

## A – Actividad del Tribunal de Primera Instancia en 2006

por el Presidente, Sr. Bo Vesterdorf

En 2006, por segundo año consecutivo, el Tribunal de Primera Instancia resolvió más asuntos que los que se le presentaron (436 asuntos resueltos frente a 432 interpuestos). Considerado en general, el número de asuntos interpuestos ha disminuido (432 frente a 469 en 2005). No obstante, esta disminución sólo es aparente y se explica por el hecho de que durante el año 2006 no se han interpuesto asuntos de función pública ante el Tribunal de Primera Instancia, puesto que tales asuntos son ya competencia del Tribunal de la Función Pública.<sup>1</sup> En realidad, aparte del contencioso de la función pública y del de los procedimientos especiales, el número de asuntos interpuestos conoció un notable aumento, puesto que se eleva a un 33 % (387 asuntos frente a 291 en 2005). El número de asuntos interpuestos en materia de marcas aumentó un 46 % (143 en 2006 frente a 98 en 2005), mientras que los asuntos relativos a materias distintas de la propiedad intelectual y la función pública aumentaron un 26 % (244 frente a 193). El número de asuntos resueltos, por su parte, disminuyó (436 frente a 610), pero también aquí hay que tener en cuenta que, durante el año 2005, 117 asuntos se resolvieron mediante remisión al Tribunal de la Función Pública. Si no se tienen en cuenta estos asuntos, la reducción del número de asuntos resueltos en 2006 sigue siendo cierta, pero menos notable (436 frente a 493).

En definitiva, el número de asuntos pendientes permanece estable con relación al año anterior, es decir, ligeramente por encima del millar (1.029 frente a 1.033 en 2005). A este respecto, cabe señalar que, a 1 de enero de 2007, los asuntos de propiedad intelectual representaban cerca del 25 % del número total de asuntos pendientes. Por consiguiente, aun cuando, por un lado, 82 asuntos de función pública están aún pendientes ante el Tribunal de Primera Instancia y, por otro lado, se han presentado ante él los primeros recursos de casación interpuestos contra las sentencias del Tribunal de la Función Pública (10 en total, a 31 de diciembre de 2006), el contencioso ante el Tribunal de Primera Instancia cambia poco a poco de orientación, centrándose en el contencioso económico.

En cuanto a la duración media de la instancia, aumentó ligeramente durante este año, puesto que, sin tener en cuenta el contencioso de la función pública y el de la propiedad intelectual, pasó de 25,6 meses en 2005 a 27,8 meses en 2006. Sin embargo, cabe señalar que, durante el año 2006, el Tribunal de Primera Instancia concedió la aplicación del procedimiento acelerado previsto en el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia en cuatro de los diez asuntos para los que se solicitó.

Además, la Sra. Pernilla Lindh, nombrada Juez del Tribunal de Justicia, y el Sr. Paolo Mengozzi y la Sra. Verica Trstenjak, nombrados Abogados Generales del Tribunal de Justicia, dejaron el Tribunal de Primera Instancia el 6 de octubre. Fueron sustituidos, el mismo día, por los Sres. Nils Wahl, Enzo Moavero Milanesi y Miro Prek, respectivamente.

En este Informe resulta imposible rendir cuentas de forma exhaustiva de la riqueza de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia en el año 2006. Por lo tanto, sólo se aludirá

<sup>1</sup> Sin embargo, en el año 2006, el Tribunal de la Función Pública remitió un asunto al Tribunal de Primera Instancia.

al aportaciones más sobresalientes de dicho año, cuya selección comprende necesariamente cierta subjetividad.<sup>2</sup> Se refieren al contencioso de la legalidad (I), el relativo a las indemnizaciones (II) y, por último, las demandas de medidas provisionales (III).

## I. **Contencioso de la legalidad**

### A. **Admisibilidad de los recursos interpuestos con arreglo a los artículos 230 CE y 232 CE**

Durante el año 2006, las aportaciones más destacadas relativas a esta cuestión se refieren al concepto de acto recurrible y, en menor medida, al concepto de legitimación activa.

#### 1. **Actos que pueden ser objeto de recurso**

Conforme a reiterada jurisprudencia, constituyen actos o decisiones susceptibles de ser objeto de un recurso de anulación, con arreglo al artículo 230 CE, las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de forma caracterizada su situación jurídica.<sup>3</sup> Durante el año 2006, la actualidad de este tema quedó ilustrada por no menos de siete asuntos.

En primer lugar, tres sentencias clarificaron los límites de los recursos de anulación contra los actos adoptados por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).<sup>4</sup> En primer lugar, en la sentencia **Camós Grau/Comisión**, el Tribunal de Primera Instancia consideró que un informe de investigación de la OLAF que ponía en entredicho al demandante no modificaba de forma caracterizada su situación jurídica, ya que, concretamente, no acarrea ninguna obligación, ni siquiera de procedimiento, para las autoridades a las que está destinado. En segundo lugar, según un mismo enfoque, el Tribunal de Primera Instancia puntualizó en la sentencia **Tillack/Comisión** que la transmisión por la OLAF de información a las autoridades nacionales tampoco podía ser objeto de un recurso de anulación. La transmisión de información por la OLAF, si bien debe ser considerada seriamente por las autoridades nacionales, no surte efecto jurídico obligatorio alguno respecto de éstas, que siguen siendo libres de decidir el curso que se ha de dar a las investigaciones de la OLAF. Por último, en tercer lugar, en el auto **Strack/Comisión**, el Tribunal de Primera Instancia declaró que un funcionario que hubiera informado a la OLAF de comportamientos

<sup>2</sup> No se mencionan, por ejemplo, el Derecho antidumping, que dio lugar, sin embargo, a aportaciones interesantes, en concreto, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 2006, *Riteky Prodisc Technology/Consejo*, T-274/02, aún no publicada en la Recopilación, ni el Derecho de la función pública.

<sup>3</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, *IBM/Comisión*, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9, y de 14 de febrero de 1989, *Bossi/Comisión*, 346/87, Rec. p. 303, apartado 23.

<sup>4</sup> Véanse, respectivamente, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 2006, *Camós Grau/Comisión*, T-309/03, Rec. p. II-1173, y de 4 de octubre de 2006, *Tillack/Comisión*, T-193/04, aún no publicada en la Recopilación, y el auto del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 2006, *Strack/Comisión*, T-4/05 (recurrido en casación, C-237/06 P), aún no publicado en la Recopilación.

eventualmente reprobables no podía recurrir mediante el cauce del recurso de anulación la decisión de concluir la investigación abierta a raíz de dicha comunicación.

En segundo lugar, dos sentencias dictadas durante el año 2006, en el asunto denominado «Bancos austriacos – “Club Lombard”», reconocen la admisibilidad de recursos interpuestos contra decisiones adoptadas por el consejero auditor de la Comisión.<sup>5</sup> Por un lado, en el asunto **Österreichische Postsparkasse y Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisión**, dos establecimientos de crédito solicitaban la anulación de las decisiones de transmitir a un partido político las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos relativos a la fijación de tarifas bancarias. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declara que la decisión de la Comisión, por la que se informa a una empresa afectada por un procedimiento de infracción de que la información transmitida por ésta no está protegida por el tratamiento confidencial que garantiza el Derecho comunitario (y, en consecuencia, puede ser comunicada a un tercero denunciante), produce efectos jurídicos respecto a la empresa en cuestión modificando de manera caracterizada su situación jurídica. Por ello constituye un acto recurrible. Por otro lado, en el asunto **Bank Austria Creditanstalt/Comisión**, el Bank Austria Creditanstalt solicitaba la anulación de una decisión del consejero auditor por la que se desestimaba su oposición a la publicación en el Diario Oficial de la versión no confidencial de la decisión de la Comisión. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia considera que una decisión adoptada por el consejero auditor con arreglo al artículo 9, párrafo tercero, de la Decisión 2001/462<sup>6</sup> produce efectos jurídicos, puesto que se pronuncia sobre la cuestión de si el texto que se va a publicar contiene no sólo secretos comerciales u otra información amparada por una protección similar, sino también otra información que no pueda ser divulgada públicamente, bien por razón de normas de Derecho comunitario que la protejan específicamente, bien por formar parte de las que, por su naturaleza, están amparadas por el secreto profesional. Por lo tanto, tal decisión constituye también un acto recurrible.

En tercer lugar, en la sentencia **Deutsche Bahn/Comisión**,<sup>7</sup> el Tribunal de Primera Instancia precisó el alcance del concepto de acto recurrible por lo que se refiere a las decisiones que la Comisión adopta, en el ámbito de las ayudas de Estado, sobre la base del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 659/1999.<sup>8</sup> En el caso de autos, el miembro de la Comisión responsable de Transportes había informado por escrito a la demandante de que no se estimaba su denuncia relativa a la apertura del procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2. EL escrito proporcionaba una motivación clara y precisa de las razones por las que la medida nacional no debía considerarse como una ayuda en el sentido del artículo

<sup>5</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comisión, T-198/03, Rec. p. II-1429, así como de 7 de junio de 2006, Österreichische Postsparkasse y Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisión, T-213/01 y T-214/01, Rec. p. II-1601. Decisión 2004/138/CE de la Comisión, de 11 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/36.571/D-1 — Bancos austriacos — “Club Lombard”) (DO 2004, L 56, p. 1).

<sup>6</sup> Decisión 2001/462/CE, CECA de la Comisión, de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia (DO L 162, p. 21).

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006, Deutsche Bahn/Comisión, T-351/02, Rec. p. II-1047.

<sup>8</sup> Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88 CE] (DO L 83, p. 1).

87 CE, apartado 1. Sin embargo, la Comisión sostenía que sólo se trataba de un escrito de información y no de una decisión en el sentido del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 659/1999 y que, en consecuencia, no era un acto recurrible en la medida en que no producía efectos jurídicos.

No obstante, el Tribunal de Primera Instancia declara que está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 230 CE un escrito dirigido por la Comisión a una empresa denunciante, cuando aquélla, tras recibir una información relativa a una supuesta ayuda ilegal y estando, por ello, obligada a examinarla sin demora con arreglo al artículo 10, apartado 1 del Reglamento nº 659/1999, no se conforma, como permite el artículo 20 de dicho Reglamento, con indicar a la parte interesada que la información que posee es insuficiente para adoptar una posición al respecto, sino que se pronuncia de forma clara, motivada y definitiva señalando que la medida controvertida no constituye una ayuda. Con tal conducta, la Comisión sólo puede adoptar una decisión conforme al artículo 4, apartado 2, del referido Reglamento. Por consiguiente, la Comisión no puede excluir esta decisión del control del juez comunitario declarando que no tomó dicha decisión, intentando revocarla o decidiendo no dirigirla al Estado miembro interesado, en infracción del artículo 25 del Reglamento nº 659/1999. A este respecto, es irrelevante que el escrito controvertido no sea resultado de la adopción de una decisión definitiva sobre la denuncia por parte del Colegio de los miembros de la Comisión o que tal decisión no fuese publicada.

Por último, en cuarto lugar, en el auto **Schneider Electric/Comisión**,<sup>9</sup> el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia, por primera vez, sobre la admisibilidad de un recurso dirigido contra la decisión de la Comisión de iniciar el procedimiento de examen detallado de una operación de concentración. En el presente caso, la Comisión había adoptado tal decisión en el marco del procedimiento administrativo abierto de nuevo tras las dos sentencias que declararon la anulación de la Decisión de incompatibilidad de la concentración entre Schneider Electric y Legrand, dos productores de materiales eléctricos de baja tensión, y la anulación de la Decisión de separación de ambas entidades.<sup>10</sup> La demandante impugnaba las decisiones de la Comisión, por un lado, de iniciar un procedimiento de examen detallado y, por otro lado, de declarar la conclusión formal del procedimiento.

En su auto, el Tribunal de Primera Instancia dedujo de las circunstancias del asunto que una empresa que, tras haber obtenido la anulación por el Tribunal de Primera Instancia de la decisión de la Comisión por la que se le prohibía realizar una operación de concentración, cede la empresa que había adquirido durante el plazo de que disponía la Comisión para adoptar una nueva decisión no puede pretender que le perjudican ni una decisión de la Comisión, producida tras la decisión de llevar a cabo dicha cesión, de abrir de nuevo el procedimiento de examen detallado de la operación, ni una decisión de la Comisión, posterior a la realización de la cesión, de concluir formalmente el referido procedimiento, que había quedado sin objeto. A mayor abundamiento, el Tribunal de Primera Instancia declara que la decisión de iniciar el procedimiento formal de examen constituye una simple

<sup>9</sup> Auto del Tribunal de Primera Instancia de 31 de enero de 2006, *Schneider Electric/Comisión*, T-48/03 (recurrido en casación, C-188/06 P), Rec. p. II-111.

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión*, T-310/01, Rec. p. II-4071, y T-77/02, Rec. p. II-4201.

medida preparatoria. En efecto, si bien tal decisión supone la prórroga de la suspensión de la operación, así como la obligación de cooperar con la Comisión durante el procedimiento de examen detallado, dichas consecuencias, que se deducen directamente del Reglamento aplicable por entonces a las operaciones de concentración y que derivan naturalmente del control previo de la compatibilidad de la operación, no superan los efectos propios de un acto de procedimiento y, por lo tanto, no afectan a la situación jurídica de Schneider Electric. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia rechaza la analogía propuesta por dicha empresa con el régimen comunitario de las ayudas de Estado. A diferencia de una decisión adoptada con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede producir en algunos casos efectos jurídicos autónomos,<sup>11</sup> la decisión de iniciar un procedimiento de examen detallado no supone, de por sí, ninguna obligación que no se deduzca directamente de la notificación a la Comisión de la operación de concentración a iniciativa de las empresas interesadas.

## 2. Legitimación activa

### a) *Afectación individual*

Conforme a reiterada jurisprudencia, las personas físicas y jurídicas distintas de los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar que se ven afectadas individualmente si ésta les atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que las caracteriza frente a cualquier otra persona y por ello las individualiza de manera análoga a la del destinatario.<sup>12</sup>

Durante el año 2006, el Tribunal de Primera Instancia aplicó estos principios concretamente en el asunto que dio lugar a la sentencia **Boyle y otros/Comisión**.<sup>13</sup> Este asunto se refería a una decisión de la Comisión dirigida a Irlanda y por la que se denegaba la solicitud de aumentar los objetivos del Programa de Orientación Plurianual de la flota pesquera de Irlanda («POP IV»). El Tribunal de Primera Instancia declaró que los demandantes, propietarios de buques pertenecientes a la flota pesquera irlandesa, aunque no eran los destinatarios de la Decisión resultaban, no obstante, individualmente afectados por ella. La solicitud de aumento presentada por Irlanda estaba formada en realidad por un conjunto de solicitudes individuales de propietarios de buques, entre ellas las de los demandantes. Aunque la Decisión estuviera dirigida a Irlanda, afectaba a una serie determinada de buques y, por tanto, debía considerarse como un conjunto de decisiones individuales, cada una de las cuales afectaba a la situación jurídica de los propietarios de dichos buques. El número y la identidad de los propietarios de los buques en cuestión eran determinados y comprobables desde antes de la fecha de adopción de la Decisión

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1992, España/Comisión, C-312/90, Rec. p. I-4117, apartados 21 a 23.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec. pp. 197, 223.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2006, Boyle y otros/Comisión, T-218/03 a T-240/03 (recurrida en casación, C-373/06 P), Rec. p. II-1699; véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2006, Atlantean/Comisión, T-192/03, no publicada en la Recopilación.

impugnada y la Comisión estaba en condiciones de saber que su Decisión afectaría exclusivamente a los intereses y la posición de los mencionados propietarios. La Decisión impugnada afectaba, de este modo, a un círculo cerrado de personas determinadas en el momento de su adopción, cuyos derechos pretendía regular la Comisión. Por lo tanto, la situación así creada caracterizaba a los demandantes en relación con cualquier otra persona y los individualizaba de una manera análoga a la del destinatario.

b) *Legitimación activa en el contencioso relativo a las ayudas de Estado*

En la sentencia Comisión/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum, pronunciada en 2005, el Tribunal de Justicia declaró que, por un lado, cuando un particular interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, pretenda que se salvaguarden sus derechos de procedimiento, está legitimado para interponer un recurso dirigido a la anulación de una decisión adoptada al término de la fase previa de examen de las ayudas contemplada en el artículo 88 CE, apartado 3, y, por otro lado, cuando un particular cuestiona el fundamento de la decisión de apreciación de la ayuda en sí misma o una decisión adoptada al término del procedimiento formal de examen, sólo está legitimado para interponer un recurso dirigido a la anulación de tal decisión si consigue demostrar que goza de una situación particular en el sentido de la sentencia Plaumann/Comisión.<sup>14</sup>

Dos sentencias pronunciadas en 2006 permitieron al Tribunal de Primera Instancia precisar la aplicación de dicha distinción cuando la Comisión se haya pronunciado sin iniciar el procedimiento formal de examen.<sup>15</sup>

Por un lado, en el asunto que dio lugar a la sentencia **Air One/Comisión**,<sup>16</sup> la demandante, una compañía aérea italiana, había denunciado ante la Comisión que las autoridades italianas habían concedido de forma ilegal a la compañía aérea Ryanair ayudas bajo la forma de reducción de los precios de los servicios aeroportuarios y de asistencia en las escalas. Asimismo, la demandante pedía a la Comisión que ordenara a la República Italiana la suspensión de esas ayudas. Al tratarse de un recurso por omisión que junto con el recurso de anulación no son más que la expresión de un único cauce procesal, era preciso que el Tribunal de Primera Instancia determinara si la demandante estaba legitimada para interponer un recurso de anulación contra al menos uno de los actos que la Comisión había podido adoptar al término del procedimiento previo de examen de ayudas. El Tribunal de Primera Instancia aplica a tal fin la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en dicho contexto, puntualiza el concepto de «relación de competencia suficiente» para que una empresa pueda ser considerada competidora de los beneficiarios de la ayuda y, por

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2005, Comisión/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Rec. I-10737.

