



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 12 de diciembre de 2017¹

Asunto C-16/16 P

**Reino de Bélgica
contra**

Comisión Europea

«Recurso de casación — Protección de los consumidores — Servicios de juego en línea —
Protección de los consumidores y usuarios de servicios de juego en línea y prevención del juego en
línea entre los menores — Recomendación de la Comisión — Artículo 263 TFUE — Acto recurrible —
Control judicial de instrumentos de Derecho indicativo (soft law) — Actos no vinculantes que
producen efectos jurídicos — Actos sobre los que cabe razonablemente considerar que inducen a
su cumplimiento»

Índice

I. Introducción	2
II. Marco jurídico	3
A. Derecho primario	3
B. Recomendación de la Comisión	4
III. Hechos y procedimiento	6
IV. Auto recurrido	7
V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia	8
VI. Apreciación	10
A. El fondo sobre la forma	11
1. AETC	11
2. El criterio AETC aplicado por el Tribunal General en el presente asunto	12

¹ Lengua original: inglés.

3. Elementos problemáticos del criterio AETC	13
a) Problemas internos	13
1) ¿Efectos jurídicos, fuerza vinculante o efectos jurídicos obligatorios?	13
2) Papel de la intención del autor	14
b) Problemas externos	15
1) Auge del Derecho indicativo (soft law)	15
2) Recomendaciones: sin fuerza vinculante pero con efectos jurídicos	17
i) En el ámbito de la Unión	17
ii) En el ámbito de los Estados miembros	18
4. Vuelta a los orígenes: AETC y efectos jurídicos	21
5. Aplicación del criterio en el presente asunto	23
B. La forma determina el fondo	27
1. Exclusión (plena): recomendación significa recomendación	27
2. ¿Fondo o forma?	28
3. Aclaraciones que podrían resultar necesarias	30
VII. Conclusión	31

I. Introducción

1. Uno de los grandes debates que han configurado la filosofía jurídica (anglo-americana) durante las últimas décadas es el mantenido entre Hart y Dworkin sobre la naturaleza de la ley y la estructura de un ordenamiento jurídico. A finales de los años sesenta y durante los años setenta del siglo pasado, la crítica de Dworkin a la obra de Hart titulada *Concept of Law*² se formuló en torno a distintos temas. Una de las principales observaciones de Dworkin era que Hart adoptaba un planteamiento excesivamente restrictivo sobre lo que constituye un ordenamiento jurídico y se centraba en exceso en las *normas* jurídicas, ignorando otro elemento clave del ordenamiento jurídico: *los principios*.³

2. Quizá sea lícito presuponer que, pese a su título, cuando la Comisión adoptó la «Recomendación relativa a *principios* para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores» (en lo sucesivo, «Recomendación»),⁴ no tenía la intención de tomar parte en ese debate teórico. Sin embargo, a raíz de un recurso de

2 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2.ª ed (con un epílogo), Clarendon Press, Oxford, 1997 (primera edición publicada en 1961).

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (Nueva edición replicando a los críticos), Londres, Duckworth, 1987 (primera edición publicada en 1977), p. 22 y ss.

4 Recomendación 2014/478/UE de la Comisión, de 14 de julio de 2014 (DO 2014, L 214, p. 38). El subrayado es mío.

anulación contra la Recomendación interpuesto por el Reino de Bélgica ante el Tribunal General, se ha iniciado un debate similar desde el punto de vista formal, si bien algo distinto en cuanto al fondo: ¿en qué se diferencian, en el Derecho de la Unión, dichos *principios* de las *normas* (jurídicas vinculantes) a efectos del control judicial? Por otra parte, ¿puede una recomendación de la Comisión —instrumento de la Unión que queda expresamente excluido del control judicial en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo primero— ser objeto no obstante de un recurso de anulación en virtud de dicha disposición?

3. El Tribunal General declaró la inadmisibilidad del recurso de Bélgica,⁵ al considerar que las Recomendaciones no están destinadas a producir efectos jurídicos vinculantes. El Reino de Bélgica ha recurrido dicha decisión ante el Tribunal de Justicia.

4. En las presentes conclusiones formularé, en esencia, dos propuestas al Tribunal de Justicia: en primer lugar, con carácter *general*, a la luz del cambiante entorno legislativo del Derecho de la Unión (pero no exclusivamente de éste), marcado por la proliferación de múltiples instrumentos de Derecho indicativo, el acceso a los órganos jurisdiccionales de la Unión debería adaptarse para responder a esa evolución. En ese sentido, en la medida en que pueda recurrirse a un juego de palabras teórico, el planteamiento debería pasar a ser más dworkiniano, reconociéndose la existencia de disposiciones que generan efectos jurídicos significativos que están más allá de la lógica binaria de normas jurídicas vinculantes o no vinculantes. En segundo lugar, en lo que respecta, en *concreto*, a la Recomendación controvertida en el presente asunto —un instrumento normativo sobre el que cabe considerar, a la luz de su lógica, contexto, finalidad y, en parte, redacción, que establece *normas* de comportamiento— debería estar sujeto a control judicial, al margen de que esté revestido, en cierto modo, como una serie de meros «*principios*» contenidos en una recomendación.

II. Marco jurídico

A. Derecho primario

5. En virtud del artículo 4 TUE, apartado 3, «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

6. Según el artículo 263 TFUE, párrafo primero, «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros».

7. A tenor del artículo 288 TFUE:

«Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

5 Auto de 27 de octubre de 2015, Bélgica/Comisión (T-721/14, EU:T:2015:829).

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.»

8. El artículo 292 TFUE establece lo siguiente: «El Consejo adoptará recomendaciones. Se pronunciará a propuesta de la Comisión en todos los casos en que los Tratados dispongan que el Consejo adopte actos a propuesta de la Comisión. Se pronunciará por unanimidad en los ámbitos en los que se requiere la unanimidad para la adopción de un acto de la Unión. La Comisión, así como el Banco Central Europeo en los casos específicos previstos por los Tratados, adoptarán recomendaciones».

9. De conformidad con el artículo 296 TFUE:

«Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad.

Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados.

Cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, el Parlamento Europeo y el Consejo se abstendrán de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable al ámbito de que se trate.»

B. Recomendación de la Comisión

10. Según el considerando 5 de la Recomendación de la Comisión «en ausencia de armonización a escala de la Unión, los Estados miembros son libres, en principio, para fijar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y para definir el nivel de protección buscado con el fin de proteger la salud de los consumidores. [...]».

11. El considerando 8 enuncia que «las normas y políticas que los Estados miembros han introducido para perseguir los objetivos de interés público varían considerablemente. Una actuación a nivel de la UE anima a los Estados miembros a ofrecer un elevado nivel de protección en toda la Unión [...]».

12. La finalidad de la Recomendación de la Comisión queda plasmada en su considerando 9 en los siguientes términos: «preservar la salud de los consumidores y los usuarios y, de este modo, minimizar el posible daño económico que pueda resultar del juego compulsivo o excesivo. A tal fin, recomienda principios para asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores, los usuarios y los menores por lo que respecta a los servicios de juego en línea. Al elaborar la presente Recomendación, la Comisión se ha basado en las buenas prácticas de los Estados miembros».

13. El considerando 15 señala que «conviene invitar a los Estados miembros a que elaboren normas que regulen la información que los consumidores deben recibir sobre el juego en línea. [...]».

14. Según el considerando 16 «cuando proceda, los principios de la presente Recomendación deben aplicarse no solo a los operadores, sino también a terceras partes, incluidos los “afiliados”, que tienen permiso para promover servicios de juego en línea por cuenta de los operadores».

15. El considerando 27 expone que «es necesaria una supervisión efectiva para proteger adecuadamente los objetivos de interés público. Debe animarse a los Estados miembros a que designen autoridades competentes independientes, establezcan orientaciones claras para los operadores y faciliten información fácilmente accesible a los consumidores, los usuarios y los grupos vulnerables, incluidos los menores».

16. El considerando 29 añade que «la presente Recomendación no interfiere con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ni con la Directiva 93/13/CEE del Consejo».

17. La sección I de la Recomendación establece su finalidad. Según su apartado 1, «se recomienda a los Estados miembros que persigan un elevado nivel de protección de los consumidores, los usuarios y los menores, mediante la adopción de principios aplicables a los servicios de juego en línea y la comunicación comercial responsable de dichos servicios, a fin de preservar la salud de aquellos y también minimizar el posible perjuicio económico que pudiera derivarse del juego compulsivo o excesivo». A tenor de su apartado 2, «la presente Recomendación no interfiere con el derecho de los Estados miembros a regular los servicios de juego».

18. La sección III de la Recomendación establece requisitos en materia de información bastante específicos y detallados para los sitios de juego de los operadores, en particular, en lo que respecta a la información que debe exhibirse en su página de aterrizaje y a cuántos clics deben realizarse para acceder a determinada información. La sección IV añade requisitos adicionales en lo tocante a los menores.

19. La sección V versa sobre el registro y las cuentas de usuarios. En particular, el apartado 15 establece que «los Estados miembros deberían velar por que solo se permita a una persona participar en el servicio de juego en línea si está registrada como usuario y es titular de una cuenta con el operador».

20. La sección VI se refiere a la actividad del usuario y a las medidas de apoyo. La sección VIII aborda la cuestión de la comunicación comercial y la sección IX la del patrocinio.

21. La sección XI está dedicada a la supervisión. El apartado 51 invita a los Estados miembros «a que designen autoridades reguladoras competentes en materia de juego cuando apliquen los principios establecidos en la presente Recomendación, a fin de garantizar y vigilar de manera independiente el cumplimiento efectivo de las medidas nacionales adoptadas para respaldar los principios establecidos en la presente Recomendación».

22. La sección XII, que es la última de la Recomendación, versa sobre los informes. Su apartado 52 establece que «se invita a los Estados miembros a que notifiquen a la Comisión las medidas adoptadas en respuesta a la presente Recomendación a más tardar el 19 de enero de 2016, a fin de que la Comisión pueda evaluar su aplicación».

23. Conforme al apartado 53, «se invita a los Estados miembros a que recojan, con fines estadísticos, datos anuales fiables sobre:

- a) las medidas de protección aplicables, en particular el número de cuentas de usuario (abiertas y cerradas), el número de usuarios autoexcluidos, el número de usuarios que sufren un trastorno asociado con el juego y las reclamaciones presentadas por usuarios;
- b) las comunicaciones comerciales por categoría y por tipo de violación de los principios.

Se invita a los Estados miembros a que comuniquen esta información a la Comisión, por primera vez a más tardar el 19 de julio de 2016».

24. Por último, al apartado 54 dispone que «la Comisión debería evaluar la aplicación de la presente Recomendación a más tardar el 19 de enero de 2017».

III. Hechos y procedimiento

25. En 2011, en un Libro Verde sobre el juego en línea en el mercado interior,⁶ la Comisión identificó los objetivos comunes de los Estados miembros en materia de regulación de los servicios de juego en línea. También identificó las áreas prioritarias clave para la actuación de la Unión.

26. En su Comunicación «Hacia un marco europeo global para los juegos de azar en línea», adoptada el 23 de octubre de 2012,⁷ la Comisión propuso una serie de acciones para responder a los retos de índole reguladora, social y técnica que plantea el juego en línea. En concreto, la Comisión declaró que, en general, no parecía oportuno por el momento que hubiera en la Unión una normativa específica para el sector del juego en línea. En esa Comunicación, la Comisión anunció que presentaría recomendaciones sobre la protección de los consumidores en el ámbito de los servicios de juego en línea, incluida la protección de los menores, y sobre una comunicación comercial responsable de los servicios de juego en línea.

27. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 10 de septiembre de 2013 sobre el juego en línea en el mercado interior,⁸ pidió a la Comisión que evaluara la posibilidad de instituir una interoperabilidad entre los registros nacionales de autoexclusión. Ello incrementaría la sensibilización sobre los riesgos de adicción al juego. También le solicitó que estudiara la posibilidad de aplicar controles obligatorios de identificación de terceros. El Parlamento pidió asimismo que se obligara a los operadores de juego en línea a facilitar en sus sitios web de juego información sobre las autoridades reguladoras y advertencias a los menores, así como que se usaran autorrestricciones. Además, el Parlamento Europeo hizo un llamamiento en favor de establecer principios comunes para unas comunicaciones comerciales responsables. Recomendó que las comunicaciones comerciales incluyeran advertencias claras sobre las consecuencias del juego compulsivo y los riesgos de la adicción al juego. Las comunicaciones comerciales no deben ser excesivas ni exhibirse junto con contenidos que estén dirigidos específicamente a menores o que muy probablemente tengan como destinatarios a menores.

28. El Comité Económico y Social Europeo también ha pedido a la Comisión que intervenga para mejorar la protección de los consumidores por lo que respecta al juego en línea y para proteger a los menores.⁹

29. En ese contexto, la Comisión Europea adoptó, el 14 de julio de 2014, la Recomendación impugnada sobre la base del artículo 292 TFUE. Fue publicada en la serie L del *Diario Oficial de la Unión Europea* de 19 de julio de 2014.

30. La adopción de la Recomendación se acompañó de un Comunicado de Prensa¹⁰ y de un Memorándum.¹¹ El Memorándum expone lo que es una Recomendación de la Comisión en los siguientes términos: «Una Recomendación es el instrumento no vinculante al que recurre la Comisión Europea para lanzar un claro mensaje a los Estados miembros sobre las actuaciones que se espera que adopten para resolver una situación, concediendo suficiente flexibilidad a nivel interno para lograrlo. Al establecer los objetivos que han de lograrse, debe actuar como catalizador para el desarrollo de principios uniformes aplicables en toda la Unión Europea». En cuanto a la elección del tipo de

6 COM (2011) 128 final.

7 COM (2012) 596 final.

8 P7_TA(2013)0348.

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828, de 14 de julio de 2014, disponible en línea en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm.

