# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. FRANCESCO CAPOTORTI presentadas el 11 de julio de 1979 *

*Señor Presidente,*
*Señores Jueces,*

1. En el presente procedimiento, el Tribunal de Justicia decidió limitar la fase oral del procedimiento, por ahora, a la cuestión de la admisibilidad del recurso. Así pues, únicamente me ocuparé de esta cuestión, tras exponer al Tribunal un resumen de los hechos esenciales.

El 23 de julio de 1971, la sociedad alemana GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) presentó a la Comisión una solicitud, con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), dirigida a que se declarase una infracción de las normas sobre la competencia del Tratado CEE por parte de Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (Radio Luxembourg), de la sociedad Radio Music International, también luxemburguesa, y de la sociedad Radio Tele-Music de Berlín. Según GEMA, la compañía luxemburguesa se sirvió de su filial Radio Music International para celebrar contratos con editores musicales de la República Federal, basándose en los cuales Radio Music International obtuvo, en su opinión, la mitad de los ingresos en concepto de derechos de autor sobre las composiciones musicales publicadas en común con dichos editores, a cambio de la difusión de estas composiciones a través de su emisora en lengua alemana. La Comisión tramitó la solicitud dirigiendo a las empresas antes indicadas, mediante escrito de 23 de enero de 1974, un pliego de cargos –consistentes en la infracción del artículo 86 del Tratado– y señalando a continuación, para el 23 de abril del mismo año, la audiencia de las partes.

Hasta abril de 1974 se mantuvo a GEMA al corriente del desarrollo del procedimiento; a partir de dicha fecha, no recibió ninguna información adicional, de tal modo que, transcurridos cuatro años (en concreto, el 31 de enero de 1978), ante el prolongado silencio de la Comisión, le envió un escrito de requerimiento, instándole a que adoptase una decisión formal y se la comunicase en un plazo de dos meses. La Comisión respondió mediante escrito de 22 de marzo de

* Lengua original: italiano.

1978, que contenía la definición de su posición detallada y motivada; en ella se afirmaba, entre otras cosas, que «los elementos más recientes» no justificaban la adopción de una decisión que declarase el abuso de posición dominante por parte de las sociedades antes mencionadas. La evolución reciente de la situación hacía, en efecto, prácticamente imposible demostrar la existencia de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, así como del abuso de dicha posición, por parte de la compañía luxemburguesa. En el mismo escrito se recordaba que, con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), GEMA tenía la posibilidad de presentar observaciones escritas en los dos meses siguientes a la recepción de la «definición de posición». Por último, la Comisión expresaba su opinión de que las sociedades de protección de los derechos de autor, independientemente de la aplicación del artículo 86 del Tratado, tienen otros medios para precaverse de las distorsiones de la competencia resultantes de transmisiones radiofónicas que conceden preferencia a las composiciones editadas por las emisoras; a este respecto, proponía a GEMA celebrar una reunión con sus funcionarios. Posteriormente tuvo lugar dicha reunión, pero la solución sugerida por la Comisión –que implicaba una modificación de los estatutos de GEMA– fue, en definitiva, considerada irrealizable por esta última.

El 31 de mayo de 1978, la sociedad GEMA interpuso un recurso con arreglo al artículo 175 del Tratado, en el que solicitaba al Tribunal de Justicia que declarase la omisión ilegal en que había incurrido la Comisión y que ordenase a ésta adoptar una decisión formal, en el marco del procedimiento de declaración de infracción incoado en 1971 a solicitud de la demandante o, en su caso, que comunicase a esta última el archivo de dicha solicitud. La demandante percibe la omisión de la Comisión, por un lado, en el hecho de haber omitido proseguir el procedimiento incoado con arreglo al Reglamento nº 17 contra Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion y otras sociedades vinculadas a ella y, por otro, en el hecho de no haberle informado a ella misma sobre el archivo de su solicitud, con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63.

El 19 de marzo de 1979, la demandante presentó, con carácter subsidiario, un recurso adicional, en el que solicitaba, con arreglo al párrafo segundo del artículo 173 del Tratado, que en caso de que el Tribunal de Justicia considerase que procedía declarar la inadmisibilidad del recurso por omisión, se anulase la decisión, contenida en el escrito de la Comisión de 22 de marzo de 1978, de no proseguir el procedimiento contra Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion.

La Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad tanto del primero como del segundo recurso.

2. Ocupémonos, en primer lugar, del recurso por omisión. La demandada sostiene que procede declarar su inadmisibilidad por dos razones: por infracción de la letra c) del

artículo 38 del Reglamento de Procedimiento, debido a que no contiene la exposición de los motivos invocados, y por infracción del párrafo segundo del artículo 175 del Tratado, dado que falta el requisito de la omisión de la Institución.

La excepción basada en la supuesta infracción de la letra c) del artículo 38 del Reglamento de Procedimiento me parece infundada. Esta norma prescribe que la demanda contendrá, entre otras cosas, «el objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados». Ahora bien, en el presente caso, la determinación de la norma que GEMA invoca en apoyo de su acción jurisdiccional es posible y sencilla teniendo presente el contexto del recurso: se trata, en primer lugar, del artículo 6 del Reglamento nº 99/63 de la Comisión, del que se derivan, según la demandante, tanto el derecho a que el procedimiento de infracción se desarrolle hasta la adopción de una decisión formal como el derecho a obtener comunicación del archivo de la solicitud y de los motivos que la justifican; se trata asimismo, en el plano procesal, del párrafo segundo del artículo 175 del Tratado, que atribuye al particular la facultad de interponer recurso contra la omisión de las Instituciones cuando concurran los requisitos en él previstos. Que son estas normas las que están en juego, en el sentido de que de ellas se derivan los fundamentos jurídicos invocados por las demandantes, es algo que se desprende con claridad de las imputaciones formuladas por la sociedad GEMA, antes descritas: es decir, de su afirmación (contenida en la parte III del recurso) según la cual la Comisión permaneció inactiva, absteniéndose de proseguir el procedimiento de infracción o comunicar a la demandante el archivo de su solicitud. Dicho esto, debe considerarse cumplido el requisito establecido en la letra c) del artículo 38 del Reglamento, antes citado.

3. La segunda causa de inadmisibilidad del recurso aducida por la Comisión se basa en la afirmación de que no permaneció inactiva después de haber recibido el requerimiento. Ya he tenido ocasión de recordar que la Comisión envió un escrito a la demandante el 22 de marzo de 1979, tras haber sido instada a actuar, y he referido el contenido de dicho escrito. El problema que se suscita, sobre el cual naturalmente las partes tienen puntos de vista opuestos, es la calificación jurídica de dicho escrito. Según la Comisión, éste contiene una «definición de posición» a efectos del párrafo segundo del artículo 175 y, por tanto, debe excluirse la omisión imputada, que constituye el presupuesto del recurso, mientras que la sociedad GEMA está convencida de que el escrito tiene un valor meramente interlocutorio y, por ende, no pone fin a la inacción de la Institución.

A propósito del escrito controvertido, pueden hacerse con facilidad dos observaciones. La primera se refiere a su conformidad con el artículo 6 del Reglamento nº 99/63 de la Comisión, que establece: «Cuando la Comisión, recibida una solicitud en aplicación del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, considere que los elementos por ella reunidos no justifican dar a esa solicitud curso favorable, indicará las razones a los solicitantes, y les concederá un plazo para presentar por escrito sus eventua-

les observaciones». En el caso de autos, basta con leer el escrito de que se trata para darse cuenta de que la Comisión excluía claramente que pudiera darse curso favorable a la solicitud de GEMA, exponía las razones de esta orientación, en relación con los elementos de hecho comprobados, y señalaba, por último, un plazo de dos meses para la presentación de las observaciones escritas de la demandante. Así pues, no alcanzo a apreciar en qué se basa la empresa GEMA para afirmar que no fue informada del resultado del procedimiento y de las razones del denominado archivo de su solicitud. La segunda observación, acto seguido, es que la concesión a la demandante de un nuevo plazo para la presentación de observaciones escritas no representó una manifestación de la potestad discrecional de la Comisión sino la observancia pura y simple de lo que impone el citado artículo 6 del Reglamento nº 99/63. Evidentemente, cabe aún discutir si la comunicación prevista en esta norma tiene valor interlocutorio o no; ahora bien, el examen debe realizarse en el marco de la normativa relativa a los procedimientos comunitarios en materia de competencia, y no limitándose al escrito de 22 de marzo de 1979, relativo al caso denunciado por la sociedad GEMA. A este respecto, procede añadir que no comparto la tesis de la demandante según la cual el citado escrito tiene valor interlocutorio, también por contener una cita para una entrevista con representantes de la Comisión, con el fin de examinar los métodos apropiados para evitar o reducir las desventajas procedentes de prácticas como las aplicadas por las sociedades denunciadas. En realidad, el escrito de que se trata se compone de dos partes distintas: una primera, enteramente conforme con el artículo 6 del Reglamento nº 99/63, a la que ya me he referido, y una segunda, con la que se formula una propuesta de cooperación en interés de GEMA y basándose en la experiencia adquirida en el sector por la Comisión. Esta segunda parte es claramente distinta de la otra y no afecta en absoluto al desarrollo del procedimiento por infracción de las normas sobre la competencia, sino que, por el contrario, implica que se concluyó dicho procedimiento.

