CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 5 de junio de 1997 *

I. Observaciones introductorias

En el marco de las Comunidades Europeas, la expresión directa del poder político y estatal está confiada, en gran medida, a la Comisión, que debe actuar de conformidad con los principios de legalidad, transparencia y buena administración. En el presente asunto, se solicita al Tribunal de Justicia que aprecie hasta qué punto la Comisión se atuvo a dichas obligaciones cuando acordó iniciar contra la República Federal de Alemania el procedimiento de incumplimiento, con arreglo al artículo 169 del Tratado.

II. Hechos

1. Mediante escrito de 16 de junio de 1995, la Comisión solicitó al Tribunal de Justicia que declarase que la República Federal de Alemania (en lo sucesivo, «Alemania») había incumplido las obligaciones que le incumben, por un lado, en virtud del Tratado CE (en lo sucesivo, «Tratado») y, por otro, en virtud de las Directivas Primera y Tercera del Consejo sobre Derecho de sociedades, [1] al no haber adoptado las sanciones apropiadas a cargo de las sociedades de capital que no publicasen sus cuentas anuales; de conformidad con lo dispuesto en las citadas Directivas, la publicación de las cuentas anuales es obligatoria. Previamente, la Comisión había comunicado a Alemania, mediante escrito remitido el 26 de junio de 1990, que, de conformidad con los datos de que disponía, el 93 % de las sociedades de capital alemanas no habían cumplido la obligación de publicidad de las cuentas anuales; al mismo tiempo, instó a dicho Estado a que, en el plazo de dos meses, presentase sus observaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 169 del Tratado. A continuación, y dado que las respuestas de Alemania se consideraron insatisfactorias, notificó a dicho Estado un Dictamen motivado, con arreglo al párrafo primero del artículo 169 del Tratado, firmado por el Vicepresidente de la Comisión Sr. Bangemann, con fecha 2 de junio de 1992. Tras numerosos contactos y negociaciones infructuosos, que continuaron incluso después del 30 de septiembre de 1992, fecha de vencimiento del plazo que había sido señalado a Alemania para cumplir con lo indicado en el Dictamen motivado, el 16 de junio de 1995, la Comisión interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia.

* Lengua original: griego.

1 — Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3; en lo sucesivo, «Primera Directiva»), y Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55; en lo sucesivo, «Cuarta Directiva»).

III. Sobre la admisibilidad

2. Antes de examinar el fundamento de los reproches que la Comisión formula contra Alemania, debe examinarse la excepción de inadmisibilidad propuesta por la parte demandada, que sostiene que las decisiones de la Comisión que dieron lugar al presente recurso adolecen de vicios sustanciales de forma. Más concretamente, en un principio, Alemania expresó dudas acerca de si los actos de la Comisión consistentes, por un lado, en el Dictamen motivado y, por otro, en la decisión de interposición del presente recurso fueron adoptados respetando el principio de colegialidad, que rige el funcionamiento de la Comisión en general, y de conformidad con los requisitos de forma impuestos en el Reglamento Interno de la Comisión. Por este motivo, Alemania solicitó a la Comisión, mediante escrito de 4 de septiembre de 1995, que aclarase si el Dictamen motivado y la decisión de interposición del recurso constituían actos de la propia Comisión o de su Vicepresidente, mediante habilitación; asimismo, solicito una copia de dichas decisiones. La Comisión no respondió a las peticiones de Alemania y, por este motivo, dicho Estado miembro solicitó al Tribunal de Justicia que instase a la parte demandante a aportar los elementos pertinentes solicitados.

3. En efecto, mediante auto de 23 de octubre de 1996, el Tribunal de Justicia instó a la Comisión a que aportase, en un plazo de tres semanas a contar desde la notificación del auto, las decisiones adoptadas colegiadamente y de conformidad con los requisitos de forma establecidos en su Reglamento Interno, mediante las cuales, por un lado, emitió el Dictamen motivado contra Alemania y, por otro, decidió interponer este recurso.

4. En cumplimiento del referido auto, la Comisión aportó al Tribunal de Justicia una serie de elementos que, sin embargo, no respondían a cuanto se había solicitado en ese auto. En concreto, se presentaron a este Tribunal fragmentos de las actas de determinadas reuniones de la Comisión, así como escritos que mencionaban dichas actas. De los elementos aportados se desprende que la Comisión, en su reunión nº 1.071 celebrada el 31 de julio de 1991, aprobó las propuestas de sus servicios competentes contenidas en el documento SEC(91) 1387. Este último contiene una breve lista, procedente de una base de datos informática, en un punto de la cual se menciona la Directiva pertinente, y se propone (de forma sucinta) enviar un Dictamen motivado a Alemania. Asimismo, en el acta de la reunión de la Comisión de 18 de diciembre de 1991 [COM(91) PV 1087] se indica que la Comisión aprueba la propuesta contenida en el documento SEC(91) 2213; en dicho documento se propone, sin más explicaciones, proceder de inmediato a la ejecución de la decisión de la Comisión de 31 de julio de 1991, antes citada, relativa al envío del Dictamen motivado a Alemania. Por último, con el mismo laconismo, la Comisión aprobó, según se indica en el acta de su reunión de 13 de diciembre de 1994 [COM(95) PV 1227], la propuesta de interposición ante el Tribunal de Justicia de un recurso con arreglo al artículo 169 del Tratado, en contra de Alemania, propuesta que se formuló en el documento SEC(94) 1808.

