CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 26 de enero de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Introducción

1. El presente recurso de anulación e indemnización fue presentado contra la Comisión por una empresa que ejecutó obras en el marco de un proyecto financiado, con arreglo al primer Convenio de Lomé, [1] por el cuarto Fondo Europeo de Desarrollo (en lo sucesivo, «FED»), y que emitió facturas por dichas obras que no fueron pagadas. La demandante impugna el comportamiento de la Comisión, tanto en su calidad de tercero embargado en virtud de la retención que practicó para recuperar su crédito, como en su calidad de gestora del FED (véase el apartado 1 del artículo 11 del Acuerdo Interno de 11 de julio de 1975, [2] relativo al cuarto FED, así como el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento financiero de 27 de julio de 1976, [3] derivado del anterior).

2. En el marco de un proyecto del Estado de Burkina Faso para la realización de puntos de agua en la provincia de Comoe, proyecto que fue objeto de un Acuerdo de financiación de 15 de diciembre de 1987 entre dicho Estado y la Comunidad, [4] se inició una licitación para la realización de doscientas diez perforaciones. El contrato fue adjudicado al Office national des puits et forages (en lo sucesivo, «ONPF»), organismo controlado por el Estado de Burkina Faso. El 15 de diciembre de 1989, dicho organismo celebró con la demandante, sociedad con domicilio social en Burkina Faso, un subcontrato para la realización de sesenta sondeos, de los cuales cincuenta fueron perforaciones positivas. De conformidad con lo acordado, la demandante cobró un pago a cuenta igual al 10 % del importe de las obras previsto en el contrato (88.837.300 FCFA).

3. Durante el período de ejecución de las obras, entre febrero y mayo de 1990, la demandante facturó al ONPF, mediante cuatro liquidaciones sucesivas, un saldo neto total de 85.112.000 FCFA. [5] Al no haber sido pagada dicha suma, la demandante envió al ONPF un escrito de requerimiento con fecha de 9 de octubre de 1990. El mismo día, comunicó al delegado local de la Comisión que las mencionadas liquidaciones no habían sido pagadas «a pesar de los pagos efectuados por ustedes» y de la cláusula del subcontrato según la cual las obras ejecutadas por el subcontratista serían pagadas tan pronto como la autoridad contratante ingresara los fondos en la cuenta del contratista principal (el ONPF).

4. Posteriormente, el ONPF y el Ministro de Aguas (ministre de l'Eau), sin negar la existencia del crédito, aseguraron que el ONPF haría todo lo posible por efectuar determinados pagos. Igualmente, el ONPF realizó una propuesta de regularización, según la cual el importe adeudado debía ser liquidado en varios plazos.

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 25 de 30.1.1976, p. 1.

2 — Acuerdo Interno relativo a la financiación y gestión de las ayudas de la Comunidad *(traducción no oficial)* (DO 1976, L 25, p. 168).

3 — Reglamento financiero aplicable al cuarto Fondo Europeo de Desarrollo *(traducción no oficial)* (DO L 229, p. 9).

4 — Anexo 1 al escrito de contestación.

5 — Equivalente, en el momento del embargo (véase el punto 5 más adelante), a un importe de 244.992 ECU.

5. Más tarde, al continuar sin haber recibido pago alguno del ONPF, la demandante practicó, el 6 de marzo de 1991, una retención de bienes en poder de la Comisión sobre todas las cantidades adeudadas por ésta al Estado de Burkina Faso, hasta el importe principal de 85.112.000 FCFA más gastos e intereses. En el mes de marzo de 1991, dicho mandamiento de retención fue notificado a la Comisión y al Estado de Burkina Faso, en ambos casos a través del Ministerio de Asuntos Exteriores belga.

6. Mediante carta de 17 de abril de 1991, la Comisión acusó recibo del mandamiento de retención.

7. En el marco del proyecto objeto del presente litigio, el 6 de mayo de 1991 la Comisión pagó al Estado de Burkina Faso dos importes de 21.315.426 FCFA y 25.192.693 FCFA, respectivamente, además de otro importe de 15.792.841 FCFA satisfecho durante el presente procedimiento. Asimismo, «en el año 1991» efectuó pagos relativos a otros tres proyectos realizados en Burkina Faso.

8. Después de que la demandante hubiese protestado, el 13 de mayo de 1991, contra los pagos de los que tenía conocimiento hasta dicha fecha, la Comisión le comunicó, mediante carta de 14 de junio de 1991, que no tenía intención de dar curso a la retención, debido a que podía obstaculizar el funcionamiento y la independencia de las Comunidades, y que correspondía a la demandante, en su caso, con arreglo a lo establecido en el artículo 1 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «Protocolo»), solicitar una autorización al Tribunal de Justicia.

9. La demandante estima que el comportamiento de la Comisión, tanto en calidad de tercero embargado en virtud de la retención como en calidad de gestora del FED, fue ilegal. Por ello presentó un recurso de anulación cuyas pretensiones se reproducen en el informe para la vista y cuyo objetivo exacto explicaré en el marco de mi definición de postura. Solicita igualmente que se declare la obligación de indemnizar de la Comisión, en virtud de la cual reclama una indemnización por importe de 85.112.000 FCFA más intereses. Por último, solicita que la Comisión sea condenada en costas.