<sup>15</sup> Por lo que respecta a la legitimidad activa en el ámbito de las ayudas de Estado, véase también la sentencia de 27 de septiembre de 2006, Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren y otros/Comisión, T-117/04, aún no publicada en el Recopilación, en la que el Tribunal de Primera Instancia rechazó la legitimación activa de una asociación y la de sus miembros para impugnar una decisión adoptada al término del procedimiento formal de examen previsto en el artículo 88 CE, apartado 2.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 2006, Air One/Comisión, T-395/04, Rec. p. II-1343.

tanto, interesada en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2. En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia afirmó, para declarar la admisibilidad del recurso, que bastaba con comprobar que la demandante y el beneficiario de la ayuda explotan, directa o indirectamente, una ruta aérea internacional en común y que la demandante tiene intención de desarrollar actividades de servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros con origen o destino en aeropuertos italianos, en particular, en aeropuertos regionales para las que puede competir con el beneficiario.

Por otro lado, en el asunto que dio lugar a la sentencia **British Aggregates/Comisión**,<sup>17</sup> la Comisión, sin abrir el procedimiento formal de examen, había decidido no plantear objeciones contra el impuesto examinado. El Tribunal de Primera Instancia recuerda que, si el demandante cuestiona el fundamento de la decisión de apreciación de la ayuda en sí misma, el mero hecho de que pueda ser considerado interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, no basta para admitir la admisibilidad del recurso. En tal caso, el demandante debe demostrar que goza de una situación particular a efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, antes citada. Ello sucedería, en particular, si su posición en el mercado se viese afectada sustancialmente por la ayuda objeto de la decisión de que se trate. Ahora bien, en el caso de autos, señala el Tribunal de Primera Instancia, la demandante, una asociación de empresas, no se limita a impugnar la negativa de la Comisión a iniciar el procedimiento formal de examen, sino que cuestiona igualmente la procedencia de la Decisión impugnada. Al examinar, por tanto, si la demandante indicó las razones por las que la medida examinada puede afectar sustancialmente la posición de, al menos, uno de sus miembros en el mercado de referencia, el Tribunal de Primera Instancia señala que el objetivo de dicha medida era modificar de manera general el reparto del mercado entre los áridos vírgenes, que se hallan gravados por dicho impuesto, y los productos de sustitución, que están exentos. Por otra parte, dicha medida puede suponer una modificación efectiva de la situación de algunos miembros de la demandante frente a sus competidores, toda vez que se hallan en competencia directa con algunos productores de materiales exentos, que actualmente son competitivos gracias al establecimiento del impuesto ecológico de que se trata. Al poder afectar sustancialmente dicha medida a la situación competitiva de algunos de los miembros de la demandante, procedía declarar la admisibilidad de su recurso.

c) *Afectación directa*

Para que un demandante pueda ser considerado directamente afectado en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto, deben cumplirse dos requisitos. En primer lugar, el acto impugnado debe producir efectos directamente en la situación jurídica del particular. En segundo lugar, dicho acto no debe permitir ninguna facultad de apreciación a sus destinatarios encargados de su ejecución eventual, por tener ésta un carácter puramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria, sin aplicación de otras normas intermedias.<sup>18</sup> Este segundo requisito se cumple cuando la posibilidad que el Estado

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2006, *British Aggregates/Comisión*, T-210/02 (recurrida en casación, C-487/06 P), aún no publicada en la Recopilación.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, *Dreyfus/Comisión*, C-386/96 P, Rec. p. I-2309, apartado 43, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2000, *DSTV/Comisión*, T-69/99, Rec. p. II-4039, apartado 24.

miembro tiene de no aplicar el acto impugnado es meramente teórica, por no existir duda alguna de su voluntad de que se produzcan las consecuencias de dicho acto.<sup>19</sup>

Al aplicar estos principios en la sentencia **Boyle y otros/Comisión**, ya mencionada, el Tribunal de Primera Instancia declaró que una decisión por la que se rechazaban determinadas solicitudes de aumento de los objetivos del programa de orientación plurianual de la flota pesquera de Irlanda («POP IV») afectaba directamente a los propietarios de los buques de que se trata. En la Decisión impugnada, la Comisión, en su calidad de única autoridad competente en la materia, se pronunciaba con carácter definitivo sobre la posibilidad que tienen determinados buques de optar a un aumento de capacidad, en relación con los requisitos de aplicación de la normativa aplicable. Al declarar que los buques pertenecientes a los demandantes no podían optar a dicho aumento, la Decisión impugnada tuvo como efecto directo y definitivo impedir que éstos pudieran beneficiarse de una medida de Derecho comunitario. Las autoridades nacionales no disponen de ninguna facultad de apreciación sobre la ejecución de esta Decisión. El Tribunal de Primera Instancia desestimó, a este respecto, el argumento de que Irlanda podía en teoría conceder a los buques de los demandantes capacidad adicional dentro de los límites del máximo fijado en el marco del POP IV. Según el Tribunal de Primera Instancia, una decisión nacional de este tipo no privaría a la Decisión impugnada de su aplicabilidad automática, porque desde el punto de vista jurídico, no afectaría a la aplicación, en Derecho comunitario, de la Decisión impugnada. Dicha decisión nacional tendría por efecto una nueva modificación de la situación jurídica de los demandantes, que resultaría únicamente de la nueva decisión nacional, y no de la ejecución de la Decisión impugnada.

## B. Reglas de competencia aplicables a las empresas

Este año, el Tribunal de Primera Instancia dictó 26 sentencias en las que se pronunciaba sobre las normas sustantivas que prohíben los acuerdos contrarios a la competencia, entre ellas no menos de 18 sentencias en materia de cárteles.<sup>20</sup> Aparte de los cárteles, el Tribunal de Primera Instancia dictó cuatro sentencias relativas a la aplicación de los artículos 81 CE

<sup>19</sup> Sentencia Dreyfus/Comisión, antes citada, apartado 44.

<sup>20</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, Daiichi Pharmaceutical/Comisión, T-26/02, Rec. p. II-713, y BASF/Comisión, T-15/02, Rec. p. II-497; de 5 de abril de 2006, Degussa/Comisión, T-279/02 (recurrida en casación, C-266/06 P), Rec. p. II-897; de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comisión, T-198/03, Rec. p. II-1429; de 7 de junio de 2006, Österreichische Postsparkasse y Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisión, T-213/01 y T-214/01, Rec. p. II-1601; de 4 de julio de 2006, Hoek Loos/Comisión, T-304/02, aún no publicada en la Recopilación; de 27 de septiembre de 2006, Ferriere Nord/Comisión, T-153/04, Archer Daniels Midland/Comisión (Ácido cítrico), T-59/02 y Archer Daniels Midland/Comisión (Gluconato sódico), T-329/01, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, Jungbunzlauer/Comisión, T-43/02, Akzo Nobel/Comisión, T-330/01, Roquette Frères/Comisión, T-322/01, y Avebe/Comisión, T-314/01, aún no publicadas en la Recopilación; de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, aún no publicada en la Recopilación; de 5 de diciembre de 2006, Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, aún no publicada en la Recopilación; de 13 de diciembre de 2006, FNCBV y otros/Comisión, T-217/03 y T-245/03, aún no publicada en la Recopilación; y de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, aún no publicada en la Recopilación.

y 82 CE,<sup>21</sup> así como cuatro sentencias en las que se pronunciaba sobre cuestiones de fondo relativas al control de las concentraciones.<sup>22</sup>

## 1. Concepto de empresa a efectos de las normas sobre la competencia

En la sentencia **SELEX Sistemi Integrati/Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció sobre un recurso contra la desestimación por la Comisión de una denuncia de SELEX Sistemi Integrati SpA, sociedad que opera en el sector de los sistemas de gestión del tráfico aéreo. Esta denuncia se refería a algunos supuestos incumplimientos de Eurocontrol de las normas sobre la competencia en el ejercicio de su misión de homogeneización en relación con los equipos y sistemas de gestión de la circulación aérea (denominados «ATM»). Se había desestimado debido a que las actividades de Eurocontrol de que se trata no eran de naturaleza económica.

En esta sentencia, el Tribunal de Primera Instancia recuerda en un primer momento que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación. A este respecto, constituye una actividad económica toda actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado.<sup>23</sup> Al aplicar estos principios en un segundo momento, el Tribunal de Primera Instancia declara que la actividad de normalización de Eurocontrol, por lo que se refiere tanto a la elaboración y a la adopción de normas, como la adquisición de prototipos de sistemas ATM y la gestión de derechos de propiedad intelectual que Eurocontrol realiza en dicho ámbito no pueden calificarse de actividades económicas. En cambio, el Tribunal de Primera Instancia señala que las prestaciones de asesoramiento de Eurocontrol a las Administraciones nacionales en forma de asistencia en la redacción de pliegos de condiciones de licitación o en la selección de las empresas participantes en tales licitaciones, constituyen una oferta de servicios en un mercado en el que asimismo podrían actuar algunas empresas privadas especializadas en la materia. Pues bien, el hecho de que una actividad pueda ser realizada por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificarla de actividad empresarial. Además, si bien el hecho de que esta actividad de asistencia no esté retribuida y se realice con un objetivo de interés general constituye un indicio de la existencia de una actividad de carácter no económico, ello no invalida en todos los supuestos la existencia de una actividad económica. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia concluye que la Comisión había considerado erróneamente que las actividades de que se trata no podían calificarse de económicas.

<sup>21</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03; Rec. p. II-1231; de 27 de septiembre de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comisión, T-168/01, y Haladjian Frères/Comisión, T-204/03, aún no publicada en la Recopilación; así como de 12 de diciembre de 2006, SELEX Sistemi Integrati/Comisión, T-155/04, aún no publicada en la Recopilación.

<sup>22</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, T-282/02 (recurrida en casación, C-202/06 P), Rec. p. II-319; de 4 de julio de 2006, easyJet/Comisión, T-177/04, aún no publicada en la Recopilación; de 13 de julio de 2006, Impala/Comisión, T-464/04 (recurrida en casación, C-413/06 P), aún no publicada en la Recopilación; y de 14 de julio de 2006, Endesa/Comisión, T-417/05, aún no publicada en la Recopilación.

<sup>23</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 74.

## 2. Aplicación del Derecho de la competencia al sector agrícola

Mediante Decisión de 2 de abril de 2003,<sup>24</sup> la Comisión impuso unas multas por un importe total de 16,68 millones de euros a las principales federaciones francesas del sector de la carne de vacuno. Estas federaciones, que representan a los agricultores y a los mataderos, fueron sancionadas por haber tomado parte en un acuerdo contrario al Derecho comunitario. Este acuerdo continuó de forma verbal después de finales de noviembre de 2001, fecha en la que se suponía llegaba a su término, y ello pese a una advertencia de la Comisión que llamaba la atención de las federaciones sobre su carácter ilegal. El acuerdo se había celebrado en un contexto económico marcado por la grave crisis del sector bovino a partir de 2000, a raíz del descubrimiento de nuevos casos de encefalopatía espongiiforme bovina, llamada «enfermedad de las vacas locas».

Al pronunciarse en la sentencia **FNCBV y otros/Comisión**, antes citada, sobre el recurso interpuesto contra dicha Decisión, el Tribunal de Primera Instancia, tras haber desestimado concretamente los argumentos de las demandantes de que la Comisión había vulnerado su libertad sindical, consideró que el acuerdo sancionado no podía acogerse a la exención prevista en el Reglamento nº 26 a favor de determinadas actividades relacionadas con la producción y la comercialización de productos agrícolas.<sup>25</sup> Mientras que tal exención sólo es aplicable en el supuesto en que un acuerdo, por un lado, favorezca todos los objetivos del artículo 33 CE y, por otro lado, sea necesario para la consecución de estos objetivos, no ocurría así en el caso de autos: si bien el acuerdo podía considerarse realmente necesario para el objetivo de garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en cambio, podía perjudicar el establecimiento de precios razonables en el suministro al consumidor y no hacía referencia a la estabilización de los mercados.

## 3. Aportaciones en el ámbito del artículo 81 CE

### a) *Aplicación del artículo 81 CE, apartado 1*

El artículo 81 CE, apartado 1, dispone que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

### — **Objeto o efecto contrario a la competencia de los acuerdos**

La sentencia **GlaxoSmithKline Services/Comisión**, que se refiere a los vínculos entre restricción del comercio paralelo y protección de la competencia, contiene aportaciones

<sup>24</sup> Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (Asunto COMP/C.38.279/F3 – Carnes de vacuno francesas) (DO L 209, p. 12).

<sup>25</sup> Reglamento nº 26, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (DO 1962, 30, p. 993; EE 08/01, p. 29).

importantes sobre el concepto de acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia en el sector farmacéutico europeo. Glaxo Wellcome, filial española del grupo GlaxoSmithKline, uno de los principales productores mundiales de productos farmacéuticos, había adoptado nuevas condiciones generales de venta, relativas a los mayoristas de productos farmacéuticos, según las cuales sus medicamentos debían venderse a los mayoristas españoles a precios que variaban en función del sistema nacional de seguro de enfermedad que se encargara de financiarlos y de la comercialización de dichos medicamentos, según se realizara ésta en España o en otro Estado miembro. En la práctica, los medicamentos financiados por otros Estados miembros de la Comunidad debían venderse a un precio superior al de los financiados por España, donde la Administración establece precios máximos. GlaxoSmithKline notificó dichas condiciones generales de venta a la Comisión y ésta, a raíz de la presentación de varias denuncias, señaló que las condiciones de venta en cuestión tenían por objeto y por efecto restringir la competencia.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia estima, no obstante, que no debe considerarse que el objeto de un acuerdo que se celebre para limitar el comercio paralelo es por definición, es decir, con independencia de cualquier análisis de la competencia, restringir la competencia. Si bien es manifiesto que el comercio paralelo goza de una cierta protección, también es cierto que esta protección no se le dispensa en cuanto tal, sino en la medida en que favorece el desarrollo de los intercambios y el refuerzo de la competencia, es decir, en lo que atañe a este segundo aspecto, en la medida en que procura a los consumidores finales las ventajas de una competencia eficaz en términos de abastecimiento o de precios. Por lo tanto, aun cuando deba considerarse en principio que un acuerdo celebrado para limitar el comercio paralelo tiene por objeto restringir la competencia, sólo será efectivamente así si puede presumirse que priva a los consumidores finales de tales ventajas. Ahora bien, en el caso de autos, habida cuenta del contexto jurídico y económico en el que se aplican las condiciones generales de venta de GlaxoSmithKline, no podía presumirse que privasen a los consumidores finales de medicamentos de tales ventajas. Por un lado, los mayoristas, que tienen por función garantizar al comercio al por menor un abastecimiento que se beneficie de la competencia entre productores, son agentes económicos que operan en una fase intermedia de la cadena de valor y pueden conservar la ventaja que proporciona el comercio paralelo en materia de precios, de tal modo que ésta no se repercuta en los consumidores finales. Por otro lado, dado que los precios de los medicamentos de que se trata quedan, en buena medida, al margen del libre juego de la oferta y de la demanda, en virtud de la normativa aplicable, y son determinados o controlados por los poderes públicos, no puede tenerse por acreditada automáticamente la idea de que el comercio paralelo tiende a reducir los precios y, en consecuencia, a incidir favorablemente en el bienestar de los consumidores finales. En estas circunstancias, declara el Tribunal de Primera Instancia, no puede deducirse el carácter restrictivo de la competencia de dicho acuerdo de la sola lectura de sus términos, aun efectuada en su contexto, de tal modo que deben necesariamente considerarse sus efectos.

Al examinar los efectos del acuerdo sobre la competencia, el Tribunal de Primera Instancia rechaza algunos de los análisis realizados por la Comisión sobre este tema en su Decisión, pero señala, sin embargo, que el acuerdo obstaculizaba la presión que, de no haber existido, hubiera sufrido el precio unitario de los medicamentos de que se trata, con lo que

se perjudica a los consumidores finales, en los que se engloba tanto a los pacientes como al sistema nacional de seguro de enfermedad, que actúa por cuenta de sus beneficiarios.

#### — **Grado de prueba requerido**

En la sentencia **Dresdner Bank y otros/Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, habida cuenta del principio general de presunción de inocencia, la existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción. Por lo tanto, es necesario que la Comisión se refiera a pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción. Sin embargo, no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción: basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia. En el caso de autos, los cinco bancos demandantes sostenían que no habían alcanzado acuerdo alguno durante la reunión, que tuvo lugar el 15 de octubre de 1997, sobre el nivel y la estructura de las comisiones de cambio de efectivo que constituyen subdivisiones del euro durante el período transitorio comprendido entre la introducción del euro escritural y la del euro fiduciario. El Tribunal de Primera Instancia examina tanto las pruebas relativas al contexto de dicha reunión de 15 de octubre de 1997 como las pruebas directas relativas a ésta y declara que no tienen fuerza suficiente para permitir considerar, sin que subsista duda razonable alguna sobre el particular, que los bancos presentes celebraron el acuerdo sancionado.