5. Los elementos aportados ante el Tribunal de Justicia no demuestran que la Comisión, cuando acordó, de forma colegiada, enviar el Dictamen motivado e interponer el recurso contra Alemania, tuviera ante sí un documento en que constasen los actos de que se trata (a saber, el Dictamen motivado y el recurso) o, al menos, un proyecto completo de los mismos, elaborado por sus servicios competentes. De ello se desprende, lógicamente, que en los documentos presentados al Tribunal de Justicia no consta si se respetó el requisito de forma del artículo 12 del Reglamento Interno de la Comisión, [2] en su versión vigente en la época en que tuvieron lugar los hechos controvertidos. En dicho artículo se establecía que «los actos adoptados por la Comisión, en reunión o mediante procedimiento escrito, serán autenticados, en la lengua o en las lenguas en que sean auténticos, con las firmas del Presidente y del Secretario ejecutivo» y se exigía la incorporación del texto de dichos actos como anexos al acta de la Comisión en que se hiciera constar su adopción.

6. Habida cuenta de lo que antecede, Alemania mantuvo su excepción de inadmisibilidad del recurso, exponiendo también las correspondientes alegaciones durante la vista ante el Tribunal de Justicia. Por el contrario, la parte demandante considera que de los elementos que anteceden se infiere que se observaron las normas de procedimiento aplicables y, singularmente, el principio de colegialidad de la Comisión.

7. En primer lugar, examinaré si el Dictamen motivado enviado a Alemania fue emitido respetando los requisitos de forma establecidos. Analizaré si se respetó el principio de colegialidad y, si la respuesta a esta primera cuestión fuese negativa, si el Dictamen motivado podía emitirse mediante habilitación o, en todo caso, sin observancia de la obligación de colegialidad que incumbía a la Comisión.

A. *Sobre el alcance y los límites del principio de colegialidad de la Comisión*

8. Según la jurisprudencia, el principio de colegialidad de la Comisión ocupa un lugar destacado en el ordenamiento jurídico comunitario y es coherente con el sistema institucional de la Comunidad (y de la Unión) en tanto que principio organizativo. Se enuncia en el artículo 17 del Tratado de Fusión y en el artículo 163 del Tratado; este último dispone expresamente que «los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría del número de miembros [...]». Asimismo, en el artículo 1 del Reglamento Interno de la Comisión se establece que «la Comisión actuará colectivamente, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento».

2 — Se trata del Reglamento Interno de la Comisión en su versión provisional del Reglamento 63/41/CEE, de 9 de enero de 1963 (DO 1963, 181, p. 63).

9. Dos son las principales sentencias del Tribunal de Justicia que contienen la definición y marcan el ámbito de aplicación y los límites del principio de colegialidad, a saber:

10. En primer lugar, la sentencia AKZO Chemie/Comisión, [3] de cuyos apartados 36 y siguientes se desprende, en primer lugar, que la colegialidad constituye la norma en el funcionamiento de la Comisión, mientras que la delegación de facultades para la toma de decisiones, si bien es posible, [4] tiene, sin embargo, carácter excepcional. Para que no resulte conculcado el principio de colegialidad, por un lado, no debe transferirse al miembro facultado un poder propio y, por otro, debe excluirse la delegación de facultades, por definición, para las «decisiones de principio» (décisions de principe). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento Interno de la Comisión, antes citado, al que se remite la referida sentencia del Tribunal de Justicia, la habilitación se limita a determinadas categorías de actos de administración y gestión. En todo caso, en la misma sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que, en el marco de las facultades conferidas a la Comisión para la salvaguardia de la libre competencia, una Decisión que ordene a una empresa someterse a una verificación con arreglo al apartado 3 del artículo 14 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), debe ser considerada como una simple decisión de gestión y, en consecuencia, puede ser objeto de delegación de facultades. [5] En todo caso, el principio de seguridad jurídica y de transparencia de las decisiones administrativas exigen la publicación de las decisiones de delegación de facultades. No obstante, los demandantes contra las decisiones de la Comisión no pueden invocar la falta de publicación de la decisión de delegación de facultades si dicha falta de publicación no les ha privado de «[...] la posibilidad de impugnar ni esta decisión ni la decisión adoptada en virtud de la delegación de facultades concedida». [6]

11. Y en segundo lugar, la sentencia «PVC», [7] en la que para empezar se recuerda, con el carácter de norma general, [8] que «[...] el funcionamiento de la Comisión está regido por el principio de colegialidad [...]». [9] Asimismo, se declara expresamente que «[...] la observancia de este principio, y especialmente la necesidad de que las decisiones sean deliberadas en común por los miembros de la Comisión, interesa necesariamente a los sujetos de Derecho afectados por los efectos jurídicos que éstas producen, en el sentido de que deben tener la seguridad de que estas decisiones han sido efectivamente adoptadas por la Junta de Comisarios y corresponden exactamente a la voluntad de ésta». [10] En lo que respecta a las Decisiones de la Comisión

3 — Sentencia de 23 de septiembre de 1986 (5/85, Rec. p. 2585).

4 — Véase, también, la sentencia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión (asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19).

5 — Véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión (asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, Rec. p. 3165).

6 — Apartado 39 de la sentencia AKZO Chemie/Comisión, citada en la nota 3 *supra*.

7 — Sentencia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, «PVC» (C-137/92 P, Rec. p. I-2555), apartado 62.

8 — En la medida en que la colegialidad es la norma en el funcionamiento de la Comisión, el Tribunal de Justicia evita delimitar de forma exacta su ámbito de aplicación. Por este motivo, además, cuando el Tribunal de Justicia se refiere al principio de colegialidad, precisa que se aplica «en particular» en lo que respecta a los actos de administración de la Comisión de carácter ejecutivo, tales como aquellos que tienen por objeto declarar una infracción de las normas sobre la competencia, intimar a las empresas implicadas e imponerles sanciones pecuniarias con arreglo al Reglamento nº 17 (apartado 65). En consecuencia, sería erróneo sostener que, en los casos en que el funcionamiento de la Comisión no adopta la forma de actos de administración de carácter ejecutivo, no se exige la observancia del principio de colegialidad.

