CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 11 de julio de 1996 *

I — Introducción

1. En el presente recurso se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si los particulares están o no legitimados para interponer el recurso de anulación previsto en el artículo 173 del Tratado contra las decisiones de la Comisión de archivar las denuncias que pretenden instarla a ejercitar las competencias que le atribuyen el artículo 169 y el apartado 3 del artículo 90 del Tratado.

II — Antecedentes del asunto y alegaciones de las partes

2. La asociación alemana Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV, parte recurrente en el presente procedimiento, impugna ante el Tribunal de Justicia el auto de inadmisibilidad dictado el 23 de enero de 1995 por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T-84/94. [1]

3. Los hechos que dieron origen al procedimiento se recogen en el auto del Tribunal de Primera Instancia antes citado. La asociación recurrente había denunciado ante la Comisión la Ley alemana relativa a la profesión de Asesor Fiscal (*Steuerberatungsgesetz*) por presunta infracción del Derecho comunitario, en la medida en que dicha Ley reservaba a determinadas categorías profesionales el derecho a ejercer actividades en materia de asesoría fiscal y en ámbitos próximos. A juicio de la recurrente, dicha normativa era contraria a los artículos 59 y 86 del Tratado CE. Al mantener en vigor dicha legislación, la República Federal de Alemania había incumplido por tanto las obligaciones que le incumben con arreglo al párrafo segundo del artículo 5 y los apartados 1 y 2 del artículo 90 del Tratado. En su opinión, la Comisión habría debido actuar para poner fin a dicha situación y velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado.

La recurrente había solicitado al Tribunal de Primera Instancia que anulara, en virtud del artículo 173 del Tratado, la Decisión de la Comisión de no tramitar su denuncia. La Decisión controvertida en el procedimiento de primera instancia motivaba dicha negativa indicando que en el caso de autos no existía infracción alguna del Derecho comunitario.

* Lengua original: italiano.

1 — Rec. p. II-101.

4. El Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad del recurso. Dicho Tribunal consideró, invocando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto, [2] que la recurrente no estaba legitimada para impugnar la decisión de la Comisión de no iniciar un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania. La Comisión dispone de «una facultad de apreciación discrecional que excluye el derecho de los particulares a exigir que dicha Institución defina su postura en un sentido determinado». «En el marco de un procedimiento conforme al artículo 169 del Tratado», prosigue el Tribunal, «las personas que hayan presentado una denuncia no disfrutan de la posibilidad de interponer un recurso ante el órgano jurisdiccional comunitario contra la decisión de la Comisión de archivar su denuncia».

5. El Tribunal declaró también la inadmisibilidad del recurso en lo referente a la presunta violación del apartado 3 del artículo 90 del Tratado, tomando de nuevo en consideración la amplia facultad de apreciación que dicho artículo confiere a la Comisión. El ejercicio de una facultad de tales características, indica el auto recurrido, no va acompañado de una obligación de intervención por parte de la Comisión. El Tribunal de Primera Instancia llega de hecho a la conclusión de que «las personas físicas o jurídicas que soliciten a la Comisión que intervenga al amparo del apartado 3 del artículo 90 no gozan del derecho a interponer un recurso contra la decisión de la Comisión de no hacer uso de las prerrogativas que le corresponden a tenor del apartado 3 del artículo 90». Así pues, en el presente asunto no se reconoció a la recurrente legitimación para impugnar la mencionada negativa de la Comisión.

6. La recurrente invoca ahora una presunta infracción del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Primera Instancia, al no haber tomado en consideración dicho órgano jurisdiccional la desviación de poder en que incurrió la Comisión. Siempre según la recurrente, dicha Institución interpretó erróneamente los hechos expuestos en el escrito de recurso en primera instancia e invocados en apoyo de la denuncia formulada por la recurrente solicitando la apertura del procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado. La Bundesverband sostiene al respecto que, en caso de apreciación inexacta de los hechos, existe una desviación de poder cuando la facultad de apreciación de la Comisión ha quedado reducida a nada. Así ocurre, según ella, en el caso de autos. La infracción del artículo 59 del Tratado, descrita en la denuncia de la recurrente, resulta evidente. Existe pues, en opinión de la recurrente, una obligación de intervenir por parte de la Comisión, que en el presente asunto habría debido desembocar necesariamente en la apertura del procedimiento previsto en el artículo 169, aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconozca amplias facultades a la Comisión en lo relativo al inicio del procedimiento por incumplimiento y, paralelamente, niegue a los particulares la posibilidad de exigir un examen judicial de la eventual negativa a iniciar dicho procedimiento. Así pues, según la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia infringió por su parte el Derecho comunitario al no haber reconocido la radical ausencia de una facultad de apreciación discrecional de la Comisión ni valorado correctamente los hechos que dieron origen al recurso.