#### — **Obligaciones que incumben a la Comisión durante el examen de un acuerdo**

En la sentencia **O2 (Germany)/Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, para apreciar la compatibilidad de un acuerdo con el mercado común a la luz de la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, es preciso examinar el contexto económico y jurídico en el que se sitúa el acuerdo, su objeto, sus efectos y la incidencia del acuerdo sobre los intercambios intracomunitarios, teniendo en cuenta en particular el contexto económico en el que operan las empresas, los productos o servicios contemplados en el acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado. Además, en un caso como el presente, en el que se admite que el objeto del acuerdo no es contrario a la competencia, procede examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. Para ello, debe considerarse la situación real en la que se habría encontrado la competencia si no existiera el acuerdo objeto del litigio y puede considerarse que no se ha producido una alteración de la competencia cuando se comprueba que dicho acuerdo era realmente necesario para lograr la penetración de una empresa en una zona en la que no intervenía.

Tal enfoque no equivale, según el Tribunal de Primera Instancia, a aplicar una «regla de razón» en el artículo 81 CE, apartado 1, que consistiría en efectuar un balance de los efectos del acuerdo favorables y contrarios a la competencia, sino a tomar en consideración el impacto del acuerdo sobre la competencia actual y potencial así como la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo, aspectos ambos que están intrínsecamente

vinculados. El Tribunal de Primera Instancia añade que tal examen resulta especialmente necesario tratándose de mercados en proceso de liberalización o de mercados emergentes, como es el caso del mercado de las comunicaciones móviles de tercera generación que aquí se analiza, en los que la efectividad de la competencia puede ser problemática debido, por ejemplo, a la presencia de un operador dominante, al carácter concentrado de la estructura del mercado, o a la existencia de importantes barreras de entrada.

En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Decisión impugnada carece de diversos análisis. Por un lado, no contiene una discusión objetiva de la situación de la competencia a falta de acuerdo, lo cual desvirtúa la apreciación de los efectos reales y potenciales del acuerdo sobre la competencia. Para poder apreciar legítimamente en qué medida el acuerdo era necesario para que O2 (Germany) entrase en el mercado de las comunicaciones móviles de tercera generación, la Comisión debía haber examinado con detenimiento la cuestión de si, a falta de acuerdo, la demandante habría estado presente en dicho mercado. Por otra parte, la Decisión no demuestra *in concreto*, en el contexto del mercado emergente de referencia, que las disposiciones del acuerdo relativas a la itinerancia tengan efectos restrictivos sobre la competencia, sino que se limita, a este respecto, a una petición de principio y a afirmaciones generales.

b) *Aplicación del artículo 81 CE, apartado 3*

El artículo 81 CE, apartado 3, prevé que las disposiciones del apartado 1 del mismo artículo podrán ser declaradas inaplicables, en particular, a cualquier acuerdo entre empresas que contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, ni ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En la sentencia **GlaxoSmithKline Services/Comisión**, ya mencionada, la demandante alegaba, concretamente, pruebas dirigidas a demostrar que el comercio paralelo genera una pérdida de eficacia al reducir su capacidad de innovación. Sostenía, así, que el acuerdo controvertido, al afectar al comercio paralelo y mejorar sus márgenes, permitía aumentar dicha capacidad. Pues bien, el examen de la Comisión sobre determinados elementos pertinentes alegados por la demandante no podía considerarse suficiente para fundamentar las conclusiones a las que había llegado la Administración. Efectivamente, la Comisión no podía dejar de examinar si el acuerdo controvertido permitía recuperar la capacidad de innovación de la demandante y generar, de este modo, un incremento de la eficacia para la competencia entre marcas, en la medida en que, en el sector de los medicamentos, el efecto del comercio paralelo sobre la competencia es ambiguo. En efecto, el incremento de la eficacia que puede generar para la competencia intramarca, a la que el marco normativo farmacéutico aplicable en el presente caso deja un papel limitado, debe relacionarse con la pérdida de eficacia que puede generar para la competencia entre marcas. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia anula la Decisión de la Comisión sobre este particular.

#### 4. Aportaciones en el ámbito del artículo 82 CE

Este año, el Tribunal de Primera Instancia sólo se pronunció sobre los requisitos del artículo 82 CE en dos sentencias, relativas ambas a desestimación de denuncia.

Por un lado, en la sentencia **SELEX Sistemi Integrati/Comisión**, ya mencionada a propósito del concepto de empresa, el Tribunal de Primera Instancia señaló que la demandante no había aludido en su denuncia a ningún comportamiento de Eurocontrol, en relación con su actividad asesora de las Administraciones nacionales, en el que concurrieran los requisitos de aplicación del artículo 82 CE, sin que, por lo demás, pareciera existir ninguna relación de competencia entre Eurocontrol y la demandante o cualquier otra empresa que desarrolle su actividad en el sector de que se trata.

Por otro lado, en el asunto que dio lugar a la sentencia **Haladjian Frères/Comisión**, antes citada, la sociedad Haladjian Frères había presentado una denuncia ante la Comisión, en la que alegaba, concretamente, diversas infracciones del artículo 82 CE derivadas supuestamente de la aplicación del sistema de comercialización de piezas de recambio por la sociedad americana Caterpillar. El Tribunal de Primera Instancia declaró que las alegaciones formuladas por la demandante no cuestionaban las apreciaciones de los elementos de hecho y de Derecho efectuadas por la Comisión y que ésta estaba legitimada para desestimar la denuncia de la demandante. Se desestimaron los motivos basados en la supuesta imposición de precios no equitativos, en la limitación de los mercados o incluso en la aplicación de condiciones distintas a prestaciones equivalentes, habida cuenta, en particular, de que el sistema de que se trata no aísla el mercado comunitario, puesto que no prohíbe de hecho ni de Derecho la competencia de piezas importadas a precios inferiores a los precios europeos.

#### 5. Procedimiento para impedir las prácticas contrarias a la competencia

- a) *Interés legítimo de terceras partes y desarrollo de los procedimientos de aplicación de las normas sobre la competencia*

En las sentencias **Österreichische Postsparkasse y Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisión** y **Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión**, antes citadas, el Tribunal de Primera Instancia declara que un cliente final comprador de bienes o servicios, como un partido político cliente de servicios bancarios austriacos, tiene un interés legítimo que le da acceso al pliego de cargos. Un cliente final que acredita que se ha visto perjudicado o que puede verse perjudicado en sus intereses económicos debido a una restricción de la competencia tiene un interés legítimo para presentar una solicitud o una denuncia con objeto de que la Comisión constate una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE. Puesto que las normas encaminadas a asegurar que no se falsee la competencia en el mercado interior tienen la finalidad última de aumentar el bienestar del consumidor, el reconocimiento a tales clientes de un interés legítimo en que la Comisión constate una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE contribuye a la consecución de los objetivos del Derecho de la competencia. En la sentencia **Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/**

**Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia puntualiza, además, que, por un lado, la admisión de una parte interesada como denunciante y la transmisión del pliego de cargos a ésta puede producirse en cualquier fase del procedimiento administrativo y, por otro lado, el derecho a la transmisión del pliego de cargos no puede restringirse, sobre la base de meras sospechas de una eventual utilización abusiva de dicho documento.

b) *Derecho a no declarar contra sí mismo*

La sentencia **Archer Daniels Midland/Comisión (Ácido cítrico)**, antes citada, permitió al Tribunal de Primera Instancia precisar las condiciones en que la Comisión puede utilizar, contra una empresa, la confesión obtenida por una autoridad de un tercer país, sin violar por ello el derecho a no declarar contra sí mismo tal y como se reconoce en el Derecho comunitario.<sup>26</sup> Bayer, uno de los miembros del cártel sancionado, había remitido a la Comisión un informe del Federal Bureau of Investigation (FBI) americano relativo a la declaración de un representante de la demandante ante las autoridades americanas, utilizada después en apoyo del pliego de cargos y, posteriormente, de la Decisión por la que se sanciona a la empresa. En su recurso contra esta Decisión, la demandante sostenía que no había tenido ocasión de alegar su derecho a no declarar contra sí misma, tal y como se reconoce en el Derecho comunitario. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia señala, sin embargo, que ninguna disposición prohíbe que la Comisión utilice como prueba un documento que haya sido elaborado en un procedimiento distinto del tramitado por la propia Comisión. No obstante, declara que, cuando la Comisión se basa en una declaración formulada en un contexto que no es el del procedimiento desarrollado ante ella y cuando dicha declaración puede contener informaciones que la empresa de que se trate habría podido negarse a suministrar, la Comisión está obligada a garantizar a la empresa derechos procedimentales equivalentes a los que confiere el Derecho comunitario. Por tanto, la Comisión está obligada a examinar de oficio si existen a primera vista serias dudas sobre el respeto de los derechos procedimentales de las partes implicadas en el marco del procedimiento en el que éstas formularon tales declaraciones. Cuando no existan tales dudas, procede considerar que los derechos procedimentales de las partes implicadas quedan suficientemente garantizados si la Comisión indica claramente en el pliego de cargos, en su caso adjuntando al mismo los documentos de que se trate, que tiene la intención de basarse en tales declaraciones. En el caso de autos, la Comisión no había vulnerado ninguno de dichos principios, en concreto, porque había adjuntado el informe en cuestión al pliego de cargos y Archer Daniels Midland no había formulado crítica alguna contra la utilización de dicho documento.

c) *Publicidad de los actos y definición de secreto profesional*

En el asunto que dio lugar a la sentencia **Bank Austria Creditanstalt/Comisión**, antes citada, la demandante invocaba, en esencia, la ilegalidad de la publicación de una decisión que imponía unas multas, puesto que la publicación de dicha decisión no era, en dicho

<sup>26</sup> Sobre el derecho a no declarar contra sí mismo, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283.

caso, obligatoria. Sin embargo, en su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia desestima este motivo y declara que facultad de las instituciones de hacer públicos los actos que adoptan constituye la norma. No obstante, existen excepciones a este principio en la medida en que el Derecho comunitario se oponga a la divulgación de dichos actos o de una parte de la información que contienen, en particular mediante las disposiciones que garantizan el respeto del secreto profesional. El Tribunal de Primera Instancia define, acto seguido, el concepto de secreto profesional al declarar que, para que la información esté amparada, por su propia naturaleza, por dicha protección, es necesario, en primer lugar, que sólo la conozca un número restringido de personas. Además, debe tratarse de información cuya divulgación puede causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero. Por último, es necesario que los intereses que la divulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección. La apreciación de la confidencialidad de una información requiere ponderar, pues, por una parte, los intereses legítimos que se oponen a su divulgación y, por otra, el interés general que exige que las actividades de las instituciones comunitarias se desarrollen de la forma más abierta posible. Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia señala que el legislador comunitario ha ponderado el interés general en la transparencia de la acción comunitaria y los intereses que pueden oponérsele en diferentes actos de Derecho derivado, en particular en los Reglamentos nº 45/2001 y nº 1049/2001.<sup>27</sup> Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia establece una correspondencia entre el concepto de secreto profesional y esos dos Reglamentos. En la medida en que tales disposiciones de Derecho derivado prohíban la divulgación pública de información o excluyan el acceso del público a los documentos que la contienen, dicha información debe considerarse amparada por el secreto profesional. En cambio, en la medida en que el público tenga derecho a acceder a documentos que contienen determinada información, ésta no puede considerarse amparada, por su propia naturaleza, por el secreto profesional.

## 6. Multas

En 2006, el Tribunal de Primera Instancia también dictó numerosas sentencias relativas a la legalidad o la adecuación de las multas impuestas por infracción del artículo 81 CE. Las aportaciones más destacadas, este año, se refieren al principio de legalidad de las penas, a la aplicación de las Directrices para el cálculo de las multas, al límite del 10 % del volumen de negocios y a la competencia de jurisdicción plena del Tribunal de Primera Instancia en materia de multas.

### a) *Principio de legalidad de las penas*

En las sentencias **Jungbunzlauer/Comisión** y **Degussa/Comisión**, antes citadas, el Tribunal de Primera Instancia rechazó una excepción de ilegalidad relativa al artículo 15,

<sup>27</sup> Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DO 2001, L 8, p. 1), y Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43).

apartado 2, del Reglamento nº 17<sup>28</sup> mediante la que se invocaba que esta disposición era contraria al principio de legalidad de las penas. Según las demandantes, que habían sido partes en los cárteles de los mercados del ácido cítrico y de la metionina, dicha disposición dota ilegalmente a la Comisión de la facultad discrecional de decidir la conveniencia de imponer la multa y su importe.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el principio de legalidad de las penas, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, suponiendo que el artículo 7, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos sea aplicable a las multas que sancionan las infracciones de las normas sobre la competencia, no exige que los términos de las disposiciones con arreglo a las cuales se imponen esas sanciones sean tan precisos como para que quepa prever con certeza absoluta las consecuencias que puedan derivarse de una infracción de dichas disposiciones. Además, el margen de apreciación de la Comisión en la aplicación de las sanciones, si bien es amplio, no es absoluto, puesto que está limitado por el tope del 10 % del volumen de negocios, por la evaluación de la gravedad y de la duración de las infracciones, por los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, por su práctica administrativa anterior interpretada a la luz del principio de igualdad de trato y, por último, por la autolimitación que la propia Comisión se ha impuesto al adoptar la Comunicación sobre la cooperación y las Directrices para el cálculo de las multas. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia rechazó la excepción de ilegalidad presentada.

#### b) *Directrices*

Aunque la Comisión adoptó el 1 de septiembre de 2006 nuevas Directrices para el cálculo de las multas, las sentencias dictadas, así como los nuevos asuntos interpuestos, sólo se refirieron este año a las Directrices adoptadas en 1998.<sup>29</sup>

Desde un punto de vista general, se reconoce que las Directrices vinculan a la Comisión. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia ha puntualizado en la sentencia **Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión**, antes citada, que tal autolimitación no era incompatible con el mantenimiento de un margen de apreciación sustancial a favor de la Comisión. Por lo tanto, la adopción de las Directrices no ha privado de pertinencia a la jurisprudencia anterior, según la cual, al determinar el importe de las multas que piensa imponer, la Comisión dispone de una facultad de apreciación que le permite tomar o no en consideración determinados hechos, en particular en función de las circunstancias específicas del asunto. En el supuesto de que la Comisión se haya apartado del método expuesto en las Directrices, corresponde al Tribunal de Primera Instancia comprobar si este desvío está legalmente justificado y motivado de modo suficiente en Derecho. Sin

<sup>28</sup> Reglamento nº 17 del Consejo, Primer reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

<sup>29</sup> Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3). Estas Directrices han sido sustituidas por las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003 (DO 2006, C 210, p. 2). Las nuevas Directrices son aplicables a los asuntos en que se notificó un pliego de cargos a partir del 1 de septiembre de 2006.

embargo el Tribunal de Primera Instancia también ha precisado que el margen de apreciación de la Comisión y los límites que ella se ha marcado al respecto no prejuzgan el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena del juez comunitario.

Al extender, en esencia, los mismos principios de interpretación al caso particular de las circunstancias atenuantes, el Tribunal de Primera Instancia puntualizó que, como las Directrices no establecen imperativamente las circunstancias atenuantes que deben ser tenidas en cuenta, es preciso considerar que la Comisión ha conservado un cierto margen para apreciar de forma global la importancia de una eventual reducción del importe de las multas en virtud de las circunstancias atenuantes.

Durante el año 2006, el Tribunal de Primera Instancia continuó aportando precisiones sobre determinadas disposiciones de las Directrices, por ejemplo sobre el concepto de impacto real, en los asuntos **Archer Daniels Midland «Gluconato sódico»** y **Archer Daniels Midland «Ácido cítrico»**; sobre la circunstancia agravante vinculada al papel de líder, en las sentencias **BASF/Comisión** y **Archer Daniels Midland/Comisión (Ácido cítrico)**, antes citadas, así como sobre la circunstancia atenuante vinculada a la interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión en las sentencias **Archer Daniels Midlands/Comisión (Ácido cítrico)** y **Archer Daniels Midland/Comisión (Gluconato sódico)**, antes citadas.

c) *Límite del 10 %*

El Reglamento nº 17 establecía, como también lo hace el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, que, por cada empresa o asociación de empresas que participen en una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

En el asunto que dio lugar a la sentencia **FNCBV y otros/Comisión**, ya mencionada a propósito de la aplicación de las normas sobre la competencia al sector agrícola, la Decisión impugnada estaba viciada por falta de motivación ligada al hecho de que la Comisión no había dedicado pasaje alguno de la Decisión al respeto del límite del 10 % y a los volúmenes de negocios que se han de tener en cuenta para el cálculo de dicho límite. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia declara, por otra parte, que la posibilidad de que la Comisión se apoye, no sobre el volumen de negocios propio de las federaciones, sino sobre el de sus miembros, no se limita a la circunstancia, ya identificada por la jurisprudencia, en que una asociación puede vincular a sus miembros. Es preciso llegar a comprender el poder económico real de una asociación. Por tanto, otras circunstancias específicas pueden justificar que se tengan en cuenta los volúmenes de negocios de los miembros de una asociación, como, por ejemplo, que la infracción cometida por una asociación se refiera a las actividades de sus miembros y que las prácticas se realicen por la asociación directamente en beneficio de éstos y con su colaboración, al no tener la asociación intereses objetivos que presenten un carácter autónomo respecto de los de sus miembros. Pues bien, esto era lo que ocurría en el caso de autos. Las federaciones sancionadas tenían esencialmente la finalidad de defender a sus miembros y de representar los intereses de éstos. El acuerdo controvertido se refería, además, a las actividades de dichos miembros y se había celebrado directamente en su beneficio. Por último, se había puesto en práctica, en concreto,

mediante la celebración de acuerdos locales entre federaciones departamentales y sindicatos agrícolas locales, miembros de las federaciones nacionales sancionadas en el caso de autos.

d) *Ejercicio de la competencia jurisdiccional plena*

En virtud del artículo 17 del Reglamento nº 17 y del artículo 31 del Reglamento nº 1/2003, el Tribunal de Primera Instancia, que conoce de un recurso dirigido contra una decisión por la que se impone una multa, goza de competencia jurisdiccional plena, a efectos del artículo 229 CE, que le permite reducir o aumentar las multas impuestas por la Comisión. Durante el año 2006, el Tribunal de Primera Instancia ejerció dicha competencia en sucesivas ocasiones y de forma diversa.

