al artículo 267 TFUE respecto a dichos actos sigue siendo la única forma en que el Tribunal de Justicia puede garantizar que exista, al menos, un asomo de sistema completo de recursos en el Derecho de la Unión. Desde el punto de vista estructural, esta conclusión resulta ciertamente insatisfactoria, pero es la única posible a efectos de la tutela judicial efectiva.

[85] Tal como ya he sugerido (véanse los puntos 102 a 108 de las presentes conclusiones), el Tribunal de Justicia podría insistir en el hecho formal de que, por su tenor literal, la tercera cuestión prejudicial podría entenderse como de interpretación. Sin embargo, ello supondría también aceptar que le corresponde al órgano jurisdiccional nacional extraer las consecuencias que, en último término, se derivan de la apreciación de una extralimitación de competencias por un organismo de la Unión.

[86] Véase, no obstante, la sentencia de 25 de marzo de 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, apartado 83).

[87] Véanse los puntos 135 a 148 de las presentes conclusiones.

V. Conclusión

156. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Conseil d'État (Consejo de Estado, Francia) del modo siguiente:

«1) El artículo 267 TFUE permite plantear una petición de decisión prejudicial relativa a la validez de los actos no vinculantes de la Unión, como las Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, adoptadas por la Autoridad Bancaria Europea el 22 de marzo de 2016.

2) El artículo 267 TFUE no se opone a que una federación profesional, mediante una excepción de ilegalidad formulada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con las disposiciones sobre legitimación activa del Derecho nacional, impugne las directrices dirigidas a los miembros cuyos intereses defiende, aunque no la afecten directa ni individualmente.

3) El objeto y el contenido, de las Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista, adoptadas por la Autoridad Bancaria Europea el 22 de marzo de 2016, no están comprendidos en el ámbito de aplicación de los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión. Por tanto, dichas Directrices son inválidas.»