4. Permanecen pendientes dos problemas de índole general, cuya solución parece indispensable a efectos del presente caso: la determinación de la situación jurídica del particular que presenta una solicitud con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17 –con el fin de determinar si tiene derecho a que la Comisión adopte una decisión y, eventualmente, qué tipo de decisión– y la interpretación del artículo 175 del Tratado, con objeto de aclarar el alcance del concepto de «omisión» del Consejo o de la Comisión, contenido en dicho artículo.

En relación con el primer problema, procede observar que el Reglamento nº 17 del Consejo, completado por el posterior Reglamento nº 99/63 de la Comisión, estableció, para la comprobación de las infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado, un procedimiento caracterizado por determinadas fases intermedias y, principalmente, las consistentes en las inspecciones por parte de la Comisión y en la audiencia de los interesados y terceros. En el marco de estas fases, la Comisión puede adoptar actos que, aunque no constituyen formalmente decisiones

con arreglo al artículo 189, inciden, no obstante, en la esfera jurídica de los destinatarios y no están comprendidos ni en la categoría de los dictámenes ni en la de las recomendaciones (por ejemplo, los actos con los cuales la Comisión da a los interesados la oportunidad de ser oídos –apartado 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y artículo 5 del Reglamento nº 99/63– o permite el desarrollo verbal de observaciones escritas –artículo 7 del Reglamento nº 99/63– o convoca para una determinada fecha a las personas que deban ser oídas –artículo 8 del mismo Reglamento–). Entre estos actos se encuentra, a mi entender, la comunicación prevista en el citado artículo 6 del Reglamento nº 99/63, cuyo contenido ya he tenido ocasión de describir; ésta no puede, a mi juicio, calificarse como decisión, aun cuando implique que la Comisión ha efectuado una apreciación de los datos facilitados por el solicitante y de los recogidos mediante la investigación. En efecto, su característica esencial reside en la información que se facilita al solicitante sobre las razones que indujeron a la Comisión a archivar el expediente; en cuanto al señalamiento al propio solicitante de un plazo para la presentación (eventual) de observaciones escritas, está claro que se trata de un requisito accesorio que pretende garantizar al tercero la más amplia tutela de sus intereses y permitir a la Comisión reabrir el expediente cuando el tercero aporte nuevos elementos de hecho o alegaciones ulteriores en el plano jurídico. Correlativamente a la obligación de comunicación que incumbe a la Comisión en virtud de la norma citada, cabe hablar, indudablemente, de un derecho del particular que haya presentado una solicitud con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, a conocer las razones por las cuales la Comisión considera injustificado dar curso favorable a dicha solicitud y a disfrutar, asimismo, de un plazo para presentar observaciones escritas.

Así las cosas, no estimo que pueda compartirse la tesis de que el autor de la solicitud tiene derecho a obtener de la Comisión un acto con carácter de decisión formal acerca de la existencia o inexistencia de la infracción denunciada.

