CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JOSEPH GAND presentadas el 3 de febrero de 1966 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Conforme al artículo 91 del Reglamento de Procedimiento, este Tribunal sólo debe pronunciarse hoy sobre la causa de inadmisión propuesta por la Comisión de la CEE al recurso que le ha sido sometido por la sociedad Lütticke y otras dos empresas alemanas.

El Tribunal ya conoce los orígenes del litigio. Estas tres sociedades, que importan leche en polvo procedente de países del mercado común, entienden que la percepción por parte de la República Federal de Alemania de un impuesto compensatorio del impuesto sobre el volumen de ventas en el momento de la importación de este producto constituye desde el 1 de enero de 1962, fecha de comienzo de la segunda etapa, una violación del Tratado de Roma. Al ser infructuosas sus gestiones oficiosas, dichas empresas utilizaron el procedimiento del artículo 175 y presentaron el 15 de marzo de 1965 una solicitud a la Comisión con el fin de que:

1) Acordara una decisión (einen Beschluß fassen) en el sentido de que la percepción del impuesto compensatorio de que se trata constituye una infracción del artículo 95 del Tratado.

2) Iniciara el procedimiento del artículo 169 contra la República Federal con objeto de que suprimiera el impuesto con efectos del 1 de enero de 1962, dando previamente ocasión a dicho Estado de presentar sus observaciones y, en caso de que no se atuviera al dictamen de la Comisión en el plazo determinado por ésta, «procediera de conformidad con el apartado 2 del artículo 169», es decir, recurriera al Tribunal de Justicia para que éste declarara el incumplimiento por parte del Estado demandado de una de las obligaciones que le incumben.

3) Por último, las demandantes solicitaron que se les comunicaran las decisiones sobre las solicitudes que acabo de mencionar.

Después de una resolución provisional recibieron el 17 de mayo de 1965 una carta urgente, firmada por el Director General de «Competencia», cuyo texto íntegro figura en el informe para la vista. Este alto funcionario indica que, al reducir el impuesto compensatorio del 4 % al 3 % desde el 1 de abril de 1965, la República Federal de Alemania puso fin a la infracción del apartado 1 del artículo 95 «que la Comisión de la CEE había señalado y criticado». Por

* Lengua original: francés.

tanto, la Comisión renunció a insistir a la República Federal sobre la necesidad de una reducción retroactiva al 1 de enero de 1965 del tipo del impuesto de que se trata. «Por otra parte, la Comisión se permite hacer observar que esta información se les proporciona sin reconocimiento alguno de una obligación jurídica. De conformidad con el apartado 3 del artículo 175 del Tratado CEE, sus clientes no tienen la posibilidad de interponer un recurso por omisión relativo a las solicitudes que Uds. han presentado.»

En vista de todo ello, la sociedad Lütticke y sus dos codemandantes someten al Tribunal de Justicia dos pretensiones. Fundándose en el párrafo segundo del artículo 173 del Tratado, solicitan la anulación de la «decisión» contenida en la carta que he resumido, decisión que iba destinada a ellos y que les fue notificada. No obstante y para el caso de que el Tribunal no considere que esta carta constituye una decisión, ello tendría por consecuencia que la Comisión no habría definido su posición en el sentido del párrafo segundo del artículo 175 del Tratado: por tanto nos encontraríamos ante una omisión por parte de la Comisión, omisión que los demandantes solicitan declarar con carácter subsidiario.

De esta forma, el procedimiento se inició mediante un requerimiento en el sentido del artículo 175. En consecuencia, y con objeto de decidir sobre la excepción de inadmisibilidad, es conveniente en primer lugar precisar el alcance de este artículo del Tratado de Roma. Veremos que las posibilidades que el Tratado ofrece a los particulares son considerablemente menores que las que resultan del artículo 35 del Tratado CECA, que este Tribunal ha aplicado a menudo.

Abierto a los Estados miembros o a las otras Instituciones de la Comunidad en el caso en que el Consejo o la Comisión, en violación del Tratado, se abstengan de pronunciarse, el recurso está subordinado a un requerimiento previo para actuar. Si, en el momento de la expiración de un plazo de dos meses a partir de dicho requerimiento, la Institución no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses. Pongamos de manifiesto, al margen, que la expresión «definición de postura» es muy vaga y muy amplia.

El párrafo tercero del artículo 175 añade: «Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por *no haberle dirigido* una de las instituciones de la Comunidad *un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.*» La consecuencia de ello es que el objeto esencial del recurso por omisión, interpuesto por una persona física o jurídica, es obtener la adopción de un acto jurídico que, por su naturaleza y su finalidad, debe *dirigirse* al demandante y que sólo puede ser una *decisión.* Esto ya fue puesto de manifiesto por el Abogado General Sr. Roemer en sus conclusiones sobre un recurso bastante análogo, Rhenania y otros/Comisión (103/63, Rec. 1964, p. 839) que fue sobreseído.

