CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 19 de septiembre de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante el presente recurso, la República Francesa solicita, con arreglo al párrafo primero del artículo 173 del Tratado CEE, la anulación de un acto adoptado por la Comisión, denominado «Código de conducta sobre las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento (CEE) nº 4253/88 del Consejo, en lo relativo a las irregularidades y a la organización de un sistema de información sobre las irregularidades». [1]

El Código de conducta de que se trata modifica, según el Gobierno francés, la naturaleza de la obligación que incumbe a los Estados miembros, con arreglo a la normativa en vigor, de informar a la Comisión sobre las irregularidades cometidas en detrimento del presupuesto comunitario en el ámbito de las acciones financiadas mediante los Fondos estructurales. En todo caso, tampoco corresponde a la Comisión adoptar una normativa semejante.

El origen de la controversia se enmarca, por consiguiente, en el ámbito de la normativa comunitaria relativa a los Fondos estructurales.

2. Son aplicables al respecto, en primer lugar, las normas del Tratado que versan sobre la cohesión económica y social (artículos 130 A a 130 E), normas que fijan los principios generales relativos a la acción de los Fondos y de los otros instrumentos financieros y que atribuyen a las Instituciones comunitarias la competencia para su ejecución.

El Reglamento (CEE) nº 2052/88 del Consejo, de 24 de junio de 1988, relativo a las funciones de los Fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, [2] y el Reglamento (CEE) nº 4253/88, [3] por el que se aprobaron disposiciones de aplicación de este último Reglamento, contienen la normativa esencial en la materia.

En particular, y por lo que aquí interesa, el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88, en su párrafo primero, impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para: a) verificar regularmente que las acciones financiadas por la Comunidad se han realizado correctamente; b) prevenir y perseguir las irregularidades; y c) recuperar los fondos

* Lengua original: italiano.

1 — DO 1990, C 200, p. 3.

2 — DO 1988, L 185, p. 9.

3 — Reglamento de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2052/88 en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los Fondos estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de inversiones y con los de los demás instrumentos financieros existentes (DO 1988, L 374, p. 1).

perdidos por abusos o negligencia. Salvo si el Estado miembro y/o el intermediario y/o el promotor prueban que no les es imputable el abuso o la negligencia de que se trata, el Estado miembro será responsable subsidiario del reembolso de las cantidades abonadas indebidamente. Con arreglo al párrafo segundo del mismo apartado, los Estados miembros están obligados a informar a la Comisión de las medidas adoptadas al efecto y, en particular, del desarrollo de las diligencias administrativas y judiciales.

3. Es precisamente de las disposiciones mencionadas de las que surgió la controversia de que se trata. La Comisión, en el momento de la adopción del Reglamento nº 4253/88, hizo constar en el acta una declaración según la cual había adoptado, *dentro del ámbito de sus competencias,* todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación en los diversos Estados miembros de las modalidades uniformes para el control de las posibles irregularidades relativas a las intervenciones comunitarias. Unos meses más tarde, la Comisión anunció su intención de elaborar un Código de conducta; a tal fin creó un grupo de trabajo encargado concretamente de precisar las modalidades de aplicación de las disposiciones del apartado 1 del artículo 23 del citado Reglamento.

El 18 de diciembre de 1989 la Comisión aprobó el proyecto y lo sometió al Comité comunitario de coordinación de la lucha contra el fraude (en lo sucesivo, «Cocolaf»). Tanto en el seno de dicho Comité como en la sesión del Consejo «Economía y Hacienda», las delegaciones de los Estados miembros discutieron la cuestión de la forma jurídica que debía revestir el Código de que se trata; pero, ante determinadas divergencias sobre la legalidad del citado Código, las delegaciones convinieron sobre el hecho de que el texto del Código se limitara a fijar las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88. No obstante, como se planteó en el curso de la vista, algunos Estados miembros insistieron en que el Código revistiese la forma de Reglamento, y ello principalmente con el fin de que la normativa tuviera carácter obligatorio, dada la naturaleza extremadamente delicada e importante de la materia, para todos los Estados miembros. Francia, en particular, no obstante declararse de acuerdo con el contenido del proyecto de Código, expresó sus reservas respecto a la forma jurídica del mismo, reserva que explicitó mediante un télex de su Representación Permanente. Por último, el Código fue oficialmente notificado a los Estados miembros mediante escrito de 30 de julio de 1990 y publicado posteriormente en el Diario Oficial, serie C.