2 — Véase en especial la sentencia de 14 de febrero de 1989, Star Fruit/Comisión (247/87, Rec. p. 291).

7. En cuanto al apartado 3 del artículo 90, la recurrente alega que, aunque la Comisión disponga de una facultad de apreciación discrecional, es preciso no obstante considerar que la decisión de no intervenir con arreglo a dicho artículo constituye un acto sometido a control jurisdiccional, tanto más cuanto que en el caso de autos la divergencia entre la normativa nacional alemana y las disposiciones comunitarias resultaba evidente y la Comisión no podía en ningún caso negarla.

8. La Comisión solicita que se desestime el recurso de casación, alegando que la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de recursos contra la negativa a iniciar un procedimiento por incumplimiento no contempla excepciones de ningún tipo. La facultad discrecional de que la Comisión dispone en dicho campo es de una naturaleza tal que excluye que los particulares puedan interferir en el ejercicio de ella o criticarlo ante los Tribunales. Se trata, según la Comisión, de una facultad de obrar comprendida en el ámbito de las relaciones entre organismos públicos e inspirada no tanto en el *principio de legalidad* como en el *principio de oportunidad.*

Las facultades que confiere el artículo 169 del Tratado a la Comisión, prosigue afirmando esta última, son paralelas a las facultades que el artículo 170 del Tratado reconoce a los Estados miembros. Al igual que la Comisión, estos últimos tienen la facultad, pero ciertamente no la obligación, de intervenir a fin de hacer sancionar las eventuales infracciones del Derecho comunitario cometidas por otros Estados miembros, según lo dispuesto en el artículo 170.

9. La Comisión sostiene a continuación que el apartado 3 del artículo 90 del Tratado, al igual que el artículo 169, no permite a los particulares impugnar una eventual negativa a adoptar las medidas solicitadas por ellos. La Comisión dispone de amplias facultades discrecionales con arreglo, bien al artículo 169, bien al apartado 3 del artículo 90, y no se encuentra obligada, ni en un caso ni en otro, a adoptar medidas específicas.

III — Análisis del litigio

A — *En lo relativo al artículo 169*

10. El recurso carece de fundamento, a mi juicio, en lo que respecta a la posibilidad de impugnar la negativa con que la Comisión respondió a la solicitud de la recurrente de que iniciara el procedimiento por incumplimiento previsto en el artículo 169.

Prescindiré de la consideración de que el Tribunal de Justicia, en resoluciones anteriores, [3] ha negado a los particulares el derecho a dirigirse al Juez comunitario en situaciones similares a ésta, dada la amplia discrecionalidad de que disfruta la Comisión para iniciar y tramitar el procedimiento en cuestión. Se

3 — Véase la sentencia de 14 de febrero de 1989, Star Fruit, antes citada, y la sentencia de 17 de mayo de 1990, Sonito y otros/ Comisión (C-87/89, Rec. p. I-1981).

trata de una jurisprudencia constante, pero que requeriría ciertas precisiones. En efecto, la mera concesión de una facultad discrecional, por amplia que sea, no exime en principio a la Comisión de la obligación de respetar el principio de legalidad, ni basta por tanto para excluir en el presente asunto que la actuación de dicha Institución pueda ser impugnada en vía jurisdiccional por los particulares. Así lo confirma la ya copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ayudas de Estado,[4] que compagina la amplia discrecionalidad administrativa atribuida a la Comisión en este campo del Derecho comunitario con la posibilidad de someter la actividad desempeñada por ésta al control de los Jueces comunitarios.