11 MEMO/14/484, de 14 de julio de 2014, disponible en línea en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

instrumento, el Memorándum añade que «no existe legislación sectorial de la Unión específica en el ámbito de los servicios de juego en línea y no se ha considerado conveniente proponer la adopción de legislación concreta. Además, una Recomendación de la Comisión puede adoptarse de forma inmediata mientras que las propuestas de normas deben ser aprobadas por el Consejo de Ministros y por el Parlamento de la Unión, lo cual puede llevar cierto tiempo».

IV. Auto recurrido

31. El 13 de octubre de 2014, el Reino de Bélgica interpuso ante el Tribunal General un recurso de anulación contra la Recomendación controvertida.

32. Mediante auto de 27 de octubre de 2015, el Tribunal General declaró la inadmisibilidad del recurso.¹² Consideró que, habida cuenta del tenor, del contenido y del contexto de la Recomendación, ésta no producía ni iba destinada a producir efectos jurídicos obligatorios. En consecuencia, no podía calificarse de acto impugnabile en el sentido del artículo 263 TFUE.¹³

33. En su motivación, el Tribunal General señaló, en primer lugar, que pese a la existencia de ciertas divergencias menores entre las diferentes versiones lingüísticas, la Recomendación estaba redactada, por lo general, en términos no imperativos.¹⁴

34. A continuación, el Tribunal General consideró que del contenido de la Recomendación se desprendía que la Comisión no tuvo intención de conferirle efectos jurídicos vinculantes.¹⁵ En particular, en los apartados 51 a 53 se *invita* a los Estados miembros a que designen autoridades reguladoras competentes en materia de juego y a que notifiquen a la Comisión las medidas adoptadas en respuesta a la Recomendación. Con ello no se establece, a cargo de los Estados miembros, ninguna obligación de aplicar los principios enunciados en dicho acto. Por otra parte, la Comisión precisó explícitamente que la Recomendación no interferiría con el derecho de los Estados miembros a regular la materia: solo les invitaba a que cumplieran los principios enunciados en ella.¹⁶

35. El Tribunal General estimó que el análisis del tenor y del contenido de la Recomendación quedaba confirmado por el contexto en el que está inscrita. Los debates entablados en el Consejo, en el Parlamento Europeo y en la Comisión demuestran que en aquel momento no había intención de proponer normativa de la Unión en ese sector.¹⁷

36. El Tribunal General añadió que la publicación de la Recomendación en la serie L del Diario Oficial, y no en su serie C, no podía en sí misma invalidar la conclusión de que dicha Recomendación no estaba destinada a producir efectos jurídicos obligatorios.¹⁸ Añadió que del mero hecho de que las recomendaciones, pese a no ser vinculantes, pueden tener efectos jurídicos no puede inferirse que puedan ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales. Cualquier otra conclusión sería contraria al artículo 263 TFUE, en virtud del cual no cabe recurso de anulación contra las recomendaciones, que no producen efectos jurídicos obligatorios.¹⁹

12 Auto de 27 de octubre de 2015, Bélgica/Comisión (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Apartado 37 del auto recurrido.

14 Apartado 21 y ss. del auto recurrido.

15 Apartado 29 del auto recurrido.

16 Apartados 32 a 35 del auto recurrido.

17 Apartado 36 del auto recurrido.

18 Apartados 38 a 40 del auto recurrido.

19 Apartados 42 a 48 del auto recurrido.

37. Una supuesta violación, por parte de una institución de la Unión, de los principios de equilibrio institucional, atribución de competencias o cooperación leal no permite una excepción a las normas de admisibilidad que rigen los recursos de anulación, establecidas en el Tratado.²⁰ En particular, de la circunstancia de que el Tribunal de Justicia pueda examinar, en el marco de un recurso por incumplimiento un acto o comportamiento sin efectos jurídicos obligatorios a la luz de la obligación de cooperación leal de los Estados miembros no se deduce que pueda hacer lo mismo en el marco de un recurso de anulación.²¹

38. El Tribunal General declaró que la Recomendación no establece ninguna norma ni principio para armonizar el mercado de los servicios en el ámbito de los juegos en línea, en contra de lo alegado por la recurrente. Ello resulta evidente a la luz de lo dispuesto en su apartado 2, que confirma expresamente las facultades normativas de los Estados miembros en esa materia.²² La Recomendación no se concibió para limitar la posibilidad de que los Estados miembros determinaran, en función de sus propias preferencias, las exigencias para garantizar que se protegen los aspectos morales, religiosos y culturales.²³

V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

39. Mediante su recurso de casación, el Reino de Bélgica (en lo sucesivo, «recurrente») solicita al Tribunal de Justicia que anule el auto del Tribunal General, declare la admisibilidad del recurso de anulación, resuelva el presente asunto en cuanto al fondo, declare la admisibilidad de las demandas de intervención de la República Helénica y de la República de Portugal²⁴ y condene en costas a la Comisión.

40. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene en costas a la recurrente.

41. La recurrente invoca tres motivos en apoyo de su recurso de casación: i) la violación de los principios de atribución de competencias, cooperación leal y equilibrio institucional; ii) la vulneración del principio de cooperación leal y la no consideración de la posición de los Estados miembros como demandantes privilegiados, y iii) la incorrecta interpretación de los efectos jurídicos de la Recomendación con respecto a Bélgica.

42. Mediante su primer motivo de casación, la recurrente sostiene que el recurso debió haberse declarado admisible, pues el Tribunal General debió haber examinado si el autor de la Recomendación tenía competencia, en lugar de apreciar únicamente si dicho instrumento producía efectos jurídicos obligatorios. Más concretamente, el Tribunal General no respetó los principios de atribución de competencias, cooperación leal y equilibrio institucional, al no haber examinado si existía una base jurídica sustantiva que justificara la adopción de la Recomendación. El artículo 292 TFUE no puede constituir una base jurídica autónoma: faculta para adoptar recomendaciones tanto al Consejo como a la Comisión, pero para determinar cuál de esas instituciones es competente deben examinarse las competencias sustantivas que el Tratado atribuye a cada una de ellas.

²⁰ Apartados 51 y 52 del auto recurrido.

²¹ Apartados 54 y 55 del auto recurrido.

²² Apartado 64 del auto recurrido.

²³ Apartado 68 del auto recurrido.

²⁴ La República Portuguesa y la República Helénica solicitaron intervenir en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la recurrente ante el Tribunal General. Sin embargo, al declarar la inadmisibilidad del recurso, el Tribunal General estimó que no procedía pronunciarse sobre dichas demandas de intervención (apartado 86 del auto recurrido).

43. Por otro lado, la recurrente alega que incluso las recomendaciones no vinculantes deben poder ser objeto de control judicial a efectos de determinar si cumplen los principios antes citados. Al no permitir ese control jurisdiccional, el Tribunal General vulneró el principio de atribución de competencias. También aplicó el artículo 263 TFUE de un modo no conforme con la jurisprudencia consolidada: cualquier medida que adopten las instituciones debe indicar claramente su base jurídica.²⁵

44. Según la recurrente, el mero hecho de que la Comisión adoptara uno de los instrumentos jurídicos enumerados en el artículo 288 TFUE sin disponer de competencia para ello ya produjo efectos jurídicos, pues alteró el equilibrio de competencias entre la Unión y los Estados miembros y entre las propias instituciones de la Unión. Por consiguiente, debe poder ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia. Es preciso apreciar el cumplimiento de esos principios antes de evaluar si se trata de una «auténtica» recomendación. La recurrente aduce que el acto legislativo concreto de la Unión debe adoptarse de conformidad con el Derecho de la Unión, respetando las prerrogativas de las demás instituciones de la Unión y de sus Estados miembros.

45. Mediante su segundo motivo de casación, la recurrente critica que, basándose en la diferencia entre los procedimientos de anulación y los procedimientos por incumplimiento, el Tribunal General consideró carente de pertinencia la jurisprudencia que establece qué actos sin efectos jurídicos obligatorios y adoptados incumpliendo la exigencia de cooperación legal están sujetos a control judicial en los procedimientos por incumplimiento.²⁶ Ello es diametralmente contrario al carácter recíproco del principio de cooperación leal.²⁷ Lleva a que el Tribunal General no permita a un Estado miembro acceder al Tribunal de Justicia, en el marco de un recurso de anulación, pese a que los Estados miembros son demandantes privilegiados.

46. Mediante su tercer motivo de casación, la recurrente arguye que, al analizar la Recomendación, el Tribunal General no aplicó correctamente los principios derivados de la sentencia AETC²⁸ y de la jurisprudencia posterior. Concluye que puede apreciarse la legalidad de la Recomendación porque produce efectos jurídicos a la luz del artículo 263 TFUE, al menos con respecto a Bélgica y Portugal.

47. La recurrente sostiene que, dado que las recomendaciones tienen que ser tomadas en consideración por los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal General debió haber tenido en cuenta que la Recomendación está redactada en términos imperativos en diversas versiones lingüísticas, como la portuguesa, pero también en dos de las tres lenguas oficiales de Bélgica, a saber, el neerlandés y el alemán. El Tribunal General no debió examinar la Recomendación de forma general, sino de modo específico, analizando si produce efectos jurídicos respecto de Bélgica. Habida cuenta del tenor imperativo de las versiones neerlandesa y alemana, puede concluirse que, en comparación con otras versiones lingüísticas, respecto de Bélgica se generan efectos jurídicos «más fuertes».

48. En su escrito de contestación al recurso de casación, la Comisión rechaza los argumentos de la recurrente sobre las condiciones de admisibilidad de los recursos de anulación interpuestos contra recomendaciones. Arguye que las alegaciones de la recurrente atacan el fondo del asunto (pues invoca los principios de atribución de competencias, cooperación leal y base jurídica), mientras que el procedimiento en curso únicamente tiene por objeto la admisibilidad.

25 La recurrente se basa en el Dictamen 2/00 para subrayar la importancia constitucional de la base jurídica adecuada (Dictamen 2/00 — Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de 6 de diciembre de 2001, EU:C:2001:664, apartado 5). Véase, asimismo, la sentencia de 1 de octubre de 2009, Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590), apartado 47.

26 Sentencias de 12 de febrero de 2009, Comisión/Grecia (C-45/07, EU:C:2009:81), y de 20 de abril de 2010, Comisión/Suecia (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Sentencia de 16 de octubre de 2003, Irlanda/Comisión (C-339/00, EU:C:2003:545), apartado 71.

28 Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (22/70, EU:C:1971:32).

49. En cuanto al carácter recíproco del principio de franqueza (segundo motivo de casación), la Comisión señala que el Reino de Bélgica erró al afirmar que el Tribunal General ha creado una desigualdad procesal en favor de la Comisión en el marco de los recursos por incumplimiento y en detrimento de los Estados miembros en el marco de los recursos de anulación. Tal conclusión del Tribunal General únicamente entraña que la legalidad de las recomendaciones no puede controlarse a la luz del artículo 263 TFUE. De este modo, no existe desigualdad en cuanto a la aplicación del artículo 263 TFUE.

50. A juicio de la Comisión, es irrelevante que la versión lingüística de una de las lenguas oficiales de un Estado miembro tenga una redacción ligeramente distinta. Ello se debe a que la apreciación de los efectos jurídicos que, en su caso, produce una recomendación, debe efectuarse sobre la base de la finalidad y del contexto de dicho instrumento. Según la Comisión, los actos de la Unión deben interpretarse de forma autónoma, con independencia del Derecho interno.

51. En su escrito de réplica, la recurrente se centró en la base jurídica de la Recomendación, que considera inexistente. Insistió en que una Recomendación de la Comisión produce efectos jurídicos (si bien limitados) por su mera existencia, de modo que su legalidad debe poder controlarse. Los Estados miembros deberían poder solicitar que se controle la validez de cualquier acto de la Unión cuando no esté claro si ha respetado el principio de atribución de competencias, en particular cuando no hay base jurídica sustantiva. No basta una mera referencia al artículo 292 TFUE. No cumple el requisito de la base jurídica sustantiva.

52. En su escrito de dúplica, la Comisión señaló que no existen lagunas en los procedimientos establecidos en los Tratados. Las recomendaciones están excluidas del ámbito del artículo 263 TFUE. La única cuestión es si la Recomendación es una «auténtica» recomendación. La cuestión de la base jurídica forma parte del análisis sobre el fondo y, por consiguiente, sólo debería analizarse si el recurso fuera admisible. En cualquier caso, la Comisión no consideró que la recurrente hubiera acreditado la necesidad de una base jurídica distinta del artículo 292 TFUE.

53. Además de sus observaciones escritas, el Reino de Bélgica y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 26 de junio de 2017.

VI. Apreciación

54. La recurrente ha invocado tres motivos en apoyo de su recurso de casación. Considero conveniente abordar en primer lugar el tercer motivo de casación (basado en que el Tribunal General incurrió en un error al apreciar la inexistencia de efectos jurídicos de la Recomendación controvertida) básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque constituye el núcleo del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia. De uno u otro modo, el tercer motivo de casación también incluye elementos de los motivos de casación primero y segundo. En un asunto como el que nos ocupa, los elementos sustantivos de apreciación ya aparecen hasta cierto punto en la fase de admisibilidad y están vinculados a ella. En segundo lugar, considero que el tercer motivo de casación de la recurrente es fundado. El Tribunal General incurrió en un error de Derecho: interpretó incorrectamente los efectos de la Recomendación controvertida y, por tanto, apreció incorrectamente la admisibilidad del recurso.²⁹

²⁹ Desde mi punto de vista, la interpretación de los efectos jurídicos (o de la inexistencia de los mismos) de una (potencial) fuente del Derecho de la Unión, como una recomendación, es una cuestión meramente jurídica, sujeta por ello a pleno control judicial en fase de casación. *Iura (item «ius mollis») novit Curia.*

55. Una recomendación es un acto «típico» del Derecho de la Unión, listado en el artículo 288 TFUE. A diferencia de lo que ocurre con un abanico potencialmente amplio de actos «atípicos» de las instituciones y órganos de la Unión, esto es, los que no están listados, el artículo 288 TFUE establece las características de una recomendación, a saber, que no será vinculante. Además, el primer párrafo del artículo 263 TFUE excluye claramente la posibilidad de interponer un recurso de anulación contra las recomendaciones.

