CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO
presentadas el 12 de julio de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Con el presente recurso, la República Francesa solicita la anulación, con arreglo al párrafo 1 del artículo 173, de un acto adoptado por la Comisión, denominado «Instrucciones internas de servicio sobre ciertas modalidades administrativas y técnicas que deben aplicar los agentes autorizados por la Comisión para la toma de muestras y el análisis de productos, efectuados en el marco de la gestión y del control del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria». [1]

Según el Gobierno francés, las instrucciones internas de que se trata facultan a los agentes de la Comisión para realizar controles (toma de muestras y análisis de los productos) no previstos en la normativa comunitaria vigente, y que, en ningún caso, forman parte de las competencias de la Comisión.

Por consiguiente, los orígenes del litigio deben encuadrarse en el ámbito de la legislación comunitaria en materia de control de los gastos financiados por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria (en lo sucesivo, «FEOGA»).

2. El Reglamento (CEE) nº 729/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970, sobre la financiación de la política agraria común, [2] estableció, paralelamente al régimen de los recursos propios, un sistema de financiación directa por parte de la Comunidad. La Comisión pone a disposición de los Estados miembros los créditos necesarios al objeto de que los organismos nacionales procedan a efectuar los pagos. Es evidente que la gestión de los pagos de que se trata, por parte de los Estados miembros y por cuenta de la Comunidad, puede dar lugar a irregularidades y fraudes. A este supuesto se refieren los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, que regulan un sistema de control y de vigilancia.

El artículo 8 impone a los Estados miembros la obligación general de adoptar las medidas necesarias para asegurar la regularidad de las operaciones financiadas por el FEOGA, prevenir y perseguir las irregularidades, así como recuperar las sumas perdidas como consecuencia de irregularidades o negligencias. Por lo tanto, es obligación de los Estados miembros organizar un sistema de controles eficaces sobre los operadores y organismos nacionales encargados de los pagos.

A renglón seguido, el artículo 9 regula la facultad de la Comisión para efectuar verificaciones sobre el terreno, así como la de colaborar con los mismos Estados exigiendo controles adicionales (sobre el particular, véase el octavo considerando), sin perjuicio

* Lengua original: italiano.

1 — DO C 264 de 11.10.1988, p. 3.

2 — DO L 94 de 28.4.1970, p. 13.

de los controles que hagan los Estados miembros.

En particular, el apartado 1 del artículo 9 prevé la obligación de los Estados miembros de poner a disposición de la Comisión *todas las informaciones necesarias para el buen funcionamiento del Fondo* y de adoptar *todas las medidas que puedan facilitar la realización de los controles que la Comisión considere útiles* en el marco de la gestión de la financiación comunitaria, incluyendo *verificaciones sobre el terreno.*

Con arreglo al apartado 2 del mismo artículo, los agentes facultados por la Comisión para las verificaciones sobre el terreno tendrán *acceso a los libros y a cualquier documento de otro tipo que tenga relación con los gastos financiados por el Fondo.* Podrán comprobar en particular:

a) la conformidad de las prácticas administrativas con las normas comunitarias;

b) la existencia de los documentos justificativos necesarios y su concordancia con las operaciones financiadas por el Fondo;

c) las condiciones en las que se realizarán y *comprobarán* las operaciones financiadas por el Fondo.

Por último, con arreglo al apartado 3 de dicho artículo, el *Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, establecerá, en tanto fuere necesario, las normas generales de aplicación del aludido artículo.*

3. Precisamente, sobre la base de dicho artículo, se plantea el problema del que nos ocupamos en el presente asunto. Considerando que, en efecto, los apartados 1 y 2 del artículo 9 del Reglamento nº 729/70 confieren a sus agentes la *facultad de proceder de forma independiente a la toma de muestras* de los productos financiados por el FEOGA y a los análisis correspondientes, y como consecuencia de discrepancias sobre el particular con algunos Estados miembros (particularmente con Francia), el 7 de enero de 1987, la Comisión constituyó un grupo de trabajo de diversos servicios para redactar las instrucciones internas de referencia. El 15 de septiembre de 1988, se informó de ello al Comité FEOGA, y aproximadamente un mes más tarde dichas instrucciones se publicaron en la serie C del Diario Oficial.

4. Una vez manifestado lo anterior, y remitiéndome al informe para la vista para ulteriores elementos, debe ponerse de relieve que la demandante sostiene, en primer lugar, que el acto que impugna encubre un verdadero reglamento de aplicación del artículo 9 del citado Reglamento, sin que la Comisión fuera competente para su adopción, por cuanto el apartado 3 atribuye expresamente al Consejo, y únicamente al Consejo, la competencia para establecer normas generales de aplicación. Por lo tanto, mediante la adopción de las controvertidas instrucciones internas, la Comisión ejerció unas facultades que no ostenta con arreglo a la normativa comunitaria aplicable; en ello se basa el vicio de incompetencia que determina la nulidad del acto.

5. En su escrito de contestación, la Comisión planteó una excepción de inadmisibilidad, alegando que las instrucciones internas de referencia no constituyen un acto recurrible con arreglo al artículo 173 del Tra-

tado. Con carácter subsidiario, dicha institución solicita que se desestime el recurso.

Sobre la admisibilidad

6. En el presente litigio se ha dedicado la mayor atención al examen de la admisibilidad del recurso. Evidentemente, el problema consiste en determinar si en las instrucciones internas objeto del litigio pueden reconocerse las características de un acto recurrible con arreglo al artículo 173.

Es sabido que, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 173, puede presentarse recurso de anulación contra los actos del Consejo y de la Comisión que no sean recomendaciones o dictámenes. Una redacción de este tipo permite suponer que el término «actos» tan sólo se refiere a los actos vinculantes a que alude al artículo 189. Efectivamente, los artículos 173 y 189 forman un todo coherente, de modo que el término «actos» que aparece en el artículo 173 no puede ampliar la competencia del Juez comunitario para el conocimiento de manifestaciones de voluntad que no se concreten en reglamentos, directivas o decisiones.