11. En mi opinión, existe de todos modos otra razón para no reconocer el derecho que invocan en el presente motivo los recurrentes, relacionada con la propia naturaleza de la norma de que se trata. El artículo 169 del Tratado forma parte, en definitiva, de las disposiciones destinadas a regular el sistema institucional de la Comunidad y a garantizar el buen funcionamiento de ésta. Se trata precisamente de normas que únicamente se ocupan de las relaciones entre los Estados miembros y las Instituciones.

12. Aunque, una vez aplicado, el artículo 169 cree indirectamente situaciones jurídicas de las que los particulares puedan beneficiarse, ello no confiere a estos últimos derecho alguno a intervenir, ni posibilidad de injerencia alguna, en el procedimiento regulado por dicha disposición, ni les autoriza a impugnar en vía jurisdiccional el ejercicio de las competencias y la facultad de elegir reservadas a la Comisión. El procedimiento por incumplimiento se desarrolla pues en el plano de las relaciones interinstitucionales, que es inaccesible a los particulares.

13. Ciertamente, podría decirse que existe una laguna en el sistema de protección jurisdiccional, al no estar autorizados los particulares a solicitar un control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión de no iniciar el procedimiento por incumplimiento.

No obstante, si bien se mira, colmar dicha laguna con las facultades de interpretación atribuidas al Tribunal de Justicia supondría profundas modificaciones del marco institucional, y ello precisamente en un caso en el que los autores del Tratado han querido claramente atribuir a la norma de que se trata el sentido expuesto anteriormente: el artículo 169 se integra en el sistema del Tratado como disposición reguladora de las relaciones entre la Comisión y los Estados miembros. Este es el resultado que se obtiene de una interpretación sistemática de la norma: basta con pensar que únicamente a los Estados miembros y a las Instituciones de la Comunidad se les reconoce la facultad de intervenir en los recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión, según establece el artículo 37 del Estatuto del Tribunal de Justicia. El sujeto privado desaparece de esta perspectiva, incluso en la fase inicial de carácter precontencioso. Y de ello se deduce que el particular carece de legitimación para impugnar la

4 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 28 de enero de 1986, Cofaz/Comisión (169/84, Rec. p. 391), y, como más reciente, la de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión (C-225/91, Rec. p. I-3203), en especial el apartado 41.

eventual negativa con que la Comisión haya respondido a sus eventuales solicitudes de intervención.

No quiero decir con esto, por otra parte, que el sistema jurídico comunitario deje al particular totalmente desprotegido. No es así. El particular podrá invocar ante el Juez nacional la ilicitud del comportamiento del Estado que en su opinión supone un incumplimiento de las obligaciones comunitarias, exponer en su caso ante el Juez nacional las cuestiones prejudiciales que procede plantear al Tribunal de Justicia con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 177, y utilizar los remedios que se le ofrezcan si sus pretensiones resultan fundadas, incluida la indemnización de daños y perjuicios. Dichas consideraciones me llevan de nuevo a afirmar que procede desestimar el primer motivo invocado por la recurrente.

B — *En lo relativo al apartado 3 del artículo 90*

14. En cuanto al segundo motivo, es preciso comenzar diciendo que la Comisión, y con ella el Tribunal de Primera Instancia, por el razonamiento implícito en la resolución recurrida, parecen pensar que el apartado 3 del artículo 90 y el artículo 169 son, por así decir, disposiciones paralelas. El apartado 3 del artículo 90 confiere a la Comisión facultades de control y de vigilancia de los Estados miembros en lo relativo a las empresas públicas y las empresas asimiladas a éstas a efectos de dicho artículo, facultades que se presentan como discrecionales, sustancialmente en el mismo sentido en que lo son las medidas que la Comisión puede adoptar en virtud del artículo 169. Es por tanto esta amplia discrecionalidad la que impide en todo caso, según el Tribunal de Primera Instancia (que invoca como precedente en este punto la sentencia dictada anteriormente por dicho Tribunal en el asunto Ladbroke Racing [5]), que los particulares puedan solicitar la anulación de las decisiones *negativas*, como lo era la que adoptó la Comisión en el presente asunto. Es éste el único elemento decisivo de la motivación del auto impugnado. Procede pues analizarlo más de cerca.