10. La Comisión estima que el recurso debe ser desestimado por infundado y que la demandante debe ser condenada en costas.

B. Definición de postura

Sobre el recurso de anulación (párrafo segundo del artículo 173 del Tratado CEE)

11. *I.1.* Para resolver sobre este recurso, al no haber definido claramente la demandante, en su escrito de recurso, *el acto impugnado*, procede, en primer lugar, *determinar con mayor exactitud este aspecto del objeto del recurso.*

12. Sobre este extremo, la Comisión, en su escrito de contestación, [6] sobre la base de la argumentación del recurso, llega a la conclusión de que debe considerarse que el acto impugnado lo constituye la decisión, comunicada a la demandante el 14 de junio de 1991, de no dar curso al mandamiento de

6 — Página 5.

retención, invocando el privilegio conferido por el artículo 1 del Protocolo. En su réplica, [7] la demandante aceptó dicha interpretación. También yo la considero correcta.

13. En efecto, como se desprende del tenor de las pretensiones del recurso y de un pasaje concreto de los motivos [8] del mismo, la demandante imputó a la Comisión haber ignorado los efectos de la retención al efectuar pagos al Estado de Burkina Faso en mayo de 1991, tras la notificación del mandamiento de retención. Ahora bien, dicho comportamiento parece ser consecuencia directa del acto anteriormente definido. Por tanto, es lógico deducir de las pretensiones y de la argumentación del recurso que es la voluntad de la demandante que se anule dicho acto.

14. Definida de este modo, la petición formulada en el recurso no puede ser entendida como una solicitud de autorización de una medida de apremio (en el presente caso, una retención) a efectos de la tercera frase del artículo 1 del Protocolo. Efectivamente, en principio no está excluido que un recurso de anulación del acto por el cual un organismo comunitario opone a una medida de apremio el privilegio conferido por el artículo 1 del Protocolo pueda interpretarse como una solicitud de autorización dirigida al Tribunal de Justicia. [9] No obstante, este paso no puede darse en el caso presente. En efecto, del conjunto del recurso [10] se desprende que la demandante parte del principio de que dicha autorización no es necesaria: por una parte, en su opinión, los créditos embargados, desde el momento en que son exigibles, no forman ya parte del patrimonio del FED gestionado por la Comisión, de modo que la retención no puede considerarse una medida de apremio que afecta a los bienes o activos de las Comunidades; por otra parte, la Comisión no impugnó la validez de la retención o, al menos, no lo hizo en tiempo y forma.

15. Por consiguiente, me atendré a la interpretación del objeto del recurso antes expuesta.

16. *2.* Con el fin de definir, asimismo, el objeto del litigio respecto a los *motivos del recurso,* basta recordar las alegaciones de la demandante antes mencionadas, en las que ésta impugna la necesidad de una autorización del Tribunal de Justicia. Pueden resumirse en un único motivo, según el cual la demandante estima que el acto impugnado es contrario al Derecho comunitario, ya que el privilegio invocado por la Comisión no se aplica en el presente caso.

17. *II.* Dentro del marco así delimitado, quiero, en primer lugar, hacer algunas observaciones relativas a la *admisibilidad* de la petición que constituye el objeto del recurso presentado. A este respecto, la Comisión observó durante la vista oral, sin negar expresamente la admisibilidad, que el modo de proceder de la demandante «provoca perplejidad en términos procesales». [11] La Comisión plantea la cuestión de si es admisible, en el marco de un recurso de anulación, impugnar la legalidad de una negativa de la Comisión a dar curso a una retención cuando, de forma explícita, basó dicha negativa en el motivo según el cual la retención obstaculizaría el funcionamiento de la Comunidad. La Comisión se pregunta si no debe suscitarse previamente la autorización del Tribunal de Justicia prevista en el artículo 1 del Protocolo, para que el Tribunal de

7 — Página 3.

8 — Página 9, *in fine,* del recurso.

9 — Véase el auto de 17 de diciembre de 1968, Ufficio Imposte di Consumo di Ispra (2/68, Rec. pp. 635 y ss., especialmente 639).

10 — Véase el primer motivo de las pretensiones, así como las alegaciones presentadas, a este respecto, en la p. 8 del recurso.

11 — Acta de la vista, p. 15.

Justicia pueda examinar las objeciones de la Comisión: examinar dichas objeciones en el marco del presente litigio equivale, en su opinión, a eliminar dicha disposición.

18. A mi parecer, dichas consideraciones no llevan a concluir que el presente recurso sea inadmisible. Tal y como se desprende de mi delimitación del objeto del litigio, la demandante no reprocha a la Comisión haber alegado indebidamente un obstáculo al funcionamiento y la independencia de la Comunidad. Más bien, estima que el artículo 1 del Protocolo, que debe preservar estos intereses, [12] no es aplicable al presente caso, por lo que no es necesaria ninguna autorización. Sus reproches se refieren a la calificación de la retención como «medida de apremio» que afecta a los «bienes y activos de las Comunidades», y al hecho de que, en su opinión, la Comisión no puede invocar el artículo 1 del Protocolo, ya que no impugnó la validez de la retención, o, cuando menos, no lo hizo de modo válido. Si estuvieran justificadas las alegaciones de la demandante, de hecho, no sería necesaria ninguna autorización del Tribunal de Justicia. [13] De este modo, al contrario de lo que sostiene la Comisión, el recurso no conduciría a soslayar el artículo 1 del Protocolo.