No obstante, en principio, la calificación del acto corresponde al Juez, incluso con independencia del *nomen iuris* que se haya atribuido al acto. Se trata de un principio muy consolidado en el Derecho de la mayor parte de los Estados y que, en numerosas ocasiones, ha confirmado este Tribunal de Justicia, sobre todo en lo tocante al requisito consistente en garantizar una adecuada tutela jurisdiccional de los administrados. En suma, la apreciación jurídica de una manifestación de voluntad está en función de la sustancia del acto, su contenido y los efectos que produce. Desde este punto de vista, en cambio, tiene menos importancia la forma escogida.

7. En diversas ocasiones el Tribunal de Justicia ha tenido que ocuparse del alcance del término «actos» al que se refiere el artículo 173. A este respecto, no me parece ocioso poner de relieve que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha desarrollado sobre todo en relación con el párrafo 2 del artículo 173 (así como sobre el párrafo 2 del artículo 33 del Tratado CECA), y, por ende, ha tenido ocasión de precisar los elementos que permiten calificar como «decisión», en el sentido del Tratado, un determinado acto adoptado por las instituciones.

A modo de ejemplo, en el asunto 54/65,[3] en el ámbito de la CECA, el Tribunal de Justicia declaró que «en efecto, una decisión debe manifestarse como un acto adoptado por el órgano competente, destinado a producir efectos jurídicos, que constituya el final del procedimiento interno de dicho órgano y que suponga una regulación definitiva bajo una forma que permita identificar su naturaleza» *(traducción provisional).*

Tal apreciación pone de manifiesto que, a pesar de tener en cuenta la sustancia del acto, el Tribunal de Justicia ha especificado los elementos formales necesarios o, en cualquier caso, suficientes, para que se considere el acto como decisorio y susceptible de recurso.

8. Menos atenta a los criterios de forma y más preocupada por asegurar a los administrados una protección lo más amplia posible resulta, en cambio, la jurisprudencia pertinente en la materia en el ámbito del Tra-

3 — Véase la sentencia de 16 de junio de 1966 (Forges de Chatillon/Alta Autoridad, Rec. 1966, pp. 381 y ss., especialmente pp. 394 y 395); en sentido análogo, véase la sentencia de 5 de diciembre de 1963 (Usines Henricot/Alta Autoridad, asuntos acumulados 23/63, 24/63 y 52/63, Rec. 1963, pp. 439 y ss., especialmente p. 450).

tado CEE. Ya en los asuntos acumulados 8/66 a 11/66,[4] en los que por primera vez trató del problema controvertido en el ámbito de la CEE, el Tribunal de Justicia declaró que, en relación con la impugnación es suficiente que se trate de actos que afecten a los intereses de los administrados «modificando esencialmente su situación jurídica» *(traducción provisional)*. Desde esta perspectiva, no se consideró relevante la circunstancia de que el acto impugnado no se denominara decisión y que tuviera el carácter de acto provisional, en la medida en que se trataba, sustancialmente, de una decisión que representaba la culminación de un procedimiento especial y que, por lo tanto, podía producir efectos jurídicos definitivos. Además, el Tribunal de Justicia entendió que el hecho de considerar impugnable un acto de carácter procedimental, además de entorpecer el procedimiento, en cualquier caso, «carece de relevancia con respecto a las garantías que el Tratado reconoce a favor de los particulares, las cuales deben prevalecer sobre cualquier Reglamento» *(traducción provisional)*.

En el asunto 60/81,[5] precisó, más tarde, el Tribunal de Justicia que «[...] constituyen actos que pueden ser objeto de un recurso de anulación [...] las medidas destinadas a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del recurrente, modificando de modo relevante la situación jurídica de éste. En cambio, por principio, la forma en la que se adoptan dichos actos o decisiones, es irrelevante en lo que se refiere a la posibilidad de impugnarlos mediante un recurso de anulación» *(traducción provisional)* (apartado 9).

9. En cambio, son más raras las ocasiones en las que se ha acudido al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre el término «actos», en el sentido del párrafo 1 del artículo 173,[6] disposición que no se limita únicamente a las decisiones, en particular, cuando el acto impugnado no tiene alcance individual, sino general y abstracto. En este sentido, me remito, ante todo, a la conocida sentencia dictada en el asunto AETR,[7] en la que el Tribunal de Justicia declaró que «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164, el recurso tiene por objeto garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado. Sería contrario a esta finalidad interpretar en sentido estricto los requisitos de admisibilidad de la acción, limitando su ejercicio a las clases de actos a los que se refiere el artículo 189. Por lo tanto, el recurso de anulación debe poderse interponer contra cualesquiera disposiciones que adopten las instituciones, independientemente de su naturaleza y forma, destinadas a producir efectos jurídicos» *(traducción provisional)* (apartados 38 a 43).

A mi parecer, resulta particularmente significativa la expresión «destinadas a producir efectos jurídicos» *(traducción provisional)*, que aparece quizá más difuminada en el asunto 114/86,[8] en el que el Tribunal de Justicia precisó que «un acto no puede ser objeto de recurso de anulación si no está destinado a producir efectos jurídicos», pero que, en mi opinión, explica claramente la diferencia entre los efectos que produce un acto de carácter individual y los inherentes, en cambio, a un acto de carácter general y abstracto.

4 — Sentencia de 15 de marzo de 1967 (Cimenteries/Comisión, Rec. 1967, pp. 83 y ss., especialmente pp. 85 y 86).

5 — Sentencia de 11 de noviembre de 1981 (IBM/Comisión, Rec. 1981, p. 2639).

6 — En este contexto merecen especial mención las sentencias que han reconocido la legitimación pasiva del Parlamento Europeo. Sentencia de 10 de febrero de 1983 (Luxemburgo/Parlamento Europeo, 230/81, Rec. 1983, p. 255); sentencia de 10 de abril de 1984 (Luxemburgo/Parlamento Europeo, 108/83, Rec. 1984, p. 1945); sentencia de 23 de abril de 1986 («Les Verts»/Parlamento Europeo, 294/83, Rec. 1986, p. 1339); sentencia de 25 de febrero de 1988 («Les Verts»/Parlamento Europeo, 190/84, Rec. 1988, p. 1017). En todos estos asuntos, el Tribunal de Justicia consideró que también contra un acto del Parlamento Europeo (como una resolución) puede interponerse un recurso cuando tiene por objeto la producción de efectos jurídicos con respecto a terceros.