De forma similar al artículo 169, la disposición que acabamos de ver impide que una persona privada pueda conseguir la declaración del incumplimiento por parte de un Estado miembro de una de sus obligaciones. En la sistemática del Tratado de París sólo incumbía a la Alta Autoridad el señalar este incumplimiento, mediante una decisión

motivada, contra la cual el Estado disponía de un recurso de plena jurisdicción ante este Tribunal de Justicia. Este Tribunal ha admitido a favor de una empresa que entiende que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones, la posibilidad de solicitar a la Alta Autoridad que exhorte a este Estado para actuar conforme al Tratado, y, en caso de inacción de la Institución, la posibilidad de interponer el recurso por omisión del artículo 35 (asuntos acumulados 7/54, 8/54 y 9/54, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises/Alta Autoridad, Rec. 1955-1956, pp. 53 y ss., especialmente p. 55, y el asunto 30/59,- Rec. 1961, pp. 1 y ss., especialmente p. 3).

Una jurisprudencia en este sentido se explica por el hecho de que el recurso del artículo 35 está sometido a las condiciones generales del recurso de anulación indicadas en el artículo 33; las decisiones individuales de las que se trata el apartado 2 del artículo 33 no deben estar dirigidas necesariamente al demandante, sino simplemente afectarle. Finalmente, la decisión motivada con arreglo al artículo 88 del Tratado CECA es una decisión individual, que puede afectar a los particulares en el sentido del apartado 2 del artículo 33.

Por el contrario, con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, la Comisión no puede declarar por medio de un acto jurídico vinculante la violación del Tratado por parte de un Estado miembro; la Comisión *únicamente* puede someter la cuestión al Tribunal de Justicia, al término de un procedimiento cuyo elemento esencial es la publicación de un dictamen motivado antes del cual se ha debido ofrecer al Estado afectado la posibilidad de presentar observaciones. Las medidas previstas en el artículo 169 son, por tanto, los elementos de un procedimiento destinado a regular un litigio entre la demandada y un Estado miembro que, en definitiva, sólo puede ser resuelto por la sentencia que el Tribunal de Justicia está llamado a dictar. Se trate de la invitación dirigida al Estado miembro de presentar sus observaciones o del dictamen motivado previo al sometimiento del asunto al Tribunal de Justicia, nos encontramos en cualquier caso ante actos (empleando este término en su sentido más genérico y sin atribuirle un significado jurídico preciso) que se adoptan en relación con un Estado miembro y que en ningún caso están dirigidos a aquel que ha requerido a la Comisión para que actúe.

De esta forma, si el tenor del párrafo tercero del artículo 175 se opone a la posibilidad del recurso por omisión a favor de una persona privada por falta de aplicación del procedimiento previsto en el artículo 169 contra un Estado miembro, ello no se debe al azar, sino a la voluntad de los autores del Tratado de suprimir, en relación con los particulares, la facultad que les ofrecían las disposiciones combinadas de los artículos 33, 35 y 88 del Tratado CECA. Cualquier interpretación que tendiera a aplicar la antigua jurisprudencia del Tribunal en el marco del Tratado de Roma estaría efectivamente en contra no sólo del tenor literal del texto sino también de la intención de sus autores.

He intentado subrayar determinados aspectos de los procedimientos previstos en los artículos 169 y 175 porque las mismas demandantes han querido utilizar el último de ellos para obligar a la Comisión a hacer uso del primero. Creo que son bastante sencillas las conclusiones que se pueden

extraer de ellos en cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto ante este Tribunal de Justicia -sea basándose en el artículo 173, sea basándose en el párrafo tercero del artículo 175-. Independientemente de la habilidad dialéctica de las demandantes, propongo al Tribunal estimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

1. Con carácter principal, las sociedades demandantes solicitan al Tribunal de Justicia la anulación de la Decisión de 14 de mayo de 1965 que, en su opinión, está destinada a ellas y que les fue notificada el 17 de mayo de 1965. Se trata de la carta mediante la cual el Director General de la «Competencia» respondía a las solicitudes precisas dirigidas con arreglo al artículo 175 a la Comisión, indicando que ésta no considera que la República Federal de Alemania haya infringido el artículo 95 del Tratado y, consecuentemente, no ve ninguna necesidad de una nueva intervención.

Recordemos que el párrafo segundo del artículo 173 está redactado en los siguientes términos: «Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, la afecten directa e individualmente.» No creo que la carta objeto del litigio pueda ser impugnada por las demandantes fundándose en el artículo 173.