4. Dicho esto, y remitiéndome al informe para la vista respecto a los elementos restantes, destacaré que la demandante sostiene en primer lugar que el acto por ella impugnado es, esencialmente, un Reglamento sobre las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88, acto para cuya adopción la Comisión no tenía competencia en cualquier caso, puesto que la norma de que se trata no prevé ninguna competencia en favor de la Comisión y que, con arreglo al apartado 4 del artículo 3 del Reglamento nº 2052/88, las disposiciones específicas relativas a la actuación de cada uno de los Fondos estructurales, incluidas las modalidades de seguimiento, evaluación, *gestión financiera y control de las acciones,* son las definidas en las decisiones de aplicación adoptadas en virtud del artículo 130 E del Tratado; esta última disposición prevé únicamente la competencia del Consejo.

5. En su escrito de contestación, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad, aduciendo que el Código de conducta de que se trata no constituía un acto impugnable con arreglo al artículo 173 del Tratado. Con carácter subsidiario solicita que se desestime el recurso.

Admisibilidad

6. La excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión se funda en el hecho de que el Código de conducta controvertido es un *acto no vinculante* y, por ello, inimpugnable con arreglo al párrafo primero del artículo 173, que, como es sabido, faculta al Tribunal de Justicia para ejercer el control de legalidad únicamente «de los actos que no sean recomendaciones o dictámenes».

Ahora bien, en el presente caso, nos hallamos ante un acto denominado Código de conducta, desprovisto de base jurídica, que no lleva la firma de algún miembro de la Comisión sino que fue adoptado por esta Institución de forma colegiada, publicado en la serie C del Diario Oficial y dirigido a todos los Estados miembros. A ello se añade, elemento de extrema importancia, que dicho acto ha sido notificado a cada uno de los Estados miembros mediante escrito del Comisario competente, escrito en el que se precisa que aquél *entra en vigor a partir de la fecha de su notificación* y que «les dispositions du code de conduite étant [...] l'expression des obligations découlant de l'article 23, paragraphe 1, du règlement nº 4253/88, *le respect de cet article exige*, de l'avis de la Commission, *le respect intégral desdites dispositions*».

7. Dicho esto, recordaré que la jurisprudencia en la materia va en el sentido de que, a los fines de la admisibilidad del control jurisdiccional, es poco relevante la forma que revista el acto, siempre que se hayan comprobado los efectos y el contenido del acto. [4]

En particular, en lo relativo al concepto de actos impugnables en el sentido de párrafo primero del artículo 173, el Tribunal de Justicia ha precisado tras la sentencia AETR [5] que el recurso de anulación debe poder interponerse contra «cualquier disposición adoptada por las Instituciones (con independencia de su naturaleza y de su forma) que aspire a producir efectos jurídicos». Este enfoque ha sido confirmado más recientemente en la sentencia «instrucciones internas» de 9 de octubre de 1990, [6] en que el Tribunal de Justicia ha considerado impugnables las «instrucciones internas» adoptadas por la Comisión, acto controvertido en el citado asunto, por cuanto aspiraban a producir efectos jurídicos.

8. Además, precisamente en las conclusiones presentadas en el asunto «instrucciones internas» propuse al Tribunal de Justicia que respondiera de forma expresa a una cuestión previa: si *a falta de unas formas sustanciales mínimas*, y por tanto con independencia de

4 — Precisamente desde esta óptica, el Tribunal de Justicia consideró impugnable, por ejemplo, una resolución del Parlamento Europeo en la medida en que producía efectos jurídicos frente a terceros (sentencia de 10 de abril de 1984, Luxemburgo/Parlamento Europeo, 108/83, Rec. p. 1945); una deliberación del Consejo que pretendía producir efectos jurídicos (sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, 22/70, Rec. p. 263) o, también, una decisión oral adoptada contra un funcionario (sentencia de 9 de febrero de 1984, Kholer/Tribunal de Cuentas, asuntos acumulados 316/82 y 40/83, Rec. p. 641).

5 — Sentencia de 31 de marzo de 1971, 22/70, antes citada, apartados 38 a 43.