Son tres las principales consideraciones que me inducen a refutar dicha tesis.

a) Ante todo, observo que, puesto que cada caso plantea unas exigencias de investigación específicas, no sería razonable reconocer al particular el derecho de exigir a la Comisión una decisión que ponga fin al procedimiento, cuando corresponde a la propia Comisión la labor de apreciar, con un cierto margen de discrecionalidad, cuáles y cuántas comprobaciones pueden ser necesarias antes de adoptar una postura definitiva. El archivo implícito en el acto previsto en el artículo 6 del Reglamento nº 99/63 tiene, en cambio, la ventaja de la flexibilidad, en el sentido de que nada impide a la Comisión reabrir el expediente en presencia de un nuevo elemento.

b) En segundo lugar, la tesis controvertida no tiene base alguna en las disposiciones reglamentarias relativas a esta materia. Es significativo que, con arreglo al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 17, la

Comisión, aun cuando haya comprobado una infracción de los artículos 85 y 86, podrá (y no deberá), mediante decisión, obligar a las empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada: conserva la potestad discrecional de adoptar otras medidas, en particular formulando una recomendación (apartado 3 del artículo 3). En cuanto al artículo 6 del Reglamento nº 99/63, ya he observado que la comunicación prevista en él presupone la previa adopción de una decisión de fondo sobre el resultado del procedimiento, pero –como pone de manifiesto el tenor de la disposición– es expresión de un derecho del particular no a que se adopte la decisión sino a conocer dicha decisión y las razones que la determinaron.

c) En tercer lugar, vale la pena observar que también cuando el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17, incoado a raíz de la denuncia de un tercero, concluye con una decisión que declara la infracción y obliga a la empresa interesada a poner fin a la misma, dicha decisión *no es un acto dirigido al tercero solicitante:* la destinataria del acto es la empresa autora de la infracción. Ello se confirma en la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, Rec. p. 1875), en la que el Tribunal declaró que «interesa tanto para la buena administración de la justicia como para la exacta aplicación de los artículos 85 y 86 que las personas físicas o jurídicas que, en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, están autorizadas a solicitar a la Comisión que declare la existencia de una infracción a dichos artículos 85 y 86, puedan, si no se les da satisfacción en todo o en parte, a petición propia, disponer de un medio de impugnacion destinado a proteger sus intereses legítimos» y que procede, por tanto, considerar que dichas personas están directa e individualmente afectadas, a efectos del párrafo segundo del artículo 173, por la decisión de la Comisión (apartado 13). En realidad, esta jurisprudencia, al referirse a la posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 173 de impugnar las decisiones que, «aunque revistan la forma de [...] una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente» (al demandante), excluye, por ello mismo, que una decisión relativa a la infracción de los artículos 85 y 86, adoptada a instancias de un tercero, pueda estar comprendida en la categoría de las decisiones, «dirigidas» al demandante (que, en el presente caso, se identifica con el tercero denunciante). Dicho esto, me parece lícito afirmar que la sentencia Metro/Comisión, antes citada, declaró que el tercero denunciante, en el marco del procedimiento con arreglo al Reglamento nº 17, no tiene derecho a exigir que se adopte una decisión que ponga fin al procedimiento incoado a raíz de una denuncia; podría invocar tal derecho si la decisión fuera dirigida a él mismo, cosa que no sucede.

5. Pasemos ahora al otro problema de índole general que estimo necesario abordar: la interpretación del artículo 175 del Tratado. Como es sabido, esta norma establece que en caso de que, «en violación del presente Tratado, el Consejo o la Comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás Instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación». El último párrafo del mismo

artículo extiende a toda persona física o jurídica la legitimación activa para «recurrir en queja [...] por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen». Para que puedan interponer dicho recurso tanto los Estados como las Instituciones o los particulares, es necesario que previamente se haya requerido a la Institución para que actúe y que ésta no haya definido su posición transcurrido un plazo de dos meses a partir de dicho requerimiento.