19. *III.* Dado que, por consiguiente, las eventuales reservas acerca de la admisibilidad del recurso de anulación que podrían derivarse de la argumentación de la Comisión en la vista no son, en definitiva, pertinentes, examinaré ahora la *fundamentación* de dicho recurso.

20. *1.* A este respecto, procede observar, en primer lugar, que la retención practicada por la demandante constituye una medida de «apremio» a efectos de la tercera frase del artículo 1 del Protocolo. En efecto, si el mandamiento de retención no se anula o modifica por motivos propios del Derecho nacional, la Comisión, como gestora del FED, se encuentra, con arreglo a los artículos 1451 y 1458 del Code judiciaire belga, [14] durante un período de tres años, en la imposibilidad de abonar al Estado de Burkina Faso fondos con cargo al FED, hasta la cuantía embargada. Tampoco puede abonar dichos importes a la demandante con efecto liberatorio de la deuda hasta que la retención no haya sido transformada en retención ejecutiva, conforme a los artículos 1489 y siguientes del Code judiciaire belga.

21. *2.* Sobre esta base, procede examinar la primera alegación de la demandante, según la cual el objeto de la medida de tal modo calificada no lo constituyen «bienes» o «activos» de la Comunidad a efectos de la tercera frase del artículo 1 del Protocolo, debido a que, desde el momento en que son exigibles, las cantidades adeudadas al Estado de Burkina Faso forman parte del patrimonio de dicho Estado y no ya del patrimonio de la Comisión.

22. Cabe rechazar sin más dicha alegación. A este respecto, con razón invoca la Comisión el auto de 11 de abril de 1989, Société Générale de Banque. [15] En dicho auto, una acreedora del Estado belga había practicado una retención de bienes en poder de la Comisión que afectaba a la totalidad de las sumas, créditos, valores y objetos que las Comunidades Europeas debían o pudieran deber en lo

12 — Véase el punto 66, más adelante.

13 — En este sentido, en el caso en que la medida (en el presente caso, la notificación de una cesión de salarios) no modifica la posición jurídica de la Comunidad en calidad de deudora y, por consiguiente, no afecta al funcionamiento de las Instituciones comunitarias: véase el auto de 25 de septiembre de 1963, Grands Magasins à l'Innovation (85/63, Rec. p. 397).

14 — Ley de 10 de octubre de 1977, *Moniteur Belge* de 31.10.1967.

15 — SA Générale de Banque/Comisión (1/88 SA, Rec. 1989, p. 857).

sucesivo al Estado belga por cualquier título. [16] La acreedora que instó la retención solicitaba al Tribunal de Justicia que declarara que el artículo 1 del Protocolo no afectaba a la retención practicada y, con carácter subsidiario, que autorizara el normal desarrollo del procedimiento de retención. Tras haber declarado ante el Tribunal de Justicia que limitaba el objeto de la retención controvertida a las cantidades adeudadas al Estado belga por las Comunidades Europeas en concepto de rentas arrendaticias, la demandante solicitó al Tribunal de Justicia que declarara, bien (con carácter principal) que no era exigible la previa autorización, bien (con carácter subsidiario) que ésta le fuera concedida tan sólo por las sumas adeudadas en concepto de arrendamientos. [17]

23. El Tribunal de Justicia desestimó la demanda principal de la demandante por los siguientes motivos:

«Aun cuando deba considerarse, según el Derecho nacional aplicable, que la retención recae sobre los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, sin retención, puede constituir una medida de apremio en el sentido del artículo 1 del Protocolo. Efectivamente, es doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal de Justicia, que cualquier medida de retención de bienes que se hallen en poder de las Comunidades puede, según las circunstancias, obstaculizar el funcionamiento y la independencia de éstas» (apartado 9).

24. Habida cuenta de dichos motivos, la referida alegación de la demandante no puede ser acogida.

16 — Véase nota anterior, apartado 3 del auto.

17 — Apartado 6 del auto.

25. *3.* En su segunda alegación, la demandante invoca el artículo 1452 del Code judiciaire y alega que la Comisión no hizo nada por impugnar la validez de dicha retención, con excepción de su carta de 14 de junio de 1991, la cual no puede asimilarse a una declaración de tercero embargado a efectos de la disposición antes citada y es posterior a la expiración del plazo establecido. Dicha alegación plantea la cuestión de si la Comisión debe invocar el privilegio que le confiere el artículo 1 del Protocolo en la forma y dentro de los plazos establecidos por una disposición como el artículo 1452 del Code judiciaire, so pena de perder dicho privilegio o, al menos, la posibilidad de alegarlo.

26. A mi parecer, procede responder de forma negativa a dicha cuestión. Como queda dicho, la retención constituye una medida de apremio que está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo. La obligación del tercero embargado de realizar la declaración prevista en el artículo 1452 del Code judiciaire es consecuencia de dicha retención. [18] Por consiguiente, forma parte de los «efectos» que una medida de apremio «tenga según el Derecho nacional aplicable» [19] y que el artículo 1 del Protocolo persigue evitar a las Comunidades, salvo si existiera un caso reconocido de excepción al principio de la inmunidad de ejecución. Por consiguiente, el obstáculo que resulta de dicha disposición contra las medidas de apremio contempladas únicamente podría superarse por el mencionado comportamiento de la Comisión si el Derecho comunitario, para los fines de tal excepción al principio establecido en la referida disposición, remitiera al Derecho interno (es decir, a disposiciones tales como el artículo 1452 del Code judiciaire).