56. A la luz de este entorno legislativo en el Derecho primario, quizá no pueda extenderse de forma automática la jurisprudencia derivada de la sentencia AETC.³⁰ Existen, pues, dos posibles planteamientos a la hora de abordar los eventuales recursos de anulación contra recomendaciones. En primer lugar, cabe identificar el planteamiento de «*el fondo sobre la forma*» según el cual, incluso en el caso de actos típicos, es el análisis del contenido del acto controvertido lo que determina la admisibilidad del recurso de anulación. Si, en contra de lo que indica su título, el acto es, en realidad, algo distinto de lo que dice ser (por ejemplo, cuando no se trate de una «auténtica» recomendación), dicho acto debería poder ser impugnado, al margen de su denominación. En segundo lugar, existe el planteamiento de que «la forma determina el fondo», que sugiere que, en tal caso, las cosas son lo que su nombre designa, aunque revistan extrañas formas. Todo lo que lleve un determinado nombre debe entenderse e interpretarse como su nombre indica.

57. Las presentes conclusiones se estructuran del modo indicado a continuación. En la sección A se expone el primer planteamiento. Empezaré remontándome a las raíces del criterio establecido en la sentencia AETC (A.1.), para después abordar la jurisprudencia posterior y el modo en el que el Tribunal General ha interpretado ese criterio en el presente asunto (A.2.). A continuación explicaré el motivo por el que, en el caso de las recomendaciones, dicho criterio resulta problemático desde diversos puntos de vista (A.3.), y seguidamente propondré su ajuste (A.4.). Por último, indicaré cómo ese criterio se aplicaría, más matizado, a la Recomendación controvertida (A.5.).

58. En la sección B comenzaré explicando el segundo planteamiento (B.1.), para pasar después a exponer argumentos adicionales por los que, en mi opinión, el Tribunal de Justicia no debería adoptar dicho enfoque (B.2.). Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia opte por él, me permito instarle a que, al menos, clarifique algunos puntos importantes sobre la naturaleza y efectos de las recomendaciones (B.3.).

A. El fondo sobre la forma

1. AETC

59. En su primera versión de 1957, el artículo 173 del Tratado CEE (posteriormente artículo 230 CE, y actualmente artículo 263 TFUE) establecía que el Tribunal de Justicia podía controlar «la legalidad de los actos de la Comisión y del Consejo que no sean recomendaciones o dictámenes». No ofrecía una definición positiva de los actos jurídicos que podían ser controlados. Por consiguiente, incumbía al Tribunal de Justicia decidir qué actos podían ser objeto de control, a saber, si únicamente aquellos actos de la Comisión y del Consejo a los que el artículo 189 CEE (actualmente artículo 288 TFUE) se refería expresamente como vinculantes, es decir, los reglamentos, las directivas y las decisiones, o si también podían serlo los «actos atípicos», adoptados por dichas instituciones pero que no estaban expresamente mencionados en los Tratados.

30 Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (22/70, EU:C:1971:32).

60. En su sentencia AETC,³¹ que tenía por objeto un acta del Consejo referida a la negociación y celebración de un acuerdo internacional, el Tribunal de Justicia estableció un criterio para determinar la admisibilidad de un recurso de anulación contra un acto de las instituciones (en lo sucesivo, «criterio AETC»). El Tribunal de Justicia declaró que, con arreglo al artículo 173 CEE, son actos «susceptibles de recurso [ante el Tribunal de Justicia] todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones y que tienen por objeto producir un efecto jurídico [...]; por tanto, deben ser susceptibles de recurso de anulación *todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos*».³²

61. Por consiguiente, el criterio AETC original contenía dos elementos ¿se estaba en presencia de un acto de la Unión *destinado* a producir efectos *jurídicos*?

62. En su posterior jurisprudencia, el Tribunal de Justicia aplicó dicho criterio a diversos actos atípicos como instrucciones u orientaciones internas de la Comisión,³³ códigos de conducta que aplican un reglamento del Consejo,³⁴ comunicaciones,³⁵ notas informativas³⁶ o escritos.³⁷

63. De un análisis detenido de dichas resoluciones resulta que ese criterio no siempre se ha expresado en términos idénticos. Sin embargo, hay un elemento común: en relación con todos esos actos atípicos el Tribunal de Justicia ha considerado claramente que, a la hora de determinar si un recurso de anulación es admisible, el fondo de un acto de la Unión debe prevalecer sobre su forma.³⁸ La denominación y forma efectivas del acto no son concluyentes a la hora de determinar si puede controlarse o no su legalidad.

2. El criterio AETC aplicado por el Tribunal General en el presente asunto

64. En el auto recurrido, el Tribunal General declaró que: «según jurisprudencia reiterada, se consideran actos impugnables, en el sentido del artículo 263 TFUE, todas las disposiciones adoptadas por las instituciones de la Unión, cualquiera que sea su forma, destinadas a producir efectos jurídicos obligatorios [...]. Escapa al control jurisdiccional previsto en el artículo 263 TFUE cualquier acto que no produzca efectos jurídicos *obligatorios*, como los actos preparatorios, los actos confirmatorios y los actos de mera ejecución, las *simples recomendaciones* y dictámenes y, en principio, las instrucciones internas [...]. A la vista de la jurisprudencia, la capacidad de un acto para producir efectos jurídicos y, por tanto, para ser objeto de un recurso de anulación con arreglo al artículo 263 TFUE implica examinar su tenor literal y el contexto en el que se inscribe [...], su contenido esencial [...], así como la intención de su autor».³⁹

65. A continuación, el Tribunal General aplicó por primera vez —por lo que yo sé— el criterio AETC a una recomendación. El Tribunal General analizó el tenor, el contexto, el contenido y la intención del autor. Consideró que la Recomendación carecía de un efecto jurídico obligatorio frente a sus destinatarios. El Tribunal General reconoció que los principios enunciados en la Recomendación eran

31 Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (22/70, EU:C:1971:32).

32 Apartados 39 y 42 de dicha sentencia (el subrayado es mío). La expresión referida a los «actos destinados a producir efectos jurídicos» fue incorporada al artículo 173 CEE por el Tratado de Maastricht.

33 Véanse las sentencias de 9 de octubre de 1990, Francia/Comisión (C-366/88, EU:C:1990:348), y de 6 de abril de 2000, España/Comisión (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Véase la sentencia 13 de noviembre de 1991, Francia/Comisión (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Véanse las sentencias de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión (C-325/91, EU:C:1993:245), y de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Véase la sentencia de 1 de diciembre de 2005, Italia/Comisión (C-301/03, EU:C:2005:727), y las esclarecedoras conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en dicho asunto (C-301/03, EU:C:2005:550), puntos 70 y ss.

37 Véase la sentencia de 5 de octubre de 1999, Países Bajos/Comisión (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Véase ya, en relación con los actos de la Alta Autoridad, la sentencia de 10 de diciembre de 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Alta Autoridad (1/57 y 14/57, EU:C:1957:13).

39 Apartados 16 a 18 del auto recurrido (el subrayado es mío).

muy detallados. Sin embargo, estimó que no tenían naturaleza «obligatoria», en particular a la luz de la redacción de tipo «invitaciones» presente en la mayor parte de las versiones lingüísticas de la Recomendación. Por consiguiente, atribuyendo más peso al tenor que a los demás factores, el Tribunal General consideró que procedía declarar la inadmisibilidad del recurso.

66. En resumen, los elementos determinantes en el análisis de la Recomendación controvertida, por parte del Tribunal General, parecen ser la inexistencia de efectos *jurídicos obligatorios*, determinada por la *intención* de la Comisión, tal como ésta se infiere principalmente de la forma del acto y de su tenor.

3. Elementos problemáticos del criterio AETC

67. El criterio AETC, así interpretado y aplicado, plantea varios problemas. Dichos problemas pueden agruparse en dos categorías. En primer lugar, cabe señalar los problemas *internos* del criterio, su lógica, sus condiciones y su articulación, los cuales afloran, quizá con mayor fuerza, cuando ese criterio se aplica a una recomendación. En segundo lugar, están los problemas que podríamos denominar *externos*. Guardan relación con el hecho de que el criterio AETC, al haberse hecho progresivamente más restrictivo, ha perdido sincronía con la evolución del entorno normativo de la Unión. En un mundo en el que los distintos instrumentos de Derecho indicativo son mucho más numerosos y significativos que en 1971, las condiciones de legitimación y control judicial deberían responder a dicha evolución.

a) Problemas internos

68. A este respecto han de destacarse dos elementos: la naturaleza necesariamente *obligatoria* de un acto de la Unión para poder ser objeto de control de legalidad (1) y la *intención* del autor en cuanto a sus efectos (2).

1) ¿Efectos jurídicos, fuerza vinculante o efectos jurídicos obligatorios?

69. El apartado 42 de la sentencia AETC⁴⁰ no se refería a medidas destinadas a producir efectos jurídicos *obligatorios*, sino únicamente efectos *jurídicos*. Lo mismo parece desprenderse de las expresiones empleadas en las demás versiones lingüísticas existentes en ese momento.⁴¹

70. El cambio terminológico desde los meros efectos jurídicos a los «efectos jurídicos *obligatorios*» apareció en la jurisprudencia posterior.⁴² Tal tendencia parece haberse intensificado últimamente pues en la actualidad el Tribunal de Justicia supedita la posibilidad de control judicial de los actos de la Unión a que estos tengan efectos jurídicos *obligatorios*.⁴³

71. Podría argumentarse que, pese a emplear la expresión «efectos jurídicos», lo que en realidad el Tribunal de Justicia pretendió decir en la sentencia AETC era «fuerza vinculante», si bien esta afirmación no es plenamente convincente a la luz del tipo de documento analizado en dicho asunto (un acta del Consejo). Tal argumentación podría basarse, en particular, en el tenor del

⁴⁰ Véase la nota 31.

⁴¹ En francés, «qui visent à produire des effets de droit»; en alemán, «Rechtswirkungen zu erzeugen»; en italiano, «che miri a produrre effetti giuridici»; en neerlandés, «die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen».

⁴² Véase, por ejemplo, el auto de 17 de mayo de 1989, Italia/Comisión (151/88, EU:C:1989:201), apartado 21. Véase asimismo la sentencia de 5 de octubre de 1999, Países Bajos/Comisión (C-308/95, EU:C:1999:477), apartado 30. Sin embargo, referida únicamente a los «efectos jurídicos», véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de diciembre de 2005, Italia/Comisión (C-301/03, EU:C:2005:727), apartados 22 a 24.

⁴³ Véanse las sentencias de 13 de octubre de 2011, Deutsche Post y Alemania/Comisión (C-463/10 P y C-475/10 P, EU:C:2011:656), apartado 36, y de 13 de febrero de 2014, Hungría/Comisión (C-31/13 P, EU:C:2014:70), apartado 54.

artículo 189 CEE, que ya en ese momento distinguía entre actos obligatorios (reglamentos, directivas y decisiones) y actos no vinculantes (recomendaciones y dictámenes).⁴⁴ Pues bien, aunque resulta claro que el Tribunal de Justicia no interpretó el artículo 173 CEE a la luz de la terminología contenida en el artículo 189 CEE, es muy probable que esa última disposición influyera en su examen.

72. En cualquier caso, también es cierto que el Tribunal de Justicia parece haberse vuelto más estricto recientemente, al restringir el alcance del artículo 263 TFUE a aquellos actos que producen efectos jurídicos *obligatorios*, añadiendo un requisito al tenor de dicha disposición, que se refiere únicamente a los efectos *jurídicos* (frente a terceros). Sin embargo, a falta de una exposición clara en la jurisprudencia sobre dicha diferencia, y más allá de toda evidencia de una elección informada en un sentido u otro, cabría preguntarse si el Tribunal de Justicia deseó en realidad ser más estricto y restrictivo. Sin embargo, está claro que ni la redacción ni la lógica del criterio AETC implicaba necesariamente que se tratara de efectos *obligatorios*, además de simplemente *jurídicos*.

73. No es sólo un juego de palabras. Como pone de manifiesto el presente asunto, tiene una incidencia práctica considerable. Es discutible qué constituye exactamente efectos *jurídicos*. No obstante, el concepto es bastante amplio y ofrece cabida a todo tipo de consecuencias en la ley o sobre la misma, así como en la interpretación y aplicación de ésta. En cambio, un efecto obligatorio, *a fortiori* un efecto *jurídico* obligatorio, constituye a una categoría mucho más restringida.

74. Tradicionalmente, la fuerza *vinculante* de la ley está ligada a la coerción. En caso de incumplimiento se pueden adoptar medidas de ejecución y de sanción. Desde ese punto de vista (puramente positivista),⁴⁵ la existencia de una sanción es el elemento definitorio de la fuerza vinculante.

75. Al margen de cualquier debate teórico, es bastante evidente que si se acoge el criterio de la fuerza *jurídica vinculante*, muchos actos que pueden tener efectos significativos en el comportamiento de los destinatarios, pero que no son obligatorios en el sentido tradicional, al no contener un mecanismo coercitivo directo o independiente, quedarían fuera del ámbito de control previsto por el criterio AETC y, en última instancia, del artículo 263 TFUE, párrafo primero. Como se verá en lo sucesivo, eso es precisamente lo que ocurre con la Recomendación controvertida.