7 — Sentencia de 31 de marzo de 1971 (Comisión/Consejo, 22/70, Rec. 1971, p. 276).

8 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Reino Unido/Comisión, Rec. 1988, p. 5289).

En definitiva, habida cuenta de que los términos precisos utilizados en un contexto determinado no necesariamente deben tener idéntico valor para una situación fáctica distinta, en el sentido de que de los mismos no pueden sacarse conclusiones aplicables con carácter general, de la aludida jurisprudencia se desprende que, con respecto al control jurisdiccional, es poco relevante la forma externa que adopta el acto: lo importante es, sobre todo, el contenido y los efectos del acto. Más concretamente, dos son los requisitos que deben concurrir en el acto para que contra el mismo pueda interponerse un recurso de anulación:

a) debe producir efectos jurídicos que modifiquen la situación jurídica de los destinatarios, [9]

b) y debe tratarse de una medida de carácter definitivo, en el sentido de que no puede interponerse el recurso contra actos de trámite, adoptados en el curso del procedimiento que conduce a la disposición última o, en su caso, contra un acto preparatorio. [10]

10. No obstante, la aludida jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque sin lugar a dudas destaca la sustancia más que la forma del acto para proteger a los administrados, no me parece que haya dado una respuesta segura a una pregunta en un cierto sentido preliminar con respecto a la propia *capacidad del acto para producir efectos jurídicos* ante unas formas esenciales mínimas o a falta de las mismas, independientemente de la circunstancia de que, como resultado de una apreciación específica del contenido del acto, se descubra la existencia de efectos jurídicos y, concretamente, de efectos prejudiciales.

A ello debe añadirse que, en algunos casos, el Tribunal de Justicia, no sólo se ha planteado la cuestión a que acaba de hacerse referencia, sino que, para ello, ha considerado también un elemento, la competencia de la institución, que, en rigor, guarda relación no tanto con la posibilidad de recurrir el acto como con su legalidad.

De cualquier modo, desde esta última perspectiva resulta significativa, además de la ya mencionada sentencia dictada en el asunto 54/65, una postura recientemente adoptada por el Tribunal de Justicia que, mediante auto de 17 de mayo de 1989, [11] determinó que constituía un motivo de inadmisibilidad del recurso la imposibilidad de que el acto produjera efectos jurídicos. En dicha ocasión se trataba de un télex de la Comisión con el que se interpretó las disposiciones comunitarias relativas a las ayudas a la producción de semillas de soja, que impugnó el Gobierno italiano, télex del que el Tribunal de Justicia afirmó que «no puede producir efectos jurídicos», por cuanto «ninguna disposición de los citados Reglamentos adoptada en esta materia atribuye competencia a la Comisión para adoptar decisiones sobre su interpretación al no tener ésta más posibilidad, que siempre se le reconoce, que la de formular su opinión, la cual no vincula, en ningún caso, a las autoridades nacionales».

11. A la luz de cuanto antecede, considero que, en primer lugar, y si se quiere de forma abstracta, debe determinarse la posibilidad de que las «instrucciones internas» impugnadas produzcan efectos jurídicos frente a los

9 — Véanse la sentencia de 15 de marzo de 1967 (Cimenteries/Comisión, asuntos acumulados 8/66 a 11/66, Rec. 1967, p. 115); sentencia de 24 de junio de 1986 (AKZO/Comisión, 53/85, Rec. 1986, p. 1965); sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Reino Unido/Comisión, antes citada, apartado 12).

10 — Véase sentencia de 16 de junio de 1966 (Forges de Chatillon/Alta Autoridad, 54/65, Rec. 1966, p. 395); sentencia de 11 de noviembre de 1981 (IBM, antes citada, apartado 9).

11 — Auto de 17 de mayo de 1989 (República Italiana/Comisión, 151/88, Rec. 1989, p. 1255).

Estados miembros, incluso antes de analizar el contenido y de determinar si producen o «están destinadas» a producir efectos, y, de ser así, cuáles.

a) *Sobre la forma del acto impugnado*

12. El acto objeto de examen se denomina «Instrucciones internas»; la institución que lo adoptó lo califica de esta forma también en el escrito de contestación; se halla desprovisto de cualquier base jurídica; no lleva la firma de ningún miembro de la Comisión; se publicó en la serie C (meramente informativa) del Diario Oficial, y tiene como claros y únicos destinatarios los funcionarios de la institución.

Podría afirmarse que, para ser un acto de carácter interno, se halla revestido de una publicidad excesiva e insólitamente formal y solemne. No obstante, es evidente que la Comisión es libre de elegir la forma que considere oportuna para difundir un acto de carácter meramente interno. Por otra parte, la publicación en el Diario Oficial no es el factor que contribuye a determinar los términos en que se plantea el problema: aun cuando no hubiera sido publicado, nos encontraríamos ante los mismos interrogantes acerca de la naturaleza del acto (por ejemplo, en el asunto 114/86 [12]).

13. Dicho esto, quisiera recordar que se denominan actos de carácter interno los que agotan su eficacia en el ámbito de la institución que los adopta, por afectar a las relaciones entre superior jerárquico y subordinados, o por tratarse de directrices que deben seguirse dentro de la institución para la adopción de la decisión definitiva, o bien, por último, por constituir actos de organización interna del órgano. Por lo tanto, se trata de actos que no tienen transcendencia externa, en particular con respecto a los administrados y a los Estados miembros.

Teniendo en cuenta lo anterior, me pregunto: ¿un acto calificado como acto interno por la institución que lo adopta y que no reúna ninguno de los requisitos sustanciales de forma para la adopción de un acto vinculante es, a pesar de ello, vinculante frente a terceros o, de algún modo, oponible a los mismos en el caso de que les obligue a cumplir determinadas obligaciones? Y también: ¿un acto como el que es objeto del presente asunto, indudablemente interno en cuanto a la forma, necesita de un examen en cuanto a su sustancia, objeto y contenido para poder determinar si, en su caso, puede ser objeto de recurso?