A efectos de la solución del presente asunto, dos puntos me parecen de particular interés: determinar si la expresión «acto distinto de una recomendación o un dictamen» remite implícitamente a la única categoría de actos obligatorios para los destinatarios designados por ellos, indicados en el párrafo primero del artículo 189 (decisiones), y aclarar el significado de la «definición de posición» que puede impedir la interposición del recurso por omisión. Sobre el primer extremo, estimo que atribuir al término «acto» un significado amplio es la tesis más razonable y fundada, por razones tanto terminológicas como sistemáticas. Desde el punto de vista literal, es significativo que el Tratado prefiera dicho término al término técnico «decisión», que tiene un valor preciso en el sistema de las fuentes: en efecto, es lícito suponer que, si el legislador comunitario hubiera deseado circunscribir exclusivamente a las decisiones el mecanismo de la impugnabilidad por omisión mediante recurso interpuesto por los particulares, habría empleado la expresión técnica apropiada y no un término polivalente como es «acto». Desde el punto de vista sistemático, asimismo, me parece importante observar que también en el párrafo primero del artículo 175 la actitud omisiva del Consejo o de la Comisión se indica mediante una expresión amplia («en caso de que, en violación del presente Tratado, el Consejo o la Comisión *se abstuvieren de pronunciarse*»). A su vez, el requerimiento que el párrafo segundo de la disposición exige dirigir a la Institución de que se trate se define como requerimiento «de hacer», no «de decidir». Opino, por tanto, que también la falta de adopción de actos no identificables con el esquema de la decisión –en particular, los actos que anteriormente mencionaba al hablar del procedimiento con arreglo al Reglamento n° 17, entre ellos la comunicación prevista en el artículo 6 del Reglamento n° 99/63– puede ser impugnada mediante un recurso por omisión.

Lógicamente, esta opinión influye también en la respuesta que debe darse a la segunda cuestión, habida cuenta de la naturaleza aún más genérica de los términos «definición de posición». Si el acto previsto en el párrafo tercero del artículo 175 debiera ser en todo caso una decisión, cabría proponer la misma hipótesis acerca de la naturaleza de la definición de posición mencionada en el párrafo segundo; ahora bien, una interpretación amplia del concepto de «acto» conduce, con mayor razón, a entender de forma amplia el concepto de «definición de posición». En efecto, entiendo que la Institución de que se trate puede adoptar una definición de posición (excluyendo así la imputación de omisión) también mediante un acto que no tenga carácter de decisión y, por tanto, también con un acto que no ponga fin al procedimiento. La consecuencia que de ello debe derivarse en relación con el caso de

autos es que la calificación del escrito de la Comisión de 22 de marzo de 1979 termina por ser irrelevante: bien en dicho escrito se perciba una comunicación pura y simple, bien se deduzca del mismo también una decisión implícita de archivo (como ya he dicho que estimo), la Comisión, en todo caso, «definió su posición» a efectos del artículo 175 y no puede, por tanto, ser acusada de inacción.

La jurisprudencia de este Tribunal confirma la interpretación que he acogido de los términos «definición de posición». En efecto, la sentencia de 13 de julio de 1971, Komponistenverband/Comisión (8/71, Rec. p. 705), estimó que un escrito en el que la Comisión, dirigiéndose a una empresa contra la cual se ha incoado un procedimiento basado en el Reglamento nº 17, le permite presentar sus observaciones en un determinado plazo, de conformidad con el artículo 5 del Reglamento nº 99/63, constituye una «definición de posición» a efectos del párrafo segundo del artículo 175; en consecuencia, la Comisión «no se abstuvo de pronunciarse sobre la solicitud de la demandante» y, por tanto, al faltar «los requisitos contemplados en el artículo 175», debía «declararse la inadmisibilidad» del recurso.

Existe otro aspecto del artículo 175 sobre el cual me parece oportuno hacer algún comentario. Ya se ha visto que la facultad del particular de interponer recursos por omisión se destina a reprochar a una de las Instituciones haber omitido *dirigir al demandante* un acto distinto de una recomendación o un dictamen. Ello significa, a mi entender, que la omisión debe haberse producido en relación con un acto del cual el demandante debía haber sido destinatario. Desde este punto de vista existe una diferencia evidente entre el párrafo tercero del artículo 175 y el párrafo segundo del artículo 173, relativo a los recursos de anulación: esta última disposición establece, en efecto, que «toda persona física o jurídica podrá interponer [...] recurso contra las decisiones de las que sea destinataria», aunque acto seguido contempla también, para las mismas personas, la posibilidad de recurrir «contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un Reglamento o *una decisión dirigida a otra persona*», le afecten «directa e individualmente». El hecho de que este último pasaje del párrafo segundo del artículo 173 no se repitiera en el artículo 175 permite afirmar que la posibilidad de interponer recurso por omisión se atribuyó a las personas físicas y jurídicas en una serie de supuestos más restringida que en el caso del recurso de anulación. En particular, se denegó a los particulares la facultad de impugnar por omisión los actos que, pese a afectarles directa e individualmente, no van dirigidos a ellos.