Y ello no tanto porque el escrito, como sostiene la Comisión atendiendo a las características externas del documento, éstas no permitan ver en él una decisión en el sentido del artículo 173: el hecho de que haya sido redactada en un servicio de la Dirección General de la «Competencia», que lleve el encabezamiento y un número de registro de esta Dirección General y que haya sido firmada por el Director General afectado, en su propio nombre y no por delegación, no me parece decisivo. En efecto, de los mismos términos de la carta se deduce que el firmante de la misma expone en ella el punto de vista de la Comisión y el Agente de esta última había declarado además, en la fase oral, que la Comisión había aprobado con anterioridad el contenido de la carta. Para una persona desprevenida y que no conozca las disposiciones del reglamento interior de la Institución, dicho documento puede parecer que notifica una postura definida por la Comisión como tal y no por uno de sus Servicios.

Por el contrario, la carta de que se trata me parece, en razón de su contenido, que puede constituir una decisión contra la que cabe un recurso. En principio, una decisión denegatoria no puede ser objeto de dicho recurso más que cuando el acto positivo que la Institución rehusa adoptar puede ser impugnado en sí mismo. En este asunto, el dictamen motivado que pudiera emitir la Comisión sobre un incumplimiento por parte de la República Federal de sus obligaciones, la invitación hecha a este Estado a presentar sus observaciones, y, más generalmente, la iniciación del procedimiento del artículo 169 constituyen las fases previstas de un recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia, pero no actos jurídicos que puedan ser ellos mismos objeto de un recurso. Lo mismo cabe decir necesariamente de la denegación de iniciar este procedimiento o de cumplir cada uno de estos actos.

Por otra parte, la carta objeto de litigio no constituye una decisión que pueda ser objeto de recurso porque no produce ningún efecto jurídico en relación con aquellas personas a quien va dirigida y éstas no tienen ningún derecho a exigir a la Comisión que inicie el procedimiento previsto en el artículo 169: la Institución emite un dictamen motivado *si entiende* que el Estado miembro ha incumplido alguna de sus obligaciones y si el Estado miembro no se atiene a este dictamen en un plazo determinado, la Comisión *puede* recurrir al Tribunal de Justicia. Por tanto se ve como aparece, en dos fases sucesivas del procedimiento, una libertad de apreciación de la Comisión que excluye cualquier derecho de los particulares a una actuación de ésta en un sentido determinado. Las demandantes objetan que, cuando se reúnen las condiciones de hecho, la Comisión está obligada a iniciar el procedimiento del artículo 169 y que sólo posee la facultad de apreciación en relación con la segunda fase, es decir, las medidas que pide que adopte al Estado miembro. Esta cuestión es discutible; pero lo que es seguro es que aunque los Estados miembros puedan obligar a la Comisión, de conformidad con el artículo 170, a emitir un dictamen motivado sobre el alegado incumplimiento por parte de un Estado en condiciones bastante análogas a las del artículo 169, las personas físicas o jurídicas están desprovistas, por el contrario, de cualquier posibilidad de acción. Por otra parte, las demandantes ponen de manifiesto, acertadamente, que según el sistema establecido en el Tratado de Roma, solamente este Tribunal de Justicia puede ser competente para examinar si es correcta la concepción que la Comisión se forma de las obligaciones de los Estados miembros; llegan a la conclusión de que, al no poder intervenir el Tribunal de Justicia de oficio sino sólo a instancia de parte, es necesario que los particulares afectados en los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de recurrir al Tribunal. Pero también aquí olvidan que, con arreglo a disposiciones expresas, al Tribunal de Justicia sólo puede recurrir contra el incumplimiento por parte de un Estado miembro la Comisión, con arreglo al artículo 169, u otro Estado miembro con arreglo al artículo 170.

Todo ello me lleva a admitir que, cuando la Comisión denegó dar curso a una solicitud que tenía por objeto iniciar el procedimiento del artículo 169, no adoptó una decisión que pudiera ser objeto de recurso en los términos del párrafo segundo del artículo 173. Es cierto que éste no era el único objeto de la carta dirigida en nombre de las demandantes, las cuales también habían manifestado su deseo de que se les comunicaran los acuerdos relativos a su solicitud principal. La carta que ellas impugnan constituye a este respecto una respuesta a sus pretensiones que tampoco es, sin embargo, recurrible. Sólo cabe aquí reproducir las palabras del Abogado General en el citado asunto 103/63, según las cuales la notificación de los actos de este tipo «sólo constituye un accesorio secundario, un reflejo del acto mismo, sin contenido jurídico propio», al que por tanto cabe aplicar las mismas consideraciones.