18 — Véase de Leval, G.: *La saisie-arrêt*, Lieja, 1976, p. 217, nº 142.

19 — Véase el auto del Tribunal de justicia de 17 de junio de 1987, Universe Tankship/Comisión (1/87 SA, Rec. p. 2807 apartado 3).

27. Ahora bien, dicha circunstancia no concurre en el presente caso. No cabe apreciar en ningún lugar la existencia de una remisión expresa. Y, a mi parecer, tampoco puede admitirse una remisión implícita, puesto que ello sería manifiestamente contrario al objetivo del artículo 1 del Protocolo. Por una parte, con ello se daría a los Estados miembros, frente a las medidas de los cuales, precisamente, se persigue proteger a la Comunidad mediante dicha disposición, una influencia en el alcance de la protección de tal modo garantizada. Por otra parte, ello conduciría a que el principio de la inmunidad de ejecución tuviera un alcance distinto entre un Estado miembro y otro, lo cual, una vez más, es incompatible con el espíritu de la citada disposición. Efectivamente, el fin que se persigue consiste en conseguir una aplicación uniforme de dicho principio, como lo acredita la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, la alegación de la demandante no resiste un examen a la luz del artículo 1 del Protocolo.

28. En aras de la exhaustividad, deseo añadir que, además, el fin del artículo 1452 del Code judiciaire no parece ser, en absoluto, adoptar disposiciones que establezcan una excepción al principio de la inmunidad de ejecución. Más bien parece que su fin consiste en garantizar que el acreedor que solicitó la retención sea informado con exactitud acerca de las relaciones jurídicas existentes entre el deudor principal y el tercero embargado, para que pueda decidir sobre su ulterior proceder con conocimiento de las circunstancias. [20]

29. Por todos estos motivos, el hecho de que la Comisión no observara la forma y el plazo establecidos en el artículo 1452 del Code judiciaire para alegar sus privilegios no cuestiona dichos privilegios ni la posibilidad de invocarlos.

30. *4.* Además de examinar los dos puntos de vista mencionados hasta este punto, la argumentación de la demandante me da pie para examinar un problema adicional. Cuando la demandante basa su recurso de anulación en el hecho de que la Comisión «no hizo nada por impugnar la validez de la retención», ello plantea la cuestión de saber en qué medida el silencio de la Comisión entre la notificación del mandamiento de retención, en marzo de 1991, y el envío de su carta de 14 de junio de 1991 influye en el privilegio conferido por el artículo 1 del Protocolo. En efecto, no es de extrañar que la demandante invoque, a este respecto, el auto del Tribunal de Justicia en el auto Universe Tankship. [21] En dicho auto, un acreedor del Estado belga pretendía proceder a una retención de cantidades que la Comisión debía a dicho Estado. Solicitó la correspondiente autorización del Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró (apartados 4 a 7 del auto):

«La protección jurídica prevista por el procedimiento de autorización que debe conceder el Tribunal de Justicia excedería su finalidad cuando la Institución que haya de practicar la retención estime no tener motivos para oponerse a la retención de bienes.

Por consiguiente, sólo en el caso en que la Institución Comunitaria afectada plantee objeciones basadas en la alegación de que la proyectada retención de bienes puede obstaculizar el buen funcionamiento y la independencia de las Comunidades, el deudor interesado puede plantear ante el Tribunal de Justicia una solicitud de autorización basada en el artículo 1 del Protocolo citado.

En este caso, la Comisión de las Comunidades Europeas, en las observaciones presenta-

20 — De Leval, *op. cit.*; Chabot, Léonard: *Saisie conservatoire et saisie-exécution*, Bruselas, 1979, p. 274.

21 — Véase nota 19 *supra*.

das ante el Tribunal el 26 de febrero de 1987, declara no tener objeciones en cuanto a la retención de bienes cuya autorización solicita la recurrente.

Por lo tanto, en el momento actual del procedimiento instado por la parte demandante, la solicitud de autorización carece de objeto.»

31. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto Société anonyme X, [22] tratándose de la autorización solicitada por el acreedor de una funcionaria comunitaria que pretendía practicar una retención ejecutiva sobre el salario de dicha funcionaria (apartados 7 a 9):

«La protección jurídica que dicha autorización tiene por objeto conceder excedería de sus fines cuando la Institución tercera embargada estima no tener motivos para oponerse a la obligación de pagar a un acreedor de uno de sus funcionarios la totalidad o parte de las cantidades que debe o deberá a este último;

que si, por el contrario, la Institución se opusiera a la práctica de dicha retención de bienes en poder de tercero, o posteriormente estimara deber oponerse al desarrollo o la ejecución de dicha retención, correspondería al Tribunal de Justicia, a petición de los interesados, pronunciarse al respecto;

que, en consecuencia, en la fase actual del procedimiento entablado por la parte demandante, la solicitud de autorización carece de objeto.»

22 — Auto de 11 de mayo de 1971, SA X (1/71, Rec. p. 363).

32. ¿Significa todo ello que el silencio observado por la Comisión respecto de la notificación del mandamiento de retención suprime el privilegio conferido por la tercera frase del artículo 1 del referido Protocolo?