Así, en los asuntos relativos a los cárteles de las vitaminas, el Tribunal de Primera Instancia ejerció su competencia jurisdiccional plena únicamente para extraer las consecuencias de los vicios que afectan a la legalidad de la decisión. En la sentencia **BASF/Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia estimó que la declaración de la ilegalidad de la apreciación de la Comisión en lo referente a las circunstancias agravantes que condujeron a un incremento de la multa respecto de su importe de partida abría la vía al ejercicio por el juez comunitario de su competencia jurisdiccional plena con vistas a confirmar, suprimir o modificar dicho incremento de la multa a la luz de todas las circunstancias pertinentes del caso de autos. Con carácter más general, al haber sido instado por BASF a ejercer su competencia jurisdiccional plena con independencia de la declaración de una ilegalidad, el Tribunal de Primera Instancia declara que el control que ejerce sobre una decisión mediante la que la Comisión declara una infracción de las normas sobre la competencia e impone multas se limita a la legalidad de dicha decisión, toda vez que la competencia jurisdiccional plena de que dispone sólo puede ejercerse, en su caso, después de la declaración de una ilegalidad de que adolece la decisión y de la que la empresa afectada se queja en su recurso, y con el fin de subsanar las consecuencias de dicha ilegalidad sobre la determinación del importe de la multa impuesta, si es necesario a través de la supresión o la modificación de ésta.

En cambio, en el asunto que dio lugar a la sentencia **Hoek Loos/Comisión**, antes citada, que se refiere al cártel de los gases industriales, el Tribunal de Primera Instancia examinó los argumentos de la demandante desde el punto de vista de la petición de supresión o reducción de la multa que contenían. En este contexto, señaló que la apreciación del carácter proporcionado de la multa impuesta en relación con la gravedad y la duración de la infracción estaba sujeta al control jurisdiccional pleno atribuido al Tribunal de Primera Instancia.<sup>30</sup> Al haber desestimado finalmente todos los motivos, el Tribunal de Primera Instancia concluyó que el importe final de la multa impuesta a la demandante era «totalmente apropiado, ya que ninguna de las circunstancias invocadas por ésta justifica una reducción de dicho importe». Igualmente, en la sentencia **Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declara que,

<sup>30</sup> Véanse, asimismo, las sentencias *Westfalen Gassen Nederland/Comisión*, antes citada, y *Archer Daniels Midland/Comisión*, T-329/01, antes citada, apartado 380.

más allá de su control de la legalidad de una decisión, le corresponde apreciar si procede ejercer su competencia jurisdiccional plena en relación con la multa impuesta a los distintos miembros del cártel. Así, en sucesivas ocasiones, tras haber desestimado un motivo invocado por las demandantes, el Tribunal de Primera Instancia ejerció su competencia jurisdiccional plena para confirmar que la multa impuesta era apropiada.

Por último, en la sentencia **FNCBV y otros/Comisión**, ya mencionada, el Tribunal de Primera Instancia señaló que, como circunstancias atenuantes, la Comisión había tenido en cuenta, por un lado, el hecho de que sancionaba por primera vez un acuerdo celebrado exclusivamente entre federaciones sindicales, referente a un producto agrícola básico y que implicaba a dos eslabones de la cadena de producción y, por otro lado, el contexto económico específico del asunto, marcado, en particular, por la grave crisis del sector bovino desde del año 2000, a raíz del descubrimiento de nuevos casos de la enfermedad de las vacas locas. Por ello, la Comisión había aplicado una reducción del 60 % al importe de las multas impuestas a las demandantes. Al ejercer su competencia jurisdiccional plena, el Tribunal de Primera Instancia estima que dicha reducción, aun siendo importante, no tiene suficientemente en cuenta el carácter excepcional de las circunstancias del caso de autos. Por consiguiente, considera adecuado establecer en el 70 % el porcentaje de reducción de las multas que se ha de conceder a las demandantes y, por lo tanto, aplicar un porcentaje de reducción adicional de un 10 % al importe de la multa.

Cabe destacar, asimismo, que el Tribunal de Primera Instancia examinó en dos asuntos la posibilidad de aumentar la multa impuesta por la Comisión.

Así, en la sentencia **Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión**, antes citada, la Comisión solicitó al Tribunal de Primera Instancia que aumentara el importe de la multa impuesta, debido a que dicho banco había impugnado por primera vez, ante el Tribunal de Primera Instancia, la existencia de una parte de los acuerdos sancionados. El Tribunal de Primera Instancia declara que, a este respecto, es necesario saber si el comportamiento de la demandante obligó a la Comisión, contra toda expectativa que pudiera razonablemente basar en la cooperación de la demandante durante el procedimiento administrativo, a elaborar y presentar una defensa ante el Tribunal de Primera Instancia centrada en la impugnación de las infracciones que legítimamente había considerado aceptadas por la demandante. El Tribunal de Primera Instancia concluyó, en el caso de autos, que no era adecuado un incremento de la sanción habida cuenta de la escasa importancia de los puntos impugnados tanto en relación con el sistema de la Decisión impugnada como con la elaboración de la defensa de la Comisión, que apenas resultó más difícil por el comportamiento de la demandante.

En cambio, en el asunto **Roquette Frères/Comisión**, antes citado, el Tribunal de Primera Instancia incrementó la multa impugnada después de haberla reducido. El Tribunal de Primera Instancia señaló, en un primer momento, que la multa impuesta a la demandante no correspondía a su posición en el mercado del gluconato sódico. Aun cuando no podía formularse reproche alguno contra la Comisión, puesto que ésta había calculado el importe de la multa basándose en una información falta de claridad y equívoca procedente de la demandante, el Tribunal de Primera Instancia decidió, no obstante, corregir dicho defecto de la Decisión y, por lo tanto, reducir la multa. En un segundo momento, el Tribunal de Primera Instancia incrementó la multa en 5.000 euros para tener en cuenta el hecho de

que la demandante, consciente de un posible riesgo de confusión por parte de la Comisión, había comunicado erróneamente su volumen de negocios a raíz de una solicitud de información. Puesto que el Reglamento nº 17 establecía la posibilidad de que la Comisión impusiera una multa de 100 a 5.000 euros si la empresa facilitaba informaciones inexactas en respuesta a una solicitud de información, el Tribunal de Primera Instancia decidió tener en cuenta la negligencia grave de la demandante para incrementar la multa hasta el límite máximo previsto en dicha disposición.

Por último, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció, en esta misma sentencia, sobre las condiciones de ejercicio de su competencia jurisdiccional plena: en virtud de esta competencia, el Tribunal de Primera Instancia puede tomar en consideración elementos complementarios de información no mencionados en la decisión impugnada al apreciar el importe de la multa en función de los motivos invocados por la demandante, apreciación confirmada en la sentencia **Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión**, antes citada. No obstante, puntualizó el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia **Roquette Frères/Comisión**, en vista del principio de seguridad jurídica, esta posibilidad debe limitarse, en principio, a la consideración de elementos de información anteriores a la decisión impugnada y que la Comisión habría podido conocer en el momento de adoptar su decisión. Un enfoque diferente llevaría al Tribunal de Primera Instancia a sustituir a la institución en la apreciación de una cuestión que aún no le corresponde examinar, lo que equivaldría a infringir el sistema de reparto de funciones y el equilibrio institucional entre los poderes judicial y administrativo.

## 7. Aportaciones en el ámbito del control de las concentraciones

Durante el año 2006 se pronunciaron tres sentencias relativas a la aplicación del Reglamento nº 4064/89, sustituido posteriormente por el Reglamento nº 139/2004, y una cuarta sentencia, relativa a la aplicación de este último Reglamento.<sup>31</sup>

### a) *Competencia de la Comisión en materia de control de las concentraciones*

Los Reglamentos nº 4064/89 y nº 139/2004 se aplican sólo a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, que se define concretamente en función de diversos umbrales de volúmenes de negocios relativos a las partes de la operación. Dos sentencias dictadas en 2006 puntualizan la competencia de la Comisión sobre este particular.

En primer lugar, la sentencia **Endesa/Comisión**, antes citada, puntualizó los criterios sobre los que deben calcularse los volúmenes de negocios de las dos partes de una operación de concentración para comprobar su dimensión comunitaria. En este caso, Gas Natural, una sociedad española que opera en el sector de la energía, había notificado a la autoridad

<sup>31</sup> Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1; rectificativos en el DO 1990, L 257, p. 13), derogado por el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1).

española de defensa de la competencia su intención de lanzar una oferta pública de adquisición sobre la totalidad del capital social de Endesa, una sociedad española que opera esencialmente en el sector de la electricidad. Por considerar que, conforme al Reglamento nº 139/2004, la operación tenía una dimensión comunitaria y, por tanto, debía haberse notificado a la Comisión, Endesa había presentado una denuncia ante la Comisión, que, no obstante, había sido desestimada. Endesa impugnó esta Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia sosteniendo, en particular, que la Comisión había evaluado incorrectamente su volumen de negocios.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia señala, concretamente que el Reglamento sobre el control de las concentraciones no obliga expresamente a la Comisión a asegurarse de oficio de que cualquier operación de concentración que no le haya sido notificada no tenga dimensión comunitaria. Sin embargo, si una empresa presenta ante la Comisión una denuncia por considerar que una concentración que no le ha sido notificada tiene tal dimensión, ésta está obligada a pronunciarse sobre el principio de su competencia. Por consiguiente, corresponde al denunciante, en principio, probar la procedencia de su denuncia, si bien queda claro que la Comisión debe efectuar un examen diligente e imparcial de las denuncias que se le presenten y responder de manera motivada a las alegaciones formuladas por el denunciante. Además, la Comisión no puede estar obligada a asegurarse de oficio en cada caso de que las cuentas auditadas que le han sido presentadas reflejan de manera fiel la realidad y a examinar todos los ajustes imaginables. Sólo cuando alguien llama su atención sobre problemas específicos debe examinarlos.

En el caso que nos ocupa, Endesa sostenía, en concreto, que el examen por la Comisión de su volumen de negocios debía haberse basado en las Normas Internacionales de Contabilidad y no en las normas españolas entonces vigentes. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia interpreta el Reglamento nº 139/2004 en el sentido de que obliga a la Comisión a referirse a las cuentas de las empresas relativas al ejercicio anterior, elaboradas y auditadas conforme a la legislación aplicable. Pues bien, en el caso de autos, las normas aplicables en España para las cuentas del ejercicio 2004 eran los principios contables nacionales generalmente aceptados y no los principios contables internacionales que, conforme al Reglamento relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, sólo resultan aplicables a partir del ejercicio 2005.

El Tribunal de Primera Instancia también desestimó las alegaciones de Endesa de que la Comisión debía haber practicado dos ajustes, uno relativo a las operaciones de distribución de Endesa y otro en relación con los intercambios de gas. En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia precisó, en particular, que por cuestiones de seguridad jurídica, el volumen de negocios que ha de tenerse en cuenta para determinar la autoridad competente para conocer de una operación de concentración, en principio, debe definirse a partir de las cuentas anuales publicadas. Por tanto, sólo con carácter excepcional, cuando lo justifican circunstancias particulares, procede practicar determinados ajustes destinados a reflejar mejor la realidad económica de las empresas afectadas. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia desestimó finalmente el recurso de Endesa.

En segundo lugar, la sentencia **Cementbouw Handel & Industrie/Comisión**, antes citada, aporta numerosas precisiones sobre la apreciación por la Comisión del carácter unitario de una operación de concentración realizada por medio de varias transacciones jurídicas.

El recurso se dirigía contra la Decisión por la que la Comisión había autorizado retroactivamente la adquisición de la empresa en participación neerlandesa CVK por el grupo alemán Haniel y por Cementbouw Handel & Industrie (ambos presentes en el negocio de materiales de construcción), tras el compromiso alcanzado por ambas empresas de poner fin a su acuerdo preexistente de agrupación. El asunto suponía una operación compleja, basada esencialmente en dos grupos de transacciones jurídicas distintas, una de las cuales había sido notificada a la autoridad neerlandesa de la competencia, que la aprobó posteriormente. En su recurso, Cementbouw Handel & Industrie impugnaba, en particular, la posibilidad de que la Comisión calificara como operación única a varias transacciones distintas.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia mantiene una interpretación finalista del concepto de concentración, que debe corresponder a la lógica económica perseguida por las partes. Así, declara que tal operación, en el sentido del Reglamento nº 4064/89, puede realizarse incluso mediante una pluralidad de transacciones jurídicas, formalmente distintas, siempre que dichas transacciones –cuyo resultado consista en conferir a una o varias empresas un control económico, directo o indirecto, de la actividad de una o varias empresas distintas– sean interdependientes, en la medida en que no se realizarían las unas sin las otras. En el caso de autos, la Comisión no había incurrido en error al considerar que las transacciones de que se trataba eran realmente interdependientes.

Por otra parte, la Comisión no ignora el reparto de facultades entre las autoridades nacionales de la competencia y la comunitaria realizado por el Reglamento nº 4064/89 cuando examina globalmente, con una transacción ulterior de la que resulta indisoluble, otra transacción que, individualmente, no cumple los criterios de la dimensión comunitaria y fue aprobada por una autoridad nacional de la competencia. En este caso, resulta artificial considerar que la transacción aprobada es independiente desde el punto de vista económico.

b) *Compromisos contraídos para modificar el proyecto inicial de concentración*

El artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89 dispone, en esencia, que la Comisión debe aprobar un proyecto de concentración, en su caso tras las modificaciones practicadas en el proyecto inicial por las empresas interesadas, desde el momento en que la operación es compatible con el mercado común. La Comisión puede acompañar su decisión de condiciones destinadas a garantizar que las empresas cumplan los compromisos que hayan contraído con ella con miras a la compatibilidad de la concentración.

En el asunto que dio lugar a la sentencia **Cementbouw/Comisión**, que acabamos de mencionar, el Tribunal de Primera Instancia vuelve de nuevo sobre la delicada articulación entre principio de proporcionalidad y libertad de las partes para proponer compromisos a fin de eliminar por completo los problemas de competencia identificados por la Comisión. Durante el procedimiento de examen de la concentración de que se trata, las partes, entre ellas la demandante, habían propuesto en primer lugar, un proyecto de compromisos, rechazado por la Comisión, y posteriormente, compromisos definitivos, que sí fueron aceptados.

El Tribunal de Primera Instancia concluye en un primer momento que el proyecto de compromisos no permitía eliminar por completo el problema de competencia identificado por la Comisión. En cuanto a los compromisos definitivos, toda vez que iban más allá del objetivo de restablecimiento de la situación competitiva anterior a la operación, el Tribunal de Primera Instancia declara que la Comisión estaba obligada a tomar nota y a declarar la operación compatible con el mercado común. Por lo tanto, no tenía ni la posibilidad de declarar la incompatibilidad de la concentración con el mercado común, ni la de adoptar una decisión por la que se declarase la compatibilidad de la concentración con el mercado común imponiendo condiciones dirigidas al estricto restablecimiento de la situación competitiva anterior a la operación de concentración distintas de las propuestas por las partes. En particular, el Reglamento nº 4064/89 no prevé que la Comisión pueda condicionar su declaración de compatibilidad de una operación de concentración a requisitos impuestos unilateralmente por ella misma, independientemente de los compromisos contraídos por las partes que realizan la notificación. Por lo tanto, la demandante no podía invocar la vulneración del principio de proporcionalidad por la Comisión, como tampoco podía alegar, en el presente caso, haber propuesto dichos compromisos bajo la presión arbitraria de la Comisión.

c) *Apreciación de la creación de una posición dominante colectiva*

Conforme a la jurisprudencia,<sup>32</sup> es necesario que se cumplan tres requisitos para que pueda crearse, como consecuencia de una operación de concentración, una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste. En primer lugar, el mercado debe ser suficientemente transparente para que las empresas que coordinan su comportamiento puedan conocer en suficiente medida si se respetan las condiciones de la coordinación. En segundo lugar, es necesario que exista una forma de mecanismo de disuasión en el supuesto de que una conducta se desvíe. En tercer lugar, las reacciones de empresas que no participan en la coordinación, como los competidores actuales o futuros, y las reacciones de los clientes no deben poder cuestionar los resultados esperados de la coordinación.