Me inclino a dar una respuesta negativa a dichas preguntas. En efecto, no excluyo que un acto como el que nos ocupa, sea, en todo caso, inadecuado para producir efectos vinculantes para terceros, independientemente de la circunstancia de que pueda verse en él una vocación de crear obligaciones incluso para quienes no son sus destinatarios aparentes o, al menos, afectar a su ámbito de intereses. Todo lo que se puede decir es que la Comisión puede disponer como mejor crea acerca de la toma de muestras de los productos: por equivocada o acertada que esté, sigue siendo, como en el asunto Italia contra Comisión, una interpretación del artículo 9 del Reglamento nº 729/70, que se dirige a sus propios funcionarios y que no vincula ni a las autoridades nacionales ni a los operadores.

En realidad, las instrucciones internas de que se trata no presentan ningún elemento

12 — Sentencia, citada, de 27 de septiembre de 1988 (Reino Unido/Comisión, Rec. 1988, p. 5289).

exterior que, independientemente de su contenido, pueda hacer considerar a un tercero que se halla ante un acto que de algún modo pueda afectar a su esfera jurídica.

14. A ello se añade otro elemento que el Tribunal de Justicia no dejó de examinar en el referido auto dictado en el asunto Italia contra Comisión. Es indiscutible que el artículo 9 del Reglamento nº 729/70 no atribuye ninguna competencia a la Comisión para la adopción de actos que regulen la materia de que se trata y, concretamente, los procedimientos de control, menos aún actos vinculantes para los Estados miembros, y ni siquiera «disposiciones de interpretación» del Reglamento en términos vinculantes para terceros, como en el asunto al que nos acabamos de referir. Y, en efecto, como muestra de lo dicho, entre las partes se ha discutido mucho sobre las facultades de la Comisión para proceder a la toma de muestras, pero no sobre la facultad para adoptar un acto que regule la materia, facultad que nadie ha supuesto, ni podía razonablemente suponer, que ostente la Comisión.

La consecuencia es que, de todos modos, aun cuando su contenido revelase alguna vocación de vincular a terceros, el acto impugnado no podía realizar tal vocación y afectar la situación jurídica de los Estados miembros u operadores del sector.

En otros términos, de un acto que, como el que se impugna en el presente procedimiento, no posea ninguno de los requisitos sustanciales de forma de un acto vinculante y proceda, por añadidura, de una institución que carece de toda competencia para adoptar actos vinculantes sobre la materia, no puede derivar ninguna obligación o efecto jurídico para un Estado miembro. Ello es así sin que sea necesario determinar si la toma autónoma de muestras por parte de la Comisión forma parte o no de sus facultades con arreglo al artículo 9 del Reglamento nº 729/70, por cuanto, en ningún caso, corresponde a la Comisión adoptar actos vinculantes que, con carácter general, regulen las modalidades de las operaciones de control, sino, a lo sumo, «instrucciones internas», precisamente, sólo interpretativas (poco importa si procedentes o no) y, de cualquier modo, no vinculantes ni para las autoridades nacionales ni para los administrados.

Desde la perspectiva expuesta hasta este punto, resulta que el acto impugnado, dada su inadecuación para producir efectos jurídicos con respecto a terceros que no son sus destinatarios aparentes, por carecer de las formas sustanciales y por total incompetencia de la institución que lo ha adoptado, no es un acto contra el que pueda imponerse un recurso con arreglo al artículo 173 del Tratado, por lo cual debe declararse la inadmisibilidad del recurso del Gobierno francés.

15. Pueden eliminarse eventuales dudas sobre el particular de las que no quiero vanagloriarme de estar exento.

En particular, no considero que tal solución sea contraria al requisito de garantizar a los administrados (y a los Estados miembros) una adecuada tutela jurisdiccional. El problema debe resolverse de raíz, en la medida en que, en ningún caso y desde ningún punto de vista, la Comisión puede pretender el cumplimiento de obligaciones que, por derivar del acto de referencia, serían inexistentes para terceros. Por lo demás, una posible negativa del Estado miembro a aceptar

la toma de muestras «autónoma» de los funcionarios de la Comisión podría inducir a esta última a entablar un procedimiento con arreglo al artículo 169, no ya por infracción de las «instrucciones internas» sino del artículo 9 del Reglamento nº 729/70; y, en este caso, poco importa si fundadamente o no.

Por otra parte, la solución propuesta es sin duda, pese a todo, la más idónea para garantizar la seguridad jurídica, en la medida en que no impone a los administrados y a los Estados miembros una búsqueda diabólica de todas las disposiciones y medidas internas que de algún modo pueden encubrir un reglamento, con el resultado de que incluso la menor inseguridad les obligaría a acudir al Tribunal de Justicia (en el caso de autos, ha facilitado la búsqueda la publicación en el Diario Oficial). No puede olvidarse el principio fundamental según el cual «la aplicación uniforme del Derecho comunitario queda garantizada únicamente por actos formales adoptados con arreglo al Tratado» [13] *(traducción provisional)*, sin que se descarte que dicho principio puede aplicarse para determinar la impugnabilidad del acto.

16. Tampoco falta un precedente específico en el sentido apuntado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la sentencia dictada en el asunto 20/58, [14] sobre instrucciones de servicio, en particular, se trataba de una carta que dirigiera la Alta Autoridad a un órgano auxiliar, publicada en el Diario Oficial. En dicha ocasión, una vez que hubo recalcado que la Alta Autoridad no había tenido la intención de adoptar una decisión, sino «sencillamente de afirmar los principios que la misma, *con razón o sin ella*, consideraba que lógicamente derivaban de la decisión de base», el Tribunal de Justicia declaró que el acto impugnado «tiene carácter de medida interna, adoptada por un superior jerárquico con el fin de orientar la actividad de los subordinados y como tal origina obligaciones directas únicamente para el funcionario al que va dirigida, y no para las empresas consumidoras de chatarra» *(traducción provisional)*.