33. Dicha cuestión se plantea habida cuenta del hecho de que la Comisión, mediante carta de 17 de abril de 1991, acusó recibo del mandamiento de retención, sin pronunciarse en modo alguno sobre la cuestión de si invocaría el artículo 1 del Protocolo o no.

34. Para resolver este problema, procede recordar el sistema de la tercera frase del artículo 1 del Protocolo. En dicho sistema cabe advertir la existencia de dos niveles: la *norma* según la cual los bienes y activos de las Comunidades no podrán ser objeto de ninguna medida de apremio administrativo o judicial; la *excepción,* según la cual ello no se aplica en caso de autorización del Tribunal de Justicia.

35. De conformidad con este sistema, la Comunidad queda protegida contra las medidas de apremio siempre y cuando el Tribunal de Justicia haya concedido autorización.

36. Si, a continuación, se confronta dicho sistema con la jurisprudencia antes expuesta, se observa que, desde el punto de vista del Tribunal de Justicia, la norma contenida en la tercera frase del artículo 1 —aparte del caso de una autorización del Tribunal de Justicia— puede estar sometida a otra excepción. Se trata del caso en que la Institución

afectada «estime no tener motivos para oponerse a la retención de bienes». [23]

37. Como subraya con razón la doctrina, [24] ello significa que la tercera frase del artículo 1 del Protocolo no es aplicable a partir del momento en que la Institución misma *ha renunciado* a la protección de dicha disposición. No obstante, a la hora de aplicar la excepción definida de ese modo, procede observar que el mecanismo estricto norma-excepción contenido en la disposición mencionada ofrece un alto grado de seguridad jurídica, necesaria en un ámbito tan sensible como el de las medidas de apremio, tanto desde el punto de vista de los intereses comunitarios protegidos como de los intereses del ciudadano que promueve la medida de apremio. Por la misma razón, es necesario garantizar el mismo grado de seguridad jurídica en el caso de la renuncia.

38. De ello se deduce necesariamente que, para que dicha renuncia pueda eliminar el obstáculo de la tercera frase del artículo 1 del Protocolo, debe haber sido expresada de forma *clara e inequívoca.*

39. Este criterio cuenta con el respaldo de textos análogos del Derecho internacional público, en los que se establece una regulación positiva del caso de la renuncia.

40. La Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas [25] (sección 2) dispone lo siguiente:

«Las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona, gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial *a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad.*»

41. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, [26] en el apartado 1 del artículo 22, dispone:

«Los locales de la misión son inviolables. Las gentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos *sin el consentimiento* del jefe de la misión.»

42. En los autos del Tribunal de Justicia antes mencionados y, en especial, en el auto dictado en el asunto Universe Tankship no se cuestiona la conclusión según la cual es necesaria una renuncia clara e inequívoca. No obstante, es cierto que en el apartado 5 del referido auto se lee:

«sólo en el caso en que la Institución Comunitaria afectada plantee objeciones basadas en la alegación de que la proyectada retención de bienes puede obstaculizar el buen funcionamiento y la independencia de las Comunidades, el deudor interesado puede plantear ante el Tribunal de Justicia una solicitud

23 — Auto en el asunto Universe Tankship, apartado 4; en términos similares, auto en el asunto SA X, apartado 7.

24 — Véase Schmidt, S. C.: «Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes», Cahiers de droit européen, 1991, pp. 67 y ss., especialmente p. 69.

25 — Convención de 13 de febrero de 1946, *Recopilación de los tratados,* Vol. 1, p. 15.

26 — *Recopilación de los tratados,* tomo 500, p. 95.

de autorización basada en el artículo 1 del Protocolo citado».

43. No obstante, dicha consideración se explica por la fase en que fue dictado el mencionado auto del Tribunal de Justicia. La retención de bienes de que se trata había sido únicamente *proyectada.* Efectivamente, en esa fase no es ninguna autorización necesaria todavía (y, por lo tanto, la correspondiente solicitud carece de objeto), a menos que la Institución interesada, con carácter preventivo, ya hubiese planteado objeciones contra la medida proyectada e invocado al efecto el artículo 1 del Protocolo. Sólo cuando la retención haya sido notificada a la Institución y, de ese modo, ésta haya tenido la posibilidad de adoptar una postura acerca de dicha medida concreta (en especial, examinar la posibilidad de renunciar a los derechos conferidos por el artículo 1 del Protocolo), puede ser necesaria una autorización. [27]

44. Si, a continuación, se examina el caso presente a la luz de todo lo anterior, se llega a la conclusión de que la Comisión no manifestó en ningún momento, de manera positiva —aunque sólo fuese de modo implícito—, que estuviera de acuerdo con la retención, desde el punto de vista del artículo 1 del Protocolo (y que, en consecuencia, renunciaba a los derechos conferidos por dicha disposición). El mero silencio no es suficiente, al menos a falta de circunstancias especiales que pudieran hacerlo parecer un consentimiento, para eliminar el obstáculo establecido en dicha disposición.

45. *5.* Dado que, en consecuencia, no es pertinente ninguna de las alegaciones formuladas en apoyo del recurso de anulación, dicho recurso debe desestimarse por infundado.

27 — También entiendo así el auto en el asunto SA X.