6 — Francia/Comisión (366/88, Rec. p. 3571), apartado 8. Me permito remitirme, para un examen más detallado de la jurisprudencia aplicable en la materia, a las conclusiones que presenté en el citado asunto (Rec. p. 3579, en particular puntos 7 a 9).

que, tras verificar el contenido concreto del acto, se revele la pretensión de producir efectos jurídicos, puede admitirse que el *propio acto sea idóneo para producir efectos jurídicos.*[7]

El Tribunal de Justicia, si bien no se pronunció expresamente sobre la citada cuestión, confirmó que el criterio formal es absolutamente irrelevante y que, por tanto, procede calificar el acto única y exclusivamente en función de su contenido.

9. Es cierto que en ciertas circunstancias, y aunque sólo sea por determinada peculiaridad importante que con frecuencia induce a considerar diferentemente el problema de la admisibilidad, el Tribunal de Justicia parece haber observado la ausencia de los elementos indispensables para calificar un acto como impugnable y, en función de ello, desestimado el recurso. No obstante, tras un examen más profundo, resulta evidente que en casos semejantes el Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta tanto los elementos formales como el contenido del acto, llegando a la conclusión de que era *manifiesto* que aquél no tenía vocación alguna (ni deseo) de producir efectos jurídicos.[8] Desde este mismo punto de vista, el Tribunal de Justicia ha considerado, asimismo, como elemento para valorar la tesis de la idoneidad del acto para producir efectos jurídicos, la incompetencia manifiesta de la Comisión para adoptar el acto impugnado.

10. A este respecto, observo que el último argumento alegado por la Comisión basado en la tesis de la inadmisibilidad del recurso, es decir el de la incompetencia para adoptar actos vinculantes en la materia controvertida (véanse pp. 3 y 4 de la dúplica), no puede acogerse. En efecto, la incompetencia como tal es un vicio que tiene que ver con el fondo y no con la admisibilidad.

11. Dicho esto, recuerdo que el acto que nos ocupa fue notificado a cada uno de los Estados miembros, y por tanto comunicado oficialmente a sus destinatarios. Además, en el escrito de notificación se afirma expresamente que el cumplimiento del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88 exige el respeto absoluto de las disposiciones del Código, aclarando así a los Estados miembros que una infracción del Código se traduciría automáticamente, previo dictamen de la Comisión, en una infracción del artículo de que se trata.

Por tanto, en el asunto que nos ocupa nos hallamos, en esencia, ante un acto redactado y publicado de forma que resulta inequívoca la voluntad de obligar a los destinatarios. Se revela, por tanto, indispensable un examen del contenido del acto a fin de verificar si contiene obligaciones jurídicas nuevas respecto del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88; desde esta per-

7 — La exigencia de responder a dicha cuestión se debía a la convicción de que, si bien es cierto que la elección de la forma no puede modificar la naturaleza del acto, también es cierto que la falta de unas formas esenciales mínimas, es decir, aquellas formas que permiten identificar un acto como vinculante, determinaba que, si tras un examen de su contenido no se revelase la vocación de crear obligaciones jurídicas, éstas eran inoponibles a terceros. Eran, en esencia, actos carentes en todo caso de efectos jurídicos frente a los administrados y frente a los Estados miembros, y ello al margen del hecho de que la Comisión esté facultada para adoptar actos vinculantes en el sector considerado.

8 — Véanse las sentencias de 27 de marzo de 1980, Sucrimex/Comisión (133/79, Rec. p. 1299), apartado 16, y de 4 de marzo de 1982, Gauff/Comisión (182/80, Rec. p. 799), apartados 16 a 18; el auto de 17 de mayo de 1989, Italia/Comisión (151/88, Rec. p. 1255), apartados 21 y 22, y el reciente auto de 13 de junio de 1991, Sunzest/Comisión (C-50/90, Rec. p. I-2917), apartado 13.

spectiva, los problemas de la admisibilidad deben enjuiciarse con el fondo.

El fondo

12. El acto que nos ocupa trata de las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88: el propio título del acto de que se trata contiene dicha mención, la Comisión y el Gobierno francés lo han sostenido reiteradamente tanto en sus escritos como durante la vista, y, como se verá, un examen del contenido del acto lo confirma.

Antes de proceder al citado examen, desearía hacer unas consideraciones previas referentes, más en general, a las modalidades de aplicación de una norma. La razón misma de ser de las modalidades de aplicación de una norma reside, en mi opinión, precisamente en el hecho de que ésta puede ejecutarse de diversos modos; de ello se deduce, en principio, que un acto relativo a dichas modalidades *al menos* reduce la discrecionalidad que resulta del mero texto de la norma de que se trata. Es igualmente cierto que las modalidades de aplicación de una norma implican *por definición* por lo menos la especificación de las obligaciones en ella contenidas y, por consiguiente, una normativa detallada que determina necesariamente una serie de obligaciones específicas. Por tanto, en esencia, la finalidad principal de un acto sobre modalidades de aplicación es la de especificar y armonizar las obligaciones que pesan sobre los Estados miembros, obligaciones presupuestas en la norma base, pero que no derivan de ella de modo automático, en cualquier caso no necesariamente. Si no fuere así, las normas de aplicación serían absolutamente innecesarias.