2. Al Tribunal de Justicia le han sometido también las demandantes unas pretensiones con carácter subsidiario para el supuesto, que ellas presentían desde el comienzo, de que el Tribunal de Justicia considerara que la carta que se les había dirigido no constituyera una decisión que pudiera ser objeto de recurso en los términos del artículo 173.

Por tanto debía ser posible la iniciación de un recurso por omisión conforme al artículo 175. Pero me niego a admitir el dilema en el que se pretende encerrar a este Tribunal y por tanto sólo es preciso en este punto referirme a lo que he dicho anteriormente sobre este artículo.

El recurso por omisión interpuesto por una persona física o jurídica supone que, en caso de violación del Tratado, la Comisión, a pesar de haber recibido una invitación a actuar, haya omitido dirigir al demandante un acto distinto a una recomendación o un dictamen. Ahora bien, puesto que los particulares no tienen ningún derecho a que se inicie el procedimiento del artículo 169, la negativa de la Comisión a acceder a una solicitud en este sentido no puede constituir una violación del Tratado.

Por otra parte, el recurso sólo es admisible cuando una Institución omite dirigir un acto «distinto de una recomendación o de un dictamen», es decir –sin necesidad de precisar más–, un acto de naturaleza vinculante. Además, es necesario que este acto, en atención a su naturaleza, se dirija al demandante y que esté efectivamente destinado a él. Éste, efectivamente, no era el caso de las medidas solicitadas por las demandantes las cuales no habrían constituido actos jurídicos de naturaleza obligatoria y habrían afectado a la República Federal. Prueba de ello es que en el tercer punto de la carta de las demandantes de 15 de marzo de 1965 deseaban simplemente que se les comunicaran «las decisiones solicitadas en los puntos 1 y 2» que solamente afectaban a la República Federal.

Además, con arreglo al párrafo segundo del artículo 175, no cabe hablar de omisión más que en el caso de que la Institución no hubiere definido su posición en el plazo de dos meses, fórmula algo diferente a la que figura en el artículo 35 del Tratado CECA. ¿No cabe ver en la negativa de la Comisión a actuar en el sentido solicitado una definición de postura que impide la interposición de un recurso por omisión? No me parece necesario resolver esta cuestión y propongo al Tribunal desestimar las pretensiones subsidiarias.

Por último, me gustaría hacer dos precisiones finales.

En primer lugar e independientemente de cuál sea la sutileza del recurso, todo el proceder de las demandantes ha estado dirigido desde un primer momento a obligar a la Comisión a iniciar el procedimiento del artículo 169 contra la República Federal de Alemania. Ya he indicado los motivos por los que las demandantes no pueden impugnar la omisión o la denegación de la Institución. A ello cabe añadir todavía que si el Tribunal de Justicia juzga de otro modo y entiende que debe examinar la fundamentación de sus pretensiones, deberá indagar si la percepción del impuesto compensatorio del Impuesto sobre el Volumen de Negocios para la importación de leche en polvo constituye una infracción al artículo 95 del Tratado. De esta manera el Tribunal, en caso afirmativo, declarará a instancia de un particular la existencia de una infracción por parte de un Estado miembro contra las obligaciones que le incumbe, sin que haya sido instado para ello por la Comisión o por otro Estado miembro y sin que el Estado inculpado haya tenido la ocasión de presentar sus observaciones y, por consiguiente, en oposición a las reglas formales de los

artículos 169 y 170 del Tratado. Ello constituye una prueba más de que dichas pretensiones no son admisibles.

Si, por otra parte -ésta es mi segunda observación- la vía del artículo 169 se encuentra de esta forma vedada a los particulares por voluntad de los autores del Tratado, las demandantes no están privadas necesariamente de toda protección jurídica, ya que tienen la del artículo 177; esta vía no es puramente teórica, como lo prueba el asunto 57/65 en el que el Finanzgericht de Sarrebrück planteaba la cuestión de la aplicación directa del artículo 95 del Tratado.

Por último, el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse sobre las costas; el Abogado de las demandantes había solicitado en la vista oral que se impusieran en su totalidad y en cualquier caso a la Comisión. Si he comprendido bien, al tener la carta de respuesta de esta Institución por lo menos la apariencia de una decisión, ello condujo a la sociedad Lütticke a interponer su recurso. El argumento no me parece muy convincente, puesto que el último apartado del documento que se discute, por las reservas que contenía, podía, por el contrario, poner en guardia a las demandantes contra un proceso temerario. Tampoco veo que haya una razón particular para hacer una excepción aquí a la regla del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, conforme al cual la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte, como ha hecho la Comisión.

Concluyo por tanto:

- Que se desestime el recurso 48/65 por infundado.

- Y que se impongan las costas a las sociedades demandantes.