17. Por otra parte, a decir verdad, para una solución de este tipo no debería suponer ningún obstáculo decisivo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que reconoce la posibilidad de impugnar actos de alcance individual, es decir, con destinatarios claramente identificados e inmediatamente reconocibles. Verdaderamente, una tendencia de tal naturaleza se ha manifestado, sobre todo, en asuntos en los que se excepcionaba la inadmisibilidad del recurso por no haberse respetado ninguno de los requisitos de forma, pero, por lo demás, en absoluto se discutía el carácter decisorio del acto mismo. [15]

En cambio, en el caso de autos, la inexistencia de los requisitos mínimos de forma de un acto vinculante, además de la manifiesta incompetencia de la institución que lo ha adoptado para regular la materia mediante un acto de carácter reglamentario, descarta *a priori* la posibilidad de que el propio acto produzca efectos jurídicos para terceros, hasta el extremo de que su contenido, que se pretende produzca obligaciones para ter-

13 — Sentencia de 18 de junio de 1970 (Krohn, 74/69, Rec. 1970, p. 451, apartado 9).

14 — Sentencia de 17 de julio de 1959 (Phoenix-Rheinrohr/Alta Autoridad, Rec. 1958-1959, p. 163); de la misma fecha y sentido similar, véanse asuntos acumulados 32/58 y 33/58 (Rec. 1958-1959, p. 253).

15 — Sentencia de 15 de marzo de 1967 (Cimenteries, asuntos acumulados 8/66 a 11/66, antes citados). Aún más significativa en este sentido, y aunque dictada en el ámbito de funcionarios, es la sentencia de 9 de febrero de 1984 (Nelly Kholer/Tribunal de Cuentas, asuntos acumulados 316/82 y 40/83, Rec. 1984, p. 641), en la que el Tribunal de Justicia consideró que procedía admitir el recurso dirigido contra una decisión oral.

ceros, se convierta en jurídicamente irrelevante.

18. Debe manifestarse además que, ciertamente, la incompetencia de la Comisión, en realidad, constituye un vicio del acto, cuya importancia se aprecia en consideración a la legalidad del propio acto y su carácter recurrible; en términos de procedimiento, la incompetencia se refiere al fondo y no a la admisibilidad.

No obstante, si bien no puedo dejar de tener presente la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en el referido auto Italia contra Comisión, y también en la sentencia dictada en el asunto 54/65, considero que, en un asunto tan caracterizado como el que es objeto de examen, la incompetencia pueda tener una cierta relevancia en relación con el examen de la admisibilidad, en una perspectiva que se recoge, asimismo, en la jurisprudencia administrativa francesa e italiana. Por otra parte, en primer lugar, en el caso de autos, la incompetencia no es el único aspecto importante, sino que se añade a la total inobservancia de los requisitos sustanciales de forma de un acto con efectos externos; en otras palabras, la incompetencia no es un elemento decisivo y la apreciación de la idoneidad del acto que debe producir efectos jurídicos para terceros podría muy bien prescindir de dicho elemento. A este respecto, posee especial importancia la circunstancia de que los únicos destinatarios aparentes del acto son los funcionarios de la Comisión, mientras que únicamente del contenido material del acto puede deducirse que se ven implicados los Estados miembros y los operadores del sector.

En segundo lugar, nos encontramos ante un supuesto de vicio absoluto, y no sólo relativo, de incompetencia, que puede configurarse además como supuesto de inexistencia (o si se prefiere, de nulidad absoluta) del acto en cuanto a los terceros que no son sus destinatarios aparentes y, en todo caso, de inoponibilidad a éstos de cualesquiera obligaciones que puedan derivar única y exclusivamente del acto.

b) *Sobre el contenido del acto impugnado*

19. Expuesto lo anterior, para el caso en que el Tribunal de Justicia no comparta la solución apuntada y considere que debe proceder a la calificación del acto *de quo* única y exclusivamente según su contenido y prescindiendo totalmente del conjunto de los elementos que claramente lo configuran como acto interno, considero que debe abordarse también el examen del contenido del acto impugnado, para determinar si, efectivamente, su objetivo es producir efectos jurídicos para terceros, como sostiene el Gobierno demandante y, por consiguiente, puede ser impugnado.

20. La Comisión sostiene, en primer lugar, que, también desde el punto de vista material, las instrucciones controvertidas son un mero acto interno, por carecer de cualesquiera efectos jurídicos y económicos, tanto para los Estados miembros como para los operadores económicos. Para respaldar esta tesis, la Comisión precisa que, en virtud de las instrucciones internas, los gastos ocasionados por la toma de muestras corren a su cargo, la toma de muestras se circunscribe a las cantidades mínimamente necesarias, y las muestras no utilizadas se devuelven al propietario (pp. 3 y 4 del escrito de contestación). En realidad se trata de un acto meramente declarativo, adoptado con el fin de que lo utilicen sus agentes para evitar prácticas divergentes en relación con las operaciones materiales de que se trata. Como tal, el acto controvertido se limita a precisar obli-

gaciones que dimanan del artículo 9 del Reglamento nº 729/70. Más concretamente, las instrucciones *presuponen* la existencia de las obligaciones que, en opinión de la Comisión, son las que se desprenden del artículo 9, *pero no establecen otras nuevas.*

21. En relación con el contenido y la sustancia del acto, en primer lugar, debe observarse que en la exposición de motivos aparecen cuatro considerandos en los que se hace referencia al Reglamento nº 729/70, concretamente al apartado 1 del artículo 9 (segundo considerando). Se afirma, a continuación, que la toma de muestras y análisis de productos financiados por el FEOGA son cada vez más necesarios para efectuar los controles previstos en el artículo 9 (tercer considerando), y por lo tanto se establecen algunas «instrucciones», destinadas a los agentes de la Comisión, adecuadas para garantizar que las operaciones de que se trata se realicen «en condiciones óptimas».

Habida cuenta de que dichas instrucciones tienen por objeto «modalidades administrativas y técnicas que los agentes de la Comisión *deberán aplicar*», atribuyen a los mencionados agentes ante todo un *derecho de acceso* a determinados establecimientos, de los que se da una lista que no tiene carácter exhaustivo, con el fin de «tomar o hacer tomar» muestras (apartado 1). Los servicios de la Comisión están obligados a informar al Estado miembro de que se trate con una antelación mínima de 48 horas antes de la toma efectiva, sin tener que presentar, no obstante, la lista de los establecimientos que serán objeto de control (apartado 3).