13. Dicho esto, paso a examinar brevemente el contenido del acto de que se trata, recordando que el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88 impone a los Estados miembros la obligación de comunicar a la Comisión todas las medidas adoptadas a fin de controlar que las acciones financiadas por la Comisión se han llevado a cabo correctamente, para recuperar los fondos perdidos a causa de abusos o de negligencia y para prevenir y perseguir las irregularidades, así como el desarrollo de las diligencias administrativas y judiciales en curso.

El Código de conducta define, en primer lugar, su ámbito de aplicación, y establece que la obligación de comunicación se refiere únicamente a los casos en que la irregularidad supere los 4.000 ECU (punto 1); posteriormente define el concepto de irregularidad como «toda infracción de una disposición comunitaria o nacional cometida por una persona física o jurídica en detrimento del presupuesto comunitario» (punto 2).

En el punto 3 se prevé que los Estados miembros comunicarán, *en el plazo de tres meses a partir de la notificación del Código de conducta*, no sólo las disposiciones adoptadas para prevenir y perseguir las irregularidades (obligación explícitamente prevista en el apartado 1 del artículo 23), sino también los servicios responsables de la prevención y de la persecución de las irregularidades, así como las disposiciones procesales de sus Administraciones.

El punto 4 trata más en concreto de la comunicación de los casos de irregularidades, comunicación prevista cada cuatro meses y referida sea a los casos de irregularidades que hayan sido detectadas por la autoridad administrativa, sea que hayan sido perseguidas judicialmente. A tal fin, se exige a los Estados miembros que comuniquen toda una serie de informaciones: los datos de identificación de la acción de que se trate, el período o el momento en los que se cometió la irregularidad, la identificación tanto de los beneficiarios como de las personas físicas y jurídicas implicadas en la irregularidad, la manera en que se descubrió la irregularidad, las consecuencias de índole financiera y las posibilidades de recuperación, etc.

Se prevé, igualmente, que los Estados miembros comuniquen a la Comisión sin demora las irregularidades que revelen el uso de una nueva práctica fraudulenta y aquellas de las que se tema que puedan tener efectos fuera de su territorio (punto 5). Todas las informaciones transmitidas a la Comisión son objeto de examen conjunto por parte de la propia Comisión y de los representantes de los Estados miembros, en el curso de reuniones periódicas, en especial para extraer las oportunas conclusiones en relación con las medidas de prevención (punto 6); las informaciones sobre el número de casos notificados, el de los archivados, así como el importe de las sumas recuperadas y el de las que estén en vía de recuperación, son comunicadas al Cocolaf y a los comités consultivos de los Fondos estructurales interesados (punto 8). Por último, se prevé que los Estados miembros y la Comisión adoptarán las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de las informaciones intercambiadas (punto 7).

14. El contenido del Código de conducta confirma que el mismo versa sobre las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88. Un examen superficial de las disposiciones contenidas en el Código muestra de hecho que se trata de obligaciones específicas relacionadas con la obligación más general y genérica de información prevista en la norma base. En esencia, el Código regula detalladamente la obligación de información, y establece, en particular, las informaciones que deben comunicarse, con qué frecuencia, con qué modalidades.

Ahora bien, a menos que quiera considerarse que las modalidades de aplicación son siempre y en todo caso meramente declarativas y que por ello no precisan de la adopción de un Reglamento por cuanto las obligaciones enunciadas en ellas hallan su fundamento en la norma base, procede determinar si, en el caso que nos ocupa, las obligaciones previstas en el Código de conducta derivan de modo automático del apartado 1 del artículo 23, o si, por el contrario, se trata más bien de una interpretación que no se limita a explicitar las obligaciones que seguramente están ya contenidas en la norma base (es decir, ese mínimo esencial que permita no desvirtuar el contenido), sino que implica una modificación o al menos hace más gravosa para los Estados miembros la obligación prevista en la norma base. Las observaciones que expondré a continuación parten precisamente de esta perspectiva.