9 — Véase la sentencia «PVC», citada en la nota 7 *supra*, apartado 62.

10 — Véase la sentencia «PVC», citada en la nota 7 *supra*, apartado 64.

que deben ser obligatoriamente motivadas, este Tribunal admite que «[...] [l]a parte dispositiva de una Decisión de esta naturaleza únicamente puede comprenderse y su alcance únicamente puede medirse a la luz de los fundamentos de Derecho. La parte dispositiva y la motivación de una Decisión constituyen por lo tanto un todo indivisible, y corresponde únicamente a la Junta de Comisarios, en virtud del principio de colegialidad, adoptar a la vez la una y la otra.» [11] Por último, en la sentencia «PVC» se señala expresamente que el procedimiento de autenticación de los actos de la Comisión previsto en el artículo 12 de su Reglamento Interno «tiene la finalidad de garantizar la seguridad jurídica fijando, en las lenguas auténticas, el texto adoptado por la Junta de Comisarios»; [12] en consecuencia, los titulares de un interés legítimo pueden invocar la inobservancia de dicho requisito de forma para impedir que el acto irregularmente adoptado por la Comisión surta efectos jurídicos.

12. De lo que antecede se infiere que el principio de adopción colegiada de los actos constituye la norma en el funcionamiento general de la Comisión. Especialmente, en lo que respecta a los actos que deben motivarse sea en virtud de una disposición o por su naturaleza, la colegialidad exige que la parte dispositiva y la motivación del acto sean adoptadas simultáneamente por la Comisión actuando como órgano colegiado. El respeto de este principio se garantiza mediante el procedimiento de autenticación de las decisiones que adopta la Comisión, que se establece en el Reglamento Interno. Con carácter excepcional, la Comisión está facultada para habilitar a sus miembros con el fin de que la representen; ciertamente, en lo que respecta a los actos adoptados mediante habilitación no se requiere la observancia del requisito de autenticación previsto en el Reglamento Interno; con todo, dicha habilitación está excluida para las decisiones de principio, limitándose a los actos de administración o de gestión, y debe ser expresa, clara y pública. [13]

B. *Sobre la aplicación de la colegialidad al presente caso*

13. Se plantea ya la cuestión de si, en el marco del presente litigio, la Comisión

11 — Véase la sentencia «PVC», citada en la nota 7 *supra*, apartado 67.

12 — Véase la sentencia «PVC», citada en la nota 7 *supra*, apartado 75.

13 — Estimo que procede en este punto recordar la reciente jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia para poner de manifiesto cómo aplica los mencionados principios rectores que ha formulado el Tribunal de Justicia en relación con la vigencia y el alcance del principio de colegialidad.
La sentencia de 27 de abril de 1995, AAC y otros/Comisión (T-442/93, Rec. p. II-1329), apartados 78 y ss., se refería, en el contexto de la aplicación del artículo 92 del Tratado, a una Decisión de aprobación de ayudas de Estado que se insertaban en el marco de un régimen general de ayudas anteriormente aprobado por la Comisión en la correspondiente Decisión, adoptada en su día de forma colegiada. Así, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «[...] el hecho de que, en el caso de autos, la Decisión impugnada haya sido correctamente adoptada basándose exclusivamente en un examen limitado a la comprobación de la observancia de los requisitos fijados en la Decisión de aprobación del régimen general, no basta por sí solo para poder calificarla de medida de gestión o de administración [...]» (apartado 87). Por consiguiente, dicha Decisión no podía adoptarse mediante delegación [véase, también, la sentencia de la misma fecha ASPEC y otros/Comisión (T-435/93, Rec. p. II-1281)].
En su sentencia de 6 de abril de 1995, BASF y otros/Comisión, «LdPE» (asuntos acumulados T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 y T-112/89, Rec. p. II-729), apartados 99 y ss., se declaró que incluso cuando un acto ha sido adoptado colegiadamente aunque sólo en algunas de las lenguas auténticas, no es posible la delegación para la adopción de dicho acto en las restantes lenguas «auténticas», ya que la redacción del texto del acto en una de dichas lenguas no constituye un acto de administración o de gestión. El criterio decisivo para el examen de la cuestión de si un acto pertenece o no a la categoría de aquellos que pueden ser objeto de delegación lo constituye el examen de sus efectos jurídicos. Observo que la cuestión de la habilitación o delegación se aborda con particular severidad, en la medida en que la delegación constituye la excepción mientras que la colegialidad sigue siendo la norma en el funcionamiento de la Comisión. Dicha norma no puede resultar enervada por las alegaciones de la Comisión relativas a la necesidad de servirse de procedimientos más flexibles y de evitar la parálisis institucional que, en su opinión, ocasionaría el estricto respeto del principio de colegialidad. Además, es patente que la existencia de una voluntad política expresa de los miembros de la Comisión (que, conforme a lo que antecede, constaba en los asuntos antes citados) no era suficiente, a juicio del Tribunal de Primera Instancia, para garantizar la legalidad de los actos adoptados por delegación.

emitió el Dictamen motivado controvertido dirigido a Alemania de conformidad con lo exigido por el principio de colegialidad. En una primera fase examinaré si dicho acto fue adoptado colegiadamente por al Comisión. Acto seguido, dilucidaré si el Dictamen motivado podía ser objeto de habilitación y si la habilitación eventualmente concedida fue legal.