La sentencia **Impala/Comisión**, antes citada, precisa las obligaciones que incumben a la Comisión, por lo que respecta al riesgo de creación de una posición dominante colectiva, cuando declara que una concentración es compatible con el mercado común. En este asunto, Bertelsman y Sony, dos sociedades que operan en los medios de comunicación, notificaron a la Comisión un proyecto de concentración dirigido a reagrupar sus actividades mundiales en materia de música grabada bajo el nombre de Sony BMG. En un primer momento, la Comisión había informado a las partes de que había llegado provisionalmente a la conclusión de que la concentración era incompatible con el mercado común, puesto que, concretamente, había reforzado una posición dominante colectiva en el mercado de la música grabada. Sin embargo, tras haber oído a las partes, la Comisión autorizó la operación. Impala, una asociación internacional que agrupa a sociedades independientes de producción musical, solicitó entonces al Tribunal de Primera Instancia que anulara esta Decisión.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 62.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia recuerda, apoyándose en la jurisprudencia resultante de la sentencia *Airtours/Comisión*, antes citada, que, en el marco del Reglamento n° 4064/89, por lo que respecta al riesgo de creación de una posición dominante colectiva, la Comisión está obligada a basar su apreciación en un análisis prospectivo del mercado de referencia, que requiere un pronóstico delicado en cuanto al desarrollo probable del mercado y de las condiciones de competencia. En cambio, la declaración no de un riesgo de posición dominante colectiva, sino de la existencia de tal posición reposa sobre un análisis concreto de la situación existente en el momento de adoptar la decisión. Por consiguiente, si bien es verdad que los tres requisitos identificados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia *Airtours/Comisión* son necesarios por igual para apreciar la existencia de una posición dominante colectiva, pueden establecerse indirectamente sobre la base de un conjunto de indicios y de elementos de prueba relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la presencia de una posición dominante colectiva. En particular, una alineación ajustada de los precios durante un período prolongado, sobre todo si son superiores a los precios correspondientes normalmente a una situación competitiva, junto con otros factores típicos de una posición dominante colectiva, puede bastar, a falta de otra explicación razonable, para demostrar la existencia de tal posición, aun cuando no haya siquiera pruebas directas sólidas de una gran transparencia del mercado, puesto que ésta puede presumirse en tales circunstancias. Sin embargo, como la demandante se había limitado, en el caso de autos, a invocar un incumplimiento de los requisitos definidos en la sentencia *Airtours/Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia efectuó una comprobación del cumplimiento de dichos requisitos.

En el caso que nos ocupa, por lo que respecta al refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente en el mercado de la música grabada, el Tribunal de Primera Instancia señala que, según la Decisión, la falta de posición dominante colectiva en dicho mercado puede deducirse de la heterogeneidad del producto de que se trata, de la falta de transparencia del mercado y de la falta de medidas de represalia entre las cinco sociedades más grandes que operan en el mercado. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia declara que la tesis de que los mercados de la música grabada no son suficientemente transparentes para permitir una posición dominante colectiva, por un lado, no está motivada de modo suficiente en Derecho y, por otro lado, adolece de un error manifiesto de apreciación en la medida en que los elementos en los que se basa son incompletos y no incluye el conjunto de datos pertinente que la Comisión debió haber tomado en consideración, y no pueden sustentar las conclusiones que de ellos se desprenden. Además, el Tribunal de Primera Instancia destaca que la Comisión se basó en la falta de prueba del ejercicio de medidas de represalia en el pasado, mientras que, según la jurisprudencia, basta la mera existencia de mecanismos de disuasión eficaces. En efecto, si las sociedades se adecuan a la política común, no procede recurrir al ejercicio de sanciones. En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia precisa que, en el presente caso, parecen existir medios de disuasión creíbles y eficaces, en particular, la posibilidad de sancionar a la casa de discos que se desvía de la línea general excluyéndola de las recopilaciones. Además, aun suponiendo que el examen adecuado a este respecto consista en comprobar si tales medios de represalia se ejercieron en el pasado, el examen que realizó la Comisión era insuficiente.

Por otra parte, en lo referente a la posible creación de una posición dominante colectiva tras la fusión en los mercados de la música grabada, el Tribunal de Primera Instancia

reprocha a la Comisión haber realizado un examen excesivamente sucinto y haber presentado, en la Decisión, sólo algunas observaciones superficiales y formales sobre el particular. El Tribunal de Primera Instancia estima, además, que la Comisión no podía basarse, sin incurrir en error, en la falta de transparencia del mercado o en la falta de prueba del ejercicio de medidas de represalia en el pasado para concluir que la concentración no era susceptible de crear una posición dominante colectiva. El examen de la creación de una posición dominante colectiva reposa en una apreciación prospectiva que debía llevarla a no basarse solamente en la situación existente. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión impugnada.

## C. Ayudas de Estado

### 1. Normas sustantivas

El artículo 87 CE, apartado 1, dispone que, salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Como confirmó el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia **Le Levant 001 y otros/ Comisión**,<sup>33</sup> la calificación de ayuda exige que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición, y la obligación de motivación que incumbe a la Comisión también debe cumplirse respecto de cada uno de dichos requisitos. La ayuda de que se trata en este caso se inscribía en el marco de las medidas de reducción de impuestos por la realización de determinadas inversiones en ultramar, inicialmente establecidas por la Ley francesa de 11 de julio de 1986, respecto de la que la Comisión no había planteado objeciones basadas en el artículo 87 CE. La operación consistía en garantizar, de conformidad con dicha Ley y durante un período de unos siete años, la financiación y explotación del buque de cruceros «Le Levant» por una serie de inversores, personas físicas, que actuaban a través de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales (EURL), constituidas exclusivamente con ese objeto y agrupadas en una copropiedad marítima.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia señala que la Decisión impugnada no permite comprender de qué forma la ayuda de que se trata cumple tres de los cuatro requisitos establecidos en el artículo 87 CE, apartado 1. En primer lugar, en lo que atañe al perjuicio a los intercambios entre los Estados miembros, el Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión no precisa de qué forma la ayuda de que se trata puede afectar a dichos intercambios, cuando la explotación del buque debía realizarse en San Pedro y Miquelón, que no forma parte del territorio comunitario. En segundo lugar, en lo referente a la ventaja otorgada al beneficiario de la ayuda y al carácter selectivo de dicha ventaja, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Decisión impugnada no permite comprender

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de febrero de 2006, *Le Levant 001 y otros/Comisión*, T-34/02, Rec. p. II-267.

cuáles son los motivos por los que la ayuda en cuestión favorece a los inversores privados. En tercer lugar, por lo que respecta a los efectos de dicha ayuda sobre la competencia, el Tribunal de Primera Instancia destaca que la Decisión impugnada no incluye información que permita determinar de qué manera y en qué mercado la ayuda afectó o pudo afectar a la competencia. Por esta falta de motivación concretamente, el Tribunal de Primera Instancia anula la Decisión de la Comisión.

Cabe destacar, a este respecto, que el Tribunal de Primera Instancia también señaló una insuficiencia o una falta de motivación que conduce a la anulación parcial o total de la Decisión impugnada en sus sentencias **Ufex y otros/Comisión, Lucchini/Comisión e Italia y Wam/Comisión**.<sup>34</sup>

Aunque el Tribunal de Primera Instancia se haya pronunciado este año sobre muchos otros aspectos del régimen de las ayudas de Estado, nos limitaremos a mencionar, por último, el asunto que dio lugar a la sentencia **British Aggregates/Comisión**, en el que el Tribunal de Primera Instancia examina la capacidad de la medida nacional para conferir una ventaja selectiva en beneficio exclusivo de algunas empresas o de determinados sectores de actividad.<sup>35</sup>

En el caso que nos ocupa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte había creado un impuesto ecológico que grava, en principio, la comercialización de los áridos vírgenes –es decir, de los materiales granulosos de primera extracción utilizados en el sector de la construcción y en las obras públicas– y cuyo objetivo consiste en utilizar al máximo posible los áridos reciclados u otros materiales de sustitución, en relación con los áridos vírgenes, en promover su utilización racional y en garantizar la internalización de los costes medioambientales de la extracción de áridos que son objeto del impuesto de conformidad con el principio de quien contamina paga. Ante tal medida fiscal, el Tribunal de Primera Instancia comprobó si la Comisión había estimado acertadamente que la diferenciación introducida por la medida considerada dependía de la naturaleza o del sistema del régimen general aplicable. Si resulta que una diferenciación se funda en unas finalidades que no son las perseguidas por el régimen general se considera, en principio, que la medida controvertida cumple el requisito de selectividad establecido en el artículo 87 CE, apartado 1.

Según el Tribunal de Primera Instancia, un impuesto medioambiental, o impuesto ecológico, es una medida fiscal autónoma caracterizada por su finalidad medioambiental y su base imponible específica. Establece la tributación de determinados bienes o servicios para incluir los costes medioambientales en su precio y/o hacer que los productos reciclados sean más competitivos y orientar a los productores y los consumidores hacia actividades más respetuosas del medio ambiente. Pues bien, los Estados miembros, competentes en materia

<sup>34</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 7 de junio de 2006, *Ufex y otros/Comisión*, T-613/97, Rec. p. II-1531; de 19 de septiembre de 2006, *Lucchini/Comisión*, T-166/01, aún no publicada en la Recopilación, y de 6 de septiembre de 2006, *Italia y Wam/Comisión*, T-304/04 y T-316/04 recurrida en casación, no publicada en la Recopilación.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2006, *British Aggregates/Comisión*, T-210/02 (recurrida en casación, C-487/06 P). También se refiere a la cuestión de la selectividad de las ayudas la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de enero de 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall y otros/Comisión*, T-92/02 (recurrida en casación, C-176/06 P), no publicada en la Recopilación.

de política medioambiental, pueden establecer impuestos ecológicos sectoriales con el fin de alcanzar determinados objetivos medioambientales. En la ponderación de los diversos intereses contrapuestos, los Estados miembros pueden, en particular, definir sus prioridades en materia de protección del medioambiente y determinar, en consecuencia, los bienes o servicios que deciden someter a un impuesto ecológico. De ello se deduce que, en principio, la mera circunstancia de que un impuesto ecológico constituya una medida aislada, que recae sobre determinados bienes o servicios específicos y que no puede trasladarse a un régimen general de tributación aplicable a todas las actividades similares que tengan un impacto comparable sobre el medioambiente, no permite considerar que las actividades similares, no sujetas a ese impuesto ecológico, gozan de una ventaja selectiva. En el caso de autos, la Comisión no había traspasado los límites de su facultad de apreciación al considerar que el ámbito de aplicación del impuesto de que se trata podía justificarse por perseguir la consecución de los objetivos medioambientales contemplados y, por lo tanto, que dicho impuesto no constituía una ayuda de Estado.

## 2. Cuestiones de procedimiento

### a) *Derecho de los interesados a presentar observaciones*

En dos sentencias dictadas en 2006, el Tribunal de Primera Instancia insistió en la precisión que ha de incorporar una decisión de incoar el procedimiento para permitir que terceros presenten observaciones.

En primer lugar, en la sentencia **Le Levant 001 y otros/Comisión**, ya mencionada, el Tribunal de Primera Instancia puntualiza las obligaciones de la Comisión que se derivan del artículo 88 CE, apartado 2, por lo que respecta a las garantías procesales de las personas afectadas por una decisión que declara la incompatibilidad de una medida nacional con el artículo 87 CE, apartado 1. El Tribunal de Primera Instancia declara que la identificación del beneficiario de la ayuda constituye necesariamente una de las principales cuestiones de hecho y de Derecho que deben ser expuestas en la decisión de incoación siempre que ello sea posible en esa fase del procedimiento, ya que tal identificación es la base sobre la que la Comisión podrá adoptar una decisión de recuperación. Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia observa en el caso de autos que la decisión de incoación no mencionaba a los inversores en calidad de posibles beneficiarios de la ayuda en cuestión, sino que, por el contrario, daba a entender que dicho beneficiario era el gestor de la copropiedad, al que se refería como operador y futuro propietario del buque. El Tribunal de Primera Instancia concluye que, al no dar a los inversores privados la posibilidad de poder formular eficazmente sus observaciones, la Comisión infringió el artículo 88 CE, apartado 2, y el principio general de Derecho comunitario que exige que cualquier persona contra la que pueda adoptarse una decisión lesiva tenga la posibilidad de expresar eficazmente su punto de vista sobre los elementos considerados en su contra por la Comisión para fundamentar la decisión controvertida.

En segundo lugar, en la sentencia **Kuwait Petroleum (Nederland)/Comisión**,<sup>36</sup> el Tribunal de Primera Instancia puntualiza que la Comisión no está obligada a presentar un análisis

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 31 de mayo de 2006, *Kuwait Petroleum (Nederland)/Comisión*, T-354/99, Rec. p. II-1475.

detallado sobre la ayuda en cuestión en la comunicación de incoación del procedimiento. Sin embargo, sí es necesario que defina suficientemente el marco del examen que ha efectuado para no dejar sin contenido el derecho de los interesados a presentar observaciones. En el caso de autos, la idea fundamental que permitía identificar a los beneficiarios estaba presente en la comunicación, de modo que la Comisión, dentro de lo que le permitían sus recursos, cumplía correctamente con la tarea que le incumbía de permitir a los interesados que presentaran eficazmente sus observaciones en el procedimiento formal de examen de la ayuda.

b) *Invocación ante el Tribunal de Primera Instancia de elementos de hecho no mencionados durante la fase administrativa ante la Comisión*

En dos sentencias pronunciadas este año, el Tribunal de Primera Instancia completó su jurisprudencia que limita el derecho de un demandante a invocar ante él elementos de los que no disponía la Comisión en la fase administrativa.<sup>37</sup>

Así, en la sentencia **Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comisión**,<sup>38</sup> el Tribunal de Primera Instancia declaró que un demandante que no haya participado en el procedimiento administrativo no puede invocar elementos de los que la Comisión no tuvo conocimiento durante dicha fase, a pesar de ser designado nominalmente durante este procedimiento como beneficiario de la ayuda en cuestión y de que la Comisión hubiera invitado a las autoridades alemanas y a las partes eventualmente interesadas a aportar pruebas sobre algunos hechos. En efecto, cuando la Comisión ha ofrecido efectivamente a los interesados la posibilidad de presentar sus observaciones, no puede reprochársele que no haya tenido en cuenta eventuales elementos de hecho que podrían haberle sido presentados durante el procedimiento administrativo previo, pero que no lo fueron, puesto que la Comisión no está obligada a examinar de oficio y por suputación qué elementos podrían haberse presentado.

En el mismo sentido, el Tribunal de Primera Instancia señaló, en la sentencia **Ter Lembeek/Comisión**,<sup>39</sup> que, a pesar de que la demandante tenía perfecto conocimiento de la incoación del procedimiento de investigación formal, así como de la necesidad y la importancia que para ella tenía facilitar determinada información, había decidido no tomar parte en dicho procedimiento, sin por otra parte haber alegado que la decisión de incoación estuviera insuficientemente motivada para permitirle ejercer eficazmente sus derechos. En tales circunstancias, la demandante no podía ni alegar por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia datos que la Comisión desconocía cuando adoptó la Decisión impugnada, ni invocar, so pena de que se declarase su inadmisibilidad, un motivo basado únicamente en datos que la Comisión desconocía cuando adoptó la Decisión impugnada.

<sup>37</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de enero de 2004, Fleuren Compost/Comisión, T-109/01, Rec. p. II-127, apartados 50 y 51, y de 11 de mayo de 2005, Saxonia Edelmetalle y Zemag/Comisión, T-111/01 y T-133/01, apartados 67 a 70, Rec. p. II-1579.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 2006, Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comisión, T-17/03, Rec. p. II-1139.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de noviembre de 2006, Ter Lembeek/Comisión, T-217/02, aún no publicada en la Recopilación.

c) *Plazo razonable*

En el asunto que dio lugar a la sentencia **Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión**,<sup>40</sup> la fase previa de examen, prevista en el artículo 88 CE, apartado 3, había durado casi veintiocho meses. El Tribunal de Primera Instancia declaró que, puesto que para apreciar si la duración de un procedimiento de examen preliminar resulta razonable, en el sentido del artículo 88 CE, apartado 3, es preciso tener en cuenta las circunstancias propias de cada asunto, en el caso que nos ocupa, ni el volumen de los documentos presentados por las demandantes a la Comisión, ni las demás circunstancias del asunto justificaban la duración del examen preliminar llevado a cabo por la Comisión. Sin embargo, a falta de otras circunstancias cuya existencia no fue demostrada por las demandantes, el mero hecho de haber adoptado una decisión en un plazo que va más allá de lo razonable no basta, según consideró el Tribunal de Primera Instancia, para hacer ilegal una decisión adoptada por la Comisión. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso de anulación.

## D. Marca comunitaria

También este año han sido muy numerosas las resoluciones que aplican el Reglamento nº 40/94<sup>41</sup>. El número de asuntos de marcas resueltos (90) representa así el 20 % de los asuntos terminados por el Tribunal de Primera Instancia en 2006.

### 1. Motivos de denegación absolutos de registro

Del total de ocho sentencias que resolvieron sobre el fondo de los asuntos relativos a motivos de denegación absolutos de registro, el Tribunal de Primera Instancia pronunció dos anulaciones.<sup>42</sup> La jurisprudencia del año 2006 se refiere esencialmente a los motivos de denegación absolutos basados en la falta de carácter distintivo o de carácter descriptivo [artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento nº 40/94]. Por ejemplo, se declararon descriptivos o carentes de carácter distintivo la forma de una botella de plástico para bebidas, condimentos y alimentos líquidos; el signo WEISSE SEITEN, concretamente para determinados soportes de registro y productos relacionados con el papel, así como una forma oblonga que evoca la de una madeja o una espiral para determinados productos alimenticios.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión, T-95/03, aún no publicada en la Recopilación.

<sup>41</sup> Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1).

<sup>42</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2006, Freixenet/OAMI (Forma de una botella esmerilada negra mate), T-188/04, y Freixenet/OAMI (Forma de una botella esmerilada blanca), T-190/04, no publicadas en la Recopilación.