15. Haré constar, en primer lugar, que el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88 se limita, por lo que aquí interesa, a exigir a los Estados miembros la comunicación de las medidas adoptadas para prevenir y perseguir las irregularidades así

como el desarrollo de las diligencias administrativas y judiciales. El Código de conducta, por el contrario, fija las fechas en que deben comunicarse dichas informaciones y exige una serie de informaciones suplementarias, así como informaciones detalladas relativas a las irregularidades mismas.

Por un lado, la obligación de comunicar las medidas adoptadas para prevenir y sancionar las irregularidades no implica también necesariamente la obligación de comunicar la lista de los servicios a los que se confía la aplicación de dichas medidas, ni la de comunicar las disposiciones procesales esenciales de sus Administraciones. Por otro lado, es lícito preguntarse si la comunicación concerniente al desarrollo de las diligencias administrativas y judiciales puede identificarse o, en todo caso, puede comprender automáticamente una serie de informaciones detalladas sobre los casos de irregularidad, en esencia una descripción suficientemente articulada de cada una de las irregularidades detectadas. Y me refiero, en particular, a informaciones como la identidad de los beneficiarios, las modalidades mediante las cuales se ha identificado la irregularidad, los servicios u organismos que han procedido al seguimiento de que se trata. No creo, en realidad, que informaciones del género puedan considerarse ya comprendidas en la obligación de información prevista en la norma base.

Es indudable que cabe sostener el carácter accesorio de dichas informaciones respecto de la obligación de informar a la Comisión sobre el desarrollo de las diligencias administrativas y judiciales en curso, pero es igualmente evidente que aquéllas no pueden ser consideradas como una mera explicitación de la obligación de que se trata. En otras palabras, no considero defendible que la obligación de información prevista en la norma base se vea privada de su propio contenido cuando, por ejemplo, deje de comunicarse la identidad de los beneficiarios o las modalidades mediante las cuales se ha descubierto la irregularidad. Por otra parte, tal conclusión resulta confirmada por la propia Comisión, la cual sostuvo durante la vista que un Estado miembro puede infringir el Código de conducta sin infringir por ello el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88. Es evidente que ello supone reconocer que las «obligaciones» previstas en el Código van más allá de lo previsto en la norma de que se trata, así como contradecir la afirmación, contenida en el ya citado escrito de notificación a los Estados miembros, de que el cumplimiento del apartado 1 del artículo 23 exige el respeto absoluto de las disposiciones del Código controvertido.

16. Hechas las anteriores precisiones, considero interesante detenerme brevemente, a fin de poner de manifiesto algunos problemas que plantea el Código de conducta, sobre normativas análogas a la que nos ocupa. Me refiero, en particular, al Reglamento (CEE) nº 595/91,[9] que ha sustituido recientemente al Reglamento (CEE) nº 283/72 (muchas veces mencionado en los escritos de las partes y en el curso de la vista), Reglamento que establece las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 729/70,[10] norma, por otra parte, casi idéntica al apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88. El Reglamento nº 595/91, relativo a un sistema de información análogo al instaurado por el Có-

9 — Reglamento de 4 de marzo de 1991, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas en el marco de la financiación de la política agraria común, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito, y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 283/72 (DO L 67, p. 11).

10 — Reglamento de 21 de abril de 1970, sobre la financiación de la política agrícola común (DO L 94, p. 13; EE 03/03, p. 220).

digo, en el ámbito de las irregularidades cometidas en detrimento del FEOGA, Sección «Garantía», tras detallar las informaciones que los Estados miembros están obligados a comunicar a la Comisión (informaciones que coinciden con las previstas por el Código), establece que, cuando estén amparadas por el secreto de instrucción en virtud del Derecho nacional, estas últimas únicamente pueden ser comunicadas previa autorización de la autoridad judicial competente.[11] El mismo Reglamento atenúa más tarde la obligación de comunicar la identidad de las personas implicadas en la irregularidad disponiendo, en el último guión del apartado 1 del artículo 3 que dicha obligación no existe cuando la indicación de que se trata no pueda resultar útil en la lucha contra las irregularidades.