a) Sobre si el Dictamen motivado controvertido se adoptó mediante decisión colegiada de la Comisión

14. El Dictamen motivado, tal como fue notificado a Alemania, lleva fecha de 2 de junio de 1992 y la firma el Sr. Bangemann, Vicepresidente de la Comisión en la fecha pertinente. No obstante, conforme a lo antes expuesto, dicho texto no fue ni redactado ni acordado ni tan siquiera presentado en una reunión de la Comisión para su aprobación. La Comisión sólo había aprobado la propuesta de sus servicios competentes dirigida a que se enviase un Dictamen motivado a Alemania, tal como se desprende de las actas de sus reuniones, que se celebraron el 31 de julio de 1991 y el 18 de diciembre de 1991. Además, a las actas de dichas reuniones no se incorporó en Anexo el texto autenticado del Dictamen motivado, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Reglamento Interno de la Comisión que se encontraba vigente en la fecha pertinente de adopción de la decisión relativa al envío del Dictamen motivado. [14] Por consiguiente, la Comisión no respetó el requisito de forma sustancial establecido en el referido artículo. Ahora bien, incluso al margen de lo dispuesto en el Reglamento Interno, la Comisión no aportó al Tribunal de Justicia elementos de prueba suficientes de los que se desprenda que el principio de colegialidad fue respetado. [15] Según la jurisprudencia de este Tribunal, [16] para que se respetara el referido principio, el día de la adopción de la decisión, es decir, el 31 de julio de 1991 o, a más tardar, el 18 de diciembre de 1991, la Comisión debía haber decidido no sólo el envío del Dictamen motivado sino también los distintos motivos en que se basaba dicha decisión. En consecuencia, no basta la expresión de la voluntad política de la Comisión referente a la necesidad de emitir el Dictamen motivado para considerar respetado el principio de colegialidad. Dicho acto previsto en el artículo 169 del Tratado debe, por su naturaleza, motivarse; [17] por tanto, la colegialidad exige que la Comisión adopte simultáneamente, actuando de forma colegiada, tanto la parte dispositiva como la motivación del acto. [18]

15. En conclusión, para considerar que se respetó el principio de colegialidad, el docu-

14 — Indicado en la nota 2 *supra*.

15 — En ese caso, se produce una excepción a la norma según la cual cada parte soporta la carga de la prueba de los hechos que alega. Tal como se ha declarado en la jurisprudencia, dicha presunción se invierte en cada ocasión en que los elementos probatorios están en posesión exclusivamente de la parte contraria (véase la sentencia de 1 de diciembre de 1965, Comisión/Italia, 45/64, Rec. p. 1057) o cuando, mediante su comportamiento, esta última ha imposibilitado el acceso a dichos elementos (sentencia de 28 de abril de 1966, Ferriere e Acciaierie Napoletane/Alta Autoridad de la CECA, 49/65, Rec. p. 103). Por estas razones, incumbe a la Comisión la carga de probar que respetó el principio de colegialidad y las formas de procedimiento relacionadas con ese principio.

16 — Véase la sentencia «PVC», citada en la nota 7 *supra*.

17 — A propósito de la naturaleza y la extensión que debe tener dicha motivación, véanse, a título indicativo, las sentencias de 19 de diciembre de 1961, Comisión/Italia (7/61, Rec. p. 635); de 14 de febrero de 1984, Comisión/Alemania (325/82, Rec. p. 777); de 13 de diciembre 1990, Comisión/Grecia (C-347/88, Rec. p. I-4747), y de 17 de septiembre de 1996, Comisión/Italia (C-289/94, Rec. p. I-4405).

18 — Por otro lado, tal como se desprende de la jurisprudencia reiterada, la exigencia de motivación exhaustiva está directamente vinculada con la del respeto del derecho de defensa del Estado miembro implicado. En efecto, la notificación del Dictamen motivado tiene por objeto dar al Estado miembro la posibilidad de presentar sus alegaciones de tal modo que el litigio surgido entre dicho Estado miembro y la Comisión pueda resolverse sin la intervención del Tribunal de Justicia [sentencias de 8 de febrero de 1983, Comisión/Reino Unido (124/81, Rec. p. 203), y de 25 de abril de 1996, Comisión/Luxemburgo (C-274/93, Rec. p. I-2019)].

mento en que constaba el acto, tal como fue notificado a Alemania, debía haber sido sometido a los Comisarios, en forma de proyecto, el día de la adopción de la decisión. En dicho texto únicamente podrían introducirse *a posteriori* correcciones ortográficas o tipográficas, de conformidad con lo que declaró el Tribunal de Justicia en el asunto denominado de las «gallinas ponedoras». [19]

16. Llego, pues, a la conclusión de que en el presente caso no se ha demostrado que el Dictamen motivado fuese adoptado por la Comisión actuando de forma colegiada. No obstante, resta por examinar la cuestión de si para la adopción del mismo podía delegarse en la persona del Comisario competente. Si así fuera, el Dictamen motivado de 2 de junio de 1992 que fue enviado a Alemania se ajustaría a las formas establecidas.

b) Sobre si el Dictamen motivado podía adoptarse mediante habilitación

17. Dicha cuestión podría formularse en los siguientes términos: ¿es el Dictamen motivado del artículo 169 del Tratado un «acto de administración o de gestión»? [20]

18. En primer lugar, puede sostenerse que el Dictamen motivado, como da a entender también la elección de este término concreto por parte del legislador comunitario, no es ni siquiera un «acto», por lo que *a fortiori* puede ser emitido mediante habilitación. Por otro lado, de conformidad con el último párrafo del artículo 189 del Tratado CE, «las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes»; por tanto, si se admite que el «dictamen motivado» del artículo 169 es un «dictamen» a efectos del artículo 189, eventualmente, cabría argüir que un texto carente de efecto vinculante, por definición, no puede pertenecer a la categoría de aquellos que han sido encomendados a la competencia exclusiva de la Comisión en tanto que órgano colegiado.