15. A diferencia del artículo 169, el apartado 3 del artículo 90 forma parte de las normas expresamente dictadas para proteger la competencia y regular el comportamiento de las empresas en el mercado. Aquí se trata, es cierto, de un tipo de empresa especial. El artículo 90 del Tratado contempla en efecto el caso en el que el Estado miembro perturba el correcto funcionamiento de la competencia a través de la influencia que ejerce sobre las empresas que controla o a las que ha otorgado privilegios especiales. Dicha disposición pretende por tanto proteger a los operadores económicos de una eventual injerencia del Estado miembro, a través de las relaciones que mantiene con las empresas que reúnen las características allí previstas, que pudiera poner en peligro las libertades económicas fundamentales consagradas por el Tratado. Dicha disposición protege por tanto la competencia, aunque de manera compatible con el cumplimiento, de hecho o

5 — Sentencia de 27 de octubre de 1994, Ladbroke/Comisión (T-32/93, Rec. p. II-1015).

de derecho, de la misión específica confiada a las empresas de que se trata. No podría ser de otro modo.

16. Procede subrayar, sin embargo, que los beneficiarios de las disposiciones del artículo 90 son los operadores económicos. Dentro de los límites de su ámbito de aplicación, las disposiciones de defensa de la competencia afectan a las empresas contempladas en el artículo 90 ni en menor medida ni de otro modo que a todas las demás. El apartado 3 de dicho artículo indica además que «la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

17. Pues bien, en contra de lo que afirma el Tribunal de Primera Instancia, no me parece que la letra y el espíritu del artículo 90 excluyan la posibilidad de someter a control jurisdiccional las decisiones negativas adoptadas por la Comisión en lo que respecta a las denuncias de los particulares que dicha Institución considere que no merecen tramitarse.

El artículo 90 figura entre las normas sobre la competencia recogidas en el Título V del Tratado. La *sedes materiae* es significativa. Dicha disposición sigue la misma línea que las normas relativas al comportamiento de las empresas desde el punto de vista de la competencia, sobre todo las que regulan las ayudas de Estado. El emplazamiento y la finalidad de la norma corroboran pues que el particular no puede, en nuestro caso, verse privado de la tutela jurisdiccional de la que disfruta en el ámbito, esencial, de la competencia. Está claro, en todo caso, que resulta incorrecto asimilar la disposición que aquí se examina al artículo 169 y a las demás normas destinadas específicamente, o mejor exclusivamente, a regular las relaciones institucionales en el ámbito comunitario. Las alegaciones de la Comisión sobre el paralelismo entre el apartado 3 del artículo 90 y el artículo 169 carecen de lógica.

18. Tampoco puede acogerse, en mi opinión, el punto de vista adoptado por el Tribunal de Primera Instancia, que ha declarado la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la interesada contra la decisión denegatoria, basando una vez más dicha conclusión en la facultad de apreciación discrecional subyacente de la Institución.

La facultad de apreciación discrecional de la Comisión es tan amplia, afirma el Tribunal de Primera Instancia, que dicha Institución no tiene obligación alguna de intervenir, ni de motivar, por tanto, su eventual negativa a intervenir frente a las solicitudes que le presenten las empresas interesadas. Ello implica la falta de legitimación de estas últimas para recurrir contra las decisiones por las que la Comisión se niega a impartir Directivas o a adoptar Decisiones contra los Estados cuyo ilícito comportamiento denuncia el particular. La Comisión decide pues no ejercer una facultad que el Tribunal de Primera Instancia define como una verdadera y auténtica *prerrogativa,* otorgada por el apartado 3 del artículo 90.

19. En mi opinión, en el presente asunto el Tribunal de Justicia debe reflexionar sobre la jurisprudencia que se ha ido creando, con sus resoluciones y con las del propio Tribunal de Primera Instancia, dado que la facultad de apreciación discrecional atribuida a la Comisión, por amplia que sea, es atribuida en una materia en la cual las razones de interés público interfieren en el sistema del Tratado con las de la libre competencia, aunque no hasta el punto de sumergirlas. Pensemos, por ejemplo en el caso de las ayudas de Estado. [6] Allí donde hay libre competencia hay tutela del particular, que remonta a los principios fundacionales del mercado común. El reconocimiento de la inimpugnabilidad de la facultad de apreciación discrecional, cuando es el particular quien promueve el control de ésta, resulta plenamente justificado en la medida en que el ordenamiento comunitario pretenda regular exclusivamente intereses públicos y relaciones interinstitucionales. Sin embargo, como ya dije, el presente asunto se sitúa en un ámbito en el que las exigencias de la competencia se entrelazan y deben conciliarse con las que el Tratado toma en consideración a fin de proteger intereses superiores de carácter general, entre ellos los del Estado, en la medida en que son importantes para el Derecho comunitario.