Por otra parte, dichos agentes «pedirán» toda la *información* que consideren necesaria *en relación con el procedimiento de obtención* y recetas de los productos examinados (apartado 8).

Por lo que respecta a las consecuencias económicas que derivan de las instrucciones de referencia, debe señalarse que la Comisión corre con algunos gastos (párrafo 2 del apartado 2), a pesar de que *los operadores deberán soportar* algunos *gastos económicos complementarios.* En efecto, se dispone que «el propietario de las mercancías, o su representante, será responsable del transporte y mantenimiento de las mercancías en el lugar de la toma de muestras, así como de las operaciones de desembalaje y reembalaje» (párrafo 3 del apartado 2). Por lo demás, *se descarta cualquier indemnización* por la pérdida total o parcial del valor de las muestras a causa de su análisis (párrafo 2 del apartado 7).

Considero que, por el momento, es suficiente que me ciña al examen de dichos extremos para determinar si dichas instrucciones están destinadas a producir efectos jurídicos.

22. Para empezar, debo señalar que, ciertamente, no nos encontramos ante instrucciones internas «clásicas» (como las definió, no obstante, la Comisión en la vista) en la medida en que con tales términos se acostumbra a identificar un mero acto interno que agota su eficacia en el ámbito del órgano del que emana, por cuanto se refiere a las relaciones entre superior jerárquico y sus subordinados, sin que, por lo tanto, tenga relevancia externa alguna con respecto a los administrados.

Considero que, como mínimo, debe admitirse que las instrucciones internas de referencia pretenden producir efectos jurídicos hacia el exterior. La mera circunstancia de que los agentes de la Comisión *deban aplicar* dichas instrucciones, me parece que difícilmente puede llevar a una conclusión dis-

tinta. Me explicaré: la *obligación de tomar* independientemente las muestras, así como la *obligación de acceder* a los establecimientos, supone necesariamente el correspondiente deber por parte de los Estados miembros y de los operadores económicos de garantizar el acceso (además de improviso) a dichos establecimientos; y, en segundo lugar, de permitir que los agentes de la Comisión procedan independientemente a la toma de las muestras. Si ello no fuera así, el acto carecería en todo caso de sentido, incluso en su dimensión interna.

En este sentido, la publicación (aun en la serie C) constituye un indicio importante, aunque no decisivo, de que el acto considerado estaba llamado a tener una importancia extrema.

Por otra parte, es evidente que, para los operadores económicos, y me refiero al apartado 8 de las instrucciones, un simple acto interno no puede tener consecuencias en cuanto al secreto de los métodos de fabricación de los productos, cuando, como en el presente caso, no existe una norma que les garantice el tratamiento confidencial de la información comunicada.

En relación con las aludidas «disposiciones» contenidas en los apartados 2 y 7, debo confesar mi dificultad para interpretarlas como meras instrucciones de servicio de la Comisión a sus funcionarios. Es un misterio, en realidad, apreciar con arreglo a qué criterio lógico más que jurídico, una medida que excluye el resarcimiento de los daños puede razonablemente considerarse que no se dirige también a los que sufren los daños, sino sólo a los que los irrogan. En la vista, el representante de la Comisión precisó que se trata de gastos (a cargo de los operadores) tan poco significativos que inducen a pensar que un recurso que, en su caso, pudiera interponerse ante el Tribunal de Justicia no tendría un resultado satisfactorio para el demandante. No me aventuro a hacer pronósticos sobre el particular, ni sobre la magnitud de los gastos ni sobre otra cosa. Sin embargo, me limito a señalar que en el artículo 9 del Reglamento nº 729/70 no se contempla ningún gasto económico del tipo considerado.

23. Teniendo en cuenta las observaciones que anteceden, considero que no debo analizar más detalladamente la cuestión de si el acto impugnado «está destinado a la producción de efectos jurídicos». [16]

En este punto, resulta indispensable, por el contrario, determinar si las obligaciones que derivan de la aplicación de dicho acto se basan en el artículo 9 del Reglamento nº 729/70 (como alega la Comisión), o bien se trata de obligaciones nuevas modificativas de la situación jurídica de los Estados miembros y/o de los operadores, por lo tanto, si el acto controvertido es meramente interpretativo del artículo 9, o bien si añade nuevas obligaciones a las que prevé la normativa aplicable.

Es cierto que del tenor literal del artículo 9 se infiere una facultad de la Comisión para llevar a cabo controles, a través de sus agentes; sin embargo, el precepto guarda silencio en relación con la toma de muestras y los

16 — Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, antes citada, p. 276. Vale la pena recordar que, como en el presente caso, el recurso con que se instó dicho asunto se interpuso también de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 173. En dicha ocasión, el Tribunal de Justicia incluyó en el concepto de «actos» una resolución del Consejo sobre negociación y celebración de un acuerdo (la resolución de que se trata fijaba reglas de conducta y establecía normas de procedimiento).

correspondientes análisis de los productos. Además, la finalidad de los controles de la Comisión consiste explícitamente en verificar la corrección de los controles efectuados por los Estados miembros, lo cual confirma la filosofía general que preside el sistema de los controles, que se advierte, por ejemplo, en el octavo considerando del citado Reglamento, que justifica su artículo 9.

Ciertamente, los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar los controles que la Comisión considere útiles efectuar, incluyendo verificaciones sobre el terreno (apartado 1 del artículo 9). Sin embargo, los controles que pueden efectuarse durante dichas verificaciones sobre el terreno no comprenden los supuestos de toma de las muestras por parte de la Comisión (párrafo 1 del apartado 2). Por el contrario, a efectos del párrafo 2 del apartado 2 del citado artículo, *la Comisión puede requerir a los Estados miembros para que realicen controles complementarios en los que podrán participar sus agentes.* Y, como se ha puesto de manifiesto durante la vista, deben relacionarse con esta disposición las tomas de muestras que hasta este momento han efectuado, por lo demás en raras ocasiones, los Estados miembros a solicitud de la Comisión, aplicando, pues, los procedimientos nacionales de control.