La diversa amplitud de la legitimación activa concedida por el párrafo segundo del artículo 173 y el artículo 175 responde a una lógica comprensible y no presenta aspectos contradictorios. El recurso por omisión tiene la finalidad de señalar al Juez comunitario la inacción del Consejo o de la Comisión y de obligarles, mediante la intervención del Juez en ejercicio de su autoridad, a definir su posición; el recurso de anulación, en cambio, se dirige a obtener un pronunciamiento que debe incidir en un

acto existente, anulándolo. Es razonable, pues, que únicamente puedan interponer recurso por omisión los destinatarios del acto: éstos están interesados en que la Comisión no permanezca inactiva y dicho interés es suficientemente sólido y acreedor a tutela sólo en la medida en que su titular sea también el destinatario del acto invocado. No es razonable extender este instrumento –que básicamente sirve para evitar el estancamiento de los procedimientos– a personas que, pese a sufrir los efectos del acto, no son sus destinatarios. Si se adopta una decisión, éstos podrán impugnarla con arreglo al párrafo segundo del artículo 173 del Tratado CEE, *in fine:* en efecto, es oportuno que, en este último caso, ante un comportamiento positivo de la Institución, se permita también al demandante interponer el recurso y promover así el control judicial de las opciones realizadas por la Comisión.

La remisión al recurso por omisión contemplado en el artículo 35 del Tratado CECA no puede conducir a conclusiones distintas. Este medio de impugnación es, en efecto, distinto del recurso previsto en el artículo 175 del Tratado CEE, habiéndose construido como una subespecie del recurso de anulación. No es arriesgado suponer que algunas de las incertidumbres que se registran en la interpretación del artículo 175 nacen del traslado a este ámbito de conceptos elaborados en relación con el artículo 35 del Tratado CECA.

6. Llego a la conclusión de las consideraciones que anteceden. La empresa GEMA, habiendo ejercido la facultad que atribuye a las personas físicas y jurídicas interesadas la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, ciertamente tenía derecho, con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63, a recibir la comunicación prevista en esta disposición y a obtener un plazo para la presentación de eventuales observaciones escritas. A falta de esta comunicación, tenía asimismo derecho a enviar un requerimiento a la Comisión (con arreglo al artículo 175 del Tratado) y si, pese a ello, esta última hubiera permanecido silenciosa e inactiva, habrían concurrido los requisitos para la interposición de un recurso por omisión. Ahora bien, de hecho, la comunicación de la Comisión se produjo, mediante el conocido escrito de 22 de marzo de 1978, acerca del cual ya he observado que respondía plenamente a los requisitos del citado artículo 6 del Reglamento nº 99/63. Dicha comunicación, a mi entender, materializa el *acto* mencionado en el último párrafo del artículo 175; por tanto, la omisión de la Comisión desapareció a la fecha del escrito. El acto controvertido podía ser impugnado en el plazo establecido mediante el recurso de anulación, dado que los actos sometidos al control de legalidad del Tribunal de Justicia se describen en el párrafo primero del artículo 173 con una fórmula idéntica a la empleada en el último párrafo del artículo 175, antes citado. Esta afirmación se corrobora por el hecho de que, a mi entender, el escrito de 22 de marzo de 1978 implicaba una decisión de archivo del procedimiento iniciado contra Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion y las restantes sociedades vinculadas; GEMA pudo, por tanto, solicitar la anulación de dicha decisión, en la línea indicada de la sentencia Metro/Comisión, antes citada. En todo caso, es decir, aun cuando subsistieran

dudas sobre la calificación exacta del escrito de que se trata, éste representaba cuando menos una definición de posición de la Comisión a efectos del párrafo segundo del artículo 175; esta circunstancia bastaba para cerrar el paso al recurso por omisión.

GEMA no tenía, en cambio, ningún derecho a que la Comisión adoptase una decisión formal sobre el fondo en el procedimiento de declaración de las infracciones contra las normas sobre la competencia iniciado a su solicitud; y ello por las razones que antes explicaba. En consecuencia, GEMA no tenía motivo para esperar una decisión de ese tipo, tras haber recibido la comunicación de 22 de marzo de 1978, tampoco en el supuesto de que le pareciera que ésta no tenía carácter definitivo. En todo caso, de haberse adoptado una decisión formal sobre el fondo en el mencionado procedimiento, no habría sido *dirigida a GEMA,* de tal modo que, a falta de dicha decisión, GEMA no estaba legitimada para ejercer la acción por omisión, limitada por el último párrafo del artículo 175 a la omisión de actos de los que sea destinatario el demandante.