19. Sin embargo, debe señalarse que el Juez comunitario no se ciñe a este criterio literal, ni lo considera decisivo. Especialmente reveladora a este respecto es la jurisprudencia desarrollada en relación con la determinación de los actos de las Instituciones comunitarias

19 — Sentencia de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo (131/86, Rec. p. 905).

20 — Ciertamente, cabría sostener que, en todo caso, de los elementos obrantes en los autos no puede inferirse que la Comisión habilitase mediante una decisión al Comisario que firmó el Dictamen motivado. Como se señaló anteriormente, la habilitación debe ser expresa y satisfacer las exigencias de claridad y publicidad, a diferencia de lo que aparentemente sucedió en el caso de autos. En todo caso, debe señalarse que el Tribunal de Justicia ha declarado que los defectos de esta naturaleza de la habilitación pueden ser subsanados si no resulta afectada en absoluto la protección jurídica de las personas afectadas por el acto adoptado mediante habilitación (véase la sentencia AKZO Chemie/Comisión, citada en la nota 3 *supra*). Así pues, lo decisivo es dilucidar, en primer lugar, si la competencia pertenece o no a la categoría de aquellas que pueden ser objeto de habilitación.

contra los cuales se admite el recurso de anulación del artículo 173; el Tribunal de Justicia no se centra tanto en el análisis de la forma externa que presenta cada uno de los actos controvertidos objeto de examen, sino que insiste en la apreciación de su contenido y sus efectos jurídicos. [21]

20. En lo que respecta a este último criterio, para empezar, debe destacarse, de conformidad con las conclusiones alcanzadas en la jurisprudencia, que el Dictamen motivado del artículo 169 del Tratado no constituye un acto de administración ejecutivo, por lo que no puede ser objeto de impugnación mediante el recurso que contempla el artículo 173 del Tratado. [22] Con todo, ello no significa que el Dictamen motivado carezca de consecuencias jurídicas y que éstas carezcan de importancia o la tengan sólo secundaria.

21. A propósito de esta cuestión resulta esclarecedora la sentencia Essevi y Salengo. [23] En dicha sentencia se declaró que «[...] los Dictámenes emitidos por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado CE tienen efecto jurídico únicamente en relación con la interposición del recurso ante el Tribunal de Justicia, en el marco de los recursos de incumplimiento, y que la Comisión no puede, mediante definiciones de posición en el marco de dicho procedimiento, desvincular a un Estado de sus obligaciones o lesionar los derechos que los particulares derivan del Tratado» [24]. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia calificó el Dictamen motivado como «procedimiento preliminar» que, en caso de que el Estado miembro interesado no se atenga al mismo «[...] cumple la función de circunscribir el objeto del litigio» [25]. En todo caso, el Tribunal de Justicia evitó calificar expresamente el Dictamen motivado como medida interna no vinculante o considerar que dicho acto pertenece a la categoría de los «dictámenes» y «recomendaciones» que contempla el artículo 189 del Tratado, pese a que las partes formularon una alegación en ese sentido. [26] En mi opinión, lo más correcto es no identificar el Dictamen motivado del artículo 169 con las recomendaciones o dictámenes a que se refiere el artículo 189 del Tratado, sino considerarlo un acto *sui generis* que ocupa una posición y ejerce una función especiales en el ordenamiento jurídico comunitario.

22. Ahora bien, en todo caso, el hecho de que el Dictamen motivado no constituya un acto de administración ejecutivo no significa que esté comprendido, *ipso facto*, en la categoría de los actos de administración o gestión para los cuales se permite la habilitación. A mi entender, no debe procederse a esa identificación de las dos categorías jurídicas.

21 — Con este razonamiento, a menudo se ha declarado la admisibilidad de recursos contra «instrucciones internas» o «comunicaciones»; véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de octubre de 1990, Francia/Comisión (C-366/88, Rec. p. I-3571); de 13 de noviembre de 1991, Francia/Comisión (C-303/90, Rec. p. I-5315); de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión (C-325/91, Rec. p. I-3283), así como las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro, de 16 de enero de 1997, Francia/Comisión (C-57/95, Rec. 1997, pp. I-1627 y ss., especialmente p. I-1629), puntos 8 a 11.

22 — Sentencia de 27 de mayo de 1981, Essevi y Salengo (asuntos acumulados 142/80 y 143/80, Rec. p. 1413). Por otro lado, ésta es también la razón por la que se declara la inadmisibilidad de un recurso contra la negativa de la Comisión para iniciar el procedimiento del artículo 169 en contra de un Estado miembro [sentencia de 1 de marzo de 1966, Lütticke y otros/Comisión (48/65, Rec. p. 27)] y, más recientemente, auto del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 1996, SDDDA/Comisión (T-47/96, Rec. p. II-1559): la Comisión no puede estar obligada a adoptar un acto de carácter no ejecutivo.

23 — Véase la sentencia Essevi y Salengo, citada en la nota 22 *supra*.

24 — *Ibidem*, apartado 18.

25 — *Ibidem*, apartado 15.

26 — *Ibidem*, p. 1420.