<sup>43</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, Develey/OAMI (Forma de una botella de plástico), T-129/04 (recurrida en casación, C-238/06 P), Rec. p. II-811; de 16 de marzo de 2006, Telefon & Buch/OAMI – Herold Business Data (Weisse Seiten), T-322/03, Rec. p. II-835, y de 31 de mayo de 2006, De Waele/OAMI (Forma de salchicha), T-15/05, Rec. p. II-1511.

## 2. Motivos de denegación relativos de registro

Una vez más, la jurisprudencia de este año se reveló muy rica sobre este particular. Por ejemplo, cabe mencionar las precisiones aportadas sobre las relaciones entre carácter distintivo y notoriedad en la sentencia **Vitakraft-Werke Wührmann/OAMI – Johnson’s Veterinary Products (VITACOAT)**, o sobre la apreciación *ratione temporis* del conflicto entre dos marcas en la sentencia **MIP Metro/OAMI – Tesco Stores (METRO)**.<sup>44</sup> Sin embargo sólo se presentarán aquí las novedades relativas, por un lado, al concepto de «familia de marcas» y, por otro lado, al alcance de la protección conferida por un uso efectivo de una marca.

### a) Concepto de «familia de marcas»

En la sentencia **Ponte Finanziaria/OAMI – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE)**, el Tribunal de Primera Instancia precisó la pertinencia del concepto de «familia de marcas» para la apreciación del riesgo de confusión.<sup>45</sup> En este asunto, la demandante sostenía que las marcas anteriores, todas ellas caracterizadas por la presencia del mismo componente denominativo, «bridge», constituían una «familia de marcas» o «marcas de serie». Según ella, tal circunstancia podía crear un riesgo objetivo de confusión. Para el Tribunal de Primera Instancia, aunque el Reglamento nº 40/94 no contemple el concepto de «marcas de serie», el riesgo de confusión debe apreciarse, no obstante, globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes. Añadió que constituye tal factor pertinente a efectos de la apreciación de la existencia de un riesgo de confusión el hecho de que una oposición a una solicitud de marca comunitaria se base en varias marcas anteriores y estas marcas tengan unas características que permiten que se considere que forman parte de una misma «serie» o «familia». Esto puede suceder, especialmente, bien cuando reproducen íntegramente un mismo elemento distintivo con el añadido de un elemento figurativo o denominativo que las diferencia una de otra, bien cuando se caracterizan por la repetición de un mismo prefijo o sufijo extraído de una marca originaria. En tales supuestos, en efecto, puede suscitarse un riesgo de confusión por la posibilidad de asociación entre la marca solicitada y las marcas anteriores que forman parte de la serie, cuando la marca solicitada tiene con éstas similitudes que pueden inducir al consumidor a creer que forma parte de esa misma serie y, por ello, que los productos que designa tienen el mismo origen comercial que los cubiertos por las marcas anteriores o un origen relacionado.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia limitó esta solución a los supuestos en los que se cumplen cumulativamente dos requisitos. En primer lugar, el titular de una serie de registros anteriores debe aportar prueba del uso de todas las marcas que forman la serie o, por lo menos, de un número de marcas que pueda constituir una «serie». En segundo

<sup>44</sup> Véanse, respectivamente, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2006, *Vitakraft-Werke Wührmann/OAMI – Johnson’s Veterinary Products (VITACOAT)*, T-277/04, y de 13 de septiembre de 2006, *MIP Metro/OAMI – Tesco Stores (METRO)*, T-191/04 (recurrida en casación, C-493/06 P), aún no publicadas en la Recopilación.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 2006, *Ponte Finanziaria/OAMI – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE)*, T-194/03 (recurrida en casación, C-234/06 P), Rec. p. II-445.

lugar, además de ser similar a las marcas pertenecientes a la serie, la marca solicitada debe tener también características que puedan relacionarla con la serie. El Tribunal de Primera Instancia puntualiza que no sería éste el caso, por ejemplo, cuando el elemento común a las marcas de serie anteriores se utilice en la marca solicitada en una posición diferente de aquella en la que figura habitualmente en las marcas que pertenecen a la serie o con un contenido semántico distinto. En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia señaló que no se cumplía, por lo menos, el primero de esos dos requisitos, porque la demandante únicamente había probado la presencia en el mercado de dos marcas anteriores de la serie invocada.

b) *Alcance de la protección conferida por un uso efectivo de la marca*

El artículo 15, apartado 1, del Reglamento nº 40/94 dispone que si, en un plazo de cinco años a partir del registro, la marca comunitaria no hubiere sido objeto de un uso efectivo en la Comunidad por el titular para los productos o los servicios para los cuales esté registrada, o si tal uso hubiera sido suspendido durante un plazo ininterrumpido de cinco años, la marca comunitaria quedará sometida a las sanciones señaladas en el presente Reglamento, salvo que existan causas justificativas para su falta de uso. El segundo apartado de dicha disposición establece que también tendrá la consideración de uso efectivo el empleo de la marca comunitaria en una forma que difiera en elementos que no alteren el carácter distintivo de la marca en la forma bajo la cual ésta se halle registrada.

Además, según el artículo 43, apartado 2, del Reglamento nº 40/94, a instancia del solicitante, el titular de una marca comunitaria anterior que hubiere presentado oposición debe presentar la prueba de que, en el curso de los cinco años anteriores a la publicación de la solicitud de marca comunitaria, la marca comunitaria anterior ha sido objeto de un uso efectivo en la Comunidad para los productos o los servicios para los cuales esté registrada y en los que se base la oposición, o de que existan causas justificativas para la falta de uso, con tal de que en esa fecha la marca anterior estuviera registrada desde hacía al menos cinco años. Siempre según dicha disposición, si la marca comunitaria anterior sólo se hubiere utilizado para una parte de los productos o de los servicios para los cuales esté registrada, sólo se considerará registrada, a los fines del examen de la oposición, para esa parte de los productos o servicios. El tercer apartado del artículo 43 del Reglamento nº 40/94 extiende la aplicación de estos principios al supuesto de las marcas nacionales anteriores.

Pues bien, en la sentencia **Ponte Finanziaria/OAMI**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció sobre una alegación de la demandante basada en el concepto de «marca defensiva». Este concepto permite, en el Derecho italiano, establecer una excepción a la regla de la caducidad de la marca por falta de uso en el supuesto de que el titular de la marca no utilizada sea titular, a la vez, de otra u otras marcas similares todavía en vigor, de las que al menos una sea utilizada para designar los mismos productos o servicios.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el régimen de protección de la marca comunitaria carece del concepto de «marca defensiva», que impone, como condición esencial para el reconocimiento de los derechos vinculados a las marcas, el uso efectivo de un signo en el comercio para los productos o servicios de que se trate. El Tribunal de Primera Instancia precisó, a este respecto, que los registros defensivos no están

comprendidos entre las «causas justificativas» de la falta de uso, contempladas en el artículo 43, apartado 2, del Reglamento nº 40/94. En efecto, este concepto se refiere a la existencia de obstáculos para la utilización de la marca o a situaciones en las que su explotación comercial se revele excesivamente onerosa, habida cuenta del conjunto de circunstancias pertinentes del caso. Ocurriría así, por ejemplo, cuando una normativa nacional impone restricciones a la comercialización de los productos designados por la marca. Por el contrario, no sería el caso de una disposición nacional que permite que se presenten como marcas signos que no van a ser utilizados en el comercio por su función puramente defensiva respecto a otro signo que es objeto de explotación comercial.

El concepto de «marca defensiva» tampoco está contemplado por la posibilidad, para el titular de una marca, de demostrar un uso efectivo aportando la prueba de que se utiliza en el comercio en una forma ligeramente diferente a la forma bajo la cual se efectuó el registro. Según el Tribunal de Primera Instancia, el objeto del artículo 15, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 40/94 es permitir al titular de una marca aportar al signo, a la hora de su explotación comercial, las variaciones que, sin modificar su carácter distintivo, permitan adaptarlo mejor a las exigencias de comercialización y promoción de los productos o servicios de que se trate. El ámbito de aplicación material de esta disposición debe considerarse limitado a las situaciones en las que el signo concretamente utilizado por el titular de una marca constituye la forma bajo la que dicha marca se explota comercialmente. En cambio, dicha disposición no permite al titular de una marca registrada eludir la obligación que le corresponde de hacer uso de dicha marca invocando en su beneficio la utilización de una marca similar que es objeto de un registro distinto.

### 3. Cuestiones de forma y de procedimiento

Del principio de la continuidad funcional entre los órganos de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) se desprende que, en el ámbito de aplicación del artículo 74, apartado 1, del Reglamento nº 40/94 (que obliga, en un procedimiento sobre motivos de denegación relativos de registro a limitar el examen a los medios alegados y a las solicitudes presentadas por las partes), la Sala de Recurso está obligada a basar su resolución en todas las razones de hecho y de Derecho que la parte interesada haya presentado en el procedimiento ante la unidad que haya resuelto en primera instancia o en el procedimiento de recurso, con la única salvedad prevista en el artículo 74, apartado 2, del Reglamento nº 40/94 (a saber, la imposibilidad de que la OAMI tenga en cuenta los hechos que las partes no hubieren alegado o las pruebas que no hubieren presentado dentro de plazo).<sup>46</sup>

El Tribunal de Primera Instancia continuó este año puntualizando el alcance de su jurisprudencia, aclarando el objeto del examen que ha de realizar la Sala de Recurso, tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico.

Por un lado, en lo referente al examen fáctico de la Sala de Recurso, en las sentencias **La Baronia de Turis/OAMI – Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE)** y **Caviar**

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2003, Henkel/OAMI – LHS (UK) (KLEENCARE), T-308/01, Rec. p. II-3253, apartado 32.

**Anzali/OAMI – Novomarket (Asetra)**, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la Sala de Recurso dispone de las mismas competencias que la instancia que adoptó la resolución impugnada y que su examen se extiende a la totalidad del litigio, tal como se presenta el día en que ella se pronuncia.<sup>47</sup> Por consiguiente, el control ejercido por las Salas de Recurso no se limita al de la legalidad de la resolución impugnada, sino que, en virtud del efecto devolutivo del procedimiento de recurso, implica una nueva apreciación del litigio en su conjunto, debiendo las Salas de Recurso reexaminar íntegramente la demanda inicial y tener en cuenta las pruebas presentadas ante ellas en el momento oportuno. El Tribunal de Primera Instancia declaró entonces que, si bien el apartado 2 del artículo 74 del Reglamento n° 40/94 confiere a la OAMI, con carácter facultativo, la potestad de no tener en cuenta las pruebas que las partes no hayan presentado «en el momento oportuno», este concepto debe interpretarse en el marco de un procedimiento ante una Sala de Recurso en el sentido de que se refiere al plazo establecido para la interposición del recurso y a los plazos señalados durante el procedimiento de que se trate. Al aplicarse dicho concepto en el marco de cada uno de los procedimientos pendientes ante la OAMI, el transcurso de los plazos señalados por la unidad que resuelve en primera instancia para aportar pruebas carece de relevancia para determinar si éstas fueron aportadas «en el momento oportuno» ante la Sala de Recurso. Así pues, la Sala de Recurso está obligada a tomar en consideración las pruebas presentadas ante ella, independientemente de que hayan sido presentadas o no ante la División de Oposición. En el caso de autos, toda vez que los documentos controvertidos se habían aportado como anexo del escrito ante la Sala de Recurso, dentro del plazo de cuatro meses establecido en el artículo 59 del Reglamento n° 40/94, su presentación no podía considerarse tardía con arreglo al artículo 74, apartado 2, del Reglamento n° 40/94.

No obstante, el Tribunal de Primera Instancia declaró que procedía examinar las conclusiones que debían extraerse de este error de Derecho, puesto que una irregularidad de procedimiento sólo supone la anulación en su totalidad o en parte de una decisión si se prueba que, sin esa irregularidad, la decisión impugnada habría podido tener un contenido diverso. En el caso de autos, recordando que no le correspondía sustituir a la OAMI a la hora de apreciar los elementos del litigio, el Tribunal de Primera Instancia consideró que no podía excluirse que las pruebas que la Sala de Recurso se negó indebidamente a tomar en consideración pudiesen modificar el contenido de la resolución impugnada. Por lo tanto, anuló la resolución impugnada.<sup>48</sup>

Por otro lado, por lo que respecta al examen jurídico que debe realizar la Sala de Recurso, el Tribunal de Primer Instancia puntualizó, en la sentencia **DEF-TEC Defense Technology/OAMI – Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR)**, que éste, en principio, no queda determinado exclusivamente por los motivos invocados por la parte que haya interpuesto el recurso.<sup>49</sup> Por lo tanto, aunque la parte que haya

<sup>47</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 2006, La Baronía de Turis/OAMI – Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE), T-323/03, y de 11 de julio de 2006, Caviar Anzali/OAMI – Novomarket (Asetra), T-252/04, aún no publicadas en la Recopilación.

<sup>48</sup> Véase, en relación con un análisis esencialmente similar, la sentencia Torre Muga, antes citada.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de septiembre de 2006, DEF-TEC Defense Technology/OAMI – Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR), T-6/05, aún no publicada en la Recopilación.

interpuesto el recurso no haya invocado un motivo específico, la Sala de Recurso está obligada a examinar, a la luz de todas las razones de Derecho y de hecho pertinentes, si pudo adoptarse o no legalmente la resolución objeto del recurso. En el caso de autos, la demandante invocaba ante el Tribunal de Primera Instancia la nulidad de la resolución de la División de Oposición por falta de firma. El Tribunal de Primera Instancia declaró que, aunque dicho motivo no se alegara ante la Sala de Recurso y suponiendo que se hubiera demostrado que se produjo una infracción de las normas de forma aplicables, la Sala de Recurso debería haber suscitado de oficio la cuestión.

Igualmente desde un punto de vista procesal, el Tribunal de Primera Instancia abordó también este año el tema de los elementos que pueden invocarse ante él contra una resolución de la Sala de Recurso.

Así, en la sentencia **Vitakraft-Werke Wührmann/OAMI**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia se apoyó en su jurisprudencia anterior para considerar que los hechos invocados ante él sin haber sido alegados anteriormente ante los órganos de la OAMI sólo pueden afectar a la legalidad de una resolución de la Sala de Recurso si la OAMI hubiese debido tenerlos en cuenta de oficio. Toda vez que el artículo 74, apartado 1, del Reglamento nº 40/94 establece que, en un procedimiento sobre motivos de denegación relativos de registro, el examen de la OAMI se limitará a los medios alegados y a las solicitudes presentadas por las partes, ésta no debe tomar en consideración, de oficio, hechos que no hayan sido invocados por las partes. En consecuencia, dichos hechos no pueden desvirtuar la legalidad de una resolución de la Sala de Recurso.

En cambio, en la sentencia **Armacell/OAMI – nmc (ARMAFOAM)**, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el hecho, por un lado, de reconocer, ante la División de Oposición que unos productos a que se refieren las marcas de que se trate podían ser potencialmente idénticos y de posteriormente declarar, ante la Sala de Recurso, que la cuestión de la similitud de los productos podía no estar resuelta habida cuenta de la supuesta diferencia que separa a los signos en conflicto, en modo alguno había hecho que dejase de plantearse ante la OAMI la cuestión de si los productos a que se refieren dichas marcas eran similares o idénticos.<sup>50</sup> En consecuencia, tal circunstancia tampoco tiene como efecto privar a dicha parte del derecho a impugnar ante el Tribunal de Primera Instancia, dentro de los límites del marco jurídico y fáctico del litigio sustanciado ante la Sala de Recurso, las apreciaciones realizadas por esta última sobre el particular.

## E. Acceso a los documentos

Este año únicamente se dictaron dos sentencias sobre denegación de acceso a los documentos en relación con el Reglamento nº 1049/2001.<sup>51</sup> No obstante, estas sentencias

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de octubre de 2006, *Armacell/OAMI – nmc (ARMAFOAM)*, T-172/05, aún no publicada en la Recopilación.

<sup>51</sup> Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43). Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2006, *Franchet y Byk*, T-391/03 y T-70/04, y de 14 de diciembre de 2006, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión* T-237/02, aún no publicadas en la Recopilación.

permitieron al Tribunal de Primera Instancia precisar el alcance de las excepciones basadas, respectivamente, en la protección del objetivo de las actividades de inspección e investigación, así como en la protección de los procedimientos judiciales.

Por un lado, en la sentencia **Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión**, que se refería a la denegación de una solicitud de acceso a documentos relativos a un procedimiento de ayudas de Estado, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el mero hecho de que la Comisión alegase que el acceso podía comprometer el diálogo necesario entre la Comisión, el Estado miembro y las empresas afectadas en el marco de investigaciones en curso no demostraba la existencia de circunstancias particulares que justificasen que no se realizara un examen concreto e individual de los documentos a los que se había solicitado el acceso.

Por otro lado, en la sentencia **Franchet y Byk/Comisión**, el Tribunal de Primera Instancia examinó la denegación de acceso a diversos documentos de la OLAF y del Servicio de auditoría interna de la Comisión. Dichos documentos habían sido remitidos a las autoridades judiciales francesas y luxemburguesas en el marco de una investigación sobre unas irregularidades que se habrían cometido en Eurostat. Las demandantes habían visto cómo se cuestionaba su responsabilidad en este asunto.

El Tribunal de Primera Instancia, tras recordar que las excepciones al principio que constituye el acceso a los documentos de las instituciones deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, examina la aplicación que la Comisión hizo de dichas excepciones, más en particular, de las basadas en la protección de los procedimientos judiciales y del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría.