Sobre el recurso de indemnización (artículos 178 y 215 del Tratado CEE)

46. Es sabido que la responsabilidad de la Comunidad en virtud del párrafo segundo del artículo 215 del Tratado presupone la ilegalidad del comportamiento reprochado a la Institución, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el daño invocado. [28]

47. *I.* Por lo que respecta a la identificación del comportamiento cuya legalidad se cuestiona, de las pretensiones formuladas en el recurso y de los motivos sobre los que se apoyan cabe extraer dos elementos. Efectivamente, la demandante alega:

— la Comisión no se atuvo a la retención, al abonar al Estado de Burkina Faso, tras la notificación del mismo, varios importes con cargo al FED, y

— aunque la demandante, debido a una desviación de los fondos del FED, no cobró los importes que le eran debidos por obras realizadas en el marco de un proyecto financiado por el FED, la Comisión continuó efectuando pagos sin velar por el correcto empleo de las cantidades concedidas.

48. Debo, seguidamente, examinar de forma más detallada estas dos imputaciones. Asimismo, quisiera hacer algunas observaciones sobre un motivo desarrollado en la réplica. [29]

28 — Jurisprudencia reiterada; véase, recientemente, la sentencia de 14 de enero de 1993, Italsolar/Comisión (C-257/90, Rec. p. I-9), apartado 33.

29 — Página 9.

Esencialmente, la demandante reprocha a la Comisión haberle dejado creer legítimamente, hasta la comunicación de su carta de 14 de junio de 1991, es decir, durante tres meses, que no tenía nada que objetar a la retención. En opinión de la demandante, dicho silencio de la Comisión fue negligente y perjudicó a la demandante. No obstante, al ser extemporáneo dicho nuevo motivo con arreglo a la letra c) del párrafo primero del artículo 38, y al párrafo segundo del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento, sólo lo examinaré brevemente.

49. *II.* El daño cuya reparación reclama la demandante consiste en que el saldo pendiente de la remuneración que se le adeuda, a saber, 85.112.000 FCFA, no ha sido pagado hasta la fecha.

50. *III.* Así pues, paso a examinar las diferentes imputaciones.

51. *1.* En la medida en que la demandante reprocha a la Comisión haber incumplido el mandamiento de retención al realizar sus pagos, según su parecer, debe apreciarse una infracción del artículo 1 del Protocolo, indebidamente invocado por la Comisión.

52. Esta imputación debe ser desestimada. Como ya se ha precisado, la presente retención está comprendida dentro del ámbito de la disposición citada, sin que, en el momento de los pagos, se interponga ninguna excepción (una autorización del Tribunal de Justicia o un consentimiento de la Comisión) a la norma establecida en la misma. Por consiguiente, la Comisión no infringió el artículo 1 del Protocolo por el mero hecho de efectuar dichos pagos.

53. 2. a) La imputación basada en la actitud de la Comisión ante la desviación de fondos del FED muestra ciertas coincidencias con la imputación que acabo de examinar. Efectivamente, tal y como se desprende de los motivos que expuso en el recurso y precisó en la vista, la demandante estima que, para proteger los intereses de la demandante, la Comisión, como gestora del FED, no hubiera debido continuar efectuando pura y simplemente sus pagos al Estado de Burkina Faso en el marco del proyecto controvertido. Por el contrario, hubiera debido, bien suspenderlos hasta que hubiesen sido satisfechas las reclamaciones de la demandante, bien abonarlos directamente a ésta. Por consiguiente, en el marco de la imputación que examino aquí, la demandante no se interesa por la posición de la Comisión en calidad de tercero embargado, a la luz del artículo 1 del Protocolo, sino por su posición en calidad de gestora del FED, con arreglo a las normas de funcionamiento de dicho Fondo. A este respecto, la demandante *no* critica, según entiendo su argumentación, el comportamiento de la Comisión *antes de* la supuesta desviación de los fondos del FED. En efecto, la demandante no ha dicho nada acerca de si la Comisión hubiera podido *impedir* dicha irregularidad, y cómo. Lo que le interesa es el comportamiento de la Comisión después de haber llegado a su conocimiento los hechos mencionados. Ahora bien, según sostiene la demandante en el recurso, dicho comportamiento infringe «los Convenios de Lomé, los Acuerdos internos y los Reglamentos financieros».

54. A estos efectos, dicha alegación debe entenderse en el sentido de que se formula una imputación de infracción de las normas aplicables al presente caso de ayuda comunitaria, a saber:

— el primer Convenio de Lomé, [30]

30 — Nota 1 *supra*.

— el Acuerdo Interno de 11 de julio de 1975, [31]

— el Reglamento financiero de 25 de julio de 1976. [32]

55. En opinión de la Comisión, la única obligación que le incumbe en el marco de la gestión del FED, desde el punto de vista de la regularidad del empleo de los recursos procedentes de dicho Fondo, consiste en asegurarse, antes del pago, de que las obras adjudicadas hayan sido efectivamente ejecutadas. A este respecto, invoca los artículos 58 y 59 del Reglamento financiero antes citado. Por lo demás, habida cuenta del reparto de competencias entre la Comisión y el Estado ACP interesado, no puede inmiscuirse en las relaciones contractuales entre el ONPF y uno de sus subcontratistas. No obstante, en la dúplica añadió que llamó la atención de las autoridades de Burkina Faso sobre el caso concreto de la demandante y que realizó esfuerzos ante las autoridades locales, dentro del marco de sus competencias, con el fin de resolver el litigio. Asimismo, en la vista oral precisó que suspendió durante algún tiempo los tres últimos pagos en el marco del proyecto objeto del presente litigio. Actuó de este modo con el fin de presionar a las autoridades locales. Sin embargo, finalmente, tuvo que desembolsar las cantidades, dado que la situación se había hecho insostenible. [33]

56. Por último, en la dúplica, la Comisión negó la existencia de una relación de causalidad entre su comportamiento y el daño sufrido por la demandante.