2) Papel de la intención del autor

76. En segundo lugar, el criterio AETC, según lo ha aplicado el Tribunal General, adolece de falta de claridad interna: ¿qué papel concreto desempeña la intención del legislador a la hora de determinar si un acto produce efectos jurídicos (obligatorios)?

⁴⁴ Véase la sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo (22/70, EU:C:1971:32), apartado 39, a la luz de las conclusiones del Abogado General Dutheillet de Lamothe presentadas en el asunto Comisión/Consejo (22/70, no publicadas, EU:C:1971:23), p. 287, en las que se considera que «el artículo 173 y el artículo 189 conforman un todo coherente». Véase, asimismo, la sentencia de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, EU:C:1986:166), apartado 24.

⁴⁵ Desde este modo mucho más kelseniano que la ya citada tradición hartiana, que es mucho más «sociológica». Hart reconocía que una norma jurídica puede ser obligatoria no solo por haber sido promulgada de conformidad con una norma secundaria que establece que la norma es imperativa, sino también porque un grupo de personas acepta dicha regla como principio de comportamiento, generando así una presión social interna dentro del grupo que induce al cumplimiento — véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2.ª ed (con un epílogo), Clarendon Press, Oxford, 1997, capítulos V y VI.

77. El criterio AETC, así como la actual redacción del artículo 263 TFUE, se basan en la intención del autor. La utilización del tiempo pretérito (estaba destinada) implicaría, además, que lo determinante es apreciar la intención *pasada (histórica) subjetiva* del autor en el momento en que adoptó el acto en cuestión. Sin duda ese planteamiento también se coherencia con las normas generales aplicables a los recursos de anulación. En el marco de dichos recursos, los actos de la Unión controvertidos deben apreciarse sobre la base de los elementos fácticos y jurídicos existentes en el momento en el que se adoptó la medida.⁴⁶

78. Sin embargo, si se considerara que la intención del autor del acto siempre ha de ser histórica y subjetiva, en la práctica ninguna recomendación podría ser recurrible. La apreciación de la naturaleza y efectos de una recomendación entraría rápidamente en un círculo vicioso: la Comisión optó por una recomendación precisamente porque no tenía la intención de promulgar una norma obligatoria. Dado que la Comisión optó por una recomendación, su intención subjetiva era claramente que el instrumento no fuera obligatorio. Puesto que esa era su intención, plasmada efectivamente en la elección de tal instrumento, éste nunca podrá ser objetivo, al margen de su contenido y tenor, porque la Comisión no tuvo la intención de promulgar una norma obligatoria.

79. De este modo, la elección del instrumento siempre determinará de antemano el contexto y la finalidad de la medida, siendo entonces probable que prime sobre su contenido y tenor.

b) Problemas externos

80. Al margen de los lógicos problemas, inherentes a la articulación del criterio AETC, adoptado por el Tribunal General, cuando se aplica a las recomendaciones, dicho criterio se enfrenta sin duda a retos más amplios de tipo externo. En la presente sección enunciaré dos de ellos. En primer lugar, el auge de distintas formas de Derecho indicativo que, desde un punto de vista estricto, no tienen fuerza vinculante pero que a la vez generan efectos jurídicos (1). En segundo lugar, la circunstancia de que, en la práctica, es probable que las recomendaciones generen diversos efectos jurídicos, a menudo muy significativos, tanto en el ámbito de la Unión como en el nacional (2).

1) Auge del Derecho indicativo (soft law)

81. Existe un amplio abanico de instrumentos en el Derecho de la Unión (aunque no solo en éste), con múltiples denominaciones y formas (directrices, comunicaciones, códigos de conducta, notificaciones, recomendaciones, dictámenes, acuerdos interinstitucionales, conclusiones, declaraciones, resoluciones, etc.), que, en general, reciben el apelativo de «Derecho indicativo». Pueden adoptarse en cualquier ámbito, en todas las posibles fases del proceso de toma de decisiones, bien en las fases anteriores de consulta a los interesados, bien en las fases posteriores de aplicación de los actos legislativos. De este modo, esos instrumentos pueden ser tanto prelegislativos como postlegislativos.

82. Quizá existen dos elementos sobre los que existe un consenso general entre los diversos enfoques, muy distintos, con respecto a dichos instrumentos de Derecho indicativo. En primer lugar, el Derecho indicativo no encaja fácilmente en la distinción binaria (blanco o negro), de los efectos jurídicos obligatorios y no obligatorios. En segundo lugar, ha cobrado auge en las dos últimas décadas, siendo progresivamente más frecuente.⁴⁷

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión (15/76 y 16/76, EU:C:1979:29), apartado 7, y de 29 de abril de 2004, Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), apartado 39.

⁴⁷ A juzgar por el volumen de trabajos doctrinales y de atención dedicados a ese asunto.

83. Por consiguiente, la cuestión de la proliferación del Derecho indicativo y de su (falta de) control judicial no solo ha sido objeto de debate entre la doctrina,⁴⁸ sino también en el seno de las instituciones de la Unión.⁴⁹

84. Además, en los últimos años varios altos órganos jurisdiccionales de los Estados miembro han intentado abordar ese mismo fenómeno a escala nacional. Han ampliado el control judicial para incluir actos que no son estrictamente obligatorios, relajando de forma efectiva los criterios de admisibilidad de los recursos de anulación para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.⁵⁰ Así ocurre, por ejemplo, cuando los destinatarios perciben que el acto impugnado es obligatorio sobre la base de una serie de elementos, en particular, porque contienen incentivos,⁵¹ o cuando el autor tiene potestad sancionadora,⁵² o cuando puede tener efectos significativos en el destinatario.⁵³ Lo mismo cabe decir, *a fortiori*, con respecto a los órganos jurisdiccionales del common law, que tradicionalmente han sido mucho más permisivos que sus homólogos continentales a la hora de admitir el control judicial de actos no obligatorios. En Irlanda, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales garantizan la protección de los derechos fundamentales incluso cuando la medida controvertida no es obligatoria y no tiene efectos concretos en los derechos y obligaciones de los destinatarios.⁵⁴

85. Por último, merece la pena destacar, a este respecto, el planteamiento y la práctica del Conseil d'Etat (Consejo de Estado, Francia). En primer lugar, el Conseil d'Etat (Consejo de Estado) preparó el terreno, por así decirlo, con un extenso informe en el que se incluía, *inter alia*, una definición de la expresión Derecho indicativo.⁵⁵ En segundo lugar, el año pasado también se basó en ese estudio para elaborar un nuevo criterio judicial que se centra en los efectos económicos y en la existencia de una influencia significativa en el comportamiento de los destinatarios del instrumento.⁵⁶

48 Con carácter general, sobre el Derecho indicativo en el contexto de la Unión, véanse, por ejemplo, Wellens, K.C. y Borchardt, G.M., «Soft Law in European Community law», *European Law Review* 14, 1989, p. 267; Klabbbers, J., «Informal Instruments before the European Court of Justice», *Common Market Law Review* 31, 1994, p. 997; Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland Oregon, 2004; Schwarze, J., «Soft Law im Recht der Europäischen Union», *Europarecht*, 2011, p. 3; Scott, J., «In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law», *Common Market Law Review* 48, 2011, p. 329; Knauff, M., «Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens», *Europarecht*, 2011, p. 735; Stefan, O., *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013, y Bertrand, B., «Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne», *Revue de l'Union européenne*, 2014, p. 73.

49 Véase, en particular, el Estudio del Parlamento Europeo «Checks and Balances of soft EU rule-making», Dirección General de Políticas Internas, Dirección C, Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2012 (PE 462.433), en particular, pp. 54 a 58.

50 Por ejemplo, la sentencia del Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania) de 15 de noviembre de 2010 — 19 BV 10.871 (sobre circulares administrativas que fijan las tasas de emisión en cuestiones medioambientales).

51 Véase Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo sueco, asunto 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43), de 24 de mayo de 1996.

52 Véase, por ejemplo, en relación con circulares administrativas, la sentencia 237/674 del Conseil d'Etat (Consejo de Estado, Bélgica), de 16 de marzo de 2017; véanse asimismo, sobre dictámenes o informes adoptados por autoridades administrativas independientes con potestad sancionadora, las sentencias del Conseil d'Etat (Consejo de Estado, Francia) n.º 332 771, de 17 de noviembre de 2010, Syndicat français des ostéopathes, y n.º 357193, de 11 de octubre de 2012, Société Casino Guichard-Perrachon.

53 Por ejemplo, en Suecia, los organismos públicos y las entidades privadas pueden impugnar la validez de un acto administrativo cuando lo hayan considerado obligatorio y hayan actuado ateniéndose a él [Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Suecia, asunto 2696-03 (RA 2004 ref 8), sobre una «información» que probablemente tiene efectos reales en la situación personal y económica del destinatario].

54 Véase, por ejemplo, sobre un recurso judicial contra un informe administrativo en el marco de procedimientos urbanísticos, el asunto de la High Court (Tribunal Superior, Irlanda), *De Burca v Wicklow County Manager* (2009) IEHC 54; asimismo, sobre las directrices de la Irish Competition Authority (Autoridad irlandesa de Competencia), véase el asunto de la High Court (Tribunal Superior), *Law Society of Ireland v Competition Authority* (2006) 2 IR 262.

55 En su informe anual de 2013, definió el Derecho indicativo como un conjunto de instrumentos que cumplen los tres requisitos siguientes: 1) deben tener por objeto modificar u orientar el comportamiento de sus destinatarios induciendo a su adhesión a los mismos; 2) no crean en sí derechos u obligaciones para sus destinatarios; 3) por su contenido y por el modo en que están estructurados, presentan un grado de formalismo y una estructura que los hacen parecer normas jurídicas (Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 — Le droit souple*, La Documentation française, 2013, pp. 61 a 63).

56 Sentencias de 21 de marzo de 2016 del Conseil d'Etat (Consejo de Estado, Francia) n.º 390023, *Numericable*, y n.º 368082, *Société Fairvesta International GmbH*, respectivamente sobre la postura de la Autoridad francesa de competencia y sobre varios comunicados de prensa de la Autoridad francesa de los Mercados Financieros.

86. Al parecer, pese a su heterogeneidad, los diversos elementos de Derecho indicativo comparten la misma característica clave en el ámbito tanto del Derecho interno como del de la Unión: no son *obligatorios* en el sentido tradicional. Se trata de una clase de normas *imperfectas*: por un lado, tienen el claro objetivo normativo de inducir a su cumplimiento a sus destinatarios. Por otro, no llevan aparejado ningún mecanismo de coerción directa. Normalmente se adoptan a raíz de un proceso de consultas con distintos actores (enfoque ascendente) y pueden contener «obligaciones laxas» o «exhortaciones firmes» configuradas como una «invitación».

2) Recomendaciones: sin fuerza vinculante pero con efectos jurídicos

87. Las recomendaciones suelen encajar en esa descripción. En los Tratados, las recomendaciones solo se definen en términos negativos: no son vinculantes (artículo 288 TFUE). Al margen de lo anterior, la utilización y la práctica de las recomendaciones es variopinta.⁵⁷ Suelen contener invitaciones para adoptar un determinado comportamiento o seguir una determinada política o normas que su autor o autores consideran adecuadas a la luz del objetivo perseguido.

88. Pues bien, aunque están claramente definidas como no vinculantes, las recomendaciones pueden generar efectos jurídicos notables, en el sentido de que inducen a adoptar un determinado comportamiento y de que modifican la realidad normativa. Pueden incidir en los derechos y obligaciones de sus destinatarios y de terceros. A título ilustrativo, en la presente sección se expondrán varios de esos efectos en dos ámbitos independientes pero interrelacionados: i) la Unión Europea y ii) los Estados miembros.

i) En el ámbito de la Unión

89. En el ámbito de la Unión merece la pena destacar tres tipos de efectos jurídicos de las recomendaciones: i) generar confianza y expectativas legítimas; ii) desempeñar una función interpretativa, y iii) poder dar lugar a un conjunto de normas paralelo que preceda al proceso legislativo y que, por consiguiente, incida en el equilibrio institucional.

90. En primer lugar, si una institución de la Unión adopta recomendaciones sobre cómo deberían actuar terceros, cabe presuponer que dicha institución aplicará esa misma recomendación a sus propias prácticas y a su propio modo de actuar. Desde esa perspectiva, la confianza legítima generada es efectivamente análoga a la que genera otro tipo de Derecho indicativo adoptado por las instituciones u órganos de la Unión y que se considera una (auto)limitación del ejercicio de su propia facultad de apreciación en el futuro.⁵⁸

91. En segundo lugar, las recomendaciones también pueden usarse para la interpretación jurídica, en particular, para dotar de significado a conceptos jurídicos indeterminados utilizados en normativa obligatoria. Es el caso, en particular (pero no exclusivamente), de las recomendaciones postlegislativas que no se adoptan exclusivamente sobre la base el artículo 292 TFUE, sino de un acto de Derecho derivado, precisamente con el fin de desarrollar los conceptos establecidos en él. No obstante, las

⁵⁷ Para diversas explicaciones al respecto antiguas, y ya clásicas, véanse, por ejemplo, Morand, C., «Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire», *Cahiers de droit européen*, 1970, p. 523, y Soldatos, P., Vandersanden, G., «La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne», en De Ripainse-Landy, D. y otros, *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1976, p. 94.