Por lo que respecta a la primera excepción, el Tribunal de Primera Instancia estima que, en las circunstancias del caso de autos, la Comisión no podía considerar que los diferentes documentos transmitidos por la OLAF habían sido redactados a los únicos efectos de un procedimiento judicial. En efecto, las medidas que las autoridades nacionales competentes o las instituciones hayan de adoptar a raíz de los informes e informaciones transmitidos por la OLAF son de la sola y entera responsabilidad de dichas autoridades y puede suceder que una comunicación de la OLAF a las autoridades nacionales o a una institución no conduzca a la incoación de un procedimiento judicial a nivel nacional o de un procedimiento disciplinario o administrativo a nivel comunitario. El respeto de las normas procesales nacionales está adecuadamente garantizado si la institución se cerciora de que la divulgación de dichos documentos no constituye una infracción del Derecho nacional. Así, en caso de duda, la OLAF debería haber consultado al órgano jurisdiccional nacional y denegado el acceso tan sólo si éste se hubiera opuesto a la divulgación de los documentos mencionados.

Respecto a la segunda excepción, basada en la protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, el Tribunal de Primera Instancia declara que dicha disposición sólo es aplicable si la divulgación de los documentos en cuestión puede poner en peligro la realización de las actividades de inspección, investigación o auditoría de que se trate. Esto requiere comprobar si, en el momento de la adopción de las decisiones impugnadas, todavía había en curso actividades de inspección e investigación que hubieran podido ser puestas en peligro y si dichas actividades se realizaron en un plazo

razonable. La Comisión, en el caso de autos, no incurrió en error de Derecho ni de apreciación al considerar que, en el momento de la adopción de la primera decisión impugnada, el acceso a los documentos transmitidos a las autoridades francesas y luxemburguesas debía denegarse porque su divulgación impediría la protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría. Sin embargo, resulta que, en relación con determinadas comunicaciones de la OLAF a la Comisión, la OLAF se pronunció *in abstracto*, sin demostrar de manera suficiente en Derecho que la divulgación de dichos documentos impediría concretamente la protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría y que la excepción tenida en cuenta se aplicaba realmente a la totalidad de la información contenida en los citados documentos. Por consiguiente, se anula la decisión de denegación de acceso en lo se refiere a estos últimos documentos.

Por último cabe destacar la aplicación, en la sentencia **Kallianos/Comisión**, de los principios que resultan del Reglamento nº 1049/2001 para pronunciarse sobre un motivo basado en la falta de transparencia, en el marco de un recurso interpuesto por un funcionario contra una decisión mediante la que se practica una retención sobre su retribución.<sup>52</sup> En este asunto, el demandante había solicitado el acceso al dictamen del Servicio jurídico de la Comisión relativo a su situación personal. Pues bien, aunque el demandante no hubiera presentado la solicitud sobre la base del Reglamento nº 1049/2001, se declaró, a la luz de la jurisprudencia relativa a dicha normativa, que la Comisión había infringido en parte el derecho al acceso al expediente del demandante. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia no anuló la decisión de la Comisión, porque la negativa a divulgar los dictámenes jurídicos en cuestión no había vulnerado el derecho de defensa del demandante.

## F. Política exterior y de seguridad común (PESC) — Lucha contra el terrorismo

El Tribunal de Primera Instancia dictó este año tres sentencias en materia de lucha contra el terrorismo.<sup>53</sup> Las dos primeras completan los principios establecidos en la sentencia Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, así como en la sentencia Kadi/Consejo y Comisión,<sup>54</sup> mientras que la tercera se produce en un contexto jurídico inédito.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de mayo de 2006, Kallianos/Comisión, T-93/04 (recurrida en casación, C-323/06 P), aún no publicada en la Recopilación.

<sup>53</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2006, Ayadi/Consejo, T-253/02 (recurrida en casación, C-403/06 P), aún no publicada en la Recopilación, así como Hassan/Consejo y Comisión, T-49/04 (recurrida en casación, C-399/06 P), no publicada en la Recopilación, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2006, Organización Mujahedin del Pueblo de Irán/Consejo, T-228/02, aún no publicada en la Recopilación.

<sup>54</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005, Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, T-306/01 (recurrida en casación, C-45/05 P), Rec. p. II-3533, y de 21 de septiembre de 2005, Kadi/Consejo y Comisión, T-315/01 (recurrida en casación, C-402/05 P), Rec. p. II-3649.

Como consecuencia de los atentados terroristas de 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó varias resoluciones apelando a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a congelar los fondos y demás recursos financieros de las personas y entidades asociadas a los talibanes, a Usamah bin Ladin y a la red Al-Qaida. El Consejo de Seguridad encargó al Comité de Sanciones que identificara a los sujetos afectados y mantuviera actualizada la lista. Dichas resoluciones se aplicaron en la Comunidad mediante unos Reglamentos del Consejo que ordenan la congelación de los fondos de las personas y entidades afectadas. Estas quedan incluidas en una lista que la Comisión revisa periódicamente, sobre la base de las actualizaciones efectuadas por el Comité de Sanciones. Los Estados pueden conceder excepciones a la congelación de fondos por motivos humanitarios, con el acuerdo del Comité de Sanciones. Según un procedimiento específico, puede presentarse al referido Comité una solicitud de exclusión de la lista por medio del Estado en el que resida la persona afectada o del que sea nacional.

Chafiq Ayadi, de nacionalidad tunecina y residente en Dublín (Irlanda), y Faraj Hassan, de nacionalidad libia, detenido en la prisión de Brixton (Reino Unido), fueron incluidos en la lista comunitaria en cuestión. Ambos solicitaron al Tribunal de Primera Instancia que anulara dicha medida y, en las dos sentencias que de ello se derivan, el Tribunal puntualiza varios aspectos relativos al procedimiento de congelación de los fondos.

En la sentencia **Ayadi/Consejo**, antes citada, tras recordar que la congelación de los fondos prevista en el Reglamento impugnado no vulneraba los derechos fundamentales de la persona reconocidos universalmente (*ius cogens*), el Tribunal de Primera Instancia reconoce que esta medida es especialmente drástica. No obstante, añade que la importancia de los objetivos perseguidos por la normativa de que se trata puede justificar tales consecuencias negativas y que la congelación de los fondos no impide a los individuos afectados llevar una vida personal, familiar y social satisfactoria, teniendo en cuenta las circunstancias. En particular, no les está prohibido ejercer una actividad profesional, bien entendido, sin embargo, que la percepción de los ingresos de dicha actividad está regulada.

A continuación, por lo que respecta al procedimiento de exclusión de la lista, el Tribunal de Primera Instancia señala que las directrices del Comité de Sanciones y el Reglamento del Consejo impugnado establecen el derecho de un particular a presentar una solicitud de revisión de su caso al Comité de Sanciones por medio del Gobierno del país en el que reside o del que es nacional. Por tanto, este derecho está también garantizado por el ordenamiento jurídico comunitario. Al examinar dicha solicitud, los Estados miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales de los afectados en la medida en que no puedan convertirse en un obstáculo para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que les impone la Carta de las Naciones Unidas. En particular, los Estados miembros deben velar en lo posible por que los afectados estén en disposición de defender eficazmente su punto de vista ante las autoridades nacionales competentes. Los Estados miembros no pueden negarse a iniciar el procedimiento de revisión sólo porque el individuo afectado no esté en disposición de proporcionar información precisa y pertinente, debido a que, por su carácter confidencial, no se le comunicaron los motivos concretos que justificaron su inclusión en la lista. Asimismo, están obligados a actuar con diligencia para que el caso de los afectados se someta sin retraso y de forma leal e imparcial al Comité de Sanciones, si ello resulta objetivamente justificado a la luz de la información pertinente aportada.

Por último, los afectados tienen la posibilidad de interponer un recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra una eventual decisión injustificada de la autoridad nacional competente de no someter su caso al Comité de Sanciones para su revisión. La necesidad de garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario puede llevar al juez nacional a no aplicar, en su caso, una norma nacional que obstaculice el ejercicio de tal derecho, como una norma que excluya del control judicial la negativa de las autoridades nacionales a actuar con el fin garantizar la protección diplomática de sus ciudadanos. En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia estima que el Sr. Ayadi y el Sr. Hassan deben valerse de las posibilidades de interponer un recurso judicial basadas en el Derecho nacional si pretenden poner de manifiesto la supuesta falta de cooperación leal de las autoridades irlandesas y británicas.

La sentencia **Organización Mujahedin del Pueblo de Irán/Consejo**, antes citada, se refiere también a la lucha contra el terrorismo, pero se produce en otro contexto jurídico, en el origen de la consagración de principios diferentes. En efecto, el 28 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó una resolución en la que hacía un llamamiento a todos los Estados miembros de la ONU para luchar por todos los medios contra el terrorismo y su financiación, en particular, congelando los fondos de las personas y entidades que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo. Esta resolución se distingue de las controvertidas en las sentencias Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, Kadi/Consejo y Comisión, Ayadi/Consejo, así como Hassan/Consejo y Comisión, antes citadas, en la medida en que la determinación de las personas cuyos fondos deben ser congelados se deja al arbitrio de los Estados. Esta resolución se aplicó en la Comunidad, en particular, mediante dos Posiciones comunes y un Reglamento del Consejo, adoptados el 27 de diciembre de 2001, que ordenan la congelación de los fondos de las personas y entidades incluidas en una lista elaborada y actualizada periódicamente por el Consejo.<sup>55</sup> Mediante una Posición común y una Decisión de 2 de mayo de 2002, el Consejo actualizó la lista de personas y entidades afectadas, en la que incluyó, concretamente, a la Organización Mujahedin del Pueblo de Irán (OMPI).<sup>56</sup> Desde entonces, el Consejo adoptó diversas Posiciones comunes y Decisiones para actualizar la lista en cuestión, en la que siempre figuraba la OMPI. Esta interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia para obtener la anulación de dichas Posiciones comunes y Decisiones, en lo que a ella se refieren.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia señala que algunos derechos y garantías fundamentales, en particular, el derecho de defensa, la obligación de motivación y el derecho a la tutela judicial efectiva, son plenamente aplicables, en principio, en el contexto de la adopción de una decisión comunitaria de congelación de fondos en virtud del Reglamento de que se trata. Por lo que respecta al derecho de defensa, el Tribunal de Primera Instancia establece una distinción entre el presente asunto y los asuntos que

<sup>55</sup> Posición común 2001/930/PESC, relativa a la lucha contra el terrorismo (DO L 344, p. 90); Posición común 2001/931/PESC, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DO L 344, p. 93), y Reglamento (CE) nº 2580/2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DO L 344, p. 70).

<sup>56</sup> Posición común 2002/340/PESC, por la que se actualiza la Posición común 2001/931 (DO L 116, p. 75), y Decisión 2002/334/CE, relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento nº 2580/2001 y por la que se deroga la Decisión 2001/927/CE (DO L 116, p. 33).

dieron lugar a las sentencias Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, y Kadi/Consejo y Comisión. Puesto que, en el sistema de que se trata en el presente asunto, la determinación concreta de las personas y entidades cuyos fondos deben ser congelados se dejó a la apreciación de los miembros de la ONU, dicha determinación constituye el ejercicio de una facultad propia, que implica una apreciación discrecional de la Comunidad desde el punto de vista del Derecho de la ONU. En estas circunstancias, el respeto del derecho de defensa de los interesados se impone plenamente, en principio, al Consejo.

Al determinar, posteriormente, el alcance de dichos derechos y garantías, así como las restricciones de las que pueden ser objeto en el contexto de la adopción de una medida comunitaria de congelación de fondos, el Tribunal de Primera Instancia declara, en primer lugar, que el principio general de respeto del derecho de defensa no requiere que el Consejo oiga a los interesados cuando se adopta una decisión inicial de congelación de sus fondos, ya que ésta debe poder gozar de un efecto sorpresa. En cambio, dicho principio requiere que, salvo que se opongan a ello razones imperiosas relacionadas con la seguridad de la Comunidad y de sus Estados miembros o con el mantenimiento de sus relaciones internacionales, se comuniquen los elementos de los que se deriva la decisión de congelación de los fondos, en la medida de lo posible al mismo tiempo, o bien tan pronto como sea posible después de la adopción de tal decisión. Con las mismas salvedades, los interesados han de poder formular eficazmente sus observaciones antes de cualquier decisión subsiguiente de mantenimiento de la congelación de fondos.

Igualmente, y siempre con la misma salvedad, la motivación de una decisión inicial o subsiguiente de congelación de fondos debe referirse al menos, de manera concreta y específica, a los elementos que originaron dicha congelación, entre ellos, en particular, a la información concreta o los elementos del expediente que demuestran que una autoridad competente de un Estado miembro adoptó una decisión respecto de los interesados. La motivación también debe indicar las razones por las que el Consejo considera, en el ejercicio de su facultad de apreciación, que tal medida debe aplicarse a los interesados.

Por último, el derecho a la tutela judicial efectiva se garantiza mediante el derecho que asiste a los interesados de interponer un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia contra toda decisión que ordene la congelación de sus fondos o su mantenimiento. Sin embargo, dada la amplia facultad de apreciación de que dispone el Consejo en este ámbito, el control del Tribunal de Primera Instancia acerca de la legalidad de tales decisiones debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder.

Al aplicar dichos principios al caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia destaca que la normativa pertinente no prevé explícitamente ningún procedimiento de notificación de las pruebas de cargo y de audiencia de los interesados, bien sea con anterioridad o simultáneamente a la adopción de una decisión inicial de congelación de sus fondos o, cuando se trata de la adopción de las decisiones subsiguientes de mantenimiento de la congelación de fondos, para que se les retire de la lista. A continuación, el Tribunal de Primera Instancia constata que, en ningún momento antes de la interposición del recurso, se comunicaron a la OMPI los elementos que originaron la congelación de los fondos. Ni la

decisión inicial de congelación de sus fondos, ni las decisiones subsiguientes de mantenimiento de dicha congelación, mencionan siquiera las informaciones concretas o los elementos del expediente que demuestran que una autoridad nacional competente adoptó una decisión que justifica su inscripción en la lista litigiosa. El Tribunal de Primera Instancia deduce de lo anterior que el Consejo incumplió su obligación de motivación. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia anula la Decisión impugnada en lo que se refiere a la OMPI.

## II. *Contenciosos de indemnización*

### A. **Condiciones de admisibilidad de un recurso de indemnización**

El recurso de indemnización fundado en el artículo 288 CE, párrafo segundo, es una vía de recurso autónoma, que se diferencia del recurso de anulación en que tiende, no a la supresión de una medida determinada, sino a la reparación del perjuicio causado por una institución. La consecuencia de la singularidad del recurso de indemnización es que debe declararse la inadmisibilidad de un recurso de indemnización cuando éste tiene por objeto, en realidad, la revocación de un acto que ya es definitivo y cuando dicho recurso, si fuere acogido, tendría como efecto anular los efectos jurídicos del acto de que se trate. La jurisprudencia ha mantenido que esto sucedía, en particular, cuando el recurso de indemnización tiene por objeto el pago de una suma cuya cuantía coincide exactamente con la de los derechos que han sido pagados por el demandante en ejecución del acto que ya tiene carácter definitivo.<sup>57</sup>

En el asunto que dio lugar a la sentencia **Danzer/Consejo**,<sup>58</sup> los demandantes interpusieron un recurso que tenía por objeto la reparación del perjuicio supuestamente sufrido por las multas coercitivas que las autoridades austriacas competentes les habían impuesto basándose en el Derecho nacional adoptado para adecuarse a dos Directivas que coordinaban las normativas referentes a las sociedades.<sup>59</sup> No invocaban daño alguno que pudiera ser considerado distinto de los meros efectos que resultan inmediata y exclusivamente de la ejecución de las resoluciones sobre las multas coercitivas. El Tribunal de Primera Instancia dedujo de lo anterior que los demandantes pretendían obtener, por medio de su recurso de indemnización, los efectos que implicaría la anulación de las referidas resoluciones pronunciadas por las autoridades nacionales facultadas al efecto y que, por lo tanto, debía declararse la inadmisibilidad del recurso.

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 1986, Krohn/Comisión, 175/84, Rec. p. 753, apartados 30, 32 y 33.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de junio de 2006, Danzer/Consejo, T-47/02, Rec. p. II-1779.

<sup>59</sup> Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo [48 CE], para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3); Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado [2 del artículo 44 CE] y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55).

El Tribunal de Primera Instancia acompañó dicha conclusión con diversas consideraciones relativas a la sistemática de las vías de recurso comunitarias. Declaró que, aun suponiendo que hubiera podido considerarse que las Directivas de que se trataba estaban en el origen directo de las resoluciones nacionales de multas coercitivas, y que, por tanto, los demandantes tenían interés en que se declarase su ilegalidad, su recurso de indemnización no constituía el marco apropiado para ello. En el sistema de recursos previsto en el Tratado, el cauce jurídico apropiado consistía en solicitar al órgano jurisdiccional nacional que conocía del recurso contra dichas resoluciones que se planteara una cuestión prejudicial sobre la validez de tales disposiciones controvertidas ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal de Primera Instancia declaró la irrelevancia, al respecto, del hecho de que los órganos jurisdiccionales nacionales que conocían del recurso hubieran desestimado sus recursos en dicho sentido y precisa que, sin perjuicio de la posibilidad de que se genere la responsabilidad del Estado miembro de que se trate,<sup>60</sup> la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no reconoce la obligación absoluta de plantear una cuestión prejudicial.<sup>61</sup> El Tribunal de Primera Instancia declaró entonces que no le correspondía apreciar, en un recurso de indemnización, la oportunidad de la negativa de los órganos jurisdiccionales austriacos a plantear una cuestión prejudicial sobre la validez de las disposiciones controvertidas de dichas Directivas. Para el Tribunal de Primera Instancia, la admisibilidad del recurso de indemnización otorgaría a los demandantes la facultad de soslayar tanto la desestimación, por los órganos jurisdiccionales nacionales únicos competentes para llevarla a cabo, de sus peticiones de anulación de las resoluciones nacionales sobre las multas coercitivas como el rechazo de esos mismos órganos jurisdiccionales a remitir el asunto al Tribunal de Justicia, lo que menoscabaría el propio principio de cooperación jurisdiccional que subyace en el procedimiento prejudicial.