17. Otro aspecto merece ser subrayado. El punto 7 del Código prevé que «los Estados miembros y la Comisión adoptarán todas las medidas de seguridad necesarias para garantizar la confidencialidad de las informaciones intercambiadas»; esta disposición se comprende en atención a la naturaleza de las informaciones exigidas, pero tras un examen también superficial aquélla aparece insuficiente para garantizar el objetivo que se persigue. Si, como afirma la Comisión, se trata de un acto no vinculante, que puede por tanto incumplirse sin infringir por ello el artículo 23 (y ése será seguramente el caso ante una infracción de dicha disposición), de ello se deduce que las informaciones de ese tipo pueden no ser mantenidas en secreto, con importantes consecuencias especialmente para los particulares implicados.

La importancia y lo delicado de dicho problema está, por el contrario, bien presente en normativas análogas. Por ejemplo, el artículo 10 del citado Reglamento nº 595/91 no se limita a enunciar el principio en virtud del cual procede garantizar la confidencialidad de tales informaciones (apartado 1), sino que regula detalladamente dicho aspecto estableciendo, en particular, que las informaciones comunicadas «quedarán cubiertas por el secreto profesional y gozarán de la protección otorgada a las informaciones análogas por la legislación nacional del Estado miembro que las haya recibido y por las disposiciones correspondientes aplicables a las Instituciones comunitarias» (apartado 4). En el mismo artículo se prevén, además, una serie de garantías en favor de los particulares; por ejemplo: los nombres de las personas físicas o jurídicas implicadas en irregularidades sólo pueden comunicarse a otro Estado miembro o a otra Institución comunitaria en caso de que ello sea necesario para prevenir o perseguir irregularidades o para comprobar presuntos casos de irregularidad (apartado 3); y asimismo, cuando, como consecuencia de una investigación complementaria, resulte que una persona considerada en un primer momento como implicada en un fraude sea ajena al mismo, debe comunicarse inmediatamente a todos aquellos a los que se había comunicado el nombre con anterioridad (apartado 6).

18. Y añadiré, en aras de la exhaustividad, que en virtud de los puntos 4 y 5 del Código de conducta se envió a todos los Esta-

11 — La importancia de dicha disposición resulta confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el cual en la sentencia de 10 de enero de 1980, Comisión/Italia (267/78, Rec. p. 31), apartado 22, precisó que «cabe invocar en contra de la Comisión las normas que, en las legislaciones de carácter penal, impiden la comunicación a determinadas personas de las actuaciones del procedimiento penal, siempre que puedan oponerse las mismas restricciones a la Administración nacional» y, por tanto, considero que Italia no había incumplido las obligaciones que le incumben por el hecho de no haber comunicado a la Comisión los elementos amparados por el secreto de la instrucción.

dos miembros un formulario, al objeto de facilitar la remisión de las informaciones exigidas, que éstos deben cumplimentar y enviar a la Comisión con la periodicidad establecida. Dicho formulario es considerado por la demandante como un elemento posterior que prueba el hecho de que el acto impugnado no es una mera Recomendación. Por el contrario, la Comisión sostiene que se trataba de un formulario normal, similar en todo a los ya existentes en otros sectores.

A este respecto, me limito a hacer constar que en lo tocante al formulario concerniente a las irregularidades relativas al FEOGA, Sección «Garantía», las informaciones exigidas en él son las informaciones, muy precisas y específicas, expresamente previstas en el Reglamento nº 595/91, y ya antes de éste en el Reglamento nº 283/72.

Respecto al formulario correspondiente a las irregularidades en detrimento de los recursos propios, destacaré que éste se basa en el apartado 3 del artículo 6 del Reglamento (CEE, Euratom) nº 1552/89,[12] norma que prevé expresamente que los Estados miembros comunicarán a la Comisión, semestralmente y en caso de fraudes e irregularidades cuya cuantía supere los 10.000 ECU, una descripción sumaria de éstos, así como las medidas adoptadas y contempladas para evitar que se repitan los casos detectados. El formulario impone la obligación de comunicar únicamente tales informaciones; y, de hecho, la exigencia de informaciones suplementarias va acompañada de la precisión de que no se trata de informaciones obligatorias en el sentido del apartado 3 del artículo 6 del Reglamento nº 1552/89: se *invita* a los Estados miembros a que las faciliten en la medida en que son útiles para una lucha eficaz contra el fraude.

19. Las observaciones anteriores confirman que el Código de conducta no se limita a explicitar las obligaciones contenidas en el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88, sino que lo interpreta, ampliando su alcance, sin dotarlo, sin embargo, de las oportunas garantías, en particular en lo tocante a la protección de los particulares.

Procede, por tanto, examinar el problema de la competencia de la Comisión para adoptar el acto de que se trata.