Ha de efectuarse una distinción, como por lo demás lo contempla el Reglamento Interno y admite la jurisprudencia existente, entre los meros actos de gestión o administración y las «decisiones de principio», que obligatoriamente ha de adoptar la decisión actuando como órgano colegiado. Las decisiones de esta naturaleza son, en especial, aquellas en las que se expresa la apreciación final de la Comisión sobre una cuestión jurídica de importancia, cuando de dicha apreciación se desprenden consecuencias jurídicas. En los casos dudosos, la presunción opera en contra de la posibilidad de conceder la habilitación.

23. Desde esta perspectiva, procede admitir que el Dictamen motivado, en caso de interposición ante el Tribunal de Justicia de un recurso con arreglo al artículo 169, constituye una «decisión de principio», en el sentido de que, al menos en relación con determinadas cuestiones, contiene la apreciación final de la Comisión y produce efectos jurídicos definitivos en el marco de ese procedimiento. Más concretamente, mediante el Dictamen motivado se determinan los ámbitos en los que se ha detectado el incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro, al que se refiere, así como los motivos en que se basan las imputaciones de la Comisión, delimitándose así el objeto del litigio incoado ante el Tribunal de Justicia. La Comisión no puede modificar ese objeto; únicamente puede bien abstenerse de recurrir ante el Tribunal de Justicia o bien desistir del recurso interpuesto, así como revocar el acto administrativo lesivo.

24. Es decir, el peso jurídico del Dictamen motivado, que lo convierte en «decisión de principio» y lo exceptúa de la categoría de los actos que pueden adoptarse mediante habilitación, no resulta de los efectos directos que produce en perjuicio de su destinatario a raíz de su notificación, [27] sino de sus consecuencias jurídicas en el marco del procedimiento del artículo 169, al vincular a la Comisión en cuanto al contenido y alcance de las imputaciones que puede formular en vía judicial y limitar en consecuencia el alcance del control jurisdiccional. [28] Además, debe subrayarse la importancia y posición singulares que corresponden al procedimiento del artículo 169 dentro del ordenamiento jurídico comunitario, desde la doble perspectiva jurídica y política. En mi opinión, sería contrario al sistema del Tratado subestimar el papel que desempeña la Comisión en el marco de este procedimiento, calificando el Dictamen motivado como acto de administración o gestión.

25. A mi juicio, la postura que acabo de sostener se corrobora también por la jurisprudencia referente a los efectos jurídicos del Dictamen motivado. Como ya se ha indicado, en este último se delimita el objeto del litigio ante el Tribunal de Justicia, en la medida en que tanto el Dictamen motivado como el recurso deben fundarse en los mis-

27 — Como señalé anteriormente, ello no quiere decir que el Estado miembro haya incumplido una obligación por el mero envío por parte de la Comisión de un Dictamen motivado en que así se declare. No obstante, este último no carece de consecuencias, puesto que el Estado miembro tampoco puede, en la práctica, hacer caso omiso del mismo. Por este motivo, además, el Tribunal de Justicia es particularmente exigente cuando se plantea la cuestión del respeto del derecho de defensa del Estado frente a las imputaciones que le remite la Comisión en el Dictamen motivado. Véase la nota 18 *supra*.

28 — Véase, acto seguido, el punto 25.

mos medios y motivos; [29] no cabe admitir ni la formulación de nuevas imputaciones por parte de la Comisión ni tan siquiera la ampliación de sus alegaciones mediante la invocación de motivos nuevos, en el marco de las mismas imputaciones. [30] Análogamente, las facultades del Tribunal de Justicia en el marco del enjuiciamiento de un recurso con arreglo al artículo 169 están claramente delimitadas; se reducen al control de la legalidad de los elementos contenidos en el Dictamen motivado y reiterados en el escrito de interposición del recurso. [31] Para comprender la función que desempeña el Dictamen motivado en el procedimiento del artículo 169, reviste importancia la jurisprudencia de conformidad con la cual aun en los casos en que el Estado miembro se haya atenido al Dictamen motivado con posterioridad al vencimiento del plazo señalado en este último, el incumplimiento ya se ha producido y el procedimiento iniciado conserva, por ello, su objeto. [32] Por último, es indicativa la contraposición que hace el Tribunal de Justicia entre escrito de requerimiento y Dictamen motivado. Mientras que el primero no se caracteriza por un formalismo estricto, el segundo debe ser perfecto desde el punto de vista formal y de procedimiento, puesto que «pone fin al procedimiento administrativo previo» del artículo 169 del Tratado. [33] Por este motivo, además, el Tribunal de Justicia ejerce sobre el Dictamen motivado un control más estricto que sobre el escrito de requerimiento. [34]

26. En conclusión, la emisión del Dictamen motivado constituye la más importante contribución de la Comisión, desde la perspectiva del peso político y de los efectos jurídicos, al procedimiento del artículo 169. A mi entender, no es concebible que dicho acto, con el contenido con que se notifica al Estado miembro interesado, no sea adoptado directamente por la Comisión actuando como órgano colegiado. La singular importancia que le ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se compadece con su calificación como mero acto de administración o gestión, que pueda ser adoptado mediante habilitación. Así pues, en el caso de autos, el Dictamen motivado en que se basa el presente recurso no fue emitido en debida forma por la Comisión, actuando colegiadamente, y, por tanto, la excepción de inadmisibilidad propuesta por Alemania es fundada.

29 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 7 de febrero de 1984, Comisión/Italia (166/82, Rec. p. 459), apartado 16; de 1 de diciembre de 1993, Comisión/Dinamarca (C-234/91, Rec. p. I-6273), apartado 16, y de 12 de enero de 1994, Comisión/Italia (C-296/92, Rec. p. I-1), apartado 11.