A este respecto, la Comisión alega que «los Estados miembros pondrán a disposición de la Comisión todas las informaciones necesarias para el buen funcionamiento del Fondo» (apartado 1 del artículo 9); y que sus agentes podrán supervisar, entre otras cosas, «las condiciones en las que realizarán y comprobarán las operaciones financiadas por el Fondo» [letra c) del apartado 2 del artículo 9]. Según la Comisión, esta última disposición, leída a la luz de la primera, permite la toma autónoma de muestras. Evidentemente, con una interpretación de este tipo, las «informaciones» se refieren también a las muestras. No obstante, por cuanto los Estados miembros son los que siempre «pondrán a disposición» las informaciones, se confirma que los controles, las informaciones y con las mismas las tomas de muestras son objeto de una facultad reglada de los Estados miembros; y que la Comisión, lejos de ostentar una facultad independiente sobre el particular, debe limitarse a controlar el puntual respeto de las obligaciones que se imponen a los Estados miembros.

24. Por otra parte, considero que no puede practicarse la menor prueba sobre la consideración de la Comisión según la cual, para ser eficaces, los controles deben trascender el contexto meramente contable y, por lo tanto, sería «inconcebible» el hecho de que el Consejo hubiera pretendido atribuirle únicamente controles de este tipo.

Por el contrario, sería cuando menos curioso admitir la deducción implícita de la facultad que se examina, cuando no sólo no se contempla expresamente, sino que la contradice claramente tanto la atribución de tan sólo una facultad de control sobre [...] controles (también de muestras) de los Estados miembros, como la competencia exclusiva del Consejo para adoptar normas generales de aplicación, y, asimismo, el criterio inspirador de todo el sistema.

En realidad, aun reconociendo que la técnica del control de muestras constituye un instrumento útil para determinar el funcionamiento del sistema y para dar una idea sobre su gestión por parte de los Estados miembros, no puede admitirse razonable-

mente que la utilización de la toma de muestras, en cuanto contribuye a determinar sanciones económicas, no se encuentre expresamente prevista y regulada con respecto a las formas y competencias específica y válidamente atribuidas.

Los métodos aplicados (tanto para la toma de muestras como para los análisis correspondientes) deberían ser conocidos previamente por los operadores sometidos al control, así como, evidentemente, por los propios Estados, ya que la existencia de procedimientos nacionales de control en la materia (que impone la misma legislación comunitaria en el artículo 8 del Reglamento nº 729/79) puede ser contraria a los procedimientos utilizados en el ámbito comunitario; sobre todo, una normativa *ad hoc* sería idónea para excluir o, de cualquier modo, limitar un motivo de litigios resultante de las inevitables impugnaciones de los resultados por parte de los Estados.

25. Para corroborar que la Comisión no ostenta una facultad autónoma para la toma de muestras, es útil, por lo demás, recordar la propuesta de reglamento relativo a los controles y a las sanciones aplicables en las políticas agraria y de pesca comunes, [17] que presentó la Comisión al Consejo el 21 de mayo de 1990. Dicha propuesta, que se basa en el artículo 43 del Tratado y que comprende todos los productos agrarios, se refiere expresamente, en relación con los controles que pueden efectuar los agentes, a «tomar muestras representativas y comprobarlas» (apartado 2 del artículo 3); sin embargo, es significativo que prevea la facultad de la Comisión de adoptar disposiciones relativas al control *únicamente en los casos en que la normativa específica del sector le confiera la facultad de establecer las disposiciones de aplicación* de acuerdo con uno de los procedimientos previstos en la Decisión sobre la «comitología» (apartado 1 del artículo 2).

26. Y otra corroboración de cuanto se ha dicho, aunque sea en un sector específico, y por ende, en un contexto parcialmente distinto, puede encontrarse mediante un cotejo del Reglamento (CEE) nº 2048/89 del Consejo, de 19 de junio de 1989, por el que se establecen las normas generales relativas a los controles en el sector vitivinícola [18] con la correspondiente propuesta de la Comisión. [19] En esta última se preveía la facultad de los agentes de la Comisión para efectuar por sí mismos la toma de las muestras (apartado 3 del artículo 6), así como la competencia de la Comisión para adoptar las pertinentes modalidades de aplicación (artículo 16). En el Reglamento nº 2048/89 han desaparecido ambas disposiciones; por el contrario, el mismo dispone que sean los Estados miembros, a instancia de la Comisión, los que efectúen las tomas de muestras (artículo 12).

27. Por lo tanto, las instrucciones internas de referencia, al regular unilateralmente los procedimientos de toma de muestras mediante un acto que, en esencia, es un reglamento de aplicación del artículo 9 del Reglamento nº 729/70, pretenden añadir subrepticiamente nuevas disposiciones a las ya existentes. En este sentido pueden ser objeto de recurso.

28. Una vez dicho lo anterior, debe determinarse ahora si las instrucciones consideradas constituyen una manifestación definitiva de voluntad. Tal apreciación es particular-

17 — DO C 137 de 6.6.1990, p. 10.

18 — DO L 202 de 14.7.1989, p. 32.

19 — DO C 24 de 29.1.1988, p. 8.

mente importante en el caso de autos, desde el momento en que, en apoyo de la tesis de la inadmisibilidad, la Comisión ha sostenido que, conforme y análogamente a cuanto declaró el Tribunal de Justicia en los asuntos 60/81 [20] y 114/86, [21] las instrucciones tienen carácter de acto preparatorio y, por lo tanto, no tienen cabida en la categoría de los actos recurribles.

29. En resumen, según la tesis de la Comisión, el recurso de Francia es prematuro: no las controvertidas instrucciones internas sino las posteriores decisiones individuales de toma y análisis de muestras, en todo caso, podrían ser objeto de un recurso de anulación.