20. Ahora bien, la posición de la Comisión es, a este respecto, muy ambigua. Si bien, por un lado, pretende que el Código no tiene ningún efecto vinculante, por otro lado afirma asimismo tener la facultad y con ello la competencia para adoptar actos de este género, bien en virtud del artículo 155 del Tratado o del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 2052/88.

Estimo que dicha tesis no puede acogerse. Recordaré que la adopción de los actos no vinculantes se regula en el artículo 189 del Tratado y que el artículo 155 del mismo texto legal atribuye a la Comisión la facultad de formular Recomendaciones o de emitir Dictámenes no sólo en los casos expresamente previstos en el Tratado, sino también cuando lo estimara necesario; por tanto, la Comisión no tiene que demostrar, en modo alguno, su competencia para recomendar un determinado comportamiento sobre otro: pues aquella no suscita discusión. Por otra

12 — Reglamento de 29 de mayo de 1989, por el que se aplica la Decisión 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema de recursos propios de la Comunidad (DO L 155, p. 1).

parte, si fuera verdad, como sostiene varias veces la Comisión en su escrito de contestación, que el acto de que se trata no es más que una Recomendación, un Dictamen dirigido a los Estados miembros sobre cómo debe aplicarse el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88, no se entiende por qué la propia Comisión no lo había calificado como tal ya en el título del acto, o presentado de tal modo que quedara claro, y ello más allá del *nomen iuris*, que se trataba única y exclusivamente de una Recomendación dirigida a los Estados miembros, [13] evitando con ello posibles confusiones e incertidumbres, así como un contencioso innecesario.

En general, sólo puede sorprender que la Comisión, aunque únicamente sea en el contexto instrumental de la defensa ante el Tribunal de Justicia, insista en avanzar la tesis de haber creado, en una materia tan delicada —como la que nos ocupa— en la que la severidad y la obligatoriedad de los cumplimientos se ven inmediatamente reforzadas, un acto no vinculante para los Estados miembros: es decir, un acto que, si así fuere, no sólo sería inútil, sino también y por ello mismo perjudicial, en cuanto generador de confusiones y desviaciones de comportamiento en el seno de los Estados miembros.

13 — Permítaseme añadir, aunque pueda parecer una consideración banal, que en general, como es justo y evidente, la Comisión adopta, sin tener competencia para ello, actos formales con arreglo al artículo 189 del Tratado. Por el contrario, los actos con un *nomen* atípico representan, a mi juicio, un signo de una cierta ambigüedad, y ello especialmente cuando la materia que debe regularse sea tan típica que no precisa de un acto atípico. A este propósito, recuerdo la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi, 322/88, en la que el Tribunal de Justicia afirmó que las Recomendaciones «son adoptadas generalmente por las Instituciones comunitarias cuando, con arreglo al Tratado, no se hallan facultadas para adoptar actos obligatorios, o cuando consideran que no es oportuno dictar disposiciones más vinculantes» (Rec. p. 4407, apartado 13). Tal afirmación me parece igualmente válida, en principio, para los innumerables actos atípicos existentes en la práctica.

21. Deduzco de ello que la remisión de la Comisión al artículo 5 del Tratado pretende modificar los términos en que está planteado el problema. A este respecto, observo que la obligación que se deriva para los Estados miembros de dicho artículo, «de facilitar el cumplimiento de la misión de la Comunidad», es una obligación genérica que no puede invocarse, como ha precisado el propio Tribunal de Justicia, «a falta de una disposición puntual en tal sentido recogida en el Tratado o en los actos obligatorios adoptados por las instituciones»; [14] y ello en el sentido de que tal obligación de los Estados miembros no puede, en cualquier caso, ser invocada para adoptar actos de naturaleza normativa. En definitiva, la Comisión puede recabar de los Estados miembros, en virtud del artículo 5 del Tratado, informaciones específicas sobre un caso determinado, e iniciar un procedimiento de infracción contra una negativa de facilitar tales informaciones, pero es indudable que no puede ampararse en dicha base jurídica para armonizar, especificándolas y ampliándolas, las obligaciones impuestas por una norma, en el presente caso el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88.

22. En cuanto a la competencia que la Comisión se arroga en virtud del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 2052/88, me limitaré a subrayar que dicha disposición se refiere a la llamada «partnership» (cooperación), concepto que define el propio Reglamento como «una estrecha concertación entre la Comisión, el Estado miembro interesado y las autoridades competentes designadas por el mismo a nivel nacional, regional, local o de otro tipo, persiguiendo todas las partes el logro de un objetivo común». Siempre, según el mismo Reglamento, «la cooperación abarcará la preparación, financiación, seguimiento y evaluación de las acciones».