30 — Véase la sentencia de 7 de febrero de 1984, Comisión/Italia, citada en la nota 29 *supra*.

31 — Así, el Juez comunitario no puede sustituir por otro plazo el señalado en el Dictamen motivado. Véanse las sentencias de 10 de diciembre de 1981, Comisión/Italia (asuntos 28/81 y 29/81, Rec. pp. 2577 y 2585, respectivamente).

32 — Véanse las sentencias de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia (39/72, Rec. p. 101); de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia (103/84, Rec. p. 1759); de 21 de junio de 1988, Comisión/Bélgica (283/86, Rec. p. 3271), y de 12 de diciembre de 1990, Comisión/Francia (C-263/88, Rec. p. I-4611).

33 — Véase la sentencia de 31 de enero de 1984, Comisión/Irlanda (74/82, Rec. p. 317), apartado 13.

34 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de marzo de 1985, Comisión/Italia (274/83, Rec. p. 1077), apartados 20 y 21: «Como lo declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de julio de 1984 (Comisión/Italia, 51/83, Rec. p. 2793), dado que la posibilidad para el Estado miembro afectado de presentar sus observaciones constituye —aun cuando estime que no debe hacer uso de ella— una garantía esencial perseguida por el Tratado, el respeto de dicha garantía es un requisito para la regularidad del procedimiento de incumplimiento de Estado. Si bien de ello se desprende que el dictamen motivado, al que se refiere el artículo 169 del Tratado CEE, debe contener una exposición coherente y detallada de las razones por las que la Comisión ha llegado a la convicción de que el Estado interesado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, el escrito de requerimiento no puede someterse, en cambio, a exigencias de precisión tan estrictas, ya que éste no podrá consistir, necesariamente, más que en un primer resumen sucinto de las imputaciones [...]» Véase, también, la sentencia de 17 de septiembre de 1996, Comisión/Italia, citada en la nota 17.

IV. Sobre la fundamentación del recurso

Aunque sea innecesario, paso a exponer mi postura relativa a la fundamentación del recurso de la Comisión, que es la siguiente:

27. Para empezar, debe señalarse que, de conformidad con el Derecho comunitario, la necesidad de proteger «[...] los intereses de socios y terceros» [35] impone la publicidad de los estatutos y de las cuentas anuales de determinadas categorías de sociedades; la adopción de las medidas adecuadas para el respeto de esa garantía se encomienda a los Estados miembros. Más concretamente, con arreglo al artículo 3 de la Primera Directiva, los actos e indicaciones de las sociedades que se sometan a publicidad se transcribirán en el registro establecido por el Estado miembro. Asimismo, en el artículo 6 de la misma Directiva se dispone que «los Estados miembros preverán sanciones apropiadas en caso de [...] falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias tal como se ordena en la letra f) del apartado 2 [léase: apartado 1] del artículo 2». Dicha disposición de la letra f) del apartado 1 del artículo 2 de la Primera Directiva tiene el siguiente tenor: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: [...] el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio. El documento que contenga el balance deberá indicar la identidad de las personas a quienes incumbe, en virtud de la ley, certificarlo. No obstante, para las sociedades de responsabilidad limitada de Derecho alemán [...] mencionadas en el artículo 1 [...] la aplicación obligatoria de esta disposición se aplazará hasta la fecha de aplicación de una directiva relativa a la coordinación del contenido de los balances y de las cuentas de pérdidas y ganancias [...] El Consejo adoptará esta directiva dentro de los dos años siguientes a la adopción de la presente Directiva.» Por último, el artículo 47 de la Cuarta Directiva establece que «las cuentas anuales regularmente aprobadas y el informe de gestión, así como el informe establecido por la persona encargada del control de las cuentas, serán objeto de publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE».

28. La Comisión considera que Alemania incumplió la obligación antes referida, que le imponen las disposiciones citadas, puesto que no adoptó las sanciones apropiadas para los casos de inobservancia de la obligación de publicidad. En concreto, las disposiciones alemanas relativas a la publicidad de las cuentas anuales de las sociedades de capital están contenidas en los artículos 325 y siguientes del Handelsgesetzbuch (Código de Comercio; en lo sucesivo, «HGB»). En el artículo 335 de dicho cuerpo legal se contempla una multa de hasta 10.000 DM por falta de publicación de la cuenta anual de pérdidas y ganancias de una sociedad; no obstante, dicha multa no es impuesta de oficio por el Registergericht (órgano jurisdiccional encargado de la llevanza del Registro), sino exclusivamente previa solicitud de un socio, de un acreedor, del Comité de Empresa Intercentro o, de no existir éste, del Comité de Empresa de la sociedad. Según sostiene la Comisión, la referida sanción no es en modo alguno eficaz y no puede considerarse que responda a las exigencias establecidas en la legislación

35 — Necesidad expresamente reconocida en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado.

comunitaria; una aplastante mayoría de las sociedades sometidas a la obligación de publicidad no la cumplen.

29. Soy del parecer de que el precedente razonamiento de la Comisión es fundado, y estimo asimismo que procede desestimar, en su totalidad, las alegaciones aducidas por Alemania para refutar esas imputaciones.