En tales circunstancias, ante todo debe descartarse que el acto impugnado pueda configurarse como un acto preparatorio en sentido estricto, es decir, en la acepción común del momento de un procedimiento que desemboca en la adopción de un acto con eficacia externa. No es éste el caso de autos, como aclaró la propia Comisión en la vista. Por lo tanto, no supone ninguna aclaración la referencia a la sentencia dictada en el asunto 60/81, en la que se recurría un pliego de cargos en materia de competencia y concretamente el Tribunal de Justicia declaró: «[...] cuando se trata de actos o de decisiones cuya elaboración se produce en diversas fases, y particularmente al término de un procedimiento interno, sólo constituyen actos impugnables, las medidas que, de modo definitivo, establecen la postura de la Comisión o del Consejo al final de dicho proceso, con exclusión de las medidas intermedias destinadas a preparar la decisión final» *(traducción provisional).* [22]

30. En cambio, según la Comisión, se trata de un acto que, en la medida en que *prepara* la adopción de decisiones individuales o conductas materiales, no puede perjudicar intereses, ni, por consiguiente, puede ser objeto de recurso como tal. Además, la base jurídica de las ulteriores decisiones individuales, que son las únicas que podrían ser perjudiciales, es el artículo 9 del Reglamento nº 729/70 y no las instrucciones internas impugnadas. Ello explica la referencia a la sentencia dictada en el asunto 114/86.

A pesar de su carácter sugerente, la tesis que se examina es totalmente infundada y, a mi parecer, el Tribunal de Justicia no puede razonablemente acogerla. En el asunto 114/86, la situación era totalmente distinta, por cuanto se trataba de instrucciones que indicaban a los funcionarios los criterios, que tampoco eran precisos, para la redacción de las listas «restringidas» de los candidatos para los contratos de servicios en el ámbito de la cooperación establecida por el Convenio de Lomé. Sin tampoco calificar el acto de «preparatorio» el Tribunal de Justicia declaró: «[...] es la redacción de las propias listas lo que puede producir efectos jurídicos, ya que puede excluir a determinadas empresas de dichas listas, privándoles con ello de la posibilidad de ser parte en los contratos» *(traducción provisional).* Y añadió: «Máxime cuando [...] las listas, por regla general, no se establecen de un modo totalmente ajustado a los criterios adoptados por la Comisión» *(traducción provisional).* [23]

20 — Sentencia de 11 de noviembre de 1981 (IBM/Comisión, antes citada, apartado 21).

21 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Reino Unido/Comisión, antes citada, apartado 13).

22 — Sentencia de 11 de noviembre de 1981 (IBM/Comisión, antes citada, apartado 10).

23 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Reino Unido/Comisión, antes citada, apartados 13 y 14).

Considero que, más que de acto preparatorio, en el caso objeto de examen puede hablarse de un acto *esencialmente* interno. Según una concepción muy conocida, también en el Derecho administrativo, las directrices que imparte un superior jerárquico a sus subordinados con el fin de orientar su actividad en un determinado sector y que dejan un margen de discrecionalidad no pueden irrogar un perjuicio real a intereses: sólo es recurrible el acto que se adapta a las mismas y las aplica.

31. Por el contrario, en el presente procedimiento nos encontramos ante un acto de naturaleza reglamentaria, en la medida en que, partiendo de la premisa de que la Comisión está facultada para la toma de muestras, independiente de los Estados miembros, dicho acto regula las principales modalidades de su ejercicio, modalidades que, como he destacado, introducen obligaciones a cargo de los Estados miembros, y más aún a cargo de los operadores, cuyas obligaciones no contempla el Reglamento nº 729/70. Por lo tanto, no se trata de indicaciones para los funcionarios, sino de la alteración de la situación jurídica de los terceros que no son sus destinatarios aparentes. Como tal, el acto lesiona por sí mismo intereses de terceros.

Aceptar la tesis de la Comisión equivaldría a afirmar que cualquier acto de naturaleza reglamentaria, en la medida en que precede a la adopción de decisiones individuales o comportamientos materiales, no puede ser objeto de recurso, pudiéndolo ser tan sólo las decisiones ulteriores.

Por mi parte, mientras no se dé una nueva redacción al artículo 173 del Tratado CEE, no me aventuro a suscribir la tesis a que se ha hecho referencia: con independencia de otras consideraciones, no me parece que responda a las exigencias de la economía procesal, de la seguridad de las relaciones jurídicas y de aplicación uniforme del Derecho comunitario. En todo caso, equivaldría a cuestionar el carácter impugnable de cualquier reglamento o de cualquier acto de alcance general y no individual.

32. Por lo tanto, por los motivos expuestos hasta este punto, considero que, en el caso de que el Tribunal de Justicia desee proceder a la calificación del acto exclusivamente en virtud del contenido de sus disposiciones, debe llegarse a la conclusión de que el objetivo de las instrucciones internas recurridas consiste en la producción de efectos jurídicos con respecto a los Estados miembros y operadores del sector y, por lo tanto, procede admitir el recurso del Gobierno francés.

En cuanto al fondo

33. Una vez considerado admisible, no creo que pueda razonablemente evitarse estimar el recurso del Gobierno francés. Los vicios alegados son los de la incompetencia de la Comisión para adoptar el acto y la desviación de poder.

La respuesta se halla contenida en las consideraciones que anteceden. El artículo 9 del Reglamento nº 729/70 atribuye al Consejo, y sólo al Consejo, la competencia para establecer «las normas generales de aplicación del presente artículo». En ningún otro precepto en cuya virtud se otorguen facultades se atribuye a la Comisión una competencia semejante. De modo que, sin necesidad de más comentarios, procede anular las «instrucciones internas» dada la manifiesta incompetencia de la Comisión.

Conclusiones

En definitiva, propongo que el Tribunal de Justicia declare la inadmisibilidad del recurso por cuanto el acto impugnado no cumple los requisitos sustanciales de forma de un acto vinculante, y reparta el pago de las costas entre las partes, en consideración a la incertidumbre que, objetivamente, el acto produce en cuanto a los gastos de impugnación por parte de un Estado miembro.

En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considerara que, de todos modos, debe determinar el contenido del acto impugnado, propongo que declare la admisibilidad del recurso y estime en cuanto al fondo, anulando el acto por incompetencia manifiesta de la Comisión, y condene a ésta a pagar las costas del procedimiento.