⁵⁸ Véanse las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, EU:C:2011:619), apartado 88, y de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408), apartados 209 a 211. No obstante, para un planeamiento más matizado con respecto a las comunicaciones en el ámbito del Derecho de la competencia, véase la sentencia de 13 de diciembre de 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795), apartado 29.

recomendaciones prelegislativas también desempeñan esa misma función con respecto a los conceptos jurídicos indeterminados de los Tratados, o a efectos de interpretación de otro instrumento jurídico que se solapa *ratione materiae* con esa recomendación. En este sentido, ambos tipos de recomendaciones pueden complementar una normativa obligatoria.

92. En tercer lugar, en la sentencia Grimaldi, el Tribunal de Justicia ya expuso las circunstancias en las que se pueden adoptar recomendaciones. Estas «son adoptadas generalmente por las instituciones comunitarias cuando, con arreglo al Tratado, no se hallan facultadas para adoptar actos obligatorios, o cuando consideran que no es oportuno dictar disposiciones más vinculantes».⁵⁹

93. Lo que quizás es el mayor punto fuerte de las recomendaciones también puede lo que entrañe su mayor riesgo. Pueden utilizarse como algo más que meras herramientas para fomentar políticas que se hallan estancadas desde el punto de vista político (por falta de consenso) o legal (por carecer de competencia al efecto). También podrían ser utilizadas como herramienta para eludir los mismos procesos legislativos.

94. Eso genera dos tipos de precedencia: a corto y a largo plazo. El problema inmediato de haber eludido la intervención de las demás instituciones que participan habitualmente en el proceso legislativo ya se ha reconocido y debatido.⁶⁰ Por lo tanto, está claro que una recomendación puede incidir en el equilibrio institucional⁶¹ y, por ende, también en la separación de poderes dentro de la Unión. Ahora bien, si las recomendaciones estuvieran excluidas del control de legalidad exclusivamente sobre la base de que no son vinculantes, nunca podría salvaguardarse el principio de equilibrio institucional.⁶²

95. Existe, sin embargo, otro tipo de precedencia que puede derivarse, en particular, de las recomendaciones prelegislativas: la posibilidad de articular las normas antes de que se desarrolle el proceso legislativo, lo cual puede traducirse incluso en una precedencia unilateral sobre el proceso legislativo. No se discute que una recomendación tiene el objetivo de inducir a sus destinatarios a su cumplimiento. Pues bien, aun cuando solo tenga un éxito parcial, configurará el abanico de soluciones normativas concebibles (aceptables) en el futuro. Si las distintas instituciones de la Unión o los Estados miembros ya cumplen lo dispuesto en una recomendación, dichos actores tenderán naturalmente a promover, en el marco del proceso legislativo, la solución legislativa que ya han adoptado. De este modo, el Derecho indicativo de hoy se convierte en el Derecho imperativo de mañana.

ii) En el ámbito de los Estados miembros

96. Las recomendaciones surten, al menos, tres tipos de efectos jurídicos en el ámbito de los Estados miembros. Su alcance concreto dependerá de lo lejos que se lleve el principio de cooperación leal en lo que respecta a las recomendaciones.

⁵⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646), apartado 143.

⁶⁰ La iniciativa Legislar Mejor ha puesto el foco en esta problemática dimensión del Derecho indicativo. Véase, en particular, el Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea (DO 2010, L 304, p. 47). Su apartado 43 dispone, en particular, lo siguiente: «En las áreas en que el Parlamento participa habitualmente en el proceso legislativo, la Comisión utilizará instrumentos de Derecho indicativo, cuando proceda y sobre una base debidamente justificada tras haber dado al Parlamento la oportunidad de expresar sus opiniones. La Comisión presentará al Parlamento una explicación detallada de la forma en que se han tenido en cuenta sus opiniones al adoptar su propuesta».

⁶¹ Procede recordar que de la cuestión de la atribución de competencias y el equilibrio constitucional trae causa la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, EU:C:1986:166), apartado 25.

⁶² Ese es el argumento que subsidiariamente invoca la recurrente en su segundo motivo de casación. Desde un determinado punto de vista, es cierto que supeditar la admisibilidad del recurso de anulación a la existencia de efectos jurídicos vinculantes (en lugar de simplemente efectos jurídicos) impide garantizar que el autor del acto controvertido haya actuado dentro de su ámbito de competencia. Ello suscita la cuestión de si los instrumentos de Derecho indicativo, incluida una recomendación, solo pueden adoptarse en el ámbito de la competencia atribuida a la Unión o a la institución de que se trate. No obstante, no deja de tener un cierto aire de círculo vicioso, como sucede en «Trampa-22», pues el recurso de anulación no es admisible a falta de efectos jurídicos vinculantes.

97. La primera y principal obligación que el Tribunal de Justicia ha enunciado hasta el momento con respecto a las recomendaciones es el deber de que los órganos jurisdiccionales las tengan en cuenta a la hora de interpretar la normativa nacional que aplica dichas disposiciones. Es bastante evidente que las recomendaciones no pueden generar derechos que los particulares puedan invocar ante un órgano jurisdiccional nacional.⁶³ Sin embargo, en la sentencia Grimaldi, el Tribunal de Justicia también añadió que las recomendaciones «no pueden considerarse como actos carentes de todo efecto jurídico, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aclaran la interpretación de aquellas disposiciones nacionales que fueron adoptadas con la finalidad de garantizar su aplicación, o también cuando tienen como finalidad completar las disposiciones comunitarias que tienen carácter obligatorio».⁶⁴

98. Conviene recordar que, hasta el momento, el Tribunal de Justicia ha reconocido esos *efectos jurídicos de interpretación* únicamente a las recomendaciones, diferenciándolas así de los demás actos de la Unión que no tienen carácter vinculante.⁶⁵

99. Sin embargo, ¿qué entraña exactamente la *obligación de tener en cuenta*? Existen múltiples interpretaciones. La más radical del espectro responde a si equivaldría a un tipo de obligación de interpretación conforme como la de la sentencia Von Colson.⁶⁶ A la luz de la formulación adoptada en esa sentencia, no parece que el Tribunal de Justicia tuviera la intención de llegar tan lejos como para imponer a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con las recomendaciones.⁶⁷ En el otro extremo imaginario, la expresión «tener en cuenta» también podría significar «echar un vistazo» para, posteriormente, optar por ignorar totalmente.

100. En teoría, también podría existir un punto medio, en el que cuando la autoridad nacional se aparte de una recomendación deberá, al menos, *motivarlo*, sin tener la obligación firme de interpretar el Derecho nacional conforme a ella. Esta postura ya se ha planteado en el pasado con respecto a otro tipo de instrumento de Derecho indicativo.⁶⁸ Es fácil comprender por qué esa postura, aparentemente intermedia, puede tener cierto atractivo: aunque hasta el momento el Tribunal de Justicia solo ha impuesto ese deber al propio autor de reglas de conducta establecidas en medidas internas o en directrices que producen efectos externos,⁶⁹ no puede excluirse que esa jurisprudencia pueda aplicarse igualmente a las recomendaciones, que sin duda constituyen una forma más avanzada y refinada de Derecho indicativo, dado que se trata de uno de los actos «típicos» mencionados en el artículo 288 TFUE y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los órganos jurisdiccionales nacionales.⁷⁰

63 Véase la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646), apartado 16. Véanse, asimismo, las sentencias, de 21 de enero de 1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24), apartado 18; de 11 de septiembre de 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451), apartado 41, y de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146), apartado 40.

64 Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646), apartado 18.

65 En particular, el Tribunal de Justicia ha rehusado reconocer ese efecto jurídico a las comunicaciones de la Comisión (sentencia de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartado 31).

66 Sentencia del 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Según ha sido posteriormente desarrollada y consolidada, por ejemplo, en las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartados 114 y 115; de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, EU:C:2006:443), apartados 108 y 109, y de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartados 99 a 101.

68 Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544), puntos 38 y 39, en las que se expuso que las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales deben considerar debidamente las comunicaciones de la Comisión en materia de política de competencia. Ello entrañaba en particular, en ese caso concreto, que tales autoridades y órganos jurisdiccionales debían examinar la valoración de la Comisión, reflejada en dichas Comunicaciones acerca de la sensibilidad de las restricciones de la competencia y, *en caso de desviarse de ella, deberán indicar motivos susceptibles de control judicial*.

69 Véanse las sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408), apartados 209 a 211, y de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, EU:C:2011:619), apartado 88.

70 Véase la sentencia de 13 de diciembre de 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795), apartado 26.

101. ¿Por qué calificar dicha postura de aparentemente intermedia? Por la simple razón de que la obligación de exponer los motivos por los que un juez se aparta de una determinada fuente entraña necesariamente que dicha fuente tiene naturaleza *vinculante*. El juez únicamente está obligado a justificar las desviaciones de fuentes *obligatorias*.⁷¹ Pues bien, si la «obligación de tener en cuenta» se interpretara en el sentido de imponer a los órganos jurisdiccionales nacionales el deber de explicar por qué no se han atendido a una recomendación, ello significaría automáticamente que dicha recomendación no sólo produce «algunos efectos jurídicos», sino que tales efectos son, de hecho, obligatorios.

102. En segundo lugar, procede determinar cuáles son los deberes concretos de las autoridades nacionales con respecto a una recomendación. Al consagrar el deber de cooperación legal, el tenor del artículo 4 TUE, apartado 3, es indudablemente muy general y tiene un alcance potencialmente muy amplio. Podría sugerirse que, dado que dicha disposición únicamente se refiere a «obligaciones» y habida cuenta de que, conforme al artículo 288 TFUE, las recomendaciones «no serán vinculantes», por definición no pueden crear ninguna obligación y, por consiguiente, no están comprendidas en modo alguno en el ámbito del artículo 4 TUE, apartado 3.

103. No creo que esa interpretación del artículo 4 TUE, apartado 3, sea un reflejo real de la interpretación que el Tribunal de Justicia lleva realizando desde hace tiempo de esa disposición. El deber de cooperación leal suele aplicarse en el ámbito de los principios, sin centrarse siempre, necesariamente, en una disposición concreta o en una obligación jurídica definida.⁷²

104. Incluso partiendo del postulado de que no existe ninguna obligación *positiva* de aplicar una recomendación, ¿cabría decir lo mismo por lo que respecta a obligaciones de los Estados miembros que pudieran ser «más laxas», como tener en cuenta una recomendación al promulgar legislación en un ámbito determinado? Ese efecto quizá pueda percibirse de forma más evidente con respecto a las recomendaciones postlegislativas, que se utilizan para desarrollar conceptos jurídicos contenidos en normativa vinculante. ¿No es de esperar que un Estado miembro, cuando aplique el instrumento original del Derecho de la Unión al que, de algún modo, «está vinculada» la recomendación postlegislativa, lo haga del modo indicado en ella? Si no es así, ¿para qué sirve entonces la recomendación? Si es así, difícilmente pueden cuestionarse los efectos jurídicos notables y reales de una recomendación.

105. Sin embargo, podría alegarse que no hay obligación de aplicarla porque no existe una sanción independiente y separada por no hacerlo. Incluso dejando al margen el planteamiento, un tanto formalista, de que la clave y el elemento definitorio de la fuerza *vinculante* es la existencia de una sanción «directa»,⁷³ ¿qué ocurre con las obligaciones eventualmente *negativas* que incumben a los Estados miembros con respecto a las recomendaciones? En este punto está claro que esa cuestión es una conjetura y no constituye un elemento jurídico válido, pero si el efecto de bloqueo de las directivas se aplica al período anterior a su fecha límite de transposición y, en ese periodo, los Estados miembros no pueden adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ellas,⁷⁴ ¿no cabría aplicar la misma lógica a una recomendación?

71 A diferencia de las fuentes permitidas o indicativas — véase, por ejemplo, Peczenik, A. *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 319 y ss.

72 Véanse, por analogía, el modo en el que se ha recurrido a la cooperación leal para crear obligaciones en relación con el efecto directo, la responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho de la Unión o la adopción de sanciones (respectivamente, a título ilustrativo, sentencias de 16 de diciembre de 1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, apartado 12; de 2 de febrero de 1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, apartado 32, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apartado 36).

73 Como ya se ha señalado en la nota 45, esa interpretación tan estricta ni siquiera tiene cabida en varias corrientes de las teorías jurídicas positivistas. Además, tal interpretación no refleja realmente el modo en que los correspondientes destinatarios interpretarán y percibirán un «deseo no vinculante» manifestado por *el mismo* regulador que, al día siguiente, puede promulgar legislación vinculante y adoptar sanciones en el mismo ámbito o en otro conexo. Pues bien, aparte de las sanciones directas, también pueden existir sanciones *indirectas*, sin duda cuando los contendientes son los mismos (un mismo regulador y un mismo grupo de destinatarios). Merece la pena recordar que, según una lógica parecida, algunos altos órganos jurisdiccionales nacionales han decidido someter a control judicial actos «no vinculantes» de este tipo de reguladores (véase la nota 52).