57. aa) Procede, en primer lugar, observar, con respecto al referido motivo, que, frente a un Estado ACP que comete o tolera irregularidades del tipo de las discutidas en el presente asunto, la Comisión no dispone de ninguna posibilidad de poner fin, por medios coercitivos, a la situación de tal modo creada, excepto su actuación en materia de pagos. Por consiguiente, no puede reprocharse a la Comisión ninguna inactividad fuera de dicho ámbito.

58. bb) Las actuaciones de la Comisión en materia de pagos, ¿constituyen la base de una obligación de reparar el daño por infracción del Convenio de Lomé, del Acuerdo Interno o del Reglamento financiero?

59. Examinemos, en primer lugar, si así sucede en la medida en que la Comisión, como afirma la demandante, *no suspendió sus pagos* con el fin de *presionar* a las autoridades del Estado de Burkina Faso *para que el ONPF cumpliera sus obligaciones frente a la demandante.* Incluso si supone que la Comisión no hizo nada a tal fin, en contra de lo que alegó —en mi opinión, de manera extemporánea— en la vista oral, entiendo que dicha pregunta merece una respuesta negativa.

60. En primer lugar, en ninguno de los tres textos mencionados encuentro base alguna para semejante comportamiento por parte de la Comisión. Además, por lo que respecta al apartado 2 del artículo XVIII del Anexo 3 del Acuerdo de financiación, aplicable en el presente caso, disposición por la que se autoriza a la Comisión a suspender los pagos en caso de infracción de dicho Convenio, la demandante no alegó que, con su comportamiento, el Estado de Burkina Faso hubiera infringido precisamente el Acuerdo de financiación. Finalmente, no está nada claro que

31 — Nota 2 *supra*.
32 — Nota 3 *supra*.
33 — Acta de la vista, p. 30.

las reclamaciones de la demandante hubieran sido satisfechas si la Comisión hubiera efectivamente actuado como se ha indicado anteriormente. A este respecto, procede observar que es indiscutible que los pagos controvertidos de la Comisión, aunque estuvieran de cualquier modo relacionados con el proyecto citado en el presente caso, no tenían ningún vínculo específico con las obras ejecutadas por la demandante. La denuncia de la demandante, de 9 de octubre de 1990, al delegado local de la Comisión, [34] en relación con la argumentación de la Comisión en la dúplica, [35] indica más bien que la Comisión, antes de recibir la denuncia mencionada, ya había concedido los importes con cargo al FED destinados al pago de las obras de la demandante. En estas circunstancias, estimo que sería pura especulación suponer que el ONPF habría cumplido sus obligaciones frente a la demandante si se hubieran suspendido los pagos controvertidos. La demandante no ha explicado en modo alguno cómo el mencionado organismo, después de la desviación de las cantidades destinadas a la demandante, hubiera podido cumplir dichas obligaciones, más aún en el supuesto de que dejaran de efectuarse otros pagos previstos. Visto desde este ángulo, no se dispone, por tanto, de elementos suficientes para afirmar que el comportamiento de la Comisión presente la necesaria *relación de causalidad* con el daño sufrido por la demandante.

61. Lo mismo cabe decir de la alegación, expuesta por la demandante en la vista oral, según la cual la Comisión hubiera debido suspender los pagos con el fin de *incitar al ONPF a dar su consentimiento para un pago directo de la Comisión a la demandante.* A falta de prueba de que los pagos de la Comisión se refirieran precisamente a las obras ejecutadas por la demandante, de haberse dado dicho consentimiento, no podría descartarse que, en lugar de las reclamaciones de la demandante, quedaran sin satisfacer las reclamaciones de otros acreedores. No se sabe si el ONPF hubiera seguido esta vía. Por esta razón, la relación de causalidad entre el comportamiento de la Comisión y el daño sufrido por la demandante ni siquiera ha quedado acreditada. Además, tengo serias dudas sobre la legalidad del comportamiento que la Comisión debía haber adoptado en opinión de la demandante. Efectivamente, con arreglo al artículo XIII del Anexo 3 del Acuerdo de financiación, la Comisión adopta todas las medidas apropiadas para la ejecución, a la mayor brevedad, de las órdenes de pago a favor de los adjudicatarios de los contratos públicos y contratos financiados por el FED. En efecto, uno podría preguntarse si dicha cláusula, que otorga una ventaja a las empresas adjudicatarias de los contratos —ya que su interés en un rápido pago queda garantizado por el interés que tiene la Comunidad en un empleo tan eficaz como sea posible de sus fondos y con el del Estado ACP en liberarse rápidamente de sus obligaciones—, puede también beneficiar a un subcontratista cuando el adjudicatario del contrato está controlado por el Estado. No obstante, dicho efecto sólo puede producirse como reflejo de la protección garantizada a los intereses financieros de la Comunidad y los intereses del Estado ACP: este último —y no las empresas que celebran el contrato— es el beneficiario de las ayudas de la Comunidad (véase artículo 7 del Acuerdo de financiación) y el responsable de la ejecución de los proyectos financiados (artículo 55 del primer Convenio de Lomé). A este respecto, procede observar que, si la Comisión hubiera adoptado la medida que debería haber tomado según la demandante, habría interferido en el reparto entre los subcontratistas del ONPF del riesgo originado por las supuestas irregularidades, sin que de ello resulte ninguna ventaja para el correcto empleo de los fondos de que se trata o la