14 — Auto de 30 de septiembre de 1987, Brother Industries/Comisión (229/86, Rec. pp. 3757 y ss., especialmente p. 3763.

En definitiva, partiendo del presupuesto de que la acción estructural desarrollada por la Comisión es complementaria de las acciones nacionales correspondientes a las que contribuye, se ha institucionalizado una suerte de diálogo permanente entre la Comisión y el Estado miembro interesado a fin de repartir las tareas y poner en común los recursos humanos implicados en las acciones estructurales comunitarias, en aras de una mayor eficacia. El concepto de cooperación no implica, pues, en modo alguno que las partes puedan adoptar de común acuerdo actos vinculantes ni interpretaciones vinculantes de los actos y normas existentes. Además, la cooperación no abarca el control de las acciones, sino, como ya se ha dicho, únicamente la preparación, la financiación, el seguimiento y evaluación de las acciones. De ello se sigue que el fundamento jurídico de que se trata no permite la adopción de actos vinculantes, sino que se limita a establecer una estrecha concertación entre todas las partes interesadas para el logro de todas las acciones emprendidas.

23. Resta por examinar un último aspecto: la Comisión ha sostenido en diversas ocasiones, tanto en su escrito de contestación como en el curso de la vista, que el acto impugnado fue adoptado por consenso; se trata, a su juicio, de un nuevo tipo de acto, que dicha Institución ha definido como una especie de «gentlemen's agreement». Estimo inaceptable semejante construcción y que ésta pueda modificar la situación jurídica, y ello sin que sea preciso verificar si efectivamente el acto que nos ocupa es o no un acto negociado. Puede decirse no sólo que, si no respetan las eventuales disposiciones contenidas en dicho acto, los Estados miembros pueden, a lo sumo, asumir la responsabilidad política de dicho comportamiento, sin que pueda considerarse por ello que incumplen las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria en el sector considerado, sino también y sobre todo que se trata de un acto ajeno en sí mismo al sistema que garantiza el Tratado, siendo absolutamente extraña a este último la adopción de *actos normativos concertados* entre la Comisión y los Estados miembros o de cualquier acuerdo, siquiera de forma particularmente simplificada, entre las partes mencionadas. Esta singular y contradictoria postura de la Comisión no merece, a mi juicio, más comentarios.

24. Dicho lo anterior, la afirmación de la Comisión de que nunca iniciará un procedimiento de infracción basado en el incumplimiento del Código de conducta es simplemente irrelevante, dada su patente contradicción con el contenido del escrito de notificación en el cual, recuerdo, se dice expresamente que el cumplimiento del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88 exige el respeto absoluto del Código de conducta. Tampoco es preciso detenerse más sobre dicho aspecto dado que, como se ha visto, el análisis del contenido del acto ha revelado que se trata de modalidades de aplicación que imponen a los Estados miembros obligaciones no previstas como tales en la norma base.

25. Lo que es importante, para nuestros fines, es que el acto impugnado, sobre las modalidades de aplicación del apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 4253/88, hace más gravosas, en la medida en que las amplía y especifica de modo detallado, las obligaciones impuestas por la norma de que se trata.

Ahora bien, el artículo 23 se limita a indicar las obligaciones de los Estados, pero no atribuye ninguna facultad a la Comisión: ni de precisar, ni de interpretar, ni de ampliar las obligaciones de que se trata. En ninguna otra disposición en materia de competencia se atribuye a la Comisión una competencia semejante. Por el contrario, los apartados 4 y 5 del artículo 3 del Reglamento nº 2052/88 prevén que las modalidades de control de las acciones se definirán en las decisiones de aplicación adoptadas en virtud del artículo 130 E del Tratado. Asimismo, el apartado 2 del artículo 7 del mismo Reglamento confirma que las disposiciones contempladas en los apartados 4 y 5 del artículo 3 precisarán las normas armonizadas destinadas a reforzar el control de las intervenciones estructurales. De ello se deduce que el Código de conducta controvertido debe ser anulado por incompetencia de la Comisión.

Conclusión

A la luz de las consideraciones que preceden, propongo por tanto al Tribunal de Justicia que estime el recurso y condene en costas a la Comisión.