7. Ya se ha visto que el 19 de marzo de 1979 la sociedad GEMA interpuso también, con carácter subsidiario, un recurso de anulación contra la decisión contenida en el escrito de la Comisión de 22 de marzo de 1978.

En mi opinión, debe también declararse la inadmisibilidad de este segundo recurso, por haberse interpuesto fuera de plazo; en la fecha de su presentación, en efecto, había expirado el plazo máximo de dos meses desde la recepción del acto impugnado.

La defensa de la demandante sostiene que el recurso de anulación constituye la invocación de un motivo nuevo, basado en razones de Derecho aparecidas durante la fase escrita y debe, por tanto, declararse su admisibilidad con arreglo al apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento. La razón de Derecho sobrevenida la constituye, según afirma, la sentencia del Bundesgerichtshof de 12 de diciembre de 1978, relativa a los mismos hechos a que se refería el procedimiento incoado por la Comisión contra la compañía luxemburguesa; en dicha sentencia se afirma que la Comisión renunció a proseguir dicho procedimiento. Según la demandante, de ello debería inferirse que el Bundesgerichtshof percibió, en el escrito de la Comisión de 22 de marzo de 1978, una decisión que ponía fin al procedimiento y esta circunstancia justifica, a su entender, la presentación del recurso subsidiario fuera de plazo.

Esta tesis me parece infundada. Ante todo, cabe dudar que la apreciación contenida en la sentencia del Bundesgerichtshof acerca de la calificación jurídica del escrito de la Comisión de 22 de marzo de 1978 pueda constituir una «razón de Derecho» nueva a efectos del apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento; en el fondo, se trata sólo de la interpretación de un documento hecha, con carácter incidental, por un órgano jurisdiccional nacional en la fundamentación de una sentencia suya y no de un elemento con pertinencia jurídica en el plano comunitario. Cabe añadir, asimismo,

que el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento, cuando establece la posibilidad excepcional de aducir motivos nuevos durante el procedimiento, quiere indicar, a mi entender, fundamentos nuevos, de hecho o de Derecho, que contribuyan a sustentar la pretensión formulada en la demanda, mientras que en el presente caso la demandante interpuso un auténtico *recurso nuevo.* En efecto, con el primer recurso de 30 de mayo de 1978 solicitó, con arreglo al artículo 175, que se obligase a la Comisión a adoptar una decisión formal o a comunicar el archivo del expediente, es decir, a definir su posición sobre la solicitud inicial; con el segundo recurso, en cambio, solicitaba, con arreglo al párrafo segundo del artículo 173, la anulación de la decisión de no proseguir el procedimiento contra Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion: el *petitum* es pues distinto en ambos casos, y distinta es también la *causa petendi,* que en el primer supuesto se aprecia en la inacción de la Comisión y en el segundo en la ilegalidad de la decisión adoptada por la propia Comisión. No cabe dudar, por ende, de la novedad del segundo recurso. Observo asimismo que el recurso subsidiario, en todo caso, se presentó después de la conclusión de la fase escrita del procedimiento y que, por tanto, también desde este punto de vista va más allá de lo previsto en el apartado 2 del artículo 42, antes citado.

Por último, me parece oportuno observar que en el recurso por omisión de mayo de 1978 no cabe apreciar las características de una solicitud de anulación. Es decir, no puede afirmarse que GEMA solicitase en realidad, ya con el primer recurso, la anulación de una decisión, pese a haber alegado aparentemente la inacción de la Institución. La diversidad del *petitum* y de la *causa petendi* de ambos recursos, antes señalada, impide seguir esta vía.

8. Concluyo, por tanto, proponiendo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de ambos recursos, por omisión y de anulación, interpuestos por la sociedad GEMA contra la Comisión, respectivamente, el 30 de mayo de 1978 y el 19 de marzo de 1979.

En lo que respecta a las costas, habida cuenta de la complejidad y de la novedad parcial de las cuestiones examinadas, propongo que se repartan en la medida de un tercio, con arreglo al párrafo primero del apartado 3 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, y que se condene a la sociedad demandante a reembolsar a la Comisión los dos tercios restantes.