74 A partir de la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

106. En tercer y último lugar, han de determinarse los efectos jurídicos que pueden producir las recomendaciones en el contexto de las normas y de los procedimientos nacionales. En la sentencia Grimaldi, el Tribunal de Justicia aclaró que podía plantearse una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de una recomendación.⁷⁵ Sin embargo, no queda resuelta la cuestión de si un órgano jurisdiccional nacional puede solicitar al Tribunal de Justicia que aprecie la validez de una recomendación. Según tengo entendido, ese supuesto no se ha producido nunca pero, en su sentencia Grimaldi, el Tribunal de Justicia pareció confirmar que es posible.⁷⁶

107. Es evidente que el Tribunal de Justicia ya parece haber previsto que una recomendación producirá efectos jurídicos en el ámbito nacional. Después de todo, debe ser tomada en consideración por los Estados miembros, al margen de lo que ello entrañe exactamente. Procede añadir que, en el pasado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya ha reconocido y controlado de hecho, en el marco de un procedimiento prejudicial, varios actos no vinculantes de la Unión que habían tenido cierta repercusión a nivel nacional, incluido un comunicado de prensa del Banco Central Europeo.⁷⁷

108. Por lo tanto, una recomendación, al igual que otros actos del Derecho de la Unión de naturaleza aparentemente no vinculante, pueden ser objeto de una petición de decisión prejudicial tanto sobre su interpretación como sobre la apreciación de su validez. Desde mi punto de vista, difícilmente podría ser de otro modo en un sistema jurídico completo de recursos judiciales.⁷⁸ La esencia de las recomendaciones es inducir a su cumplimiento. Imaginemos que un Estado miembro, actuando de buena fe y en aras de la cooperación leal, ha transpuesto una recomendación a su Derecho nacional. Mediante una medida de legislación nacional, ese Estado miembro ha establecido obligaciones para los particulares en el ámbito nacional. Pues bien, si dicha normativa nacional se impugnara ante los órganos jurisdiccionales, sería un tanto extraño denegar el control de lo que constituye la base material de dicha normativa nacional, a saber, la recomendación de la Unión,⁷⁹ con la excusa, un tanto formalista, de que lo que creó tales obligaciones fue la legislación nacional y no un instrumento del Derecho de la Unión, y de que el Estado miembro adoptó dicha legislación por voluntad propia.

4. Vuelta a los orígenes: AETC y efectos jurídicos

109. La detallada exposición realizada en la sección anterior tenía dos objetivos. En primer lugar, poner de manifiesto los problemas a los que se enfrenta el criterio AETC (según ha sido posteriormente modificado de forma gradual) cuando se aplica a las recomendaciones (si bien, en mi opinión, también a otros instrumentos de Derecho indicativo más en general) y, en segundo lugar, que pese a no estar dotadas de fuerza vinculante en el sentido tradicional y más estricto de la expresión, las recomendaciones pueden producir efectos jurídicos significativos tanto en el ámbito de la Unión como en el nacional.

75 «Es jurisprudencia reiterada que el hecho de que un acto de Derecho comunitario esté desprovisto de efecto obligatorio no impide que este Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter prejudicial, con arreglo al artículo 177, sobre su interpretación» (sentencias de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, apartado 9, y de 21 de enero de 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, apartado 18 y jurisprudencia citada).

76 «[...] a diferencia del artículo 173 del Tratado CEE, que excluye el control del Tribunal de Justicia sobre aquellos actos cuya naturaleza jurídica sea la de una recomendación, el artículo 177 atribuye al Tribunal de Justicia competencia para *pronunciarse*, con carácter prejudicial, acerca de la *validez* y la interpretación de *los actos adoptados* por las instituciones de la Comunidad *sin excepción alguna*»; sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646), apartado 8 — el subrayado es mío.

77 Sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400). El Tribunal de Justicia no analizó la admisibilidad del recurso contra el comunicado de prensa en cuanto tal. Véanse, no obstante, las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:7), puntos 70 y ss.

78 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, EU:C:1986:166), apartado 23, y de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartado 66.

79 En particular, en los asuntos en los que la impugnación a nivel nacional de la norma de transposición simplemente refleja el mismo problema potencial de la propia recomendación — véase, a este respecto, por analogía, la sentencia de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), apartados 54 y 55.

110. Por consiguiente, considero que el criterio AETC, tal como lo ha aplicado el Tribunal General, precisa de ciertos ajustes. Mi propuesta a este respecto es bien simple: ese criterio debería volver a sus orígenes, a saber, a lo declarado en la sentencia AETC y al tenor del artículo 263 TFUE, apartado 1. Ambos se refieren a «efectos jurídicos» y no a «efecto jurídico vinculante». En la jurisprudencia, como en el lecho de los ríos, es necesario a veces limpiar eliminando los sedimentos (lingüísticos) acumulados durante los años, que impiden el avance de la ley.

111. Ese reajuste no es tan revolucionario como podría parecer a primera vista. La base del criterio para apreciar si un acto del Derecho de la Unión produce efectos jurídicos frente a sus destinatarios y/o frente a terceros sigue siendo la misma: lo que ha de apreciarse es el tenor, el contexto y la finalidad del acto controvertido. Sin embargo es preciso realizar dos aclaraciones sobre el modo en el que debe aplicarse ese criterio: en primer lugar, sólo hay que apreciar la existencia de efectos jurídicos, no de efectos jurídicos vinculantes. En segundo lugar, en el marco de ese criterio ha de hacerse hincapié en el contenido y en el contexto de la medida, no solo en el tenor.

112. Como ya he expuesto en la sección anterior, la dicotomía entre efectos jurídicos vinculantes y no vinculantes tiene poca utilidad analítica en el ámbito del Derecho indicativo. Si el requisito previo para que existan efectos vinculantes es la existencia de un mecanismo de ejecución directa y de coerción, por definición el Derecho indicativo nunca será vinculante, al margen de las disposiciones que contenga.

113. En cambio, la apreciación sobre la posibilidad de generar efectos jurídicos, es decir, de incidir en la situación jurídica de sus destinatarios, debe centrarse en una cuestión distinta. Se trata de determinar si un destinatario razonable puede inferir del contenido, finalidad, estructura general y contexto global de una recomendación o, con carácter más general, de un instrumento de Derecho indicativo, que se espera algo de él y si es probable que modifique su comportamiento en consecuencia o si tal acto puede incidir en su posición jurídica.

114. A continuación, dentro de los tres elementos clásicos de cualquier interpretación legal —tenor, contexto y finalidad— cuando se evalúe una recomendación u otro instrumento de Derecho indicativo, el tenor (en particular, la denominación y la redacción) de un acto no debe prevalecer sobre su contenido, contexto y finalidad en el marco de dicho análisis. Pese a su importancia, en el contexto de la admisibilidad el tenor debe ser secundario con respecto a los elementos sustanciales. De otro modo, la redacción como «invitación» llevaría necesariamente a excluir el control judicial. De hecho supondría que la forma prevalece sobre el fondo y que, por consiguiente, ninguna recomendación que se exprese en términos de «animar» podría someterse a control. Pues bien, quizás deberá concederse cierta importancia a la lógica, al contenido, al contexto y a la finalidad.

115. En el marco de esa apreciación del contexto y de la finalidad, existen tres factores pertinentes a la hora de determinar si un acto de la Unión puede producir efectos jurídicos y si cabe razonablemente esperar que sea cumplido.

116. El primer factor que hay que tener en cuenta es el grado de *formalización* (si la medida de la Unión adopta la forma de un acto legal) y el *carácter definitivo* de la medida (si se ha adoptado al término o como culminación de una consulta o, de forma más general, en un proceso de «adopción de Derecho indicativo»). Dicho de otro modo, y considerando ambos factores, se trata de determinar si el acto de la Unión de que se trata tiene la apariencia de una norma jurídica finalizada.

117. En cuanto al formato de un acto eventualmente recurrible, este debe parecerse al de una norma jurídica, de modo que quepa razonablemente entender que produce efectos jurídicos. A este respecto, un acto se asemejará a un acto jurídico si, por ejemplo, está dividido en artículos o, al menos, en secciones, y si se ha publicado en el Diario Oficial (desde luego en la serie L, donde se publica la legislación).

118. En cuanto al carácter definitivo, no es probable que los actos preparatorios superen la criba relativa al mismo. Esa misma lógica ya se aplica a los actos preparatorios en el marco del proceso de toma de decisiones de la Unión.⁸⁰ Por lo tanto, con mayor razón debe ser válida para el proceso de adopción de Derecho indicativo. Tal exclusión del control judicial de los actos preparatorios adquiere su máxima relevancia en el contexto del Derecho indicativo, en el que el proceso de consulta puede dar lugar a la adopción de varios actos.

119. El segundo factor guarda relación con el contenido y la finalidad general del acto controvertido. ¿Qué grado de precisión alcanzan las «obligaciones» que contiene? ¿Cuál es la finalidad general que persigue? Cuanto más generales y abstractos sean los actos de la Unión, menos probable será que induzcan a sus destinatarios a un cumplimiento concreto y específico. En cambio, resulta relevante que el acto de la Unión recoja una serie de compromisos específicos y concretos. Además, será más probable que se perciba que el texto genera efectos jurídicos cuando tenga una clara finalidad de armonización.

120. El tercer factor guarda relación con la ejecución. ¿Contiene la medida algún mecanismo claro y específico de cumplimiento, ejecución o sanción? Desde luego no se trata solo de mecanismos de ejecución *directa*, que es poco probable que existan, sino de mecanismos o medios de ejecución *indirectos*, tanto estructurales como institucionales.

121. Los mecanismos de cumplimiento *estructurales* pueden ser indirectos, como la presentación de informes, la notificación, el control y la supervisión. También pueden resultar relevantes elementos de presión de grupo, como la publicación de tablas de cumplimiento, informes en los que se incluyan denuncias públicas, etc.

122. El elemento *institucional* también es relevante. ¿Qué institución ha adoptado el instrumento en cuestión? ¿Se trata de la misma institución que, en los mismos ámbitos o en ámbitos conexos, está facultada para imponer sanciones a los mismos destinatarios?⁸¹ En ese caso, es muy probable que el acto controvertido induzca a su cumplimiento.

5. Aplicación del criterio en el presente asunto

123. Analizando la Recomendación controvertida a la luz de tales criterios no puedo sino concluir que, en conjunto, la Recomendación va considerablemente más allá de lo que cabría esperar de un documento que simplemente recomienda ciertos *principios*. En efecto, es lícito afirmar, en este caso concreto, que la Recomendación está destinada a producir efectos jurídicos y que es probable que sus destinatarios modifiquen su comportamiento para cumplirla, al menos parcialmente.

124. Si se hace primar el fondo sobre la denominación formal de un acto para apreciar su auténtica naturaleza, el análisis deberá determinar, una vez eliminado el título formal del documento, lo que resulta ser el citado documento según su redacción, contenido, contexto y finalidad.

80 Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Reynolds Tobacco y otros/Comisión (C-131/03 P, EU:C:2006:541), apartado 55 y jurisprudencia citada.

81 Véase también la nota 73 *supra*.

125. Empezando por la finalidad general de la Recomendación, sus considerandos⁸² y los documentos que acompañaron su adopción⁸³ afirman de una forma bastante explícita que la Recomendación tiene por objeto alcanzar un grado de armonización mínima en tanto en cuanto recomienda principios para asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores, los usuarios y los menores en lo que respecta a los servicios de juego en línea. Al mismo tiempo, está claro que lo hace en un ámbito muy sensible, desde luego según algunos Estados miembros.⁸⁴

126. A continuación, hay varios elementos de contenido y de contexto que merece la pena subrayar. En primer lugar, el acto controvertido es un texto muy estructurado y, en apariencia, un texto jurídico. Tiene no menos de 30 considerandos. La propia Recomendación está dividida en 12 secciones numeradas. Fue publicada en la serie L del *Diario Oficial de la Unión Europea*.

127. Por consiguiente, la forma de la Recomendación crea la impresión de que esta última está destinada a producir efectos jurídicos. Ello queda corroborado por el hecho de que la Recomendación no es un acto preparatorio. Marca la culminación de un proceso de consulta, pues desarrolla un Libro Verde y una Comunicación de la Comisión anteriores. Por lo tanto, realizando una serie de recomendaciones muy concretas a los Estados miembros, plasma claramente la postura de dicha institución sobre la protección de los consumidores de servicios de juego en línea.

128. En segundo lugar, es sorprendente el grado de detalle y precisión de las disposiciones concretas de la Recomendación. Lejos de establecer meros «principios», la Recomendación establece reglas más bien claras y precisas.

129. Cabe citar algunos ejemplos de ello. En su sección III, la Recomendación establece el contenido pormenorizado de la información que debe exhibirse en la página de aterrizaje del sitio web de juego del operador y estar accesible desde todas las páginas del sitio web. En su sección V, la Recomendación invita a los Estados miembros a velar por que solo se permita participar en el servicio de juego en línea a una persona si está registrada como usuario y es titular de una cuenta con el operador. Los datos de identidad del usuario deberían ser verificados por el operador. La sección VIII también tiene por objeto regular la comunicación comercial. En particular, no permite a los Estados miembros realizar determinadas afirmaciones, como describir el juego como socialmente atractivo o sugerir que el juego puede resolver problemas personales.

130. En tercer lugar, la Recomendación contiene «invitaciones» muy detalladas y exhaustivas sobre supervisión e informes. En la sección XI «se invita a los Estados miembros a que designen autoridades reguladoras competentes en materia de juego cuando apliquen los principios establecidos en la presente Recomendación, a fin de garantizar y vigilar de manera independiente el cumplimiento efectivo de las medidas nacionales adoptadas para respaldar los principios establecidos en la presente Recomendación». La sección XII versa sobre la presentación de informes. De acuerdo con sus disposiciones, no solo se invita a los Estados miembros a que *notifiquen* a la Comisión las medidas de aplicación adoptadas, sino también a que recojan, con fines estadísticos, datos anuales antes de determinados plazos.

131. En lo que respecta a las «invitaciones» en materia de información y supervisión, conviene efectuar dos observaciones. En primer lugar, al parecer, el Tribunal de Justicia mostró en el pasado cierta reticencia a que se incluyeran mecanismos de cumplimiento o seguimiento en instrumentos atípicos. Al menos en dos ocasiones anuló actos atípicos de la Comisión porque establecían requisitos de presentación de informes detallados y, por consiguiente, iban más allá de lo que correspondía a ese

⁸² Considerandos 8 y 9, citados en los puntos 11 y 12 *supra*.