30. Para empezar, la alegación de Alemania según la cual el artículo 6 de la Primera Directiva no obliga a los Estados miembros, en el marco de la adaptación de su Derecho interno a la Cuarta Directiva, a adoptar las sanciones apropiadas para exigir la publicidad de las cuentas anuales, es errónea. La Cuarta Directiva es la mencionada en la letra f) del apartado 1 del artículo 2 de la Primera Directiva, a cuya entrada en vigor se supedita el nacimiento de la obligación de publicidad del balance y de las cuentas de pérdidas y ganancias. En consecuencia, desde el momento en que con la Cuarta Directiva se introdujo en el ordenamiento jurídico comunitario el texto jurídico relativo «[...] a la coordinación del contenido de los balances y de las cuentas de pérdidas y ganancias [...]», [36] la letra f) del apartado 1 del artículo 2 de la Primera Directiva pasó a ser enteramente vinculante. Consecuencia lógica de lo que antecede es la obligación que incumbe a los Estados miembros de adoptar las sanciones apropiadas para el caso de falta de publicidad de los balances y cuentas de pérdidas y ganancias, obligación que impone el artículo 6 de la Primera Directiva.

36 — Letra f) del apartado 1 del artículo 2 de la Primera Directiva.

31. Alemania sostiene, asimismo, que la sanción antes citada, prevista en el artículo 335 del HGB, es compatible con la obligación que le imponen las disposiciones comunitarias y, más concretamente, el artículo 6 de la Primera Directiva. Para sustentar esta alegación, expone el punto de vista según el cual las disposiciones comunitarias pertinentes no van encaminadas a proteger a toda persona física o jurídica que sea un tercero con respecto a la sociedad de capital, sino únicamente a sus acreedores, incluidos los trabajadores de su plantilla. Así pues, según la parte demandada, la circunstancia de que la multa del artículo 335 del HGB no se imponga de oficio, sino únicamente a solicitud de un socio, de un acreedor, del Comité de Empresa Intercentro o, de no existir este último, del Comité de Empresa de la sociedad se ajusta a Derecho.

32. Este planteamiento interpretativo es, en mi opinión, erróneo. Por una parte, la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado se refiere a la protección de «[...] los intereses de socios y terceros» en general, sin distinguir, dentro de esta última categoría, entre acreedores y no acreedores. Por tanto, los terceros comprenden también los acreedores futuros, los socios comerciales y cuantos estén interesados en adquirir participaciones en el capital de la sociedad. Por otra parte, en la exposición de motivos de la Primera Directiva se indica que «[...] la publicidad deberá permitir a los terceros conocer los actos esenciales de la sociedad y ciertas indicaciones relativas a ella [...]». De dicho texto se desprende que la antes referida obligación de publicidad tiene por objeto informar a aquellas personas que no conocen suficientemente la situación de la sociedad y sus entresijos, precisamente para que juzguen si deben entrar en cualquier relación jurídica con ella. Con carácter más general, tanto la Primera Directiva como la Cuarta Directiva se diri-

gen a garantizar la mayor transparencia, posible en el funcionamiento de las sociedades y, por ese motivo, establecen la publicidad *erga omnes* de una serie de datos, de los cuales cualquiera puede extraer conclusiones referentes a su situación jurídica y económica. En consecuencia, contradice tanto la letra como el espíritu de dichas disposiciones limitar el círculo de las personas que pueden resultar beneficiadas por esa transparencia; precisamente porque es imposible enumerarlas de forma exhaustiva —la actividad contractual y comercial rebasa la imaginación del legislador— se prefirió establecer una obligación *erga omnes*, que es la única que puede garantizar una protección jurídica plena. En conclusión, la limitación de las personas que pueden exigir, de conformidad con el Derecho alemán, la imposición de una multa por falta de publicidad de las cuentas anuales no es compatible con las disposiciones comunitarias pertinentes.

33. Habida cuenta de lo que antecede, soy del parecer de que la legislación alemana pertinente no satisface las exigencias del artículo 6 de la Primera Directiva; por tanto, el ordenamiento jurídico nacional alemán no ha sido correctamente adaptado a dicha disposición. No puede considerarse como «sanción apropiada» destinada a imponer una obligación *erga omnes*, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 de la Primera Directiva, una sanción cuya aplicación exige, como requisito necesario, la presentación de la correspondiente solicitud por parte de un número reducido de sujetos de Derecho, cuando, además, estos últimos no siempre están interesados en iniciar el oportuno procedimiento. En consecuencia, en la medida en que, en la práctica, es imposible que el procedimiento sancionador de que se trata sea incoado en la mayoría de los casos de incumplimiento de la obligación de publicidad, no cabe considerar que satisfaga las exigencias relativas al carácter apropiado que establece el artículo 6 de la Primera Directiva. A la luz de lo que antecede, considero que Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha disposición comunitaria. Por último, esa infracción no puede justificarse ni subsanarse por el hecho de que la imposición de sanciones a la totalidad de las sociedades que no publican sus cuentas, debido al gran número de ellas que se encuentran en esa situación, causaría dificultades especiales a la Administración alemana, desproporcionadas, según sostiene Alemania, con la finalidad perseguida por el legislador comunitario. Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal «[...] un Estado miembro no puede alegar situaciones internas para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos impuestos por las normas de Derecho comunitario [...]». [37]

34. En conclusión, Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario primario y derivado; el recurso de la Comisión, de no ser por el obstáculo de la inadmisibilidad, sería de todo punto fundado.

37 — Sentencias de 19 de febrero de 1991, Comisión/Bélgica (C-374/89, Rec. p. I-367), apartado 10; de 7 de abril de 1992, Comisión/Grecia (C-45/91, Rec. p. I-2509), apartado 21, y de 29 de junio de 1995, Comisión/Grecia (asuntos acumulados C-109/94, C-207/94 y C-225/94, Rec. p. I-1791), apartado 11.

V. Conclusión

35. Habida cuenta de lo que antecede, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Desestime el recurso de la Comisión.

2) Condene en costas a la parte demandante.