34 — Punto 3 *supra*.
35 — Página 6.

situación financiera del Estado de Burkina Faso o del ONPF. [36]

62. Por tanto, la Comisión no está obligada a la reparación del daño por el hecho de no haber suspendido los pagos.

63. Finalmente, tampoco puede afirmarse que la Comisión debiera haber *efectuado sus pagos directamente a la demandante.* De haberlo hecho, dichos pagos no hubieran tenido efecto liberatorio alguno y, por consiguiente, no hubieran sido conformes con el principio de la correcta gestión del FED (véase el artículo 30 del Reglamento financiero).

64. b) En cuanto a la obligación general de la Comisión, invocada en su réplica por la demandante, de proteger los intereses financieros de la Comunidad, los Estados miembros y los terceros, tal obligación, de admitirse, sólo puede existir en el marco de las competencias efectivas de la Comisión. Así se dispone también en el punto G de la Resolución de 13 de noviembre de 1991, [37] invocada por la demandante en apoyo de esta parte de sus alegaciones. En consecuencia, tal obligación general no podría modificar en modo alguno las conclusiones deducidas en el punto precedente.

65. *3.* Para concluir, permitan que vuelva a considerar brevemente la alegación —extemporánea, como dije— de la demandante, según la cual la Comisión le dejó creer indebidamente durante tres meses que no tenía nada que objetar contra la retención.

66. Estimo que, efectivamente, las Instituciones comunitarias tienen la obligación de adoptar todas las medidas posibles, según un criterio razonable, y apropiadas para la efectividad del derecho establecido en la tercera frase del artículo 1 del Protocolo. Dicho derecho tiene por objeto que el Tribunal de Justicia elimine —mediante la autorización— el obstáculo formal al que se encuentran sometidas las medidas de apremio mencionadas en el referido artículo, cuando no sea necesario para el buen funcionamiento y la independencia de la Comunidad. [38] Se trata de una garantía conferida directamente al particular sobre la base del Protocolo [39] y que constituye, habida cuenta del carácter funcional y limitado de los privilegios y las inmunidades, [40] la medida correctiva necesaria de la norma contenida en la tercera frase del artículo 1 del Protocolo.

67. Ahora bien, la eficacia práctica de dicha garantía quedaría mermada si las Instituciones comunitarias, aprovechándose del principio según el cual el privilegio conferido por la tercera frase del artículo 1 del Protocolo se aplica aun cuando no sea invocado, estuvieran facultadas para sustraer a las medidas de apremio instadas por particulares bienes respecto de los cuales el Tribunal de Justicia hubiera podido conceder la autorización prevista en dicha disposición. Por el contrario, como decía en la introducción, las Instituciones comunitarias tienen la obligación de contribuir, en la medida de lo necesario y posible, a la efectividad de los derechos de los particulares. Una infracción de dicha obligación puede, al igual que cualquier otro

36 — Véase una alegación análoga en la citada sentencia Italsolar/Comisión, apartado 34.

37 — Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades (DO C 328, p. 1).

38 — Véase el auto de 13 de julio de 1990, J. J. Zwartveld y otros (C-2/88 Imm., Rec. p. 3365), apartados 19 y 20.

39 — Auto de 17 de diciembre de 1968, Ufficio Imposte di Consumo di Ispra, antes citado, p. 640.

40 — Auto en el asunto Zwartveld, antes citado, apartado 20.

comportamiento ilegal de una Institución comunitaria, acarrear la obligación de reparar el daño en virtud del párrafo segundo del artículo 215 del Tratado.

68. Para aplicar dicho principio a casos concretos, deben considerarse las particularidades de los distintos casos. En el presente caso, cabe observar que la Comisión, tras haber tenido tiempo suficiente para definir su actitud, realizó, sin informar oportunamente al respecto a la demandante, pagos respecto de los cuales no podía prescindirse de antemano de una autorización del Tribunal de Justicia. Se trata de los pagos relacionados con el proyecto en cuya realización participaba también la demandante.

69. Semejante comportamiento habría dado lugar a un examen muy pormenorizado si la demandante lo hubiera impugnado a su debido tiempo. Dado que no se hizo así, dado que, además, la propia demandante niega la relación de causalidad entre el comportamiento de la Comisión y el daño alegado, y, por último, dado que no se ha alegado que el Tribunal de Justicia hubiera concedido una autorización si, en aquel momento, le hubiera sido presentada la correspondiente solicitud, dicha alegación debe ser desestimada.

C. Conclusión

70. Por todas las razones precedentes, solicito que:

«— se desestime el recurso por infundado;

— se condene en costas a la demandante, de conformidad con el artículo 69 del Reglamento de Procedimiento.»