⁸³ Véase el punto 30 *supra*.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia de 22 de enero de 2015, Stanley International Betting y Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25), apartado 51.

tipo de acto.⁸⁵ En segundo lugar, en el contexto de esta Recomendación en concreto, ha de señalarse que una recomendación no vinculante que los Estados miembros no están obligados a aplicar espera no obstante de esos Estados miembros (o incluso solo de aquellos que han decidido aceptar «la invitación») que efectúen designaciones, seguimientos y evaluaciones y recaben datos e informen a la Comisión antes de unas determinadas fechas sobre todas esas actividades (completamente voluntarias).

132. A continuación, el apartado 54 de la Recomendación afirma que la Comisión debe evaluar la *aplicación* (¡sic!) de la Recomendación antes del 19 de enero de 2017. Pues bien, en la vista quedó acreditado que la Comisión aún no había cumplido esa obligación *porque* todavía estaba esperando la recepción de los informes de los Estados miembros antes de elaborar el suyo propio. Llegados a este punto, considero que el grado de disonancia cognitiva que se deriva de esas manifestaciones alcanza el nivel de la manipulación mental avanzada propia de los Jedi.

133. En cuarto lugar, la Recomendación se concibió para inducir a los Estados miembros a adoptar una determinada legislación y, a través de ella, influir en las empresas y usuarios de servicios de juego, que son sus destinatarios indirectos. Es pues evidente que, desde un punto de vista formal, no es la Recomendación en sí, sino la eventual normativa nacional que se adopte, la que incidirá en los derechos de terceros, pero difícilmente puede negarse que la fuente efectiva de la normativa nacional se encuentra en la Recomendación.⁸⁶

134. En quinto lugar y, aunque quizás constituye una cuestión menor, pero que también pone de manifiesto la disonancia entre el contenido y la denominación, merece la pena destacar el considerando 29 y el apartado 2 de la Recomendación. Establecen, respectivamente, que dicha Recomendación no interfiere con las Directivas de la Unión (válidas y vinculantes) ni con el derecho de los Estados miembros a regular los servicios de juego. Esas afirmaciones llevan simplemente a preguntarse si realmente es necesario plasmarlas de forma explícita si la Recomendación es efectivamente una recomendación meramente no vinculante que no está destinada a producir ningún efecto jurídico. Un auténtico instrumento no vinculante de Derecho indicativo no podría interferir nunca, por definición, con la normativa válida de la Unión o con las competencias de los Estados miembros.

135. En resumen, si se entregara a un lector ese documento omitiendo su título y se le instara a leerlo sin conocer su denominación, de esos elementos relativos a la finalidad, al contenido y al contexto ya puede suponerse, sin temor a equivocarse, que podría creer que está leyendo una directiva y, en algunos puntos, incluso un reglamento, pero sin duda un documento legal que pretende imponer obligaciones claras y precisas e inducir a su cumplimiento.

136. Solo ahora me centraré en la redacción de la Recomendación, más concretamente en el tenor de sus disposiciones (pues ya he abordado en puntos anteriores de esta sección su grado de detalle y concreción). El Tribunal General parece haber atribuido a la terminología un papel clave en su motivación. Sin embargo, por los motivos que he intentado exponer con carácter general en la sección anterior,⁸⁷ la terminología me parece importante pero no decisiva. Por lo demás, no debería ser decisiva si no es concluyente en sí misma.

⁸⁵ Sentencia de 13 de noviembre de 1991, Francia/Comisión (C-303/90, EU:C:1991:424), apartados 20 a 25, que tenía por objeto un código de conducta de aplicación de un reglamento del Consejo que exigía a los Estados miembros facilitar información con cierta frecuencia y por determinados medios. Sentencia de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión (C-325/91, EU:C:1993:245), apartados 22 a 23, que tenía por objeto una comunicación de la Comisión que desarrollaba una directiva e imponía obligaciones adicionales, como la comunicación anual de información financiera a la Comisión antes de una determinada fecha.

⁸⁶ Véanse, asimismo, los puntos 102 a 105 *supra*. Véanse, también, los puntos 97 a 98 y téngase en cuenta la posibilidad de que la Recomendación oriente la interpretación de las normas nacionales existentes adoptadas en el mismo ámbito y que tratan sobre la misma materia.

⁸⁷ Punto 114 *supra*.

137. En sus observaciones escritas y orales, la recurrente cuestionó la apreciación lingüística efectuada por el Tribunal General en su auto. En concreto, la recurrente sostiene que en dos de las tres lenguas oficiales del Reino de Bélgica, a saber, en neerlandés y en alemán, el tenor de las disposiciones parece ser más «enérgico» que en otras versiones lingüísticas. Pues bien, sería lógico que en Bélgica la Recomendación produjera efectos jurídicos más «enérgicos».

138. No me convence esta alegación de la recurrente. Es cierto que puede advertirse que algunas versiones lingüísticas son «más vinculantes» que otras. Así sucede, en particular, con las versiones alemana, española, neerlandesa y portuguesa. En contra de lo que afirma el Tribunal General, puede que también las versiones polaca y checa sean problemáticas.

139. No obstante, carece de pertinencia el hecho de que las versiones neerlandesa y alemana parezcan emplear un lenguaje más imperativo que otras. La circunstancia de que sean las lenguas oficiales de Bélgica no les confiere mayor peso que a las restantes versiones lingüísticas. En mi opinión, el conocido principio de igual autenticidad de todas las versiones lingüísticas de las fuentes del Derecho de la Unión debería aplicarse a las recomendaciones del mismo modo que a las demás medidas adoptadas con arreglo al artículo 288 TFUE. Conforme a consolidada jurisprudencia, en caso de divergencia entre distintas versiones lingüísticas, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.⁸⁸

140. Esas cuestionables comparaciones lingüísticas ponen de manifiesto e ilustran precisamente la razón por la que el número de veces que se emplea la expresión «se invita» en lugar del término «deberán» tiene una importancia limitada a efectos de la apreciación de dicha medida. Con carácter general, todas las versiones lingüísticas apuntan en la misma dirección y permiten llegar a una conclusión clara sobre la naturaleza del texto, sin tener que ahondar más en el contexto y la finalidad de una medida. Ahora bien, no están en consonancia entre ellas y el tenor de una recomendación no debe predominar sobre su contexto y finalidad. Sin embargo, es incorrecto afirmar que existen discrepancias entre las distintas versiones y sostener al mismo tiempo que, como la mayoría de ellas establecen X, esa debería ser la interpretación correcta. En un sistema en el que todas las versiones lingüísticas son igualmente auténticas, no cabe apoyarse en «mayorías» a efectos de interpretación.⁸⁹

141. A fin de cuentas, el examen minucioso de la utilización de terminología (no) imperativa en algunas lenguas de la Unión nunca será concluyente, en particular a efectos de apreciar los efectos jurídicos de instrumentos de Derecho indicativo. Para tal clase de apreciación en particular, son mucho más importantes el contexto, el sistema y la lógica. Es evidente que la afirmación «le invito a que me envíe sus comentarios sobre esta cuestión por escrito antes del viernes a mediodía» se interpretará de forma bien distinta en función de que la formule el jefe, el compañero o la pareja. Naturalmente dependerá de la relación en cuestión, pero es muy probable que, en el primer caso, esa «invitación» sea en realidad una orden, en el segundo, una mera sugerencia y, en el tercero, una broma.

142. En resumen, cada uno de los elementos de contenido y contexto, individualmente considerados, podría llevar a la conclusión de que la recomendación no está destinada a producir efectos jurídicos. Sin embargo, cuando se toman conjuntamente, la acción *conjunta* de todos esos elementos del contexto de *esta* Recomendación en concreto, teniendo también en cuenta que la Recomendación fue adoptada por la institución competente para supervisar las normas en la misma materia (a saber, la regulación del mercado interior), me lleva a concluir que pretende claramente producir efectos jurídicos e inducir a su cumplimiento más allá de meras sugerencias de política.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 2012, DR y TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244), apartado 45 y jurisprudencia citada.

⁸⁹ Inclusive, a estos efectos, las situaciones extremas en las que es bastante evidente la existencia de un error de traducción en una sola versión lingüística de la medida de la Unión. Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de abril de 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

143. Por esa razón, considero fundado el tercer motivo de casación de la recurrente. El Tribunal General incurrió en un error de Derecho al apreciar de forma incorrecta los efectos, declaró indebidamente la inadmisibilidad del recurso de anulación.

B. La forma determina el fondo

144. A diferencia de lo que ocurre con los actos «atípicos» adoptados por instituciones u órganos de la Unión, para los que originariamente se concibió el criterio AETC, las recomendaciones son actos «típicos», listados en el artículo 288 TFUE y excluidos expresamente del control judicial por el artículo 263 TFUE, párrafo primero. ¿Incide de algún modo este hecho en el control judicial de las recomendaciones y en la admisibilidad del mismo?

145. La argumentación desarrollada en la parte A de las presentes conclusiones se ha basado en la premisa de que el criterio AETC, aunque quizá revisado de algún modo, resulta aplicable a las recomendaciones, al igual que a cualquier otro instrumento de Derecho indicativo. En la primera parte de esta sección expondré un planteamiento alternativo, que pone más énfasis en que las recomendaciones constituyen actos «típicos» con respecto a los cuales la forma debe determinar la interpretación de su fondo (1). Sin embargo, por diversas razones, recomiendo al Tribunal de Justicia que siga el enfoque (modificado) de que el fondo prima sobre la forma, desarrollado en la parte A de las presentes conclusiones (2). Para el supuesto de que, no obstante, el Tribunal de Justicia estime que, en el caso concreto de las recomendaciones, la forma determina efectivamente la interpretación del fondo, esbozaré varias aclaraciones importantes que considero necesarias (3).

1. Exclusión (plena): recomendación significa recomendación

146. En su razonamiento, el Tribunal General partió del postulado de que el criterio que el Tribunal de Justicia había elaborado en la sentencia AETC para los actos «atípicos» de las instituciones y de los órganos de la Unión se aplicaba también a actos «típicos», como una recomendación. Ese punto de partida es cuestionable desde dos perspectivas, una normativa y otra práctica. Desde la perspectiva *normativa*, el artículo 288 TFUE establece claramente que las recomendaciones no son vinculantes. Además, la primera frase del artículo 263 TFUE, párrafo primero, excluye expresamente a las recomendaciones de la Comisión del ámbito de dicha disposición y, por lo tanto, de los recursos de anulación. Ambas disposiciones, interpretadas conjuntamente, ponen claramente de manifiesto que una recomendación no puede ser obligatoria ni objeto de control judicial.

147. A ello hay que sumar, no obstante, la manifestación realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Grimaldi, que (re)introduce la apreciación sustantiva: una recomendación queda fuera del ámbito de control siempre que sea una «auténtica recomendación».⁹⁰ Por consiguiente, pueden existir «falsas recomendaciones» que pueden estar comprendidas en ese ámbito y ser objeto de control judicial. A pesar del tenor claro de los Tratados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respalda en cierta medida que las recomendaciones, pese a ser actos «típicos» (que carecen de fuerza vinculante como se establece claramente en el Tratado) se sometan al criterio AETC.⁹¹

⁹⁰ Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646), apartado 16.

⁹¹ Lo cual llevó entonces al Tribunal General a afirmar que «el mero hecho de que la Recomendación controvertida se designe formalmente como recomendación y de que haya sido adoptada a la vista del artículo 292 TFUE no puede excluir automáticamente su calificación de acto impugnabile» (apartado 20 del auto recurrido).

148. Sin embargo, lo que ocurre desde la perspectiva *práctica* es que, cuando se aprecia si un documento es una «auténtica» recomendación o una «falsa» recomendación, la circunstancia de que el documento se denomine recomendación inevitablemente «contamina» la apreciación de su contexto y finalidad. Una vez más, un criterio que se concibió para actos «atípicos» debe aplicarse obviando en gran medida la forma e ignorando el título/la portada del documento. De otro modo, siempre se termina cayendo en un círculo vicioso, en el que la forma determina eventualmente la interpretación del fondo.⁹²

149. Ello me lleva a un posible planteamiento alternativo que supondría que, en lugar de permitir que la forma de un acto «típico» contamine sigilosamente la interpretación de la naturaleza de un acto «atípico», tal distinción se llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas: una forma «típica» lleva aparejadas consecuencias «típicas», *con independencia* del contenido. Una recomendación nunca tendrá fuerza vinculante y no produce efectos jurídicos. Punto. Ya no sería necesario realizar una apreciación adicional sobre si se trata de una recomendación «auténtica» o «falsa». Recomendación significa recomendación.

150. A este respecto, podría trazarse un paralelismo con los dictámenes emitidos en virtud del Tratado CECA. Se trataba de actos que también eran expresamente no vinculantes y no susceptibles de control. Ya en 1957 el Tribunal de Justicia confirmó que dichos actos no podían ser controlados judicialmente. En particular, dejó claro que los dictámenes únicamente proporcionaban orientación. Se consideraron «simples consejos para las empresas. Estas últimas son libres de seguirlos o no, pero deben ser conscientes de que al ignorar un dictamen desfavorable, asumen los riesgos en los que incurren como consecuencia de una situación que ellas mismas han contribuido a crear [...]». Dicho de otro modo, la libertad de decisión y la responsabilidad de las empresas, al igual que las de la Alta Autoridad, permanecen inalteradas.⁹³ Esa misma afirmación podría parafrasearse *in extenso* en el caso de las recomendaciones.

2. ¿Fondo o forma?

151. Existen dos argumentos a favor de la aproximación *formal* a los actos jurídicos «típicos»: i) el argumento de la seguridad jurídica y de la previsibilidad y ii) el argumento de la necesidad de cierta flexibilidad normativa.

152. En primer lugar, el planteamiento formal es fiel al tenor del artículo 263 TFUE, que desde 1957 ha excluido de forma sistemática y explícita las recomendaciones y los dictámenes del ámbito de los recursos de anulación.