## **B. Admisibilidad de pretensiones que tienen por objeto que se pronuncie una orden conminatoria**

En la sentencia **Galileo/Comisión**,<sup>62</sup> el Tribunal de Primera Instancia se pronunció sobre la admisibilidad de pretensiones que tienen por objeto obtener, en el marco de un recurso de indemnización, el cese de los comportamientos supuestamente ilegales de la Comisión. En este asunto, al ser las demandantes titulares de varias marcas comunitarias que contenían el signo Galileo, impugnaban el uso por la Comisión de este término en relación con el proyecto europeo de sistema de radionavegación por satélite y solicitaban concretamente al Tribunal de Primera Instancia que prohibiera a la Comisión el uso de dicho término. La Comisión alegaba la inadmisibilidad de esta pretensión y sostenía que el Tratado CE no confiere al juez comunitario tal competencia, ni siquiera en el marco del contencioso de indemnización.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, Rec. p. I-10239.

<sup>61</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, CILFIT, 283/81, Rec. p. 3415, apartado 21, y de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, apartado 14.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 2006, Galileo International Technology y otros/Comisión, T-279/03 (recurrida en casación, C-325/06 P), Rec. p. II-1291.

No obstante, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el juez comunitario tiene competencia, en virtud del artículo 288 CE, párrafo segundo, y del artículo 235 CE, para imponer a la Comunidad cualquier forma de reparación conforme a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia de responsabilidad extracontractual, incluida una reparación en especie si resulta acorde con dichos principios, en su caso en forma de una orden conminatoria de hacer o de no hacer. Pues bien, en materia de marcas, la Directiva 89/104<sup>63</sup> efectúa una armonización que habilita al titular de una marca «para prohibir a cualquier tercero» que la utilice. El Tribunal de Primera Instancia dedujo de lo anterior que la protección uniforme del titular de una marca formaba parte de los principios generales comunes a los Estados miembros, de modo que la Comunidad no puede vulnerar, por principio, una medida procesal similar que emane del juez comunitario, tanto más cuanto que las instituciones comunitarias están obligadas a respetar el Derecho comunitario en su totalidad, lo que incluye el Derecho derivado.

### C. Relación de causalidad

Para que la Comunidad incurra en responsabilidad extracontractual, ya sea por comportamiento ilícito o cuando no existe tal comportamiento, se precisa una relación de causalidad entre el hecho generador y el perjuicio causado.<sup>64</sup> En las sentencias **Abad Pérez y otros/Consejo y Comisión** y **É.R. y otros/Consejo y Comisión**,<sup>65</sup> el Tribunal de Primera Instancia precisó el concepto de relación de causalidad en los procesos abiertos por unos ganaderos españoles y por las víctimas indirectas y derechohabientes de cinco personas muertas en Francia, respectivamente, que pretendían obtener la reparación de los daños supuestamente sufridos como consecuencia de las acciones y omisiones del Consejo y de la Comisión en relación con la propagación en Europa de la enfermedad de las vacas locas y de una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob.

En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia puntualizó, en particular, que, en un ámbito como el de la salud animal y humana, la existencia de una relación de causalidad entre un comportamiento y un perjuicio debe establecerse a partir del análisis de las conductas exigibles a las instituciones en función del estado del conocimiento científico del momento. Además, en los supuestos en que el comportamiento que supuestamente provoca el perjuicio invocado consiste en una omisión, resulta especialmente necesario tener la certeza de que dicho perjuicio fue causado efectivamente por la falta de acción reprochada y que no pudo ser provocado por otros comportamientos distintos de los reprochados a las instituciones demandadas. Apoyándose, en concreto, en estos principios, el Tribunal de Primera Instancia declaró finalmente que no se había acreditado que las

<sup>63</sup> Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1).

<sup>64</sup> Véanse, en particular, en lo referente a la responsabilidad por comportamiento ilícito, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 51; así como, por lo que respecta a la responsabilidad cuando no existe tal comportamiento, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, *FIAMM y FIAMM Technologies/Consejo y Comisión*, T-69/00 (recurrida en casación, C-120/06 P), apartado 160, Rec. p. II-5393.

<sup>65</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2006, *Abad Pérez y otros/Consejo y Comisión*, T-304/01, y *É.R. y otros/Consejo y Comisión*, T-138/03, aún no publicadas en la Recopilación.

acciones y omisiones supuestamente ilegales del Consejo y de la Comisión pudieran considerarse una causa cierta y directa de los daños invocados. En efecto, no se había demostrado que, si las instituciones demandadas hubieran adoptado –o lo hubieran hecho con mayor prontitud– las medidas que los demandantes les reprochaban no haber adoptado, no se habrían producido los daños en cuestión.

#### D. Responsabilidad por comportamiento ilícito

Según reiterada jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Comunidad por daños causados a los particulares por una infracción del Derecho comunitario imputable a una institución u órgano comunitario, se reconoce un derecho a indemnización cuando concurren tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al autor del acto y el daño sufrido por las víctimas.<sup>66</sup> En dos asuntos, el Tribunal de Primera Instancia puntualizó qué había de entenderse por norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

En primer lugar, en la sentencia **Camós Grau/Comisión**, ya mencionada, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el principio de imparcialidad, que obliga a las instituciones que llevan a cabo misiones de investigación del tipo de las que son confiadas a la OLAF, busca, además del interés general, la protección de las personas afectadas, confiriéndoles así un derecho subjetivo a que se respeten las garantías correspondientes.<sup>67</sup> Por tanto, debe considerarse que tiene por objeto conferir derechos a los particulares. En el caso de autos, la vulneración de este principio por la OLAF revestía un carácter grave y manifiesto. Además, existía una relación de causalidad directa entre dicha vulneración y el perjuicio sufrido por el demandante, que vio menoscabados su honor y su reputación, y dificultadas sus condiciones de vida. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia concedió al Sr. Camós Grau una indemnización de 10.000 euros.

En segundo lugar, en la sentencia **Tillack/Comisión**, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que ya ha declarado que el principio de buena administración no confiere por sí mismo derechos a los particulares.<sup>68</sup> Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia precisa que es distinto cuando dicho principio constituye la expresión de derechos específicos como los derechos de toda persona a que se traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, a ser oída y a acceder al expediente o el derecho a la motivación de las decisiones que le afecten, según se recogen en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Véase, en particular, la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 51.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 2006, *Camós Grau/Comisión*, T-309/03, Rec. p. II-1173.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2006, *Tillack/Comisión*, T-193/04, aún no publicada en la Recopilación, en la que se cita la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 2001, *Area Cova y otros/Consejo y Comisión*, T-196/99, Rec. p. II-3597, apartado 43.

<sup>69</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO 2000, C 364, p. 1).

## E. Responsabilidad cuando no existe comportamiento ilícito

Como declaró el Tribunal de Primera Instancia en Gran Sala en 2005, el artículo 288 CE, párrafo segundo, permite a los particulares, bajo determinadas condiciones, obtener una indemnización ante el juez comunitario, aunque no haya habido una actuación ilícita del autor del daño.<sup>70</sup> En 2006, el Tribunal de Primera Instancia tuvo ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre dicho régimen de responsabilidad. Dos ejemplos ilustrarán lo anterior.

Por un lado, en la sentencia **Galileo/Comisión**, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que la responsabilidad de la Comunidad cuando no existe un comportamiento ilícito sólo puede generarse en presencia de un perjuicio anormal y especial. Un perjuicio se considera anormal cuando supera los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades del sector de que se trate. Pues bien, en el caso de autos, declara que el perjuicio ocasionado por la utilización, por una institución comunitaria, de un término para designar un proyecto no puede considerarse que supere los límites de los riesgos inherentes a la explotación del mismo término como marca, toda vez que, por las características del término elegido, inspirado en el nombre del ilustre matemático, físico y astrónomo italiano, el titular de la marca se expuso voluntariamente al riesgo de que cualquiera pudiese legítimamente, es decir, sin menoscabar sus derechos de marca, denominar uno de sus proyectos con el mismo nombre.

Por otro lado, en la sentencia **Masdar/Comisión**,<sup>71</sup> el Tribunal de Primera Instancia reconoce la posibilidad de que un demandante invoque el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios ajenos para generar la responsabilidad extracontractual de las instituciones, aunque no se haya producido un comportamiento ilícito de éstas. Este asunto tenía su origen en un subcontrato firmado por la demandante con una sociedad que contrataba con la Comisión. Como esta sociedad no pagaba nunca a la demandante, ésta se dirigió contra la Comisión, la cual se negó, no obstante, a pagarle directamente. La demandante interpuso entonces un recurso de indemnización en el que alegaba que la Comisión había vulnerado algunos principios de responsabilidad extracontractual, reconocidos en un gran número de Estados miembros.

En particular, invocaba las acciones civiles basadas en el enriquecimiento sin causa (principio *de in rem verso*) y en la gestión de negocios ajenos (principio *negotiorum gestio*).

Tras recordar que la responsabilidad de la Comunidad podía generarse aunque no se hubiera producido un comportamiento ilícito, el Tribunal de Primera Instancia señala que las acciones basadas en el enriquecimiento sin causa o la gestión de negocios ajenos están concebidas para constituir, en circunstancias particulares de Derecho civil, una fuente de obligación extracontractual para quien se encuentra en la posición del enriquecido o del administrado, consistente por regla general, respectivamente, bien en restituir lo

<sup>70</sup> Sentencia FIAMM y FIAMM Technologies/Consejo y Comisión, antes citada, apartados 158 a 160.

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de noviembre de 2006, Masdar/Comisión, T-333/03, aún no publicada en la Recopilación.

indebidamente percibido, bien en indemnizar al gestor. Por consiguiente, los motivos basados en el enriquecimiento sin causa y en la gestión de negocios ajenos no pueden rechazarse únicamente porque no se cumple el requisito relativo a la ilegalidad del comportamiento de la institución. Tras señalar, asimismo, que el juez comunitario ya había tenido ocasión de aplicar determinados principios de devolución de cantidades indebidamente pagadas, en particular, en materia de enriquecimiento sin causa, cuya prohibición constituye un principio general del Derecho comunitario, el Tribunal de Primera Instancia concluye que procede examinar si se reúnen, en el caso de autos, los requisitos de la acción relativa al enriquecimiento sin causa o los de la acción basada en la gestión de negocios ajenos.

A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia recuerda las modalidades del ejercicio de dichas acciones según los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, a saber, por un lado, que no pueden ejercitarse cuando el beneficio del enriquecido o del administrado tengan su justificación en un contrato o en una obligación legal y, por otro lado, que sólo pueden ejercitarse generalmente con carácter subsidiario, es decir, en caso de que el perjudicado no pueda disponer, para obtener lo que se le debe, de ninguna otra acción. De lo anterior deduce, para el caso de autos, que los motivos de la demandante son infundados.

### III. Demandas de medidas provisionales

El Presidente del Tribunal de Primera Instancia conoció este año de 25 demandas de medidas provisionales, lo que representa un ligero incremento en relación con el número de demandas interpuestas (21) durante el año anterior. En 2006, el juez de medidas provisionales resolvió 24 asuntos y estimó en dos ocasiones unas medidas provisionales, en los autos **Globe/Comisión** y **Romana Tabacchi/Comisión**.<sup>72</sup>

El auto **Globe/Comisión** se inscribe en la misma línea del auto dictado en 2005 en el asunto **Deloitte/Comisión**,<sup>73</sup> pero, al contrario que la resolución dictada en este último asunto, da lugar a la adopción de medidas provisionales. La demandante solicitaba, en el caso de autos, que se suspendiera la ejecución de la Decisión de la Comisión por la que ésta había rechazado su oferta presentada en un procedimiento de licitación de suministros destinados a determinados países de Asia Central.

En primer lugar, por lo que respecta al requisito relativo a la existencia de un *fumus boni iuris*, el juez de medidas provisionales declaró que uno de los motivos expuestos por la demandante suscitaba una duda muy seria sobre la legalidad del contrato. Por tanto, al examinar acto seguido si era urgente ordenar la suspensión de la ejecución solicitada, el juez de medidas provisionales reconoció que no le correspondía prejuzgar las medidas que podría adoptar la Comisión en ejecución de una eventual sentencia de anulación. Sin embargo, añadió, el principio general del derecho a una tutela judicial completa y efectiva implica que pueda

<sup>72</sup> Autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 20 de julio de 2006, **Globe/Comisión**, T-114/06 R, y de 13 de julio de 2006, **Romana Tabacchi/Comisión**, T-11/06 R, aún no publicados en la Recopilación.

<sup>73</sup> Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2005, **Deloitte Business Advisory/Comisión**, T-195/05 R, Rec. p. II-3485.

garantizarse la tutela cautelar de los justiciables, en caso de que sea necesaria para la plena eficacia de la futura decisión definitiva, al objeto de evitar una laguna en la protección jurídica que deparan los órganos jurisdiccionales comunitarios. Por lo tanto, debía examinarse si, tras una eventual sentencia de anulación, la posibilidad de que la Comisión organizara una nueva licitación permitiría reparar el perjuicio alegado por la demandante y, en caso de respuesta negativa, apreciar si ésta podría ser indemnizada.

Pues bien, en el caso de autos, era muy poco probable que la Comisión organizase una nueva licitación tras una eventual sentencia de anulación, que se dictaría probablemente una vez finalizada la ejecución del contrato. El juez de medidas provisionales examinó entonces si Globe podía ser indemnizada por haber perdido la oportunidad de obtener el contrato objeto del procedimiento de licitación comunitario. Aunque esta oportunidad hubiera sido notable, resultaba muy difícil, incluso imposible, cuantificarla y, en consecuencia, evaluar con la precisión requerida el perjuicio resultante de su pérdida. Dado que el perjuicio no podía evaluarse con la suficiente precisión, debía considerarse muy difícilmente reparable. El Presidente del Tribunal de Primera Instancia también consideró que dicho perjuicio era grave, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso de autos y de las características del sector en el que operan la demandante y la empresa adjudicataria del contrato.

Por último, al ponderar los intereses en juego, el juez de medidas provisionales recordó que existían serias razones para pensar que la Comisión había actuado ilegalmente. Por otra parte, habida cuenta de la indemnización que la adjudicataria del contrato podía reclamar a la Comisión ante los órganos jurisdiccionales competentes, la ponderación de intereses no podía inclinarse a favor de la adjudicataria del contrato en detrimento de la demandante. Por lo demás, la Comisión no podía alegar interés alguno que pudiera modificar dicha apreciación y el juez de medidas provisionales ordenó suspender la ejecución de la decisión de adjudicación del contrato.

En el auto **Romana Tabacchi/Comisión**, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia se pronunció sobre una demanda interpuesta por una empresa que pretendía obtener una dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria para que no se procediera al cobro inmediato de la multa que le había sido impuesta. El juez de medidas provisionales señaló que, en el caso de autos, existían circunstancias excepcionales que justificaban una suspensión parcial de la obligación de la demandante de constituir una garantía bancaria. La demandante había conseguido demostrar, además de la existencia de un *fumus boni iuris*, que su situación económica precaria y la de sus accionistas se encontraban en la base de las negativas de algunos bancos a conceder la garantía solicitada. Al ponderar los intereses en juego, el juez de medidas provisionales consideró, asimismo, que los intereses financieros de la Comisión no estaban mejor protegidos por la iniciación inmediata de la ejecución forzosa de la decisión, puesto que resultaba inverosímil que la demandante pudiera obtener el importe correspondiente a la multa. También en este caso, se ordenaron las medidas provisionales.

Por último, cabe mencionar el hecho de que, en el asunto que dio lugar a la sentencia **Endesa/Comisión**,<sup>74</sup> ya mencionada a propósito del control de las concentraciones, la

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 2006, Endesa/Comisión, T-417/05, aún no publicada en la Recopilación.

demandante interpuso una demanda de medidas provisionales con objeto, en particular, de que se ordenara la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión por la que se había desestimado la denuncia de Endesa.<sup>75</sup> En su auto, el juez de medidas provisionales recuerda que el carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de resolver provisionalmente a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable. Tal perjuicio debe poder afectar, en particular, a los intereses de la parte que solicita la medida provisional. A este respecto, Endesa había invocado, concretamente, el riesgo de que, si no se adoptaban medidas provisionales, Gas Natural tomara el control y procediera a su desmantelamiento, perjuicio que, según la demandante, afectaría también a sus accionistas. Ahora bien, según el juez de medidas provisionales, Endesa no puede invocar válidamente, para justificar la urgencia, un perjuicio ocasionado a sus accionistas, porque éstos tienen una personalidad jurídica independiente de la suya. Por lo que respecta al perjuicio invocado por Endesa a título personal, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia señala que es hipotético, puesto que depende del lanzamiento y del éxito de la oferta pública de adquisición, éxito que no está demostrado en ese momento. Por último, el juez de medidas provisionales considera que, en cualquier caso, no se ha acreditado que los medios de impugnación previstos en el Derecho español no permitirían a Endesa evitar el perjuicio grave e irreparable que alega. Por consiguiente, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda de medidas provisionales.

<sup>75</sup> Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 1 de febrero de 2006, Endesa/Comisión, T-417/05 R, no publicado en la Recopilación.