20. A mi juicio, el caso que nos ocupa no debe por tanto analizarse como lo hizo el Tribunal de Primera Instancia. El caso es análogo a uno en el que se invocara en juicio la procedencia del control jurisdiccional sobre las decisiones negativas en materia de ayudas de Estado; una decisión de este tipo puede exponerse así: una empresa solicita a la Comisión que examine si la ayuda concedida a una empresa de la competencia es compatible con el Tratado y dicha Institución se niega a actuar en este sentido. Tanto en este último caso como en el que hoy examina el Tribunal de Justicia, corresponde a la Comisión adoptar medidas dirigidas a los Estados miembros obligándoles a actuar de determinada manera. El Estado miembro es, pues, el destinatario natural de las Decisiones y demás actos adoptados por la Comisión con arreglo, bien a los artículos 92 y 93, bien al artículo 90. [7] Ello no impide sin embargo, a mi juicio, que el particular pueda impugnar en vía jurisdiccional las medidas adoptadas por la Comisión en el ámbito en el que el artículo 90 le reconoce el derecho a ver aplicar, en lo que a él le afecte, la normativa comunitaria orientada a proteger la libertad de empresa y la libre competencia.

21. La conclusión a la que he llegado merece algunas precisiones adicionales. A mi juicio, en la perspectiva en la que enmarco el presente litigio, los requisitos subjetivos relativos a la legitimación procesal para recurrir contra las medidas adoptadas por la Comisión en virtud de los artículos 92 y 93, establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en esta materia, se aplican también a la situación del particular que el apartado 3 del artículo 90 protege. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia no se ha ocupado de este aspecto del caso de autos. Para adoptar su decisión, dicho órgano jurisdiccional ha considerado suficiente la absoluta falta de legitimación para actuar del particular frente a la pretendida inimpugnabilidad de la medida.

6 — Véanse, como más recientes, las sentencias de 19 de mayo de 1993, Cook/Comisión (C-198/91, Rec. p. I-2487), y de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión, antes citada.

7 — Véase la sentencia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión (asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565), y en especial los apartados 31 y 32.

El resultado se ha justificado en el auto recurrido, como antes dije, sin otro motivo que la amplitud de la facultad atribuida a la Comisión. El error consiste en no haber visto que, en el marco del apartado 3 del artículo 90, dicha facultad encuentra unos límites derivados del reconocimiento de unos derechos subjetivos en favor del particular, cuya violación puede alegar el interesado ante el órgano jurisdiccional comunitario.

22. Habida cuenta de las consideraciones que se han ido exponiendo, considero por tanto que procede anular el auto recurrido únicamente en la medida en que declaró la inadmisibilidad del recurso en lo relativo a la negativa de la Comisión a iniciar el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 90 del Tratado.

Como se trata, por otra parte, de un análisis centrado en gran parte en la valoración de los elementos de hecho, y a fin de garantizar el derecho a la doble instancia, considero oportuno que el Tribunal de Primera Instancia aprecie si se cumplen en el caso de autos los demás requisitos de admisibilidad del recurso y se pronuncie en su caso sobre el fondo del litigio.

IV — Sobre las costas

23. Con arreglo al artículo 122 del Reglamento de Procedimiento, corresponde al Tribunal de Primera Instancia resolver sobre las costas causadas en el recurso de casación seguido ante el Tribunal de Justicia cuando este último decida devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que resuelva.

Dado que propongo que se anule el auto recurrido y se devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia, corresponderá a este último pronunciarse sobre las costas del procedimiento.

V — Conclusión

24. Con arreglo a las consideraciones antes expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Anule el auto de 23 de enero de 1995 por el que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas declaró la inadmisibilidad del recurso en el asunto T-84/94.

— Reserve al Tribunal de Primera Instancia la decisión sobre las costas del procedimiento.