153. Ello está en conexión con la confianza y con las expectativas. Aunque casi siempre se le pinta negativamente, el formalismo también tiene sus aspectos positivos. Fomenta la seguridad jurídica y la previsibilidad. Una cosa siempre será lo que su nombre designe, sin necesidad de comprobar constantemente su esencia y su contexto.

154. Ello es válido *a fortiori* con respecto a las fuentes «típicas» formalizadas. ¿Hasta dónde puede llevarse el planteamiento del «fondo sobre la forma»? ¿Debería también apreciarse el contenido auténtico y efectivo de otras fuentes típicas del Derecho de la Unión, como los reglamentos y directivas? ¿Podrían estos ser objeto de «recalificación» al no coincidir su denominación con su contenido? En casos extremos, ¿podría tal recalificación llevar incluso a la exclusión del control judicial? ¿Podría el Tribunal de Justicia declarar inadmisile un recurso de anulación contra, por ejemplo, un reglamento porque éste está tan mal redactado que, de hecho, no puede producir ningún efecto jurídico (obligatorio)?

92 Como ya se ha expuesto en los puntos 77 a 79 *supra*.

93 Sentencia de 10 de diciembre de 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre/Alta Autoridad* (1/57 y 14/57, EU:C:1957:13), p. 115.

155. En segundo lugar, las recomendaciones pueden constituir válidos puntos de referencia, de inspiración y de práctica. Permiten probar diferentes soluciones e ideas para determinar cuáles merece la pena adoptar y cuáles deben ser descartadas. En este sentido, pueden considerarse una especie de laboratorio legislativo. Es justo reconocer que, si todas las recomendaciones pudieran impugnarse y cuestionarse, se perdería tal flexibilidad propia de un laboratorio legislativo. En particular, la Comisión no podría recurrir a medios de actuación más informales para impulsar su agenda en interés de la Unión.

156. La respuesta que puede darse a estos dos argumentos desde el punto de vista del planteamiento que prima «el fondo sobre la forma» no es complicada. En primer lugar, tal planteamiento resulta obligado precisamente cuando no se respetan los límites formales de un acto «típico». Pues bien, en lugar de poner en entredicho todos los actos típicos, ese planteamiento se circunscribe, por su naturaleza, a casos extremos. En segundo lugar, el atractivo que se deriva de un laboratorio jurídico flexible debe estar claramente delimitado por el principio de legalidad del poder público y por el principio de atribución de competencias. Incluso los laboratorios legislativos bienintencionados pueden dar lugar rápidamente a «legislación por la puerta de atrás».

157. En cambio, al menos hay tres argumentos en favor del planteamiento sustantivo expuesto en la parte A: i) en todos los ámbitos se hace primar el fondo sobre la forma; ii) la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, y iii) la coherencia global de las vías de recurso en el ámbito del Derecho de la Unión.

158. Un primer lugar, si bien existen excepciones notables, el planteamiento general y la mentalidad que inspiran el Derecho de la Unión son simplemente sustantivos: en innumerables ámbitos del Derecho de la Unión se analiza el contenido, la esencia de un fenómeno, categoría o institución, y no su denominación formal o etiqueta. Sin duda, la forma importa. No obstante, la forma constituye, en el Derecho de la Unión, una primera aproximación a la auténtica naturaleza de un acto. No es determinante.

159. En segundo lugar, como ya se ha expuesto anteriormente en detalle,⁹⁴ es un hecho incuestionable que las recomendaciones producen una serie de efectos jurídicos significativos, aunque en el caso concreto estos no sean vinculantes en sentido estricto. Si es así, es preciso garantizar la tutela judicial efectiva. Procede recordar que en el pasado, tanto inicialmente en la sentencia AETC como también en otros asuntos posteriores, el Tribunal de Justicia no dudó en reconocer la evolución social y jurídica y en colmar las lagunas así creadas en el ámbito de la tutela judicial.⁹⁵ Se ha sugerido que el surgimiento de nuevas formas de gobernanza, más «flexibles», constituye una evolución de esta categoría.⁹⁶

160. En tercer lugar, la alegación basada en la coherencia de las vías de recurso en el ámbito del Derecho de la Unión es pertinente desde dos puntos de vista: por un lado, el de la coherencia entre el artículo 263 TFUE (recurso de anulación) y el artículo 267 TFUE (procedimiento prejudicial) y, por otro, el de la posición de los demandantes (no)privilegiados en tales procedimientos.

161. Es jurisprudencia reiterada que «el control de la legalidad de los actos de la Unión garantizado en virtud de los Tratados por el Tribunal de Justicia se fundamenta en dos procedimientos judiciales complementarios. En efecto, el Tratado FUE, mediante sus artículos 263 y 277, por una parte, y mediante su artículo 267, por otra, ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión, confiando

⁹⁴ Véanse, los puntos 87 a 108 *supra*.

⁹⁵ Un ejemplo significativo de ello se encuentra, por ejemplo, en la sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento* (294/83, EU:C:1986:166), apartado 24.

⁹⁶ Véanse los puntos 81 a 86 *supra*.

dicho control al juez de la Unión [...]. A este sistema completo de vías de recurso y de procedimientos le es inherente el hecho de que se confiera a los justiciables, en el marco de un recurso interpuesto ante un tribunal nacional, el derecho a cuestionar la legalidad de disposiciones incluidas en actos de la Unión que sirvan de base para la resolución o acto nacionales adoptados respecto de ellos [...].⁹⁷

162. Merece la pena subrayar dos adjetivos incluidos en esa cita: «complementarios» y «completo». De forma un tanto paradójica, ese segundo adjetivo puede resultar problemático para un demandante privilegiado, es decir, para un Estado miembro al que una recomendación «invita» a hacer algo y que se opone a esa «invitación» sin que, no obstante, exista (aún) a nivel nacional algún asunto referido a esa recomendación.

163. Por un lado, como ya se ha expuesto,⁹⁸ parece que sería posible plantear una petición de decisión prejudicial sobre la validez de una recomendación. En tal caso, difícilmente puede comprenderse por qué debería ser más difícil para un demandante privilegiado impugnar directamente un acto ante el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 263 TFUE que para un demandante no privilegiado hacerlo indirectamente sobre la base del artículo 267 TFUE.

164. Por otra parte, aun cuando prevaleciera la lógica general de la complementariedad, disuadir de los recursos directos sobre la validez e intentar canalizarlos a través del procedimiento prejudicial no mejora en gran medida la posición de los Estados miembros. ¿Cómo debería proceder un Estado miembro en la práctica? ¿Debería primero aplicar la recomendación (lo que no quiso hacer en primer lugar) y luego impugnarla ante sus propios órganos jurisdiccionales? ¿Debería fingir una controversia?

165. Sin querer reabrir ninguna de tales cuestiones,⁹⁹ basta con subrayar que los Estados miembros no son meros particulares a los que, quizá en el futuro, pueda obligarse a cumplir una medida de la Unión después de que ésta se les haya aplicado en virtud de una decisión individual, bien en el ámbito del Derecho interno o en el de la Unión. Es a los Estados miembros a quienes se invita a adoptar esas medidas en primer lugar. Por tanto, sería ilógico inducir a los Estados miembros a hacer algo y, al mismo tiempo, privarles de la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia. Ello iría en contra de la buena administración de justicia, pues demoraría cualquier posible recurso contra una recomendación y también sería contrario a los intereses del propio autor de la recomendación. En lugar de permitirle afrontar el potencial conflicto, resolverlo y seguir adelante, el Estado miembro se vería simplemente obligado a negarse a cooperar y a esperar hasta que alguno de sus propios órganos judiciales y, posiblemente, uno de otro Estado miembro plantease, con arreglo al artículo 267 TFUE, una petición de decisión prejudicial sobre la validez del acto controvertido. En mi opinión, eso no tiene mucho sentido desde el punto de vista práctico.

3. Aclaraciones que podrían resultar necesarias

166. En resumen, considero que hay muchas más razones convincentes para instar al Tribunal de Justicia a ampliar el criterio AETC, modificado para dar cabida al eventual control judicial de las recomendaciones.

167. Sin embargo, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia opte por acogerse al planteamiento de que la forma de un acto «típico» determina la percepción y la interpretación de su fondo, sin que sea preciso realizar una apreciación independiente, merece la pena aclarar varias cuestiones. Estas aclaraciones necesarias están efectivamente referidas a los elementos ya identificados en el marco del

⁹⁷ Sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartados 66 a 67 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, el Dictamen 1/09 (Acuerdo de creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 70.

⁹⁸ Véanse los puntos 106 a 108 *supra*.

⁹⁹ Resueltas por la sentencia de 1 de abril de 2004, Comisión/Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210), apartado 45.

análisis de los efectos jurídicos de las recomendaciones.¹⁰⁰ En particular, procede subrayar tres elementos clave: i) el alcance del deber de cooperación leal que incumbe a los Estados miembros en lo que respecta a las recomendaciones; ii) la falta de efectos de precedencia de las recomendaciones en el eventual proceso legislativo futuro en el ámbito de la Unión; y iii) el alcance de la obligación que la sentencia Grimaldi impone a los órganos jurisdiccionales nacionales.

168. En primer lugar, las recomendaciones no son vinculantes ni se les permite producir efectos jurídicos. Por lo tanto, no pueden generar derechos u obligaciones para los Estados miembros ni para los particulares. En cuanto a los Estados miembros, no cabe invocar el principio de cooperación leal para tratar de erosionar por cualquier medio esa afirmación. Los Estados miembros están plenamente facultados para ignorar el contenido de una recomendación, sin que sea posible imponerles sanciones directas o indirectas. Lo anterior no solo se aplica en relación con las «obligaciones» concretas cuyo cumplimiento se promueve entre los Estados miembros, sino también con las «invitaciones» a presentar informes. Las recomendaciones no pueden generar obligaciones ni positivas ni negativas. Tampoco puede recurrirse a una recomendación para definir un concepto jurídico estándar o indeterminado que, una vez dotado de contenido por dicha recomendación, pueda imponerse a un Estado miembro o a un particular.

169. En segundo lugar, una recomendación, máxime si es prelegislativa, es simplemente una manifestación de opinión unilateral y no vinculante de una institución. En caso de que vaya seguida de legislación vinculante, el proceso legislativo debe partir de cero. En particular, una recomendación no puede crear un «atajo» o una «precedencia» legislativa excluyendo a determinados actores del posterior proceso legislativo, ni penalizar de hecho a algunos actores en el proceso posterior por no haber manifestado su opinión o presentado observaciones, datos o informes sobre la recomendación o sobre el marco de su «aplicación».

170. Por último, es preciso volver a la sentencia Grimaldi.¹⁰¹ Si las recomendaciones no son vinculantes, por definición no pueden generar para los órganos jurisdiccionales nacionales la *obligación* de tener en cuenta esa orientación no vinculante, y menos aún referirse a cualquier deber de interpretación conforme. Si el Tribunal de Justicia decidiera adoptar este planteamiento más formal sobre los actos «típicos» del Derecho de la Unión, resultaría necesario revisar la jurisprudencia Grimaldi a este respecto y declarar claramente que no hay obligación alguna de tener en cuenta las recomendaciones. Los órganos jurisdiccionales nacionales *pueden* hacerlo si lo consideran conveniente, pero, desde luego, *no están obligados* a ello.

171. Ello entrañaría que los órganos jurisdiccionales nacionales trataran las recomendaciones como cualquier otra fuente *permitida* de inspiración en el proceso de interpretación jurídica, como los comentarios doctrinales o los estudios comparativos. Si así lo desearan podrían incluirlas en su razonamiento, pero también podrían ignorarlas completamente sin obligación de motivarlos.

VII. Conclusión

172. A la luz de las consideraciones anteriores, concluyo que el Tribunal General incurrió en un error al apreciar los efectos jurídicos de la Recomendación controvertida. Por consiguiente, el tercer motivo de casación de la recurrente es fundado, sin que sea necesario analizar individualmente los motivos de casación primero y segundo. En consecuencia, el auto del Tribunal General debería ser anulado, en la medida en la que declaró la inadmisibilidad del recurso.

¹⁰⁰ Véanse los puntos 87 a 108 *supra*.

¹⁰¹ Véanse los puntos 97 a 101 *supra*.

173. De conformidad con el artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando anule la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio, si su estado así lo permite.

174. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia no está en condiciones de pronunciarse, en el estado actual del procedimiento, sobre el fondo del recurso interpuesto ante el Tribunal General. Habida cuenta de que el Tribunal General declaró inadmisibile el recurso, ante él únicamente tuvo lugar un debate muy limitado y bastante colateral sobre el fondo del asunto. Además, por la misma razón, no se permitió a ninguna parte coadyuvante presentar observaciones.¹⁰² En caso de que el Tribunal de Justicia declare la admisibilidad del recurso de anulación, es probable que dichas partes coadyuvantes, o incluso otras, tengan interés en presentar observaciones.

175. Sin embargo, considero que el Tribunal de Justicia dispone de todos los elementos necesarios para desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión en primera instancia. En aras de la eficiencia y de la economía procesal, propongo al Tribunal de Justicia que proceda en ese sentido, declarando la admisibilidad del recurso y devolviendo el asunto al Tribunal General para que adopte una resolución sobre el fondo.

176. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que:

- 1) Anule el auto dictado por el Tribunal General de la Unión Europea en el asunto T-721/14 y declare la admisibilidad del recurso de anulación interpuesto por la recurrente en dicho asunto
- 2) Devuelva el asunto al Tribunal General para que éste lo resuelva en cuanto al fondo.
- 3) Se reserve la decisión sobre las costas.

¹⁰² Véase la nota 24 *supra*.